

REDPPC

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

vol. 11, n. 1/2, 2023



Expediente

Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC
Vol. 11, nº 1/2, 2023
ISSN 2358-1956

EQUIPE EDITORIAL

Editores

Odone Sanguiné, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Pablo Rodrigo Alflen, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Assistente editorial

Tiago Kalkmann, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

Alejandro González Gómez, Universidad de Morelia (UEM), Mexico
André Luís Callegari, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasil
Andrea Castaldo, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno (UNISA), Itália
Angelo Roberto Ilha da Silva, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil
Bartira Macedo de Miranda, Universidade Federal de Goiás (UFG), Brasil
Christiano Falk Fragoso, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil
Daniela Villani Bonaccorsi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG), Brasil
Danilo Knijnik, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil
Diego Nunes, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil
Diogo Rudge Malan, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil
Eduardo Alcócer Povis, Pontifícia Universidad Católica del Perú (PUCP), Perú
Emetério Silva de Oliveira Neto, Universidade Regional do Cariri (URCA), Brasil
Emilio Dolcini, Università degli Studi di Milano (UniMi), Itália
Fabio Coppola, Università degli Studi di Salerno (UNISA), Itália
Gerson Faustino Rosa, Faculdade Maringá (FM), Brasil
Giovanni Cocco, Università degli Studi di Cagliari (UniCa), Itália
Guillermo Jorge Yacobucci, Universidad Austral (UAustral), Argentina
Guillermo José Ospina López, Universidad Autónoma del Cauca (Uniautónoma), Colômbia
John Vervaele, Universiteit Utrecht (UU), Holanda
Julia Sáenz, Facultad de Derecho Universidad de Panamá (UP), Panamá
Luciano de Freitas Santoro, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Brasil
Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid (UAM), Espanha
Marco Aurélio Florêncio Filho, Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie), Brasil
Marcus Alan de Melo Gomes, Universidade Federal do Pará (UFPA), Brasil
Marcus Vinicius Aguiar Macedo, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil
Ramon Ragués I Vallés, Universitat Pompeu Fabra (UPF), Espanha
Raphael Boldt de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Brasil
Rosmar Rodrigues Alencar, Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Brasil
Sérgio Bruno Araújo Rebouças, Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil
Stephen Legomsky, Washington University in St. Louis (WashULaw) Estados Unidos
Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Universidade Ceuma/Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), Brasil
Thiago Baldani Gomes De Filippo, Universidade Anhembi Morumbi (UAM), Brasil
Vanessa Chiari Gonçalves, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

AVALIADORES DESTA EDIÇÃO

Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires • Ana Carolina da Luz Proença • Anair Isabel Schaefer • André Adriano do Nascimento da Silva • Bruna Azevedo de Castro • Christiane Kalb • Diego Alan Schöfer Albrecht • Emetério Silva de Oliveira Neto • Fábio Guedes de Paula Machado • Fernanda Pacheco Amorim • Guilherme Dutra Marinho Cabral • Gustavo de Souza Preussler • José Eduardo Lourenço dos Santos • Lara Ferreira Lorenzoni • Leonardo Agapito • Priscila Vargas Mello • Rafaela Bogado Melchior • Raissa Lima e Salvador • Renata Moraes Leimig • Rodrigo da Silva Brandalise • Stephan Doering Darcie • Tatiana Lourenço Emmerich de Souza • Thiago Allisson Cardoso de Jesus • Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa • Túlio Felipe Xavier Januário • Viviane Nery Viegas • Wilson Franck Junior

Endereço

Avenida João Pessoa, nº 80, Centro Histórico, DIR 01
Porto Alegre-RS, CEP 900040-000
<https://seer.ufrgs.br/redppc>
redppc@ufrgs.br

Editorial

A presente edição da Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC do corrente ano mais uma vez conta com valiosas contribuições de professores e pesquisadores nacionais e estrangeiros.

Nesta edição são tratadas questões atuais, polêmicas e de particular relevância para o debate jurídico-penal nacional e estrangeiro: ▪ O caso do Promotor v. Bosco Ntaganda, que foi o primeiro caso em que o Tribunal Penal Internacional emitiu uma condenação por crimes sexuais e de gênero; ▪ A anatomia funcional do *compliance officer* e sua responsabilidade penal segundo a abordagem espanhola, em que é abordado de criticamente o tratamento conferido à responsabilização penal do *compliance officer* como se fosse um órgão que possui as mesmas atribuições e desempenha funções semelhantes em qualquer tipo de organização, quando, em realidade, pode estar configurado de forma diversa e desempenhar funções muito diferentes consoante a respectiva organização empresarial; ▪ A problemática da tortura à luz do “Caso Evandro”, que trata sobre a atualidade da prática da tortura no Brasil, notadamente sobre o seu uso como instrumento para a obtenção de confissões que, posteriormente, são levadas aos processos judiciais e valoradas como provas que dão azo a condenações manifestamente injustas; ▪ A mistanásia e a responsabilidade criminal do Estado, em que é apresentado um instigante estudo de caso sobre a falta de oxigênio medicinal na cidade brasileira de Manaus/AM; ▪ Discute-se, ademais, a relevância da ideia de consenso e de verdade no Processo penal, em especial, a partir dos influxos da justiça penal negocial no Brasil; ▪ O aumento da execução da pena provenientes da Lei Anticrime e seus impactos na execução da medida de segurança são tratados amplamente; ▪ “*Sextortion*”, enquanto modalidade de cibercrime, é apresentado em um interessantíssimo estudo que examina o aumento da sua incidência e as dificuldades na sua tipificação e diferenciação em relação a outros tipos de delitos; ▪ No “Caso Jesuitas” é efetuada uma ampla, profunda e crítica análise da sentença da Audiencia Nacional Espanhola que julgou o caso Jesuitas, por força do princípio da jurisdição universal, e neste contexto é examinada a caracterização da coautoria conjunta mediata em aparatos organizados de poder em caso de terrorismo; ▪ Reflete-se, outrossim, sobre o discurso midiático de “tolerância zero” e o seu impacto sobre a atuação do poder Judiciário e das instituições de repressão estatal; ▪ Por fim, a partir de uma análise pragmática e interdisciplinar desenvolve-se um estudo a respeito do suicídio na polícia militar estado de São Paulo.

Agradecemos a todos os autores e a todas autoras por suas valiosas contribuições, bem como aos avaliadores, cuja colaboração tem sido fundamental para a qualificação do periódico.

Desejamos uma boa leitura e esperamos que aproveitem.

Porto Alegre, dezembro de 2023

os Editores

Sumário

Artigos

Ntaganda Case: Lessons learnt from Katanga, Lubanga, and Bemba cases.....7

Ana Silvia Sanches Amaral 

Functional anatomy of the “compliance officer” and his criminal liability from the Spanish Approach: The complexity arising from the specific *Delegated Tasks*19

Rafael Aguilera Gordillo 

Jesica Hita Ruiz 

Tortura nunca mais? O que nos ensina o “Caso Evandro”.....49

César Augusto Luiz Leonardo 

Heitor Moreira de Oliveira 

A mistanásia e a responsabilidade criminal do Estado: estudo de caso sobre a falta de oxigênio medicinal na cidade brasileira de Manaus – AM75

Samuel Mendonça 

Christiany Pegorari Conte 

Luiz Guilherme Luz Cardoso 

Breves apontamentos sobre o consenso e a verdade no processo penal: Reflexões a partir dos acordos de não persecução penal103

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa 

O aumento da execução da pena provenientes da Lei Anticrime e os impactos na execução da medida de segurança.....115

Fábio Manoel Fragoso Bittencourt Araújo 

Ana Beatriz Vasconcelos de Medeiros 

Sextortion: caracterização dogmática e delimitação da imputação criminal em Portugal129

Joaquim Ramalho 

Susana Ramalho 

Caso Jesuitas: justicia universal, coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder, terrorismo desde el Estado y prueba*143

Manuel Ollé Sesé 

Manuel Cancio Meliá 

O judiciário e as instituições de repressão frente ao discurso midiático de tolerância zero177

Doacir Gonçalves de Quadros 

Ezequiel Schuker Quister 

O suicídio na Polícia Militar no Estado de São Paulo: análise e compreensão da sua incidência.....191

Luiz Sérgio Mussolini Filho 

Andreza Marques de Castro Leão 

Seção ARTIGOS

Ntaganda Case: Lessons learnt from Katanga, Lubanga, and Bemba cases

*Caso Ntaganda:
Lições extraídas dos casos Katanga,
Lubanga e Bemba*

Ana Silvia Sanches Amaral 

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), mestrado (LL.M.) em Direito dos Negócios Internacionais pela The London School of Economics and Political Science (2009) e doutorado pela Universidad del País Vasco-UPV/EHU (2020). Pós-doutoranda da Universidad del País Vasco-UPV/EHU (2022-2024), realizando estância no Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Abstract: The Prosecutor v. Bosco Ntaganda was the first case in which the International Criminal Court (ICC) issued a conviction on sexual and gender-based crimes (SGBCs). However, Ntaganda's condemnation for rape and sexual slavery came as the crowning point of a lengthy process of development of the Court's approach to the prosecution of sexual and gender crimes, along three cases- Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga e Jean-Pierre Bemba Gombo. The present work analyses the impact of each of the cases in the International Criminal Court handling of sexual and gender-based crimes and how they paved the way for punishment of Ntaganda for the crimes of rape and sexual slavery.

Keywords: Ntaganda, sexual and gender-based crimes, International Criminal Court

Resumo: O caso do Promotor v. Bosco Ntaganda foi o primeiro em que a Corte Penal Internacional emitiu uma condenação por crimes sexuais e de gênero. No entanto, a condenação de Ntaganda por estupro e escravidão sexual veio como o ponto culminante de um longo processo de desenvolvimento da abordagem do Tribunal para o julgamento de crimes sexuais e de gênero, ao longo de três casos - Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga e Jean- Pierre Bemba Gombo. O presente trabalho analisa o impacto de cada um dos três casos no tratamento de crimes sexuais e de gênero pela Corte Penal Internacional e como abriram caminho para a punição de Ntaganda pelos delitos de estupro e escravidão sexual.

Palavras-chave: Ntaganda, crimes sexuais e de gênero, Tribunal Penal Internacional

1. Introduction

The Prosecutor v. Bosco Ntaganda case is a landmark. For the first time, the International Criminal Court entered a final judgment convicting a defendant for sexual and gender-based crimes. On 8 July 2019 the Trial Chamber (TC) VI issued a verdict and found Ntaganda guilty on 18 counts,

including of being co-perpetrator of the crimes of rape and sexual slavery, as war crimes and crimes against humanity. On 7 November of the same year, he was sentenced to 30 years imprisonment. Subsequently, on 30 March 2021, the Appeals Chamber (AC) confirmed the verdict, by Majority, and the sentence, by unanimity.¹

In the antecedent cases involving sexual and gender-based crimes in which final judgments were entered (namely, the Prosecutor v. Thomas Dyilo Lubanga, the Prosecutor v. Germain Katanga and Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), the ICC did not render a final conviction for sexual and gender-based crimes. Such circumstance tarnished the Court's credibility and put in doubt its ability to try this class of crimes.²

Nevertheless, in spite of their discouraging outcomes, the Lubanga, Katanga and Bemba cases were fundamental and allowed the Court to progress in prosecuting SGBCs.³

In view of that, the present work shows how each of the cases contributed to capacitate the Court, promoting a better approach in its handling of the sexual and gender-based crimes, which ultimately led to Ntaganda's final conviction for rape and sexual slavery.

2 The Prosecutor v. Thomas Dyilo Lubanga

The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo was the International Criminal Court's first case/ trial/ verdict. Therefore, was a lot of expectation with regard to how the case would be conducted.⁴

The background was the armed conflict of a non-international character that took place the region of Ituri in the Democratic Republic of the Congo (DRC) between 2002 and 2003. Lubanga was the president of the "Union des Patriotes Congolais" (UPC). It made use of "Force Patriotique pour la Libération du Congo" (FPLC), its military wing, to carry out large-scale military operations against the Lendu militia forces and Lendu civilians, so as to establish Hema dominance and control in Ituri. In the course of the conflict, the UPC/ FPLC allegedly perpetrated several of the crimes enlisted in the Rome Statute, including rape and sexual slavery.⁵

Since the Rome Statute furnished the ICC with the most progressive structure in history of sexual and gender-based violence in International Criminal Law, it was expected that the crimes rape and sexual

¹ ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019; ICC, Ntaganda case, Appeals Chamber, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 March 2021; ICC, case, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the decision of Trial Chamber VI of 7 November 2019 entitled 'Sentencing judgment, 30 March 2021; ICC website, Press Release, ICC Trial Chamber VI declares Bosco Ntaganda guilty of war crimes and crimes against humanity, 2019; United Nations, ReliefWeb, International Criminal Court Upholds Landmark Conviction of Warlord for Atrocities Committed in the Democratic Republic of the Congo - Democratic Republic of the Congo

² ICC, The Prosecutor v. Thomas Dyilo Lubanga, Case No. ICC-01/04-01/06; ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07; ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08; KAMBALE, P. K. (2015). In De VOS, C., KENDALL, S., & STAHN, C. (eds.), pp. 171-197; DAMASKA, M. R. (2009), pp. 19-35.

³ AMARAL, A. S. S. do (2020), pp. 480-498

⁴ ICC website, Case Information Sheet, Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 15 December 2017

⁵ *Ibidem*; ICC, Lubanga case, Pre-Trial Chamber I, Document Containing the Charges, Article 61(3) (a), Annex 2, pp. 3-7, paras. 4-5, 12-14, 19 (28 August 2006); ICC, Lubanga case, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, pp. 24, 591, paras. 25, 27, 1359 (14 March 2012); ICC, The Office of the Prosecutor. Report on the activities performed during the first three years (June 2003 – June 2006), p. 2

slavery allegedly perpetrated would be investigated and included in the charges.⁶

Nonetheless, the Office of the Prosecutor (OTP) opted for a practical approach based on the political convenience of gathering evidence quickly in detriment of a more thorough accounting of the full extent of the DRC conflict. In the Document Containing the Charges, the Prosecutor only accused Lubanga of the crimes of conscripting and enlisting children under the age of fifteen years into the FPLC and using them to participate actively in hostilities.⁷

As a consequence, although it was well reported that rape and other types of sexual-oriented crimes were largely committed during the UPC/ FPLC operations, they were not among the initial charges brought by the OTP. Also, there was no amendment to the charges in order to include more crimes since the Prosecution sustained that it was not feasible to amend them within an acceptable time frame. Further, the Prosecution opposed the legal re-characterisation of the facts as sexual slavery and inhuman and/or cruel treatment, which had been requested by the legal representatives of the victims, who were dissatisfied with the lack of charges related to SGBCs. The Prosecution thwarted a comprehensive prosecution of the crimes, including rape and sexual slavery.⁸

On 14 March 2012, Lubanga was found guilty of the crimes of conscripting and enlisting children under the age of fifteen years into the FPLC and using them to participate actively in hostilities. Subsequently, he was sentenced to 14 years imprisonment and the Appeals Chamber maintained the Trial Chamber's judgment and sentence.⁹

Despite Lubanga's conviction, there was an overall dissatisfaction with the Prosecution's limited charging. The OTP's approach prevented a fuller accounting of the broad range of the criminality perpetrated by the UPC/FPLC in the conflict at issue. Victims, Non-Governmental Organizations (NGOs) and women's rights institutions especially resented the absence of charges of rape and sexual slavery in the case.¹⁰

In view of that, in the 2011 Gender Report Card, the Prosecutor (after asserting that the OTP had "explained the gender dimension of the crime of enlisting and conscripting children under the age of 15 years" during the trial of the Lubanga case) affirmed that "[t]he office took note of the reactions of civil

⁶ INDER, B. (2008), p. 3

⁷ KAMBALE, P. K. (2015). In De VOS, C., KENDALL, S., & STAHN, C. (eds.), pp. 171-197; ICC, Lubanga case, Pre-Trial Chamber I, Document Containing the Charges, Article 61(3) (a), Annex 2, p. 24

⁸ ICC, Lubanga case, [Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute](#), 10 July 2012, p. 24, para. 60; ICC, Lubanga case, Trial Chamber I, Prosecution's Application for Leave to Appeal the "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", 12 August 2019, pp. 8-9, paras. 22-23; ICC, Lubanga case, Trial Chamber I, Prosecution's Further Observations Regarding the Legal Representatives' Joint Request Made Pursuant to Regulation 55, 12 June 2009; ICC, The Office of the Prosecutor. Report on the activities performed during the first three years (June 2003 – June 2006), p. 2; ICC website, Case Information Sheet, Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo; ICC website, Case Information Sheet, Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo; KAMBALE, P. K. (2015). In De VOS, C., KENDALL, S., & STAHN, C. (eds.), pp. 171-197

⁹ ICC, Lubanga case, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012; ICC, Lubanga case, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 10 July 2012; ICC, Lubanga case, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014

¹⁰ Women's Initiatives for Gender Justice, Statement by the Women's Initiatives for Gender Justice on the Arrest of Germain Katanga; PIA-COMELLA, J. (2013), p.3; KAMBALE, P. K. (2015). In De VOS, C., KENDALL, S., & STAHN, C. (eds.), pp. 171-197; ICC, The Office of the Prosecutor. Report on the activities performed during the first three years, pp.7-8; ICC website, Case Information Sheet, Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo

society and their preference for these aspects to be explicitly charged.”¹¹

The background of the Ntaganda case comprises the same facts of the Lubanga case, specifically the attack promoted by the UPC/FPLC in Ituri in the DRC during 2002/2003. Ntaganda was Deputy Chief of Staff in charge of Operations and Organisation in UPC/FPLC.¹²

However, when reviewing the events and criminal conduct, the OTP’s strategy was distinct from the one it had deployed in the case against Lubanga.

Besides bringing charges for the crimes of conscripting and enlisting children under the age of 15 years into an armed group and using them to participate actively in hostilities, the Prosecution accused Ntaganda of the following crimes: rape and sexual slavery (as crimes against humanity and war crimes and against children under the age of 15 years incorporated into the UPC/FPLC); murder and attempted murder; intentionally directing attacks against civilians; persecution; pillage; forcible transfer of population; ordering the displacement of the civilian population; intentionally directing attacks against protected objects; destroying the adversary’s property.¹³

It is noteworthy that Ntaganda was charged of rape and sexual slavery, as an indirect co-perpetrator under article 25(3)(a) of the Rome Statute, committed not only against women of non-Hema origin, but also against children under 15 years of age who were part of the UPC/FPLC.

The ICC adduced that militia members who are subject to rape and/or sexual enslavement cannot be regarded as being taking active part in hostilities at the specific time they suffer sexual abuse. Therefore, it understood that UPC/FPLC child soldiers under the age of 15 are within the scope of protection against SGBCs. Accordingly, the Court innovated on the matter by considering that child soldiers can be regarded as victims of the crimes of rape and sexual slavery (as war crimes) perpetrated by combatants from the same armed forces.¹⁴

Therefore, the Prosecution enlarged the list of crimes when charging Ntaganda with crimes related to the same facts tackled in the Lubanga case. It was an opportunity to amend the rather limited accusation against Lubanga and provide victims and the DRC society with a fuller accounting of the crimes. Moreover, the ICC enhanced the protection against SGBCs crimes by rendering that the combatants can carry out such crimes against women and girls who are members of their own militia.

The Appeals Chamber upheld the Trial Chamber VI verdict in which it found Ntaganda guilty of all the 18 counts of war crimes and crimes against humanity, including the crimes of rape and sexual slavery, being sentenced to 30 years imprisonment. While the TC VI decision was the Court’s first conviction based on sexual slavery, the Appeals Chamber judgment was the first time in which the ICC secured a final conviction against a defendant based on sexual and gender-based crimes.¹⁵

¹¹ ICC, the Office of the Prosecutor, Fatou Bensouda. Launch of the Gender Report Card on the International Criminal Court 2011, 13 December 2011, p.3

¹² ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019

¹³ “Ibidem”

¹⁴ ICC, Ntaganda case, Pre-Trial Chamber II, Decision on the charges, 9 June 2014, p. 29; ICC, Ntaganda case, Conclusions écrites de la Défense de Bosco Ntaganda suite à l’Audience de confirmation des charges, 14 April 2014, paras 251-263; ICC, Ntaganda case, Pre-trial Chamber II, Prosecution’s Submission of Document Containing the Charges and the List of Evidence, Annex A, 10 January 2014, pp. 33-35

¹⁵ ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019, pp. 535-539; ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Sentencing Judgment, 7 November 2019; ICC, Ntaganda case, The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the decision of Trial Chamber VI of 7 November 2019 entitled ‘Sentencing judgment, 30 March 2021

Therefore, the Court's change of the approach in relation to the charges, in general, and to sexual and gender violence, in particular, was of paramount importance. Due to such paradigm shift, victims of sexual violence perpetrated by the UPC/FPLC during the Ituri attack, who were disappointed by the lack of SGBCs charges and the overall unfolding of the Lubanga case, could finally experience vindication and a sense of justice when the Appeals Chamber confirmed Ntaganda's condemnation for the crimes of rape and sexual slavery "inter alia".

3 The Prosecutor v. Germain Katanga

In this case, the second in which the International Criminal Court had to deal with sexual and gender-based crimes, Katanga was charged with rape and sexual slavery, as both war crimes and crimes against humanity. In view of the lack of SGBCs charges in the Lubanga case, it constituted a step forward in the prosecution of such crimes before the Court.¹⁶

Initially, the Trial Chamber II affirmed that the acts of sexual violence during the attack to destruct Bogoro's civilian population were perpetrated with the same goal and objectively constituted part of that operation, not being isolated acts. In spite of that, the Chamber ultimately understood that rape and sexual slavery were not part of the militia's common purpose, as set up in art. 25(3)(d) of the Statute. It sustained that the perpetration of rape and sexual slavery was not crucial to achieve the goal of eliminating the Hema population. Also, in support of its finding, the TC II affirmed that such crimes were not part of the militia's "modus operandi" in its prior attacks and did not occur repeatedly and/or on a large scale.¹⁷

As a result, even though the Chamber recognised that rape and sexual slavery had been committed during the attack, it regarded that the group's criminal common purpose did not necessarily encompass their commission. Accordingly, it found that such crimes did not fall within the common purpose, and, hence, Katanga could not be considered responsible for them in the terms of article 25(3)(d) of the Rome Statute.¹⁸

Moreover, the Trial Chamber II adopted a restrictive interpretation of indirect co-perpetration in the terms of article 25(3)(a) of the Statute demanding proof that the defendant devised the crime, supervised its preparation, and was in charge of its performance and execution. This strategy consists in a high threshold for the prosecution of SGBCs. In fact, sexual violence crimes, even when widespread, normally are committed because they are tolerated and permitted instead of being directly ordered or planned.¹⁹

On the other hand, in the Ntaganda case, the Trial Chamber VI when addressing joint commission within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute, understood that it was not a requirement that the common plan between individuals was expressly directed at the perpetration of a crime. It was enough

¹⁶ AMARAL, A. S. S. do (2020), p. 388

¹⁷ ICC, Katanga case, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, pp. 442, 637, 638

¹⁸ "Ibidem"

¹⁹ ICC website, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba 2018; ICC, Katanga case, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, pp. 541-542

that the common plan encompassed a “critical element of criminality”,²⁰ and that it was “virtually certain”²¹ that the execution of the common plan would result in the commission of the crimes at stake.²²

Following this logic, the Chamber considered that Ntaganda together with other co-perpetrators had an agreement to eliminate the Lendu population, which meant beyond reasonable doubt for civilians to be raped and subjected to sexual slavery, among other crimes.²³

Additionally, it regarded that Ntaganda “foresaw with virtual certainty”²⁴ that the implementation of the common plan would lead to the perpetration of the crimes of recruitment and active use in hostilities of children under the age of 15 within the UPC/FPLC as well as the rape and sexual slavery of these kids.²⁵

In this respect, the TC VI affirmed that although Ntaganda knew that UPC/FPLC commanders and fighters were subjecting girls below the age of 15 years to sexual violence, the latter were placed in UPC/FPLC camps together with male combatants, being exposed to suffer sexual abuses. Consequently, he was aware that it was nearly inescapable that the young female recruits and soldiers would be raped and sexual enslaved as a consequence of the execution of the common plan.²⁶

Therefore, in accordance with the Chamber’s view, were part of the common plan not only the rape and subjection to sexual slavery of civilians during the attack to drive out the Lendu population but also the rape and sexual slavery of children recruited into UPC/FPLC. Thus, the Court went beyond its previous findings on SGBCs and enlarged the range of protection of women against such crimes by disposing that combatants also can perpetrate rape and sexual slavery against women and girls members of their own militia.²⁷

Hence, while in the Katanga case the ICC had a restrictive interpretation of the criminal conducts which could be considered part of the common purpose, which caused the exclusion of sexual crimes and Katanga not being held accountable for them in the terms of article 25(3)(a), in the Ntaganda case the Court’s approach was more flexible. It stated that for crimes to be regarded as integrating the common plan, it would suffice that their commission was foreseeable as an “almost inevitable outcome” of the implementation of the common plan” and, hence, considered that rape and sexual slavery were within the common plan.²⁸

The ICC’s decision to apply a more comprehensive criterion to judge the crimes which are subsumed into the common plan enabled Ntaganda’s conviction for the crimes of rape and sexual slavery.

²⁰ ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019, p. 367

²¹ “Ibidem”

²² ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019, pp. 367, 379

²³ ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019, p. 379

²⁴ “Ibidem”

²⁵ ICC, Ntaganda case, Pre-Trial Chamber II, Decision on the charges, 9 June 2014, p. 49-50; ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019, pp. 367, 379

²⁶ “Ibidem”; ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019, pp. 372-373, 379

²⁷ ICC, Ntaganda case, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019, pp. 379, 536

²⁸ ICC, Ntaganda case, Pre-Trial Chamber II, Decision on the charges, 9 June 2014, p. 49

4 The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo

The Bemba case was the first case of the International Criminal Court whose main focus was the perpetration of sexual crimes, specifically rapes.²⁹

In the 2016 judgment, the Trial Chamber III considered Bemba guilty as a person effectively acting as a military commander of the crimes of rape, murder and pillaging. He was sentenced to 18 years of imprisonment.³⁰

It passed almost 14 years since the beginning of the works of the International Criminal Court before an accused was tried and condemned by the Court for sexual and gender-based crimes for the first time. Also, it was the first ICC conviction based on the accused person's command responsibility for the his/her troops actions.³¹

However, the verdict and sentence were subject to appeals and, by Majority, the Appeals Chamber decided to reverse the judgment.³²

The Majority "adopted a number of modifications to the standard of appellate review for alleged errors of fact".³³ Instead of verifying "whether a reasonable Trial Chamber could have been satisfied beyond a reasonable doubt as to the finding in question"³⁴(that confers a "margin of deference" to the Trial Chamber's evaluation of the evidence), the Majority of the Appeals Chamber decided to adopt a new standard,³⁵ according to which it can "interfere with the factual findings of the first-instance chamber whenever the failure to interfere may occasion a miscarriage of justice"³⁶ in the occasions it is "able to identify findings that can reasonably be called into doubt."³⁷

It is noteworthy that in consonance with the new standard of appellate review, the Majority was entitled to review the record itself (instead of relying on the assessment of Trial Chamber, as in the usual standard of review), but decided not to assess all evidence again.³⁸

²⁹ ICC website, Central African Republic, Situation in the Central African Republic, ICC-01/05,

³⁰ ICC, Bemba case, Trial Chamber III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, p. 364; ICC, Bemba case, Trial Chamber III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 21 June 2016, pp. 43, 44, 45

³¹ ICC, Bemba case, Pre-Trial Chamber II, **Mr. Bemba's claim for compensation and damages**, Annex E "The Guardian (2018). Jean-Pierre Bemba 's war crimes conviction overturned, 19 March 2019, pp. 3-5

³² ICC, Bemba case, the Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018, p. 4; ICC. Media Advisory, Bemba case: Appeals Chamber to issue appeals judgments on verdict and sentence on 8 June 2018, 18 May 2018

³³ ICC, Bemba case, the Appeals Chamber, Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański, 21 March 2016, p. 4

³⁴ ICC, Lubanga case, the Appeals Chamber, [Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute"](#), 1 December 2014, p. 13; ICC. Bemba case, the Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018, p. 13; SÁCOUTO, S. (2018) <https://www.ijmonitor.org/2018/06/the-impact-of-the-appeals-chamber-decision-in-bemba-impunity-for-sexual-and-gender-based-crimes/>

³⁵ ICC, Lubanga case, the Appeals Chamber, [Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute"](#), 1 December 2014, p. 13; ICC, Bemba case, the Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018, p. 13; SÁCOUTO, S. (2018)

³⁶ ICC, Bemba case, the Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018, p. 13

³⁷ "Ibidem", p. 15

³⁸ SÁCOUTO, S. (2018) <https://www.ijmonitor.org/2018/06/the-impact-of-the-appeals-chamber-decision-in-bemba-impunity-for-sexual-and-gender-based-crimes/>

Furthermore, it decided to deviate from the ulterior jurisprudence of the ICC and international practice in relation to how criminal actions brought later in the proceedings can be considered within the scope of the charges independently of their explicit confirmation by the Pre-Trial Chamber (PTC). In fact, instead of understanding that the charges had been formulated in a broad manner, the Majority considered that the crimes added by the Prosecution after the Confirmation Decision required express confirmation by the PTC to be within the facts and circumstances described in the charges pursuant to article 74 (2) of the Statute. In these circumstances, the Majority regarded that these criminal acts were outside the reach of the case and the related proceedings were discontinued.³⁹

In what concerns the criminal acts that had been specifically confirmed by the Pre-Trial Chamber in the Confirmation Decision, the Majority of the Appeals Chamber understood that Bemba, as a commander, did not fail “to take all reasonable and necessary measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution”. As a consequence, one of the elements of command responsibility (article 28(a)(ii) of the Rome Statute) was missing and Bemba was acquitted of the charges. However, to reach this conclusion, the Majority did not conduct a thorough analysis. Apart from reviewing only part of the evidence, it did not verify if the measures that Bemba had adopted were adequate to the nature of the crimes and sufficed to stop or avoid them.⁴⁰

Consequently, upon deploying a novel standard of appellate review, the Majority of the Appeals Court regarded that the criminal acts included in the case after Confirmation Decision were not within the scope of charges and discontinued the related proceedings. Further, after a partial and limited examination, it determined that Bemba had adopted all reasonable and necessary measures within his power to prevent or repress the commission of the crimes and, for this reason, did not have command responsibility. As a result, the Majority considered that he could not be rendered guilty and overruled the conviction.

After the Bemba case, the Prosecutor released a statement affirming that it was unfortunate that both the change from the Court's previous jurisprudence on the standard of appellate review (and its substitution with uncertain standards), and the shift about the level of detail demanded from the Prosecution to bring charges in mass criminality cases had occurred “in the most serious case of sexual and gender-based violence decided upon by this Court to date”. In the same opportunity, the Prosecutor expressed that she hoped to that the novel features of the Majority's ruling would be redirected over time, including “a return to those standards of appellate review”.⁴¹

As already state, Ntaganda was found guilty on 18 counts, inclusive of rape and sexual slavery as both crimes against humanity, as an indirect co-perpetrator under Article 25(3)(a) of the Statute, and as war crimes, as an indirect co-perpetrator under Article 25(3)(a) of the Statute; and against children under

³⁹ ICC, Bemba case, the Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 June 2018, pp. 41, 79; ICC website, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba 2018

⁴⁰ ICC, Bemba case, the Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 June 2018, p. 14; SÁCOUTO, S. (2018) <https://www.ijmonitor.org/2018/06/the-impact-of-the-appeals-chamber-decision-in-bemba-impunity-for-sexual-and-gender-based-crimes/>

⁴¹ ICC website, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba 2018

the age of 15 years incorporated into the UPC/FPLC. He was sentenced to 30 years in prison, the longest sentence ever imposed by the Court, within the terms of Article 77(1)(a) of the Statute.⁴²

On 30 March 2021, the Appeals Chamber confirmed, the verdict by Majority and the sentence unanimously. The AC went back to the ICC's usual standard of appellate review by stating that its role was "to ensure that, in arriving at its conclusion, the trial chamber correctly appreciated and applied the standard of beyond reasonable doubt".⁴³ It continued saying that it would not disturb a Trial Chamber's factual finding solely because it would have come to a different conclusion.⁴⁴

Hence, the criticism and disappointment over the Bemba case led to the restatement of the usual standard of appellate review by the Appeals Chamber.⁴⁵

In fact, the Bemba case exerted a negative impact on the victims and had a detrimental effect on the ICC's reputation. It tarnished the Court's reliability, by giving rise to the question if the Court was not entering final sentences against defendants based on SGBCs as a consequence of the its inefficiency to translate into practical action the Statute's groundbreaking provisions on sexual and gender-based crimes, or because it was promoting selective justice.

However, the Ntaganda case proved these doubts wrong. The confirmation of Ntaganda's conviction for the crimes rape and sexual slavery (among others) by the Appeals Chamber was important in the International Criminal Court's history. After almost 19 years of activities, it finally managed to issue a final decision holding a defendant responsible for the crimes of rape and sexual slavery, thus, translating into its practice the innovative dispositions of the Statute on SGBCs. The ICC demonstrated its capacity to prosecute and punish this kind of crimes, living up to its mandate as established in the Rome Statute.

The outcome of the Ntaganda case meant accountability, justice and reparation to victims of sexual violence. Also, this long-awaited final conviction for rape and sexual slavery can contribute to bring to an end the underlying impunity of sexual and gender-based crimes and have a deterrent effect by inhibiting their practice in future conflicts.

5 Conclusion

The Ntaganda case consists in the corollary of a long, evolving process along which the International Criminal Court advanced in the prosecution of sexual and gender-based crimes.

In the Lubanga case, the scope of the charges was limited to the crimes of conscripting and enlisting children under the age of fifteen years into the UPC/ FPLC and using them to participate

⁴² ICC, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019, pp. 1-539; ICC website, Press Release, ICC Trial Chamber VI declares Bosco Ntaganda guilty of war crimes and crimes against humanity, 2019; United Nations, ReliefWeb, International Criminal Court Upholds Landmark Conviction of Warlord for Atrocities Committed in the Democratic Republic of the Congo - Democratic Republic of the Congo; ICC website, Press Release, ICC Trial Chamber VI declares Bosco Ntaganda guilty of war crimes and crimes against humanity, 2019; Rome Statute, Art. 77(1)(a)

⁴³ ICC, The Prosecutor v. Ntaganda, the Appeals Chamber, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 March 2021, p. 20

⁴⁴ ICC, The Prosecutor v. Ntaganda, the Appeals Chamber, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 March 2021, p. 22

⁴⁵ "Ibidem"

actively in hostilities. However, the ICC learned from its first case that both victims and the international community were yearning for sexual and gender-based crimes to be included in the charges.

In the Katanga case, the defendant was charged with the crimes of rape and sexual slavery, circumstance that represented a progress in the trial of SGBCs by the Court. Nevertheless, Katanga could not be held responsible for these crimes since the TC II considered that they were not part of the common purpose of the militia. In spite of that, the case led the Court to apply a new approach in the Ntaganda case and consider a crime- including a SGBC- to be part of a militia's common plan if its occurrence was foreseeable with virtual certainty in the unfolding of the events.⁴⁶

In the Bemba case, the accused was charged and found guilty of rape, but the Appeals Chamber, by Majority, reversed the conviction. The decision of the Majority to acquit Bemba was heavily criticized. It was considered grounded on unsolid, unjustified basis which warranted neither a deviation from the Court's standard of appellate review nor the requirement of a higher threshold of specificity in the charging process. As a result, the ICC was aware that it should no longer recur to the method it had employed in the judgment of these appeals. In the Ntaganda case, the Appeals Chamber had the chance to go back to the usual standard of appellate review. By resorting to the commonly applied standard, the Appeals Chamber confirmed the Trial Chamber VI's finding that Ntaganda was guilty of the crimes of rape and sexual slavery.

Therefore, each of the cases constituted a further step, allowing the ICC to progress in its handling of sexual and gender-based crimes. Undoubtedly, the first cases played a crucial role. They served as empirical catalysts for the ICC training and evolution, furnishing it with practical experience and knowledge on how to address these crimes. As a consequence, they enabled the Court to lay the correct foundations to effectively try sexual violence.

The evolution process of the ICC's approach towards sexual and gender-based crimes reached its apex in the Ntaganda case. The defendants' final conviction for rape and sexual slavery was possible due to the lessons learnt by the Court along the Lubanga, Katanga and Bemba cases. Undeniably, the three initial cases were instrumental for the successful outcome of the Ntaganda case.

It seems that the International Criminal Court is in the correct path with respect to the prosecution of sexual and gender-based crimes. Ntaganda's final conviction restored the Court's reputation and trustworthiness regarding their trial and punishment. However, the Court ought to maintain its newly achieved course of action in future cases in order to further the implementation of its central objective: that sexual and gender-based crimes, being among the most serious crimes for the international community, do not remain unpunished and are effectively prosecuted.⁴⁷

⁴⁶ ICC, Katanga case, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, p. 542; ICC website, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba 2018

⁴⁷ Rome Statute, preamble

Bibliography

- AMARAL, Ana Silvia Sanches do. *Sexual and gender-based crimes in the International Criminal Court*, Universidad del País Vasco, UPV-EHU, San Sebastián, 2020, pp. 1-605.
- DAMASKA, Mirjan R., "The International Criminal Court Between Aspiration and Achievement", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2009, pp. 1-36. https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1572 (23 November 2022)
- INDER, Brigid. *Making a Statement, a Review of Charges and Prosecutions for Gender-based crimes before the International Criminal Court*, 2008, pp. 1-37. Retrieved from <http://www.iccwomen.org/publications/articles/docs/MakingAStatement-WebFinal.pdf> (23 November 2022)
- International Criminal Court's Documents*
- International Criminal Court, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06
- Pre-Trial Chamber II, Conclusions écrites de la Défense de Bosco Ntaganda suite à l'Audience de confirmation des charges, 14 April 2014, pp. 1-136
- Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 June 2014, pp. 1-98
- Pre-trial Chamber I, Prosecution's Submission of Document Containing the Charges and the List of Evidence, Annex A, 10 January 2014, pp. 1-60
- The Appeals Chamber, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 March 2021, pp. 1-426
- The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the decision of Trial Chamber VI of 7 November 2019 entitled 'Sentencing judgment, 30 March 2021, pp.1-116
- Trial Chamber VI, Judgment, 8 July 2019, pp. 1-539
- Trial Chamber VI, Sentencing Judgment, 7 November 2019, pp. 1-117
- International Criminal Court, the Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07
- Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, pp. 1-660
- International Criminal Court, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08
- Pre-Trial Chamber II, Second Public Redacted Version of "Mr. Bemba's claim for compensation and damages", Annex E, "The Guardian (2018). Jean-Pierre Bemba 's war crimes conviction overturned", 19 March 2019, pp. 1-93
- The Appeals Chamber, Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański, 21 March 2017, pp. 1-269
- The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 08 June 2018, pp. 1-80
- Trial Chamber III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 21 June 2016, pp. 1-47,
- Trial Chamber III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, pp. 1-364
- International Criminal Court, The Prosecutor v. Thomas Dyilo Lubanga, Case No. ICC-01/04-01/06
- The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, pp. 1-193
- The Appeals Chamber, [Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute"](#), 1 December 2014, pp. 1-50;
- Pre-Trial Chamber I, Document Containing the Charges, Article 61(3) (a), Annex 2 , pp. 1-24, 28 August 2006;
- Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 10 July 2012, pp. 1-52;
- Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, pp. 1-593;
- Trial Chamber I, Prosecution's Application for Leave to Appeal the "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", 12 August 2019, pp. 1-12
- Trial Chamber I, Prosecution's Further Observations Regarding the Legal Representatives' Joint Request Made Pursuant to Regulation 55, 12 June 2009, pp. 1-19
- International Criminal Court, the Office of the Prosecutor, Fatou Bensouda. Launch of the Gender Report Card on the International Criminal Court 2011 (13 December 2011). Retrieved from <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/BCB9AB3F-4684-4EC3-A677-73E8E443148C/284154/111213StatementFB.pdf> (23 February 2022)
- International Criminal Court, the Office of the Prosecutor. Report on the activities performed during the first three years (June 2003 – June 2006), 12 September 2006. The Hague. Retrieved from <https://www.icc->

[cpi.int/nr/rdonlyres/d76a5d89-fb64-47a9-9821-725747378ab2/143680/otp_3yearreport20060914_english.pdf](https://www.cpi.int/nr/rdonlyres/d76a5d89-fb64-47a9-9821-725747378ab2/143680/otp_3yearreport20060914_english.pdf) (23 November 2022)

International Criminal Court website

Case Information Sheet, Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06. ICC-PIDS-CIS-DRC-01-016/17_Eng, Updated: 15 December 2017 Retrieved from <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf> (23 November 2022)

Central African Republic, Situation in the Central African Republic, ICC-01/05. Retrieved from <https://www.icc-cpi.int/car> (23 November 2022)

Media Advisory, Bemba case: Appeals Chamber to issue appeals judgments on verdict and sentence on 8 June 2018. ICC-CPI-20180518-MA225 (18 May 2018) Retrieved from <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=ma225> (23 November 2022)

Press Release, ICC Trial Chamber VI declares Bosco Ntaganda guilty of war crimes and crimes against humanity, ICC-CPI-20190708-PR1466 (8 July 2019). Retrieved from <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1466> (23 November 2022)

Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba (13 June 2018). Retrieved from <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat> (23 November 2022)

DE VOS, Christian, KENDALL, Sara, & STAHN, Carsten (eds.) (2015). *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Intervention*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 171-197

PIA-COMELLA, Jelena, *Talking points for panel presentation, Prosecuting gender-based crimes before the ICC*, New York: CICC, 2013, pp. 1-6

Rome Statute of the International Criminal Court

SÁCOUTO, Susana, "The Impact of the Appeals Chamber Decision in Bemba: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes?", *Commentary* from Jean-Pierre Bemba Gombo at the International Criminal Court", *International Justice Monitor*, 2018 Retrieved from <https://www.ijmonitor.org/2018/06/the-impact-of-the-appeals-chamber-decision-in-bemba-impunity-for-sexual-and-gender-based-crimes/> (23 November 2022)

United Nations, Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, ReliefWeb, DR Congo International Criminal Court Upholds Landmark Conviction of Warlord for Atrocities Committed in the Democratic Republic of the Congo, 30 March 2021 Retrieved from <https://reliefweb.int/report/democratic-republic-congo/international-criminal-court-upholds-landmark-conviction-warlord> (23 February 2022)

Women's Initiatives for Gender Justice

Statement by the Women's Initiatives for Gender Justice on the Arrest of Germain Katanga, 2007. Retrieved from http://iccwomen.org/documents/ArrestKatanga_Statement_2007.pdf (23 November 2022)

Recebido em: 04/02/2023

Aprovado em: 29/08/2023

Functional anatomy of the “compliance officer” and his criminal liability from the Spanish Approach: The complexity arising from the specific *Delegated Tasks*

Anatomia funcional do "compliance officer" e sua responsabilidade penal segundo a abordagem espanhola: A complexidade decorrente da delegação de funções específicas

Rafael Aguilera Gordillo 

Academic visitor at University of Oxford. Co-director of the postgraduate course in Criminal Liability of Legal Entities, Forensic and Compliance Systems at University of Valladolid. Director of the postgraduate course of Specialization in Compliance at Loyola University.
raguilera@uloyola.es

Jesica Hita Ruiz 

Senior Compliance Specialist at Clece S.A. (ACS Group) and former Chief Auditor of Compliance Management Systems. Compliance officer accredited by the International Federation of Compliance Association (IFCA) and compliance lecturer in several postgraduate courses.
jesica.h.r@gmail.com

Abstract: In the academic field, studies are usually presented that contemplate a functional analysis and the eventual criminal liability of the compliance officer as if it were a body that has the same attributions and performs similar functions in any type of organization. However, the corporate reality is much more complex and diverse. The bodies responsible for exercising the "compliance function" may be configured differently and perform very different functions depending on the organization. Moreover, within the same organization there may be multiple bodies that perform more specific functions directly involved in what we generically call "compliance". These circumstances have been enhanced by the publication of increasingly specific standards. This paper analyzes aspects of critical importance for a better understanding of the different realities that this type of bodies may present, such as the configuration they may have, their competences, hierarchical structure, delegation system, etc. (as well as the most common defects) to then examine possible *scenarios* that may trigger or originate the criminal liability of these professionals for *omission* of their duties. Although this study takes into account international technical standards (compliance management systems), the legal-criminal approach will be eminently Spanish, as we consider it to be of great value due to the interrelation, imprinting and mutual feedback that exists with a large majority of Latin American countries and for the international context.

Keywords: Bodies with compliance function; criminal liability of compliance officers; criminal-legal guarantor position; delegation mechanism; whistle-blower channel

Resumo: No âmbito acadêmico, normalmente são apresentados estudos que contemplam uma análise funcional e a eventual responsabilização penal do compliance officer como se fosse um órgão que possui as mesmas atribuições e desempenha funções semelhantes em qualquer tipo de organização. No entanto, a realidade empresarial é muito mais complexa e diversificada. Os órgãos responsáveis pelo exercício da "função de compliance" podem estar configurados de forma diversa e desempenhar funções muito diferentes consoante a organização. Além disso, dentro de uma mesma organização podem existir múltiplos órgãos que desempenham funções mais específicas diretamente envolvidas naquilo que genericamente chamamos "compliance". Estas circunstâncias têm sido potencializadas pela publicação de normas cada vez mais específicas. O presente trabalho analisa aspectos de importância crítica para uma melhor compreensão das diferentes realidades que este tipo de órgãos pode apresentar, tais como a configuração que podem ter, as suas competências, estrutura hierárquica, sistema de delegação, etc. (bem como os defeitos mais comuns) para, após, examinar possíveis cenários que podem desencadear ou originar a responsabilidade penal destes profissionais por omissão dos seus deveres. Embora este estudo tenha em conta as normas técnicas internacionais (sistemas de gestão da conformidade), a abordagem jurídico-penal será eminentemente espanhola, uma vez que a consideramos de grande valor devido à interrelação, impressão e feedback mútuo que existe com a grande maioria dos países latino-americanos e para o contexto internacional.

Palavras-chave: Organismos com funções de compliance; responsabilidade penal dos compliance officers; posição jurídico-penal de garante; mecanismo de delegação; canal de denúncia.

1. Introduction: the variety present in today's corporate scenarios in the corporate world

"Compliance officer", "compliance manager", "chief compliance officer", "ethics and compliance committee" or "compliance body" are some of the most common designations used at the legal level for the point out the individuals who, acting individually or as part of a collegiate body, perform compliance and irregularity prevention functions within organizations. It might be thought that all of them are, in essence, a univocal figure with identical functions in all organizations. However, although these types of bodies may have quite similar functions and compositions, they can also follow very different structures and perform very different tasks depending on the company being analyzed. In other words, contrary to what is usually analyzed in criminal doctrine, the compliance function in a company may have different roles and functions that are both disparate and complementary in the case of division and specialization of tasks. Among other factors, the commercial and business development of standardization in compliance has also contributed greatly to increase the specialization of these professionals given the specificity of the standards developed by certain committees within the *International Organization for Standardization (ISO)*¹.

The current complex corporate reality not only shows us that there may be bodies with different compliance functions depending on the corporation we are analyzing, but also that within the same

¹Among other standards developed by these committees, the following may be noted: ISO 37001:2016 - Anti-bribery management systems; ISO 37301:2021 - Compliance management systems; ISO 37002:2021 - Whistleblowing management system, etc. It should be noted that ISO/AWI 37003 Fraud Control Management Systems and ISO/DTS 37008 - Internal investigations of organizations are pending to be published. In the Spanish context, as a result of the work carried out within the *Spanish Association for Standardization (UNE)*, we can mention the standards on management systems UNE 19601:2017 - Criminal compliance management system; UNE 19602:2019 - Tax compliance management systems.

organization there are bodies with different compliance functions (e.g.: subjects dealing with risk analysis and review, responsible for monitoring the compliance management system or exclusively dedicated to the management of the whistleblower channel system and/or the development of internal investigations, etc.). And all this, with full respect for the essence of the term "compliance function" coined globally by the community and international standards on compliance management systems.

As we have pointed out, in the examination of the compliance officer that has been carried out by the criminal doctrine, there has been a predominant focus or vision of these professionals as a subject with identical tasks, an aspect that does not correspond to the business reality and neither to the diversity of options or possibilities offered by compliance management systems. For this reason, this article will analyze the figure or body with compliance functions and its possible criminal liability, taking into account this complex and diverse business reality².

To this end, we will begin the analysis of this type of body by contrasting it with what is contemplated in the famous standardized technical standards on compliance management systems, and then address possible specific scenarios of both deficiencies or habitual errors and the criminal liability of these professionals for failure to perform their duties, which will depend on the specific functions or duties that the compliance officer has assumed in each organization. Although this study takes into account international technical standards, the legal-criminal approach will be eminently Spanish, as we consider it to be of great value due to the interrelation, imprinting and mutual feedback that exists with a large majority of Latin American countries.

2. The paradox about the basis of composition.

At the legislative level in Spain, the concept is substantially introduced through the Criminal Code in its 2015 reform³, where through the regulation of prevention and compliance programs or models, reference is made to the existence of a "body of the legal person" as an essential requirement⁴. On the other hand, the already known *Circular 1/2016* of the State Attorney General's Office⁵ also pointed

² We believe that this article offers the reader a dual vision that enriches the analysis of the issue as it is carried out by two authors specialized in compliance, but from different fields: on the one hand, a researcher with a doctorate in law specializing in criminal law and, on the other hand, a professional in corporate compliance, who has extensive practical experience in large companies and multinationals (she has been an auditor of compliance management systems for various companies operating in different countries and is currently a compliance officer in a large corporation). Also, for this article, many substantial aspects of the study on this issue have been extracted from the Compliance Advisory LAB, a space dedicated to research in the field of criminal liability of legal persons and compliance, which aims to promote the interrelationship between academia and business. The article has been completed in the framework of a research stay as academic visitor of prof. Rafael Aguilera at the CSLS of the Faculty of Law of the University of Oxford, during the trinity term (2023). *Proyectos generación del conocimiento 2022*.

³ It should be borne in mind that prior to the creation of the figure of the *compliance officer* in the criminal field, there were already other areas dedicated to compliance with professionals who performed "internal/regulatory control" functions in relation to sectors such as banking, prevention of money laundering and terrorist financing, pharmaceuticals, etc.

⁴ This specific regulation is contained in the article 31 bis 2.2º of Spanish Criminal Code. The Spanish Criminal Code was approved by Organic Law 10/1995, of November 23, 1995. In: *Boletín Oficial de Estado* núm. 281, de 24/11/1995. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Access on: 14th June 2023.

⁵ Circular 1/2016 of the State Attorney General's Office -Spanish- on the *criminal liability of legal persons under the reform operated by the organic law 1/2015* (which is a document addressed to all prosecutors where the criteria to be followed in matters of corporate criminal liability, compliance bodies and compliance systems are contemplated). Although this document refers to the compliance officer in many sections, it devotes a specific section to this figure: 5.4. The compliance officer. In: *Doctrina de la Fiscalía General del Estado*, FIS-C-2016-00001, 22/01/2016. Available at: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>. Access on: 16th June 2023.

throughout its wording, to the necessary creation within the company of a control body, subsequently dedicating a complete section to the figure of the *compliance officer*.

With this starting point, an important debate began in Spain on the body or bodies with compliance functions, which continues to this day. On one side are those who adhere to an Italian position and, on the other, those who defend a more flexible position. The former argue that, since the Spanish Criminal Code copied significant aspects of Italian Legislative Decree 231/2001 regarding the attribution and release of liability of the legal entity or person⁶, its structures and systems of corporate governance should also be copied, where there is a very clear approach of organic division between the tasks of supervision and enforcement. From this point of view, in the field of compliance we would find two main bodies: a) the "supervisory and control body", which must be limited to purely supervisory tasks, and b) the "enforcement body", which is responsible for meeting the requirements of the "compliance program" (referred to in paragraph 5 of Art. 31 bis of the Spanish Criminal Code), performing executive functions such as, for example, the reception of internal complaints. The supervisory body of the compliance program cannot issue guidelines as it does not have executive powers, but must issue recommendations to the governing body and, depending on the case, it may coincide with the audit committee, but it must be clear that the pre-established functions derive from different sources (Criminal Code and Spanish Capital Companies Act⁷). In this regard, it is possible that this supervisory body depends on the internal auditor, since it enjoys great independence (and functionally has analogous characteristics, it supervises without executing). The "executing body", on the other hand, performs tasks that are clearly executive in nature, as it ensures that the compliance program remains in line with what was set at the time of approval and is aligned with the requirements of the Criminal Code.

On the other side, there are those who oppose this thesis and claim that, while in the Italian corporate context the governance system is traditionally dualistic (where one body has executive functions and the other, the audit body, predominantly supervisory), in Spain there is a clearly monistic system (although in certain highly regulated areas or particularly sensitive sectors the creation of an audit body is mandatory). Furthermore, they add that there are doubts as to whether, given that some precepts have been copied, we are obliged to copy the Italian corporate governance structures as well. And, if we follow such a dynamic, we should also be obliged to copy the very nature of the sanction imposed on legal persons in Italy (which is administrative and not criminal) or any other requirement associated with the translation not only of the literal meaning of the precept, but also of everything that lies behind it in the Italian legal sphere (down to the last implications). This thesis seems to be the one that is gaining more strength, since it is based on the idea that the central figure in charge of supervising the operation and compliance of the crime prevention program is the compliance officer. The Circular of the State Attorney General's Office seems to take the latter thesis when it identifies the compliance

⁶ Although in Spain the liability of a legal person has a criminal or penal nature, while in Italy it has an administrative nature. The aforementioned Legislative Decree 231 of June 8 of the year 2001 was published on the Gazzetta Ufficiale. In: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n.º 140 (19th June 2001), p. 4. <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>. Access on: 16th June 2023.

⁷ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. In: Boletín Oficial de Estado núm. 161, de 03/07/2010. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>. Access on: 16th June 2023.

officer with the task of "supervising the prevention model" and with other tasks with the reception of warnings through the complaints channel⁸.

Thus, a panorama began to emerge in which there is a certain interpretative diversity with repercussions on the structures of companies and other types of organizations. In any case, it is clear that it is necessary to designate or formally appoint a body to deal with the "compliance function". The organization, based on the analysis of its size, operational sector, regulation and internal organization, among other key elements, will choose whether the composition of this body with the compliance function is individual (a compliance officer) or collegiate (and, in this case, the number of members). Likewise, the aforementioned Circular 1/2016 itself foreshadowed what would end up being the current panorama regarding compliance professionals, favoring the path towards decentralization, functional cooperation and the existence of delegation of functions when it indicated: *"this does not imply that this body must perform by itself all the tasks that make up the regulatory compliance function, which may be performed by other bodies or units other than the specific regulatory compliance body..."*⁹.

In this way, vertical and horizontal lines of connection arise towards other corporate bodies such as risk committees, internal control bodies or other units for the prevention, management and control of the different types of risks by subject matter. In addition, there is the possible existence of external experts from outside the organization, either with regular or merely occasional participation, as well as the possible composition of the compliance function through the collegiate formula with disparate roles framed in different fields of action and with disparate optional or functional levels (generally specifically attributed to supervision, advice, internal operational, among others, depending on the degree of assignment and delegation).

2.1 Regulatory landscape linked to the evolution of the compliance function: some key aspects.

In the field of *soft law*, international standards on Compliance Systems Management have also contributed to and promoted the development of the terminology used in this area. In this way, they fulfill part of their purpose of establishing, harmonizing, homogenizing and specifying or completing certain issues, in this case, those related to the practical application and development of Compliance and its structures.

The original non-certifiable standard, now repealed ISO 19600 - Compliance Management Systems, understood "compliance function" as the person/s with responsibility for "compliance

⁸ An example of this is provided in the Circular 1/2016 of the State Attorney General's Office when, in the section aimed at addressing the figure of the *compliance officer*, it states (pp. 46-50): "The second condition of section 2 of art. 31 bis attributes the supervision of the crime prevention model implemented to a specific body of the legal person with autonomous powers of initiative and control, which must be specifically created to assume this function, except in those entities in which, by law, it is already provided for to verify the effectiveness of the internal risk controls of the legal person, among which is crime prevention." [Translation of the following extract: La segunda condición del apartado 2 del art. 31 bis atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que deberá ser creado específicamente para asumir esta función, salvo en aquellas entidades en las que, por ley, ya se encuentra previsto para verificar la eficacia de los controles internos de riesgos de la persona jurídica, entre los que se encuentra la prevención de delitos].

⁹ [Translation of the following extract: "Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo..."].

management", including, as a note or recommendation, the preference for the designation of a single individual to whom all such responsibilities are assigned.¹⁰

In 2017, the current certifiable standards UNE-ISO 37001- Anti-Bribery Management Systems and UNE 19601 Criminal Compliance Management Systems emerged. The first standard provides a brief description of the so-called "Anti-Bribery Compliance Function"¹¹, indicating that these are those persons with responsibility and authority for the operation of the Anti-Bribery Management System. indicating that it refers to those persons with responsibility and authority for the operation of the Anti-Bribery Management System. On the other hand, UNE 19601 deepens in the definition of "Criminal Compliance Body"¹², in line with what has already been exposed and anticipated in the Circular of the Prosecutor's Office 1/2016, being of special interest the clarifying notes regarding: (i) the pre-existence of bodies whose supervision and control function is legally entrusted to a certain control body; (ii) the possible creation of an ad-hoc body; (iii) the casuistry of legal persons of small dimensions¹³.

The latest developments come from the current certifiable standard UNE-ISO Compliance Management Systems, approved in 2021, where the concept of "body" is discarded and replaced again by "compliance function", returning to the initial transversal and global definition already included in the original 19600 standard¹⁴. This terminological reconsideration makes perfect sense by combining the breadth and generality granted by the standard with the possibility of accommodating any type of structure (unipersonal, collegiate) and composition, in line with the growing tendency to implement and develop (as far as possible) a Compliance of an integrating, homogeneous and systematic nature. In addition, the term offers a response to the current casuistry, facing the emergence of new positions and related legal figures as, for example, in terms of management of *whistleblowing channels*, through the "whistleblowing and irregularities management function"¹⁵ and / or the need to identify the person responsible for the internal reporting system as stated in Article 8 of *Law 2/2023, of 20 February, regulating the protection of persons who report regulatory infringements and the fight against corruption*¹⁶, derived from the EU Directive 2019/1937 of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, whose specialty always requires training, qualification and specific positioning¹⁷.

In relation to other areas or fields of compliance, for instance, in the area of Antitrust, the Guide on Compliance Programs prepared by the Spanish National Commission for Markets and Competition

¹⁰ UNE- ISO 19600 - Compliance Management Systems. Guidelines. - Point 3.6.- *Definition of compliance function*.

¹¹ UNE-ISO 37001 - Anti-bribery Management Systems. Requirements with guidance for its use - Point 3.8.- *Definition of anti-bribery compliance function*.

¹² UNE -19601 - Sistemas de Gestión de Compliance Penal. Requisitos con orientación para su uso - Point 3.21.- *Órgano de Compliance Penal* [Criminal Compliance Body].

¹³ In addition, during 2019, the current and certifiable UNE 19602 standard for Tax Compliance Management Systems was also introduced, with the same definition, except for the substitution of criminal matters for tax matters. On the issue at hand, the following point is particularly relevant its point 3.23.- *Órgano de Compliance Tributario* [Tax Compliance Body].

¹⁴ UNE-ISO 37301- Compliance Management Systems. Requirements with guidance for its use - Point 3.23.- *Compliance function*.

¹⁵ UNE-ISO 37002 - Whistleblowing management systems. Directrices: - Point 3.11.- *Whistleblowing management function*.

¹⁶ Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. In: Boletín Oficial de Estado núm. 44, de 21/02/2023. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513> Access on: 16th June 2023.

¹⁷ Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law. In: Official Journal of the European Union, L 305/17, 26.11.2019. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1937> Access on: 16th June 2023.

(CNMC) in 2020¹⁸, establishes the need to designate a "direct responsible" in charge of the design and execution of the program, equating and finally designating this figure to the "compliance officer", thus enabling the possibility of merging these roles. Likewise, without prejudice to the fact that this issue deserves a specific comparative study, it is very appropriate to highlight the Compliance Program Evaluation Guide issued by the United States Department of Justice in 2020 and updated in March 2023¹⁹, which again refers to the concept of "function" when establishing the requirements for assessing its effectiveness. Among these, the structure and hierarchy, roles and functions, personnel profile, experience and qualifications, training, resources, autonomy and independence, as well as the possible outsourcing of functions and control over them are analyzed.

Finally, the so-called *Libro Blanco Sobre la Función de Compliance*²⁰ rightly exposes, in a clear approach to the reality of the structure of the "compliance function" within organizations, the variety of options and typologies that may occur in the performance of Compliance, always taking into account, based on the principle of proportionality, the structure of the organization itself and the appropriate provision of resources; from a unipersonal structure to collegiate bodies, whether in public organizations, private for-profit or not-for-profit entities, but making it clear in any case, that it will always be considered as an internal function of the organization itself, regardless of whether it can count on the support and advice of external experts in the field, and without losing the control and supervision function that is intrinsic to it.

Therefore, without prejudice to public law regulations of a criminal nature (which will be discussed in more detail below), this regulatory landscape has boosted a multiplying and/or amplifying effect of roles and obligations compared to the traditional and "simple" figure of compliance limited to the exclusively criminal sphere, making it necessary to evolve towards much more complex apparatuses and structures in which roles, positions, as well as positions internal and external to the organization are intermingled, or whose ultimate aim tends towards the creation of "all-powerful or omnipotent compliance figures". Currently, to speak of the "compliance function" implies the permutation of the traditional concept towards new structures, frameworks and increasingly complex apparatus, where order and hierarchy must be a priority, both when designing and approving its composition and when defining its roles and responsibilities so that the required basic principles of autonomy and independence can be guaranteed. These factors have led to a two-speed transition between business practice or reality and the theoretical, dogmatic and even legal sphere, offering conflicting or outdated responses. It is therefore essential, in order to determine the role and responsibility of each possible member of the

¹⁸ CNMC- Guidance on compliance programs in relation to antitrust rules of June 10, 2022. Section D - Independence and autonomy of the person responsible for the design and control of compliance policies [CNMC- Guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia de fecha 10 de Junio 2022. Apartado D - Independencia y autonomía del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento]. In: CMNC website. Available at: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FIN_AL.pdf. Access on: 16th June 2023.

¹⁹ Evaluation of Corporate Compliance Programs (Updated March 2023)- U.S. Department of Justice Criminal Division- Question II- I. Is the Corporation's Compliance Program Adequately Resourced and Empowered to Function Effectively?- B- Autonomy and Resources-. In: U.S. Department of Justice Criminal Division. Available at: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1571911/download>. Access on: 16th June 2023.

²⁰ Section or item 1 *Estructuras de la función de compliance* [Structures of the compliance function.], in MAZA MARTIN, José Manuel; miembros de la Junta Directiva de la Asociación Española de Compliance y diversas instituciones. **Libro Blanco sobre la Función de Compliance** [White Paper on the Compliance Function], marzo, 2017. In: Official website of the Spanish Compliance Association (ASCOM). Available at: <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>. Access on: 16th June 2023.

"compliance function", to take into account the composition, position or hierarchy within it, competence, roles, as well as the functions actually assigned.

2.2 Anatomy of the Compliance Structures

The casuistry related to the composition is very varied and there is no "infallible magic formula" for all cases. Depending on the different characteristics of the organization itself, the most effective solution must be chosen, taking into account the different variables that make up part of its context, such as: size, internal structure, territoriality and jurisdictions, organizational functional dependencies, the activities and sectors in which it operates, markets, regulatory frameworks, matters, resources, stakeholders, among others. The following are the most common elementary structures when setting up bodies with the "compliance function" within companies and other organizations with legal personality.

In SMEs, it is usual for the structure to be centered on an individual profile (compliance officer), either internally, with external support or outsourced in its entirety. On the other hand, depending on the size of the organization, it can be constituted independently or end up merging into the *senior management / governing body* profile or even converging in a global symbiosis. With regard to large companies and organizations, the delimitation between the stages relating to the Governing Body, Senior Management and the Compliance Function is usually better defined. As for the compliance structure, it can be set up in a unique manner, along the same lines as described above. In addition, it can be designated for a specific matter, for example, Criminal Compliance Officer or be considered at a general/global level. Sometimes it may also have a support team or department. The second option involves the designation of a collegiate body made up of members who are usually complementary in functions and competencies, among whom the *director/compliance officer* or compliance officer is designated, and may repeat the characteristics of the previous schemes in terms of resources and the figure of the external advisor. Likewise, it may be limited to a specific area, in which case the Organization may have other structures at a transversal and/or vertical level articulated by means of gears of different categories for delegation, reporting, supervision and/or coordination; or it may integrate the different roles and profiles into a single compliance function.

Listed companies or companies listed on the market have an audit and compliance committee in which the compliance function is directly integrated, articulated through the control body. However, it is becoming increasingly common for this to be supported by a "specific delegated compliance body" specialized by subject matter or that simply performs this function in a more focused and operative manner, without forgetting the particularities already mentioned in the previous cases, which can be replicated. In this way, the aim is not only to tend towards specialization through technical improvement and optimization of resources, but also to reinforce the model of the three lines itself, which will be referred to below. Finally, in the case of groups of companies, whether at a national, international or mixed level, the cases described for large entities and listed companies are amplified and interconnected. The main difference lies in the type of compliance structure advocated by the group.

If the option chosen involves the creation of a "hybrid / decentralized or cascade model", it will be characterized by granting certain autonomy to the compliance of the entities that make up the business conglomerate, based on common premises and a wide margin or degree of delegation of functions, being, in any case, hierarchically linked to that of the parent company. This gives rise to the figure of the "compliance liaison" or "delegated compliance officer" reporting to the chief compliance officer.

This structure offers an advantage at a territorial level, facilitating presence at a more localized level, with greater knowledge of the area, its context and regulations, without overlooking the disadvantages that may arise, relating to problems of legitimacy, operability and loss of control. The second option is based on the development of a "centralized model" from the parent company, replicating the rest of the cases envisaged for large companies, but with the particularity that a single figure/body will be in charge of performing the compliance function at group level. This choice is made when the territoriality is very focused on one area or when the number of companies is limited. It can be seen from the above that the different compositions are replicated and become more complicated in proportion to the organizational structure and size of the entity itself.

2.3 Substantive aspects regarding the bodies responsible for the compliance function

As noted above, the first step in the configuration of any compliance model or system is the determination of the "compliance function". This aspect is key as it is the starting point or initial stage in which the "conscious appointment of the structure" takes place: whichever model or composition is chosen, it must be based both on the analysis of the organization's context and on the requirements set out below, aspects that underpin the suitability of the design and the competence of its "responsible person/s" (an issue that will have a full impact on the correct implementation and development of the compliance model or system).

Furthermore, guaranteeing an adequate institution of the structure makes it possible to consolidate and assertively motivate the maximum guarantees of the composition and functioning of this element without it being a promoter of future damage to the system or model based on the imputation of the legal entity in accordance with the jurisprudential criterion of "structural organizational defect"²¹.

²¹ ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia de la Sala de lo Penal. **STS nº 4116/2022 de 11 de noviembre**: "[...] en la medida que su imputación ha de asentarse en criterios de imputabilidad propios, tal imputación habrá de ponerse en relación con los fallos en que, por defecto de organización o funcionamiento, incurra en el ejercicio de su actividad sobre la gestión, el control, la supervisión o vigilancia para la prevención del delito de que se trate [...] para hablar del fundamento de esa responsabilidad exigible a la persona jurídica por su propio delito, es preciso partir de la constatación de algún defecto estructural en los mecanismos de prevención y control que le fueran exigibles por razón de su organización tendentes a los fines a que se orienta su actividad, y ello porque la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa" [...]. to the extent that its imputation must be based on its own criteria of imputability, such imputation will have to be related to the failures in which, due to organizational or operational defects, it incurs in the exercise of its activity regarding management, control, supervision or vigilance for the prevention of the crime in question [...]. in order to speak of the basis of the liability of the legal person for its own crime, it is necessary to start from the finding of some structural defect in the mechanisms of prevention and control that were required by reason of its organization aimed at the purposes for which its activity is oriented, and this because the criminal liability of the legal person is based on organizational complexity". In: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ). Available at: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/16aa9cd321ffac14a0a8778d75e36f0d/20221125>. Access on: 16th June 2023. Tribunal Supremo, Sentencia de la Sala de lo Penal. **STS nº 3430/2020 de 22 de octubre**. Finally, the Spanish Supreme Court's decision **STS nº 234/2019, 8 de mayo stated**: "Las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han quedado resueltas por la doctrina de esta Sala de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 221/2016, de 16 de marzo, entre otras, en la que se establece que la sanción penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica" ["Doubts about the nature of the criminal liability of legal persons have been resolved by the doctrine of this Chamber of which the Spanish Supreme Court Ruling No. 221/2016 of March 16, 2016, among others, is an exponent, in which it is established that the criminal sanction of the legal person has its basis in the liability of the company itself for a structural defect in the prevention mechanisms against its managers and employees in crimes likely to be committed within the scope of action of the legal person itself"]. In: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

The designation is thus marked by the very phenomenon of the descriptive multiplicity of the figure and the organic structural complexity at the internal level, which in turn causes the need to establish, define and document perfectly the roles and functions to be performed by each of the members that make up the "compliance function", as well as the interrelation, connection and operation with the rest of the complementary figures. This work must be carried out considering the requirements relating to the composition, competence and internal organizational structure, so that both the obligatory framework and the level of responsibility of each one of them can be clarified without any apparent difficulty, thus avoiding possible dysfunctions that may cause their invalidity or distortion. Thus, the concept of delegation of functions at internal and external level comes into play, which must be perfectly determined without "the compliance function" being emptied of content in terms of its attributions, duties and minimum obligations required both by legislation and by the internal application regulations adopted by the Organization (protocols, procedures, best practices, etc.).

2.3.1 Functional typology

The structural and functional mix originated when configuring and designating the body with the compliance functions must be analyzed from an operational and executive point of view with respect to those tasks that can be approved and carried out directly by the autonomous subjects; of coordination or collaboration with other bodies at a vertical and transversal level; of supervision and evaluation within the internal and external hierarchy; and of advisory consultancy with respect to all tasks that necessarily entail a transfer and elevation of information to another body of an executive or optional nature.

The singular or collegial tinge in the composition will also qualify the qualification with respect to the decision-making process. This distinction is essential in motivating both the due diligence of the compliance function and the evaluation of its performance. In addition, it favors individual accountability both at the organizational level and in the event of a possible conflict or legal situation. In any case, a distinction must be made between those structures and figures that will form part of the "hard core" of the "compliance function" on the basis of their tasks, whether general, global or interchangeable, or specific to compliance, such as, for example, the person responsible for the criminal complaints channel or the person in charge of the internal information system; the person in charge of monitoring and updating risks and controls, among others; and those other related, collateral, occasional or support roles or bodies. This functional and hierarchical mix must respond, in any case, to a discretionary criterion of the organization, which must respect some elementary premises or requirements in order to guarantee its effectiveness and validity as detailed below.

2.3.2 Composition and competencies

The main elements that must be observed to ensure the effectiveness of the "compliance function" are based not only on the Compliance regulations and standards referred to above, but also on the specific rules that may be applicable, as well as the experience drawn from practical business and legal evidence. In relation to this matter, it is usual to extract four points in relation to the effectiveness of the compliance function: (i) to ensure its correct designation and composition; (ii) to evaluate and determine

the competence; (iii) to establish the structure, hierarchy and principles that assist it; (iv) to determine the roles and delegation of functions, if applicable. The lack of any of these elements, as well as their alteration or irregularity, can have significant adverse effects both on the effectiveness of the compliance model or system and on the parties involved.

With regard to the appointment of the compliance officer or of the components of the compliance body, it should be noted that it must be made by the organization's governing body²², reinforcing the commitment and transmission of a culture of ethics and compliance based on the "tone from the top" philosophy. Depending on the structure or typology of the figure chosen, in accordance with the principles of proportionality and efficiency of the organization itself, one of the typical failures that can occur is the absence of the same, either by the parent company or by the investee company, which in fact, at a material level, would turn it into an entity devoid of the necessary authority; or, from a merely formal and tacit point of view, it would cause the invalidation of an easily rectifiable element. On the other hand, the practical complexity of the different structures described above can lead to the creation of overly simplified and artificial structures that do not respond to certain basic principles of the organization, distorting and invalidating its own functioning and denoting fiction, incomprehension or even a lack of means and resources.

Regarding the qualification and training of the personnel that make up "the compliance function", it is curious that such a simple and elementary criterion goes so unnoticed in its analysis both at a practical level and by the courts. However, the absence of a specific assessment is developed in the UNE-ISO standards for compliance management systems²³, which outline the following as minimum requirements to be considered: (i) integrity and commitment; (ii) effective communication skills; (iii) ability to influence; (iv) professional prestige; (v) determination of competence (education, training and experience) in accordance with the development of the assigned functions (roles and responsibilities); (vi) detection and evaluation of possible complementary needs. On the other hand, circumstances such as, for example, professional intrusion or the appointment of individuals with circumstances that undermine their integrity and professional prestige (conflicts of interest or having been internally sanctioned by the Organization itself or having a criminal record) have a direct negative impact both on the validity and effectiveness of the function itself and on the reputational ethics of the organization itself.

Finally, another of the reasons that affect the competence criterion involves the non-compliance with the minimum recommendations required by the reference norms or standards in compliance matters due to the absence of an adequate selection and evaluation process for professionals, as well as the lack of a performance evaluation that would allow the detection of shortcomings as opposed to deficiencies. It should be emphasized that the suitability of the "candidate" affects not only the future credibility of the compliance function, but also the very mechanism of delegation of functions or the decision-making process. The competence and capacity of the professional that he/she must have for the assigned

²² Power or function attributed by the compliance standards with respect to the minimum functions required of the Governing Body or by law in accordance with the specific precept. E.g. Art. 8.1. of *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (above-mentioned) regarding the designation of the internal information system that may or may not coincide in figure with the person in charge of the regulatory compliance function according to section 6 of the same article.

²³ "Competence" is defined according to Compliance standards as the ability to apply knowledge and skills to achieve the intended objectives.

compliance function can also be decisive when it comes to assessing the intentionality in non-compliant actions, whether consciously, intentionally or recklessly.

2.3.3 *Hierarchy, roles and delegation of functions*

As regards the internal organic positioning of the "compliance function" and the hierarchy that its members occupy within the overall structure of the Organization, it should be emphasized that the scheme to be followed is one that responds to the traditional principles required for the function of "autonomy - initiative - control and independence"²⁴. The purpose is that the position of the body with the compliance function should act as a delegated guarantor of the supervision, monitoring and control of compliance, as well as having direct and immediate access to the governing body and the other units or operational areas of the organization, guaranteeing the principles of information and collaboration.

The aforementioned *Libro Blanco de la Función de Compliance* makes a series of nuances regarding the composition of a collegiate body, as the following conditions are established, which clearly respond to the obligation to define the internal hierarchical structure. On the one hand, it is important to identify the person who acts or performs the functions of head or maximum representative of the Compliance Body. This figure will be the main person in charge of answering and acting before the Senior Management, the Governing Body, as well as of directing and coordinating the rest of the members that make up the function. On the other hand, in cases where a compliance macrostructure or transversal body is set up, both the overall responsible (Chief Compliance Officer, President or Compliance Director) and the different subordinates by subject or typology (Head of Criminal Compliance, Anti-bribery, Tax, Competition, and may include figures such as the Data Privacy Officer, etc.) must be identified.

The lack of guaranteed independence within the internal and external hierarchy and the contamination of autonomy in the process of "making and/or proposing decisions" is one of the most common defects that undermine this elementary requirement. In addition, hierarchical dysfunction can lead the compliance body to be subjected to "compromised" situations or scenarios in which the ethics and professionalism of compliance collide with the interests, mandate or order of a third party.

Furthermore, the lack of transparency and arbitrariness in the appointment of the compliance officer or the members of the compliance body is evidence of the existence of a "muppet compliance" or function totally conditioned to the wishes of the organization's own governing body or senior management. Likewise, the confusion and internal chaos caused by the overlapping of positions, positions and committees that should be at different levels (Governing Body, Senior Management, Internal Audit, Compliance Function, etc.) and which, at the same time, go against the usual structures of good *Corporate Governance*²⁵ or even the model known as the *Three Lines Model*²⁶. These circumstances may imply an impairment of the proper functioning of the compliance model or system.

²⁴ It should be emphasized that independence presupposes neutrality and the absence of interference that would undermine its own control and oversight functions. This issue overlaps and directly conflicts with the need to occupy a high position in the organization, which would in turn undermine the "principle of autonomy".

²⁵ UNE-ISO 37000:2022- Governance of organizations.

²⁶ THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS: The IIA'S three lines model. In: Official website of The Institute of Internal Auditors (IIA). Available at: <https://www.theiia.org/globalassets/documents/resources/the-iias-three-lines-model-an-update-of-the-three-lines-of-defense-july-2020/three-lines-model-updated-english.pdf> Access on: 15th June 2023.

In this type of cases, a clear dysfunction is observed by linking the compliance figure very closely to the apparatus of power or even through the intrusion of other figures/roles, leading to situations in which there is a duplication of positions, conflicts of interest, an inevitable contamination of operations and even the absence of a proper segregation of functions. In this line, there are cases such as: (i) an organization whose chief compliance officer (CCO) was integrated and coordinated its activity through a compliance committee made up of the CCO (as secretary), the chairman of the board of directors (governing body) together with three additional members belonging to senior management²⁷; (ii) an organization designates as individual compliance officer (CO) the human resources management and the chairmanship of the works council²⁸, etc. In these cases it will be crucial to elucidate whether the deficits or organizational chaos in the compliance function as a result of any of the above-mentioned cases is merely a circumstantial situation or a manifest intentionality reflecting a desire for intense control over the body with the compliance function and opacity in the management of compliance-related matters.

The controversy and controversies about the functional determination seem to be reduced when a single Compliance Officer is appointed. However, it should be taken into account the vicissitudes that may arise with respect to the establishment of certain specific compliance roles when within the organization itself, not all the compliance control and management functions are attributed to the Compliance Officer, and when different positions with differentiated or even overlapping competencies concur in parallel, without ever constituting and consolidating a clear and defined compliance structure. This is one of the most common cases of dysfunction where an organization begins to undergo a transformation and adaptation of its compliance model/system without having a clear "road map", designating in an uncoordinated and uncontrolled manner different specific or subject-specific compliance roles.

Continuing with the above approach, it is essential to point out the following: despite the fact that within a collegiate body a specific individual is appointed from among its members to perform certain management, representation and coordination functions, this circumstance does not exempt, per se, the rest of the members from their intrinsic duty of due diligence with regard to the basic functions expressly attributed to them by law and the specific regulations on compliance matters, without any dilution, therefore, of the liability that may arise, even in a criminal law context²⁹. These circumstances arising from the hierarchy and delegation are applied following similar dynamics to those applicable to partners and directors of the organization, in terms of their duty of supervision, monitoring and reporting on compliance.

The lack of definition or obscurantism in the definition and designation of roles and functions (consciously and intentionally) is another of the usual tricks and scourges whose purpose is to blur and hinder the burden of proof in the event of irregularities or non-compliance (usually carried out by those with greater power in the organization). Other deficiencies of this type are the global delegation in favor

²⁷ ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Sala de lo Social. STSJ nº 3357/2022 de 1 de abril. In: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ). Available at: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ca8cef4659a2b6a9/20220607> Access on: 15th June 2023.

²⁸ ESPAÑA. Juzgado de los Social nº 6 de Oviedo. Sentencia nº 386/2021 de 8 de junio. In: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ). Available at: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/134d5ee9ca30cad3/20220110> Access on: 15th June 2023.

²⁹ LIÑAN FUENTE, Alfredo. **La responsabilidad penal del compliance officer**, Madrid: Editorial Aranzadi, 2019, pp.18-19.

of employees with no effective capacity to perform tasks or the total outsourcing of the compliance function, with the consequent loss of control and breach of the duty of supervision.

Part of these problems are a consequence of the lack of a statute for the "compliance function", which clearly and expressly sets out the specific attributions, functions and obligations incumbent on each of the members of the body (without prejudice to and must differentiate between those that are intrinsic and non-delegable, whether by legal imperative, internal regulations or by positioning/position, and those functions that are divisible and can be delegated, internal regulations or by positioning/position, from those functions that can be divided and delegated), so that the responsibilities required of each of them in the event of measuring the performance of the function itself or in the event of evaluation and/or non-compliance can be clearly differentiated³⁰.

Likewise, it should be understood that the delegation of functions in compliance matters is a particularly sensitive process due to the subject matter involved. Therefore, as will be explained in the following section, the delegation is always more specific and there cannot be a total dissociation of the delegating body. The production of a cascading or progressive delegation that obviates this premise is based on the erroneous thought that the higher hierarchical positions are absolutely residual and that they can totally disengage from everything related to compliance.

Therefore, in order to avoid these risks, it is of great importance to carry out a series of actions that allow: (i) the establishment of limits and perimeters of action, as well as the anchoring and articulation with other control and supervision figures of the Organization; (ii) the delimitation and positioning of external parties to whom a delegation of compliance functions can be made and the determination of shared responsibility³¹; (iii) the forecast and analysis on the determination of new needs or restructuring with an impact on the context of the organization that imply a functional reorganization, as well as the adequacy of staffing³².

In short, the list of possible defects and errors when implementing or configuring bodies with the compliance function are innumerable and can have devastating effects for the organization. Moreover, the legal-criminal consequences that may emerge as a consequence of the inadequate development or exercise of the compliance function will impact both individually when determining the individual responsibility of each subject, and globally, representing a serious blow that will affect not only the integrity of the compliance system or molding, but will also seriously jeopardize the credibility and trust placed in the development of the compliance culture within the organization and at a public or global level³³.

³⁰ International standards have foreseen this need when they expressly regulate the issue by establishing as requirements of the "Compliance Management Systems" the minimum functions attributed to the body with the "Compliance Function", as well as the need to ensure by Senior Management and the Governing Body, aligned with the Organization's Governance System and strategy, that the responsibility and authority of the essential functions are perfectly attributed, determined, assigned and communicated.

³¹ Likewise, another of the classic elements of support to clarify the disjunctive and positioning among the members of the Compliance Body is the need to regulate the tools and mechanisms that contribute to the process of "decision making and/or adoption of proposals", through the voting formulas and the instruments that make it possible to verify their evidence.

³² ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. **STSJ nº 921/2022 de 30 de noviembre**. In: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ). Available at: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6d31fb8b23165ae3/20210324> Access on: 15th June 2023.

³³ AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. 2ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 228-223.

3. Criminal Liability for noncompliance with the “compliance function” or for omission of the compliance officer: the Spanish approach

3.1. The position of legal-criminal guarantor in terms of risk prevention and non-compliance within the organization

Focusing on the legal-criminal aspects relating to the liability of the organization's professionals who perform compliance functions, we must point out that the starting point is inevitably the figure of the partner. The partners of a legal entity are the precursors and ultimate beneficiaries of the services or products offered by the organization, they are those who decided to establish or, as the case may be, maintain³⁴ that *source of risk* (the activity of the company) in a certain social context with the purpose of obtaining some kind of benefit, profit or gain. Since these subjects are those who insert in society a source of risk to obtain profit, it is logical to extract that, at least, they must make sure that this source of risk performs an activity within the margins of legality, *keeping the levels of risk within what is allowed* and, of course, avoiding the materialization of risks or non-compliance of criminal significance that affect *third parties*.³⁵

However, it is a reality that partners are increasingly distanced from the management of organizations (especially in listed companies). This original identification between the classic sole proprietor who created his business and the partners who now make up more complex companies is undergoing a major transformation. The position of guarantor of risk control and prevention of illicit activities has shifted to the highest executive bodies of the organizations and, in the case of Spanish companies, to the board of directors. The company's administrator or board of directors is conceived as the body that assumes in a global and clear manner the duty of supervision and control of the organization in order to guarantee that it complies with the law and to avoid harmful results. When the *mechanism of delegation* of functions from the partners to this body operates validly, the partners free themselves from this functional scope by transferring it to the administrative body.

In other words, the supervisor or supervisors with primary control duties (in this case, the partners of the company) entrust this supervisory body with monitoring and control tasks relating to compliance and risk prevention, but such delegation (governed by the principle of trust) is subject to certain requirements in order for it to have criminal-legal effects. In Spain, these requirements relating to the delegation mechanism arise from the application of various precepts together with the development of the jurisprudential doctrine (which we will analyze in the following pages). Nor does *delegation* imply that, as a consequence of this, there can be absolute disregard of what happens in the organization on the part of the partner, since certain supervision (albeit much more lax) of the administrator must be maintained.³⁶

³⁴ E.g.: creating or incorporating the company itself (in accordance with art. 20 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) or subsequently, as a result of corporate M&A operations, etc.

³⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Responsabilidad penal por omisión del empresario. In: MIR PUIG, Santiago (dir.), **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

³⁶ The "delegation" of control and supervision tasks in favor of the management body does not allow the shareholders to totally disregard what the management body does; in order for the delegation mechanism to operate properly, the shareholders must

Likewise, as we are going to explain, in order to attribute individual criminal liability to the subjects with *supervisory duties* in order to avoid harmful results generated in the corporate context, it is unavoidable that the crime committed by another member of the organization could have been prevented as a consequence of the duty of avoidance (originated by the position of guarantor) held by the supervisor. The attribution of criminal liability for improper omission or commission by omission (Art. 11 of the Spanish Criminal Code³⁷), regardless of the position of the supervisor and the category in which his role could be subsumed (necessary cooperation, complicity, etc.)³⁸, is not only subject to the principles of Criminal Law, and the principle of guilt and personality of the penalties must be guaranteed, but it is also endowed with a relevant additional requirement linked to his position of guarantor and omissive conduct: the additional *judgment of equivalence* between the hypotheses. The *capacity* of the omitting party to carry out an active conduct that would have hindered or made the crime impossible must be shown, together with a *hypothetical causality*, arising from his position of dominion over the source of danger, so that it would have been possible to paralyze or prevent the result (STS 613/2018, of November 29, regarding the attribution of criminal liability for omission under the category of necessary cooperation and complicity: STS 258/2007 of July 19 and STS 749/2010 of December 16,³⁹, respectively).

In turn, when the boards of directors or administrators of commercial entities (or similar bodies in legal entities of another nature) approve the constitution of bodies with functions in the area of compliance -criminal- and delegate supervisory functions in this area through the adoption of the corresponding resolutions, the administrative bodies themselves (delegators) are left in a residual or secondary position as guarantors of supervision for the prevention of risks of criminal significance. Thus, the position of main guarantor is occupied by the members of the compliance bodies (compliance officers, compliance managers, etc.). However, the position of guarantor is more precise and limited to the supervision of risks in accordance with the "parameters and procedures contained in the compliance program or system" (which, in principle, must be approved by the management body). Moreover, not

regularly control the actions of the management body (lax supervision). Among the many precepts that enable the shareholder to exercise control functions in Spain, it is worth highlighting, for example, those contemplated in Articles 93 and following, and 159 and following of the *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en España*. This issue is discussed at length in PASTOR MUÑOZ, Nuria. ¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio. *Diario la Ley*, n° 9400, 2019, p. 1-14.

³⁷ Article 11 of the Spanish Criminal Code states: "Crimes that consist of the production of a result shall only be understood to be committed by omission when the failure to avoid the result, by infringing a special legal duty of the perpetrator, is equivalent, according to the meaning of the text of the law, to its causation. For this purpose, omission shall be equated to action: a) When there is a specific legal or contractual obligation to act. b) When the omitting party has created an occasion of risk for the legally protected property by means of a preceding action or omission."

³⁸ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de Compliance Penal en España*. 2ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 450-471.

³⁹ In our opinion, the Spanish Supreme Court's ruling No. 1273/2004 is a landmark judicial decision in this field. ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia de la Sala de lo Penal. **STS n° 1273/2004, de 2 de noviembre**. This sentence states: "La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del CP, entre ellos, que el omitente ocupe una posición de garante. De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante." ["The jurisprudence of this Court, although it has expressly recognized that the admissibility of omissive participation is difficult to declare, has accepted it, associating its concurrence with that of the elements of art. 11 of the Criminal Code, among them, that the omitting party occupies a position of guarantor. Hence, it is possible even in crimes of action, when the omission of the guarantor's duty to act has contributed, in a hypothetical causality, to facilitating or favoring the cause of a result of a crime of action or commission that could have been avoided or hindered if he had acted as required by his position of guarantor"].

only are we faced with a *process of delegating functions* protected by ordinary legislation, but in the case of Spain and many other countries that have adopted the institution of criminal liability of legal persons, it is strongly encouraged through a norm of extraordinary relevance: the Spanish Criminal Code itself⁴⁰. This is the materialization of a criminal policy that enhances and rewards, through exemption from criminal liability, legal entities that, together with the adoption of a compliance system, incorporate in their corporate organization charts bodies specifically dedicated to compliance.

However, it is obvious to point out that the compliance officer or member of the body with the function of compliance will never be responsible for breaches of criminal law or crimes committed by other members of the organization in a broad sense (since he/she is not the guarantor that no crimes are committed in the corporate context), only in very specific and precise cases could his/her possible liability be addressed as a *participant* in an *improper omission* for a crime committed by a third party⁴¹. This type of cases may arise when its intentional inactivity or wilful neglect of the specific functions conferred (specified in its functional scheme and clearly indicated in the compliance system) made possible the commission of the crime by the third party and it was aware of its contribution. And this, provided that the aforementioned *delegation mechanism* had previously operated in a valid manner, which places him in a *position of guarantor* based on specific contractual duties acquired⁴². Thus, the criminal liability of the compliance officer responsible for the *whistleblower channel* could be declared if, having received through this channel a warning of an imminent crime, he/she did not act voluntarily in accordance with the applicable procedures contained in the compliance program and did not report it urgently to the corresponding body so that it could take the pertinent decisions⁴³.

The complexity in the precision of the tasks conferred in a context of such intense functional interaction as corporations are, together with the demands of the delegation mechanism which, at the same time, can operate on other bodies with more specific compliance functions, contribute to the fact that the clarification of possible criminal liability for omission is not a simple task. In fact, we could find ourselves with the attribution of possible criminal liability for improper omission in the form of fraudulent participation to members of some bodies with tasks related to compliance and exclude from

⁴⁰ It is clearly stated in condition 2 of 31 bis 2 of the Spanish Criminal Code: "the supervision of the functioning and compliance of the prevention model implemented has been entrusted to an organ of the legal person with autonomous powers of initiative and control or which is legally entrusted with the function of supervising the effectiveness of the internal controls of the legal person".

⁴¹ We must emphasize that this is a matter in which, in Spain, there is some uncertainty due to the absence of case law that would allow us to point out or define a clear and specific line of jurisprudence on the criminal liability of this type of bodies with functions directly involved in or linked to compliance. What is set forth in this part of the paper is the line predominantly taken by the most representative Spanish doctrine, which we share; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. **Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas**. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2018. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del "compliance officer" tras la reforma penal de 2015. In: FRAGO ARMADA, Juan Antonio (dir). **Actualidad Compliance 2018**. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

⁴² And encouraged by law (ley orgánica) -and minimally specified- in the Spanish Criminal Code itself: Art. 31 bis 2.2ª and 5.4º.

⁴³ The reasoning is recalled by DOPICO GÓMEZ-ALLER when he says ⁴³: "*Esa conducta (ocultar el delito a los ojos del órgano que debía intervenir para impedirlo, hurtarle la información al respecto) es una conducta de cooperación, pues favorece o facilita que el delito sea cometido; y atendiendo a su relevancia deberá ser considerada como complicidad o, si se trata de una aportación esencial, cooperación necesaria. Y ello, independientemente de si el omitente obligado a transmitir esa información se llama compliance officer, auditor interno, director financiero, etc.*" ["This conduct (hiding the crime from the eyes of the body that should intervene to prevent it, stealing information about it) is a cooperative conduct, since it favors or facilitates the crime to be committed; and depending on its relevance, it should be considered as complicity or, if it is an essential contribution, necessary cooperation. And this, regardless of whether the ommitter obliged to transmit that information is called compliance officer, internal auditor, financial director, etc."]. In DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del "compliance officer" tras la reforma penal de 2015. In: FRAGO ARMADA, Juan Antonio (dir). **Actualidad Compliance 2018**. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 220-221.

liability the members of other compliance bodies of the same organization (depending on the specific tasks assumed). Moreover, as mentioned above, there may be cases of different individuals belonging to the same compliance body, some of whom may be declared criminally liable and others not (depending on factors such as the duty of correspondence between formally assigned tasks and their actual performance, the level of technical knowledge, etc.).

Given the enormous variety of cases we may encounter, since the functions of the body or bodies with powers in compliance matters may vary greatly depending on the legal entity in which they are included, the most important thing to clarify the cases that may arise is, first of all, to know what are the requirements for the aforementioned delegation mechanism to be considered valid, which, as I have been indicating throughout the text, operates in a sequential or staggered manner in the *delegation of supervisory functions*⁴⁴. Once the requirements are clear, it can be determined whether or not the delegation was valid and, therefore, whether its criminal effects can be deployed. If it is invalid, the delegating organ would retain the *position of guarantor* in its entirety (it would not have managed to divest itself of that position); on the other hand, if it is valid, the delegated organ would occupy the position of principal guarantor and could be the sole recipient of criminal liability for commission by omission for wilful participation in a crime committed or executed by a third party (or several) of the organization. Secondly, once this scrutiny has been overcome, the hypothetical relationship between the specific function or task willfully omitted and the possible obstruction or hindering of the crime should be carefully examined in the case of having performed an active conduct in accordance with the procedure.

In accordance with the above, we will now point out the essential requirements of the delegation mechanism and then we will analyze the conditions that would indicate when the inaction or passivity of the delegated body that holds functions in compliance matters is susceptible to criminal reproach in the form of commission by omission or improper omission. To conclude, we will give some examples that take into consideration or have as their basis some of the specific functions or tasks that are usually assigned to this type of bodies by virtue of the usual practice in Spain or of the application of the provisions of the compliance management systems mentioned at the beginning of the article. In this review, we will disregard those cases in which, under one category or another (perpetration, co-perpetration, perpetration-by-means, inducement, necessary cooperation or complicity) the compliance officer, compliance officer or compliance body clearly develops an active conduct in the crime, as their imputation (and subsequent attribution of criminal liability) is less complex and contested⁴⁵.

⁴⁴ Although in the successive delegations made in the area of criminal risk control, the management body should always show its acquiescence (demonstrated by the approval of the design of the compliance structures) and maintain a *lax supervision* of the actions or work of the *delegated body*.

⁴⁵ Excluded are all those cases in which, in accordance with Spanish law, there is a general duty addressed to every citizen (whether compliance officer, administrator, etc.) for individuals to prevent or, failing that, to report certain crimes. Among other articles, this duty is regulated in Article 450 of the Spanish Criminal Code. In these cases, we would rather speak of perpetration of a criminal conduct typified in the Criminal Code and carried out by the individual himself. The aforementioned Article 450 states: "1. Whoever, being able to do so with his immediate intervention and without risk to himself or others, does not prevent the commission of a crime that affects people's life, integrity or health, freedom or sexual freedom, shall be punished with a prison sentence of six months to two years if the crime is against life, and a fine of six to twenty-four months in other cases, unless the crime not prevented corresponds to the same or lesser penalty, in which case the lower penalty shall be imposed.

2. The same penalties shall be incurred by whoever, being able to do so, does not go to the authority or its agents to prevent a crime provided for in the preceding paragraph and whose next or current commission is known to him."

3.2. The “delegation mechanism” in Spain: validity requirements and criminal effects in companies

The first requirement for the delegation mechanism to be considered valid is the *suitability* of the delegate for the exercise of the position or adequate professional training. The administrative body or corresponding body must select the professional or professionals that will be part of the supervisory body or compliance delegate under solvent *selection criteria* that will ensure that these subjects have the appropriate preparation, professional qualifications and technical skills. The degree of experience, according to the categorization of the position, is also relevant.

The performance of interviews, the requirement to provide documentation showing the required knowledge (specific postgraduate degrees, workshops or practical courses, etc.) and the requirements tending to accredit certain previous experience (especially for those who occupy positions of responsibility or head of compliance) would demonstrate compliance with this important requirement. In order to prove this requirement in a possible criminal proceeding, it is essential to ensure evidence of the development of these *due diligence processes* in the selection of professionals with supervisory or compliance functions.

The second requirement or demand of the delegation mechanism is the provision of resources and tools to the delegate to enable him/her to carry out his/her supervisory activity with *autonomy*. This implies that the compliance officer and compliance body must be provided with the human resources and technical means necessary to adequately carry out its activity (in accordance with criteria of proportionality depending on the organization). In this regard, it must have the financial capacity to enable it to perform the precise functions assigned to it. It must also have the material capacity to issue requirements or certain guidelines and, of course, to warn, to alert about a dangerous activity or one likely to generate risks⁴⁶ inked to the control or control tasks assigned.

Obviously, it must be ensured that the organization provides him/her with all the information necessary for the proper exercise of his/her supervisory and control functions. In this regard, the delegate must have tools and protocols to avoid information asymmetries. If this is not respected and a risk materializes due to the absence of knowledge on the part of the supervisor, not only does the mechanism not operate but, in parallel, we could find ourselves with other legal-criminal notions that strengthen the impossibility of attributing criminal liability to the delegate (e.g.: invincible type error, invincible indirect prohibition error, etc.).

The third and final requirement is that, in any case, there must be some soft or lax supervision on the part of the delegator. In practice, this is the exercise of weak control. What is required is, quite simply, that the delegator demands accountability and does not totally disregard what the delegated supervisor does. As LASCURAÍN SÁNCHEZ rightly points out, to entrust or "delegate a task is not to simply pass it on as if it were a purchase and sale"⁴⁷. The delegator cannot totally disconnect from the work of the delegated supervisor, since he is bound by the organic context of the corporation; the delegatee maintains, consequently, a position of secondary control. Thus, the existence of obligations addressed to the delegator, such as the submission of regular accountability reports, the submission of extraordinary reports in the event of urgent or critical risks, etc. (which the delegating body must

⁴⁶ Or even a precautionary suspension (a particularly recommendable practice).

⁴⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía**. Madrid: Ed. Civitas, 2002, p. 115-117.

examine and approve), together with the warning for non-compliance with such obligations, are evidence of the proper exercise of this lax supervision required of the delegator. However, we must not lose sight of the fact that the specific nature of this requirement may vary according to the case in question (for example, depending on the level of specialization required or the basis of the delegation itself)⁴⁸.

When these three requirements are met, the delegation will be considered valid and will have legal-penal effects. This can be extracted from the jurisprudential analysis on the matter and from the criteria followed by the Prosecutor's Office in cases of delegation of supervisory functions in corporate contexts⁴⁹. It is also worth considering the special relevance of incorporating a precision that is not trivial in the field in which we find ourselves: our Supreme Court, in its STS 234/2010, dated March 11, came to point out that the position of guarantor undergoes a *reinforcement requirement* in those cases in which the delegator is aware of the high risk present in the scenarios whose supervision is delegated or when it is a matter of controlling especially sensitive operations.

3.3. Requirements for the specific attribution of criminal liability to the compliance officer for “omissive participation”

In addition to the requirements of the delegation mechanism, in order for the compliance officer to be criminally prosecuted (for improper omission or commission by omission under any of the categories of participation) when a third party within the organization commits a crime, several conditions must be present at the same time:

As regards the subjective aspect or subjective imputation, it is essential that, in the compliance officer, the *double malice*⁵⁰ of the participant is appreciated. That is, the compliance officer or member of the compliance body must know that a crime is being committed and, at the same time, that with his own inactivity or omission he is facilitating the crime of the principal. In addition, the Spanish High Court accepts the imputation of the participant under *eventual malice* in cases where the participant appreciates a high risk of materialization of the crime of the third party, as indicated, among others, by STS nº 503/2008, of July 17⁵¹ or STS nº 311/2014, April 16⁵².

⁴⁸ ROBLES PLANAS highlights the great difficulties, or even the factual impossibility, of truly controlling the delegator when the latter performs functions that require very high technical qualifications; in ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (coords.). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Ramón Areces, 2016, p. 497-499.

⁴⁹ For example: ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia de la Sala de lo Penal. STS nº 1828/2002 de 25 de octubre. DEL ROSAL BLASCO reminds us that this ruling ratifies the requirements that had already been demanded by lower case law and follows the criteria indicated in the *Circular 4/2011 de la Fiscalía General del Estado*. In: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2018, p. 252.

⁵⁰ In Spanish: *doble dolo*.

⁵¹ “Se ha admitido que, en este sentido, es bastante el dolo eventual, de forma que no es preciso que el cooperador oriente su conducta de modo directo a la facilitación del hecho del autor principal cuyo propósito de ejecución conoce...” [“It has been admitted that, in this sense, eventual malice is sufficient, so that it is not necessary for the cooperador to direct his conduct directly to the facilitation of the act of the principal perpetrator whose purpose of execution is known to him....”].

⁵² “El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la

Together with the double malice, the following three conditions of an objective nature must be met: 1) the crime or alleged crime of a third party that the compliance officer perceives or notices by receiving a complaint, alert or information received must be located within the perimeter of the business activity and, in turn, within the material scope of application or extension marked by the compliance system; 2) that alert, complaint or communication-information received by the compliance officer must offer information on a non-previous criminal conduct; that is, it must be factually possible to hinder or obstruct the crime. There is no logical scenario for omissive participation in a crime that has already been committed, and 3) the omission or inactivity of the compliance officer must consist of an inaction of a singular or specific function entrusted (formally and materially) by this professional and that, if this singular duty had not been breached, the crime could have been hindered or hindered. On the one hand, the specific omitted function must be evidenced and, on the other hand, a hypothetical relationship between the unfulfilled duty and the hindering of the crime must be established.

On this issue, we will have to analyze the specific contractual framework formally accepted by the compliance officer, the procedures contemplated in the compliance program or, as the case may be, in the compliance management system⁵³ and, of course, the functions actually performed by the professional. Criminal liability for commission by omission due to inactivity of a task that, although apparently assigned to the compliance officer, is actually deprived of its exercise or significantly hindered. Once this point has been clarified, the hypothetical judgment must be overcome, a requirement linked to the position of guarantor and which implies a thought exercise that points to the fact that, had the entrusted function been performed, the crime would have been prevented or, at least, hindered or obstructed. The functions or tasks assumed are really decisive when examining the possible criminal liability in commission by omission of the subjects with supervisory or compliance functions, since the omission is equivalent to its causation (in this case, as contribution -participation-) as long as a special legal duty is transgressed or breached⁵⁴.

voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél...”[“The accomplice's intent is found in the awareness and willingness to contribute to the execution of the punishable act. This means, therefore, that for complicity to exist, two elements must concur: one objective, consisting of the performance of acts related to those executed by the perpetrator of the criminal act, which meet the characteristics already mentioned, of mere accessory or peripheral nature; and another subjective, consisting of the necessary knowledge of the criminal purpose of the perpetrator and the will to contribute with his acts in a conscious and effective way to the accomplishment of the criminal act...”].

⁵³ It is true that, as stated at the beginning of this section, the standardization or normalization generated by compliance management systems or other compliance-related management systems has helped to clarify tasks; however, for whatever reasons, they sometimes do not help to clearly outline the responsibilities of each body or bodies. In such cases, this gap must be filled in order to understand the delegation mechanism as validated.

⁵⁴ In relation to the omissive participation in the crime, **STS n° 749/2010**, of December 16, 2010, is enlightening, specifically when, in its Seventeenth Fundamento de Derecho, it recalls the requirements that must be met in order to be able to appreciate it: “La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del “, entre ellos, que el omitente ocupe una posición de garante (STS n° 1273/2004, 2 de noviembre). De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante. [...]”

La jurisprudencia de esta Sala, en relación con la complicidad omisiva impone la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un presupuesto objetivo, esto es, el favorecimiento de la ejecución; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante ...” [“The jurisprudence of this Court, although it has expressly recognized that the admissibility of omissive participation is difficult to declare, has accepted it, associating its concurrence to that of the elements of art. 11 of the Criminal Code, among them, that the omitting party occupies a position of guarantor (STS 1273/2004, November 2). Hence, it is possible even in crimes of action, when the omission of the guarantor's duty to act has contributed, in a hypothetical

Therefore, as a recapitulation, it could be stated that the singular task or function assumed, the knowledge of the criminal act linked to the business activity that is being committed (or is going to be committed) and the hypothetical correlation consisting in the hindering of the crime that would have occurred if the compliance officer had exercised his function, are elements that are of critical importance. Thus, we will now use the conditions and assumptions explained to bring them closer to practical reality and analyze possible scenarios of liability of compliance officers or members of compliance bodies depending on the specific tasks they perform. For example, a person in charge of the whistleblowing channel will not have the same probability of knowing about the occurrence of a crime, nor the same degree of certainty about it as a person in charge of monitoring other aspects of the compliance management system.

3.4. Scenarios of possible liability for compliance officers depending on the specifics assumed: “whistleblower channel”, “internal investigations”, “compliance management system monitoring” and” analysis or review of corporate criminal risks”

The first case we will deal with concerns those compliance officers who, being in charge of the whistleblowing channel, omit their duties after being alerted of a crime. This may be considered the most obvious case (although practice shows that it is not so easy to clarify): the person in charge of the *whistleblowing channel* receives a warning and the message informs that a crime is being committed by some members of the organization (for example, a continuing offense of fraud in favor of the legal entity). Assuming in this case that the crime falls within the perimeter of the corporate activity and that it is not a past crime (which are the two most easily solvable cases), we will have to determine, on the one hand, if the inactivity of the compliance officer generated the non-obstruction of the crime and, on the other hand, if in this subject there was the necessary double malice that must be present in the participant.

Regarding the first point, we will have to pay attention to the functional scope assumed by the compliance officer, in particular, to the procedure or procedures related to the whistle-blowing channel. If, for example, the procedure determines something similar to *"when a report is received in the whistleblowing channel about a possible risk of a crime being committed -or its imminent commission- that includes certain data or attaches documents that point to its verisimilitude, the responsible compliance officer must immediately initiate an investigation and, if the risk is urgent, communicate it urgently to body X (which is usually the administrative or senior management body) in order to adopt the necessary measures to cease or avoid the crime"*. Under this assumption, if the compliance officer does not communicate it to the corresponding body and the crime materializes, a hypothetical causal relationship seems to be shown between the omission of the specific function of the compliance officer and the non-obstruction of the crime.

However, it would still be necessary to clarify the concurrence of *double malice* in this compliance officer in order to be able to speak of his possible imputation as a participant by omission in the crime.

causality, to facilitating or favoring the cause of a result of a crime of action or commission that could have been avoided or hindered if he had acted as required by his position as guarantor. [...]

The jurisprudence of this Court, in relation to omissive complicity, imposes the concurrence of the following requirements: a) an objective premise, that is, the favoring of the execution; b) a subjective premise consisting of the will to facilitate the execution; and c) a normative premise, consisting of the infringement of the legal duty to prevent the commission of the crime or guarantor position..."].

As I have explained, double malice would imply that the compliance officer knows that the crime is being committed or is going to be committed imminently and, at the same time, that with his omission, he is preventing the hindering of the crime (i.e., that this omissive contribution favors the crime). This is a key issue in the examination. When can it be said that the compliance officer "knew" of the real risk of committing the crime and that his omission paves the way for the criminal conduct?

In the case of a compliance officer responsible for the whistleblowing channel and with a protocol that specifies something similar to the above, it will be "relatively easy" to answer affirmatively to the second part of the question (evidence by the compliance officer himself that his omission facilitates or facilitates the criminal conduct), the complex and intricate part will be to answer whether the compliance officer "knew" of the real risk of committing the crime. If the notice received via the whistleblower channel contains detailed information on the crime, numerous verifiable data and graphic documents or other types of evidence, it would be logical to assume that the compliance officer, due to his training and skills, was aware of a real risk of criminal conduct. Consequently, there would be criminal liability for improper omission in degree of participation⁵⁵.

However, except in exceptional cases, the compliance officer will not be certain of the commission of the crime (and much less so in the first moments of receipt of the complaint). Moreover, the compliance officer cannot transform "his" function into a "jurisdictional function", since he is not a criminal judge and, therefore, his role is not to judge whether or not a crime has been committed. His role in determining the possible commission of a crime is "approximate". The compliance officer should not have detailed knowledge of the criminal plans, only their essential aspects. Let us recall what the aforementioned STS nº 503/2008, dated July 17, 2008, states in this regard: *"the doctrine and case law have demanded that the cooperator must have a double intent. It must include, on the one hand, the fact that the perpetrator performs or is going to perform, whose purpose must be known in its essential aspects, and on the other hand, that his contribution is a collaboration"*⁵⁶.

At this point, the possible attribution of criminal liability to this professional as a participant in an improper omission under *eventual malice* aforethought (which in Spain marks the borderline with *conscious negligence*, which would prevent the imputation as a participant) is of particular importance. In Spain, the probabilistic element is essential to determine whether there is *eventual malice* aforethought. Regarding this legal-criminal concept of participation, we consider STS 442/2014 of June

⁵⁵ In fact, the Spanish State Attorney General's Office, through the aforementioned Circular 1/2016 (p. 49-50) already warned that the entrustment of the whistleblower channel is clearly the most delicate task in the context of the compliance function: "... la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación" ["... the personal exposure to criminal risk of the compliance officer is not higher than that of other managers of the legal person. Comparatively, his higher criminal risk can only originate from the fact that, due to his position and functions, he may have more frequent access to knowledge of the commission of criminal acts, especially given his responsibility in relation to the management of the whistleblowing channel and provided that the complaint refers to acts that are being committed and that, therefore, the compliance officer may prevent with his actions].

⁵⁶ Also illustrative is STS nº 258/2007 of July 19, 2007, which states: "...el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder" ["...the participant (of the crime) must have had a mental representation of the essential content of the direction of the attack to be undertaken by the perpetrator. On the other hand, knowledge of the particularities of the main act, such as where, when, against whom, etc. the act will be carried out, is not required, although these may be relevant, in some cases, to determine the possible existence of an excess, for which the participant is not obliged to answer"].

2⁵⁷, a decision that, in addition, marks the defining line between the imputation as a *necessary cooperator* (with a penalty similar to that of the perpetrator) and *accomplice* (with a lower penalty in degree⁵⁸).

Obviously, this is not a simple matter, since the conclusion about the appropriateness of attributing criminal liability to the compliance officer in charge of the *whistleblowing channel* will depend on a multitude of circumstances and factors, such as the time element and the assessment that an internal investigation can be carried out to further clarify the facts and those involved and communicate to the competent body to prevent it before the materialization of the crime, etc. Likewise, it is "relatively easy" for the compliance officer to assume a safe and proactive position to keep as far as possible away from the risk of accusation which, very briefly and with nuances, would be the following: to report whenever a certain risk of criminal transcendence is appreciated and, if there is time (and he has the necessary powers) to carry out the internal investigation before the report, to develop it in order to contrast the presence of such risk and those involved, reporting such investigation to the corresponding body. At that point, the compliance officer would have fulfilled his specific supervisory tasks entrusted to him, so now the possible attribution of responsibilities would be elucidated in the body receiving the report.

On the other hand, we may encounter a second case: when a company compliance officer is not in charge of the whistleblowing channel, but his task is limited to the development of *internal corporate investigations*, because a clear division of functions and professionals has been established in the compliance structure (e.g.: one or several compliance officers decide on the relevance of admitting the complaint and another or others are in charge of the development of the internal investigation, which can be carried out alone or with the support and external advice specialized in investigations and forensics). Obviously, we would be dealing with a clearly different functional scope.

Likewise, the internal investigation could be triggered by the admission of information via a whistleblower channel or by the receipt of a warning or alert perceived through another monitoring tool of the compliance system. Consequently, the examination of the *hypothetical causality* in case of omission of duties should be done using the notions set out above, but adapting them to the specific obligations of the person responsible for the investigation. Under this assumption, the inaction of the compliance officer, consisting in not investigating, could be considered a conduct of participation in another's crime, provided that it can be appreciated that this professional knew of the notable probability of the materialization of the crime and his contribution, which is not easy. In many cases, it will be particularly difficult to determine whether, on the basis of the information available to him, it was

⁵⁷ "in the case of a cooperator, the eventual malice must be manifested in the knowledge, on the one hand, of the probable intention of the principal perpetrator and, on the other hand, of the probable consequences of his contribution with respect to the execution by the principal perpetrator of a minimally determined act. It is this identification of the perpetrator's act, directly related to the cooperator's contribution, which makes it possible to consider that it is a question of concrete danger. Therefore, the cooperator must know that there is a concrete danger of realization of the type by the principal perpetrator, and that his contribution means an increase of such risk. The importance of his contribution, reflected in the level of increased risk, will determine the imputation as a necessary cooperator or, at a lower level, as an accomplice. The existence of malice aforethought with respect to the principal perpetrator's action and its result depends to a great extent on the factual circumstances in which the cooperator's contribution takes place or is framed, among them, a certain temporal immediacy between the two. The possibilities of appreciating eventual malice will increase in inverse proportion to the factual options directly derived from the contribution, depending on its own nature and those circumstances".

⁵⁸ Article 63 of the Spanish Criminal Code: "A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito"["Accomplices to a completed or attempted crime shall be sentenced to the lesser degree of punishment than that established by law for the perpetrators of the same crime].

possible to infer that he was aware of a high risk of crime. A number of factors, such as the information available in the file, context or qualification, will have to be assessed in assessing possible malice (if any, malice aforethought).

The examination of the information received by the compliance officer who functionally precedes him in the previous *procedural iter* (the one who deals with the *admission/inadmission* of the complaint received in the complaints channel) and the arguments expressed regarding the decision to admit the complaint will be of particular importance in this case. In all these types of cases, it cannot be ignored that it must be inferred that the professional knew of the high probability of materialization of the criminal risk of the third party in order to be able to attribute criminal liability to him. If this is not appreciated, due to the information available or because the compliance system can be improved or clearly could be improved, the imputation would not be appropriate.

A third case or assumption to analyze is the one in which we find a compliance officer or compliance professional who is in charge of monitoring and verifying compliance with the compliance management system. Under this assumption, the examination of the possible attribution of criminal liability may be much more complex. If the compliance system is accompanied by IT tools that provide regular or constant information about its operation and the performance of the control mechanisms implemented (e.g. automatic control of emissions or discharges, random analysis of a certain food component, comparison and examination of transfers not duly justified for a given amount, etc.), it is possible to assign its control to a specific body or bodies.

In these cases, clear information regarding the commission of a possible crime is not usually received with the level of precision that can be obtained through the whistleblowing channel or internal investigation; what is usually perceived is an alert signal or warnings via KRIs that point to possible risks of criminal significance. To speak of possible criminal liability for omissive participation, we would have to deal with cases where, for example, through monitoring, the compliance officer does receive an alert that illustrates aspects of a certain criminal risk; for example, that toxic substances are being discharged or are going to be discharged into an estuary above authorized levels (because the monitoring incorporates automatic analysis of the substance to be discharged) and, despite the fact that its protocol or procedure indicates that it must inform the corresponding body so that the appropriate mechanisms can be deployed to stop the discharge, it does not do so. The "crux" of the matter will be to determine whether, based on the type of warning and characteristics of the monitoring system, the compliance officer can extract the notable or high probability of the crime. Of course, there is no scope for attributing criminal liability to these compliance bodies when the third party, member (or members) of the organization, who commits the crime or is going to commit it fraudulently circumvents the monitoring and control systems.

On this point, it should be noted that, if the criminal risk is not assessed because the compliance system is manifestly improvable, it would not be appropriate to charge those who are entrusted with the task of overseeing its operation. With regard to the inappropriateness of attributing criminal liability to compliance officers in cases of "improvable compliance", I believe that the arguments contained in the Fifth Ground of Law of the Order of the Central Court of Instruction No. 6 of the Spanish National High

Court (Día Case), dated February 26, 2021, may be illustrative, where the importance of the functions and training of the subjects in order to determine the relevance of the imputation is emphasized⁵⁹.

With respect to those compliance professionals or compliance officers of the corporation who have been entrusted with the specific tasks of *risk mapping*, the following could be said: when there is a subject or subjects of the organization that hold attributions concerning risk analysis and/or its periodic review, we are faced with a scenario similar to the one just described with respect to those responsible for monitoring the compliance program or system.

Consequently, criminal liability for omissive participation will not be attributed to this type of professionals unless, during their specific work of *identification*, *analysis* and *assessment* of risks of criminal transcendence in the organization, they appreciate a high probability that a crime is being committed by a third party (or that, imminently, it is going to be committed) and that, in the protocol or procedure that is applicable, a duty to warn the body with the corresponding competence has been specified. That is to say, if they had complied with their due and contractually established action (the report to the corresponding body), the crime could have been hindered. And this is without prejudice to possible cases in which the compliance officer may be charged as the *perpetrator* for his own negligence (not for participation) when he infringed his duty of care in the exercise of certain control functions.

Finally, it is worth mentioning the scenario of those legal advisors or external specialists who provide the organization with their technical-legal knowledge on criminal matters, internal investigations, criminal risks, etc. The considerations, opinions or reports (of extraordinary value) do not act as a protective screen that automatically precludes the attribution of criminal liability for improper omission on the subjects with compliance functions or compliance officers within the organization (when the latter perceive a possible risk of criminal significance, for example, the reason for requesting the advice). Of course, it would be necessary to evaluate the particularities of each case, especially the data available regarding the alleged criminal risk or offense in order to determine the existence of malice in that potential participant by improper omission (the compliance officer), even if it is possible. Likewise, with regard to the perspective of the actions of the lawyers of the organization, I share the opinion expressed by LASCURÁIN SÁNCHEZ when he indicates that this type of professionals are not delegated subjects⁶⁰ who occupy a *position of guarantor of risk control*, but rather

⁵⁹Regarding the Audit and Compliance Committee (CAC), which is the name given to the body with the "compliance function" in that company, the aforementioned court order [auto judicial] states the following: ["III. But regardless of such a possible conclusion of an administrative nature, what is certain is that from the point of view of strictly criminal authorship, it has not been proven that the members of the CAC had direct or indirect knowledge of the irregular accounting practices that were being carried out on the instructions of the CEO, Pedro Enrique. [...]Responsible for the regulatory compliance policy: Germán: I. it is also appropriate to provisionally dismiss the case against him, since all the documentation collected shows that his degree of control was focused more on mercantile regulatory matters than on accounting control. II. It could be argued that its management, from the perspective of ensuring proper regulatory compliance, was "improvable", especially in relation to the complaint of the former employee who, in several aspects, points out several of the irregular accounting practices later detected. However, once again, such a retrospective vision would lead us to incur in a bias problem, since it is not supported by documentary evidence. One thing is to have been able to better ensure the application of the regulatory compliance policy, such as generating a climate of trust in the figure of the person in charge that would allow, not only the senior management personnel, but also the employees of the next rank to come forward to expose their doubts and vision, and quite another is to try to derive a criminal liability for it"].

⁶⁰“¿Qué pasa con el asesor jurídico de una empresa que no hace nada para evitar el delito de otro miembro de la empresa del que él tiene conocimiento? Penalmente, nada [...] No es un órgano ejecutivo y por ello no es el garante delegado de un garante delegante: no se le ha encomendado la función ejecutiva de controlar un riesgo. Y tampoco es un órgano de cumplimiento: no es un *gatekeeper*, no tiene un deber específico de impedimento cuya omisión pueda verse como una participación omisiva en el delito. Tanto es así que algunos ordenamientos han decidido establecer tal deber por ley (así, el estadounidense a través de

they are subjects who hold executive positions related to the legal advice and defense of the interests of the organization. Consequently, there would be no solid legal-criminal argument for attributing criminal liability to them as participants in commission by omission in cases where they do not act to prevent crimes committed by other members of the organization.

4. Conclusions

The reality of the bodies exercising the compliance function within organizations is extraordinarily diverse and increasingly complex. The impact of *softlaw* regulations, such as the standards on "compliance management systems" or standards deriving from them, together with corporate practices (tending to encourage the assignment of increasingly specific functions) has triggered a multiplying and/or amplifying effect of the roles and obligations as opposed to the traditional figure of the *compliance officer* limited to the exclusively criminal sphere. The result is an evolution towards much more complex structures and bodies where roles, positions and internal and external positions are interrelated or intermingled. In this way, *vertical* and *horizontal* lines of connection arise towards other figures such as risk committees, internal control bodies or other units for the prevention, management and control of the different types of risks by subject matter.

The Spanish legal-criminal panorama has not remained outside this trend either and, despite the fact that the Spanish Criminal Code addresses this figure in a generic (and somewhat ambiguous) way by pointing out certain attributions that correspond to the bodies with the "compliance function". The Circular 1/2016 of the State Attorney General's Office itself already favored the path towards decentralization and the existence of a delegation of functions when it indicated: "This does not imply that this body should perform by itself all the tasks that make up the regulatory compliance function, which can be performed by other bodies or units other than the specific regulatory compliance body"⁶¹.

Within this framework, special attention must be paid to aspects and circumstances that are of critical importance, such as: the composition and structures of this type of bodies, the requirements regarding their configuration and effective functioning, the hierarchical relationships established or the *processes of delegation of functions*. Likewise, the main risks associated with the deficits that may affect the creation and effective functioning of these bodies must be examined.

Consequently, all this functional and organizational diversity, etc. of the compliance officers or bodies that deal with the "compliance function", as well as the circumstances described above, must be

la ley federal Sarbanes Oxley Act)" ["What happens to the legal counsel of a company who does nothing to prevent the crime of another member of the company of which he has knowledge? Criminally, nothing [...] He is not an executive body and therefore he is not the delegated guarantor of a delegating guarantor: he has not been entrusted with the executive function of controlling a risk. Nor is it a compliance body: it is not a *gatekeeper*, it does not have a specific duty to prevent the omission of which could be seen as an omissive participation in the crime. So much so that some jurisdictions have decided to establish such a duty by law (e.g., the United States through the federal Sarbanes Oxley Act)". In: LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad pena individual en los delitos de empresa (3). In: DE LA MATA BARRANCO, Norberto; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTIN, Adán (eds.). **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, Madrid: Ed. Dykinson, 2018, p. 120-121.

⁶¹ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015: "Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo".

taken into account when clarifying the limited scenarios where it is possible to attribute criminal liability to this type of professionals.

It can be stated that the set of points analyzed in this paper show that the different cases in which compliance officers or subjects with responsibilities linked to compliance could be criminally punished for commission by omission (improper commission) are very difficult to declare and, moreover, constitute a complex matter, with numerous legal-criminal issues. We find ourselves in a context where there is a lack of solid legal certainty to provide greater operational comfort to compliance officers and bodies with unique delegated functions in the area of compliance and management of whistleblowing channels.

The precision of the functional scope and the content of the procedures assumed by compliance officers are of critical importance in determining a singular *position of guarantor* that protects the possible attribution of criminal liability as a *participant* by improper omission. Therefore, it is not accurate to make generic statements about the criminal liability of bodies with supervisory or compliance functions, since it is essential to evaluate each specific case in a given corporate scenario.

Bibliographic references

- AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. 2ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. **Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas**. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2018.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Responsabilidad penal por omisión del empresario. In: MIR PUIG, Santiago (dir.), **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: Ed. Bosch, Barcelona, 1996.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del “compliance officer” tras la reforma penal de 2015. In: FRAGO ARMADA, Juan Antonio (dir). **Actualidad Compliance 2018**. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2018
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía**. Madrid: Ed. Civitas, 2002
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad pena individual en los delitos de empresa (3). In: DE LA MATA BARRANCO, Norberto; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTIN, Adán (eds.). **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, Madrid: Ed. Dykinson, 2018
- MAZA MARTIN, JOSE MANUEL; miembros de la Junta Directiva de la Asociación Española de Compliance y diversas instituciones; **Libro Blanco sobre la Función de Compliance** [White Paper on the Compliance Function], marzo, 2017.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. ¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio. **Diario la Ley**, nº 9400, 2019, p. 1-14.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (coords.). **Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo**. Madrid: Ramón Areces, 2016
- THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS; *The IIA'S three lines model*. In: Official website of The Institute of Internal Auditors (IIA).

Regulatory references

Spanish Criminal Code was approved by Organic Law 10/1995, of November 23, 1995. In: Boletín Oficial de Estado núm. 281, de 24/11/1995. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> .

Circular 1/2016 of the State Attorney General's Office -Spanish- on the criminal liability of legal persons under the reform operated by the organic law 1/2015 (which is a document addressed to all prosecutors where the criteria

to be followed in matters of corporate criminal liability, compliance bodies and compliance systems are contemplated). Although this document refers to the compliance officer in many sections, it devotes a specific section to this figure: 5.4. The compliance officer. In: Doctrina de la Fiscalía General del Estado, FIS-C-2016-00001, 22/01/2016. Available at: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. In: Boletín Oficial de Estado núm. 161, de 03/07/2010. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>

Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. In: Boletín Oficial de Estado núm. 44, de 21/02/2023. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513>

Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law. In: Official Journal of the European Union, L 305/17, 26.11.2019. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1937> Access on: 16th June 2023.

Legislative Decree 231 of June 8 of the year 2001, published on the Gazzetta Ufficiale. In: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n.º 140 (19th June 2001), p. 4. <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>.

Evaluation of Corporate Compliance Programs (Updated March 2023)- U.S. Department of Justice Criminal Division- Question II- I. *Is the Corporation's Compliance Program Adequately Resourced and Empowered to Function Effectively?*- B- Autonomy and Resources-. In: U.S. Department of Justice Criminal Division. Available at: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1571911/download>

UNE-ISO 37001- Anti-Bribery Management Systems.

ISO 37301:2021 - Compliance Management systems.

ISO 37002:2021 - Whistleblowing Management System.

ISO/AWI 37003 Fraud Control Management Systems.

ISO/DTS 37008 - Internal Investigations of Organizations.

UNE-ISO 37000:2022- Governance of Organizations.

UNE 19601:2017 - Criminal Compliance Management System.

UNE 19602:2019 - Tax Compliance Management Systems.

Court decisions cited (from Spain)

STS n.º 1828/2002, 25th October.

STS n.º 1273/2004, 2nd November.

STS n.º 258/2007, 19th July 19.

STS n.º 503/2008, 17th July.

STS n.º 234/2010, 11th March.

STS n.º 749/2010, 16th December.

STS n.º 311/2014, 16th April,

STS n.º 442/2014, 2nd June.

STS n.º 221/2016, 16th March.

STS n.º 234/2019, 8th May.

STS n.º 3430/2020, 22nd October.

STS n.º 4116/2022, 11th November.

STSJ Madrid n.º 921/2022, 30th November.

Fifth Ground of Law of the Order of the Central Court of Instruction No. 6 of the Spanish National High Court (Día Case), February 26th, 2021.

Recebido: 19/06/2023

Aprovado: 01/09/2023

Tortura nunca mais? O que nos ensina o “Caso Evandro”

*No more torture?
What the “Evandro Case” teach us*

César Augusto Luiz Leonardo 

Doutor em Direito (2018) e Mestre em Direito (2013) pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado e especialista em Direito Processual Civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente - SP (2006). Atualmente é Defensor Público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na Regional de Marília, e leciona as disciplinas de Direito Processual Civil e Direito Processual Constitucional no Curso de Graduação em Direito e no curso de Mestrado em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília - SP (UNIVEM). Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados em Processo). Palestrante e professor convidado em cursos de Pós-graduação.

Heitor Moreira de Oliveira 

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;
Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás – UFG, com intercâmbio na Universidade de Coimbra.

Resumo: Este artigo pretende refletir sobre a atualidade da prática da tortura no Brasil, notadamente sobre o seu uso como instrumento para a obtenção de confissões que, posteriormente, são levadas aos processos judiciais e valoradas como provas que dão azo a condenações manifestamente injustas. Ainda, objetiva-se elencar algumas medidas que podem ser vislumbradas como mecanismos de correção contra a cultura de impunidade e uso sistemático da tortura. Para tanto, vale-se de ampla revisão sistemática da bibliografia sobre o tema, incluindo convenções internacionais, atos normativos e relatórios produzidos por instituições abalizadas. Além disso, será feito estudo de caso sobre rumoroso julgamento que culminou na condenação de sete pessoas inocentes por suposto crime praticado em contexto de ritual satânico na cidade de Guaratuba, litoral do Paraná, na década de 1990. O foco será, especialmente, o uso da tortura durante as investigações policiais do denominado “Caso Evandro”. À luz do referido caso, o problema de pesquisa é, justamente, verificar em que medida ainda persiste a tortura como prática institucional dos aparatos policiais no Brasil. A hipótese que norteia o trabalho é que, ainda hoje, a tortura é empregada porque há impunidade e as provas ilícitas dela derivadas continuam a ser valoradas para condenações injustas.

Palavras-Chave: O Caso Evandro; provas ilícitas; erro judiciário; polícia; confissão.

Abstract: This article intends to reflect upon the current practice of torture in Brazil, notably on its use as an instrument to obtain confessions that are later taken to the judicial proceedings and valued as evidence giving rise to manifestly unfair convictions. Still, the objective is to list some measures that can be envisioned as corrective mechanisms against the culture of impunity and systematic use of torture. For that, it makes use of a wide systematic review of the bibliography on the subject, including international conventions,

normative acts and reports produced by authoritative institutions. In addition, a case study will be carried out on a rumored trial that culminated in the conviction of seven innocent people for an alleged crime committed in the context of a satanic ritual in the city of Guaratuba, on the Paraná coast, in the 1990s. The focus will be the use of torture during the police investigations of the so-called “Evandro Case”. In light of the aforementioned case, the research problem is precisely to verify to what extent torture still persists as an institutional practice of police apparatus in Brazil. The hypothesis that guides the work is that, even today, torture is used because there is impunity and the illicit evidence derived from it continues to be valued for unjust convictions.

Keywords: The Evandro Case; illicit evidence; miscarriage of justice; police; confession.

1 Introdução

“O fato puro e simples de a tortura existir, ser permitida, ser tolerada – ou não poder deixar de existir – denuncia todos os dias o fracasso da ideia de humanidade do homem. Evidencia que o homem é essa imponderável incerteza que cria e destrói, que faz nascer e extermina, que mata para viver e vive para matar.”¹

A citação acima, que inaugura o presente estudo, foi extraída de artigo científico da lavra do professor Paulo Endo, psicanalista, e destaca, a um só tempo, que a tortura é uma odiosa prática que representa o que de pior pode ser feito pelo ser humano e que, infelizmente, cuida-se de fenômeno que ainda hoje persiste em se perpetuar.

Aliás, a pesquisa do professor Endo, publicada em 2018, tinha como objetivo promover um comparativo entre os resultados empíricos descritos em dois trabalhos que examinaram a situação da tortura no Brasil e que igualmente servirão de subsídio para o presente artigo, a saber: o Relatório apresentado pelo Relator Especial Contra a Tortura, da Organização das Nações Unidas (ONU), Sir Nigel Rodley, elaborado após visita feita ao Brasil, apresentado em abril de 2001 à Comissão de Direitos Humanos da ONU e catalogado sob o número E/CN.4/2001/66/Add. 2²; e o Relatório Anual 2015-2016 do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT)³. Foi concluído, então, que mesmo decorridos os quinze anos que separam a análise de Nigel Rodley e o estudo do MNPCT, muito pouco se alterou ou, em verdade, aumentaram-se os números de torturas praticadas no país, principalmente pela Polícia Civil e Militar. Tudo a indicar que, ainda nos dias de hoje, a tortura permanece sendo uma prática usualmente utilizada no Brasil, especialmente pelas forças policiais e de segurança pública. Com efeito, “provavelmente seria possível concluir que nenhuma das 30 recomendações da ONU, de 2001, foi levada às últimas consequências, indicando claramente que há no Brasil um sistema implantado pró-tortura”⁴.

¹ ENDO, Paulo. Sobre a prática da tortura no Brasil. *Revista USP*. n. 119. São Paulo, SP: 2018, p. 45.

² RODLEY, Nigel. *Relatório sobre a tortura no Brasil*. Produzido pelo relator especial sobre a tortura da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). Genebra, Suíça: 2001.

³ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Relatório Anual 2015-2016*. Brasília, DF: 2016.

⁴ ENDO, Paulo. *op. cit.*, p. 57.

Passam-se os anos, mas a tortura permanece, ainda que de modo escamoteado. Inclusive, em abril de 2022, a jornalista Míriam Leitão, colunista de ‘O Globo’, publicou áudios de Ministros do Superior Tribunal Militar (STM) que relatam casos de tortura durante o período da ditadura militar, em mais de 10 mil horas de gravação, obtidos pelo historiador Carlos Fico, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, donde se ouve, dentre outros relatos, este: “Por que razão ele havia confessado? E ele disse: ‘Ou a gente confessa ou entra no pau’. E é o que está acontecendo”⁵.

A propósito, o Relatório da Comissão Nacional da Verdade, publicado em 10 de dezembro de 2014, no Capítulo 9, da Parte III (“Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas”), do Volume I, bem destacou o caráter massivo e sistemático da tortura praticada pelo aparelho repressivo do regime militar, e anotou que “a tortura passou a ser sistematicamente empregada pelo Estado brasileiro desde o golpe de 1964, seja como método de coleta de informações ou obtenção de confissões (técnica de interrogatório), seja como forma de disseminar o medo (estratégia de intimidação)”⁶.

Contudo, a tortura não foi criação da ditadura militar e tampouco cessou com a redemocratização do Brasil, infelizmente. Deveras, “embora a tortura seja moralmente condenada e amplamente combatida, ela continua a ocorrer em todas as partes do mundo, tanto em regimes democráticos quanto em regimes autoritários”⁷ e na história do Brasil tem sido um método empregado sistematicamente, sobretudo contra a parcela da população mais marginalizada e subalternizada, principalmente os negros e pobres⁸.

Ainda hoje, portanto, há inequívoca atualidade do tema, o que definitivamente justifica a presente pesquisa. Nesse sentido, aliás, segundo levantamento feito pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, entre junho de 2019 e agosto de 2020, 1.250 pessoas foram submetidas a tortura física e psicológica e maus tratos ao serem presas, principalmente, em flagrante⁹.

Diante desse cenário de persistência histórica da adoção da tortura, este artigo tem por objetivo investigar quais as razões que explicam por que ainda hoje, ou seja, mais de trinta anos depois do fim da ditadura militar, são comuns relatos de pessoas que alegam terem sido torturadas pela Polícia, Civil ou Militar, de todos os cantos do Brasil.

A reflexão que ora se propõe tenciona verificar, especialmente, o que justifica a Polícia brasileira, ainda hoje, fazer uso da tortura como mecanismo de obtenção de confissões de pessoas presas e/ou possíveis suspeitos, que são trasladadas para processos judiciais e acabam por desencadear condenações criminais flagrantemente injustas.

Numa perspectiva propositiva, também se objetiva arrolar algumas sugestões de mecanismos corretivos que podem contribuir para eliminar em definitivo com a cultura da impunidade e com o uso sistemático da tortura pelo Estado brasileiro.

⁵ G1. *Em áudios, integrantes do Superior Tribunal Militar relatam casos de tortura durante ditadura*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/04/17/audios-do-superior-tribunal-militar-mostram-relatos-de-tortura-durante-a-ditadura.ghtml>. Acesso em: 19 abr. 2022.

⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, vol. 1. Brasília: CNV, 2014.

⁷ ALVAREZ, Marcos César. Tortura, história e sociedade: algumas reflexões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 72. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008, p. 275.

⁸ ALVAREZ, Marcos César. *op. cit.*

⁹ G1. *Defensoria Pública diz que, em um ano, 1.250 pessoas sofreram maus-tratos e tortura ao serem presas no RJ*. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/09/17/defensoria-publica-diz-que-em-um-ano-1250-pessoas-sofreram-maus-tratos-e-tortura-ao-serem-presas-no-rj.ghtml>. Acesso em: 30 jun. 2022.

Nessa linha de raciocínio, o problema de pesquisa a ser enfrentado é o seguinte: “por que a tortura ainda é uma prática sistemática no Brasil, notadamente como método para a extração de confissões criminais?”.

A hipótese que norteia o desenvolvimento da pesquisa é a de que a continuidade do uso da tortura tem como possível causa a impunidade na investigação das denúncias e para o esclarecimento dos fatos e, inclusive, para a responsabilização dos agentes torturadores, bem como a condescendência do Poder Judiciário nacional quanto à admissão de provas obtidas por meio de torturas, cuja alegação é sistematicamente rechaçada pelos juízes.

Para alcançar os seus objetivos e a fim de responder a questão de pesquisa, o presente trabalho se pauta em ampla revisão sistemática de bibliografia autorizada sobre o tema, incluindo convenções internacionais, atos normativos, a exemplo de leis e de resoluções do Conselho Nacional de Justiça, bem como os dois relatórios citados acima (Relatório de Nigel Rodley, de 2001, e o Relatório Anual 2015-2016 do MNPCT).

A par disso, é realizado um estudo de caso sobre o episódio criminal que ficou amplamente conhecido como “As Bruxas de Guaratuba” e diz respeito ao assassinato brutal do menino Evandro Ramos Caetano, em 1992, na cidade litorânea de Guaratuba, no Estado do Paraná, que deflagrou posterior acusação e prisão de sete pessoas, a saber: Beatriz e Celina Abagge, respectivamente filha e mulher do Prefeito de Guaratuba à época dos fatos, os “pais-de-santo” Osvaldo Marcineiro, Vicente de Paula Ferreira e Davi dos Santos Soares¹⁰, além de Airton Bardelli e Francisco Sérgio Cristofolini. Com exceção dos dois últimos, todos os demais acusados confessaram extrajudicialmente a suposta participação no homicídio do garoto Evandro, inclusive com gravação em fitas cassete (áudio) e VHS (vídeo), mas posteriormente e durante todo o curso do processo, alegaram que confessaram mediante tortura levada a cabo pela Polícia Militar, o que também foi mencionado por Bardelli e Cristofolini. As alegações de tortura, contudo, foram desacreditadas e Beatriz, Osvaldo, Vicente e Davi acabaram condenados a longas penas privativas de liberdade, e, inclusive, de Paula veio a óbito enquanto estava preso.

O caso voltou a ganhar repercussão nacional com a publicação, em 2018, do *podcast* produzido por Ivan Mizanzuk denominado *O Caso Evandro*, e posteriormente lançado em formato de série documental, de mesmo nome, pelo *streaming Globo Play*. Ao longo do trabalho, o jornalista obteve acesso a gravações inéditas, que não tinham sido incluídas nos autos processuais, que demonstram, à saciedade, fortes elementos de prática de tortura contra os acusados, o que veio à baila no episódio 25 (*Sete segundos*).

Nessa toada, a proposta do presente artigo, composto por cinco seções, incluindo esta introdução e as considerações finais, é estabelecer, à luz do “Caso Evandro”, uma análise crítica sobre a persistência histórica e a continuidade atual do emprego da tortura pelos aparatos policiais brasileiros, mormente para a extração de (falsas) confissões que são (ainda que desavisadamente) utilizadas para embasar condenações penais injustas.

Desde já, é importante deixar claro que, conforme se evidencia nas linhas que seguem, em que pese se tratar de um caso judicial da década de 1990, portanto, de trinta anos atrás, o que ali se verificou, lamentavelmente, insiste em acontecer, ainda hoje, na realidade brasileira, de sorte que muitos casos

¹⁰ Na verdade, Davi dos Santos Soares era o Vice-Presidente da Associação dos Artesãos de Guaratuba, contudo, acabou sendo amplamente referenciado, inclusive pela mídia, como mais um “pai-de-santo”.

atuais, da década de 2020, refletem muito do que ali se verificou. Portanto, analisar o “caso Evandro” é, segundo nossa proposta, um bom material que serve de objeto de reflexão sobre as práticas (policiais, judiciais, estatais, etc.) que ainda são adotadas.

1. O “caso Evandro” ou “As Bruxas de Guaratuba”

Na onda de uma série de sequestros contra crianças no Estado do Paraná no início da década de 1990, no dia 06 de abril de 1992, na cidade de Guaratuba, no litoral paranaense, o pequeno Evandro Ramos Caetano, que contava com seis anos de idade, desapareceu quando fazia o trajeto entre a casa e a escola. Para a investigação do possível sequestro, foi acionado o Grupo T.I.G.R.E. (Tático Integrado de Grupos de Repressão Especial), equipe de elite da Polícia Civil do Paraná. Poucos dias depois do sumiço do garoto, em 11 de abril, o seu corpo foi encontrado, num matagal, mutilado, sem as mãos, escalpelado e com as vísceras arrancadas. A investigação da Polícia Civil prosseguiu para que se esclarecesse o homicídio do pequeno Evandro, contudo, sem grandes avanços. O caso apresentou significativa reviravolta com as prisões efetuadas pelo Grupo ÁGUIA (Ação de Grupo Unido de Inteligência e Ataque) da P-2, o setor de inteligência da Polícia Militar do Paraná, na chamada “Operação Magia Negra”. No dia 1º de julho de 1992, foram presos Osvaldo Marcineiro e Davi dos Santos Soares; no dia seguinte, 02 de julho, Celina Abbage, Beatriz Abbage e Vicente de Paula Ferreira; e, finalmente, no dia 03 de julho, Airton Bardelli e Francisco Sérgio Cristofolini. De fato, após breve investigação deflagrada a pedido do Doutor Celso Carneiro Amaral, então Procurador de Justiça do Estado do Paraná, em atenção às denúncias formuladas por Diógenes Caetano dos Santos Filho, parente próximo de Evandro, a Polícia Militar concluiu que o crime bárbaro teria sido cometido pelos sete presos, a título de sacrifício em ritual de magia negra, encomendado pela esposa do então Prefeito de Guaratuba, com a finalidade de trazer fortuna e conquistas políticas para a família¹¹.

O caso contém considerável complexidade, na medida em que envolve muitos elementos de diferentes naturezas, a exemplo de disputas políticas, trama motivada por vingança pessoal e preconceitos de ordem religiosa. A bem dizer, no caso Evandro “o que não falta são teorias da conspiração – tanto para a defesa quanto para a acusação”¹², razão pela qual “as convicções sobre a culpa ou a inocência nesse processo parecem se formar não por méritos das partes, mas por absurdos feitos pelos opositores”¹³.

Os sete presos foram denunciados pelo Ministério Público, processados no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná, pronunciados e, em seguida, julgados pelo Tribunal do Júri. Ao longo de décadas, ocorreram diversos julgamentos, incluindo aquele que ficou conhecido como o mais longo da história do Brasil, realizado na cidade de São José dos Pinhais, em 1998, e que durou um total de trinta e quatro dias. Ao final, Celina e Beatriz foram absolvidas, porque o corpo de jurados votou negativamente o quesito da materialidade, endossando a tese defensiva de que o corpo achado no matagal não pertencia ao garoto Evandro. Entretanto, o júri foi anulado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, pois se entendeu que o resultado era manifestamente contrário à prova dos autos, sobretudo

¹¹ PROJETO HUMANOS: *O caso Evandro*. [Locução de]: Ivan Mizanzuki. 2019. Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/show/3ImOWdGnN8mHFNakwMSFJx>. Acesso em: 02 fev. 2022.

¹² MIZANZUK, Ivan. *O caso Evandro - sete acusados, duas polícias, o corpo e uma trama diabólica*. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2021, p. 176.

¹³ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 271.

porque o caso Evandro foi uma das primeiras investigações criminais no Brasil a empregar técnicas de DNA, tendo sido realizado exame que comprovara que o corpo era de Evandro. Ao fim e ao cabo, Osvaldo, Davi e de Paula foram condenados em julgamento de 2004 e Beatriz foi condenada no ano de 2011¹⁴¹⁵.

O processo judicial que resultou na condenação de quatro dos sete acusados foi marcado por uma intensa disputa de narrativas entre acusação e defesa. Nesse sentido, a defesa baseou sua argumentação em quatro teses principais, a saber: que a investigação conduzida pela Polícia Militar era ilegal e inconstitucional; que tudo não passou de uma perversa trama montada por Diógenes Caetano dos Santos Filho, declarado inimigo da família Abagge, que tinha interesse em se vingar de Celina, suposto pivô que provocou o divórcio de seus pais; que o corpo encontrado no dia 11/04/1992 não era de Evandro; e que os sete acusados teriam sido submetidos a cruéis sessões de tortura, o que deu azo às confissões extrajudiciais declaradas e gravadas pelo Grupo ÁGUIA.

Considerando as condenações de Osvaldo, Davi, Vicente e Beatriz, é fato que, apesar dos relatos das vítimas, a tese de tortura não restou acreditada pelos jurados.

Anos depois, no dia 31 de outubro de 2018, o professor e jornalista independente Ivan Mizanzuk publicou o primeiro episódio de *O Caso Evandro*, a quarta temporada do *podcast Projeto Humanos*¹⁶. Num total de trinta e seis episódios, o *podcast* revisitou os principais pontos que permearam o caso, incluindo os meandros dos julgamentos dos sete réus, valendo-se dos áudios das gravações de algumas das sessões do Júri popular. O trabalho ganhou ampla notoriedade e resultou na produção de série documental pelo *streaming Globoplay*, bem como na publicação de um livro de autoria de Mizanzuk. Para fins deste trabalho, insta salientar que foram exploradas as alegações de tortura, inclusive com a reprodução de depoimentos dos acusados sobre o que teriam sofrido, divulgadas no *podcast* e/ou contidas na obra de Mizanzuk, bem como em autobiografia lançada por Celina e Beatriz Abagge logo após a repercussão positiva do *podcast*.

1.1. As alegações de torturas

Como dito, os sete acusados, sem exceção, declararam ter sofrido torturas por parte dos policiais militares que efetuaram as suas prisões. Com efeito, “durante todo o processo do caso Evandro, a defesa das Abagge buscou construir a tese da tortura”¹⁷.

Segundo a versão dos réus Osvaldo e Davi, um grupo de policiais os capturaram e os levaram para a residência do ex-ditador paraguaio Alfredo Stroessner, no município de Guaratuba, que serviu como uma “casa ou chácara das torturas”. Lá, teriam sofrido toda espécie de ameaças e agressões, físicas e psicológicas. Nessa toada, alegam que foram vítimas de afogamento, que levaram choques e que

¹⁴ Airton Bardelli e Francisco Sérgio Cristofolini foram absolvidos em julgamento ocorrido em 2005. Contra a decisão, foi interposto recurso pelo Ministério Público, porém reconheceu-se a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição. Da mesma forma, devido à redução do prazo prescricional pela avançada idade, Celina Abagge não foi submetida a novo júri, pois sua punibilidade já estava extinta.

¹⁵ PROJETO HUMANOS: O caso Evandro. *op. cit.*

¹⁶ PROJETO HUMANOS: O caso Evandro. *op. cit.*

¹⁷ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 157.

sofreram variadas sevícias, além de ouvir gritos e testemunharem agressões alheias, que serviam para construir um ambiente ameaçador, de pressão e de desespero, que despertou aflição e angústia¹⁸.

No mesmo sentido, Beatriz e Celina também alegaram terem sido levadas para a mencionada “casa das torturas” e lá submetidas a sessões de insuportável dor e medo¹⁹.

A tese que a defesa buscou, ainda que sem êxito, emplacar nos julgamentos era a de que os acusados foram gravemente torturados pelos policiais para que confessassem ter matado o menino Evandro num ritual satânico, e que, por horas, foram violentados freneticamente para que reproduzissem fatos, ‘encaixando’ a narrativa o mais próximo possível dos elementos contidos na denúncia apresentada por Diógenes dias antes ao Ministério Público do Estado do Paraná. Portanto, o objetivo espúrio da tortura infligida contra os acusados era nítido: fazê-los confessar crime que alegam não ter cometido.

Aqui, convém transcrever parte do depoimento judicial prestado por Beatriz e reproduzido entre 52’24’’ e 57’22’’ do episódio 10 (*As prisões de 1 e 2 de julho*) do *podcast*, que foi ao ar em 13/03/2019²⁰. Ao leitor, convém alertá-lo antecipadamente que o trecho a seguir é forte e contém denso relato de agressão sexual (estupro).

Eles me levaram para um quarto. Quando eu cheguei nesse quarto, eles me jogaram numa cama. Eu comecei a ouvir os gritos da minha mãe. Eu pedi para eles não colocarem a mão nela, porque ela tinha problema de coração. [choro] Aí eles foram tirando a minha roupa e falavam: “que putinha gostosa que você é”. Tiraram a minha bota. Tiraram a minha calça. E tentaram me virar de costas. Nesse momento, eu senti alguma coisa sendo introduzida no meu ânus. [choro] Eu gritava “tira a mão de mim, seus porcos, isso não, isso não. Eles arrancaram toda a minha roupa. No momento em que eles foram arrancar a minha blusa, eu consegui ver exatamente o rosto daquele monstro que estava em cima de mim. Uns me seguravam pelos braços, outros me seguravam pelas pernas. [...] Eles foram me violentando. [choro] Eles me violentavam ora pela frente, ora por trás. Introduziam objetos e eu gritava. Eu gritava e pedia “pelo amor de Deus, parem com isso”. Eles não paravam nunca. Não foi uma, nem duas, foram várias vezes. [...] Eles me jogaram nessa outra cama. Eu estava inteiramente nua. Eles começaram o afogamento. Pegaram uma toalha com sabão e apertavam em mim, falavam assim “foi assim que você matou a criança?”, e eu dizia “que criança?”, eu não sabia por que, não sabia o que eles queriam de mim. Eu só dizia que não tinha feito nada, para eles pararem com aquilo. E eles continuaram com o afogamento, com a toalha molhada de sabão, por bastante tempo. Nisso, eles entravam no quarto todos correndo, saíam todos correndo. Eu não sei precisar quantos policiais estavam. Policiais não, são torturadores, são monstros.²¹

No mesmo sentido, em seu livro de memórias, Beatriz detalha o *modus operandi* que a Polícia Militar paranaense teria adotado para fazê-la encampar, mediante tortura, a narrativa que desejavam ver reproduzida pela prisioneira.

Amarraram fios nos meus dedos e comecei a sentir choques elétricos. Estavam me treinando para eu saber o que deveria e como deveria falar durante a ‘confissão’. Com os choques, meus esfínteres relaxaram. Evacuei e urinei nas calças. Desmaiei diversas vezes. Não aguentava mais e ia, aos poucos, falando tudo o que mandavam. Quando errava alguma palavra, eles davam novamente o choque e diziam: — Fale

¹⁸ PROJETO HUMANOS: O caso Evandro. *op. cit.*

¹⁹ PROJETO HUMANOS: O caso Evandro. *op. cit.*

²⁰ Disponível em: <https://www.projetohumanos.com.br/o-caso-evandro/10-as-priso-es-de-1-e-2-de-julho/>.

²¹ PROJETO HUMANOS: O caso Evandro. *op. cit.*

tudo certinho que não fazemos mais nada com você. Eu prometo que vou deixar vocês em Guaratuba e lá vocês terão advogados... Agora confesse! — Não é assim... Diga que você matou a criança. Então eu dizia o que eles queriam: — Eu matei a criança, pronto! E assim continuaram até se sentirem satisfeitos e com tudo que queriam gravado em fita cassete.²²

Na mesma obra, também Celina ilustra a forma como a tortura foi utilizada como mecanismo de extração forçada de falsas ‘confissões’. O procedimento consistia, em síntese, no aperfeiçoamento da versão dos fatos mediante reiteradas agressões:

— Celina, você vai dizer que matou o menininho e que está arrependida. Fale quando eu apertar o seu braço. — Eu matei o menininho! — Matou como? Antes de ligar novamente o gravador, o policial dizia com o que e como eu teria cometido o crime. — Matei com uma serra. — Que serra? — Serra de cortar pão! Gravador desligado. Socos, tapas, estrangulamento. — Está bem, com serra da serraria! E assim foi. Se não estava como queriam, batiam em mim, torciam meu braço para trás, minha perna para cima... E eu não aguentava mais! Quando ficaram satisfeitos, saíram.²³

Cumprе registrar, uma vez mais, que, malgrado os relatos supratranscritos, a tese de tortura não foi reconhecida pelos jurados e jamais foi reputada como digna de fé pelo Ministério Público do Estado do Paraná. De outra banda, as confissões dos acusados inequivocamente serviram como elemento de convencimento para suas condenações²⁴, até mesmo pela notória repercussão social que gerou a transmissão midiática, nas redes de televisão, da gravação do áudio dos acusados supostamente confessando o crime. Afinal, “Com os casos penais polêmicos que são abordados pela mídia, especialmente, os que tratam de crimes contra a vida, percebe-se que os acusados são vistos, pela sociedade, como pessoas indignas de viver no meio social”²⁵. Deveras, não há como ignorar a espetacularização que se criou com a prisão dos sete acusados e o impacto que isso deflagrou no imaginário social, fomentado pela veiculação nacional das confissões. Aliás, no dia 03 de julho de 1992 os réus Osvaldo, Davi e de Paula foram apresentados ao público numa entrevista coletiva na Secretaria de Segurança Pública do Paraná, onde, mais uma vez, sob os holofotes de muitas câmeras, confessaram a prática do crime. Aqui é importante registrar que “a imprensa sensacionalista forma a opinião de milhares de pessoas a partir de narrativas enviesadas, capazes de construir no imaginário social a figura de inimigos sociais, por meio de julgamentos morais sumários”²⁶, o que não foi diferente com o caso Evandro, que recebeu massiva atenção dos meios de comunicação.

Cumprе registrar ainda que, não sem alguma dose de polêmica²⁷ (o que, em se tratando do “caso Evandro” se tornou algo ordinário), as alegações de torturas foram objeto de investigação no bojo de

²² ABAGGE, Celina Cordeiro; ABAGGE, Beatriz Cordeiro; organização de Sheila Cordeiro Abagge. *Malleus: relatos de injustiça, tortura e erro judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2021, p. 53.

²³ ABAGGE, Celina Cordeiro; ABAGGE, Beatriz Cordeiro. *op. cit.*, p. 38.

²⁴ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 177.

²⁵ SANTOS, Mariane Isabel Silva dos; CAMPELO, Raissa Braga; SILVA, Pollyana de Queiroz. Influências midiáticas nas decisões dos magistrados criminalistas. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 7. Brasília, DF: jan./dez. 2014, p. 143.

²⁶ MONTEIRO, Paulo Henrique Drummond. Papéis sociais, preconceito, estereótipo e estigma. A apresentação da imagem/voz de pessoas presas como instrumento do processo de degradação da personalidade. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 4. Belo Horizonte, MG: 2019, p. 410.

²⁷ Uma das alegações da defesa durante os julgamentos dos acusados consistia na indevida participação de membro do Ministério Público que também teria contribuído para as torturas e, mesmo assim, atuou como órgão oficiante no curso do inquérito policial de investigação das alegações de torturas.

inquérito policial aberto em 06 de novembro de 1992 a pedido da defesa das Abagge. Entretanto, ao fim e ao cabo, o inquérito foi arquivado.

Sem dúvidas, as alegações das torturas ganharam importante contribuição da advogada Isabel Kugler Mendes, que à época chefiava o Conselho Municipal da Condição Feminina, órgão responsável pela elaboração de dois dossiês sobre o tema: o primeiro, “Relatório - Caso Evandro de Guaratuba”, foi feito no dia 23 de novembro de 1992; o segundo, mais completo, data do dia 23 de junho de 1993, e é intitulado “Tortura Nunca Mais?”, contendo uma série de depoimentos dos acusados, colhidos em visitas que fez às penitenciárias onde estavam presos. Note o leitor que o título do presente artigo retoma aquele do segundo dossiê, que, na forma de pergunta, provoca inquietação: depois de um longo período de ditadura militar que se notabilizou pelo uso sistemático da tortura, o anseio da população brasileira, pelo fim do emprego da tortura, tornou-se realidade? Infelizmente, o caso Evandro mostrava que o lema “Tortura Nunca Mais” continuava sendo mais um programa de expectativas para o futuro do que uma conquista em termos práticos no tempo presente. Nessa trilha, considerando que o caso Evandro ocorreu pouco tempo após a vigência da Constituição de 1988, este artigo lança a indagação se atualmente, após mais de trinta anos, “Tortura Nunca Mais” permanece sendo uma pretensão ou se a abolição do uso da tortura é, de fato, uma realidade.

1.2. As comprovações de torturas

Em várias oportunidades em que se dirigiu à imprensa ou mesmo em que foi inquirido em juízo, Diógenes Caetano sempre insistia na existência de outra fita cassete que continha mais uma confissão de Osvaldo Marcineiro²⁸. Contudo, a citada fita não constava dos autos, o que fez com que Ivan Mizanzuk sobre ela se referisse como “uma fita fantasma”²⁹. Ocorre que, durante o tempo em que publicava os episódios do *podcast*, uma fonte anônima disponibilizou para o jornalista Ivan Mizanzuk a tal fita remanescente (em verdade, duas fitas), cujo teor finalmente tornou-se público com o lançamento do episódio de número 25 de *O caso Evandro*³⁰. Nas palavras do próprio Ivan:

A partir do momento em que falaram das torturas, Osvaldo, Davi, De Paula, Beatriz e Celina repetiam que os policiais gravavam constantemente o que diziam com um pequeno gravador. Contudo, os únicos registros anexados ao processo eram as fitas VHS dos dias 2 e 3 de julho e a fita cassete com a confissão das Abagge, no início da qual aparece, de maneira inexplicável, Osvaldo. Para a promotoria, era falsa a afirmação dos réus de que havia gravações além daqueles vídeos e da fita cassete. Mas as fitas que recebi provam que os acusados falavam a verdade.³¹

As fitas novas trouxeram sólidos indícios de que, de fato, os acusados foram submetidos a cruéis sessões de tortura para que confessassem o homicídio de Evandro. De fato, “É chocante, ao ouvir (...), perceber a voz ofegante de Osvaldo, algo que não se espera de um interrogatório policial, e o momento em que ele, quando diz seu endereço, dá um grito de dor”³². Não só. As novas fitas contêm vários trechos que evidenciam o uso de técnicas de inquirição inadequadas, bem como súplicas e manifestações verbais de dor e tensão, tudo a conduzir para a irrefutável conclusão de que houve torturas. Nesse sentido, é o

²⁸ PROJETO HUMANOS: O caso Evandro. *op. cit.*

²⁹ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 188-189.

³⁰ Disponível em: <https://www.projetohumanos.com.br/o-caso-evandro/25-sete-segundos/>.

³¹ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 317-318.

³² MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 320.

que se extrai do trecho em que Osvaldo, em voz ofegante, diz ao inquiridor: “Não faz isso, por favor, eu tô falando tudo, eu tô cooperando”³³. Ainda, em outro trecho, ouve-se o interrogador de Beatriz dizendo-lhe: “Olhe, menina, acho que nós vamos ter que *continuar* na nossa sessão”³⁴. Em suma, “se há algo que essas fitas nos contam é que houve muita invenção e dor”³⁵.

Aliás, até mesmo o Doutor Paulo Markowicz, então Promotor de Justiça que liderou a acusação nos Júris do caso Evandro, não conteve a estranheza diante do teor das novas fitas, conforme registrou Ivan Mizanzuk, referindo-se ao momento da apresentação ao membro do Ministério Público nas gravações da série do *Globoplay*:

Mais reticente, o promotor Markowicz começa dizendo não notar nada necessariamente errado ali. Mas a postura neutra se mantém só até o trecho em que um dos torturadores diz a Beatriz algo como: “Nós vamos ter que continuar a nossa sessão”. Nesse momento, Markowicz admite ao diretor Aly Muritiba, que conduz as conversas, que isso, sim, é estranho. “Sessão de quê? De cinema que não é”.³⁶

Insta salientar que, diante da divulgação pública das novas fitas, Beatriz, Davi e Osvaldo ingressaram, no Tribunal de Justiça do Paraná, com pedido de revisão criminal das sentenças que os condenaram, para que sejam declarados inocentes, absolvidos e indenizados pelo erro judiciário³⁷. O processo ainda aguarda julgamento.

Ademais, após a repercussão nacional do trabalho de Ivan Mizanzuk, o Governo do Paraná criou o Grupo de Trabalho “Caso Evandro – Apontamentos para o Futuro”, com o objetivo de “aprender com os possíveis erros do passado para que estes não se repitam no futuro”. O GT finalizou seu trabalho com a elaboração de um relatório que deu azo a um pedido formal de perdão para a senhora Beatriz Abagge, assinado pelo secretário da Justiça, Ney Leprevost, que consignou ter formado convicção pessoal no sentido “de que são muitas as evidências que a Senhora e outros condenados no caso foram vítimas de torturas gravíssimas” e, ao final, expressou seu repúdio “ao uso da máquina estatal para prática de qualquer tipo de violência, e neste caso em especial contra o ser humano para obtenção de confissões”³⁸.

De fato, as novas fitas são reveladoras e o seu conteúdo não pode ser ignorado.

Mais uma vez, alinhando-se às palavras de Ivan Mizanzuk:

O que mais me assombra nisso tudo é uma percepção de que os policiais sentem que estão fazendo um bom trabalho, que basta apertar um pouco mais para Osvaldo falar a ‘verdade’. Seguindo a lógica perversa de que é por meio de violência que se faz um assassino confessar, os policiais talvez nem considerassem aquilo tortura, mas um método de investigação.³⁹

³³ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 322.

³⁴ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 336.

³⁵ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 323.

³⁶ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 343.

³⁷ G1. *Caso Evandro: Defesa de condenados por morte da criança pede à Justiça revisão criminal das sentenças*. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/12/07/caso-evandro-defesa-de-condenados-por-morte-da-crianca-pede-a-justica-revisao-criminal-das-sentencas.ghtml>. Acesso em: 21 abr. 2022.

³⁸ G1 Paraná RPC. *Caso Evandro: Governo do Paraná faz carta com pedido de perdão por 'torturas' a Beatriz Abagge*. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2022/01/15/caso-evandro-governo-do-parana-faz-carta-com-pedido-de-perdao-por-torturas-a-condenada-por-morte-da-crianca.ghtml>. Acesso em: 22 abr. 2022.

³⁹ MIZANZUK, Ivan. *op. cit.*, p. 325.

É justamente sobre isso que o presente trabalho se debruça a seguir. Vale dizer, por que ainda é viva uma cultura institucional, enraizada no Brasil, que faz crer que o policial realiza um ‘bom trabalho’ ao obter confissões mediante a tortura de suspeitos?

Na próxima seção, a tarefa que se põe é entender como funciona e porque é tão viva essa *lógica perversa* citada por Mizanuk no trecho transcrito acima.

2. A radiografia da tortura no Brasil: passado e presente

A tortura é prática conhecida e empregada com frequência desde priscas eras. Com efeito, “a história do direito penal demonstra que desde a Antiguidade existem e foram usadas várias formas de tortura, com métodos e finalidades diversas, uma prática regulamentada e aceita pela sociedade primitiva como forma de manter a ordem”⁴⁰.

De fato, foram muitas as finalidades utilizadas, historicamente, para justificar o uso da tortura. Durante a pré-história e a Antiguidade, a tortura foi utilizada como forma de reprimenda e punição contra malfeitores que praticassem atos contrários à harmonia do bando ou da sociedade. Na Idade Média, sob os auspícios da Igreja, a tortura passou a ser aplicada com finalidade instrumental, isto é, como mecanismo para apuração de delitos e/ou para aplicação de castigos. Nesse período histórico, se consolida o emprego da tortura como instrumento apto para extrair confissões da prática de crimes, valoradas como provas no processo penal para a descoberta da verdade e, assim, de condenações. Noutras palavras, “historicamente a tortura foi utilizada como meio de prova, através da confissão e de declarações, artifícios para chegar à descoberta da verdade”⁴¹.

É somente nos séculos XVII e XVIII, na esteira do Iluminismo e do movimento para humanização das penas, capitaneado por Cesare Beccaria, autor da célebre obra *Dos Delitos e Das Penas*, que ocorre a proscrição da tortura⁴². E apenas em meados do século XX, especialmente a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é iniciado o processo para a criminalização da prática da tortura, de modo que atualmente o emprego da tortura assume a condição de crime⁴³.

Em síntese, hodiernamente é assente o entendimento de que “torturar é proibido. O fundamento desta proibição está em que a tortura viola a dignidade humana”⁴⁴.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Immanuel Kant registrava que o homem, considerado como uma *pessoa*, isto é, como um sujeito de uma razão prático-moral, não deve ser tratado como *meio*, ou seja, como um *instrumento* para satisfação de interesses alheios, mas sim como *um fim em si mesmo*,

⁴⁰ CARVALHO, Gisele Mendes de; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de. “Direito a não ser torturado?” A integridade moral como bem jurídico indisponível no Direito Penal brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 8. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁴¹ CARVALHO, Gisele Mendes de; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de. *op. cit.*

⁴² BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Edizione di riferimento: a cura di Renato Fabietti, Mursia: Milano, 1973. Disponível em: http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf. Acesso em: 04 mai. 2022.

⁴³ CARVALHO, Gisele Mendes de; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de. *op. cit.*

⁴⁴ GRECO, Luís. As regras por trás da exceção – Reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. *Revista Jurídica*. v. 23. n. 7. Curitiba, PR: 2009, p. 235.

uma vez que é portador de um valor interno inderrogável, qual seja, a *dignidade*, “pela qual ele constrange todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele”⁴⁵.

Ocorre que a tortura é precisamente a completa e integral *negação da dignidade* da pessoa humana, na medida em que a pessoa tortura é tratada como um mero *objeto* nas mãos do agente torturador. Vale dizer, a tortura anula em absoluto a autonomia do indivíduo, que se transforma em *instrumento* do torturador para que atenda aos seus interesses, notadamente para que, forçadamente, emita uma declaração (comumente falsa) contra a sua vontade, a saber, uma confissão – conforme se verificou no “caso Evandro”. Em verdade, a tortura viola a dignidade humana na medida em que prejudica a capacidade de resistência e de agir da vítima torturada, mas, não só, também é um ato perverso e odioso que tem o condão de colocar a vítima contra si mesma, para que, por suas próprias mãos (ou, por sua própria ‘boca’, no caso de falsas confissões), contribua para um dano contra a sua pessoa, tornando-se assim, sem querer, um cúmplice de sua própria violação. Noutras palavras, “Quando realizada como forma de interrogatório, a tortura não apenas fere e degrada, mas coloca a própria vítima contra si mesma, obrigando-a a confessar segredos ou a se auto-incriminar”⁴⁶.

Em síntese,

A tortura significa um atentado à dignidade humana. Ao torturado se nega sua condição de pessoa e é convertido a objeto. O uso da tortura significa degradar a vítima de sua condição humana, negando-lhe sua liberdade, considerando-o 'algo' sujeito a leis puramente mecanicistas: seu corpo nas mãos do torturador tem que reagir como ele pretende. Esta é a ideia que está presente na mente do torturador e que o torturado percebe e vive em sua própria pessoa: 'seu corpo é fraco, tão fraco que basta que te faça sofrer para você dizer e fazer o que eu quero: você não agirá de acordo com sua vontade, mas de acordo com a minha'. O torturado é considerado pelo torturador como um simples objeto em suas mãos, o que significa negar-lhe que seja um fim em si mesmo (essência da dignidade).⁴⁷

É justamente uma relação de *assimetria de poder* que caracteriza a tortura, que pode se verificar mesmo quando não haja efetiva imposição de dor física ou psíquica ao sujeito torturado. De fato, ao contrário do que advogava o modelo psicologista, baseado numa perspectiva psicológico-naturalista, “o aspecto decisivo da tortura não é a imposição de dor ou sofrimento, e sim o *exercício da dominação mais completa que se pode imaginar sobre uma pessoa*”⁴⁸, o que evoca a perversidade da prática, consistente “na inversão das concepções tradicionais de ação, consentimento e responsabilidade que a tortura provoca, uma vez que a tortura teria o significado de que o torturado, ao não cooperar, seria o próprio autor das ações de tortura”⁴⁹. O que caracteriza, pois, a tortura é uma relação de absoluta

⁴⁵ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad. por Clélia Aparecida Martins [primeira parte], Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof [segunda parte]. Petrópolis, RJ: Editora Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013, p. 208.

⁴⁶ ALVAREZ, Marcos César. *op. cit.*

⁴⁷ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 64. Tradução livre. No original: “La tortura significa una agresión a la dignidad humana. Al torturado se le niega su condición de persona y se le convierte en un objeto. El uso de la tortura significa degradar a la víctima de su condición humana, negarle su libertad, considerarlo ‘algo’ sometido a leyes puramente mecanicistas: su cuerpo en manos del torturador tiene que reaccionar tal como éste pretende. Esta es la idea que está presente en la mente del torturador y que el torturado percibe y vive en su propia persona: ‘tu cuerpo es débil, tan débil que basta que te haga sufrir para que digas y hagas lo que yo quiera: no actuarás conforme a tu voluntad, sino conforme a la mía’. El torturado es considerado por el torturador como un simple objeto en sus manos, lo que supone negarle que es un fin en sí mismo (esencia de la dignidad)”.

⁴⁸ GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 235. Itálico no original.

⁴⁹ GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 235.

desigualdade entre o agente torturador e a vítima torturada. “A tortura é uma totalidade. É a presença assumida, deliberada, explícita da imposição da dor, da morte, do fim de tudo numa *cena em que uns podem tudo e alguém pode nada*”⁵⁰. A tortura é, em resumo, uma perversa cena na qual a vítima nada pode fazer. Se não cooperar com o torturador, irá sofrer, física e psicologicamente, por ‘culpa’ sua, porque não está ‘colaborando’. Se acabar cooperando com o torturador, ironicamente terá sido cúmplice de seu próprio infortúnio, pois terá produzido prova contra si mesmo.

De prática pública comum e até mesmo amplamente aplicada, como no tempo da Santa Inquisição, no século XX houve a proibição, *no plano jurídico-formal* (frise-se⁵¹), da prática da tortura, que foi finalmente considerada crime.

A propósito, a Assembleia Geral das Nações Unidas, a 10 de dezembro de 1984, adotou a *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, internalizada pelo direito nacional pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Segundo a dicção do artigo 1º da Convenção, o termo ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa com a finalidade de obter informações ou confissões e/ou de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido e/ou de intimidar ou coagir, bem como por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza⁵².

Na mesma toada, a *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, concluída em Cartagena, Colômbia, em 09 de dezembro de 1985, e promulgada pelo Decreto nº 98.386, de 09 de dezembro de 1989, entende por ‘tortura’ todo ato pelo qual “são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim” e “a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica”⁵³.

No ordenamento jurídico nacional, a proibição e repressão da prática da tortura também encontrou especial previsão no período da redemocratização, logo após o fim da ditadura militar. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, no inciso III do artigo 5º, prescreve que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, e no inciso XLIII do mesmo dispositivo assevera que a lei considerará a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo, além daqueles definidos como hediondos, como “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (...) por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”⁵⁴.

Convém observar que as duas convenções internacionais, a interamericana e a da Organização das Nações Unidas (ONU), já estavam vigentes, inclusive no ordenamento jurídico nacional, bem como a Constituição de 1988, à época do “caso Evandro”. Noutras palavras, ao tempo em que, segundo os

⁵⁰ ENDO, Paulo. *op. cit.*, p. 45.

⁵¹ O destaque é feito porque, como será dito em seguida, desafortunadamente a proscrição jurídica não foi acompanhada, *no plano dos fatos*, pela eliminação prática do uso da tortura, no mundo e no Brasil.

⁵² BRASIL. *Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991*. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília, DF: 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

⁵³ BRASIL. *Decreto nº 98.386, de 09 de dezembro de 1989*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Brasília, DF: 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

sete acusados, a Polícia Militar do Paraná empregou a tortura como mecanismo para extração de (falsas) confissões, já era assentado, *ao menos no plano dogmático jurídico*, a proibição da tortura.

No ano de 1997 foi editada a Lei nº 9.455, que assim define os crimes de tortura:

Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.⁵⁵

Diferentemente dos textos convencionais, a lei brasileira prevê a tortura como um *crime comum*, que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial do agente ativo (o torturador). Desse modo, segundo a Lei nº 9.455/97, o crime pode ser praticado não apenas por “funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas”, conforme exige a definição contida no artigo 1º da Convenção da ONU, mas também por qualquer particular. Na verdade, nos termos da lei brasileira, o fato de o autor do delito ser funcionário público figura como causa de aumento da pena (artigo 1º, § 4º, inciso I), e não como elementar do tipo penal.

O conceito extensivo de tortura é elogiado pela doutrina especializada:

O delito de tortura possui uma especificidade ímpar, ele protege um bem jurídico não tratado pelo Código Penal ou pelas demais leis, e nesse sentido é que se deve considerar torturador todo aquele que, a serviço do Poder Público ou atuando na esfera particular, no recesso do seu lar, de uma creche, de uma escola ou de um asilo, coloquem em risco ou lesionem a dignidade única e inerente a cada ser humano pelo simples fato de sê-lo.⁵⁶

Comparando-se as definições convencional e legislativa, alinha-se ao *conceito multijurídico de tortura* contido no *Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos para Audiência de Custódia*, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), calcado no princípio *pro homine* ou *pro personae*, que prestigia a norma mais ampla ou a interpretação mais ampla. De acordo com esse conceito, a designação de um ato como tortura contempla os seguintes elementos, a saber, “(i) ato de infligir dor ou sofrimento, por ação ou omissão; (ii) intencionalidade da conduta; (iii) finalidade⁵⁷, considerada dentro de um rol não exaustivo e, portanto, bastante amplo”⁵⁸, incluindo obtenção de

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília, DF: 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

⁵⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de. *op. cit.*

⁵⁷ Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a tortura, quando praticada contra pessoa presa, independe da finalidade, uma vez que não se exige o especial fim de agir na conduta do agente. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 856706 AC 2006/0114492-0, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento 06/05/2010, T5-QUINTA TURMA, DJe 28/06/2010.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia*. Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; coordenação de Luis Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

informação ou declaração da pessoa ou de terceiro e a extração de confissão da pessoa ou de terceiros, e, por fim, (iv) realizado por agente público ou outra pessoa no exercício de funções públicas ou por qualquer particular⁵⁹, por ação, incluindo a sua instigação, ou por omissão, incluindo o seu consentimento ou aquiescência.

2.1. A tortura como (oculta, escondida, disfarçada) prática institucional

Como visto, nos séculos XVII e XVIII a tortura, de prática amplamente aceita e até mesmo executada publicamente, passou a constituir expediente proibido, cujo uso pelo Estado foi banido por força de lei. Em seguida, no século XX, a prática da tortura foi considerada crime. Atualmente, no Brasil a tortura é considerada crime equiparado a hediondo, não admitindo fiança, graça ou anistia. Portanto, *no plano jurídico-formal*, não há dúvidas de que a tortura é ato que não mais se tolera. De modo veemente, repita-se: torturar é proibido. Contudo, uma análise detida sobre o tema, revela que, ao lado da proscrição jurídica, impera uma crescente cultura disseminada de amplo uso da tortura.

De fato, mesmo com a proibição legal da tortura, o aparato estatal continuou a fazer uso dessa prática. Na verdade, após a vigência da Constituição Federal de 1988, ironicamente, o emprego prático da tortura apenas acentuou. Não é outra a conclusão do estudo de Paulo Endo, após examinar o que mudou em quinze anos, entre o Relatório de Nigel Rodley (2001) e o do MNPCT (2016): “as práticas de tortura no Brasil não apenas não cederam, como, de diversas maneiras, se aprofundaram e se enraizaram como prática corriqueira cometida pelas instituições e agentes do Estado brasileiro”⁶⁰.

O paradoxo da tortura na atualidade situa-se na comparação entre o tratamento jurídico-formal e a realidade fática, e reside justamente na constatação de que, malgrado “a tortura seja – assim como o genocídio e a escravidão – moralmente condenada e amplamente combatida, as práticas de tortura continuam a ocorrer em todas as partes do mundo, quer em regimes democráticos, quer em regimes autoritários”⁶¹.

Noutros termos, oficialmente a tortura não é admitida, criminalmente é punida e socialmente é rejeitada, contudo, na realidade dos fatos ainda existe e o seu uso aumenta cada vez mais. Isso porque a tortura continua a ser empregada sistematicamente, porém, de modo clandestino, oculto, escamoteado, às escondidas, de forma extraoficial. Aliás, “o que singulariza a prática de tortura ao longo do século XX, diferentemente de outros períodos históricos, é que ela foi conduzida quase sempre de forma extralegal, praticada sem regulamentação precisa e em segredo”⁶².

Assim sendo, em termos práticos, “a tortura ainda é empregada com frequência no Brasil democrático, mesmo anos depois do fim do regime autoritário”⁶³. Justamente por isso, em junho de 2021, o Brasil foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela ausência de

⁵⁹ Na verdade, o conceito contido no Manual do CNJ prevê como elemento essencial da definição do ato como tortura que seja realizado por agente público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, reconhecendo, contudo, que “a lei brasileira não limita o crime de tortura a agentes públicos, podendo ser imputável também aos demais indivíduos”, porém, consignando que “essa análise escapa aos objetivos e finalidades da Resolução CNJ nº 213/2015, a qual se centra especificamente sobre a prevenção e combate à tortura e maus-tratos cometidos por agentes públicos” (pág. 29), uma vez que, para fins de audiência de custódia é importante aferir eventual tortura praticada por agentes da segurança pública contra o preso.

⁶⁰ ENDO, Paulo. *op. cit.*, p. 44.

⁶¹ ALVAREZ, Marcos César. *op. cit.*

⁶² ALVAREZ, Marcos César. *op. cit.*

⁶³ ALVAREZ, Marcos César. *op. cit.*

respostas às denúncias de tortura recorrente praticada entre 2015 e 2017 na unidade Cedro da Fundação Casa, do complexo Raposo Tavares, em São Paulo, quando se constatou que 147 adolescentes foram vítimas de cruéis sevícias, com o emprego de cintos, correntes, cabos de vassoura, além de relatos de sessões de pancadaria⁶⁴. Com efeito, a realidade das unidades incumbidas da aplicação da medida socioeducativa de internação para adolescentes infratores, à semelhança das penitenciárias, também é marcada pelo emprego sistemático da tortura e dos maus tratos⁶⁵. A tortura, seja contra adultos, seja contra jovens, é prática que se reverbera com o passar dos anos, mantendo-se entre as décadas de 1990 e 2020.

A propósito, uma das justificativas para o crescimento do uso sistemático da tortura é a invisibilidade da prática. Afinal, não sendo algo visível, não é visto, e não sendo visto, não precisa ser combatido, pode continuar a ser ignorado, num indecoroso disfarce coletivo que finge que nada está acontecendo e que não há nada para ser modificado. Inclusive, o manto da invisibilidade que esconde as cifras da tortura se conecta umbilicalmente com a garantia da impunidade dos agentes criminosos, o que, por sua vez, incentiva a prática do crime, calcado na certeza de que não haverá quaisquer consequências.

No particular, calha trazer à baila as razões que fundamentam tal invisibilidade:

A invisibilidade da tortura materializa-se na sociedade por um sistema de negação obtuso que vem à tona por três modos: 1) crença de que a prática só ocorreu no passado; 2) que existe apenas em sociedades distantes; 3) só ocorre em situações de anormalidade plenamente justificáveis.⁶⁶

Outro fato que explica a ampliação do uso da tortura é a seletividade da prática. Em 2001, Nigel Rodley já apontava que “a tortura é prática generalizada e, na maioria das vezes, envolve pessoas das camadas mais baixas da sociedade e/ou de descendência africana ou que pertencem a grupos minoritários”⁶⁷. Assim, enquanto se concentra sobre a população mais marginalizada e subalternizada, o interesse social e político na efetiva fiscalização da proibição da prática e na punição dos infratores permanece adormecido.

Um raio-X da situação no Brasil demonstra que os principais responsáveis pela tortura “são policiais civis e policiais militares, em proporções elevadas e equiparáveis reciprocamente, seguidos por agentes prisionais e responsáveis por unidades de internação de adolescentes”⁶⁸. A tortura tem como alvos preferenciais o suspeito da prática de crime e o indivíduo sob custódia do Estado, seja em Delegacias de Polícia, penitenciárias ou estabelecimentos de internação, isto é, “pessoas “suspeitas” de

⁶⁴ FOLHA DE S. PAULO. *Brasil é denunciado a comissão de direitos humanos por crimes de tortura*. Por Fernanda Mena. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/06/brasil-e-denunciado-a-oea-por-nao-solucionar-crimes-de-tortura.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2022.

⁶⁵ FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. v. 190. ano 30. p. 275-307. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio/jun. 2022.

⁶⁶ RODRIGUES, João Gaspar. Programa resolutivo de prevenção e de enfrentamento à tortura. *Revista Eletrônica do CNJ*. v. 5. n. 2. Brasília, DF: jul./dez. 2021, p. 89.

⁶⁷ RODLEY, Nigel. *op. cit.*

⁶⁸ MAIA, Luciano Mariz. *Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje*. À luz do direito internacional dos direitos humanos. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, 2006, p. 89.

práticas de delitos, que foram consideradas (pelos agressores) como detentoras de informações relevantes sobre práticas delituosas ou pessoas presas, "merecedoras" de castigo"⁶⁹.

É verdade que a tortura é uma prática desvirtuada das instituições e que o desvio não é regra para todos os agentes públicos, e evidentemente há em todas as corporações bons funcionários que bem representam os ideais democráticos. Contudo, é necessário superar o "frequente argumento da 'maçã podre', ou seja, de que os atos de tortura seriam excepcionais, perpetrados por indivíduos que não representariam mais os valores das instituições da justiça criminal e da segurança pública"⁷⁰, na medida em que esse argumento contribui para a pouca sensibilização da sociedade em torno do problema.

É urgente, pois, que se torne o problema *visível*: ainda hoje, a tortura, que em sua trajetória histórica sempre esteve atrelada aos abusos do Poder Público na apuração das infrações penais, permanece sendo empregada como prática generalizada e sistemática pelo Estado em todas as etapas da persecução penal, incluindo a investigação criminal e, também, durante a execução da pena. Ainda que de forma oculta, escondida, disfarçada, "a prática da violência ainda está presente tanto na dinâmica do trabalho policial quanto no cotidiano das prisões"⁷¹. Em suma, "apesar de todas as estruturas criadas para a criminalização da tortura, tem-se que ela ainda é um método constantemente exercido por agentes públicos em muitas ocasiões"⁷². Nesse sentido, no Relatório Anual 2015-2016 do MNPCT há relatos de casos de "tortura policial durante a prisão em flagrante, sobretudo em São Paulo e no Amazonas. Tais práticas eram cometidas tanto por policiais militares durante o ato da detenção quanto por policiais civis nas delegacias"⁷³.

Os órgãos estatais incumbidos de zelar pela segurança pública, a exemplo das Polícias Civil e Militar, por vezes deverão fazer uso da violência. Quando necessária à luz do caso concreto e justificada por lei, a violência estatal é legítima e não configurará tortura, como, aliás, reconhece o artigo 1º da Convenção da ONU⁷⁴. Entretanto, o uso da violência ilegal, ilegítima, como ocorre no caso da tortura, estará sempre vedado ao agente do Estado (sobretudo, o policial).

Contudo, avaliar a licitude do uso da força impõe um exame complexo que envolve: a legalidade (dos métodos, tipos de armamento e munição permitidos e em quais condições, procedimentos, condições de detenção, etc.), a necessidade (respeito ao uso da força como *ultima ratio*, planejamento operacional, circunstâncias pessoais e contextuais do agente e da pessoa implicada, avisos orais prévios), e proporcionalidade (medida menos danosa, resposta diferenciada, circunstâncias do caso concreto), além de considerações quanto à cadeia de comando e monitoramento da ação.⁷⁵

No "caso Evandro" as alegações de tortura foram desacreditadas pela Justiça, mesmo com a riqueza de detalhes fornecida pelos acusados, muitas vezes em sintonia, e mesmo com as inconsistências entre as confissões e as provas materiais dos autos⁷⁶. Para a acusação, havia falhas nas versões dos réus,

⁶⁹ MAIA, Luciano Mariz. *op. cit.*, p. 89.

⁷⁰ ALVAREZ, Marcos César. *op. cit.*, p. 294.

⁷¹ ALVAREZ, Marcos César. *op. cit.*, p. 290.

⁷² CARVALHO, Gisele Mendes de; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de. *op. cit.*

⁷³ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *op. cit.*, p. 28.

⁷⁴ Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *op. cit.*, p. 31.

⁷⁶ A título de exemplo, Osvaldo Marcineiro confessou, em áudio, que teria participado da emasculação do menino Evandro, que, contudo, conforme demonstrou o laudo necroscópico, mantinha o pênis íntegro.

o que indicava se tratar de mera tese fantasiosa, emplacada como tentativa de se furtar à responsabilidade penal, por orientação dos advogados. Esse também é o entendimento de Diógenes Caetano: “Todos confessaram ter sacrificado Evandro em um ritual de magia negra, na serraria do então prefeito do município. Em seguida, orientados pela defesa, começaram a negar, alegando terem sido torturados”⁷⁷. Ao final, a tese de tortura foi rejeitada e, noutro giro, as confissões impactaram significativamente o resultado final, o que indica, na prática, que comumente as denúncias de tortura não são levadas a sério, que há dificuldade processual em prová-las e que a prova obtida mediante tortura, ao fim e ao cabo, surte efeitos jurídicos. O que aconteceu no “caso Evandro” continua a acontecer comumente no Brasil, na medida em que o Estado brasileiro não apresenta mecanismos seguros para investigar e punir torturas. Nesse sentido, aliás, estudo do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo evidenciou que é recorrente a violência estatal e a tortura praticada por agentes públicos brasileiros e que é deficitária a resposta estatal a esse quadro sistêmico⁷⁸. É, pois, um cenário ideal para que a tortura continue a ser praticada (cada vez mais) pelos aparatos estatais, especialmente pela Polícia, ainda que de forma clandestina.

2.2. A tortura como instrumento para obtenção de confissões criminais

Um fator decisivo para a explicação do crescimento da ocorrência da tortura no meio policial, mesmo num país que se pretende democrático e que tem como lei maior uma Constituição que abomina a prática e a classifica como hedionda, é o fato de que “a tortura é um crime de oportunidade. Isso significa dizer que as oportunidades desempenham papel relevante para que a tortura ocorra”⁷⁹ e que, ainda hoje, são muitas as oportunidades que um cenário de negligência confere aos agentes mal-intencionados.

Uma das principais notas que concede oportunidade para a ocorrência de tortura é a execução de atos estatais de forma sigilosa, às escondidas. Deveras, historicamente as “prisões, delegacias de polícia e coisas do gênero são lugares fechados e secretos, com atividades internas escondidas das vistas do público”⁸⁰, de sorte que o que acontece em tais ambientes não é levado ao escrutínio público e tampouco se submete a controle. Mais, amparando-se na crença de que o que é feito em tais espaços escapa à fiscalização externa, os agentes públicos se libertam de qualquer receio de responsabilização, o que muitas vezes acaba por significar uma “carta branca” para agir de forma arbitrária.

A falta de transparência é campo fértil para a tortura como prática institucional nas Polícias do Brasil. Por exemplo, a ausência de monitoramento e/ou de registro do traslado dos presos pode abrir amplo espaço para que sejam cometidas arbitrariedades. É dizer, “o transporte de presos para audiências judiciais ou extrajudiciais e tratamento em unidades hospitalares, pode ensejar espaços pouco visíveis ou zonas obscuras para o cometimento de abusos por parte de agentes públicos”⁸¹. Inclusive, no “caso Evandro” há alegação de que Beatriz e Celina Abagge teriam sido raptadas do fórum da Comarca de Guaratuba, pela Polícia Militar, e então conduzidas, de modo clandestino e velado, para a casa do ex-

⁷⁷ SANTOS FILHO, Diógenes Caetano. *A verdadeira história do Caso Evandro*. 1ª ed. Publica Livros: 2012. Versão Kindle®, p. 5.

⁷⁸ RBA. Rede Brasil Atual. *Um país em que a tortura faz parte do cotidiano*. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2021/07/tortura-brasil-pesquisa-cotidiano/>. Acesso em: 1 jun. 2022.

⁷⁹ MAIA, Luciano Mariz. *op. cit.*, p. 87.

⁸⁰ RODLEY, Nigel. *op. cit.*

⁸¹ RODRIGUES, João Gaspar. *op. cit.*, p. 93.

ditador Stroessner, onde foram submetidas a cruéis sessões de tortura. No mesmo sentido, a defesa suscita que houve inexplicável demora no deslocamento de Vicente de Paula Ferreira da cidade de Curitiba (onde foi preso) para Guaratuba, o que iria ao encontro de sua narrativa, de que teria sido torturado durante todo o trajeto.

Um outro importante fator que justifica a continuidade do uso da tortura é o seu *interesse* para o agente criminoso. A tortura tem um *valor* na medida em que por meio dela se obtém (pseudo) elementos de prova que repercutem no processo penal. Destarte, a prática da tortura, sob certa perspectiva, é uma *escolha racional* (*rational choice*), pois os torturadores têm objetivos quando cometem o crime. Segundo o Relator da ONU, 1 de cada 3 casos de tortura tem como responsável policial civil, e, de igual modo, 1 em cada 3 casos tem como responsável policial militar e em 30,1% dos casos a tortura tinha por objetivo a obtenção de confissão⁸². De mais a mais, assim como se verificou no “caso Evandro”, “a jurisprudência brasileira ainda apresenta certa insensibilidade (ou tolerância) às alegações de tortura, coação ou violência na obtenção da confissão, aceitando-a e admitindo-a como prova válida”⁸³, o que irremediavelmente surtirá efeito de sinalização positiva para a persistência da perpetuação do uso da tortura. Afinal, enquanto a tortura ainda tiver *valor processual* certamente subsistirá na prática policial.

Inclusive, no estudo “Tortura como marca cotidiana”, que reúne narrativas de atores da sociedade civil e do poder público a respeito do atendimento concedido a vítimas de violações de direitos nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, constou que “dinâmicas operadas pelo sistema de justiça criminal também foram apontadas com unanimidade entre os entrevistados como gargalos às ações de atenção às vítimas de tortura”⁸⁴. Vale dizer, existem inequívocos obstáculos para o enfrentamento da tortura no próprio sistema de Justiça (o que bem é ilustrado pelo “caso Evandro”), a exemplo a banalização da violência, a morosidade e falta de empenho nas investigações, lentidão do processamento dos casos, a credibilidade conferida ao relato das vítimas, a culpabilização da própria vítima e a alta consideração que se dá à versão do policial acusado das torturas. Nas palavras do entrevistado 19 do citado estudo, “A palavra da vítima não vale nada, a palavra do policial vale para condenar e vale para absolver”⁸⁵. A palavra da vítima é ignorada e a dos torturadores assume proeminência para a condenação de inocentes, como ocorreu no “caso Evandro” e ainda hoje ocorre no Brasil.

A obtenção de confissão mediante tortura é um exercício por tudo sádico e que representa a absoluta negação da dignidade da pessoa humana, que é tratada como um mero *instrumento* pelo criminoso e tem a sua vontade completamente aniquilada. É, pois, “uma covardia de tal tamanho que manda o torturado a acatar a vontade implícita do torturante, confessando qualquer que seja a culpa, mesmo que inexistente, com o único intuito de fazer cessar o sofrimento cultivado”⁸⁶.

Além da própria violência (física e/ou psicológica) que envolve o ato, *de per si*, a confissão derivada de tortura é imprestável como prova processual, pois a sua própria credibilidade probatória é extremamente frágil. O ato não é espontâneo, como exige o artigo 65, III, “d”, do Código Penal, ou seja, não advém da genuína vontade da pessoa. Ademais, o sofrimento que é infligido é assaz apto a forçar a

⁸² RODLEY, Nigel. *op. cit.*

⁸³ RODRIGUES, João Gaspar. *op. cit.*, p. 103.

⁸⁴ JESUS, Maria Gorete Marques de; SILVESTRE, Giane; DUARTE, Thais Lemos. *Tortura como marca cotidiana: Narrativas sobre os serviços de atenção às vítimas de tortura desenvolvidos no Rio de Janeiro e em São Paulo*. DIGNITY PUBLICATION SERIES ON TORTURE AND ORGANISED VIOLENCE. DIGNITY – Danish Institute Against Torture, 2021, p. 29. Disponível em: https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2021/07/35-TORTURA-COMO-MARCA-COTIDIANA_v05.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

⁸⁵ JESUS, Maria Gorete Marques de; SILVESTRE, Giane; DUARTE, Thais Lemos. *op. cit.*, p. 29.

⁸⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de. *op. cit.*

vítima a ‘confessar’ qualquer fato que lhe seja exigido, justamente para se livrar da dor decorrente da tortura.

Ao invés de expressar a livre revelação de um criminoso sobre crime cometido, a confissão obtida por tortura é uma falácia guiada pelo agente torturador e tão somente reproduzida pela boca da vítima torturada. No “caso Evandro”, por exemplo, as vítimas disseram que o expediente da Polícia era o seguinte: ligavam o gravador para registrar a fala do acusado, de acordo com o que havia sido previamente ajustado; quando a vítima não dizia o que se queria ouvir, o aparelho era desligado e começavam as torturas, por choque, afogamento, agressões etc.; então, o aparelho era novamente acionado para que a vítima prosseguisse na narrativa fantasiosa, e assim sucessivamente.

A cessação do uso da tortura como meio para extração de confissões depende de uma rígida política judiciária que vede peremptoriamente a valoração de qualquer prova obtida mediante tal prática, bem como aquelas dela derivadas. É preciso, pois, retirar o *valor* da tortura. Enfim, é essencial eliminar as *oportunidades* para a prática do crime.

A confissão obtida por meio de tortura é prova ilícita e, portanto, inadmissível para o processo penal, nos termos do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e do artigo 157 do Código de Processo Penal. “E uma vez confirmada a tortura, a prova decorrente dela deve ser excluída (ou desentranhada) do processo”⁸⁷.

Ainda, cumpre registrar que diante de uma alegação de tortura o ônus da prova recai sobre o Estado e não sobre a pessoa que alega sua prática. Assim sendo, “é preciso ter em conta que cabe ao Estado o ônus de provar o uso legítimo da força”⁸⁸.

Assim, “se uma pessoa alegar que confessou em virtude de tortura, o órgão acusador (Ministério Público) deve provar que a confissão foi obtida sem coação. Se esse ônus recai sobre a suposta vítima de tortura há uma clara violação de seus direitos”⁸⁹.

3. A prevenção e a eliminação da tortura: o que esperar do futuro?

Ainda nos dias atuais, a tortura é prática generalizada e sistemática no Brasil e é utilizada com especialidade pelo aparato policial e de segurança pública, com o fim espúrio de obter confissões de supostas práticas de crimes. Na verdade, o uso da tortura, em vez de diminuir, vem aumentando ano após ano.

Sobre a prática da tortura no Brasil, diz Nigel Rodley, Relator Especial da ONU:

A prática da tortura pode ser encontrada em todas as fases de detenção: prisão, detenção preliminar, outras formas de prisão provisória, bem como em penitenciárias e instituições destinadas a menores infratores. Ela não acontece com todos ou em todos os lugares; acontece, principalmente, com os criminosos comuns, pobres e negros que se envolvem em crimes de menor gravidade ou na distribuição de drogas em pequena escala. E acontece nas delegacias de polícia e nas instituições prisionais pelas quais passam esses tipos de transgressores. Os propósitos variam desde a obtenção de informação e confissões até a lubrificação de sistemas de extorsão

⁸⁷ RODRIGUES, João Gaspar. *op. cit.*, p. 103.

⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *op. cit.*, p. 136.

⁸⁹ RODRIGUES, João Gaspar. *op. cit.*, p. 103.

financeira.⁹⁰

A tortura ainda é uma prática sistemática no Brasil porque em solo brasileiro encontra terreno rico em *oportunidades* para o seu banal cometimento diuturno. Assim, para alterar esse cenário é imprescindível que sejam eliminadas tais oportunidades. Aliás, para o crime de tortura a *reparação* dificilmente consistirá em justa composição, pois os efeitos deletérios da agressão sofrida são incalculáveis. Deveras, “é impossível restaurar o status quo ante, principalmente tendo em conta os danos psíquicos infligidos. Estes danos, em especial, são inextirpáveis”⁹¹. Por conseguinte, é fundamental investir na *prevenção*, no afã de se evitar (previamente, portanto) que a tortura seja praticada.

A prevenção da tortura deve compreender políticas públicas de conscientização da população em geral e da comunidade jurídica em especial, inclusive dos juízes e tribunais pátrios, no sentido de que a vedação da tortura, em toda e qualquer situação, é um direito fundamental de todo cidadão e uma garantia inegociável, que não admite nenhuma flexibilização, nem mesmo nas hipóteses mais extremas que se possa cogitar. A tortura deve ser indefensável, inclusive diante do denominado *ticking bomb scenario*, uma vez que a “discussão sobre os casos da bomba relógio, não se trata do nosso comportamento hipotético numa situação imaginária, que oxalá nunca venha a ocorrer, mas sim de nosso comportamento presente – isto é, de nossa renúncia à tortura”⁹². Portanto, de modo enfático, diga-se: “a proibição da tortura é absoluta e inderrogável. Ressalta que nenhuma circunstância excepcional pode ser invocada por um Estado Parte para justificar atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição”⁹³. É fundamental ter em devida conta que a inadmissível prática da tortura está proibida em qualquer situação, seja ela qual for. Em outras palavras,

(...) pretende-se destacar o caráter absoluto da proibição da tortura na esfera jurídico-política: nenhuma situação de emergência pública (interna ou internacional) justifica a prática da tortura. (...) não há interesses gerais considerados superiores à proibição da tortura. Nem mesmo a mais grave situação de perigo para o próprio sistema democrático ou para a sobrevivência do Estado pode justificar a tortura. Não existe interesse político dominante que possa justificar (dar direito à) a utilização da tortura.⁹⁴

Além disso, a prevenção à tortura exige que haja efetiva responsabilização penal, civil e administrativa, do agente que a executa, eliminando-se a *cultura da impunidade*.

Uma análise em perspectiva de comparação entre o que ocorreu no “caso Evandro” e o que se vê nos dias atuais escancara como até hoje é demasiadamente rara qualquer forma de punição ao agente público que comete tortura. É, portanto, uma empreitada criminosa atrativa. Nesse sentido, um relatório

⁹⁰ RODLEY, Nigel. *op. cit.*

⁹¹ RODRIGUES, João Gaspar. *op. cit.*, p. 88.

⁹² GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 258.

⁹³ COMMITTEE AGAINST TORTURE. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. General Comment No. 2*. Genebra, Suíça: United Nations, 2008. Tradução livre. No original: “the prohibition against torture is absolute and non-derogable. It emphasizes that no exceptional circumstances whatsoever may be invoked by a State Party to justify acts of torture in any territory under its jurisdiction”.

⁹⁴ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *op. cit.*, p. 159. Tradução livre. No original: “(...) se pretende destacar el carácter absoluto de la prohibición de torturas en el ámbito jurídico-político: ninguna situación de emergencia pública (interna o internacional) justifica la práctica de torturas. (...) no hay intereses generales que se consideren superiores al de la prohibición de la tortura. Ni aun la más grave situación de peligro para el propio sistema democrático o la supervivencia del Estado puede justificar la tortura. No existe interés político preponderante que pueda justificar (dar derecho a) la utilización de la tortura”.

preliminar que avalia a resposta do estado brasileiro às cobranças na ONU, entre 2017-2021, elaborado pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, mostra que nos últimos dez anos nenhum servidor público foi sancionado, afastado ou punido no sistema carcerário federal por tortura⁹⁵. A *cultura da impunidade* ainda se faz presente.

O relatório “O fim da liberdade”, feito pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), traz dados importantes que confirmam a tese de que, à semelhança do que ocorreu em 1992 quando da prisão dos sete acusados no “caso Evandro”, muitas pessoas que são recolhidas ao cárcere, ainda hoje em dia, são submetidas a uma série de torturas, maus tratos e tratamento degradante, que desconsidera a dignidade da pessoa humana. Com efeito, o estudo traz números coletados a partir da análise das audiências de custódia, que atualmente servem como porta de entrada do sistema processual penal. Dele se extrai, por exemplo, que dentre as “85,5% pessoas custodiadas que foram explicitamente perguntados/as sobre a ocorrência de violência policial, 25,9% responderam afirmativamente”⁹⁶, sem prejuízo da possível subnotificação dos casos de tortura, “seja porque o/a custodiado/a não entende a pergunta, seja porque se sente constrangido/a em respondê-la”⁹⁷. Passam-se os anos, mas, se não forem tomadas medidas para resolução efetiva do problema, a tortura permanecerá nas instituições.

A propósito, João Gaspar Rodrigues propõe esboço de programa resolutivo de prevenção e de enfrentamento à tortura, a consistir num conjunto integrado, articulado e interconectado de medidas de cunho preventivo e repressivo à prática da tortura⁹⁸.

Dentre as medidas preventivas propostas, cite-se: criação de um banco de dados referente a alegações, investigações e responsabilizações judiciais sobre a prática de tortura, incluindo a análise preditiva dos dados; maior transparência das ações policiais; adoção de câmeras policiais individuais ou câmeras junto ao corpo (*body-worn cameras*); criação de órgãos efetivos de monitoramento⁹⁹, com capacidade de vigilância ativa, por meio de visitas preventivas (não anunciadas), periódicas e regulares; aumento e difusão dos conhecimentos públicos em matéria de prevenção da tortura; gravação audiovisual dos interrogatórios em Delegacias de Polícia; criação de uma barreira legal à progressão funcional ou assunção de cargos em comissão de agentes envolvidos em tortura; e investimento nas audiências de custódia como um canal privilegiado de encaminhamento célere das alegações de tortura.

De outra banda, dentre as medidas de enfrentamento à tortura, destaca-se: investigação célere e por órgão imparcial; punição dos estratos superiores da Polícia; melhoria do serviço forense na documentação eficaz da tortura; aplicação do princípio constitucional da razoável duração às investigações e processos de responsabilização; capacitação de servidores públicos, incluindo agentes do Sistema de Justiça, com a introdução de conceitos em matéria de direitos humanos desde o início da carreira; efetiva responsabilização integral, nas quatro searas (1. criminal; 2. cível; 3. por ato de improbidade administrativa; e 4. administrativo-disciplinar); e, por fim, proibição da valoração de

⁹⁵ UOL Notícias. *Em 10 anos, ninguém nas prisões federais foi punido por tortura no Brasil*. Por Jamil Chade. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2022/02/03/em-10-anos-ninguem-nas-prisoas-federais-foi-punido-por-tortura-no-brasil.htm>. Acesso em: 30 jun. 2022.

⁹⁶ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. IDDD. Relatório Nacional Completo. O fim da liberdade. A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019, p. 76. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

⁹⁷ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. IDDD. *Op. cit.* p. 77.

⁹⁸ RODRIGUES, João Gaspar. *op. cit.*

⁹⁹ A Lei nº 12.847, de 02 de agosto de 2013, instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - SNPCT e criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - CNPCT e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT.

provas ilícitas obtidas por tortura, com o desentranhamento dos autos. Sobre a última medida, bem esclarece o autor:

A exclusão de informação ou confissão obtida por tortura ou maus-tratos é medida de importância superior, por dois motivos básicos: 1) é um sinal claro de que não vale a pena torturar porque o fruto dessa árvore envenenada não será levado em consideração pelo órgão julgador (elimina-se um incentivo à tortura); 2) provas obtidas sob tortura são pouco fidedignas e declará-las inadmissíveis contribui para evitar a condenação de pessoa inocente.¹⁰⁰

Com razão. Para que no futuro os lamentáveis episódios de tortura não mais se repitam é necessário que o Poder Judiciário sinalize que o resultado obtido por meio de tal prática não surtirá qualquer efeito para a condenação das vítimas, mas, ao contrário, servirá para a efetiva e integral responsabilização dos agentes que praticaram a tortura.

Considerações Finais

“Tortura nunca mais?”. Esse era o título do dossiê elaborado pela advogada Isabel Kugler Mendes e que denunciava uma série de torturas a que foram submetidos os sete acusados do homicídio do garoto Evandro Ramos Caetano, em Guaratuba-PR. É curioso observar que o título é escrito na forma interrogativa, como a conduzir o leitor a uma reflexão provocativa. Afinal, as torturas relatadas foram praticadas no ano de 1992, no início da vigência de uma Constituição Federal cujo texto pretende eliminar todas as formas de tortura. Contudo, a interrogação faz sentido quando se lança atento olhar para o mundo dos fatos e se percebe que, na prática, a tortura ainda insiste em continuar.

Ainda hoje, passados trinta anos, a tortura permanece sendo uma odiosa prática generalizada e sistemática junto aos órgãos de segurança pública no Brasil, em especial a Polícia Civil e Militar, dentre outras finalidades, para a extração de confissões penais. Nessa toada, a presente pesquisa buscou investigar a razão pela qual a tortura ainda é, nos dias atuais, uma prática comum (embora clandestina) no Brasil.

Entender as razões que justificam a continuidade da tortura conduz ao caminho para a sua total eliminação no mundo dos fatos. A tortura é um crime de oportunidades, que é cometido em ambientes de opacidade (pouca transparência) e sem vigilância e cujo resultado obtido comumente é valorado pela Justiça, que muitas vezes desacredita as alegações feitas pelas vítimas. Consequentemente, para que no futuro a máxima “Tortura nunca mais” possa ser escrita na afirmativa é imprescindível que se eliminem as oportunidades, o que exige da Justiça brasileira atuação firme e comprometida na apuração das denúncias de tortura e na desconsideração de (falsas) confissões obtidas mediante tortura. Afinal, tal como ocorreu no “caso Evandro”, quando uma tortura é cometida para extrair uma confissão, além da vítima do crime que se está a investigar (*in casu*, o menino Evandro), todas as pessoas que são torturadas (e as suas famílias) também passam a ser vítimas de um inaceitável crime hediondo, de danos irreparáveis.

¹⁰⁰ RODRIGUES, João Gaspar. *op. cit.*, p. 104.

Referências

- ABAGGE, Celina Cordeiro; ABAGGE, Beatriz Cordeiro; org. Sheila Cordeiro Abagge. *Malleus: relatos de injustiça, tortura e erro judiciário*. 1ª ed. Curitiba, PR: Brazil Publishing, 2021.
- ALVAREZ, Marcos César. Tortura, história e sociedade: algumas reflexões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 72. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.
- BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Edizione di riferimento: a cura di Renato Fabietti, Mursia: Milano, 1973. Disponível em: http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf. Acesso em: 04 mai. 2022.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, v. 1. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf. Acesso em: 20 abr. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia*. Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf. Acesso em: 20 abr. 2022.
- BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Relatório Anual 2015-2016*. Brasília, DF: 2016. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-relatorio-anual-2015-2016.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- CARVALHO, Gisele Mendes de; OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de. “Direito a não ser torturado?” A integridade moral como bem jurídico indisponível no Direito Penal brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. V. 8. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- COMMITTEE AGAINST TORTURE. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. *General Comment No. 2*. Genebra, Suíça: United Nations, 2008.
- ENDO, Paulo. Sobre a prática da tortura no Brasil. *Revista USP*. n. 119. São Paulo, SP: 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/151575>. Acesso em: 27 abr. 2022.
- FERRAZ, Hamilton Gonçalves; CHIES-SANTOS, Mariana. “Vou temperar vocês”: um estudo de caso sobre a responsabilidade do Judiciário no combate às práticas de tortura no sistema socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 190. ano 30, p. 275-307. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio/jun. 2022.
- GRECO, Luís. As regras por trás da exceção – Reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. *Revista Jurídica*. v. 23, n. 7. Curitiba, PR: 2009. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/95/71>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. IDDD. Relatório Nacional Completo. O fim da liberdade. A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019, p. 76. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.
- JESUS, Maria Gorete Marques de; SILVESTRE, Giane; DUARTE, Thais Lemos. *Tortura como marca cotidiana: Narrativas sobre os serviços de atenção às vítimas de tortura desenvolvidos no Rio de Janeiro e em São Paulo*. Danish Institute Against Torture, 2021, p. 29. Disponível em: https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2021/07/35-TORTURA-COMO-MARCA-COTIDIANA_v05.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Traduzido por Clélia Aparecida Martins [1ª parte], Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof [2ª parte]. Petrópolis, RJ: Editora Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.
- MAIA, Luciano Mariz. *Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje*. À luz do direito internacional dos direitos humanos. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, 2006. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2012/06/DO-CONTROLE-JUDICIAL-DA-TORTURA-INSTITUCIONAL-NO-BRASIL-HOJE.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- MIZANZUK, Ivan. *O caso Evandro: sete acusados, duas polícias, o corpo e uma trama diabólica*. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2021.
- MONTEIRO, Paulo Henrique Drummond. Papéis sociais, preconceito, estereótipo e estigma. A apresentação da imagem/voz de pessoas presas como instrumento do processo de degradação da personalidade. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. V. 4. Belo Horizonte, MG: 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2019v4p399-428>. Acesso em: 27 abr. 2022.

- PROJETO HUMANOS: *O caso Evandro*. [Locução de]: Ivan Mizanzuki. 2019. Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/show/3ImOWdGnN8mHFNaKwMSFJx>. Acesso em: 02 fev. 2022.
- RODLEY, Nigel. *Relatório sobre a tortura no Brasil*. Produzido pelo relator especial sobre a tortura da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). Genebra, Suíça: 2001. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/relatores_onu/rodley/relatorio.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.
- RODRIGUES, João Gaspar. Programa resolutivo de prevenção e de enfrentamento à tortura. *Revista Eletrônica do CNJ*. v. 5. n. 2. Brasília, DF: jul./dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.54829/revistacnj.v5i2.238>. Acesso em: 27 abr. 2022.
- SANTOS FILHO, Diógenes Caetano. *A verdadeira história do Caso Evandro*. 1ª ed. Publica Livros: 2012. Versão Kindle®.
- SANTOS, Mariane Isabel Silva dos; CAMPELO, Raissa Braga; SILVA, Pollyana de Queiroz. Influências midiáticas nas decisões dos magistrados criminalistas. *Revista da Defensoria Pública da União*. n. 7. Brasília, DF: jan./dez. 2014. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/122>. Acesso em: 26 abr. 2022.

A mistanásia e a responsabilidade criminal do Estado: estudo de caso sobre a falta de oxigênio medicinal na cidade brasileira de Manaus – AM

Mystanasia and the criminal responsibility of the State: a case study on the lack of medicinal oxygen in the Brazilian city of Manaus – AM

Samuel Mendonça

Professor Permanente vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado e Doutorado, linha de pesquisa Políticas Públicas em Educação, líder do grupo de pesquisa Política e Fundamentos da Educação (CNPq/PUC Campinas), da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Membro Titular do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa do Ministério da Saúde (2019-2022). Bolsista de Produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Realizou estágio pós-doutoral pelo Departamento de Administração Escolar e Economia da Educação da FE-USP, sob a supervisão do Prof. Dr. Romualdo Luiz Portela de Oliveira. Atuou como Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Campinas no ano de 2019. É o Presidente da Sociedade Brasileira de Filosofia da Educação (2018-2022), membro da Comissão de Avaliação da área de Educação da CAPES (2019/2020).

Christiany Pegorari Conte

Advogada. Mestre em Direito pela FMU/SP. Doutora em Educação pela PUC Campinas. Professora de Direito Penal e Processual Penal da PUC de Campinas/SP. Coordenadora dos cursos de Especialização sobre Direito Digital (presencial) e LGPD: aspectos teóricos e práticos (EAD) da PUC de Campinas. Professora do Curso de Especialização em Direito Privado da PUC- Poços de Calda/MG. Professora dos Cursos de Especialização em Direito Penal e Processual Penal do Proordem Goiânia e de Campinas. Professora do Curso de Especialização em Direito Ambiental com ênfase ao Agronegócio do CERS/SP. Professora da ESA/Campinas. Membro da Comissão de Direito Digital da OAB/Campinas.

Luiz Guilherme Luz Cardoso

Mestrando em Direito, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás. Bolsista CAPES.

Resumo: O conceito de mistanásia foi formulado em 1989 por Márcio Fabri dos Anjos, bioeticista brasileiro como: morte miserável, infeliz, precoce e evitável. O problema sobre o qual a pesquisa se debruçou apresenta-se na forma de pergunta: diante da configuração da mistanásia quem deveria figurar como sujeito ativo e ser responsabilizado criminalmente? Para responder ao questionamento, a pesquisa valeu-se do estudo de caso da situação de falta de oxigênio em Manaus – AM e utilizou-se da abordagem qualitativa e do método descritivo – analítico. Constatou-se que o Estado Brasileiro, em razão do dever constitucional de garantir saúde, deve figurar como sujeito ativo e ser responsabilizado criminalmente com a incidência da pena de multa.

Palavras-chave: Mistanásia; Miserável; Evitável; Precoce; Responsabilização Criminal.

Abstract: The concept of mythanasia was formulated in 1989 by Márcio Fabri dos Anjos, a bioethicist as: miserable death, Brazilian unhappy, precocious and avoidable. The problem that the research addressed is presented in the form of a question: given the configuration of mythanasia who should appear as an active subject and be held criminally responsible? To answer the question, the research used the case study of the situation of lack of oxygen in Manaus - AM and used the qualitative approach and the descriptive - analytical method. It was found that the Brazilian State, due to the constitutional duty to guarantee health, must appear as an active subject and be criminally liable with the incidence of a fine.

Keywords: Mythanasia; Miserable; Preventable; Precocious; Criminal Accountability.

1. Introdução

A mistanásia é um fenômeno analisado no contexto da bioética, seu conceito permeia o final da vida, podendo ser definida em algumas palavras como: “morte miserável, infeliz, precoce e evitável”¹. Esse termo foi elaborado na segunda metade do século XX, mais precisamente em 1989 por Márcio Fabri dos Anjos, bioeticista brasileiro.

Este termo insurgiu-se na contramão da ideia terminológica, até então difundida, de “eutanásia social”, uma vez que a eutanásia, ao contrário da mistanásia, pode ser entendida como “boa morte, morte apropriada ou benéfica”², já a mistanásia, para além do conceito, enfoca-se na dimensão social, cotidiana e crítica da vida humana.

Trata-se, portanto, de um conceito provocatório, sobretudo quando pensado pelas quantidades expressivas de mortes não acidentais, criadas a partir das omissões mistanásicas que na maioria das vezes antecedem as mortes mistanásicas.

No campo jurídico, o conceito de mistanásia abre precedentes para inúmeras discussões, principalmente porque essas mortes são evitáveis, atingem a coletividade, por conseguinte ferem o direito à saúde razão pelo qual se discute a responsabilidade criminal por tantas mortes, bem como as formas de prevenção firmadas nas ações afirmativas. Não somente por estas razões, a própria bioética estabelece normas e recomendações para o respeito da vida humana que necessitam de regulamentação jurídica para alcançarem o campo da efetividade.

Nesse sentido, o Direito confere efetividade para as normas em geral e, como não é diferente com a bioética. A efetividade das normas éticas, para que ultrapasse o campo da medicina e da ética deontológica necessitam da positividade pelo Direito, ou melhor, pelo (Bio) direito³, que transforma normas éticas em normas jurídicas.

No contexto brasileiro, a investigação levou em consideração a região norte do país, em específico o Estado do Amazonas, dado que a cidade de Manaus-AM fora uma das primeiras capitais do Brasil a

¹ RICCI, Luiz Antônio Lopes. **A morte social: mistanásia e bioética**. São Paulo: Paulus, 2017, p. 09.

² BARBOZA; LEAL; ALMEIDA. **Biodireito tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 264.

³ ROCHA. Renata Da. **Fundamentos do Biodireito**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 69.

registrar causa da COVID-19⁴. Não somente por esta razão, tal região como será demonstrado no estudo de caso foi considerada abaixo da linha da pobreza no ano anterior ao estopim da pandemia⁵, característica peculiar, que necessariamente acompanha as mistanásias ocorridas na América do Sul. Desse modo, a pesquisa acadêmica abrirá agenda quanto ao alargamento do horizonte reflexivo jurídico em matéria de mistanásia no cenário da bioética transnacional, global e plural, a partir da realidade brasileira.

Nesse interim, a pesquisa se atentou aos reflexos jurídicos da mistanásia debruçando-se para a solução da problemática atinente a delimitação do sujeito ativo e responsabilização criminal do Estado (pessoa jurídica de direito público).

O principal objetivo materializou-se em: por meio da situação problema da falta de cilindros de oxigênio no Estado do Amazonas, verificar elementos que configurem “mistanásia”, para posteriormente dissertar em matéria de eventual enquadramento típico à atribuição de responsabilização criminal para o Estado Brasileiro.

Para tanto, a pesquisa utilizou-se do método descritivo analítico⁶ materializado no estudo de caso da falta de oxigênio na cidade brasileira de Manaus, por sê-la uma das primeiras capitais brasileiras a registrar casos da doença (COVID – 19) entre abril/ maio de 2020 e por demonstrar aspectos específicos da mistanásia no Brasil.

Em primeiro lugar, com intuito de levantar conteúdo, foram selecionados alguns autores, livros e artigos que já dissertaram sobre matéria atinente a mistanásia. Posteriormente, para o estudo de caso, escolheram-se algumas notícias que veicularam na mídia nacional e internacional à questão da falta de cilindros de oxigênio na cidade brasileira, Manaus - AM.

Ao final da primeira etapa, constatou-se que a situação problema (da falta de cilindros de oxigênio em Manaus) reunia as principais características que compõe o conceito de morte mistanásica: miserável (miserabilidade), infeliz (infelicidade), precoce (precocidade) e evitável (evitabilidade).

Feito isso, a pesquisa utilizou-se da característica **não acidental** dessas mortes, na maioria das vezes criada pela omissão de quem deveria prover o direito à saúde, para então, dissertar sobre a responsabilidade criminal do Estado (compreendido nos entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Para a construção da segunda etapa da pesquisa, foram selecionados e analisados alguns artigos da Constituição Brasileira de 1988, sobre o direito à saúde e responsabilidade da pessoa jurídica de direito público. De forma complementar se alisou a Lei nº 8.080/1990 (Lei do Sistema único de Saúde); Lei nº 13.979/2020 (Lei que dispõe sobre o enfrentamento da emergência de saúde Pública) e Lei nº 9.0605/1998 (Lei que dispõe sanção penal e administrativa para atos lesivos ao meio ambiente).

Enfim realizou-se a explanação teórica do termo “mistanásia” em confronto com as características perquiridas no estudo de caso. Notou-se a constatação aproximativa entre a literatura e a realidade

⁴ G1. **Manaus foi a capital mais atingida pela Covid-19 no Brasil, diz estudo da Fiocruz**. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/06/02/manaus-foi-a-capital-mais-atingida-pela-covid-19-no-brasil-diz-estudo-da-fiocruz.ghtml>. Acesso em 30 abr. 2020.

⁵ IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 30 abr. 2021.

⁶ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

estudada, bem como se definiu a responsabilidade criminal e os sujeitos ativos responsáveis pela configuração das mortes mistanásicas.

2. Mistanásia: conceito, dimensão, aspectos jurídicos

Na primeira metade do século XX falava-se em eutanásia social para referir-se àquelas situações em que as pessoas desfaleciam vítimas de fatores externos, não ligados a responsabilidade médica, mas atrelados à falta de recursos que possibilitassem a vida.

Em contraposição a esse conceito insurgiu o termo “Mistanásia” por Márcio Fabri dos Anjos em 1989. Para o Bioeticista era necessário estabelecer diferenças e ponderar significações entre eutanásia e mistanásia, vez que afirmar uma em detrimento da outra não traria complementação, pelo contrário, ante a característica antagônica de ambos os conceitos ensejaria confusão etimológica.

Nas palavras do citado Bioeticista:

A eutanásia pode ser entendida como morte suave, feliz, ao passo que a mistanásia é a morte infeliz, dolorosa. Isso nos remete, dentro da área da biomedicina, aos pacientes terminais sofrendores, seja pela convicta recusa em não se inferir no processo de morte, seja pelo mau atendimento médico – hospitalar. Mas nos remete também muito além da área hospitalar. E nos faz pensar na morte provocada de formas lentas e sutis por sistemas e estruturas⁷

Nesse sentido, a mistanásia possui um significado distinto de eutanásia, pois a primeira esta atrelada a morte de pessoas cujas vidas são desvalorizadas, que acontece às margens da sociedade, ao passo que a segunda não possui atrelamento com a dimensão social estando tão somente ligadas as questões médicas que favorecem a antecipação normalizada, suave e feliz da morte. Desse modo, a mistanásia:

Trata-se de um conceito de grande poder provocatório, convocatório, sobretudo no campo ético-moral, justamente por ser capaz de deslocar o foco ao situar a morte precoce na esfera do “mal evitável”, evocando o princípio moral de “evitar o mal”. A atribuição de responsabilidade moral e social pelas mortes evitáveis sacode as consciências, mobiliza para ações defensivas, preventivas e afirmativas em situações adversas e de vulnerabilidade, além de favorecer e insistir nas mudanças comportamentais e socioestruturais⁸.

Essa conceituação consubstanciada na contemporaneidade, não impediu que a palavra mistanásia fosse pensada a partir da sua etimologia carregando prefixos antigos, do vocabulário inglês “*MIS*” que quer dizer “mau, errado, inadequado” ao derivado do grego “*Tanatos*” equivalente à “morte”, ou seja, “morte de forma inadequada”⁹. Para, além disso, a configuração da mistanásica foi desde sempre uma realidade presente na sociedade brasileira principalmente quando pensada pelos indicadores socioeconômicos que vitima pobres solícitos a vida precária, com pouca ou nenhuma qualidade.

⁷ ANJOS, Márcio Fabri. **Eutanásia em chave de libertação**. Boletim do Instituto São Camilo n° 57. 1989, p. 06.

⁸ RICCI, 2017, op. cit., p. 09.

⁹ OLIVEIRA. Cleberson Cardoso De. **Mistanásia: Responsabilidade Estatal e o acesso à saúde**. Londrina: Thoth. 2020, p. 43.

Em complementação ao conceito, Chiavacci classificou a mistanásia como “morte indireta”¹⁰, que seria possível evitá-la, se não fosse à negligência pessoal e social, bem como o abandono com que se ocasiona a morte previsível e evitável. A mistanásia de acordo com citado autor envolve aspectos sociais e pessoais, consequências da atuação ou omissão de vários sujeitos sejam eles: o Estado em seu dever de garantia a efetividade do Direito a saúde, seja o médico em seu dever de zelar pela vida do paciente.

No que tange aos aspectos jurídicos, não existe texto de lei que faça menção explícita a mistanásia, assim como não existem para a eutanásia, distanásia e ortotanásia, mas isso não impediu que os códigos disciplinares, a exemplo do Código de Ética Médica (2019) elencasse expressa vedação quanto ao adiantamento da vida. No artigo nº 41 “proibiu-se que o médico encurte, seja de que forma for à vida de seu paciente, independente da solicitação ou consentimento do paciente ou seu representante legal”¹¹.

Tal ausência legislativa, não impediu que a mistanásia fosse interpretada e discutida como uma violação ao direito a saúde, direito este que deve ser considerado um direito fundamental amplo, pois abarca na perspectiva do legislador uma conduta holística por parte do Estado que extrapola os limites das unidades básicas de saúde, unidades pronto atendimento, ambulatorios e hospitais. Assim quis preceituar o legislador constituinte de 1988, em especial no Art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹².

Perceba que o legislador foi categórico ao elencar o **dever do Estado** atrelado à promoção da efetividade do Direito a Saúde, muito embora seja essa uma norma de eficácia limitada, o texto prevê caminhos para a efetivação do Direito, o primeiro são as políticas públicas sociais e econômicas, o segundo consiste no acesso universal e igualitário de todos os cidadãos ao sistema de saúde. Como se não bastasse, no artigo subsequente o legislador reafirmou a competência do poder público em fiscalizar e controlar as ações de serviço de Saúde, assim predis pôs:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado¹³.

Nesse sentido, não existe outra saída para o Estado, a não ser provê o acesso à saúde, caso contrário estaremos diante de uma irreverência a esse direito, por conseguinte uma irreverência à própria cidadania que consiste no “exercício do poder para a educação e para a saúde”¹⁴.

Ademais, apontar aspectos jurídicos não é somente falar sobre violação ao Direito a saúde, mas é também sobre prevenção, e nesse aspecto o legislador fora assertivo ao mencionar dentro do artigo 198 da Constituição Federal (que versa sobre as ações e serviços públicos de saúde), ações concretas. Dentre

¹⁰ CHIAVACCI, Elena. **A raiz profunda da miséria e da morte prematura de grande parte da família humana está ligada a estruturas financeiras e produtivas planetárias**. São Paulo: Non uccidere' in economia. 2004, p. 539-541.

¹¹ BARROS, Edmilson de Almeida Júnior. **Código de Ética Médica comentado e interpretado**. Resolução CFM 2217/2018. São Paulo: CIA do e-book. 2019. p. 466.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2017, p. 61.

¹³ BRASIL. 2017, op. cit., p. 61.

¹⁴ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 29.

estas ações, vale ressaltar, a ação disposta no inciso II: “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas”, ou seja, na perspectiva do legislador esse direito é antes de qualquer atitude “prevenção”.

No mais, longe de qualquer preciosismo enfatizar prioridade à prevenção demonstrou um legislador preocupado em prevenir violações e consequências, pois quando o Estado descumpra sua função de garantir saúde prevenindo doenças e fornecendo bem-estar faz-se necessário à intervenção de medicamentos e médicos, e quando isso ocorrer, já houve violação, pois não há de se falar em saúde, mas em tratamento para as doenças.

No âmbito internacional do Direito, a Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos também não trouxe o conceito de mistanásia, no entanto encontram-se positivados no capítulo “da promoção da Declaração” as diretrizes para que se evitem as mortes mistanásicas como é caso da: a) Criação de comitês de ética pelos Estados; b) Implementação dos princípios da Declaração por meio de medidas legislativas e administrativas; bem como, c) O incentivo à educação em bioética¹⁵.

Em época anterior à citada Declaração sobre bioética, verificou-se importante contribuição ao tema da saúde, em especial no ano de 1948 com a criação e constituição jurídica da Organização Mundial da Saúde (OMS). Com sua ascensão, rompeu-se o pensamento tradicional negacionista, para dar lugar à concepção positivista e progressiva da saúde, segundo a qual a saúde deve ser considerada um estado de bem-estar físico, social e mental, e não somente como ausência de doenças¹⁶.

Igualmente, a Magna Carta de 1988 influenciada pelos valores da citada Declaração consagrou o direito à saúde em amplitude como um direito social atrelado ao direito à vida, de modo a abarcar-lo como um direito de todos (da coletividade) e um dever do Estado.

Destarte, pode-se aferir que o direito à vida, e, por conseguinte a saúde assumiu pós Declaração (1948) uma nova conceituação jurídica, não somente porque fora elevado a condição de pré-requisito para a aquisição de outros direitos, mas pelo fato de abranger o dever do Estado em fornecer bem-estar.

Nesse particular, Moraes salientou que o direito à vida consiste no principal direito atribuído aos seres humanos, do qual insurgem os demais direitos. O direito à vida abrange o direito de manter-se vivo, bem como, o direito de acesso às possibilidades de viver e desenvolver as faculdades inerentes ao pleno desenvolvimento humano¹⁷.

A questão da mistanásia reflete-se na seara jurídica, quando pensada pelo prisma da provocação, pois as mortes não são culturais, mas ocasionadas, “enquanto a eutanásia, distanásia e ortotanásia estão relacionadas ao despedir da vida, a mistanásia impede o bem-viver”¹⁸ mata, não no sentido direto empregado pelo homicídio “matar alguém”, mas mata lentamente pela negligência, falta de recursos, fatores socioeconômicos dentre outras causas.

Por esta razão, a mistanásia deve ser discutida ante a possibilidade de enquadramento em um tipo penal, para posteriormente, ser punida, ainda que em alguns casos aparentemente o sujeito ativo pareça abstrato, (como foi o que ocorreu no caso da falta de oxigênio na cidade de Manaus – AM), a discussão

¹⁵ UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em 01 mar. 2021.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2005. P. 515-516.

¹⁷ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 66.

¹⁸ RICCI, 2017, op. cit., p. 54.

passa necessariamente pela obrigação do Estado, não só de evitar as mortes mistanásicas, mas em prover, nos moldes da Constituição Federal, o direito à saúde.

Para além de interrogar a estrutura social, política e econômica, faz-se necessário uma atuação efetiva do Direito para que se impeça a ocorrência das mortes evitáveis. Assim, a solução elucida-se, sobretudo, com a elaboração de leis e políticas públicas permeadas por regras – princípios. E, desse modo, deve-se entender o Direito:

Um sistema de normas e as normas como um conjunto de regras princípios, ambos constitutivos de uma ciência jurídica autônoma, que tem na lei positiva, a expressão maior de garantia dos direitos humanos fundamentais, que se afirma a necessidade, não de um catálogo fechado de regras a obstaculizar o avanço da Biomedicina, da Biotecnologia, da Bioengenharia, mas a exigência de normas biojurídicas, isto é, de regras e princípios próprios, que possam tanto informar os limites seguros ao avanço da Biociência, quanto auxiliar na solução de conflitos¹⁹.

Nota-se que, o excerto acima chamou atenção no que diz respeito à impossibilidade de regulamentação exaustiva de todas as questões bioéticas em lei, mas ao mesmo tempo reconheceu que por mais que sejam os temas bioéticos eivados de plurivocidade e significações, faz-se necessário a regulamentação de algumas questões para a solução de dilemas éticos, como por exemplo: as mortes mistanásicas, o desligamento de aparelhos que mantêm vivo o paciente, a seleção de embriões, bem como, para atribuição das consequências jurídicas.

Com efeito, autenticar um sistema de normas próprias para a regulamentação destas questões citadas, em especial, a “mistanásia”, não significa exaurir as temáticas em um tipo penal, mas reconhecer a necessidade de uma nova ordem jurídica, que seja capaz de postular direitos e punir atrocidades favoráveis ao crescimento deste tipo de morte.

Ainda sobre o aspecto jurídico, vale ressaltar que o direito à saúde deve ser pensando primeiramente ante a configuração das situações lastimáveis de mistanásia como um direito humano universal e fundamental que impõe o **dever** ao Estado de se abster das violações seja por ação ou, (no caso em apreço estudado, por omissão). Nesse sentido, o Estado deve prover saúde para diminuir as exclusões sociais das camadas mais vulneráveis, caso contrário, a falta de condições mínimas só favorece a mistanásia.

Na contramão da problemática, o Estado Brasileiro com o intuito de corresponder à política pública de saúde para todos e driblar as mortes mistanásicas criou o Sistema Único de Saúde (SUS), lapidado no artigo 200 da Constituição Federal, que dispõe suas competências:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

¹⁹ ROCHA, 2018, p. 100.

- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho²⁰.

Em complementação o legislador infraconstitucional criou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei do SUS), por meio do qual regulamentou as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Mais uma vez a legislação trouxe um conceito ampliativo para a saúde não entendida em um contexto isolado, mas atrelado ao bem – estar.

Pode-se notar no artigo 3º da citada Lei do SUS que a saúde deve levar em consideração algumas condicionantes, como: alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, atividade física, transporte e lazer, que possam garantir o bem estar social físico e mental de todos²¹.

No mesmo sentido o artigo 2º da mencionada Lei nº 8.080/90 elevou-se a saúde como um direito fundamental que deve ser provido pelo Estado através de condições ao seu exercício, de forma a não deixar dúvidas quanto a este **dever** do Estado, malgrado, sobretudo, no zelo pela vida e dignidade da pessoa, bem como no fomento as políticas de prevenção.

Nesse particular, Vidal Serrano Nunes Junior ao comentar a amplitude jurídica do direito a saúde apontou que o direito a saúde abrange duas dimensões: de estar são e permanecer sem doenças. Assim, segundo o autor, cabe ao Estado desenvolver políticas públicas de Saúde, para que se evite a exposição dos indivíduos às situações de doenças. Isso porque, o direito a prevenção é a consequência da efetivação plena do direito à saúde. Portanto, o direito à saúde pode ser considerado amplo e dependente de outros direitos, tal como, direito a habitação e reabilitação, capaz de possibilitar o desenvolvimento do Estado físico e mental dos indivíduos²².

Em suma, ao conceito de mistanásia foram atribuídas inúmeras significações quando pensada seu aspecto jurídico, o Direito aproveitando-se da postulação bioética dedicou-se a atribuir valoração ampliativa a saúde dissertando sobre prevenção, não omissão, e políticas públicas.

No campo jurídico, ainda que não exista menção explícita a temática da mistanásia, percebeu-se que, o direito à saúde e a mistanásia, juridicamente falando, constituem aspectos dicotômicos, de modo que a não salvaguarda do primeiro em seu sentido amplo (prevenção e remediação) constitui a realização da segunda, melhor dizendo: a realização das mortes indignas e prematuras (mortes mistanásicas).

Além disso, o Direito materializado na Constituição Federal colaborou para a imputação de responsabilidade e **dever** jurídico quando descreveu a **obrigação exclusiva do Estado Brasileiro** em propiciar ao cidadão, o direito fundamental à saúde, que consiste, sobretudo, na prevenção à doença. Não hesitou falar em prevenção, e quando da violação, se falou da tutela efetiva para o fornecimento de meios médicos eficazes para que se evitem mortes mistanásicas.

²⁰ BRASIL. 2017, op. cit., p. 59.

²¹ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. DOU. 20.9.1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 27 jul.2021

²² JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A Cidadania Social na Constituição de 1998**. Editora: 2009, p. 21 – 22.

3. Estudo de caso: análise da falta de cilindros de oxigênio no estado do Amazonas

O estudo de caso desenvolveu-se a partir da situação de crise na saúde pública do Brasil que foi agravada pela situação de epidemia do COVID-19. Debruçou-se na problemática da falta de oxigênio em Manaus, cidade Brasileira situada no Estado do Amazonas. Para melhor compreensão do caso, foram selecionadas algumas manchetes noticiárias que veicularam na mídia nacional e internacional “à crise”, bem como, índices socioeconômicos da região estudada e trechos do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da COVID - 19.

A pesquisa utilizou-se do método descritivo²³ para a construção do estudo de caso, preocupando-se em analisar a crise de saúde pública na cidade de Manaus, Estado do Amazonas, a partir da configuração do fenômeno bioético intitulado: “mistanásia”.

Para tanto, escolheu-se como campo de estudo a cidade de Manaus, por sê-la, uma das primeiras capitais do Brasil a registrar casos da doença entre abril e maio de 2020. Não só, a própria repercussão da (falta de cilindros de oxigênio) na mídia e sua notoriedade pelas imagens de pacientes que eram transferidos às pressas a outros hospitais ou que morriam por falta de ar (asfixia), também despertou o anseio para a pesquisa jurídica, acerca das responsabilidades por tantas mortes que poderiam ser evitadas.

Nesse período citado, (entre abril e maio de 2020) houve a chamada “primeira onda” da pandemia, momento em que os sistemas de saúde do Amazonas evidenciaram dificuldades para responder efetivamente ao recrudescimento do número de casos da doença. Por conseguinte, os leitos de UTI alcançaram a quase totalidade de ocupação²⁴ e o sistema funerário entrou em colapso, sendo necessário o sepultamento de vítimas da doença em valas comuns²⁵.

Alguns meses após o primeiro pico da doença, (dezembro de 2020), a Secretaria Estadual de Saúde do Amazonas (SES/AM) registrou na quinta versão do documento “Plano de Contingência Estadual para o Recrudescimento da Infecção Humana pelo SARS-CoV-2 COVID-19”²⁶, dados da Fundação de Vigilância de Saúde (FVS) que demonstravam novo indicador de alta na média móvel de internações desde setembro daquele ano. No mesmo período, demonstrou-se também um aumento significativo da ocupação de leitos de UTI em Manaus, tanto na rede pública quanto na rede privada, chegando-se a números elevados ao final de 2020.

No mais, percebeu-se a configuração do reconhecimento pelo poder público, de uma situação nova que demandava atenção e providências, tendo em vista a publicação do Decreto estadual nº 43.234, de 23/12/2020, (que estabeleceu medidas restritivas no período de festividades e a abertura de novos

²³ GIL, 2002, op. cit., p. 42.

²⁴ G1. Jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/04/23/amazonas-atinge-96percent-de-ocupacao-em-leitosde-uti-da-rede-publica-de-saude-diz-susam.ghtml>. Acesso em 24 out. 2021.

²⁵ G1. Jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/06/17/cemiterio-de-manaus-suspende-enterros-em-valacomum-e-volta-a-usar-covas-individuais-apos-reducao-de-mortes.ghtml>. Acesso em 24 out. 2021.

²⁶ PLANO MANAUS. Plano de contingência estadual para infecção humana pelo novo coronavírus 2019 – Ncov. Disponível em: <https://semsa.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/PLANO-CONTINGENCIA-CORONAVIRUS-PARA-O-AMAZONAS.pdf>. Acesso em 24 out. 2021

leitos de UTI)²⁷. Essa publicação prova que os agentes estatais detinham conhecimento da grave situação epidemiológica no Estado.

Naquele momento, os indicadores apontavam para o aumento exponencial de casos e de óbitos por COVID- 19, além dos riscos que as aglomerações decorrentes das festividades de fim de ano exerciam sobre a taxa de contágio; Reconheceu-se também o “caos” que poderia sobrevir ao sistema hospitalar – seja em termos de infraestrutura ou recursos – que suportasse a alta projeção de casos da doença²⁸. Apesar disso, o Governo estadual revogou o citado Decreto no dia 27 de dezembro de 2020, motivado por diversas manifestações contrárias às medidas de isolamento realizadas na capital Amazonense.

Diante dos fatos, em momento posterior, o Ministério da Saúde enviou uma equipe ao Estado do Amazonas, isso somente no dia 3 de janeiro de 2021, semana que houve nova crescente no número de internações²⁹. Essa equipe tinha apenas o objetivo de avaliar uma situação que já se evidenciava grave, portanto, e em razão da natureza fiscalizatória da equipe, não foram executadas medidas que, de fato, mitigassem ou prevenisse “o colapso” do sistema de saúde local.

Conforme distado no documento “Plano Manaus”:

Decidiu-se, então, pelo envio, a Manaus, de um dos secretários, formado em medicina, para avaliar a situação logo após a virada do ano. Escolheu-se, para a tarefa, a Secretária de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Mayra Pinheiro. Decidiu-se por realizar a viagem apenas após o ano novo, em virtude do início de mandato de gestores municipais e de possíveis trocas de secretariado.

Ademais, diante do conteúdo do intitulado “Plano Manaus” (2021) elaborado em 04 de janeiro de 2021 e após reunião do ministério público com as autoridades estaduais, conclui-se que:

- a) Há possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias, devido à falta de recursos humanos para o funcionamento dos novos leitos;
- b) Há deficiência na resolutividade da atenção primária, por não estarem utilizando as orientações de intervenção precoce para COVID-19, conforme orientações do MS;
- c) Há dificuldades na aquisição de materiais de consumo hospitalar, medicamentos e equipamentos;
- d) Há dificuldades na contratação de profissionais com habilitação para atuação nas UTIs;
- e) Há necessidade de estruturação de leitos de UTI com celeridade para atendimento aos pacientes que já demandam internação, constatada pela alta ocupação dos leitos dos serviços de urgência e emergência (salas rosas e vermelhas) - taxa de ocupação atual de 89,1%; e - estima-se um substancial aumento de casos, o que pode provocar aumento da pressão sobre o sistema, entre o período de 11 a 15 de janeiro, em função

²⁷ DECRETO ESTADUAL nº 43.234, de 23/12/2020. Manaus, quarta-feira, 23 de dezembro de 2020 | Poder Executivo. Disponível em: <https://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Decreto-n.-43.234-de-23-de-dezembro-de-2020.pdf>. Acesso em 24 de out. 2021.

²⁸ SENADO FEDERAL. **Relatório Final da CPI da COVID-19**. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarIWTDXPj/view>. Acesso em 24 de out. 2022, p. 25.

²⁹ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 250.

das festividades de Natal e réveillon³⁰.

Ou seja, já havia previsibilidade da situação caótica existente, desde o início da pandemia, não somente isso, a responsabilidade legal – constitucional pela manutenção das unidades hospitalares de saúde que seria alvo do agravamento e superlotação pela pandemia paira exclusivamente sob os governos que possuem sua administração, portanto, sob o Governo Estadual e Federal.

Diante disso, pode-se concluir neste primeiro momento que o governo federal por meio da comitiva enviada para a observância do avanço da situação de pandemia já possuía antes do colapso no sistema de saúde, ciência da carência de insumos que fosse capaz de estagnar as atividades hospitalares.

Como se não bastasse, houve alerta inclusive de governos exteriores ao governo brasileiro. O Japão, por exemplo, notificou o Brasil no dia 09 de janeiro de 2021, sobre uma nova variante do vírus Sars-CoV-2³¹. Tal nova cepa havia sido identificada pelo Ministério da Saúde do Japão em viajantes oriundos do Brasil.

Nas semanas posteriores, o Estado do Amazonas, mais especificamente, sua capital, Manaus, testemunharam a previsível subida no número de casos, com uma demanda de serviços hospitalares ainda maiores do que a verificada no 1º semestre de 2020. Diante disso, ante a ausência de um monitoramento e de um planejamento acerca do fornecimento de insumos hospitalares, sobretudo o abastecimento de oxigênio medicinal, instalou-se o estopim para a grave crise de saúde e humanitária que estava por vir.

Ao encontro disso, muitos meios de comunicação internacional noticiaram “a crise no Brasil”, dentre eles, um dos primeiros jornais a veicular a notícia foi o “The Gaurdian”, assim predizia a manchete: “Erupção de COVID no maior estado do Brasil deixa trabalhadores da saúde implorando por ajuda”:



(Fonte: The Gaurdian).

Essa manchete destacada no âmbito internacional veiculou somente a notícia do “caos” na saúde pública, materializada nos sofrimentos emocionais e físicos dos profissionais da saúde que se encontravam exaustos em suas atribuições.

³⁰ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 251-252.

³¹ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 252.

No Brasil, a notícia repercutiu de maneira diversa, uma vez que, se discutiu após um curto período de tempo, as consequências e as ações que foram ou não foram tomadas pelo governo do Estado do Amazonas e Governo Federal, no que tange ao combate da pandemia e providência de insumos hospitalares. Assim ressaltou o noticiário:



(Fonte: 15 jan. 2021 - G1 – PORTA DE NOTÍCIAS GLOBO)



(Fonte: 25 jan. 2021 - G1 – PORTA DE NOTÍCIAS GLOBO)

Segundo a primeira notícia do Portal G1 da Rede Globo de televisão (meio de veiculação nacional), o consumo de oxigênio em períodos sem picos de internação era entre 15 e 17 mil litros cúbicos por dia, já nos picos de internação esse valor triplicava podendo chegar a 76,5 metros cúbicos dia, o que superava a capacidade de produção das três principais fornecedoras da região (White Martins, Carbox e Nitron), uma vez que juntas produziam **28,2 mil metros cúbicos diários**, tendo um déficit, portanto, de 48,3 mil litros³².

Por conseguinte, antes que ocorressem as 30 mortes, da forma como preditas na segunda manchete, foram necessárias duas opções: a) transportar pacientes de um hospital para outro que tivesse reservas do referido gás; ou b) transportar mais cilindros de oxigênio para o Estado do Amazonas.

Primeiro se apostou na segunda opção, no entanto, foram detectados outros problemas de ordem logística quanto ao tamanho dos cilindros e a capacidade dos aviões de carga. Não sendo possível essa

³² G1. 15, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/15/crise-do-oxigenio-no-amazonas-entenda-o-quanto-falta-e-as-acoes-para-repor-o-insumo.ghtml>. Acesso em 28 abr. 2021.

opção, muitos pacientes morreram, outros tiveram que ser transportados para cidades ou Estados vizinhos.

A segunda notícia, já citada, também do portal G1, elucidou as consequências, tanto da falta de oxigênio, quanto das omissões por parte do Governo Estadual e Federal. A primeira, porém, consubstanciou-se na configuração explícita da mistanásia, vez que, a partir da falta de oxigênio, em consideração a peculiaridade do vírus, de ataque ao sistema respiratório, culminou-se as chamadas: “mortes coletivas”, que com base na notícia supracitada totalizaram aproximadamente 30 mortes (óbitos)³³.

Nota-se que, ambas as notícias foram categóricas ao afirmar que a situação era evitável, já que uma vez constatados os picos da doença deveria o Governo (Federal e Estadual) ter previsto “o caos”, mais do que isso, deveria haver um plano subsidiário de infraestrutura para a saúde em razão do **dever incutido ao Estado** de prover saúde por meio de políticas sociais e econômicas, materializadas no atendimento integral, assistencial e preventivo, conforme preceituam os artigos: 196; 197; e 198 da Constituição Federal³⁴.

Em razão do recrudescimento da pandemia, os insumos hospitalares foram usados em maiores proporções, porém, por ser a doença de natureza respiratória, utilizou-se em maior escala os cilindros de oxigênio. Segundo o relatório final da CPI da COVID-19, os médicos contaram a morte por asfixia de grande número de pacientes. Dentre os depoimentos do relatório que apontam para a falta de cilindros de oxigênio, vale ressaltar a comunicação nº TG AMR 19/2021.03, de 16 de janeiro de 2021 que foi realizada pela diretora executiva da Anistia Internacional ao Ministro da Saúde da época, Eduardo Pazuello:

Não há leitos, não há ambulâncias e não há oxigênio em diversos hospitais e unidades de saúde de Manaus e também alguns do interior do Estado do Amazonas. Segundo dados coletados pelo Consórcio de imprensa que reúne diversos veículos de comunicação do Brasil, a média móvel de óbitos pela covid-19 no Estado do Amazonas aumento em 187% nos 14 primeiros dias desse ano de 2021. Esse percentual do Amazonas é mais que quatro vezes maior que a média móvel de mortes no Brasil todo que é de 42%, também de 1º a 14 de janeiro³⁵.

Em momento posterior insurgiu o Relatório técnico parcial de vigilância de óbitos por hipóxia em pacientes com COVID-19, que foi elaborado pela Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas (FVS/AM). Na ocasião, narrou-se a falta de insumos em geral (medicamentos, leitos, e etc.), e a falta de cilindros de Oxigênio nos dias 14 e 15 de janeiro de 2021. Desse modo, o citado relatório concluiu:

³³ G1. 25, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml>. Acesso em 28 abr. 2021.

³⁴ Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, **cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle**, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

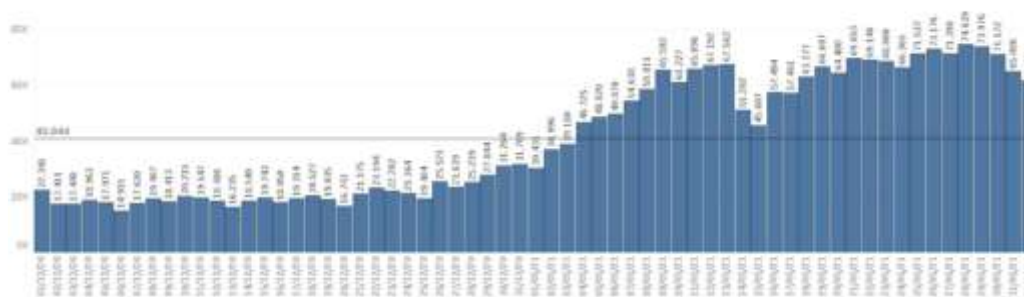
Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...).

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (BRASIL, 2017, p. 11; 61 op. cit.).

³⁵ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 253.

Após análise parcial de 184 prontuários e livros de ocorrência de serviço, foi possível identificar registro em déficit crítico ou falta de oxigênio na rede de gases medicinais em evoluções médicas e de enfermagem de 34 pacientes. Cabe ressaltar que a associação do registro da falta de oxigênio com o desfecho clínico dos casos (óbito) deve ser investigada com maior detalhamento observando-se processos assistenciais e prescrições, além de discussão com equipes responsáveis pela assistência aos pacientes, com metodologia de análise de causa-raiz, uma vez que a assistência clínica é complexa e multifacetada³⁶.

Ao encontro dessas informações, a empresa White Martins, (principal fornecedora do gás oxigênio à época) apontou que, a partir de 26 de dezembro de 2020, passou-se a verificar um consumo diário no Estado superior à capacidade produtiva nominal da planta da empresa em Manaus, conforme disposto no gráfico:



(Fonte: Relatório da CPI da COVID 19 – Senado Federal, 2021).

Percebe-se que, os dados apontam para uma possível falta do referido gás, ainda que considerado a existência de estoques da empresa no Amazonas, era notório que ao final de 2020 o cenário epidemiológico demandaria atenção dobrada dos gestores públicos estaduais e federais acerca de um possível desabastecimento do insumo naquela localidade.

No mais, o relatório da CPI da COVID-19 trouxe dois outros pontos cruciais que foram discutidos em reunião no Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública (COE-COVID-19) de 18 de maio de 2020. Primeiramente, observou-se que já havia um mapeamento da necessidade de abastecimento de oxigênio em Municípios amazonenses e constatou-se:

Possibilidade de TED para aquisições das usinas de oxigênio de São Gabriel e Tabatinga, com custo aproximado de R\$ 561.436,22 cada usina via SESAI; (...). Aporte para SUSAN na compra de cilindros de oxigênio devido à alta demanda, desta forma não dependeria de avião evitando alto custo deste transporte para cilindros, o custo por cilindro seria uma média de R\$ 2.650,00, via SAES.

Posteriormente, o segundo relatório da CPI-COVID também trouxe a resposta da empresa White Martins no processo nº 1000577-61.2021.4.01.3200. Nessa resposta, a empresa ressaltou a obrigação do Estado e dos seus gestores públicos em coordenar, monitorar e estimar a oferta e a demanda de insumos médicos nas unidades hospitalares. Em suas palavras:

As questões relativas à demanda e a necessidade dos hospitais do Estado do Amazonas não podem ser respondidas pela WHITE MARTINS, que atua como fornecedora do Estado e de hospitais privados, mas não exerce qualquer atividade médica, na área de

³⁶ SENADO FEDERAL, 2021, op. cit., p. 256.

epidemiologia ou de políticas públicas relativas à saúde pública, e tampouco tem ciência da capacidade de produção de seus concorrentes.

Na tentativa de driblar as mortes mistanásicas e possibilitar melhores condições para se evitar situações emergenciais de saúde pública, o governo federal sancionou a lei 13.979/20 que trouxe diversas medidas para o enfrentamento da pandemia, dentre elas vale citar, algumas aquelas dispostas no Art. 3º da citada lei: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; **e) tratamentos médicos específicos.**

Com tudo, ante a configuração da situação da falta de cilindros oxigênio líquido, percebeu-se, **o não cumprimento da alínea (e) da citada lei 13.979/20**, pois os pacientes em seus quadros clínicos necessitavam desse tratamento especial, para a manutenção da sua saúde, o que não ocorreu.

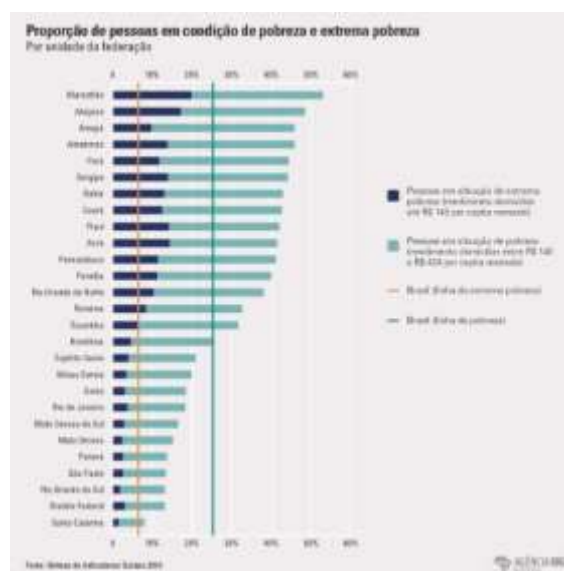
Diante do exposto, se verificou uma conduta omissiva por parte dos gestores estaduais, além disso, se deve considerar que o governo federal não adotou previamente, mecanismos de controle do consumo de oxigênio pelo país, apesar de o produto ser essencial na terapia de pacientes infectados pelo COVID-19.

Tudo isso se verificou em desacordo com a previsão do artigo 16º da lei 8.080/90 que assevera a direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) a responsabilidade para: “XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, (em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal)”³⁷.

No entanto, o que se verificou com o estudo de caso foi exatamente o contrário, isso porque, mesmo diante do recrudescimento da pandemia materializado na citada comunicação nº TG AMR 19/2021.03, que apontou a ausência de leitos, ambulância e insumos hospitalares, bem como, diante do relatório técnico parcial de vigilância do Estado do Amazonas que apontou para o déficit crítico ou falta de oxigênio na rede de gases medicinais, o Estado permaneceu-se inerte, não no sentido de não fazer, ele fez, por exemplo, (ao enviar uma equipe de sanitaristas a Manaus), porém, sua conduta foi meramente reativa, sem estratégias capazes de reverter ou amenizar a situação.

Ademais, a pandemia da realidade local de Manaus-AM, deve ser entendida em seu contexto de inserção social, (não querendo estabelecer uma relação de causa e consequência), mas vale dizer que o ocorrido se realizou em uma das regiões mais pobres e de grande número de vulneráveis do Brasil. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE (2019), 47,4% da população amazonense estavam abaixo da linha de pobreza em 2019, isso significa dizer que de um total de 4,1 milhões de pessoas, 1,9 milhões vive nessa condição, conforme demonstrado no gráfico abaixo:

³⁷ BRASIL, Lei nº 8.080/90, op. cit.



(Fonte: IBGE- Síntese de Indicadores sociais 2019)

Esse indicador socioeconômico, particularmente demonstra uma característica peculiar da mistanásia nos países em desenvolvimento localizados na América Latina (como é o caso do Brasil), cito à pobreza, pois as mortes mistanásicas são em sua maioria acompanhadas pela omissão, ou melhor, dizendo, pela pobreza e omissão, consideradas facilitadoras para a ocorrência de mortes e doenças.

Nas palavras de Leonardo Martin:

De modo geral, na América Latina a forma mais comum de mistanásia é a omissão de socorro estrutural que atinge milhões de doentes durante sua vida inteira, e não apenas nas fases avançadas e terminais das suas enfermidades. Fatores geográficos, sociais, políticos e econômicos se juntam para espalhar pelo nosso continente a morte miserável e precoce [...]. A fome, condições de moradia precária, falta de água limpa, desemprego ou condições de trabalho massacrantes, todos contribuem com sua parcela para espalhar a falta de saúde e uma cultura excludente e mortífera. É precisamente a complexidade das causas dessa situação que gera na sociedade certo sentimento de impotência propício da mentalidade “se salva quem puder”³⁸.

Em suma, a situação em apreço contribuiu para a atribuição de responsabilidade jurídica ao Estado ante a configuração da mistanásia, notória em três elementos significativos, são eles: I) **Mortes coletivas** (30 mortes); II) **Evitáveis**: se o Governo tivesse cumprido as exigências preventivas do artigo 3º, inciso III, alínea (e) da lei 13.979/20, promulgada dois meses antes do colapso ou atendido as exigências do plano Manaus e do relatório técnico parcial de vigilância, as mortes não teriam ocorrido; e III) **Precoces**: pacientes faleceram, não em virtude de uma doença hereditária, ou degenerativa, mas por uma virose, que até o presente momento carecia de vacina, no entanto, poderia evitar-se as mortes com as medidas de profilaxia.

³⁸ MARTIN, Leonardo. **Eutanásia – Distanásia – Ortotanásia**. Dicionário Interdisciplinar da Pastoral da Saúde. São Paulo: Paulus 2000, p. 472.

Mais do que isso, o estudo de caso demonstrou a caracterização de uma peculiaridade da mistanásia no Brasil, (uma vez que as mortes não constituíram um problema isolado, ou restrito a uma única causa e consequência), elas veicularam outros problemas como a pobreza, a falta de saneamento e infraestrutura, próprios da região norte do Brasil.

4. Responsabilidade do Estado frente aos tipos de mistanásia

Com a ocorrência da mistanásia insurge à responsabilidade pelo dano (mortes mistanásicas) justificado na latente violação ao direito à vida e a saúde dos pacientes. Isso porque, a mistanásia consiste na realização de uma conduta omissiva, pautada na evitabilidade. Para melhor entender o instituto da responsabilidade, faz-se necessário à conceituação de Estado, bem como a compreensão dos tipos de mistanásia e procedimentos para a fiscalização e tutela do interesse público coletivo.

No mais, a punibilidade do Estado necessariamente deve ser pensada a partir dos tipos de mistanásia presentes na literatura. Para Cleberson Cardoso de Oliveira a mistanásia classifica-a em cinco grupos: mistanásia ativa; mistanásia passiva ou omissiva; mistanásia negligente; mistanásia imprudente e a mistanásia por imperícia ³⁹.

A primeira, “mistanásia ativa” consiste na forma mais incomum de falar em mistanásia, pois nessa o indivíduo é submetido a experiências como se fosse uma cobaia, a título de exemplo, vale citar os holocaustos, a retirada de órgãos para o mercado negro de transplantes, bem como o aceleramento da morte de idosos ou doentes, por grupos, que no Brasil e Reino Unido ficaram conhecidos como “anjos da morte” ⁴⁰.

Já a segunda, “mistanásia omissiva”, não consiste em uma ação, mas em um processo materializado na antecipação da morte, na maioria das vezes ocasionada pela imprudência, negligência ou imperícia no atendimento médico. Em outras palavras, esse tipo de mistanásia deve ser entendido como uma inacessibilidade do indivíduo ao tratamento necessário para a preservação de sua saúde. Ainda nessa classificação, vale citar as pessoas com deficiência ou doentes em condições de carência pela exclusão econômica, política ou social ⁴¹.

A terceira situação, a intitulada “mistanásia negligente” se perfaz com a omissão de socorro por parte do médico que se recusa a atender o paciente, também se elucida naquelas circunstâncias em que o enfermeiro que possuía o dever de verificar os medicamentos das bombas de infusão, não o faz, possibilitando o agravamento da situação clínica do paciente, e, por conseguinte sua morte ⁴².

Em penúltimo lugar, se classifica a “mistanásia imprudente”, que pode ser entendida como um julgamento subjetivo do médico. Diante de uma situação clínica, que ele julga pouco reversível, resolve não aplicar tratamento paliativo necessário para a atenuação dos sofrimentos da fase terminativa de vida. Nessa situação, a culpa do médico (agente) pode ser considerada omissiva, pois o médico age com irreflexões, sem a cautela necessária que justifique a não aplicação do referido tratamento paliativo ⁴³.

³⁹ OLIVEIRA. 2020, op. cit.

⁴⁰ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 88.

⁴¹ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 89.

⁴² OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 90.

⁴³ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 91.

Por último, a “mistanásia por imperícia”, (fruto da inaptidão técnica dos agentes médicos), que estagnaram na profissão sem buscar novos conhecimentos técnicos – científicos ou que simplesmente não aprenderam determinada matéria. Para essa espécie, a título de exemplo, podem-se citar os indivíduos vítimas de procedimentos médicos que não deram certo, como as condições desumanas pelo qual são submetidos os indivíduos em clínicas, asilos e casa de repouso ⁴⁴.

Enfim, para esta pesquisa interessa falar-se da espécie “mistanásia omissiva”, por ser mais comum quando se fala em responsabilidade penal do Estado.

4.1 Da responsabilidade estatal

A responsabilidade do Estado (pessoa jurídica de direito público) em matéria de violação ao direito à saúde encontra-se positivada na Constituição Federal no artigo 196. Resguarda-se a saúde para todos, sem qualquer distinção e observa-se o dever garantidor inerente ao Estado. Na primeira parte do artigo 196, restou enfatizado: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, já a segunda enfocou-se na promoção das políticas sociais e econômicas como garantia para a efetivação desse direito.

Mas afinal, como a doutrina define responsabilidade? Aproveitando-se da construção embrionário conceitual do Direito Civil, a responsabilidade esta relacionada à ideia de não causar prejuízos aos outros, razão que implica ante a sua configuração a reparação dos danos.

Em outras palavras:

A responsabilidade é o modo de exteriorização da própria justiça, é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar o outro. O conteúdo vislumbra que a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social. O seu conceito é o dever de reparar um dano causado por ação ou omissão, de sujeito de direito público ou privado, contrário à norma subjetiva⁴⁵.

Em comento à (as) ordem (ns) positivada (s) nas normas que versam sobre os direitos sociais José Afonso da Silva apontou para a necessidade de efetivação desses direitos, dentre eles o direito à saúde (considerado um direito social pelo artigo 6º da Constituição Federal), para tanto, propôs:

[...] prestações positivas proporcionais pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade ⁴⁶.

Observa-se que, o doutrinador no excerto acima apontou tão somente para as “prestações positivas”, no entanto, como se sabe, a doutrina majoritária disserta sobre a dupla natureza dos direitos sociais. Nessa esteira, Pedro Lenza preceituou:

⁴⁴ OLIVEIRA. 2020, op. cit., p. 91.

⁴⁵ ACERVO SABER. **Responsabilidade civil.** Disponível em: http://www.acervosaber.com.br/trabalhos/direito/responsabilidade_civi.php. Acesso em 21 jun. 2021.

⁴⁶ SILVA. José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285-286.

[...] no tocante ao direito à saúde [enquanto direito social] no texto de 1988, os direitos sociais assumem duas naturezas: a) negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) positiva: fomenta-se um Estado protecionista para implantar o direito social⁴⁷.

Desse modo, a luz do texto constitucional constitui **dever do Estado** garantir a efetividade do direito a saúde, pois essa foi à vontade do legislador, e, portanto se o Estado não exerce com maestria tal prestação, ele não cumpre o seu **dever** institucionalizado ferindo o direito da coletividade. Por esta razão, o legislador quis que o Estado respondesse pelos danos ocasionados ante a insuficiente prestação de recursos à saúde de todos. Se não fosse essa a vontade do constituinte originário, os entes da federação não deveriam ser citados categoricamente no artigo 23, inciso II da Constituição Federal como responsáveis comuns em matéria de saúde, assim reza o artigo:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - **cuidar da saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência⁴⁸.

No mesmo sentido, prevê o artigo 24 da Constituição Federal:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, **proteção e defesa da saúde**⁴⁹.

Nessa toada, o legislador reservou um capítulo da Magna Carta para tratar questões atinentes ao Direito à saúde, em especial nos artigos de 196 ao artigo 200. Ambos são unânimes quanto à imposição do **dever do Estado** para o fornecimento da saúde enquanto (direito e pressuposto que garante a dignidade humana).

Como se não bastasse à previsão do artigo 196, quanto à imposição do dever do Estado no que tange ao provimento da saúde, o já citado artigo 197 da Constituição Federal vai além, pois se fala da relevância quanto às ações e serviços de saúde e diz que cabe ao Poder Público regular, fiscalizar e controlar tais ações e serviços. E quanto a essas ações e serviços públicos de saúde, dissertou o artigo 198 da Carta Magna sobre “descentralização” do sistema de saúde brasileiro.

Isso, porém, não significa possibilidade para a irresponsabilidade, pelo contrário, embora cada Estado federado seja responsável dentro dos seus limites territoriais e dada a autonomia de cada qual. Quando o legislador elenca a descentralização sua intenção não foi livrar os entes federados de algumas responsabilidades, mas foi, reconhecer a autonomia dos Estados, bem como ao término dos limites territoriais à própria solidariedade existente entre eles, quando se tratar de matéria atinente à violação do direito à saúde.

Para complementar esse argumento, o legislador no artigo subsequente, dispôs: “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”⁵⁰, ou seja, pode a iniciativa privada atuar como assistente, mas isso não quer dizer sê-la responsável pelo provimento primeiro do direito à saúde, já que a assistência, não é sinônima de “dever”, cabendo esse último exclusivamente ao Estado.

⁴⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19º Ed. São Paulo: Saraiva 2015, p. 1281.

⁴⁸ BRASIL. 2017, op. cit., p. 16.

⁴⁹ BRASIL. 2017, op. cit., p. 17.

⁵⁰ BRASIL. 2017, op. cit., p. 62.

No artigo 2 da Lei 8.088/90 preceituou-se que a saúde é um direito fundamental do ser humano e que deve o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. E, predispueram-se formulações em seu parágrafo 1º para a realização do dever do Estado, pautando-se principalmente na prevenção que evita doenças e mortes mistanásicas ⁵¹.

Dentre os objetivos e atribuições do Sistema Único de Saúde, estão conforme os incisos I, II e III do Art. 5º da lei 8.080/90: a divulgação e identificação de condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de políticas de saúde; e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde ⁵². Assim, a referida lei vai ao encontro do que dispõe a Constituição Federal de modo a enfatizar a responsabilidade do Estado, inovou, porém, quando citou diretrizes para a efetivação do direito à saúde.

Nesse sentido, a Constituição Federal colaborou para a definição do sujeito ativo, mas do que isso, “o Estado” foi entendido no sentido “*latu sensu*” englobando o Distrito Federal, os Municípios e a União. Com isso, enalteceu-se a **responsabilidade solidária** entre todos os entes públicos, podendo qualquer destes ser pleiteados em demandas judiciais para a prestação de serviços de saúde ou pelas violações ao direito à saúde.

Essa questão repercutiu inclusive no Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário nº 855178. Na ocasião, a Suprema Corte firmou a tese em repercussão geral optando pela responsabilidade solidária, da forma como ilustrado na ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. **É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados.** O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos⁵³.

Em outras palavras o Estado tem o dever de assegurar efetividade ao direito à saúde independente da divisão de tarefas entre os entes governamentais e a organização do Sistema único de Saúde, uma vez que essa divisão meramente doutrinária, não pode, ante uma situação concreta, obstaculizar o direito do indivíduo à percepção de medicamentos ou tratamento médico específico.

⁵¹ BRASIL, **Lei nº 8.080/90**, op. cit.

⁵² BRASIL, **Lei nº 8.080/90**, op. cit.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178**. Des. Relator: Min. Luiz Fuz. Tribunal pleno. Data do Julgamento 23/05/2019. Dje: 16/04/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em 14 jul. 2021.

Como já foi destacado nos parágrafos anteriores, constitui dever do Estado garantir saúde para que este direito não seja violado, qualquer atitude por parte do Estado que obstaculize o seu cumprimento ou possibilite a existência de falhas à prestação dos serviços de saúde, e, que por sua vez venham causar dano aos pacientes gera o dever de indenizar, pois a administração pública tinha o dever de prestar um serviço de qualidade, isso na esfera civil.

Pode-se afirmar, portanto, que na situação problema dessa pesquisa que houve omissão pelo Estado do Amazonas (governo federal e estadual), haja vista que a falta de oxigênio na cidade de Manaus era uma situação evitável, perante o **dever do Estado** de fornecer insumos suficientes para a manutenção da saúde. Desse modo, essas mortes poderiam ser evitadas se houvesse um planejamento estratégico da secretaria de saúde do Estado do Amazonas em parceria com o governo federal para o fornecimento de cilindros de oxigênio medicinal em número suficiente para atender a demanda.

No todo, conclui-se que: figuram culpados como “sujeitos ativos”, o município de Manaus, o Estado do Amazonas e a União, pois ambos, como demonstrado, possuem o **dever** comum de prover o direito à saúde. Todos e cada um dos entes da federação têm legitimidade para figurarem na qualidade de sujeitos ativos como causadores do dano (mortes mistanásicas), ou, eventualmente, ante a uma demanda judicial de determinado cidadão, violado no seu exercício do direito à saúde, figurar no polo passivo como demandado judicial.

4.2 Da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas de direito público pela configuração da mistanásia.

Com a configuração de um crime é comum veicular na mídia protestos clamando por justiça e pedidos por responsabilizações para que se possa punir o agressor. No entanto, o sujeito ativo de que estamos tratando é uma pessoa jurídica de direito público. Por esta razão, questões ainda mais reflexivas evidenciam-se, principalmente no que tange às sanções, dada a impossibilidade de aplicação das penas privativas de liberdade ou restritivas de direito a essas pessoas jurídicas.

Entretando, estes questionamentos não impediram a configuração da responsabilidade jurídica por danos em gerais. Tanto é verdade, que a responsabilidade pode ser penal ou civil. “A primeira, objeto desse estudo, é prevista, como inovação em nosso ordenamento jurídico na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trata dos crimes ambientais”⁵⁴.

Sobre o tema da responsabilidade e com fulcro em uma abordagem arcaica, porém ampla, Kelsen disserta:

[...] apesar de nenhum delito, no sentido do Direito nacional, poder ser imputado ao Estado, o Estado pode, contudo, ser obrigado a reparar o dano que consiste no não cumprimento de sua obrigação. Isso significa que um órgão do Estado é obrigado a anular o ato antijurídico cometido por um indivíduo que, como órgão do Estado, era obrigado a cumprir a obrigação do Estado, mas não o fez, a punir esse indivíduo e a reparar com o patrimônio do Estado o dano antijuridicamente causado⁵⁵.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, grifo nosso p. 268.

⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 200.

Veja que, mesmo diante das barreiras impostas pela própria legislação em matéria de punibilidade do Estado, Kelsen reafirma a necessidade de reparo (indenização) pelo Estado caso se configurem violações. Tudo isso, sem driblar a legislação vigente, pois não é a impossibilidade de aplicar uma pena de prisão (privativa de liberdade) ao Estado que vai conferir-lhe “status” de inimputável. Pelo contrário, sobretudo, em razão do dever de prestar saúde, malgrado na Constituição Federal, é que o Estado deve ser punido.

Com fulcro na possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, o artigo 173, parágrafo 5 da Magna Carta ao tratar da exploração direta da atividade econômica pelo Estado versa sobre a punição criminal da pessoa jurídica (de direito público ou privado), como dissertou a doutrina dos constitucionalistas, a exemplo de Gandra Martins, José Afonso da Silva e Ribeiro Bastos⁵⁶.

Dispõe o citado artigo:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular⁵⁷.

No mesmo sentido, o artigo 225 parágrafo § 3º da Constituição Federal, em matéria de meio ambiente fornece indícios para a possibilidade de punição criminal do Estado ao positivar que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados⁵⁸.

Nelson Roberto Bugalho ao analisar os aspectos do referido artigo 225 comentou que os preceitos constitucionais positivados neste artigo, servem para alargar a incidência do direito penal como forma de elevar essa seara à proteção dos direitos coletivos, cuja tutela deve ser imposta na busca de uma justiça mais autêntica que atenda às exigências da justiça material⁵⁹.

Em complementação à reflexão atinente a punição criminal do Estado em matéria de meio ambiente, insurgiu no ano de 1998 a Lei nº 9.605 que versa sobre crimes ambientais⁶⁰. Com uma inovação, a citada lei previu expressamente a responsabilidade penal dos entes morais, o que se observa

⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf Acesso em 21/07/2021.

⁵⁷ BRASIL. 2017, op. cit., p. 57.

⁵⁸ BRASIL. 2017, op. cit., p. 68.

⁵⁹ BUGALHO, Nelson Roberto. Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p. 286-314, jan. 2007.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União. 13.2.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 27, jul. 2021.

no artigo 3: “As pessoas jurídicas serão responsabilizada administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei”.

Ademais, (antes de tratar das sanções penais para a pessoa jurídica de direito público), vale fazer duas ponderações referentes ao conteúdo dos artigos supracitados: primeiramente, a Constituição Federal quando disserta a respeito da possibilidade de punição penal da Pessoa Jurídica de Direito Público, faz em situações restritivas às esferas do meio ambiente. E, secundamente, a Lei 9.605/98 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), também o faz nos termos restritivos ao meio ambiente.

Diante dessas informações, pergunta-se: por qual razão se aplica uma interpretação ampliativa desses dispositivos para a formação do conteúdo jurídico em matéria de responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, já que a mistanásia é uma questão ligada ao direito à saúde? Para responder a essa pergunta é importante estabelecer relação entre o direito à saúde e o meio ambiente.

A Lei orgânica da saúde nº 8.080/90 estabeleceu expressamente em seu art. 3º a relação entre saúde e meio ambiente, sendo que este último é fator determinante para a saúde. Do mesmo modo, a Constituição Federal dispõe sobre a saúde e o meio ambiente no mesmo Título VIII, da ordem social, determinando em seus artigos 196 e 225 (que ambos são direitos de todos e dever do Estado), mutuamente organizados um como condição do outro.

Ao determinar que o meio ambiente seja ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal)⁶¹ para a sadia qualidade de vida, a Constituição Brasileira enfatizou as proximidades jurídicas e de dependência existente entre o meio ambiente e o direito à saúde. Esse vínculo existente entre a saúde e meio ambiente encontra-se ainda mais explícito na Magna Carta de 1988 em outros artigos.

No Capítulo VI do Título VIII, por exemplo, ou a referência ao meio ambiente do trabalho feita na Seção II do Capítulo II desse Título, que versa sobre saúde, preceituando em seu artigo 200, inciso VIII que: “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”⁶².

Destarte, ficou caracterizada no artigo 200, inciso VIII, a atribuição de colaboração da saúde para a proteção do meio ambiente. Estreitou-se a relação entre ambos os direitos, de modo que a defesa, proteção e preservação do meio ambiente pela coletividade e pelas instituições prestadoras de serviços de saúde, significam retornos benéficos à vida e saúde de todos. Por esta razão, aplicar dispositivo referente ao meio ambiente em matéria de responsabilização criminal e violação ao direito à saúde significa em outras palavras atender a pretensão do legislador que os tratou em correlação.

Dito isso, a Lei 9.605/98 cuidou-se em apresentar espécies de sanções penais para a pessoa jurídica, muito embora, sem dissertar ou diferenciar a natureza da pessoa jurídica de que trata sê pública ou privada. Isso, porém, não obstaculizou a atividade do interprete do direito, que pode entender pelo comando geral da norma e trata-las de forma isonômica, já que a lei não impõe barreiras à interpretação ampliativa. Aliás, em se tratando de matéria penal as exceções devem ser previstas em lei com fulcro no princípio da legalidade.

⁶¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL. 2017, op. cit., p. 68).

⁶² BRASIL. 2017, op. cit., p. 62.

Do mesmo modo, dissertou Paulo Affonso Leme, em comentário a referida lei nº 9605/98 sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público:

A administração pública direta como a Administração indireta pode ser responsabilizada penalmente. A lei brasileira não colocou nenhuma exceção. Assim, a União, os Estados e os Municípios, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as agências e as fundações de Direito Público, poderão ser incriminados penalmente. (MACHADO, 2014, p. 838).

Por estas razões, as sanções do artigo 21 da referida Lei⁶³ podem ser perfeitamente aplicadas à pessoa jurídica de direito público. É claro que, nem todas as sanções descritas no artigo 21 poderão ser aplicadas ao Estado, tendo em vista a sua natureza de pessoa jurídica de direito público. Entretanto, nada impede a aplicação da multa enquanto pena e ressalvadas ainda, as possibilidades de indenização civil por parte dos entes públicos aos familiares das vítimas que sofreram mistanásia.

De acordo com Alaim Stefanello para as pessoas jurídicas de direito público,

[...] não haveria como aplicar uma suspensão parcial ou total de atividades para a União ou para um município, por exemplo. Porém, ao mesmo tempo, negar que se possa aplicar uma pena de multa ou de recuperação de espaços públicos é recusar o que já está ocorrendo diariamente nas condenações cíveis aplicadas pelo Judiciário. A alegação de que a multa geraria um mero remanejamento de créditos orçamentários – não se constituindo numa pena propriamente dita – também não prospera: ao remanejar estes recursos, o juiz estará decidindo em favor da reparação do dano ambiental, dando outro destino ao dinheiro do contribuinte. Logo, filiamo-nos à corrente de opinião que as pessoas jurídicas de direito público podem ser responsabilizadas penalmente, competindo ao Poder Judiciário, dentro do princípio da tripartição dos poderes e do princípio da proporcionalidade, analisar qual penalidade melhor se adequará ao caso concreto, para proteger o direito das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado⁶⁴.

Por todo o exposto, “o Estado” (União, Estados e Distrito Federal) pode ser responsabilizado criminalmente nos moldes da Constituição Federal, bem como da Lei nº 9605/98 na qualidade de pessoa jurídica de direito público pelas mortes mistanásicas, uma vez que a saúde violada constitui um direito público, subjetivo, fundamental, social e inerente à dignidade humana, razão que torna passível a sua exigência, ainda que ausente regulamentação específica em lei infraconstitucional, pois como já foi dito, a saúde é em primeiro lugar dever do Estado, devendo esse ser responsabilizado por não garantir o pleno exercício do direito à saúde, em razão do referido dever constitucional.

5. Considerações finais

Com o estudo de caso da falta de cilindros de oxigênio na capital Amazonense pode-se verificar a configuração dos elementos que significam o termo “mistanásia”, são eles: miserabilidade, infelicidade, precocidade e evitabilidade, pois, restou demonstrado que:

⁶³ BRASIL. LEI 9605/98, op, cit.

⁶⁴ STEFANELLO, Alaim Giovani Fontes. Reflexões acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 19-29, dez. 2010.

I) A região norte do Brasil segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) integra uma população economicamente pobre e de usuárias do Sistema Único de Saúde (SUS);

II) Aproximadamente 30 (trinta pessoas) morreram precocemente em circunstâncias que poderiam ser evitadas caso o governo federal e estadual tivesse atendido às estratégias do Plano Manaus e dos relatórios que apontavam para o colapso na saúde e provável falta do insumo (oxigênio medicinal);

III) Com a inação dos agentes públicos: Presidente, Governador do Estado e Ministros da saúde a pandemia assumiu consequências maiores.

Diante desta situação, discutiu-se a responsabilidade criminal do Estado (pessoa jurídica de Direito Público) para, então, definir o sujeito ativo que deverá ser responsabilizado pelas mortes coletivas, precoces e evitáveis. Essa responsabilidade por omissão é em outras palavras a responsabilidade por comportamento ilícito, de modo a suplantar subjetividade que consiste na configuração das modalidades: negligência, imperícia ou imprudência. Embora o Estado não seja uma pessoa individualizada, existe uma culpa em razão do dever constitucional não executado, e que, portanto, deve ser punido.

Percebeu-se de antemão que não há um enquadramento típico para a mistanásia, da mesma forma que não existe para a eutanásia, no entanto, verificou-se um dever positivado no artigo 196 da Magna Carta que supre as necessidades de um tipo penal específico, refiro-me ao dever de prestar, fornecer e garantir efetividade a saúde.

Quanto à responsabilização das pessoas jurídicas de direito público concluiu-se pela possibilidade de responsabilização criminal do Estado, tendo em vista que a saúde constitui um direito público, subjetivo, social e fundamental, ligada diretamente a outros dois outros direitos: dignidade e vida. Essa foi a vontade do legislador ao positivar no artigo 23, inciso II da Constituição a competência comum, isto é, não individual, dos entes da federação no “cuidado da saúde”, de modo que todos os entes devem prestar condições à efetivação do direito à saúde.

Como se não bastasse afirmar: “o Estado deve ser responsabilizado criminalmente pelas mortes mistanásicas ocorridas em Manaus, em razão do dever constitucional de garantir a saúde e prevenir violações”, o legislador em outros artigos ensejou possibilidades para a punição criminal da pessoa jurídica de direito público.

É o que se vê na redação do artigo 173, parágrafo 5 da Constituição Federal que admitiu a responsabilização da pessoa jurídica, no que tange aos atos contra a ordem econômica e financeira, e contra a economia popular. Da mesma forma, o artigo 225, parágrafo 3º da referida Constituição que preceituou em matéria de meio ambiente, (sanções penais) aos infratores sejam pessoas físicas ou jurídicas.

No tocante as espécies de penas aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, parte da doutrina aproveita-se daquelas previstas na Lei 9.605/98 (que versa sobre sanções penais e administrativas em matéria de meio ambiente), pois como se verificou, existe um vínculo entre o meio ambiente e o Direito à saúde. Por pretensão do legislador, ambos são tratados no capítulo VI do Título VIII e no art. 200, inciso VIII como condição um do outro. Por esta razão, aplica-se o dispositivo referente ao meio ambiente em matéria de responsabilidade criminal e violação ao direito à saúde como resposta à vontade do legislador.

Além disso, a lei 9.605/98 de característica penal-administrativa não trouxe distinções, nem elencou exceções quanto às naturezas das pessoas jurídicas, admitindo interpretação ampliada. É claro que, não são todas as penas aplicáveis, pois com base no artigo 21 da citada lei, as punições consistem em: multa; restritiva de direitos; e prestação de serviços à comunidade.

Destarte, “o Estado”, em sentido lato sensu, englobando os demais entes federados, deve ser considerado, sujeito ativo, podendo responder pela omissão relevante do artigo 13 do Código Penal, haja vista o *dever* positivado no artigo 196 da Constituição Federal e culpa anônima, aqui já salientada, bem como, a vontade explícita do legislador que coloca ao Estado o “status” de garantidor. Ao Estado, portanto, ante a configuração das 30 (trinta) mortes, ocorridas em situação que poderia ser evitada, devem culminar pena, não todas, (dada à característica inerente de pessoa jurídica de direito público), mas tão somente: a pena de multa.

Referências bibliográficas

ACERVO SABER. **Responsabilidade civil**. Disponível em:

http://www.acervosaber.com.br/trabalhos/direito/responsabilidade_civil.php. Acesso em 21 jun. 2021.

ANJOS, Márcio Fabri. **Eutanásia em chave de libertação**. Boletim do Instituto São Camilo nº 57. 1989.

BARBOZA; LEAL; ALMEIDA. **Biodireito tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2021.

BARROS. Edmilson de Almeida Júnior. **Código de Ética Médica comentado e interpretado**. Resolução CFM 2217/2018. São Paulo: CIA do e-book. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2017.

BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 13.2.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 27, jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**. 07.02.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 20, set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178**. Des. Relator: Min. Luiz Fuz. Tribunal pleno. Data do Julgamento 23/05/2019. Diário de justiça eletrônico: 16/04/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em 14, jul. 2021.

BUGALHO, Nelson Roberto. Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente. **Revista dos Tribunais: Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p. 286-314, jan. 2007.

CHIAVACCI, Elena. **A raiz profunda da miséria e da morte prematura de grande parte da família humana está ligada a estruturas financeiras e produtivas planetárias**. Ed. Non uccidere' in economia. 2004, p. 539-541.

DECRETO ESTADUAL nº 43.234, de 23/12/2020. Manaus, quarta-feira, 23 de dezembro de 2020 | Poder Executivo. Disponível em: <https://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Decreto-n.-43.234-de-23-de-dezembro-de-2020.pdf>. Acesso em 24 de out. 2021.

DECRETO FEDERAL. Nº 4.388, de 25/09/2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 01 mar. 2021.

Enciclopédia of Bioethics, 2º Ed., vol. 1, Introdução, W.T. Rich, editor responsável, p. 21, 1995.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). **Nota técnica 2020/03 – ILMD/Fiocruz Amazônia –**

Observatório COVID-19 – INFO Gripe. Reflexões sobre o comportamento da epidemia da COVID-19 segundo as regiões de saúde do estado do Amazonas. Disponível em:

<https://amazonia.fiocruz.br/wpcontent/uploads/2020/11/NOTA-TECNICA-N3-aprovado.pdf>. Acesso em 28 abr. 2021.

- G1. 15, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/15/crise-do-oxigenio-no-amazonas-entenda-o-quanto-falta-e-as-acoes-para-repor-o-insumo.ghtml>. Acesso em 28 abr. 2021.
- G1. 25, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml>. Acesso em 28 abr. 2021.
- G1. Jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/04/23/amazonas-atinge-96percent-de-ocupacao-em-leitos-de-uti-da-rede-publica-de-saude-diz-susam.ghtml>. Acesso em 24 out. 2021.
- G1. Jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/06/17/cemiterio-de-manaus-suspende-enterros-em-valacomum-e-volta-a-usar-covas-individuais-apos-reducao-de-mortes.ghtml>. Acesso em 24 out. 2021.
- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018.
- GUARDIAN. THE. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/14/brazil-manaus-amazonas-covid-coronavirus>. Acesso em 20, abr. 2021.
- IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 30 abr. 2021.
- JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A Cidadania Social na Constituição de 1998**. São Paulo: Verbatim, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 200.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19º Ed. São Paulo: Saraiva 2015.
- MARTIN, Leonardo. **Eutanásia – Distanásia – Ortotanásia**. Dicionário Interdisciplinar da Pastoral da Saúde. São Paulo: Paulus 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2005.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, Cleberson Cardoso De. **Mistanásia: Responsabilidade Estatal e o acesso à saúde**. Londrina – PR. Ed. Thoth. 2020.
- PLANO DE CONTINGÊNCIA NACIONAL PARA INFECÇÃO HUMANA PELO NOVO CORONAVÍRUS COVID-19. Centro de OPERAÇÕES DE EMERGÊNCIAS EM SAÚDE PÚBLICA | COE-COVID-19. Disponível em: <https://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em 24 de out. 2021.
- PLANO MANAUS. **Plano de contingência estadual para infecção humana pelo novo coronavírus 2019 – Ncov**. Disponível em: <https://semsa.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/PLANO-CONTINGENCIA-CORONAVIRUS-PARA-O-AMAZONAS.pdf>.
- Resolução CFM nº 2217. 2018. Código de ética médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 28 fev. 2021.
- RICCI, Luiz Antônio Lopes. **A morte social: mistanásia e bioética**. São Paulo: Ed. Paulus. 2017.
- ROCHA, Renata Da. **Fundamentos do Biodireito**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 69.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf. Acesso em 21/07/2021.
- SENADO FEDERAL. **Relatório Final da CPI da COVID-19**. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarIWTDXPj/view>. Acesso em 24 de out. 2021.
- SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- STEFANELLO, Alaim Giovani Fontes. Reflexões acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29. 2010.
- UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em 01 mar. 2021.

Recebido: 04/02/2023

Aprovado: 08/07/2023

Breves apontamentos sobre o consenso e a verdade no processo penal: Reflexões a partir dos acordos de não persecução penal

*Brief notes on consensus and truth in criminal procedure:
Reflections from the criminal non-prosecution agreements*

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa 

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Filosofia do Direito na Faculdade Paranaense.

Resumo: Pretende-se discutir a relevância da verdade no Processo penal, nos moldes em que se conforma a sistemática processual brasileira na atualidade. Ademais, com os novos influxos da justiça penal negocial no Brasil, almeja-se analisar se tais teorias sobre a verdade representam um contributo e um limite a esta seara, especialmente ao se tratar dos pressupostos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: justiça penal negocial; Processo penal; verdade; epistemologia jurídica; política-criminal.

Abstract: It is intended to discuss the relevance of the truth in the criminal procedure, along the lines of the current Brazilian procedural system. Furthermore, with the new inflows of criminal justice in Brazil, the aim is to analyze whether such theories about the truth represent a contribution and a limit to this harvest, especially when dealing with the necessary assumptions for offering the non-criminal prosecution agreement.

Keywords: plea bargaining; Criminal proceedings; truth; legal epistemology; criminal-policy.

1 Considerações iniciais

A problemática sobre a verdade no Processo penal poderia parecer superada ou ultrapassada, principalmente ante a enormidade da produção teórica sobre o assunto no Brasil nos últimos anos.¹ Tal conclusão seria verdadeira se efetivamente tal discussão tivesse gerado um ganho prático condizente com a estatura e importância de tal tópico. Parece, no entanto, que nenhuma resposta definitiva ou, ao menos, capaz de fornecer uma solução razoável da controvérsia foi apresentada, motivo pelo qual se

¹ Vide a discussão, no Brasil, problematizada por COUTINHO, Jacinto. Glosas ao 'Verdade, dúvida e certeza', de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 161 e ss. Recentemente: KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no Processo penal*. Belo Horizonte: Letramento, 2020; além de TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2020.

justifica tecer algumas considerações sobre a verdade no Processo, especialmente à luz da realidade imposta pela inserção dos acordos de não persecução penal.²

Como lembra NEUMANN, a pretensão de verdade em Direito em geral, e no Processo penal em particular, está ligada necessariamente à ideia de legitimidade.³ Justamente por esse motivo, seu completo abandono na discussão sobre a finalidade do Processo penal, partindo de críticas pautadas em raciocínios históricos anacrônicos, acarreta aparentemente um tipo de niilismo metodológico quanto às funções que se pretendem obter do procedimento. Aliás, como se extrai das lições de FERRER BELTRÁN, apenas se o Processo penal cumprir a função sobre a determinação da verdade acerca das proposições aferidas sobre os fatos provados é que se poderá concluir sobre o êxito do Direito como mecanismo dirigente da conduta individual.⁴ Onde não haja efetividade sobre a aplicação de sanções, ou pelo menos uma grande probabilidade de sua imposição, não há que se falar em validade das pretensões prescritivas sobre determinados comportamentos.

Nada obstante, com isso não se pretende afirmar que a única finalidade do Direito processual seja a incansável busca da verdade, ou que esse seja o único objetivo das partes no Processo. A finalidade que pretende atingir a Ciência nem sempre corresponde àquela dos cientistas. A delimitação de um fim, por óbvio, não exclui outros propósitos igualmente válidos que, inclusive, limitam e conformam aquele primeiro. Ao lado da busca da verdade como critério de legitimidade da ciência processual, encontram-se ladeados o desejo de celeridade na tomada de uma decisão resolutiva, a realização da justiça material, a proteção dos direitos e garantias individuais, a consecução dos princípios de Direito material, fins político-criminais etc.⁵ Nesse ponto entram em discussão as finalidades dos mecanismos de diversificação processual como instrumentos de realização dos fins próprios do Processo penal.

Exatamente pela dificuldade de vislumbrar essa distinção fundamental, aparenta-se haver uma má colocação do problema por parte de certa doutrina processual brasileira, que somada a uma insistência em determinadas temáticas parece ter levado a polêmica a uma circularidade insanável. Em termos formais, o respeito às regras do procedimento, por si só, não acarreta necessariamente uma conclusão correta e verdadeira. A coisa julgada ou o princípio do *in dubio pro reo* podem levar a decisões materialmente injustas ou não necessariamente correspondentes com a verdade dos fatos.⁶ Mesmo diante de uma situação ideal de respeito às regras do jogo, não se trata de um mero cálculo lógico-matemático.

² Fato é que discorrer sobre verdade e justiça negocial seria objeto de um trabalho próprio, sendo arriscado tecer considerações sobre tema tão complexo em poucas páginas. Todavia, algumas considerações são relevantes para a verificação da hipótese desse trabalho. Em realidade, sendo os acordos mecanismos de Política criminal, se referem a outra lógica que a da verdade como correspondência. Ainda assim, demandam um certo lastro para sua consecução, dado que acarretaria uma grande injustiça aceitar uma sanção sem ter qualquer responsabilidade para o fato. Nesse sentido, não é possível abrir mão de um certo lastro de verossimilhança das acusações, até como forma de garantir ao investigado um efetivo direito de defesa, como forma mesmo de perfazer um modelo principalista de Política criminal, como anteriormente pleiteamos. Especificamente sobre a temática das relações da verdade com a justiça negocial, vide o trabalho de SANTANA, Gabriel Andrade. *Verdade e Justiça negocial: o paradigma filosófico do novo realismo como limite à expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Brasília: IDP, 2019, p. 92 e ss. Recentemente, com uma pretensão mais restrita, cf. KIRCHER, Luis Felipe Schneider. *Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível?* In: SALGADO, Daniel et. al (org.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 61 e ss.

³ NEUMANN, Ulfrid. *La pretensión de verdad en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 13 e ss.

⁴ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 45.

⁵ FERRER-BELTRÁN, *Valoração racional da prova*, op. cit., p. 47.

⁶ DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 44.

2 Teorias sobre a verdade

É certo que, no âmbito da filosofia, é possível recobrar vários séculos nos quais pensadores das mais diversas filiações teóricas polemizaram sobre a questão da verdade. Especialmente em sua interseção com as funções do Direito, quando a verdade, pelo menos no sistema continental, é apresentada como condição necessária para a justiça das decisões judiciais,⁷ já se pleiteou sua restrição a uma espécie de verdade formal (Processo civil) em contraposição a uma verdade material (Processo penal), no sentido de que nem as partes nem o juiz podem se valer de quaisquer meios para alcançá-la, tendo em vista as estritas regras de admissibilidade probatórias. Não pende dúvida sobre o fato de que qualquer verdade dependa de um contexto específico. Nada obstante, concordamos com TARUFFO, para quem as regras do sistema processual não podem ser vistas como obstáculos para a busca da verdade, nem para restringi-la a um aspecto meramente formal.⁸

Tal qual o método científico em geral, no qual há rígidas regras de procedimento para se verificar ou refutar uma hipótese, não o é diferente no Direito processual, em que as regras pretendem racionalizar a valoração dos fatos e evitar erros e má compreensões sobre as provas. Dessa maneira, a verdade pode tanto ser buscada no Processo como de fato é perseguida em diversas outras searas do conhecimento.⁹ As normas jurídicas definem o contexto da verdade no Processo, assim como a historiografia e suas teorias o fazem para as pesquisas históricas. Por conseguinte, tendo em vista não haver diferença epistemológica entre verdade judicial e não judicial é que se podem formular observações gerais em nível filosófico, subjacente a tais discussões.

Obviamente, para obter um ganho prático de tal discussão, deve-se rechaçar pontos de vista ceticistas, desconstrutivistas ou niilistas, de acordo com os quais se considera sem sentido uma busca científica pela verdade, ou ainda de teorias do conhecimento baseadas exclusivamente no sujeito ou em um ponto de vista solipsista ou idealista, que rechaçam a possibilidade de se falar, *a priori*, sobre uma concepção racional de verdade, em geral.¹⁰ Obviamente com isso não se tem a pretensão de construção de verdades absolutas, ideia vista com reserva até para ciências consideradas “duras”, como a Física ou a Matemática. A ideia de verdade, como aqui se sustenta, parte da premissa, tal qual apresenta TARUFFO, de ideal regulatório, ponto de referência teórico que orienta a busca do conhecimento na experiência real.¹¹

Passando para o conteúdo do conceito de verdade, uma breve e sintética exposição não pode deixar de destacar as duas grandes teorias que concorrem para apresentar uma solução satisfatória:¹² (1) as teorias da coerência e (2) as teorias da correspondência. Do primeiro critério de verdade apresentado (1), tendo sido inicialmente formulado por BRADLEY, postula-se que a verdade consiste em relações coerentes estabelecidas entre um conjunto de crenças.¹³ A verdade de um enunciado depende de sua

⁷ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 23. No mesmo sentido DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 43.

⁸ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 24.

⁹ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 24-25.

¹⁰ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 25-26.

¹¹ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 26.

¹² Sobre a verdade enquanto uma das finalidades do processo penal vide DIAS, *Direito processual penal*, p. 40 e ss.; BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal penal*; ROXIN, Claus. *Derecho Procesal penal*, op. cit., p. 4.

¹³ HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo: Unesp. 2002. Ainda, cf. GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el Proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2011, p. 52.

coerência em um contexto de vários enunciados.¹⁴ Diversas críticas foram apresentadas a tal perspectiva, principalmente a de confundir verdade com coerência ou de que somente a coerência não assegura o caráter verdadeiro de uma afirmação.¹⁵ No Processo judicial pode fazer sentido quando se julga a fiabilidade de um enunciado ante sua coerência com o contexto de diálogos apresentados pelas testemunhas e demais provas. A coerência do relato apresenta um importante papel persuasivo, principalmente diante da escolha das provas que se apresentam, o que a torna muito favorável na perspectiva do advogado que quer provar seu ponto de vista. Deve-se, no entanto, ter em vista que o advogado nem sempre quer obter a verdade dos fatos, mas antes disso fazer valer sua tese defensiva favorável a seu assistido. Narrativas coerentes e persuasivas nem sempre correspondem com a realidade.¹⁶

No segundo grupo de teorias (2), as quais remontam em certa medida a ARISTÓTELES,¹⁷ baseia-se na ideia de que o enunciado verdadeiro é aquele que se funda *na* ou corresponde *à* realidade, ao mundo empírico.¹⁸ À primeira vista tal ideia pode parecer tautológica. Contudo, considera como condição necessária e suficiente para a aplicação do direito substantivo que os fatos, colocados de forma adequada, sejam baseados em elementos de prova relevantes e admitidos: os fatos narrados devem corresponder às provas apresentadas. A função da prova é a de fornecer ao julgador os elementos empíricos necessários para formular racionalmente um enunciado ou juízo sobre a ocorrência dos fatos.¹⁹

O debate em torno da verdade no Processo penal, principalmente nas discussões teóricas brasileiras, está ligado essencialmente a um certo tipo de “*fundamento histórico*” do sistema inquisitivo. Recorrendo a uma ideia medieval, sobretudo ante os métodos de tortura para obtenção de confissões, o conceito de verdade ganhou o adjetivo de real: “*verdade real*” ou verdade material. O objetivo era de justificar a obtenção da verdade com a utilização de qualquer meio para prová-la, sob pena de se estar diante de uma versão falsa dos fatos e com isso macular a função do Processo penal. A verdade estava com o acusado e para obtê-la poder-se-ia utilizar qualquer meio.²⁰ Mas nem por isso se deve abandonar por completo o conceito. Além de se tratar de um pleonismo carente de conteúdo, os meios para a obtenção da verdade não podem ser confundidos com a verdade como objetivo em si, ou pelo menos uma das finalidades a serem alcançadas pelo Processo.

Um conceito de verdade, seja ele qual for, não se confunde com o método pelo qual se utiliza para alcançá-lo.²¹ A verdade não pode ser simplesmente uma narrativa livremente construída entre acusação e defesa, nem pode ser confundida com a facticidade histórica.²² Da mesma forma que renunciar à lógica inquisitiva não significa renunciar ao valor da verdade, caso contrário se perde um referencial de legitimidade para a aplicação de uma pena. Basta analisar o caminho inverso para se concluir que um sistema inquisitivo, baseado na tortura por exemplo, também não se logra atingir a verdade, visto que obterá, ao mais das vezes, confissões falsas.²³ Por esse motivo, qualquer conceito de verdade que se

¹⁴ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 26-27.

¹⁵ GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 52.

¹⁶ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 27-28.

¹⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Livro IV, VII. Cf. GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 49.

¹⁸ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 27.

¹⁹ TARUFFO, *La prueba*, op. cit., p. 28-29.

²⁰ CORDERO, *Guia alla procedura penale*, op. cit., p. 49. LANGBEIN, *Tortura e plea bargaining*, op. cit., passim.

²¹ HABERMAS, *Teorías de la verdad*, op. cit., p. 139. GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 41.

²² DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 49.

²³ GUZMÁN, *La verdad en el Proceso penal*, op. cit., p. 41.

queira pretender em Processo penal deve compatibilizar-se com a facticidade, condicionando-a e limitando-a às garantias e direitos do imputado face ao Estado, em especial ante às iniciativas e admissibilidades probatórias.²⁴

3 Relevância da discussão sobre a verdade em Processo penal

Indiscutível que os acordos representam uma mudança de paradigma ante o papel da verdade no sistema penal. De fato, haverá situações em que não se encontrará correspondência entre as afirmações do Ministério Público e o que efetivamente tenha sido praticado pelo acusado, no entanto, um acordo será estrategicamente mais favorável ao imputado, sob o risco de ser condenado em uma pena muito mais grave. Essa conclusão serve para pensar, inclusive, sobre os limites da renúncia de direitos fundamentais por parte do réu em troca de uma solução mais favorável: há limites para a substituição do devido processo? Certamente sim. E é exatamente nessa intersecção que se encontram os possíveis freios aos acordos sobre a sentença, ou pelo menos um chamado à reflexão quanto à modulação de seus efeitos. Afirmar ser a verdade uma, dentre tantas outras, das finalidades do procedimento é, antes de tudo, uma defesa do devido processo legal. Como se pretende demonstrar, não é essa lógica que segue a sistemática dos acordos.

Inevitável para se avançar na polêmica questão sobre a verdade no Processo penal, portanto, que se passe pelo conjunto de críticas que a ela é apresentado quando definida como finalidade da persecução. Ao se recorrer ao esclarecedor estudo de DE-LORENZI e CEOLIN, pode-se agrupá-las e sistematizá-las, basicamente em três grupos: (1) críticas políticas; (2) críticas filosóficas; e (3) críticas pragmáticas.²⁵

(1) Na esfera das críticas políticas encontra-se aquela principal sobre a suposta “*verdade real*” no Processo penal que, como se viu, antes de mais nada, diz respeito a uma má-colocação do problema sobre a verdade. Baseiam-se primordialmente na utilização de tal artifício como mecanismo para legitimar abusos e violações de direitos e garantias fundamentais dos acusados ao se alargarem as situações em que o juiz tem iniciativa probatória, herança de um certo tipo de pensamento inquisitivo baseado em um maquiavelismo vulgar de que os fins justificam os meios.²⁶ O problema deveria ser colocado de outra forma: a busca da verdade está atrelada ao princípio da investigação? Parece-nos que não. Busca da verdade não pode ser confundido com amplo rol de poderes instrutórios do juiz. Tanto não é um problema de sistema inquisitivo que o modelo adversarial americano, por sua vez, não rejeita a busca da verdade como fim do Processo, obviamente nas hipóteses em que o caso penal não seja resolvido por meio de acordos. O princípio da investigação diz respeito ao papel que se atribui a cada sujeito processual para atingir essa finalidade e, a seu turno, ao funcionamento das regras processuais. Toda Ciência tem princípios e limites para a busca da verdade, regras que não podem ser desconsiderados entre as variáveis para se atingir um resultado válido. E isso também sucede com o Direito, em geral, e o Processo, em particular, no qual os direitos e garantias fundamentais são limites explícitos a uma suposta busca incontrolável da verdade.²⁷

²⁴ DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, op. cit., p. 49.

²⁵ DE-LORENZI, Felipe; CEOLIN, Guilherme. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 177, mar/2021, versão online.

²⁶ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 3.

²⁷ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 5.

(2) Em termos filosóficos, desde há muito se afirma a impossibilidade de se atingir o conceito de verdade. CARNELUTTI, recorrendo à HEIDEGGER, em seu texto de 1965 “*Verità, dubbio, certezza*”,²⁸ já advertia para o fato de filosoficamente ser impossível se atingir a verdade, pois esta pressuporia uma ideia de totalidade inalcançável ao entendimento humano. Essa crítica, atrelada a um certo tipo de pensamento cético, pode satisfazer uma certa concepção filosófica, mas não parece conduzir a uma solução convincente às exigências próprias do Processo penal, bem mais restritas.

A ideia da busca da verdade no Processo parece ser bem mais singela, como apontam DE-LORENZI e CEOLIN: significa que a decisão deve estar de acordo com critérios verossímeis de verdade, e não estar ligada a uma falsa versão dos fatos. Em última análise, significa dizer: o mais relevante é que se tenha uma vinculação objetiva entre a decisão e os fatos exteriores ao processo.²⁹ A exigência da verdade, nesse caso, diz respeito inclusive à gravidade da consequência penal a ser aplicada. Aplicar uma pena injustamente a um inocente é atentar frontalmente à ideia de busca da verdade.³⁰ Outrossim, quando se fala em busca da verdade, não se trata de recuperar o fato tal qual tenha acontecido, o que de fato é impossível, mas sim de certa proposição sobre fatos ocorridos no passado, que podem ser verdadeiras ou falsas conforme se assentem ou não nas provas trazidas ao conhecimento do magistrado, no caso.

(3) Por fim, no âmbito de preocupações pragmáticas, encontra-se a crítica segundo a qual o Processo penal não seria instrumento idôneo a conhecer a verdade, pelos problemas na reconstrução dos fatos pretéritos que apresentaria. A ineficácia epistêmica das técnicas de prova iria desde a possibilidade de valorar falsas memórias, colocando-se em xeque a credibilidade de testemunhas, ou ainda admitir reconhecimentos pessoais amparados por ressentimentos pessoais ou racismo estrutural.³¹ Tal crítica também seria mal colocada, uma vez que se dirige aos métodos da busca da verdade, não à busca da verdade em si.

A busca da verdade, pelo contrário, serve para garantir meios para uma melhor reconstrução dos fatos, não ser um subterfúgio para aplicação de uma pena a qualquer custo. Sempre válido recordar que a busca da verdade não é e nem pode ser atrelada a uma busca cada vez maior de condenações. Pelo contrário, deve ser um meio de limitar o exercício da atividade cognitiva da jurisdição para valorar apenas os fatos verossímeis e evitar condenações injustas e sem um lastro probatório adequado para assegurar a imposição de uma sanção.

Em contraposição a tais posicionamentos críticos é possível sistematizar, também na linha de DE-LORENZI e CEOLIN, outros três argumentos em favor de se considerar a verdade como finalidade do

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza*. *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XX, anno 1965, p. 4 e ss. Sobre as ideias de Carnelutti na doutrina brasileira vide: COUTINHO, Jacinto. Glosas ao ‘Verdade, dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre a propedêutica processual penal*, op. cit., p. 161 e ss.

²⁹ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 7.

³⁰ Em sentido similar: MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY Rachel. *No processo penal, a verdade dos fatos é garantia*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia>. Acesso em 19 de dezembro de 2021. Em síntese, as autoras sentenciam: “Deve o processo penal perseguir a verdade? A resposta é afirmativa. A busca pela verdade pode ser resumida como a tentativa de fazer corresponder a premissa fática do raciocínio judicial com os fatos como efetivamente ocorreram. Não se quer apenas que a decisão seja válida do ponto de vista jurídico, mas também que ela seja justa – isto é, que atribua penalidade somente àqueles que as fazem por merecer. Logo, a preocupação com a relação entre processo penal e verdade consiste na preocupação com os erros judiciais que devemos evitar.” Em resposta, com sentido diverso, e em grande parte repetindo o objeto da crítica apresentada: COUTINHO, Jacinto. *Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?* Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.

³¹ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 8

Processo penal. São eles: (1) a busca da verdade pode ser considerada, na mesma linha a qual se filia FIGUEIREDO DIAS, como critério para a concretização da justiça material no caso concreto;³² (2) considerar a verdade como garantia real do acusado, ao fazer depender sua pena de uma prova robusta de sua culpabilidade; e (3) de um ponto de vista eminentemente prático, ao se aceitar a possibilidade de revisão criminal dos enunciados formulados na sentença, com força de coisa julgada, se abre espaço para criticar a prévia avaliação sobre os fatos, dado que não corresponderiam à realidade.

(1) O Processo penal deve buscar sempre uma solução justa, previsível e isonômica ao caso penal. Para que uma decisão contemple todos esses adjetivos, DE-LORENZI e CEOLIN apontam a necessidade de dois requisitos fundamentais: a) que seja resultado de um procedimento de acordo com regras e princípios constitucionais e processuais; e b) que seja baseada em fatos considerados verdadeiros.³³ A verdade é um dos requisitos necessários para uma solução justa, mas não o único: uma decisão baseada em uma versão falsa dos fatos será inevitavelmente injusta.

(2) No entanto, nem sempre as decisões judiciais estarão baseadas em fatos verdadeiros e a intuição de justiça é insuficiente para afirmar sua certeza. Há ainda a necessidade de se recorrer a argumentos racionais para justificar a busca da verdade no Processo penal. De um lado, a aplicação de uma consequência jurídica depende sempre da adequação da norma a um pressuposto fático, condição necessária para sua subsunção. Esse processo pressupõe que as variáveis do silogismo sejam verdadeiras, a fim de que não se cheguem a conclusões inválidas: um argumento somente é válido e correto quando suas premissas sejam verdadeiras.

De outro, a busca da verdade diz respeito exigência dos fins a que se destina o Direito penal: a reafirmação da norma de conduta depende da veracidade dos fatos para efetivar a tutela de bens jurídicos, assim como somente a verdade sobre a culpa do réu possibilita a aplicação de uma pena justa e proporcional. Apenas assim se concretiza o princípio da culpabilidade.³⁴ Como bem lembram DE-LORENZI e CEOLIN, tais argumentos, antes de justificarem uma suposta busca da verdade real com quaisquer meios ilegítimos que esse propósito possa legitimar, reafirmam o papel da verdade como garantia do acusado.³⁵

(3) O terceiro argumento apontado pelos autores diz respeito ao instrumento processual da revisão criminal, fundado essencialmente na ideia de verdade e que opera sempre em favor do réu. Se a decisão penal fosse apenas um “*um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo*”,³⁶ sem a necessidade de uma vinculação epistemológica com os fatos em si considerados, não haveria razão para a desconstituição da coisa julgada, sempre quando todas as regras formais do procedimento fossem devidamente observadas.³⁷

³² DIAS, *Direito processual penal*, op. cit., p. 43.

³³ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 9. No mesmo sentido: TAVARES; CASARA, *Prova e verdade*, op. cit., p. 15: “a verdade é não só uma condição inegociável à justiça da decisão como também um limite ao arbítrio estatal”.

³⁴ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 10.

³⁵ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 10. Assim como MATIDA; NARDELLI; HERDY, *No processo penal, a verdade dos fatos é garantia*, op. cit., versão online.

³⁶ LOPES JR, *Direito processual penal*, op. cit., p. 371 e ss.

³⁷ DE-LORENZI; CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, op. cit., versão online, p. 11.

4 Verdade e consenso

Como uma terceira via ao problema da verdade no Processo penal, a doutrina tem apontado uma ideia de consenso como passível de embasar a justeza das decisões. O consenso, como visto anteriormente, pode ser uma forma de obtenção de um critério de verdade. Segundo HABERMAS, “*verdade é uma pretensão de validade que vinculamos a enunciados ao afirmá-los*”.³⁸ No entanto, foge à tradicional definição da verdade como correspondência, isto é, cuja pretensão de validade se dá pela correlação empírica a um fato real, ao modo como os objetos se mostram à nossa experiência e pela qual podemos fazer afirmações sobre eles.³⁹ Para o filósofo, a teoria consensual da verdade pretende explicar um discurso como resultado não de uma coação lógica ou de uma coação empírica, mas pela força do melhor argumento, isto é, por sua motivação racional.⁴⁰

Advogando a tese segundo a qual uma decisão baseada no consenso favorece a realização cooperada da justiça e com isso lhe garante mais dinamicidade, ANDRADE, seguindo a linha de HABERMAS, afirma que para a concretização desta possibilidade, emerge a necessidade de que, na construção do consenso, a relação intersubjetiva subjacente seja formada livremente, sem constrangimentos ou ameaças que maculem a manifestação de vontade do acusado.⁴¹ Referindo-se especificamente ao fenômeno do *plea bargaining*, como expressão máxima da justiça negociada, FISCHER chega a afirmar que a decisão construída no processo de negociação ajuda inclusive a proteger a legitimidade do sistema penal, uma vez que ao reconhecerem as partes uma decisão como válida, tiram do Judiciário o peso do erro acerca de uma condenação errada, pautada em falsas premissas.⁴²

Sem a pretensão de avançar na discussão da verdade na seara Filosofia em geral, ou no Processo penal em particular, o que renderia um trabalho autônomo,⁴³ a controvérsia assente na intersecção entre consenso e verdade seria a de se obter um enunciado verossímil não pelos fatos propriamente apresentados, mas pela negociação entre as partes envolvidas no caso penal. Dessa intersecção também surgem seus problemas. De um lado, ressaltando o ponto apresentado por ANDRADE, isto é, a ideia pela qual a decisão seria fruto de uma manifestação de vontade voluntária e livre de qualquer coação. De outro lado, visto que é difícil exigir do Poder Legislativo a descriminalização material de algumas condutas proibidas, recorre-se ao procedimento para um controle racional da distribuição de penas. Daí surge a possibilidade da desformalização do Processo, a fim de se imporem condições às condutas leve ou mediantemente lesivas, na forma de sanções sem natureza criminal, de maneira a racionalizar a atribuição de encargos na administração da justiça criminal.

Para HASSEMER, por sua vez, a negociação no Processo penal implica nada menos que o abandono sistemático da busca da verdade como critério legitimador do procedimento. Isso porque, na maioria dos casos envolvendo a média e grave criminalidade há especiais dificuldades probatórias que

³⁸ HABERMAS, *Teorias de la verdad*, op. cit., p. 114.

³⁹ HABERMAS, *Teorias de la verdad*, op. cit., p.118.

⁴⁰ HABERMAS, *Teorias de la verdad*, op. cit., p.140.

⁴¹ ANDRADE, *Justiça penal consensual*, op. cit., p. 53.

⁴² “To the extent a plea bargain delivers a verdict that onlookers acknowledge to be truthful, it protects the jury and the system that sponsors it from the risk of issuing the wrong verdict – or to be precise, a verdict the public will perceive to be wrong”, cf. FISCHER, *Plea bargaining's triumph*, op. cit., p. 178. A visão segundo a qual os acordos evitariam o erro parece, antes de tudo, parcial e errônea. De fato, desde há muito a própria doutrina americana vem levantando os riscos advindos do fenômeno do *overcharging*. Cf. ALSCHULER, *Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes*, op. cit., p. 127 e ss.

⁴³ Sobre a questão da verdade no processo, vide, por todos, TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

tornam a busca da verdade complexa e laboriosa. A solução simplificada ou abreviada de casos é um dos principais instrumentos para se obter respostas: em troca da confissão se oferece uma especial atenuação da sanção.⁴⁴ A lógica dos acordos é a de, justamente, evitar a busca da verdade. Como ressalta LANGER, importa menos em saber como os fatos ocorreram e mais atribuir às partes o poder de decisão.⁴⁵ Em realidade, sequer é necessária tal busca, haja vista a aceitação da sanção, ou condição nos casos do ANPP, depender apenas do consentimento do acusado.⁴⁶

Em linha similar, SCHÜNEMANN afirma que nesse movimento de meios alternativos de resolução de casos penais deve-se recorrer a outro princípio legitimador, no lugar da averiguação da verdade material para a aplicação de uma consequência jurídica. A pressão das circunstâncias exercida sobre o imputado, principalmente a possibilidade futura de receber uma pena desvantajosa, impede que a aceitação do acordo seja interpretada como manifestação de puro consenso. Nada obstante, tal instituto pode ser perfeitamente legitimado ante os interesses defensivos do acusado.⁴⁷ E isso como medida eminentemente político-criminal.

Principalmente no tocante aos acordos de não persecução penal, a resolução do caso penal, haja vista a presença de indícios de autoria e materialidade de um fato descrito na lei como típico, a justificativa se adere ao fato de que não haverá um juízo de cognição por parte do magistrado acerca da culpabilidade do acusado. Além disso, as condições aceitas pelo acusado pelo fato cometido, uma vez cumprido integralmente o acordo, acarretarão a extinção de sua punibilidade, não possuindo natureza de consequência penal.⁴⁸

5 Considerações finais

Em que pese o *caput* do art. 28-A estabeleça como pressuposto para a formalização do acordo a confissão formal e circunstancial do acusado, a sentença que avalia os requisitos do acordo tem natureza eminentemente homologatória, nos termos do §6º do mesmo artigo. Outro questionamento é se a confissão efetivamente corresponde à narrativa dos fatos apresentada pelos agentes penais, ou se apenas foi obtida como simulacro estratégico de defesa ante a possibilidade de consequências penais mais graves em caso de eventual condenação (*overcharging*, por exemplo). Por esse exato motivo se vê com ressalvas a possibilidade de se utilizar essa confissão com valor probatório em outros procedimentos, dado que obtida sem o controle judicial do contraditório, além da corroboração exigida pelo art. 197 do CPP.

Outra conclusão não é possível chegar, senão aquela de que os acordos atendem muito mais a uma utilidade dos sujeitos processuais do que à satisfação de algum critério de verdade.⁴⁹ Antes de tudo denota o caráter estratégico do discurso, na linha daquilo que aponta FOUCAULT em “*A verdade e as formas jurídicas*”.⁵⁰ Os acordos de não persecução penal não se fundam propriamente em uma ideia de

⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Cidade do México: Ubijus, 2009, p. 20.

⁴⁵ LANGER, *From legal transplants to legal translations*, op. cit., p. 10.

⁴⁶ HASSEMER, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*, op. cit., p. 22.

⁴⁷ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 104-105.

⁴⁸ *Mutatis mutandis*, acerca do *Absprachen* alemão (§153 StPO), vide: SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 105.

⁴⁹ SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 103.

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, p. 9. No mesmo sentido: PRADO, *Campo jurídico e capital científico*, op. cit., p. 61.

consenso, mas sim, de um lado, pelo poder-dever do Ministério Público de oferecer uma medida despenalizadora, por meio de uma faculdade atribuída e limitada a ele pela lei, como forma de caracterização de uma certa Política criminal.⁵¹ De outro lado, na ideia de estratégia processual de defesa, segundo a qual, diante do contexto dos indícios de provas apresentadas, o acusado quer obter uma resposta jurídica mais favorável a seu caso.

De toda forma, sob pena de se descerrar um acordo em um caso no qual fosse viável o arquivamento, por exemplo, o mínimo de verossimilhança é exigido em relação às provas colhidas no procedimento preliminar e a imputação atribuída pelo Ministério Público ao investigado. A verdade como coerência deve funcionar aqui como limite de garantia, e não, propriamente, como finalidade dos acordos. A sua homologação judicial passa, necessariamente, pela análise da justa causa exigida para o exercício da ação penal.

Por sua vez, o problema sobre a verdade no Processo penal é um pouco mais complexo quando se está a tratar dos acordos sobre a sentença, que efetivamente produzem efeitos penais. Em tais casos há a necessidade de se comprovar a culpabilidade do acusado, não sendo suficiente sua confissão ou mero consentimento. Ante o risco de se impor uma pena a um inocente, parece ilegítima a força de um falso consenso para fundamentar consequências jurídicas tão graves. De tal deficiência padece o instituto do *guilty plea* americano, por exemplo. Tenta-se substituir a ideia de realização de justiça material pela “*justiça do procedimento*”, nas palavras de SCHÜNEMANN.⁵² Esse, no entanto, é um questionamento a ensejar outro trabalho.

6 Referências bibliográficas

- ALSCHULER, Albert. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. In. GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- BAUMANN, Jürgen. **Derecho Procesal penal**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.
- CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Vol. XX, anno 1965.
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.
- COUTINHO, Jacinto. Glosas ao ‘Verdade, dúvida e certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In. COUTINHO, Jacinto. **Observações sobre a propedêutica processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.
- COUTINHO, Jacinto. Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala? Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.
- DE-LORENZI, Felipe; CEOLIN, Guilherme. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 177, mar/2021, versão online.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em Processo penal**. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 45.
- FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph**. Palo Alto: Stanford University Press, 2004.

⁵¹ Em sentido análogo, sustentam LUCCHESI e ARNS DE OLIVEIRA que “*não há qualquer discricionariedade ampla na atuação do Ministério Público, tratando-se a oferta de proposta de ANPP de um poder-dever, proporcional e compatível com a infração imputada*”. Cf. LUCCHESI, Guilherme; OLIVEIRA, Marlus. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim do IBCCRIM*, v. 344, jul/2021, versão online.

⁵² SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 106.

- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.
- GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el Proceso penal**: una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2011.
- HAACK, Susan. **Filosofia das Lógicas**. São Paulo: Unesp, 2002.
- HABERMAS, Teorías de la verdad. In. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Madrid: Catedra, 1989.
- HASSEMER, Winfried. **Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Cidade do México: Ubijus, 2009, p. 20.
- KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no Processo penal**. Belo Horizonte: Letramento, 2020
- KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In. SALGADO, Daniel et. al (org.). **Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 61 e ss.
- LANGBEIN, John. Tortura e plea bargaining. In. GLOCKNER, Ricardo (org.) **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of Plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n.1, 2004.
- LUCCHESI, Guilherme; OLIVEIRA, Marlus. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. **Boletim do IBCCRIM**, v. 344, jul/2021, versão online.
- MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY Rachel. No processo penal, a verdade dos fatos é garantia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.
- NEUMANN, Ulfrid. **La pretensión de verdad en el Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil. In. **Decisão judicial**: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- ROXIN, Claus. **Derecho Procesal penal**. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000.
- SANTANA, Gabriel Andrade. **Verdade e Justiça negocial**: o paradigma filosófico do novo realismo como limite à expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro. Dissertação de Mestrado. Brasília: IDP, 2019.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **La reforma del proceso penal**. Madrid: Dykinson, 2005.
- TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2020.

Recebido: 13/01/2023

Aprovado: 29/08/2023

O aumento da execução da pena provenientes da Lei Anticrime e os impactos na execução da medida de segurança

The increase in the execution of the penalty arising from the Anticrime Law and the impacts on the execution of the safety measure

Fábio Manoel Fragoso Bittencourt Araújo 

Advogado. Atualmente é Procurador-Chefe Adjunto do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas. Doutorando em Direito e Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Ex-Procurador Municipal. Ex-Assessor Parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas.

Ana Beatriz Vasconcelos de Medeiros 

Assessora de Desembargador do TJ/AL. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Pós-Graduanda em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo avaliar se o tratamento realizado nos hospitais psiquiátricos, na execução da medida de segurança é, de fato, adequado, trazendo como hipótese que a prática da violência institucional na execução das medidas, as fazem ser semelhantes à uma pena, propriamente dita. O trabalho busca apresentar as disparidades entre pena e medida de segurança e apontar pontos de convergência entre ambas. Mais especificamente, o presente artigo objetiva, também, expor que a medida de segurança pode ser, ainda mais severa, do que a aplicação de uma eventual pena, considerando que não existe um tempo estabelecido para sua duração. Ademais, será analisada a modificação trazida pela Lei 13.964/19 que ampliou o tempo de cumprimento de pena no ordenamento jurídico brasileiro para 40 (quarenta) anos e suas implicações na execução da medida de segurança. Assim, por meio da pesquisa doutrinária, visa-se analisar o processo de construção da loucura como doença mental e a formulação dos mecanismos de controle social.

Palavras-chave: Medida de segurança; violência institucional; lei anticrime.

Abstract: The present study aims to evaluate whether the treatment performed in psychiatric hospitals, in the execution of the mental health treatment, is, in fact, adequate, suggesting that the practice of institutional violence in the execution of the measures, makes them similar to a penalty, itself. The work seeks to present the disparities between penalty and mental health treatment and to point out points of convergence between both. More specifically, this article also aims to expose that the security measure can be, even more severe, than the application of an eventual penalty, considering that there is no established time for its duration. In addition, the modification brought by Law 13.964 / 19 will be analyzed, which extended the time of serving time in the Brazilian legal system to 40 (forty) years and its implications in the execution of the security measure. Thus, through doctrinal research, the aim is to analyze the process of building madness as a mental

illness and the formulation of social control mechanisms.

Keywords: Mental health treatment; institutional violence; anti-crime law.

1 Introdução

A medida de segurança é um instituto do direito penal que sanciona o indivíduo, considerado inimputável, a tratamento ambulatorial ou manicomial, em razão da prática de um crime.

Os objetivos da abordagem proposta se orientam no sentido de avaliar se o tratamento é, de fato, adequado, trazendo como hipótese que a prática da violência institucional na execução das medidas, as fazem ser semelhantes à uma pena propriamente dita.

Partindo deste pressuposto, é que será discorrida as diferenciações entre pena e medida de segurança, trazendo como ponto de convergência o tempo de duração das sanções penais, que conferem um caráter afliitivo.

Ademais, será analisada a modificação na execução da pena, trazida pela Lei 13.964/19, popularmente conhecida como “Lei anticrime”, que ampliou o tempo de cumprimento de pena no Brasil, estabelecendo o patamar de 40 (quarenta) anos, alterando, portanto, o art. 75 do Código Penal.¹

Sob a justificativa de que o tempo máximo de pena com teto em 30 anos teria sido estabelecido em momento social anterior, o legislador entendeu que com a elevação da expectativa de vida, seria prudente, igualmente, o aumento do cumprimento da penalidade.²

O presente estudo se propõe avaliar os impactos trazidos por essa modificação na execução da medida de segurança, averiguando se houve racionalidade no aumento e qual a sua finalidade, realizando apontamentos críticos.

Inicialmente, será discorrida uma apresentação doutrinária acerca das fundamentações filosóficas sobre o tempo como efetivo significante da pena³, trazendo digressões de pensadores como Hegel, Cesare Beccaria e Ana Messuti. Após, será analisada se essa modificação se mostra congruente com a disposição dos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário, para, por fim, apontar as mudanças provocadas pela Lei n. 13.964/19, traçando um contraponto com a realidade brasileira.

2 A violência institucionalizada: a medida de segurança

A violência enraizada na sociedade assume diversas faces. É óbvio que ao se pensar em violência, o primeiro juízo que se faz é a ocorrência de um delito na comunidade, contudo, não é esse o significado que se pretende atribuir.

¹ CARVALHO, Salo. Lei Anticrime e Proibição de Retrocesso: sobre o aumento do limite máximo das penas na Lei 13.964/19. In: Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Salvador: **Trincheira Democrática**, ano 3, v. 7, fevereiro de 2020, p. 10.

² IBGE. Resolução nº 06, de 26 de novembro de 2019. Divulga a Tábua Completa de Mortalidade - ambos os sexos - 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, DO-U de 28-11-2019.

³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006, p. 75

Para o presente artigo, ao se mencionar a violência, a referência a ser associada é aquela praticada pela própria instituição. Parece estranho conceber que a violência possa ser cometida pelos próprios agentes estatais, que seriam revestidos de poder para, ao revés, conter os arbítrios das agressões. Franco Basaglia⁴ é certo ao demonstrar que a violência do sistema é extremamente evidente, podendo ser vislumbrada nas instituições religiosas, nas relações familiares, mas, com ainda maior ênfase, no próprio poder público.

Faz-se relevante destacar que o estado se utiliza da violência para manutenção de seu controle, contudo, para não expor abertamente essa faceta⁵, entrega o poder para aqueles que seriam teoricamente capacitados para impor a sanção necessária. Isto é, ao conceder a outros atores do sistema o controle, faziam com que esses últimos exercessem a violência em seu nome, que seriam, à vista do seio social, justas e adequadas.

Quando se trata das medidas de segurança, objeto de pesquisa do presente artigo, essa relação se torna, ainda mais evidente. É com o intuito de excluir do sistema os que seriam socialmente inaptos, que se entregou ao judiciário e aos médicos o poder de retirá-los do convívio social. Trata-se assim, de uma relação de opressão que exclui o doente.⁶

Foucault⁷ ressaltava que esse domínio, antes de ressaltar o papel negativo da própria exclusão, ressaltava o papel positivo da organização social, que seria mantida após a eliminação. Desta feita, a sociedade antes suja pela presença dos ditos doentes mentais, poderia, ao afastá-los, conviver com uma comunidade limpa e segura, o dito fenômeno da higienização social.

O autor prossegue afirmando que o conceito de loucura, a qual seriam acometidos os doentes mentais, sofreu uma grande transformação no decorrer do século XIX, em especial após os estudos da escola positivista. Tobias Barreto⁸, igualmente assegura, que o conceito é variável e sofre transformações ao longo do tempo, por considerar que a loucura seria algo genérico e divisível em espécies, considerando a existência de diversas patologias, as quais os indivíduos poderiam ser acometidos. Contudo, ambos os autores aceitavam a existência de um denominador comum entre todos os conceitos de loucura: a sua manifestação não era óbvia e clara, de forma que o indivíduo acometido de incapacidade psicológica, não era facilmente detectável, razão pela qual, poderia se mostrar ainda mais perigoso, por sua imprevisibilidade.⁹

Para determinar, portanto, a loucura ou a alienação do doente mental, passou-se a exigir um exercício comparativo entre o indivíduo sob suspeita e uma ficção do que seria um homem médio ou normal. Isto é, todo aquele que não se comporta como um ser humano normal, seria

⁴ BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985. p. 100

⁵ BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985. p. 101

⁶ BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985. p. 101

⁷ FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. Tradução: José Teixeira Coelho Netto. São Paulo. Editora Perspectiva, 1978. P. 91

⁸ BARRETO, Tobias. Menores e Loucos em Direito Criminal. In: Coleção História do Direito Brasileiro, **Senatus**, Brasília, v. 3, n. 1, 2004. p. 744

⁹ CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro. EdUERJ, 1998. P. 77

considerado como louco¹⁰.

Vê-se, portanto, que o problema enfrentado não é a doença em si, já que não se buscam meios para classificá-la, mas a relação que é estabelecida com ela. Dessa forma, para neutralizar o dito doente mental, os agentes estatais não visam sua cura, mas envolvem outros atores, como a sociedade, o médico psiquiatra, o judiciário, para justificar uma segregação¹¹.

Trata-se, assim, de uma modernização intelectual que constrói institutos que legitimam a prática de violência¹², encobertas sob a justificativa de tratamento à sua periculosidade.

Franco Basaglia prossegue ao reiterar que a tarefa dos médicos passa a ser adaptar os indivíduos a aceitar sua condição de objetos de violência, fazendo-os enxergar que a única realidade a qual eles possuem é serem objeto dessa mesma coerção¹³. Em sendo assim, os doentes mentais não conhecem outra realidade, a não ser aquela de que não seriam considerados aptos ao convívio social. O diagnóstico, portanto, assume um rótulo que codifica uma passividade dada por irreversível.¹⁴

Desta feita, o doente mental passa a ser visto como um objeto, uma vez que foi despedido de sua identidade e de sua capacidade de controle, sendo tratado como um mero corpo da instituição, plenamente segregado, pelo tempo necessário à sua reabilitação – se é que essa venha a existir¹⁵.

A instituição do manicômio judiciário, portanto, reveste-se de um caráter extremamente anti-terapêutico, que nega ao portador da doença mental a possibilidade de responsabilizar-se pelas suas práticas¹⁶, ou de se sequer, tratar sua enfermidade, o que faz com que seja tratado como um louco, onde quer que se encontre, reafirmando o perfil que fora construído a ele: de que é um ser a-social¹⁷.

Ludmilla Correia realizou um estudo dentro dos hospitais psiquiátricos no ano de 2008,¹⁸ e, vislumbrou que a falta de tratamento adequado dentro dos espaços destinados à segregação dos internos, não são ideais, sendo constantes o excessivo uso de medicamentos para sedação; condições sanitárias precárias, maus-tratos e falta de preparo dos profissionais, o que faz com que essas estruturas se assemelhem a penitenciárias.

Ora, se a função da medida de segurança seria o tratamento dos doentes mentais e, se o espaço destinado a eles não é revestido do equipamento necessário a esse tratamento, não se pode assumir outra

¹⁰ CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro. EdUERJ, 1998. P. 77

¹¹ BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985. p. 103

¹² BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985. p. 105

¹³ BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985. p. 105

¹⁴ BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985. p. 108

¹⁵ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Medidas de segurança e reforma psiquiátrica**. Silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciais brasileiros. Florianópolis: Empório do Direito. p. 112.

¹⁶ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Medidas de segurança e reforma psiquiátrica**. Silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciais brasileiros. Florianópolis: Empório do Direito. p. 118.

¹⁷ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Medidas de segurança e reforma psiquiátrica**. Silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciais brasileiros. Florianópolis: Empório do Direito. p. 113.

¹⁸ CORREIA, Ludmilla; PASSOS Rachel (org.). **Dimensão jurídico-política da reforma psiquiátrica brasileira: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Gramma: 2017. p. 80.

afirmação, senão a de que a separação dos loucos da punição ordinária é meramente conceitual e simbólica.

Defendia esse posicionamento, Fragoso¹⁹, ao assegurar que, na prática, a medida de segurança não se distinguiria da pena: ela também representaria perda de direitos e poderia ser, inclusive, mais aflictiva do que a pena. Pode-se conceber, portanto, que toda medida coercitiva imposta pelo Estado é uma violência, revestida e encoberta por qualquer nome ou procedimento que se queira atribuir, tornando-se clara a necessidade de visualizar a semelhança entre os institutos penais a disposição, no nosso ordenamento.

3 O tempo como fator convergente da pena e da medida de segurança

Conceitualmente, a pena e a medida de segurança possuem divergências e particularidades. No presente capítulo, julga-se como essencial pontuar tais disparidades, para, por fim, demonstrar pontos de semelhança entre ambas.

Pois bem. Nelson Hungria destaca que a pena seria uma sanção aplicada ao indivíduo, que, consciente de suas ações e deliberadamente, lesiona ao bem jurídico alheio. Por esse motivo, deveria receber uma penalidade, baseada em caráter ético, que serviria para afligi-lo, mas também, para expiá-lo, pelo mal causado.

Ao revés, a medida de segurança se revestiria de um caráter terapêutico e preventivo e, seria aplicada àqueles ditos irresponsáveis, incapazes de dirigir as próprias ações. Teria por fundamento a utilidade e, seria atribuído um tratamento adequado, que poderia cessar seu caráter periculoso.²⁰

No capítulo anterior já fora demasiadamente debatida a tese de que, ainda que revestidas de particularidades, a pena e a medida de segurança seriam consideradas como espaços de violência institucional e, que, portanto, não estariam tão distantes uma da outra.

Mariana Weigert pontua que a proteção atribuída pelo ordenamento aos inimputáveis, seria uma falácia pela qual, em nome da suposta garantia de seus direitos, seria excluída a possibilidade da responsabilização penal, vedando a imposição de penas. Todavia, de modo visivelmente contraditório, seriam afastados todos os limites à intervenção punitiva, isto é, em nome do suposto tratamento atribuído, encontraria-se a possibilidade legal de que não fossem respeitados os limites à temporalidade da execução.²¹

Quando se trata da aplicação da pena, faz-se relevante destacar que o ordenamento atribuiu balizas para a sua fixação. Ana Messuti avulta que se trataria de uma relação de intercâmbio, em que aceitando a comunidade que cada prestação daria lugar a uma contraprestação, sendo ela negativa ou positiva, deveria ser suportada pelo meio.²² Daí que os atos autoritários passaram a ser vistos não como medidas

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 548-560

²⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Vol. III. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1942, p. 50

²¹ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Medidas de segurança e reforma psiquiátrica**. Silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciais brasileiros. Florianópolis: Empório do Direito, p. 174.

²² MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20

duras, mas como necessárias, sendo justificáveis a aplicação de penas longas, pois estas seriam as únicas capazes de proporcionar a paz social²³, negando o delito²⁴.

Assim, se por um lado faz-se necessário atribuir garantias aos delinquentes com maior respeito em seu tratamento²⁵, por outro é essencial que seja aplicada uma justa reprimenda, já que essa determina a reprovação da prática de vários atos, em favor dos direitos fundamentais.²⁶

A grande questão reside em como aplicar essa penalidade. A resposta é evidente, uma vez que sendo negadas as aplicações de penas corporais, zelando pelo princípio da humanidade²⁷, a solução encontrada teria sido a de afastar o delinquente do seio social, dando-lhe a oportunidade de refletir sobre os atos praticados. E, tal reflexão – que serve de pena – deve guardar uma certa proporcionalidade, isto é, não pode ser tão curta, a ponto de desprezar o mal causado, tampouco,²⁸ tão longa a ponto de retirar o que existe de mais efêmero no homem: sua vida. Teoriza Ana Messuti²⁹:

A pena de prisão, que veio para humanizar o direito, para substituir a barbárie dos castigos corporais, afeta o sujeito em seu ponto mais vulnerável: esse pouco tempo de vida que lhe corresponde, e que é a própria vida.

Trata-se, portanto, de uma questão essencialmente relacionada ao tempo³⁰.

Foucault³¹ já predizia que a prisão e o cárcere ofereceriam essa clareza jurídica, uma vez que, permitindo que o indivíduo refletisse sobre o mal que efetivamente teria causado, permitiria quantificar a pena em função do tempo. Esse pensamento também foi partilhado por Ana Messuti,³² que ao entender a pena como uma retribuição e, consistindo ela no transcurso de tempo, estaria se empregando o tempo como castigo.

A pena de prisão, portanto, seria diferenciada das demais formas de aplicação de pena – isto é, penas pecuniárias, prestações de serviços à comunidade – por combinar dois elementos: o tempo e o espaço³³.

Ora, considerando esses dois elementos, isoladamente, não seria a medida de segurança um atributo semelhante? Ao entregar aos hospitais psiquiátricos o suposto tratamento dos indivíduos e deixá-los segregados por tempo indeterminado, traz-se à medida de segurança um caráter aflictivo, característico da pena.

Pode-se ainda, afirmar que, a medida de segurança poderia ser, ainda mais severa, ao se considerar que sua durabilidade pode ser maior que a aplicação de uma pena.

²³ PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da constituição: Transformações, permanências, resistência democrática. In *Resistência democrática: II Congresso de direito penal e criminologia*. Rio de Janeiro: **R. EMERJ**, jan.-fev. 2015. V. 18, p. 553.

²⁴ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22

²⁵ Durkheim, Émile Durkheim, Deux lois de L'évolution pénale. Paris: **L'Année Sociologique**, 1899-1900, vol. IV. p. 9.

²⁶ SOZZO, Máximo. **La inflación punitiva**. Un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990 – 2015). 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Fronteras, 2017, p. 173

²⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006, p. 74.

²⁸ Hegel, G. W. F., **Fundamentos de la filosofía del derecho**. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968 p. 127.

²⁹ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 62

³⁰ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 70

³¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento na prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 269.

³² MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34

³³ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33

Pondera-se que, a passagem do tempo é, de fato, relativa e que o sujeito poderá senti-la de modo mais ou menos severo a depender de uma série de fatores, dentre eles, psicológicos, relacionados à sua vida pregressa, ou ainda, às condições do próprio cárcere ou manicômio: medidas que são internas e relacionam-se a eles próprios.

Dessa forma, o sujeito estaria imobilizado em determinado espaço, no qual transcorre um tempo diferente, qualificando-se tal imobilidade como uma espera.³⁴ Assim, é que assiste razão à Beccaria quando afirma que não seria a intensidade da pena o seu verdadeiro significante: mas sim sua extensão.³⁵

Sendo assim, além de medida prática e aplicável, a pena e a medida de segurança seriam, também, normas jurídicas antecipadoras do futuro, determinando uma quantidade de tempo específica – ou não – que se configurará na duração da reprimenda³⁶.

Para definir essa duração, deve existir uma proporcionalidade entre o ato praticado, o desvalor que é atribuído pela comunidade e as condições pessoais e patológicas do indivíduo³⁷, de sorte que tal proporção só será conhecida ao se medir a intensidade de todos os atos.³⁸

Desta feita, entendendo a pena e, aqui por extensão a medida de segurança, como uma forma do subordinar o tempo aos fins que o direito almeja³⁹ - isto é, a punição -, é que se verifica que a passagem desse transcorrer é relativa.

Assim, devem ser levados em consideração fatores como a gravidade do delito e questões concretas, relacionadas à própria integridade do indivíduo.

4 As disposições do ordenamento jurídico nacional e dos tratados internacionais de direitos humanos os quais o Brasil é signatário

Com a compreensão de que o tempo de pena é a medida que irá determinar o índice de reprovabilidade da conduta, certo é que este não se revela uniforme no plano concreto, diante da diversidade de ordenamentos jurídicos⁴⁰. Isso porque, cada sistema possui um histórico diferente, cujas fraquezas e violações de direitos são variáveis e, portanto, podem e devem estabelecer penalidades distintas para os delitos cometidos, a depender de como a conduta afeta aquela determinada comunidade.

Entretanto, a facilidade de livre circulação, combinada com o crescimento desenfreado das organizações e potências mundiais⁴¹, gerou cenários em que a competência de determinado ordenamento restava obscura: suscitando o questionamento “a penalidade de qual ordenamento deve ser aplicada?” e mais, “havendo uma penalidade mais grave, a reprovabilidade da conduta será medida no grau de qual ordenamento?”

³⁴ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44

³⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006, p. 75.

³⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44

³⁷ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

³⁸ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36

³⁹ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42

⁴⁰ AKEMI BELTRAME, Priscila. **Tutela penal dos direitos humanos e o expansionismo punitivo**. 20135. 271 páginas. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, p. 95.

⁴¹ AKEMI BELTRAME, Priscila. **Tutela penal dos direitos humanos e o expansionismo punitivo**. 20135. 271 páginas. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, p. 98.

Tratando-se de uma preocupação legítima com alcance global, que estava em crescente expansão e atingia diversos bens jurídicos, é que esses ordenamentos jurídicos⁴², baseados em princípios da cooperação e dignidade da pessoa humana, decidiram estabelecer normas, aplicando uma jurisdição internacional comum, que culminou na criação do Estatuto de Roma.

A função primordial do Estatuto de Roma foi ratificar entre os Estados membros um compromisso de cooperação. É de se ressaltar que essa cooperação não significou, necessariamente, que as penalidades aplicadas seriam idênticas em todos os ordenamentos. Por outro lado, verificou-se a existência de eventuais incompatibilidades em relação a alguns dos valores consagrados pelos Estados e as disposições do Tratado.⁴³

A relevância de compreender a importância de Tratados Internacionais os quais o Brasil é signatário para o presente estudo, e, em especial, ao Estatuto de Roma, é avaliar se existe congruência entre os índices de reprovabilidade das condutas adotadas por ambos, bem como, se em eventual incongruência, há violação a garantias constitucionais.

Pois bem. Partindo-se da disposição mais controvertida do Estatuto de Roma e da Constituição Federal Brasileira, tem-se a cominação da prisão perpétua no art. 77, §1º, que vai de encontro ao preceituado no art. 5º da CF/88.⁴⁴

Observe-se:

Art. 5º

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Assim, há previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio vedando a cominação de penas de caráter perpétuo ou pena de morte.

Desta feita, restaria incompatível acatar a disposição do Estatuto de Roma, seja pela própria disposição legal, seja pelo respeito aos princípios da humanidade e da dignidade da pessoa humana. Ora, trata-se de uma questão internacional relacionada à aplicação de uma penalidade que é vedada pelo ordenamento.

A questão fora, inclusive, discutida por Ana Messuti, que suscita o questionamento primordial: “por quanto tempo quer se retirar esse indivíduo do convívio social?” A resposta, levando-se em consideração a disposição do Estatuto de Roma, seria “para sempre”, trazendo como consequência a disposição da pena perpétua⁴⁵.

⁴² GOMES, Luiz Flavio; GARCIA, Antônio; MOLINA, Pablos De; BIANCHINI, Alice. **Direito penal introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. Editora: RT. São Paulo, 2009, p. 141.

⁴³ DELLA TORRE NETTO, Adhemar. O Tribunal Penal Internacional como órgão do Poder Judiciário brasileiro e a ordem de entrega. Cadernos de Direito, Brasil, v. 11, n.21, mai. 2012. Disponível em: < <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/186>>, acesso em 25 de julho de 2020.

⁴⁴ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 de julho de 2020.

⁴⁵ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38

Tal conceito iria de encontro a ideais filosóficos e humanitários e retiraria do homem o que há de mais sagrado: sua esperança. A duração da pena, conforme já discutido no tópico anterior, reveste-se de importância por deixar sua marca na mente dos destinatários da mensagem da pena, isto é, nos condenados⁴⁶. Ao lidar com penas perpétuas, essa marca faz com que o homem necessite desaprender o aprendido, encarando e vivendo uma nova realidade, dentro das paredes do cárcere: tornando-se agora sua única realidade.

Esse pensamento é defendido e explanado por Ana Messuti⁴⁷ e reafirmado por Alberto Jorge Correia de Barros Lima⁴⁸ em sua obra, ao dissertarem que a vida homem seria consumida junto com pena e que, ao fim de seu cumprimento, menos vida restaria e que sua alegria restaria no consolo do que lhe faltava viver.

Levando-se em consideração esses ideais, não se concebe o entendimento das cortes superiores de que a medida de segurança possa ser executada por tempo indeterminado, ainda que se entenda que a periculosidade não é um conceito que possa ser objetivamente aferido. Por considerar a vida como algo único e, ainda, efêmero e passageiro, é que o ordenamento jurídico brasileiro, não comina à prática de um crime a condenação eterna, razão pela qual, não se julga razoável que o indivíduo possa ser retirado do convívio social por período indeterminado, por uma condição patológica a qual lhe é inerente.

O Superior Tribunal de Justiça, ao editar a súmula nº 527 estabeleceu que *“O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”*.

Contudo, o entendimento jurisprudencial aceita a perpetuidade da referida medida, mantendo a internação enquanto não houver laudo positivo que indique a cessação da periculosidade do internado, prazo esse que pode se prolongar até o máximo da execução da pena no país, isto é, por 30 (trinta) anos.

Ora, ao que parece, o ordenamento concebe que não seria possível dar outras alternativas ao sujeito louco que cometeu um delito, porque a sua periculosidade estaria sempre à espreita, esperando um momento certo para se manifestar e dar origem a outro ato violento⁴⁹.

5 O aumento no limite máximo de cumprimento de pena estabelecido na Lei nº 13.964/19 e os efeitos para a execução da medida de segurança

Com o advento da Lei n. 13.964/19, inúmeras medidas foram implantadas no ordenamento jurídico, dentre elas a alteração do art. 75 do Código Penal, que ampliou o tempo de cumprimento de pena no Brasil, estabelecendo o patamar de 40 (quarenta) anos, antes fixado em 30 (trinta).

A justificativa apresentada pelo legislador para tal aumento é de que para o estabelecimento do tempo máximo de cumprimento de pena, teriam que ser analisados fatores como o grau de reprovabilidade da conduta e o tempo médio de vida do cidadão brasileiro, de modo a criar

⁴⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006, p. 75.

⁴⁷ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 16

⁴⁸ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

⁴⁹ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Medidas de segurança e reforma psiquiátrica**. Silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciários brasileiros. p. 27.

proporcionalidade entre o tempo que o condenado passaria na prisão para ser punido pelo mal causado, sem que isso afetasse significativamente o seu tempo de vida.⁵⁰

Tal aumento no cumprimento de pena reflete diretamente na execução das medidas de segurança, uma vez que, caso tenha sido ultrapassado o período máximo da pena cominada em abstrato, poderia o tratamento do indivíduo ser prolongado por até 40 (quarenta) anos.

Pois bem. No momento da edição do Código Penal, em 1940, de acordo com a pesquisa realizada pelo IBGE, a expectativa média de vida do cidadão brasileiro seria de 73 anos, o que tornaria razoável o estabelecimento do limite de pena máximo em 30 (trinta) anos.

Com a expansão do direito penal e o recrudescimento vislumbrado nas sociedades pós-industriais, verificou-se uma tendência dominante em introduzir novos tipos penais e agravar aqueles já existentes, gerando uma clara antinomia entre o direito penal da intervenção mínima e a suposta necessidade de conferir proteção a bens jurídicos relevantes.⁵¹

A partir desse ideal expansionista, aliado à necessidade de conferir maior reprovabilidade às condutas e, com o aumento da expectativa de vida do brasileiro para 76,3 anos⁵², como justificativa plausível, é que o legislador no chamado “Pacote Anticrime”, decidiu por aumentar o limite máximo de cumprimento de pena.

No tópico anterior, suscitou-se sobre a legalidade desse aumento, que a princípio, não encontraria qualquer óbice, haja vista que a Constituição Federal veda, tão somente, o estabelecimento de penas perpétuas e as de morte, bem como, penas cruéis.

Ainda que por um viés filosófico possa se pensar que esse aumento se reveste de crueldade, por afetar a alma humana, nos preceitos de Beccaria⁵³, tal argumento, por si só, não é suficiente para tornar esse aumento ilegítimo. Por outro lado, quando se analisam os princípios constitucionais, vê-se que a decisão do legislador, fez o direito penal retornar ao seu viés vingativo⁵⁴, afastando-se da previsão de um Estado democrático de direito e suas previsões.

Salo de Carvalho⁵⁵ propõe avaliar a humanidade das sanções das penas privativas de liberdade em dois critérios: o abstrato, tratando da quantidade máxima da pena; e o segundo, concreto, tratando da realidade do sistema punitivo.

Passemos à análise de cada um deles.

Conforme já destacado, o critério abstrato é aferido com base na quantidade máxima de pena que pode ser aplicada a cada indivíduo. Trata-se de uma questão de proporcionalidade, que remete a uma

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión de Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001. p. 22.

⁵² IBGE. Resolução nº 06, de 26 de novembro de 2019. Divulga a Tábua Completa de Mortalidade - ambos os sexos - 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, DO-U de 28-11-2019.

⁵³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006, p. 75.

⁵⁴ CARVALHO, Salo. Lei Anticrime e Proibição de Retrocesso: sobre o aumento do limite máximo das penas na Lei 13.964/19. In: Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Salvador: **Trincheira Democrática**, ano 3, v. 7, fevereiro de 2020, p. 10.

⁵⁵ CARVALHO, Salo. Lei Anticrime e Proibição de Retrocesso: sobre o aumento do limite máximo das penas na Lei 13.964/19. In: Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Salvador: **Trincheira Democrática**, ano 3, v. 7, fevereiro de 2020, p. 10.

concepção jusnaturalista de que a pena deveria se igualar ao crime praticado, consistindo em um mal de igual intensidade e natureza⁵⁶, transfigurado em tempo.

Assim, com o aumento da expectativa de vida e, analisando-se unicamente o critério abstrato, o legislador julgou possível a elevação do tempo máximo de cumprimento de pena. Todavia, parece que tal elevação é vislumbrada por um único patamar e desprovida de qualquer estudo aprofundado, o que é possível afirmar a partir do critério concreto, isto é, da realidade do sistema punitivo.

Quando se concebe que os hospitais psiquiátricos e as penitenciárias podem privar o indivíduo de sua liberdade, por mais tempo, deve-se provocar um investimento financeiro ainda maior⁵⁷. Isso porque ao aumentar a sua convivência naquele espaço, deve o Estado prover as condições necessárias para o seu regular convívio, nessa nova realidade, sem que isso desumanize o ser humano.

Desta feita, o cárcere, ainda que eminentemente punitivo não pode ter o condão de animalizar o homem e fazê-lo viver em condições precárias. Da mesma forma, não pode o hospital psiquiátrico anular o indivíduo e sedá-lo, indefinidamente. É o que prevê o princípio constitucional penal da humanidade, que supera e transcende a própria ideia de proporcionalidade, mas leva em consideração a própria realidade da política criminal.⁵⁸

Por outro lado, não é o que se verifica no cenário brasileiro. No julgamento da cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade do estado das penitenciárias no sistema brasileiro⁵⁹.

Nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, nas penitenciárias ocorreria uma violação generalizada aos direitos fundamentais dos presos, no tocante a sua dignidade, higidez física e integridade psíquica. E, ainda, que:

“a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas”.⁶⁰

Ora, o que se verifica é que as penitenciárias, num cenário concreto, não possuem condições estruturais para abarcar os presos que já existem, e com o aumento do limite máximo de cumprimento de pena, a consequência natural e aritmética é que mais condenados permaneçam por mais tempo nessa condição degradante.

Com relação aos hospitais psiquiátricos, vê-se situação semelhante. O relatório de inspeção nacional nos Hospitais Psiquiátricos do Brasil⁶¹, realizado em 2019, verificou a existência de uma

⁵⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

⁵⁷ CARVALHO, Salo. **Sobre as possibilidades de uma penologia crítica**: Provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. Polis e Psique, v. 3, 2013, p. 147.

⁵⁸ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

⁵⁹ CARVALHO, Salo. Lei Anticrime e Proibição de Retrocesso: sobre o aumento do limite máximo das penas na Lei 13.964/19. In: Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Salvador: **Trincheira Democrática**, ano 3, v. 7, fevereiro de 2020, p. 11.

⁶⁰ STF, ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09.09.15.

⁶¹ Conselho Federal de Psicologia - CFP, & Ministério Público do Trabalho - MPT. (2019). Hospitais psiquiátricos no Brasil: Relatório de Inspeção Nacional - 2019. Brasília, DF: os autores. Recuperado de < https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2019/12/549.3_ly_RelatorioInspecaoHospPsiqu-ContraCapa-Final_v2Web.pdf >

situação alarmante no que se refere à desassistência da atenção à saúde nos hospitais psiquiátricos brasileiros, tendo sido observadas com graves e múltiplas violações de direitos humanos das pessoas com transtornos mentais. Dentre eles, destacou a utilização de castigos, o isolamento e o uso excessivo de medicação, que vulnerabilizam ainda mais os sujeitos nelas inseridos.

Desta feita, seriam instituições que possuem uma expressão histórica de incapacitação, em que o meio, faz com que as pessoas submetidas ao tratamento, tornem-se com o passar do tempo ainda mais incapacitadas.

Por fim, o que se vê é que não há proporcionalidade, ou sequer respeito aos princípios constitucionais, no aumento provocado pela Lei nº 13.964/19, pensamento esse defendido por Salo de Carvalho, que assegura que a opção político criminal de tal matéria teve o único intuito de consolidar de modo formal e explícito o sofrimento da medida punitiva, que se estende, de modo arrazoado às medidas de segurança.

6 Considerações finais

O presente estudo buscou analisar se as medidas de segurança cumpriam a sua finalidade e exerciam a função de tratar os indivíduos inimputáveis, que haviam cometido delitos.

A partir da análise doutrinária, foi verificada a prática da violência institucional na execução das medidas, tanto pelo espaço, que não atende a condições sanitárias adequadas, como pela ausência de profissionais capacitados.

Ademais, através da própria previsão legal, que atribui uma extensão indeterminada de sua duração, foi possível concluir que, na prática, as medidas de segurança, em muito se assemelham à cominação de uma pena, que as fazem ser semelhantes a uma pena propriamente dita.

Nesse teor, o escorço filosófico e teórico permitiu compreender como a pena aplicada se revestia em aspecto temporal, capaz de configurar um caráter retributivo, demonstrando que deveria existir proporcionalidade entre o tempo no cárcere e o delito cometido.

Associou-se a essa premissa teórica um estudo acerca dos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário, destacando especial importância ao Estatuto de Roma, que prevê a possibilidade de aplicação de pena perpétua. Com efeito, a partir da análise da Constituição Federal, concluiu-se que, apesar de ser vedado o estabelecimento de tais medidas em âmbito nacional, seria possível sua ocorrência em seara internacional na prática de delitos cuja competência lhe alcançasse, sem que isso ferisse a qualquer dispositivo nacional.

Todavia, após análise, longe de exaurir o tema, foi possível verificar que essa elevação influi diretamente na execução da medida de segurança, cuja duração, agora pode se estendera até 40 (quarenta) anos e que, não foi baseada em um estudo da conjuntura concreta, mas tão somente, em dados teóricos, que foram utilizados para justificar um expansionismo penal.

Referências

- AKEMI BELTRAME, Priscila. **Tutela penal dos direitos humanos e o expansionismo punitivo**. 20135. 271 páginas. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo.
- BARRETO, Tobias. Menores e Loucos em Direito Criminal. In: Coleção História do Direito Brasileiro, **Senatus**, BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985. Brasília, v. 3, n. 1, 2004.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006, p. 75
- BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 de julho de 2020.
- CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro. EdUERJ, 1998.
- CARVALHO, Salo. Lei Anticrime e Proibição de Retrocesso: sobre o aumento do limite máximo das penas na Lei 13.964/19. In: Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Salvador: **Trincheira Democrática**, ano 3, v. 7, fevereiro de 2020.
- CARVALHO, Salo. **Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: Provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento**. Polis e Pique, v. 3, 2013.
- Conselho Federal de Psicologia - CFP, & Ministério Público do Trabalho - MPT. (2019). Hospitais psiquiátricos no Brasil: Relatório de Inspeção Nacional - 2019. Brasília, DF: os autores. Recuperado de <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2019/12/549.3_ly_RelatorioInspecaoHospPsiq-ContraCapa-Final_v2Web.pdf>
- CORREIA, Ludimila; PASSOS Rachel (org.). **Dimensão jurídico-política da reforma psiquiátrica brasileira: limites e possibilidades**. Rio der Janeiro: Gramma: 2017. p. 80.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 548-560
- DELLA TORRE NETTO, Adhemar. O Tribunal Penal Internacional como órgão do Poder Judiciário brasileiro e a ordem de entrega. Cadernos de Direito, Brasil, v. 11, n.21, mai. 2012. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/186>>, acesso em 25 de julho de 2020.
- DURKHEIM, Émile. Deux lois de L'évolution pénale. Paris: **L'Année Sociologique**, 1899-1900, vol. IV. p. 9.
- FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. Tradução: José Teixeira Coelho Netto. São Paulo. Editora Perspectiva, 1978.
- GOMES, Luiz Flavio; GARCIA, Antônio; MOLINA, Pablos De; BIANCHINI, Alice. **Direito penal introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. Editora: RT. São Paulo, 2009, p. 141.
- HEGEL, G. W. F., **Fundamentos de la filosofía del derecho**. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968 p. 120-140
- HUNGRIA, Nelson**. Comentários ao Código Penal, Vol. III. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1942.
- IBGE. Resolução nº 06, de 26 de novembro de 2019. Divulga a Tábua Completa de Mortalidade - ambos os sexos - 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, DO-U de 28-11-2019.
- LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da constituição: Transformações, permanências, resistência democrática. In Resistência democrática: II Congresso de direito penal e criminologia. Rio de Janeiro: **R. EMERJ**, jan.-fev. 2015. V. 18.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión de Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001. p. 22.
- SOZZO, Máximo. **La inflación punitiva**. Un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990 – 2015). 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Fronteras, 2017.
- WEIGERT. Mariana de Assis Brasil e. **Medidas de segurança e reforma psiquiátrica**. Silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciários brasileiros. Florianópolis: Empório do Direito.

Recebido: 15/07/2022

Aprovado: 29/08/2023

Sextortion: caracterização dogmática e delimitação da imputação criminal em Portugal

Sextortion: dogmatic characterization and limitation of criminal imputation in Portugal

Joaquim Ramalho 

Advogado. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Doutor em Direito pela Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, Universidad de Vigo, Espanha. Professor Associado na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Fernando Pessoa, Portugal. Investigador no Observatório Permanente de Violência e Crime, Universidade Fernando Pessoa, Portugal.

Susana Ramalho 

Doutoranda em Neurociencia e Psicoloxía Clínica pela Universidade de A Coruña, Universidade de Santiago de Compostela e Universidade de Vigo, Espanha; Licenciada em Psicologia Social e do Trabalho pela Universidade Fernando Pessoa, Portugal; Membro do I3ID - Research, Innovation and Development Institute da Escola Superior de Saúde do Instituto Politécnico do Porto, Portugal; Membro do CECLIN- Center for Clinical Studies do Hospital Escola Fernando Pessoa, Portugal.

Resumo: O *sextortion*, tal como o cibercrime em geral, é um crime que tem vindo a sofrer um aumento da prevalência, manifestando o Direito dificuldades na sua tipificação e diferenciação em relação a outros tipos de crime. Deste modo, este artigo visa realizar uma abordagem reflexiva sobre a imputação da responsabilidade criminal em Portugal, procurando uniformizar a sua tipificação e evitar divergências doutrinárias. Na imputação, partindo de uma conceção *stricto sensu*, o crime de *sextortion* subsume-se à posse autorizada das imagens da vítima e, através da ameaça de partilha das mesmas no ciberespaço, procurar obter vantagem financeira, novos conteúdos íntimos e encontros presenciais.

Palavras-chave: Devassa por meio de informática; Extorsão; Cibercrime; Crimes Sexuais; Relações virtuais.

Abstract: *Sextortion*, like cybercrime in general, is a crime that has been experiencing an increase in prevalence, with the law showing difficulties in its classification and differentiation from other crimes. Thus, this article aims to conduct a reflexive approach on the imputation of criminal responsibility in Portugal, seeking to standardize its classification and avoid doctrinal divergences. In imputation, based on a *stricto sensu* conception, the crime of *sextortion* is subsumed in the authorized possession of the victim's images and, through the threat of sharing them in cyberspace, seeking to obtain financial advantage, new intimate content and face-to-face encounters.

Keywords: Debauchery through IT; Extortion; Cybercrime; Sexual Offences; Online relationships.

1 Introdução

A violência tem vindo a disseminar-se nas sociedades contemporâneas e percebe-se que, em certa medida, as políticas de segurança pública implementadas não têm sido suficientemente eficazes para a enfrentar. Deste modo, decorrente de novos contornos e de novas práticas criminosas, há um crescente número de vítimas cujas agressões não se restringem ao âmbito patrimonial ou à integridade física do indivíduo e são suscetíveis de causar enormes consequências, em alguns casos irreparáveis (Rodrigues Nunes, 2020).

Os crimes realizados através sistemas informáticos, o denominado cibercrime em sentido amplo, envolve dificuldades em identificar o agente do crime, mas também devido ao seu elevado grau de difusão e de perpetuação, são dos crimes que mais impacto têm nas vítimas.

O cibercrime é hoje uma das principais ameaças ao respeito pelos Direitos Fundamentais dos cidadãos, podendo até ser, por variadas razões, uma ameaça à própria segurança nacional e internacional.

Como a internet favorece o anonimato, facilitando o acesso às vítimas, ocorre uma significativa deterioração dos mecanismos que permitem a identificação dos agentes do crime, resultando daqui prejuízos para a investigação policial, dado que é mais difícil aceder ao fato criminoso. Deste modo, é imprescindível que o Direito, respeitando o seu princípio atualista, tal como as outras ciências sociais, seja atualizado de acordo com a evolução das sociedades, procurando recuperar algum tempo perdido, devido ao facto de não estar pensado e preparado, designadamente na prova e na obtenção de prova (Venâncio, 2011), para alguns tipos de crimes.

Pelo exposto, percebe-se que o Direito deve adequar-se às novas práticas delituosas e essa adequação, inclusive, pode se dar com a criação de novos tipos ou com a adaptação dos já definidos em lei, porque, tal como refere Venâncio (2022), na construção dos tipos legais de crime exige-se ao legislador que descreva o facto punível da forma o mais precisa possível. É constitucionalmente imposto que a conduta qualificada como crime seja objetivamente determinável pelos destinatários da norma penal.

É, com este fundamento, que, como ponto de partida da presente investigação, se torna fundamental elaborar uma caracterização dogmática e uma reflexão profunda acerca da delimitação da imputação penal de um crime que pode ter um colossal impacto nas vítimas, como é o caso do *sextortion*, o qual ocorre quando, após a obtenção ou a partilha de conteúdos de natureza sexual, como, por exemplo, fotografias ou vídeos, o agente do crime utiliza esses mesmos conteúdos para coagir e chantagear a vítima de forma a obter vantagem financeira, novos conteúdos íntimos e encontros presenciais com a vítima.

2. Cibercrime

As novas tecnologias apresentam uma enorme relevância na vida dos cidadãos. Estas, normalmente, são usadas em benefício dos seus utilizadores, permitindo que, em segundos, se possa ter acesso a informação contida em qualquer parte do mundo. No entanto, as novas tecnologias não acarretam apenas vantagens, dado que a utilização universal de meios como o correio eletrónico ou as redes sociais, constituem um meio de proliferação de determinados tipos de condutas lesivas e ilícitas,

como, por exemplo, a criminalidade informática, designada de cibercrime, que, sob os prismas do anonimato e da gigantesca velocidade de divulgação de informações, fazem estimular diversos crimes.

Numa perspetiva jurídica, a aplicabilidade do Direito Positivo à sociedade de informação levantou, desde sempre, diversos problemas de competência territorial, de ausência de previsão legal e de serviços dificilmente enquadráveis nos diplomas legais existentes (Venâncio, 2022), pelo que, deste modo, se deverá definir uma temática tão complexa como é o cibercrime.

Procurando definir cibercriminalidade, importa salientar que não existe consenso doutrinal quanto à sua definição e tipologia. Uma das entidades que mais tem vindo a estudar e classificar este tipo de crimes é a Comissão Europeia (2007)¹, encarando o cibercrime como sendo referente a todos os atos criminosos praticados com recurso a redes comunicacionais eletrónicas e sistemas de informação ou contra este tipo de redes ou sistemas, acrescentando também que o cibercrime envolve ainda os crimes de cariz convencional, que sejam realizados por meio ou intermédio de dispositivos eletrónicos ou que incluam a utilização de alguma ação digital como instrumento para a prática do crime.

A globalização é vista como um agente facilitador dos crimes praticados por meios eletrónicos e, assim sendo, no mundo e particularmente na europa, têm vindo a ser desenvolvidas diversas fontes normativas no que respeita à cibercriminalidade, uma vez que, tal como acrescenta Marques Dias (2012), a diversidade de ordens jurídicas e a respetiva diferente qualificação do ilícito, levam a que à mesma conduta lesiva sejam aplicadas diferentes sanções ou até que a conduta seja vista como um ilícito criminal num país e não o seja noutro.

Até ao ano de 2009, Portugal não havia dado cumprimento aos diferentes preceitos de cariz internacional a que se encontrava vinculado, resultantes do facto de ter assinado, em 23 de novembro de 2001, a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, que é, ainda hoje, considerada como o primeiro e mais importante trabalho internacional versando a temática cibercrime. Em 2009, com a publicação da Lei nº 109/2009 de 15 de setembro, Portugal transpôs para a ordem interna a Decisão-Quadro nº 2005/222/JAI do Conselho da Europa, relativa a ataques contra sistemas de informação², tornando mais clara a aplicação da lei penal portuguesa e a competência dos tribunais nesta matéria.

De acordo com a Procuradoria-Geral da República de Portugal (2022), uma forma de cibercrime que tem vindo a verificar um aumento significativo em termos de prevalência é o *sextortion*. Com isto, até porque são poucas as investigações que versam sobre o regime deste crime, é deveres relevante aprofundar o estudo jurídico deste regime, delimitando a sua tipificação e imputação criminal.

3. *Sextortion*

Muitos têm sido os esforços no combate ao cibercrime, no entanto, a cibercriminalidade tem vindo a aumentar ao longo dos anos. De acordo com a Procuradoria-Geral da República de Portugal (2022), crimes como os de *divulgação de fotografias e de outras informações pessoais*, o de *incremento do discurso de ódio online*, o *ciberstalking* e o *sextortion*, são dos crimes que mais têm vindo a aumentar a sua prevalência, nomeadamente nos últimos 5/6 anos.

¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité das Regiões. Rumo a uma política geral de luta contra o cibercrime. In <https://eur-lex.europa.eu>.

² Tal como refere o artº 1.º da Lei nº 109/2009 de 15 de setembro.

Refere a mesma fonte que as denúncias de cibercrime, em sentido amplo, têm vindo a crescer, de uma forma consistente, desde o ano de 2016. No ano de 2020, as denúncias aumentaram de uma forma excecional, no entanto, o aumento foi ainda mais expressivo no ano de 2021, revelando que entre os dias 01 de janeiro e 31 de dezembro foram recebidas 1160 denúncias, enquanto no total do ano anterior foram registadas 544 denúncias, ou seja, de ano para ano, as denúncias têm vindo a duplicar.

Passando a analisar, especificamente, o regime do *sextortion*, importa, desde já, referir que não estamos a abordar um crime que seja propriamente novo, dado que os tribunais (nacionais e internacionais) têm vindo, ao longo dos anos, a analisar processos judiciais que envolvem este tipo de crime. De acordo com Wittes, Poplin, Jurecic & Spera (2016), há acórdãos internacionais sobre este crime a partir de 2010, no entanto, tal como referem Patchin & Handuja (2020), a reflexão sobre o regime de imputação criminal é absolutamente essencial, dado que, apesar do aumento exponencial de casos de *sextortion*, alguns deles bastante proeminentes, a atenção do legislador para o assunto não tem sido significativa, nomeadamente quando comparado com crimes como os de *bullying* ou de *stalking*, embora o impacto do *sextortion* na vítima possa até ser mais profundo e duradouro.

O *sextortion* é um termo de origem inglesa, revelando uma conduta que pode ser estudada sob diversas perspetivas, por ser de interesse de estudo multidisciplinar de distintas áreas, como sejam a jurídica, a social, a psicológica, entre outras.

Este crime ocorre quando, após a obtenção ou a partilha de conteúdos de natureza sexual, tais como fotografias ou vídeos, o agente do crime utiliza esses mesmos conteúdos para coagir a vítima, de modo a obter, por exemplo, vantagem financeira, novos conteúdos íntimos e encontros presenciais com a vítima (APAV, 2020).

Numa fase inicial³, o ofensor procura a vítima e tenta estabelecer uma relação de confiança com a mesma, de modo que esta lhe possa facultar ou fornecer conteúdos comprometedores (Wittes, Poplin, Jurecic & Spera, 2016). As técnicas mais utilizadas passam sempre pela manipulação (através de elogios permanentes) e persuasão (Açar, 2016; O'Malley & Holt, 2022; Walker & Sleath, 2017), designadas como *grooming online*, o qual corresponde a um processo de manipulação e aliciamento. Inicia-se com uma abordagem não sexual, de modo a convencer a vítima a encontrar-se pessoalmente com o agente ou a produzir e enviar conteúdos de cariz íntimo.

Pelo exposto, percebe-se que o *sextortion* corresponde também a uma forma de violência emocional, em que a vítima vivencia uma enorme ansiedade, apreensão ou medo⁴. Algumas vítimas de *sextortion* mencionam também que revelam sentimentos próximos dos de violação, uma profunda sensação de perda de controlo sobre a sua própria vida (Sanders, 2017), bem como uma sensação de isolamento e de desconfiança generalizada em relação aos outros (O'Malley & Holt, 2022; Walker & Sleath, 2017).

³ Através, por exemplo, do *sexting*, que consiste no envio e partilha, através de tecnologias de informação e comunicação, de conteúdos sexuais ou eróticos.

⁴ Um caso que demonstra o impacto que o *sextortion* pode evidenciar foi o suicídio de uma adolescente canadiana, que, no ano de 2012, com apenas 15 anos, foi vítima de extorsão sexual no ciberespaço, fazendo assim realçar alguns aspetos que a sociedade não tinha valorizado. Esta adolescente, decorrente de uma conversa, através de um chat, com um adulto neerlandês, mostrou os seus seios depois de ter aliciada. Posteriormente, este adulto ameaçou a vítima, realçando que divulgaria a sua imagem para que esta realizasse o mesmo tipo de comportamento. Como a jovem não cumpriu as exigências do ofensor, este cumpriu a ameaça e divulgou a imagem da jovem na internet, o que originou problemas emocionais severos na vítima, nomeadamente, ansiedade, ataques de pânico e depressão profunda, tendo levado a que a jovem e a sua família mudassem de residência. Um ano após os factos, a adolescente, que continuava a ser vítima de *bullying*, cometeu suicídio.

Passando a analisar os fatores de prevalência, importa, desde já, ter em conta que os indicadores de prevalência relatados são, sem dúvida, escassos quando comparados com os indicadores reais, uma vez que não são amplos os casos que vivenciam *sextortion* e os relatam às autoridades competentes, por vergonha ou por receio de retaliações.

Durante todo o ano de 2021, foram feitas em Portugal 21 denúncias, com exigência de quantias monetárias para que os conteúdos íntimos não fossem divulgados. Conforme relata a Procuradoria-Geral da República (2022), este crime ocorreu sobretudo com vítimas que conheceram pessoas desconhecidas através da internet.

Embora qualquer pessoa possa ser vítima, o *sextortion* é, sem dúvida, mais prevalente nos adolescentes e jovens, tal como percebe pela tipologia do crime, por razões de imaturidade e também pelo maior índice de utilização das novas tecnologias, sendo também manifesto que os sujeitos do sexo feminino são um alvo bem mais prevalente por parte dos ofensores em comparação com o sexo masculino⁵ (O'Malley & Holt, 2022; Patchin & Handuja, 2020).

No que diz respeito à ligação entre o agente e a vítima, há fatores que parecem evidenciar que, em muitos casos, o agente e a vítima não se conhecem pessoalmente, nem o conteúdo sexual foi partilhado através de contactos físico e íntimos entre ambos. De acordo com Patchin & Handuja (2020), a maioria das vítimas relatou serem ofendidas por alguém que conheciam, com quem tinham relações de confiança, geralmente anteriores parceiros românticos.

Porém, podemos realçar que os casos de *sextortion* também são bastante prevalentes quando já existe uma relação anterior entre a vítima e o agente do crime, que pode passar por antigos parceiros sexuais ou amigos separados.

Tendo em conta este facto, em 2018, Portugal promulgou a Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto, a qual reforça a proteção jurídico-penal da intimidade da vida privada na internet, procedendo à alteração dos artº 152.º/2 do Código Penal Português, referente ao crime de violência doméstica, expressando, na sua alínea b), a punição com pena de prisão⁶ para quem difundir através da internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada das vítimas sem o seu consentimento.

Em termos gerais, os fatores que potenciam a vulnerabilidade e o risco de ser vítima sexual na internet passam pela insuficiência de conhecimento e consciencialização dos riscos associados à internet, as quais fazem, por exemplo, com que se forneçam informações e conteúdos verdadeiramente privados (Wittes, Poplin, Jurecic & Spera, 2016).

O aumento da prevalência de casos e as pesquisas mais recentes têm contribuído para uma melhoria da situação através de métodos padronizados de avaliação e gestão dos riscos do *sextortion* (Wittes, Poplin, Jurecic & Spera, 2016), procurando proteger bens jurídicos absolutos como sendo, entre outros, direitos individuais, integridade física e reserva e intimidade da vida privada.

⁵ Por isso, é tão importante o estabelecimento da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, conhecida como Convenção de Istambul. Portugal foi o primeiro membro da União Europeia a aderir a esta convenção, entrando em vigor no ano de 2014. De acordo com o expressamente previsto, nesta convenção, a violência contra as mulheres consiste na violação dos direitos humanos e é uma força de discriminação contra as mulheres, abrangendo todos os atos de violência de género que resultem, ou possam resultar, em danos físicos, sexuais, psicológicos, entre outros.

⁶ Pena de prisão de dois a cinco anos.

O recurso a ferramentas mais complexas tem vindo a auxiliar os especialistas a avaliar e a monitorizar o risco. Paralelamente algumas mudanças fundamentais podem ser encorajadas através da educação, no sentido de reconhecer e denunciar atos que envolvam a devassa da vida privada através da partilha de informações íntimas das vítimas, identificando este comportamento como algo sério, levando também os possíveis perpetradores a reconhecerem a natureza inaceitável e as consequências de suas ações (Wittes, Poplin, Jurecic & Spera, 2016).

O mais incompreensível de tudo o que envolve o *sextortion* é que, não raras vezes, o móbil do crime nem é propriamente, em si, a questão sexual, mas sim o sentimento de posse e de controlo que um procura exercer sobre o outro, a imposição de manutenção num relacionamento que não é desejado ou até mesmo a questão financeira, com o objetivo de obtenção de ganhos pessoais (Açar, 2016).

No plano técnico-jurídico, como se percebe, o *sextortion* possui vínculos estreitos com outras tipologias de crimes, pelo que é relevante delimitar a sua imputação, uma vez que não é incomum a existência de uma ténue diferenciação do *sextortion* com outros crimes. De acordo com O'Malley & Holt (2022), embora o método utilizado e algumas das razões que estão na base e estimulam o *sextortion* sejam semelhantes a outros tipos de cibercrimes de natureza interpessoal, ele difere desses mesmos crimes, cuja imputação criminal é diversa, como são os casos do *revenge porn*, da *chantagem sexual no trabalho* e da *gravação e fotografias ilícitas*.

O *sextortion* é um crime de abuso sexual, no entanto, este tipo de crime é diferente de outros tipos de abuso sexual baseados em imagens, tal como o *revenge porn*. No *sextortion*, as imagens são, normalmente, enviadas ao agente com o consentimento das vítimas, no entanto, posteriormente, elas serão distribuídas sem o seu consentimento caso não obtenha os benefícios que pretende. No crime de *revenge porn*⁷, o agente, como forma de retaliação, publica imagens da vítima no ciberespaço, sem autorização da vítima e sem que com isso procure obter benefícios (Wittes, Poplin, Jurecic & Spera, 2016).

A imputação é também diferenciada do crime de *gravação e fotografias ilícitas* (previsto e punido pelo artº 199.º do Código Penal Português), dado que no *sextortion* as imagens são enviadas com conhecimento e assentimento da vítima, enquanto no crime de *gravação e fotografias ilícitas* não há consentimento para a gravação.

O *sextortion* está próximo também do crime de *assédio* (crime que não está tipificado como crime autónomo no Código Penal Português, sendo correspondente ao crime de *importunação sexual*, previsto e punido pelo artº 170.º do Código Penal). Segundo a APAV (2020), o *assédio* poderá ser definido como qualquer comportamento indesejado praticado com algum grau de reiteração, que tem como objetivo afetar a integridade física e/ou psicológica de uma pessoa ou criar um ambiente intimidatório, hostil, humilhante, ofensivo e desestabilizador. Ocorre quando os referidos comportamentos indesejados de natureza verbal ou física revestem caráter sexual (por exemplo, convites de teor sexual, envio de mensagens de teor sexual, tentativa de contacto físico constrangedor, chantagem para obtenção de emprego ou progressão laboral, em troca de favores sexuais e gestos obscenos). Está expressamente previsto no Código do Trabalho Português, enquanto *assédio sexual laboral* (chantagem sexual no

⁷ Também referida na doutrina como “pornografia da vingança”, “cyber rape” ou “involuntary porn”. Ocorre quando existe uma quebra da confiança e de sigilo entre a vítima e o agente do crime, que divulga as imagens sem a autorização da primeira.

trabalho - previsto e punido pelo artº 29.º do Código do Trabalho⁸), o qual se insere na prática criminosa em que o agente, com promessas de progressão na carreira, de denegação de progressão na carreira ou ameaça de despedimento, compele a vítima a praticar relações sexuais (Açar, 2016). O *assédio sexual laboral* é caracterizado pelo uso abusivo de poder e transforma o local de trabalho num lugar vulnerável socialmente devido às relações de dependência que são criadas e mantidas por aqueles que beneficiam.

Na nossa apreciação, um dos casos de imputação doutrinal errada do crime de *sextortion* são os autores Sundström & Wängnerud (2021), que consideram que este crime corresponde a uma forma de exploração sexual que ocorre quando pessoas de autoridade procuram extorquir a vítima com favores sexuais em troca de algo. Em nosso entender, parece-nos absolutamente evidente que a imputação do crime está deveras incorreta, correspondendo este ao crime de *chantagem sexual no trabalho*.

Convém realçar que o *sextortion* possui ainda alguns vínculos com outros tipos de crimes, como sejam os crimes de *ameaça* (previsto e punido pelo artº 153.º do Código Penal Português), de *coação* (previsto e punido pelo artº 154.º do Código Penal Português) e de *coação sexual* (previsto e punido pelo artº 163.º do Código Penal Português).

Deste modo, após a diferenciação do regime do *sextortion* com outros crimes, na conceção de Açar (2016), é relevante destacar três fundamentos distintivos na imputação deste crime: o ciberespaço (não é necessário que ocorra uma interação física - presencial - entre o ofensor e a vítima), a posse (o ofensor está na posse autorizada de imagens privadas da vítima) e a extorsão (o ofensor força a vítima a praticar certos atos com base na ameaça de publicação dessas mesmas imagens).

É uma relação de poder e de controle que o ofensor exerce sobre a vítima, como seja, por exemplo, a incerteza de divulgação de imagens, cria medo e desespero para a vítima (O'Malley & Holt, 2022). Conforme referem Wittes, Poplin, Jurecic & Spera (2016), através do ciberespaço, o agente não tem de estar no mesmo país da vítima para a ameaçar sexualmente. Tal como refere Açar (2016), o desequilíbrio de poder existente entre o ofensor e a vítima após o ofensor ter na sua posse conteúdo íntimo, faz com que a vítima se torne extremamente vulnerável a ameaças e a chantagem.

O elemento mais importante do *sextortion* é que, após estar na posse autorizada de imagens, o ofensor usa essas mesmas imagens para ameaçar as vítimas e forçar o cumprimento de determinados tipos de comportamentos.

Portanto, partindo de uma imputação *stricto sensu*, relevam-se os seguintes elementos fundamentais que permitem delimitar o regime de imputabilidade do crime de *sextortion* face a outros crimes, nomeadamente com os supra citados e com os quais apresenta vínculos estreitos: posse autorizada das imagens da vítima e, através da ameaça de partilha das mesmas no ciberespaço, procurar obter vantagem financeira, novos conteúdos íntimos e encontros presenciais.

⁸ Refere o artº: 1 - É proibida a prática de assédio; 2 - Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador; 3 - Constitui assédio sexual o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objetivo ou o efeito referido no número anterior; 4 - A prática de assédio confere à vítima o direito de indemnização, aplicando-se o disposto no artigo anterior; 5 - A prática de assédio constitui contraordenação muito grave, sem prejuízo da eventual responsabilidade penal prevista nos termos da lei; 6 - O denunciante e as testemunhas por si indicadas não podem ser sancionados disciplinarmente, a menos que atuem com dolo, com base em declarações ou factos constantes dos autos de processo, judicial ou contraordenacional, desencadeado por assédio até decisão final, transitada em julgado, sem prejuízo do exercício do direito ao contraditório.

Realce-se que a ausência de qualquer uma destas premissas, impede a imputação criminal do *sextortion*, podendo, ainda assim, constituir um delito diferente.

4. Imputação criminal do *sextortion*

O princípio da legalidade (artº 29.º da Constituição da República Portuguesa e artº 1.º do Código Penal Português) defende que apenas é crime o que a lei tipifica como tal, correspondendo o crime, num sentido formalístico, à conduta típica, ilícita, culposa e punível. Deste modo, será seguidamente analisado, o regime de imputação do crime de *sextortion*, de modo a procurar promover coerência na sua imputação nacional e internacional.

Começando por analisar a conduta, seja esta por ação ou por omissão, apresenta como requisitos obrigatórios que a mesma se trate de um comportamento humano e voluntário, o que exclui da ação os simples e puros atos reflexos ou os atos cometidos num estado de inconsciência ou realizados sob um impulso de forças irresistíveis (artº 10.º do Código Penal Português)⁹.

No crime de *sextortion*, este apenas pode ser cometido por ação, em que há uma vontade, enquanto intenção de praticar o facto. Para Figueiredo Dias (2011), no âmbito do conceito baseado na teoria geral do crime, o conceito normativo-social de ação pode ser encarado como o suporte de todo o sistema do facto punível, já que este conceito de ação desempenha uma função de exclusão, segundo a qual se excluem todos os factos que não devam ser considerados jurídico-penalmente relevantes e que, por esse motivo, não são objeto de tipificação penal, selecionando apenas aqueles comportamentos socialmente inadequados, os quais, pelo seu maior dano social, devem ser tipificadas criminalmente em função do valor do bem jurídico e da gravidade da conduta¹⁰.

Abordando a matéria da tipicidade, lembre-se que o tipo diz respeito à ligação do crime à descrição da conduta proibida, o que acaba por ser uma função de garantia do cidadão, ao cumprir o princípio da legalidade penal e relevando a função político-crimal de proteção dos bens jurídicos.

A conduta típica será sempre aquela que lese ou coloque em perigo os bens jurídicos considerados fundamentais para a sociedade, seja por desvalor da ação¹¹ ou seja por desvalor do resultado, sendo que a primeira compreende o conjunto de elementos subjetivos que conformam o tipo de ilícito e o tipo de culpa, enquanto que a segunda compreende a criação de um estado juridicamente desaprovado e, assim, o conjunto de elementos objetivos do tipo de ilícito que configuram o delito (Figueiredo Dias, 2011).

Entendendo-se a subsunção como a verificação da correspondência entre a factualidade e a previsão legal, a tipificação do *sextortion* subsume-se aos crimes de *devassa por meio de informática* (que tipifica um crime contra a reserva e intimidade da vida privada - previsto e punido pelo artº 193.º

⁹ De acordo com Simas-Santos & Leal-Henriques (2018), a conduta depende de 4 componentes: a vontade, enquanto intenção de praticar o facto; a atividade, que corresponde à ação propriamente dita; o resultado, como consequência material da ação; e o nexo causal, que diz respeito ao nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

¹⁰ A conduta é, portanto, o conceito base de qualquer modalidade de crime (por ação ou por omissão; por dolo ou por negligência), suscetível de qualificações jurídico-penais da típicas, ilícitas e culposas.

¹¹ A relevância do desvalor da ação foi muito enfatizada pelas teorias finalistas, ou seja, se a finalidade da ação - ação final - constitui o elemento essencial da ação, então ela tem de ser o fator integrante do tipo e do ilícito, designando-se de ilícito pessoal.

do Código Penal Português) e de *extorsão* (que tipifica um crime contra o património - previsto e punido pelo artº 223.º do Código Penal Português).

O artº 193.º do Código Penal, relativo à tipificação do crime de *devassa por meio de informática*, menciona que aquele agente que criar, manter ou utilizar ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis e referentes à vida privada, é punido. Neste tipo de crime, ao contrário do que acontece com a devassa da vida privada, trata-se de um crime público, pelo que, o procedimento criminal não depende da apresentação de queixa nem da dedução de acusação particular.

O artigo 223.º, referente ao crime de *extorsão*, tipifica como crime quem, com intenção de conseguir para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, constranger outra pessoa, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, a uma disposição patrimonial que acarrete, para ela ou para outrem, prejuízo. O procedimento judicial não está dependente de queixa.

Refere um acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra que o crime de extorsão, em termos de dogmática jurídica, pode bem ser denominado como um crime de coação qualificado¹². Caracteriza-se como um crime híbrido com um significado pluriofensivo, uma vez que protege, simultaneamente, bens jurídicos distintos, designadamente o património e a liberdade. A ação típica corresponde a uma conduta de constrangimento de outra pessoa, através da ameaça com um mal importante, que tem como seu objeto um ato de disposição patrimonial¹³.

Devido à facilidade e enorme amplitude e rapidez de divulgação de conteúdos, a *devassa por meio de informática* e a *extorsão*, traduzem-se num método convencional utilizado pelos ofensores, em geral, que atuam no âmbito do cibercrime. A extorsão ocorre quando o ofensor se encontra na posse - autorizada - de conteúdos íntimos e constrangedoras da vítima e, consequentemente, utiliza esses mesmos conteúdos para coagir e chantagear a vítima de obter vantagem financeira, novos conteúdos íntimos e encontros presenciais com a vítima.

A tipicidade corresponde à divulgação ilícita das imagens e não no acesso, uma vez que essas mesmas imagens são disponibilizadas pela vítima, mas o uso indevido que o agente do crime vai fazer com elas é que constitui o ato ilícito.

Deste modo, em termos de ilicitude, começaremos por abordar a ilicitude objetiva. Analisando o bem jurídico, importa desde logo referir que um bem jurídico manifesta algo que o Direito considera relevante e, desse modo, pretende proteger. A expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso. Atendendo a um dos principais princípios orientadores dos programas político-criminais, que é o princípio da congruência substancial entre a ordem axiológica constitucional e ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (Antunes, 2013), importa dizer que qualquer proteção da lesão do bem jurídico deve ser sempre enquadrada com próprias finalidades do Direito Penal.

No crime de *sextortion*, a proteção consiste em garantir aos cidadãos uma vida segura e sem intromissões alheias na sua esfera privada. Deste modo, o Direito deve proteger Direitos Fundamentais, previstos e formalmente estabelecidos na Constituição da República Portuguesa, como sejam, entre

¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo 562/15.8PBCTB.C1 de 13.12.2017.

¹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. Processo 3/07.4GACVD.E1 de 22.11.2011.

outros, a *reserva da esfera e intimidade da vida privada* (artº 26.º/1) e o *Direito à liberdade e à segurança* (artº 27.º).

Relembrando que, quanto ao modo de ofender o bem jurídico, podemos ter crimes de dano, onde se verifica a lesão efetiva do bem jurídico tutelado pelo tipo, ou os crimes de perigo, em que se bastam com a colocação em perigo do bem jurídico que a lei pretende proteger. Nesta última categoria, podemos ainda distinguir os crimes de perigo concreto, que exigem que o bem jurídico tenha sido efetivamente colocado em perigo; os crimes de perigo abstrato, relativamente aos quais basta a existência de perigosidade para fundamentar a incriminação, isto porque se parte de uma presunção inilidível de perigo associado à conduta típica (Figueiredo Dias, 2011). No tipo de crime que é o *sextortion*, consideramos que apenas se aceita a imputação enquanto crime de perigo concreto, não se aceitando o mesmo como um crime de perigo abstrato¹⁴ pelo facto de ser necessário fazer prova da adequação da conduta a lesar o bem.

Avançando para a classificação do tipo legal segundo o critério do resultado material, importa referir que estes crimes podem ser classificados crimes de resultado, em que o resultado tem que ser um elemento do ilícito, no qual o tipo ilícito se preenche com a simples execução pelo agente do comportamento proibido, configurando-se a ameaça de partilha de informações íntimas e a extorsão como sendo o próprio resultado.

Passando agora à ilicitude subjetiva, relembre-se que os elementos subjetivos do tipo são aqueles que se referem à dimensão psicológica do agente, ou seja, àquilo que o agente pretendia quando realizou a sua conduta, ou seja, a ação típica por dolo ou por negligência.

O dolo (artº 14.º do Código Penal Português), enquanto representação e vontade da realização do facto típico, é o elemento subjetivo que abrange todos os elementos objetivos do tipo. Consiste no propósito de praticar o facto descrito na lei penal (Simas-Santos & Leal-Henriques, 2018). É composto por um elemento intelectual ou cognitivo e um elemento volitivo ou emocional. O elemento intelectual traduz-se na representação que o agente realiza dos elementos objetivos do crime. Tal como refere Figueiredo Dias (2011), para que exista, é necessário que o agente conheça e represente corretamente ou tenha consciência das circunstâncias do facto que preenche um tipo de ilícito objetivo. Por outro lado, o elemento volitivo consiste na vontade do agente de cometer o facto ou de concretizar os seus efeitos, ou seja, consiste na vontade dirigida à sua realização.

Atento o exposto, parece óbvio que o crime de *sextortion* apenas poderá ser cometido com dolo direito, tal como tem também vindo a ser o enquadramento da jurisprudência¹⁵ para estes casos, ou seja, há sempre a intenção de o agente praticar o crime.

¹⁴ Em Portugal, a doutrina tem vindo colocar em causa a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, devido ao facto de poderem constituir uma tutela excessiva de bem jurídico em causa, colocando em risco não só o princípio da legalidade, mas também o princípio da culpa. Ainda assim, o Tribunal Constitucional considera que este tipo de crime não são inconstitucionais quando visam a proteção de bens jurídicos de enorme relevância, quando for possível identificar o bem jurídico tutelado e quando a conduta típica for descrita de uma forma precisa e minuciosa.

¹⁵ Excluindo o dolo eventual e o dolo necessário, na medida em que este tipo de crime pressupõe a lesão efetiva do bem jurídico, no caso a privacidade ou a intimidade da pessoa humana, onde iniludivelmente se inclui a sua vida sexual, e não o mero pôr em perigo essa mesma reserva ou intimidade (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo 3827/16.8JAPRT.P1 de 06.01.2019)

Num acórdão do Tribunal da Relação do Porto¹⁶ refere-se que a intenção de devassar a vida privada das pessoas por meio informático, enquanto elemento subjetivo típico, não assume uma específica autonomia, tendo apenas como efeito prático dizer-nos que este crime só admite o dolo direto.

Um dos princípios basilares do Direito Penal é o princípio *nulla poena sine culpa*, que estabelece que não pode haver sanção sem culpa e que a medida da pena não pode nunca ultrapassar a medida da culpa. Apenas é punível o facto praticado com culpa na forma dolosa, ou nos casos que estejam especialmente previstos na lei, de negligência.

De acordo com Simas-Santos & Leal-Henriques (2018), a culpa pode ser definida como o juízo de censura ao agente por ter adotado a conduta que adotou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adotar uma conduta diferente¹⁷. A culpa assenta, assim, num juízo de censurabilidade pessoal. Reprova-se ou condena-se a atitude individual do autor de certa conduta revelada pela forma como atuou indevidamente ou pela forma como omitiu certa ação devida, na suposição de que lhe era exigível comportamento inverso ou diverso¹⁸.

Tendo em conta o que atrás foi mencionado, é deveras importante realçar que não basta este dolo psicológico para que o agente seja punido uma vez que este dolo não é uma forma de culpa e sem culpa não haverá pena. Deste modo, não parecem existir grandes dúvidas de que estamos na presença de um crime que só pode ser cometido com culpa dolosa, uma vez que o agente representa a sua conduta sabendo que, ao praticá-la, está a afetar a esfera privada da vítima e, mesmo assim, tem vontade de a praticar realizando um ato ilícito, manifestando uma atitude de contrária ou verdadeiramente indiferente ao bem jurídico que tem a necessidade de ser protegido.

Analisando, por fim, a punibilidade, importa relembrar que a pena corresponde à consequência jurídica do crime, ou seja, pode ser entendida como a consequência jurídica desfavorável pela prática culposa de um ilícito típico, sendo que o *ius puniendi* previsto no texto da lei, terá sempre por finalidade a proteção de bens jurídicos e a possível reintegração do infrator na sociedade¹⁹.

Para que haja punibilidade do crime de *sextortion*, tal como referido anteriormente, é necessária a coexistência da posse autorizada das imagens e a ameaça de partilha no ciberespaço sem autorização da vítima como forma de extorsão²⁰.

Tal como referido, a tipificação subsume-se aos tipos legais de *devassa da vida privada por meio informático*, através da ameaça de divulgação de fotografias e/ou vídeos, e de *extorsão*, com *animus lucrandi*, ou seja, com o intuito de, assim, obter benefícios. Estamos a falar na punição do agente num crime unitário e não em concurso de crimes.

¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo 3827/16.8JAPRT.P1 de 06.01.2019.

¹⁷ Tendo em conta que a culpa exprime um juízo de valor ético-jurídico sobre o ato do agente, que se baseia na culpa em sentido lato, mas que não se confina a esta, é necessário acrescentar algo à voluntariedade para que possa haver censura sobre o agente. Pelo que, a sanção criminal apenas pode fundar-se na constatação de que deve reprovar-se o autor pela formação da vontade que o conduziu a tomar aquela decisão de facto.

¹⁸ Pode ser ainda entendida como a omissão da diligência que seria exigível ao agente, de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe, ou seja, corresponde à censura dirigida ao agente por ter praticado o facto típico e ilícito. Consistindo a culpa na atitude psicológica do agente relativamente ao facto, a culpa abrange todos os elementos subjetivos do delito (o dolo e a negligência), traduzindo-se na censura dirigida ao agente por atuar com o conhecimento do facto que está a praticar (culpa dolosa) ou por estar a atuar sem o devido cuidado (culpa negligente).

¹⁹ Materialmente, aquilo que legitima o Direito Penal é a própria manutenção do Estado e da própria sociedade. Portanto, o Direito Penal só deve intervir quando e onde se torne absolutamente necessário para acautelar a ordem social.

²⁰ A ausência de qualquer um destes componentes, impede a imputação criminal do *sextortion*.

No que respeita à punibilidade do crime de *devassa da vida privada por meio informático*, estabelece o artº 193.º do Código Penal Português que é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, acrescentando o nº 2 do mesmo artigo que a tentativa é punível. Quanto ao crime de *extorsão*, transcreve o artº 223.º do Código Penal Português, que o agente é punido com pena de prisão até cinco anos. O nº 2 refere que se a ameaça consistir na revelação, por meio da comunicação social, de factos que possam lesar gravemente a reputação da vítima ou de outra pessoa, o agente é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.

5. Considerações finais

No século XXI, embora o estudo do *sextortion* tenha vindo a ser fonte de maior atenção e investigação no âmbito das ciências jurídico-penais, a tipificação deste crime é, ainda hoje, um grande desafio para o legislador.

Embora em Portugal, as queixas que envolvem este tipo de crime estejam, manifestamente, a aumentar, a sua identificação e a sua censura social, continuam não ter o alcance devido, porque se reconhece - mesmo nos dias de hoje - alguma indiferença social face a esta problemática.

Para uma melhor compreensão e intervenção neste fenómeno, o ponto de partida tem forçosamente que passar por um conhecimento mais efetivo dos fatores que promovem este tipo de comportamentos e de qual será a forma mais eficaz de os extinguir, não sendo suficientes meras novas propostas legislativas. Por tudo isto, levando em consideração as teorias da prevenção geral e especial, a educação e a literacia informática são fundamentais, não descurando a perfil de análise do ofensor e do seu grau de perigosidade.

Refletindo sobre a punibilidade, no processo de determinação da pena, devem ser tidos em conta os requisitos da culpa do agente, mas também os da prevenção e de reação, enquanto critério geral de regulação da medida da pena. Em termos substantivos, a moldura penal para este crime é manifestamente pequena, quando se percebe que o impacto na vítima é enorme, havendo casos em que o impacto persiste para toda a vida. Por outro lado, em termos adjetivos, podemos encontrar uma tipologia jurídica que assenta na proteção da vítima que passa, globalmente, por medidas de coação ao ofensor, ainda assim, poder-se-ia colocar a questão de qual o real impacto que uma medida, como por exemplo, a de proibição de contacto com a vítima, uma vez que este crime não implica sequer contacto pessoal entre agente e vítima.

Por fim, conforme acontece com a generalidade dos crimes cometidos no ciberespaço, há que ter em conta dois aspetos fundamentais. Primeiro, o problema da prova, que, devido à sua natureza volátil, nem sempre é fácil aceder à prova digital. Segundo, os problemas de articulação legal entre a legislação nacional (por exemplo, Código de Processo Penal e Lei do Cibercrime) e a internacional, resultando, tudo isto, em alguma incerteza e insegurança jurídicas.

6. Referências bibliográficas

AÇAR, K. V. (2016). Sexual extortion of children in cyberspace. *International Journal of Cyber Criminology*, 10 (2), 110-126.

- ANTUNES, M. J. (2013). *Consequências Jurídicas do Crime*. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- APAV. Associação Portuguesa de Apoio a Vítima. (2020). *Violência Sexual Online*.
https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/FI_VSCPA_2020.pdf. Acedido em 18.03.2022.
- COMISSÃO EUROPEIA. (2007). *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité das Regiões. Rumo a uma política geral de luta contra o cibercrime*. In <https://eur-lex.europa.eu>.
- CONDE CORREIA, J. (2020). Prova digital: enquadramento legal. In *Cibercriminalidade e prova digital. Jurisdição penal e processual penal*, 23-37. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. (2014). *Violence against women: Na EU-Wide Survey*. Luxembourg; Publications Office of the European Union.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (2011). *Direito Penal Português: Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.
- KOPECKÝ, K., HEJSEK, L., KUSÁ, J. MAREŠOVÁ, H. & ŘEŘICHOVÁ, V. (2015). Specifics of children communication and online aggressor within the online assaults on children (analysis of selected utterances). In *SGEMS2015 Conference Proceedings*, 195-202.
- IRELAND, J., BIRCH, P. & IRELAND, C.A. (2018). *The Routledge International Handbook of Human Aggression: Current Issues and Perspectives*. New York: Routledge.
- MARQUES DIAS, V. (2012). A problemática da investigação do cibercrime. *Data Venia, Revista Jurídica Digital*, 1 (1), 63-88.
- MELO ALEXANDRINO, J. (2007). *Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Revista e Atualizada. Cascais: Edições Princípi.
- MIRANDA RODRIGUES, A. (2014). *A determinação da medida da pena privativa da liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- OFFICE FOR NATIONAL STATISTICS. (2016). *Compendium: Intimate Personal Violence and Partner Abuse*. London: Office of National Statistics.
- O'MALLEY, R. & HOLT, K. (2022). Cyber Sextortion: An Exploratory Analysis of Different Perpetrators Engaging in a Similar Crime. *Journal of Interpersonal Violence*. 37 (1-2), 258-283.
- PATCHIN, J. W. & HINDUJA, S. (2020). Sextortion Among Adolescents: Results From a National Survey of U.S. Youth. *Sexual Abuse. A Journal of Research and Treatment*, 32 (1), 30-54.
- PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. (2022). *Cibercrime: denúncias recebidas*. Lisboa: Ministério Público de Portugal.
- RAMALHO, J. (2022). Prova digital: articulação entre o Código Processual Penal Português e a Lei do Cibercrime. *Revista Eletrônica Direito Penal e Política Criminal*, 10 (2), pp. 7-20.
- RAMALHO, J. & RAMALHO, S. (2023). Sextortion: nova prática de cibercrime. *Emergência(s) na pesquisa sobre a violência e o crime*. Sani, A. & Araújo, D. (Org). pp. 113-127. Belo Horizonte: Conhecimento Editora.
- RODRIGUES NUNES, D. (2020). *Os crimes previstos na lei do cibercrime*. Lisboa: Editora Gestlegal.
- RODRIGUES NUNES, D. (2021). *Os meios de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime*. Revista e atualizada. Lisboa: Editora Gestlegal.
- SANDERS, T. (2017). *The Oxford Handbook of Sex Offences and Sex Offenders*. New York: Oxford University Press.
- SILVA, T. M., TEIXEIRA, T. & FREITAS, S. M. (2015). Ciberespaço: uma nova configuração do ser no mundo. *Psicologia em Revista*, 21 (1), 176-196.
- SIMAS-SANTOS, M. & LEAL-HENRIQUES, M. (2018). *Noções de Direito Penal*. 6ª edição. Porto: Editora Rei dos Livros.
- SUNDSTRÖM, A. & WÄNGNERUD, L. (2021). *Sexual forms of corruption and sextortion How to expand research in a sensitive area*. Gothenburg: The Quality of Government Institute.
- VENÂNCIO, P. D. (2022). *Lições de Direito do Cibercrime. E da tutela penal de dados pessoais*. Coimbra: Editora D'ideias.
- VENÂNCIO, P. D. (2011). *Lei do Cibercrime: anotada e comentada*. Coimbra: Coimbra Editora.
- WITTES, B., POPLIN, C., JURECIC, Q. & SPERA, C. (2016). *Sextortion: Cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault*. Washington, DC: Center for technology innovation at Brookings.

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. Processo 2034/19.2T8PTM.E1 de 04.06.2020.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo 3827/16.8JAPRT.P1 de 06.01.2019.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo 562/15.8PBCTB.C1 de 13.12.2017.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. Processo 648/14.6GCFAR-A.E1 de 20.01.2015.
Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. Processo 3/07.4GACVD.E1 de 22.11.2011.

Recebido: 07/03/2023

Aprovado: 28/08/2023

Caso Jesuitas: justicia universal, coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder, terrorismo desde el Estado y prueba*

Jesuits case: universal justice, indirect co-perpetration in organized structures of power, terrorism from the State and evidence.

Manuel Ollé Sesé 

Abogado, Madrid. Profesor Asociado, Univ. Complutense de Madrid, España. Acred.. Prof. Titular.

Manuel Cancio Meliá 

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid, España. Patrono de la FICP.

Resumen: La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Jesuitas plantea cuestiones jurídicas relevantes. En este trabajo se analiza la jurisdicción de los Tribunales españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos, bajo el principio de jurisdicción universal, y la incidencia de la reforma de este principio. Abordamos el principio de especialidad extradicional y como éste limita el enjuiciamiento de determinados delitos. Desarrollamos el terrorismo cometido desde el Estado y su encaje jurídico. Determinamos que el interviniente cometió los hechos en coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder. Y nos referimos sintéticamente a la incidencia en los procedimientos judiciales penales de la cosa juzgada fraudulenta, de las comisiones de la verdad, de las periciales de inteligencias no policiales y de la importancia de la acusación popular en este tipo de procedimiento.

Palabras clave: Aparatos organizados de poder, Coautoría mediata, Comisión de la verdad, Conflicto armado no internacional, Criminalidad estatal.

Abstract: The Judgment of the Audiencia Nacional in the Jesuitas case raises relevant legal questions. This paper analyzes the jurisdiction of the Spanish courts to investigate and prosecute the facts, under the principle of universal jurisdiction, and the impact of the reform of this principle. We address the principle of extraditional specialty and how it limits the prosecution of certain crimes. We develop terrorism committed by the State and its legal framework. We determined that the intervener committed the acts in indirect co-perpetration in organized structures of power. And we refer synthetically to the incidence in criminal judicial proceedings of fraudulent res judicata, truth commissions, non-police intelligence experts and the importance of the popular accusation in this type of procedure.

Keywords: Organized apparatuses of power, indirect co-perpetration, Truth Commission, Non-international armed conflict, State criminality.

* Artículo publicado originalmente en La Ley Penal, 146, 2020, bajo el mismo título.

1. Introducción

El 11 de septiembre de 2020, la Sección 2.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó una Sentencia por la que condenaba al ex coronel del ejército salvadoreño y ex viceministro de defensa de El Salvador, Inocencio Orlando Montano Morales, como «responsable en concepto de autor, de cinco asesinatos de carácter terrorista»¹. Esta Sentencia fue el broche jurídico a un procedimiento judicial penal iniciado en España en el año 2008, gracias al principio de jurisdicción universal².

La Sentencia en la que se enjuiciaba al citado coronel Montano, como uno de los responsables del asesinato de seis padres jesuitas y dos mujeres en El Salvador, la madrugada del 16 de noviembre de 1989, resuelve interesantes cuestiones jurídicas, algunas de ellas inéditas, hasta el momento, en la doctrina jurisprudencial española. De esta forma, la Sentencia se convierte, en esos novedosos aspectos jurídicos, en un *leading case*, que pasa a formar parte del necesario diálogo interjurisdiccional horizontal, con otras jurisdicciones nacionales; y vertical, con Tribunales internacionales y de derechos humanos, en materia de crímenes internacionales cometidos desde el Estado. También sus razonamientos jurídicos pasan a ser ingredientes esenciales para el debate doctrinal y servirán de herramienta jurídica a organismos internacionales universales y regionales de defensa de los derechos humanos.

El denominado *caso Jesuitas* ha planteado, desde su incoación, en el año 2008³, complejos problemas jurídicos. Como ejemplo de ello, podemos citar la afección al procedimiento de las dos reformas operadas, por la Ley Orgánica 1/2009⁴ y, especialmente, por la Ley Orgánica 1/2014⁵, en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶ (en adelante, LOPJ), que restringían considerablemente la aplicación del principio de jurisdicción universal en España⁷; la denegación de las demandas extradicionales de los procesados salvadoreños, por parte del El Salvador, con el consiguiente incumplimiento de las obligaciones internacionales *aut dedere aut iudicare*; la condición impuesta por los Estados Unidos de América (en adelante, EE.UU.) para enjuiciar al coronel Montano, cuando accedió a la extradición activa solicitada por España, al limitar su enjuiciamiento a asesinatos terroristas y sólo por las cinco víctimas de nacionalidad española; la vigencia de la Ley de Amnistía; o la posible existencia de cosa juzgada por la firmeza de las Sentencias dictadas en el procedimiento judicial seguido en El Salvador por los mismos hechos.

¹ Sentencia 17/2020, de 11 de noviembre, Rollo de Sala: 4/2015, Sumario 97/2010, procedente del Juzgado de Instrucción número 6, dictada por los magistrados José Antonio Mora Alarcón, Fernando Andreu Merelles y María Fernanda García Pérez, siendo el primero el Presidente del Tribunal y el segundo el ponente de la sentencia. En el momento de cerrar este artículo la sentencia no es firme. El Ministerio Fiscal estuvo representado, desde la incoación del procedimiento hasta su finalización, por la fiscal Teresa Sandoval Altelarra.

² Dos acusaciones populares, entre ellas la Asociación Pro Derechos Humanos de España, interpusieron querrela criminal contra los presuntos autores del asesinato de seis sacerdotes jesuitas y dos mujeres, la noche del 15 al 16 de noviembre de 1989. Posteriormente, se personaron en la causa, en la misma calidad de acusación popular, la Asociación de Antiguos Alumnos del Colegio San José de la Compañía de Jesús de Valencia; y, como acusación particular, familiares de uno de los padres jesuitas asesinados.

³ Ante el Juzgado Central de Instrucción número 6, de la Audiencia Nacional, siendo instruido por el magistrado Eloy Velasco Muñoz y, en la etapa final de la investigación judicial, por Manuel García Castellón.

⁴ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁵ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁷ Sobre la evolución legislativa del principio universal, v. OLLÉ SESÉ, M., *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 165-206.

Los aspectos principales pivotaron, por un lado, sobre la atribución jurisdiccional a España del enjuiciamiento de hechos cometidos fuera de nuestras fronteras (principio de jurisdicción universal). Y, por otro, sobre determinar realmente la autoría del asesinato de las ocho víctimas, el marco estatal o no y el contexto en el que se produjeron. Era indiscutible que los crímenes los ejecutaron materialmente miembros de las fuerzas armadas salvadoreñas (el batallón Atlacatl). Se conocía la identidad del oficial militar que impartió a este batallón la orden de eliminar a Ellacuría sin dejar testigos. Se sabía la identidad de todos los militares que participaron en el operativo criminal de la madrugada del 16 de noviembre de 1989 y que ejecutaron a los padres jesuitas, a Elba y a Celina. Se desconocía, sin embargo, quiénes idearon, deliberaron y decidieron ejecutar ese plan criminal y si fue iniciado y ejecutado dentro de la estructura estatal del Alto Mando Militar. Y había que determinar si el viceministro de defensa, el coronel Montano, fue autor de esos hechos.

La Sentencia, en una extensa motivación jurídica, desgana los elementos probatorios y su aptitud de validez para que los hechos alcancen la autoridad de hechos probados. Destaca el análisis que efectúa de la prueba directa, indiciaria y de referencia⁸. También el valor probatorio que la Sentencia otorga a la Comisión de la Verdad de Naciones Unidas sobre El Salvador⁹ y a los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰. Igualmente es relevante la naturaleza jurídica de periciales de inteligencia que concede a dos pericias elaboradas por autoridades académicas¹¹. En el terreno sustantivo penal, el Tribunal no albergó duda alguna en declarar probado que los hechos de enjuiciamiento se enmarcan en un contexto de conflicto armado no internacional. Calificó la conducta de Montano como delitos de asesinato de carácter terrorista: concurso ideal de delitos entre los artículos 406 (asesinato) y 174 bis b) (terrorismo), del Código Penal de 1973, al resultar más favorable para el ya condenado¹². Aplica, en materia de intervención punible, por primera vez en España, la coautoría mediata en aparatos organizados de poder, para encuadrar la contribución a la ejecución delictiva del coronel y viceministro Montano en los hechos¹³. Explica —a pesar de declarar probado que Montano fue coautor del asesinato terrorista de las ocho víctimas, incluidas las tres de nacionalidad salvadoreña— por qué, ante las exigencias extradicionales de EE.UU., sólo condena por asesinato terrorista respecto de las cinco víctimas de nacionalidad española¹⁴.

Igualmente, la Sentencia destaca la conducta de encubrimiento de las autoridades de El Salvador para sustraer de la responsabilidad penal a los intervinientes en los hechos y declara que se vulneraron los estándares internacionales del proceso debido en el procedimiento judicial celebrado en el Salvador¹⁵. Y concluye con la relevancia del papel desempeñado por la acusación popular en el procedimiento¹⁶.

⁸ Sentencia, fundamento jurídico (en adelante, FJ) octavo.

⁹ Sentencia, FJ octavo, 11º.

¹⁰ Sentencia, FJ octavo, 12º.

¹¹ Sentencia FJ octavo, 10º.

¹² Sentencia, FJ tercero a séptimo.

¹³ Sentencia, FJ noveno. Tenía razón la catedrática Alicia GIL cuando en 2008 vaticinó que si seguían adelante los procesos iniciados en España por crímenes internacionales «quizá en un futuro [...] la autoría mediata por aparatos de poder empiece a aplicarse». V. GIL GIL, A., La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, ADPCP, 2008, p. 84. En este trabajo GIL analiza por qué la jurisprudencia de nuestro país no aplicaba la autoría mediata por aparatos organizados de poder jerarquizados —lo que no significaba que lo rechazaran— y sí, dependiendo de los casos, los responsables penales de hechos semejantes eran considerados como coautores, inductores o cooperadores necesarios. Apunta también la profesora GIL como posible alternativa, también inédita, si concurren los elementos de esta figura, la aplicación de la responsabilidad del superior.

¹⁴ Sentencia, FJ tercero.

¹⁵ Sentencia Hecho Probado (en adelante, HP) duodécimo y FJ octavo.

¹⁶ Sentencia, FJ décimo tercero.

Los hechos probados y los fundamentos jurídicos de esta Sentencia nos sugieren diferentes ideas relacionadas con el Derecho penal internacional, con el Derecho penal y con el Derecho procesal penal, lo que plantea interesantes interacciones entre el Derecho penal internacional y el nacional, cuando crímenes de esta naturaleza se enjuician en Tribunales nacionales¹⁷. Por lógicas razones de espacio en los apartados que siguen, plasmaremos algunas de esas ideas —otras se quedarán en el tintero— con las que trataremos de analizar concretos aspectos adjetivos y sustantivos de la criminalidad estatal y de los crímenes internacionales. No obstante, y antes de ello, dejamos apuntadas telegráficamente algunas de ellas, que consideramos relevantes.

2. Cosa juzgada fraudulenta, comisión de la verdad, informes de inteligencia y acusación popular

A continuación nos referiremos, a modo de bosquejo, a resaltar la importancia de la sentencia respecto de cuatro temas jurídicos relevantes: cosa juzgada fraudulenta, comisión de la verdad, informes de inteligencia y acusación popular.

En primer lugar, la Sentencia reprocha la conducta de las autoridades salvadoreñas de la época para garantizar la impunidad de los verdaderos autores de los hechos, así como la vulneración del derecho al proceso debido en el juicio seguido en ese país centroamericano, al impedir una investigación acorde con el proceso justo y cerrar fraudulentamente, con ese propósito, el procedimiento judicial. Antes del juicio oral, el Tribunal Supremo español, por Auto de 20 de abril de 2015, contestaba a la exposición razonada que el Magistrado instructor le había planteado —para que determinara «si las actuaciones que en su día se siguieron para el enjuiciamiento de los hechos en el Salvador fueron fraudulentas o incompletas»¹⁸— declarando que el proceso salvadoreño «no garantizó el castigo efectivo de sus responsables, sino que, por el contrario, pudo tratar de sustraerlos a la acción de la justicia», ante la «ausencia de las garantías necesarias de independencia e imparcialidad»¹⁹. En definitiva, estamos en presencia de la denominada cosa juzgada fraudulenta²⁰, y, por tanto, carente de efectos en el procedimiento judicial español.

En segundo lugar, el Tribunal sentenciador acepta como prueba hábil los resultados de la referida Comisión de la verdad²¹. La Sentencia destaca cómo la *Comisión de la Verdad para El Salvador*²², creada en el marco de las Naciones Unidas, investigó los graves hechos ocurridos en ese país desde 1980

¹⁷ V. OLLÉ SESÉ, M., La aplicación del Derecho penal internacional por los tribunales nacionales, en: Gil Gil, A. /Maculan, E. (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, pp. 145-173.

¹⁸ En este escrito, de 22 de diciembre de 2014 —y remitido a la Sala Segunda del Tribunal Supremo por imperativo del artículo 23.5 LOPJ—, el Magistrado Velasco argumentaba y enumeraba con evidencias lo que a su entender, de acuerdo con lo mantenido por las acusaciones, fue una «inefectiva justicia», «simulación de procedimiento penal» o un «fraude».

¹⁹ V. Sentencia HP duodécimo y FJ octavo.

²⁰ V. un estudio sobre la misma en HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Interdicción de la impunidad y cosa juzgada fraudulenta en el Pacto de San José y en el Estatuto de Roma, en: Portilla, G./Velásquez, F. (dirs.)/Pomares, E./Fuentes, J. (coords.), Un juez para la democracia, libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 253-267 y en OLLÉ SESÉ, M., Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales, en: Turégano Masilla, I. (ed.), La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pp. 99-113. V. también artículos 17 y 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹ V. la relevante monografía de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., Derecho a la verdad y Derecho internacional en relación con graves violaciones de los derechos humanos, Berg Institute, Madrid, 2017.

²² Se denominó «De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador». El informe se publicó el 15 de marzo de 1993.

y, entre ellos, los referidos al asesinato de los padres Jesuitas y las dos mujeres. Tilda el informe de «especialmente relevante» por «la objetividad con la que [se] elaboró, al efectuarse por mandato de un acuerdo de paz y, por lo tanto, de ambas partes en conflicto, y todo ello bajo el paraguas garantista e independiente de las Naciones Unidas»²³.

El valor probatorio en los procedimientos judiciales de las Comisiones de la verdad es, en cierta medida, controvertido. Es indudable que tendrá valor de prueba documental, pero también sus hechos, consideraciones y conclusiones pueden ser introducidos en el plenario judicial como prueba testifical a través de la deposición de las personas que participaron en la misma, de tal forma que estos actores se pueden convertir en testigos directos o de referencia de lo plasmado por la Comisión de la verdad²⁴.

Las recomendaciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos son significativas. Este documento destaca la importancia de las Comisiones de la verdad para el enjuiciamiento penal de los hechos, mientras se esté desarrollando la Comisión, una vez concluida ésta o años después. Considera a las Comisiones como «complementarias de la acción judicial». Resalta su papel de «material de referencia» y de «medio para localizar testigos». Las considera de utilidad, porque «aunque no se identifique a autores concretos, la información que contiene puede revelar las características más amplias de las infracciones y mostrar cuál ha sido el grado de participación y de responsabilidad institucional, así como la responsabilidad de los cargos más altos». Y debe reflejar también los elementos exculpativos²⁵. También recomienda respetar la confidencialidad si la información se ha recogido en un «acuerdo de confidencialidad»²⁶.

En tercer lugar, la Sentencia otorga la naturaleza jurídica de informes de inteligencia a dos pericias presentadas en el plenario por una profesora de ciencias políticas y estudios de América Latina de la Universidad de Stanford (EE.UU.)²⁷. La resolución de la Audiencia Nacional resalta que, en los dos informes de la referida profesora, «confluyen los conocimientos, directos o por referencia, del perito, con sus conocimientos y experiencia sobre la materia de que tratan»²⁸.

Recordemos que los informes de inteligencia, hasta el momento, parecían reservarse a los elaborados por las fuerzas y cuerpos de seguridad, en materia de crimen organizado²⁹. Sin embargo, en este caso, el método policial propio de las genuinas periciales de inteligencia brilla por su ausencia, porque la metodología de la perito académica obedece a otros estándares diferentes, ajenos a la lógica policial, y más dificultosos en su elaboración al no revestir la perito la condición de autoridad. Su labor

²³ Sentencia, FJ octavo, 11º. El informe fue ratificado en el acto de la vista por el que fuera asesor jurídico de la Comisión, quien, en palabras de la Sentencia, «aclaró y explicó con meridiana lucidez diversos aspectos del mismo».

²⁴ La jurista Almudena BERNABEU GARCÍA (conferencia sobre informes emitidos por las comisiones de la verdad y su valor probatorio en los tribunales federales de EE.UU., University of Minnesota Law School: class «Human Rights in Practice» November 3, 2017) es partidaria —y lo compartimos con ella— de otorgar aptitud plena a las Comisiones de la verdad para engrosar el acervo probatorio en los procedimientos judiciales, y ello sin perjuicio de la valoración final de los Tribunales de justicia.

²⁵ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto, Comisiones de la verdad, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, pp. 27 y 28.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ FJ octavo, 10º.

²⁸ Esta perito, que elaboró dos contundentes y rigurosos informes, fue la profesora Terry Lynn KARL, especialista en política comparada, política latinoamericana y especialmente política centroamericana, gobierno militar, partidos políticos, instituciones religiosas, guerras civiles y problemas de desarrollo, con una amplia experiencia en el estudio y análisis de los abusos de los derechos humanos y las respuestas de los gobiernos a los mismos.

²⁹ V. por todas, SSTs 104/2019, 27 febrero; 984/2016, de 11 de enero; 783/2007, de 1 de octubre; y 786/2003, de 29 de mayo.

en la obtención y estudio de fuentes de todos los signos es transparente, tratando de alcanzar, como único interés, desde la imparcialidad, la verdad de lo sucedido, sea cual sea.

Concluye la Sentencia sintetizando la doctrina jurisprudencial sobre esta tipología probatoria de inteligencia: i) es una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos en los que son necesarios especiales conocimientos porque no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales; ii) es un medio probatorio que, aunque no está previsto expresamente ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en la Criminal, se puede utilizar en el proceso penal cuando se precisen los conocimientos aportados por los autores de dichos informes; iii) su valoración es libre, por lo que el tribunal puede apartarse de los mismos; iv) no se trata de pura prueba documental; y vi) es una prueba próxima a la pericial, porque los autores de dichos informes aportan conocimientos propios y especializados para la valoración de determinados documentos o estrategias³⁰.

Y, en cuarto lugar, el derecho a ejercer la acusación popular forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y está reconocido en el artículo 125 de la Constitución Española y en los artículos 100, 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). La acción penal popular, como actor acusatorio, en el proceso penal, no está exento de críticas³¹. Críticas que se pueden compartir cuando la finalidad de ese ejercicio es desviado o fraudulento al obedecer a motivaciones espurias y ajenas a la verdadera realización de la justicia al utilizar este instituto en nombre o interés propio o ajeno³². Pero no cuando se esgrime para la defensa de la sociedad en su conjunto porque viene «a asumir dentro del proceso un rol similar al del Ministerio Fiscal, cual es la protección de la legalidad y del interés social»³³.

Es significativa la mención expresa que la Sentencia dedica a la acusación popular por su «papel determinante y decisivo [...] en la tramitación del proceso, no solo por cuanto fue dicha acusación la que interpuso la querrela inicial y que dio origen a la causa, y que lo hizo poco antes de que transcurriesen los veinte años que tiene señalada la prescripción del delito, sino también por su esencial contribución en el buen fin del proceso, coadyuvando a la tramitación de la causa, tanto en España como en el extranjero, facilitando la labor del Juzgado Central en fase de instrucción y la de este Tribunal en la celebración del juicio, todo lo cual nos lleva a calificar su intervención como de determinante para la terminación, en justicia, del presente proceso y de la impunidad en que se encontraban los crímenes enjuiciados»³⁴.

Después de estas breves referencias, en las líneas que siguen nos referiremos, con mayor detenimiento, a los hechos probados como verdad judicial, a la jurisdicción universal y al principio de especialidad extradicional, a la coautoría mediata y al terrorismo de Estado.

³⁰ FJ octavo, 10º.

³¹ V. Argumentos favorables a la acusación popular: GIMBERNAT ORDEIG, E., Cero a la acusación popular, *El Mundo*, 6.595, 8 de enero de 2008, pp. 4 y 5; y GIMBERNAT ORDEIG, E., La sombra de la doctrina Botín no es tan alargada, *El Mundo*, 15 de julio de 2014, pp. 19 y 20.

³² V. SSTC 62/1983, de 11 de julio; 108/1983, de 29 de noviembre; 115/1984, de 3 de diciembre; 147/1985, de 29 de octubre; 137/1987, de 22 de julio; 34/1994, de 31 de junio y 64/1998, de 17 de marzo.

³³ STS 5661/1997, de 26 de septiembre, FJ XI, primero.

³⁴ Sentencia, FJ decimotercero.

3. Hechos probados: verdad judicial

La Sentencia, en apretada síntesis, condenó a 133 años y cuatro meses de prisión al ex coronel y viceministro de Seguridad Pública, Inocente Orlando Montano, por el asesinato de cinco jesuitas españoles³⁵, cometido la noche del 15 al 16 de noviembre de 1989, en la Universidad Centroamericana *José Simeón Cañas* (en adelante, UCA). La pena impuesta, por cada uno de los asesinatos, fue de 26 años, 8 meses y un día de prisión. Los hechos de la Sentencia también declaran probado que el viceministro y coronel fue responsable del asesinato del otro padre de nacionalidad salvadoreña y de las dos mujeres, madre e hija, de la misma nacionalidad³⁶.

Los hechos probados son sinónimo de verdad judicial. La narración que se efectúa en el *factum* se extrae después de la sujeción del procedimiento a los estándares del proceso debido y con todas las garantías para el derecho de defensa de Montano. El respeto a estos estándares confirma que los hechos que han alcanzado la autoridad de probados, han sido sometidos a la rigidez probatoria de una Sentencia condenatoria. No estamos ante una verdad —por mucho o poco que pueda coincidir— obtenida por periodistas, historiadores, sociólogos o politólogos. Ni ante una verdad fijada por organismos nacionales o internacionales no jurisdiccionales. Estamos ante una verdad judicial.

Los hechos se enmarcan dentro del contexto del conflicto armado interno existente en la década de los ochenta en El Salvador, entre las fuerzas gubernamentales y la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (en adelante, FMLN)³⁷.

La Sentencia resalta la importancia de la UCA en aquel entonces en El Salvador y la figura de su rector, el padre Ignacio Ellacuría, considerado como uno de los analistas políticos más importantes del país. Ellacuría propugnaba el diálogo para conseguir la paz, lejos de una victoria, ni de las fuerzas armadas ni del FMLN. El pensamiento de Ellacuría, su análisis y propuestas, manifestadas a través de artículos, conferencias o declaraciones, impactaban fuertemente en el pueblo salvadoreño. Por ello, la transmisión de sus ideas y su participación en la vida pública le granjeó poderosos enemigos. Por ejemplo, como narra la Sentencia, la UCA y los jesuitas fueron blanco de amenazas y atentados durante la década de los 80, que alcanzaron los 49 sucesos en el año 1989³⁸.

El papel de la Iglesia y, especialmente, las ideas e insistencia de Ignacio Ellacuría para alcanzar la paz, le valieron a éste la enemistad de la extrema derecha, que temía por el despojo de sus privilegios. Los meses anteriores al asesinato, ante la insistencia de Ellacuría para que se alcanzara una solución negociada al conflicto, la línea dura gubernamental trató de obstaculizar la negociación por la paz, porque uno de los fines del discurso de Ellacuría era la depuración de las fuerzas armadas y, especialmente, la expulsión de los oficiales que conformaban el grupo denominado *la Tandon*, al que pertenecía Montano. Por este motivo, los miembros del Alto Mando Militar salvadoreño, los cuales, casi en su totalidad, pertenecían a *la Tandon*, consideraron a Ignacio Ellacuría como un «enemigo» y se plantearon

³⁵ Ignacio Ellacuría Beascoechea, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Amando López Quintana y José Ramón Moreno Pardo.

³⁶ Joaquín López y López, Julia Elba Ramos (persona que ayudaba a los padres jesuitas en las tareas domésticas) y su hija Celina Mariceth Ramos.

³⁷ La Sentencia describe, en los hechos probados (en adelante, HP), el contexto político social existente en El Salvador desde el golpe de Estado de 15 de octubre de 1979 (asesinato de Monseñor Oscar Romero Arnulfo, creación del FMLN, las elecciones de 1982 a la Asamblea Constituyente, las elecciones presidenciales de 1984 y de 1989, y los esfuerzos por algunas partes y organismos de dialogar y alcanzar la paz); y la situación de «guerra civil» (HP Primero).

³⁸ Sentencia, HP segundo y tercero.

la conveniencia de acabar con su vida porque su labor de intermediación era una amenaza para la posición privilegiada de *la Tandon*³⁹.

La resolución condenatoria relata todos los sucesos previos al asesinato, que se desencadenan a partir de la ofensiva del FMLN del 11 de noviembre de 1989 y los preparativos previos al asesinato (arengas mediáticas, estado de excepción y toque de queda, registros en la UCA y su entorno)⁴⁰. Describe las diferentes reuniones mantenidas por los miembros del Alto Mando Militar a lo largo del día 15 de noviembre de 1989 y, especialmente, la celebrada por 24 oficiales de alto rango desde las 18:30 hasta el filo de las 22:30 horas, en los cuarteles del Estado mayor Conjunto. En esa reunión, por un lado, el jefe del Estado mayor autorizó la eliminación de cabecillas, sindicalistas y miembros del FMLN; y, por otro, durante esa misma reunión, los oficiales se mantuvieron de pie, hablando en grupos. Uno de éstos estaba formado por el Jefe del Estado mayor Conjunto, el Jefe de la Fuerza Aérea, el Coronel Jefe de la Primera Brigada de Infantería, el Viceministro de Defensa y el Viceministro de Seguridad Pública, Coronel Montano. «En esa situación, el Jefe del Estado mayor llamó al Coronel Director de la Escuela y delante de los otros cuatro oficiales, le ordenó matar al padre Ellacuría y no dejar testigos. También le ordenó usar las unidades del batallón Atlacatl»⁴¹.

El *factum* relata, seguidamente, cómo se ejecutaron los crímenes en la UCA⁴². La resolución de condena rememora la deliberada ausencia de justicia en la investigación de los hechos y de sus responsables, así como la inexistencia de un procedimiento judicial imparcial y objetivo que cumpliera los estándares del proceso debido, en El Salvador. Y finalmente concluye recordando que las únicas personas condenadas por los tribunales salvadoreños fueron amnistiadas en ese país, a pesar de que la Ley de Amnistía sería contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos vulnerando, entre otros, el derecho a la justicia y a la obligación de investigar, procesar y reparar, en perjuicio de los familiares de las víctimas y de los miembros de la comunidad religiosa y académica a la que pertenecían.

4. La jurisdicción universal y el principio de especialidad extradicional

El procedimiento del que trae causa la Sentencia pudo instruirse y enjuiciarse en España gracias al principio de jurisdicción universal. El 18 de noviembre de 2008 se incoaron las correspondientes diligencias previas que posteriormente, el 8 de noviembre de 2010, fueron transformadas en sumario ordinario. El caso *Jesuitas*, comenzó, como hemos adelantado, su cobertura normativa jurisdiccional bajo la vigencia del original artículo 23.4 LOPJ, que instauraba un modelo de jurisdicción universal puro o absoluto y relativamente concurrente. A partir de entonces, el procedimiento sobrevivió a las dos reformas legislativas de mayor calado sobre el principio de justicia universal, operadas por las citadas LLOO 1/2009 y 1/2014, que implantaron el modelo *restringido* y el *restringidísimo* de justicia universal de justicia universal⁴³.

El Auto de procesamiento, de 30 de mayo de 2011, dictado por el Juez instructor, procesó a veinte personas, entre las que se encontraba el viceministro y coronel Montano por «ocho delitos de asesinato

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Sentencia, HP cuarto a séptimo.

⁴¹ Sentencia, HP octavo.

⁴² Sentencia, HP noveno.

⁴³ Sobre la evolución legislativa en España de este principio v: OLLÉ SESÉ, Crimen internacional y jurisdicción penal nacional, 2019, pp. 165-169.

terrorista [crimen de Estado⁴⁴] y un delito de crimen de lesa humanidad o del Derecho de gente[s]», según el Código Penal de 1973 (artículos 406, 174 bis y 137 bis), vigente en el momento de los hechos. Esta resolución especificaba, expresamente, que se procesaba a esas personas por la comisión de las ocho muertes objeto de denuncia inicial: la de los cinco jesuitas españoles, la del sacerdote salvadoreño y las de las dos mujeres también salvadoreñas⁴⁵.

La reforma *restringida* de 2008 apenas tuvo repercusión en el procedimiento, sin embargo, la *restringidísima* de 2014, que padeció el artículo 23.4 a) LOPJ, condicionó el devenir del caso *Jesuitas*, al limitar la jurisdicción española para la persecución de los delitos de «[g]enocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» a que el procedimiento se dirigiese «contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas». Presupuestos o nexos alternativos de conexión que no concurrían en el caso y vetaban, legislativamente, la posible calificación definitiva de los hechos como crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra. Sin embargo, el nuevo texto legal sí permitía la jurisdicción penal de los Tribunales españoles, si los hechos eran susceptibles de ser tipificados como delitos de terrorismo y siempre que, como sucedía, existiesen víctimas españolas en el momento de la comisión de los hechos (artículo 23.4 e) 4º LOPJ)⁴⁶.

La disposición transitoria única de esta LO 1/2014 ordenaba el sobreseimiento de las causas que en el momento de su entrada en vigor se encontraran en tramitación, por los delitos referidos en la misma, hasta que no se acreditara el cumplimiento de los requisitos establecidos en la insólita norma⁴⁷. Esta imposición normativa provocó, finalmente, que el procedimiento judicial se continuase por los mismos hechos, pero bajo la única calificación de asesinato terrorista⁴⁸.

La persecución del crimen de guerra y del crimen de lesa humanidad, al amparo del principio de jurisdicción universal, quedaba vetado por la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, adoptada por razones de legalidad procesal. El artículo 23.4 LOPJ, en su apartado a), introducido por la LO 1/2014 —dejando al margen las críticas que pudiéramos formular a esta reforma, por necesarias que sean— lo impedía, por no concurrir ninguno de los puntos de conexión exigidos que

⁴⁴ Así lo calificaba el Auto de procesamiento en el FJ primero.

⁴⁵ V. Auto de procesamiento, FFJJ primero, segundo y parte dispositiva.

⁴⁶ Este precepto imponía otros nexos de conexión alternativos, diferentes al ya referido de personalidad pasiva, para el ejercicio jurisdiccional español [apartados 1º a 8º, del citado artículo 23.4 e)]. Con independencia de la crítica global a esta reforma, es incomprensible la disfunción de la tutela judicial efectiva nacional entre víctimas españolas en el extranjero de crímenes de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra, que no van a ser protegidas jurisdiccionalmente en nuestro país, frente a las de terrorismo que sí gozarán de la tutela judicial. El legislador introdujo, de este modo, una lamentable distinción en la condición de víctimas. Sobre justicia universal como único recurso para las víctimas y la necesidad de cooperación internacional en materia penal, V. BERNABEÚ GARCÍA, A., La querella siria ante la Audiencia Nacional de España, *Revista Teoría y Derecho*, 21, 2017, pp. 213-224.

⁴⁷ V. un análisis crítico de esta disposición en OLLÉ SESÉ, M., La nueva regulación del principio de justicia universal, *Actas de las XIV Jornadas de Derecho de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2014, pp. 57-64.

⁴⁸ El Juzgado Central de Instrucción número 6, por Autos de 31 de marzo de 2014 y 23 de abril de 2014, dejó sin efecto el procesamiento por los cargos de lesa humanidad y contra el derecho de gentes y ordenó la continuación del procedimiento únicamente por los delitos de asesinato terrorista. La oposición jurídica de las acusaciones particular y popular, que trataron de combatir, a través de los pertinentes recursos, la exclusión de los delitos y hechos objeto de procesamiento, derivada de los postulados de la reforma legislativa, no fue acogida. Definitivamente, el Auto 77/2014, de 10 de diciembre, dictado por el Pleno de la Sala de Penal, de la Audiencia Nacional, confirmaba las decisiones del Juzgado instructor de continuar la causa únicamente por los delitos de asesinato. Posteriormente, la Sección 4ª de la Sala de lo Penal, de la Audiencia Nacional, en el Auto 396/2018, de 12 de julio, confirmó que el coronel Montano sólo podía ser enjuiciado por delitos de terrorismo.

hemos referido⁴⁹. La barrera jurisdiccional operada por la repetida ley igualmente afectaba al delito de terrorismo, pero, en el caos *Jesuitas*, de forma favorable: los tribunales españoles podían enjuiciar los hechos, si las víctimas de los asesinatos terroristas eran de nacionalidad española [artículo 23.4 e) 4º LOPJ]. Esta suerte de principio de personalidad pasiva, incrustado en el de justicia universal, reducía el objeto del procedimiento que se instruía en el Juzgado Central de Instrucción, al asesinato de los cinco padres jesuitas españoles. El sacerdote salvadoreño y las dos mujeres de esa nacionalidad, por decisión legislativa, quedaban desamparados por nuestros Tribunales.

A este impedimento jurisdiccional se sumaba, en el plano sustantivo, otro de estricta legalidad material: los vigentes artículos 607 bis⁵⁰ (delitos de lesa humanidad), y 608 a 614 bis, en los que tipifica los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, al sancionar diferentes vulneraciones de normas contenidas en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos Adicionales I y II de 1977, aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los de carácter no internacional⁵¹, que no eran típicos en nuestro Código Penal, en el momento de comisión de los hechos. No obstante, frente a esta postura de legalidad material doméstica, cabría invocar la aplicación del Derecho penal internacional y, en concreto, de los Convenios de Ginebra, que defiende algún sector doctrinal y que produce irritaciones y rechazo en otros⁵².

Sin embargo, el problema jurisdiccional de aplicación del principio universal quedó definitivamente diluido en el seno del procedimiento extradicional seguido en EE.UU. contra el coronel Montano. La resolución de los Tribunales americanos concedió su extradición exclusivamente, como hemos adelantado, por «el asesinato terrorista de cinco sacerdotes jesuitas de origen y nacionalidad española»⁵³. De esta forma, se producía un cierre jurisdiccional provocado por un instrumento internacional de cooperación judicial en materia penal: Montano, de acuerdo con el tratado bilateral de extradición entre España y EE.UU.⁵⁴, únicamente podía ser juzgado en nuestro país por los cinco

⁴⁹ V. *supra*, nota 46. MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., El principio de justicia universal y los crímenes de guerra, Instituto Universitario General Gutiérrez, Mellado, Madrid, 2015, analiza con precisión la persecución del crimen de guerra al amparo del principio de jurisdicción universal.

⁵⁰ Introducido por primera vez en nuestro Código sustantivo —como consecuencia de la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en nuestro ordenamiento jurídico— por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Este artículo fue posteriormente modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio, y por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Para un estudio completo de este crimen v: LINÁN LAFUENTE, A., El crimen contra la humanidad, Dykinson, Madrid, 2015.

⁵¹ V. Un exhaustivo trabajo al respecto en: PIGNATELLI Y MECA, F., La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

⁵² Sobre este complejo y polémico debate, v. OLLÉ SESÉ, M., Principios generales, en: Gil Gil/ Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, pp. 178-192; y OLLÉ SESÉ, M., El principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos, Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 559-582.

⁵³ In the United States District Court for the Eastern District of North Carolina Northern Division, 4 4th of February 2016, *in re request by Spain for the extradition of Inocente Orlando Montano Morales*, No. 2:15-MJ-1021-KS. Resolución que fue confirmada por la Orden de 21 de agosto de 2017 —al desestimar el recurso de *habeas corpus* interpuesto por Montano— por the United States District Court for the Eastern District of North Carolina Western Division, *INOCENTE ORLANDO MONTANO MORALES, Petitioner v. NEIL ELKS, Sheriff of Pitt County, North Carolina; SCOTT J. PARKER, United States Marshal for the Eastern District of North Carolina; LOREUA E. LYNCH, Attorney General, US. Department of Justice, in her Official Capacity and her successor and assigns; and THE UNITED STATES OF AMERICA*, No. 5:16- HC-2066-BO.

⁵⁴ Instrumento previsto en el artículo 3(2) del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de junio de 2003, para la aplicación del Tratado de Extradición entre España y los Estados Unidos de América de 29 de mayo de 1970, y Tratados Suplementarios de Extradición de 25 de enero de 1975, 9 de febrero de 1988 y 12 de marzo de 1996.

asesinatos terroristas cometidos contra ciudadanos españoles⁵⁵.

El principio de especialidad, previsto en el artículo 21 de la Ley de Extradición Pasiva (en adelante, LEP), y en los diferentes tratados extradicionales, impiden, salvo renuncia del *extraditatus*, que éste sea juzgado por hechos anteriores por los que ha sido concedida su extradición y/o por hechos distintos por los que se accedió a la misma. Este principio considerado como costumbre internacional y, por tanto, de aplicación general y universal⁵⁶, se convierte, por un lado, en una garantía para el *extradendus* (a no ser juzgado por esos hechos distintos por los que se accedió a su extradición, ni por otros conexos⁵⁷); y, por otro lado, también se fundamenta en el deber de respeto y de protección de la soberanía del Estado requerido —que es cedida por éste al Estado requirente⁵⁸— y que ha entregado al *extradendus* para el enjuiciamiento por determinados hechos⁵⁹ y/o delitos. La única posibilidad de enjuiciar otros hechos o delitos distintos por los que fue concedida la extradición, pasaría por la solicitud del Estado requirente al requerido de una ampliación de la misma, y que éste accediera a ella⁶⁰.

Partimos, junto con la doctrina mayoritaria, de que el principio de especialidad se debe proyectar sobre hechos y no sobre calificaciones jurídicas, esto es, siempre que se respeten los hechos objeto del pedido extradicional activo, los órganos jurisdiccionales pueden variar la calificación jurídica de los mismos, respecto del inicial *nomen iuris*, con el que se interesó y se concedió la extradición. Sin embargo, hay que reconocer que en el espectro normativo de tratados internacionales nos encontramos instrumentos extradicionales, como el tratado bilateral entre España y EE.UU., en el que el principio de especialidad rige respecto de *delitos* y no de *hechos*. Este tratado, en el artículo XIII⁶¹, prohíbe al Estado requirente, detener, juzgar o castigar a la persona que le haya sido entregada «por un *delito* distinto de aquél por el cual se ha concedido la extradición»⁶².

La Sentencia de la Audiencia Nacional acogió —con sujeción al tratado bilateral de extradición, fundando en la invocada garantía del *extraditatus* y en la soberanía de los EE.UU.— el principio de especialidad y delimitó el objeto procesal, lógicamente, según el contenido de la citada resolución extradicional dictada por los EE.UU.⁶³, al enjuiciamiento de Montano por el «asesinato terrorista de

⁵⁵ Al respecto, v. el interesante trabajo de GIMBERNAT DÍAZ, E., La extradición como instrumento de cooperación en el Derecho penal internacional, Liñan, A./Ollé, M. (coords.), Estudios sobre Derecho penal internacional, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2018, pp. 21-32.

⁵⁶ BAUTISTA SAMANIEGO, C., Procedimiento de extradición pasiva, Sepin, Madrid, 2020, p. 91.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 90.

⁵⁸ BELLIDO PENADÉS, R., La extradición en derecho español, Civitas, Madrid, 2001, pp. 91 y 98.

⁵⁹ V. sentencia, FJ tercero; PASTOR BORGONÓN, B., Aspectos procesales de la extradición en derecho español, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 121-130; SEBASTIÁN MONTESINOS, M.A., La extradición pasiva, Comares, Granada, 1997, pp. 162 y 163; y CEZÓN GONZÁLEZ, C., Derecho extradicional, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 272-276. BAUTISTA SAMANIEGO Procedimiento de extradición pasiva, 2020, pp. 90 a 93, añade, acertadamente, que los dos derechos no están en posición de igualdad porque la garantía del *extradendus* está supeditada a que no se acceda a una futura ampliación de la extradición por parte del Estado requerido.

⁶⁰ Una segunda excepción al principio de especialidad es la contemplada en el artículo 21.2 LEP: «cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado al que se entregó, permanezca en él más de cuarenta y cinco días o regrese al mismo después de abandonarlo».

⁶¹ V. *supra*, nota 54.

⁶² Cursiva añadida. El propio artículo contempla tres excepciones al principio de especialidad, semejantes a las del artículo 21 LEP (v. *supra*, nota 60): que el extraditado haya abandonado el territorio de la Parte Requirente después de su extradición y haya vuelto voluntariamente a él; que no lo haya abandonado dentro de los 45 días después de tener libertad para hacerlo; o que la Parte Requerida hubiera permitido su detención, juicio, condenas o consentido su extradición a un tercer Estado por un delito distinto de aquél por el cual se concedió la extradición.

⁶³ V. *supra*, nota 53.

cinco sacerdotes jesuitas de origen y nacionalidad españoles»⁶⁴.

La jurisprudencia se ha decantado a favor de la obligatoriedad para el Estado requirente (España) de juzgar y, en su caso, condenar por los *delitos* expresamente autorizados por el Estado requerido, y no por otros distintos o adicionales. Para el Tribunal Supremo, el principio de especialidad consiste «en que ninguna persona extraditada podrá ser detenida, procesada o penada en el estado requirente por un delito cometido con anterioridad a la fecha de la solicitud de su extradición y que sea distinto del propio delito por el cual se ha concedido la misma»⁶⁵.

El principio de especialidad en el caso *Jesuitas* cobra especial relevancia por la actitud de las autoridades estadounidenses. No es difícil adivinar el rechazo por parte de los EE.UU. a la justicia penal internacional cuando ésta se ejerce en tribunales penales internacionales y en jurisdicciones nacionales al amparo del principio de jurisdicción universal. Por ello, en el procedimiento extradicional, se soslayó por parte de EE.UU. cualquier connotación que supusiera una aceptación expresa o tácita del principio universal, de crímenes internacionales de primer grado⁶⁶, y limitó, fiel a sus postulados legales nacionales, el enjuiciamiento extraterritorial en España exclusivamente a los asesinatos terroristas de las víctimas españolas.

El *iter* extradicional demuestra la anterior afirmación. Inicialmente, el 31 de marzo de 2011 se dictó la correspondiente orden internacional de detención con fines de extradición respecto del coronel Montano, ex viceministro de seguridad de El Salvador. El 2 de noviembre de 2011, el Juzgado instructor acordó proponer al gobierno de España demandar extradicionalmente a los EE.UU. su entrega. El 22 de julio de 2014 se amplió la demanda por parte del órgano instructor. En ese texto, el instructor ya advertía de que «el juzgado se reserva la jurisdicción sobre Montano y los delitos de los que se le ha acusado — a pesar de ciertos cambios en la jurisdicción extraterritorial— y que se encuentran en revisión en los tribunales de apelación españoles»⁶⁷. Y añadía que España detentaba jurisdicción para investigar y dictar Sentencia respecto de Montano «debido a la naturaleza de su presunta participación en los crímenes mencionados y la ciudadanía española de sus presuntas víctimas»⁶⁸, al menos por los delitos de asesinato terrorista, apuntillando que la solicitud primigenia de extradición de 2011 no quedaba comprometida, a pesar de la mutación legislativa⁶⁹. La extradición activa para España y pasiva para los EE.UU. no fue un camino procesal fluido, como demuestran las aclaraciones o adiciones que fueron remitidas a las autoridades estadounidenses., entre ellas, la acreditación de que cinco de los padres jesuitas eran españoles⁷⁰.

⁶⁴ FJ, tercero. En éste, la Sentencia declara que los hechos probados «son legalmente constitutivos de ocho delitos de asesinato de carácter terrorista», pero, por *mor* del principio de especialidad, se ve obligado a condenar por los cinco asesinatos de los sacerdotes españoles.

⁶⁵ SSTs 10213/2014, de 25 de junio y 3877/1998, de 12 de junio.

⁶⁶ Sobre los crímenes internacionales de primer y segundo grado v. OLLÉ SESÉ, M., *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional*, 2019, pp. 151-164.

⁶⁷ Auto de 22 de julio de 2014. FJ primero.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Auto de 22 de julio de 2014. FFJJ segundo y tercero. El Juzgado, con esta ampliación, también remitía un nuevo documento adicional donde se reflejaban los nuevos elementos probatorios como causa probable de la intervención directa de Montano en los hechos.

⁷⁰ Resolución de 16 de junio de 2015. Es significativo, como elemento objetivo que demuestra el celo de EE.UU. para que España cumpliera con los términos estrictos de la resolución por la que concedía la extradición de Montano, la llamada de atención con la que este Estado requerido reprochó a España, el 4 de diciembre de 2017, que en el auto de notificación del procesamiento (de 30 de mayo de 2011) a Montano, constase que el mismo estaba también procesado por otros crímenes distintos (lesa humanidad) por los que había concedido la extradición (asesinatos terroristas). En el fondo, esta actitud de EE.UU. se

Este conflicto entre el principio de especialidad extradicional y la tutela de los derechos de víctimas y victimarios, debe ser resuelto normativamente, para evitar situaciones como la que aquí han acontecido, sin olvidar que los crímenes internacionales de primer grado, como los de genocidio, lesa humanidad o de guerra, gozan del carácter de *ius cogens* y producen, como obligación, la persecución judicial de sus responsables.

Más allá del cierre jurisdiccional que provocó la decisión norteamericana de extradición, la mutante situación jurídica, provocada por la reforma del artículo 23.4 LOPJ, que aconteció en el procedimiento, conduce a reflexionar —dejando al margen el principio de especialidad y el caso concreto de los *Jesuitas*— sobre si, una vez que se ha fijado la jurisdicción española bajo el principio de justicia universal por un delito, ésta se puede extender a otros delitos acogidos por el mismo principio, pero sobre los que no concurren los nexos de conexión establecidos en el artículo 23.4 LOPJ.

La respuesta es positiva. El objeto de todo proceso está constituido por la materia que se discute, *res de qua agitur*, que en el ámbito del proceso penal⁷¹, se corresponderá con el *hecho* punible investigado. Los hechos son importantes para analizar diferentes cuestiones jurídicas que se puedan suscitar. Una de ellas, es la atribución de la jurisdicción de los tribunales españoles para el enjuiciamiento de los concretos hechos. Lo que identifica, en definitiva, al objeto del proceso penal, son los hechos que, considerados constitutivos de delito, se dirigen contra una persona determinada. La calificación jurídica en la que se subsuman esos hechos no conforma el objeto del proceso penal. Así lo ha reiterado pacíficamente la jurisprudencia, subrayando que lo concluyente no es el *nomen iuris* sino los hechos delictivos⁷².

El art. 65.1 LOPJ, después de enumerar el catálogo de los diferentes delitos que conoce la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —lo que es aplicable a los órganos instructores de esas causas— extiende de forma imperativa su competencia «al conocimiento de todos los delitos conexos» con aquéllos, es decir, con los previstos en las letras a) a d) del art. 65.1 LOPJ). Esto permite que, respecto de los delitos por los que la Audiencia Nacional ostenta competencia objetiva por razón de la materia, se puede conformar una relación concursal de delitos, ideal o real, entre éstos y otros conexos porque esos hechos constituyen dos o más delitos.

Asimismo, la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado⁷³ es ilustrativa a estos efectos. Después de especificar, en el artículo 1, los delitos competencia del Tribunal del Jurado, en el primer apartado del artículo 5 señala que la competencia se determinará «atendiendo al presunto hecho delictivo», obviando, por tanto, la calificación jurídica de ese hecho, como criterio de atribución competencial. El mismo artículo, en su segundo apartado, extiende la competencia del Tribunal del Jurado a los delitos conexos, estableciendo alguna particularidad; y, en el apartado 3º, declara igualmente la competencia del Tribunal del Jurado «cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos [...] si alguno de ellos fuere de los atribuidos a su conocimiento». Se desprende que la voluntad del legislador, en esta ley, es conformar una suerte de reglas competenciales de atracción, tanto para los casos de conexidad delictiva, como para

enmarcaba en el deber de seguimiento, lo que no es nada frecuente, respecto de la extradición concedida. Sobre este deber, v. OLLÉ SESÉ, M./GIMBERNAT DÍAZ, E., Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes. STJUE de 5 de abril de 2016, asuntos C-404/15 y C-659/15 PPU: Aranyosi y Căldăraru, La Ley Unión Europea, 40, 3 de septiembre de 2016.

⁷¹ Sobre el objeto del proceso penal v. BANACLOCHE PALAO, J./ZARZALEJOS NIETO, J. Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal, 4.ª ed., La Ley, Madrid, 2018, pp. 109-140.

⁷² SSTs 41/98, de 24 de febrero; 655/2010, de 13 de julio; y 94/2010, de 10 de febrero.

⁷³ Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

los de concursos delictivos, respecto de delitos que no están incluidos en el catálogo de su competencia, partiendo siempre de una premisa fáctica —hechos— y no jurídica.

Las dos normas referidas, la LOPJ y la Ley del Jurado, se refieren en su literalidad a la *competencia* y no, como es lógico, a la *jurisdicción*. Con todo, esos criterios competenciales pueden servir de guía para atribuir la jurisdicción española en supuestos de jurisdicción universal. Una vez fijada la jurisdicción española bajo el título universal, ésta debe extender su conocimiento al completo hecho, *factum*, es decir, para ese delito y para los que puedan surgir de esos mismos hechos. Desde la dimensión fáctica del objeto del proceso penal, si la jurisdicción la determinan los hechos, la misma comprenderá, no sólo los delitos conexos, sino cualquier delito que se desprenda de los hechos en la relación concursal a la que se deban.

En esta línea, en el ámbito del Derecho penal internacional, por ejemplo —y por su cierta proximidad en algunos aspectos con el caso *Jesuitas*, que seguidamente reseñaremos—, nos referimos al Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Éste interpretó que el artículo 3 de su Estatuto⁷⁴ no le otorgaba únicamente competencia respecto del derecho de la guerra relativo a la conducción de las hostilidades, sino que, también, se extendía a las violaciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos: violaciones cometidas en el contexto de un conflicto armado no internacional. En su fundamentación, el Tribunal *ad hoc* consideró que el artículo 3 del Estatuto le permitía atribuirse la competencia para conocer de toda violación al Derecho internacional humanitario que no estuviese prevista en otra disposición del Estatuto, es decir, tanto en el llamado Derecho de Ginebra —los cuatro Convenios y los dos Protocolos— como en el Derecho de La Haya⁷⁵.

Siguiendo con el ejemplo de los crímenes de guerra, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda también asumió, en el artículo 4 de su Estatuto⁷⁶, la competencia para enjuiciar a las personas que cometieran graves violaciones del artículo 3 común y del Protocolo adicional de 1977, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales. Tales violaciones incluyen: actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente homicidio y trato cruel como tortura, mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal; castigos colectivos; toma de rehenes; actos de terrorismo; ultrajes a la dignidad personal, en particular tratos humillantes o degradantes, violación, prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente; saqueo; aprobación de sentencias y realización de ejecuciones sin un fallo previo dictado por un tribunal legítimamente constituido y que ofrezca todas las garantías judiciales consideradas como indispensables por los pueblos civilizados, y amenazas de perpetración de cualquiera de los actos mencionados⁷⁷.

⁷⁴ Referido a la competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. V. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Castigo de los Crímenes Internacionales perpetrados en la Antigua Yugoslavia (Resolución 827, 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993).

⁷⁵ GUTIÉRREZ POSE, H., La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario —los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio— la responsabilidad penal individual, Comité Internacional de la Cruz Roja, <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdpfn.htm#3>

⁷⁶ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Resolución 995, 1994, Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994).

⁷⁷ GUTIÉRREZ POSE, H., La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario —los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio— la responsabilidad penal individual, Comité Internacional de la Cruz Roja. Otro precedente relevante, en Tribunales domésticos en los que, en aplicación del principio universal, se apreció un concurso de delitos de genocidio y de asesinato

Llegamos a la conclusión de que los Tribunales españoles, una vez asumida la jurisdicción universal por unos hechos concretos, porque concurren, al menos, para uno de los delitos por los que se han calificado los mismos, los requisitos de atribución que impone el artículo 23.4 LOPJ, también tendrán jurisdicción para otros delitos que se deriven de esos hechos, aunque esos delitos no satisfagan las exigencias normativas del repetido artículo 23.4 LOPJ.

Retomando el caso *Jesuitas*, ya hemos explicado la limitación del objeto del procedimiento. No obstante, es relevante destacar, a efectos de la individualización de la pena y, como respuesta reparadora para las víctimas de los hechos juzgados, que la Sentencia declara probado que, en el momento del asesinato (1989), El Salvador vivía un conflicto armado de carácter no internacional que duraba más de 10 años. Igualmente describe el contexto de violencia armada entre las fuerzas gubernamentales de ese país y la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional⁷⁸. Esta situación de violencia armada interna⁷⁹ entre las dos partes salvadoreñas, es la que sirve como elemento diferenciador para calificar los hechos como un verdadero conflicto armado⁸⁰, porque, como se infiere del *factum*, no fueron meras situaciones de tensiones internas o de disturbios interiores⁸¹.

Este marco contextual de conflicto armado interno obliga a observar los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁸². El citado artículo 3, común a estos instrumentos, norma indiscutiblemente de *ius cogens*, declara que, en caso de conflicto armado no internacional que suceda dentro de las altas partes contratantes⁸³, cada una de las partes en conflicto estará obligada a tratar con humanidad a las personas que no participen en las hostilidades. Y añade que respecto de estas personas «se prohíben, en cualquier tiempo y lugar [...] los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas». Esta norma de *ius cogens* y, por tanto, como toda norma investida de este carácter, es de Derecho internacional —su fuente es el Derecho internacional (costumbre y tratado), su calidad es de especial importancia y es aceptada por la Comunidad internacional. Al carácter de *ius cogens* de esta norma se une, como consecuencia necesaria, las obligaciones que nacen de la misma⁸⁴. En este caso, la de impedir las violaciones previstas en el artículo 3 común referido.

Por tanto, su carácter de *ius cogens* y su consideración de derecho consuetudinario⁸⁵ es un

(delitos comunes) es el caso de *Nikola Jorgić*, juzgado en Alemania, en aplicación del principio de justicia universal. V. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Alemania, la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal, índice EUR 23/003/2008, Madrid, 2008, pp. 91-95.

⁷⁸ Sentencia, HHPP primero y segundo; y FFJJ octavo, noveno y décimo.

⁷⁹ Sobre los requisitos de los crímenes de guerra y la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales v. MARTÍNEZ ALCÁÑIZ, A., El principio de justicia universal y los crímenes de guerra, 2015, pp. 286-303.

⁸⁰ El TPIY, en el conocido caso ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, AC, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (IT-94-1-T), 2.10.1995, para. 70, declaró que en el conflicto armado de carácter no internacional se recurre a la violencia prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado.

⁸¹ El artículo 1.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977, descarta que «las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos» sean conflictos armados.

⁸² I Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁸³ El Salvador es Parte Contratante de los Convenios de Ginebra desde el 17 de junio de 1953; y España desde el 4 de agosto de 1952.

⁸⁴ V. sobre el concepto de crímenes internacionales de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, OLLÉ SESÉ, M., Crimen internacional y jurisdicción penal nacional, 2019, pp. 101-140.

⁸⁵ V. ICJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 27 June 1986, Judgment, para. 218 a 220. El fallo de la Corte Internacional de Justicia declara que el artículo 3

elemento de extraordinaria importancia —independientemente de la efectiva calificación y condena por asesinatos terroristas— para valorar el reproche de la conducta de Montano al transgredir las más esenciales normas humanitarias que se cometen en conflictos armados sin carácter internacional, para la dosimetría punitiva y para ofrecer, de esta forma, una respuesta integral a las víctimas, al establecer la verdad judicial del contexto (conflicto armado no internacional) en los que se cometieron los crímenes (asesinatos terroristas) en El Salvador.

Al margen de todo lo expuesto, hay que recordar que las prohibiciones del artículo 3 común pasaron a ser objeto de sanción en el ámbito del Derecho penal internacional. Así el artículo 8.2.c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica, como crimen internacional en caso de conflicto armado no internacional, «las violaciones graves del artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra» y, en concreto, y entre otros, «los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas» cometidos «contra personas que no participen directamente en las hostilidades»⁸⁶.

La importancia de la tipificación del conflicto armado no internacional en el Estatuto de Roma, deriva también por su correspondencia con el principio de complementariedad que rige, como eje principal, en el Estatuto de la Corte. No es necesario recordar que los hechos ocurrieron en 1989 y, por tanto, antes de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional (1 de julio de 2002). Pero sí que El Salvador es parte del Estatuto desde el 3 de marzo de 2016. La ratificación de éste del Estatuto de Roma supone la asunción de las obligaciones internacionales en la persecución, con carácter preferente, en su jurisdicción doméstica de, al menos, los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional, como es el crimen de guerra.

El hecho cierto de que el Estatuto no estuviera vigente —ni tampoco existiera la Corte Penal Internacional, en el momento de la comisión delictiva— no significa que El Salvador ignore su obligación de perseguir judicialmente este crimen internacional, de origen consuetudinario —y, por tanto, anterior al nacimiento del Estatuto de Roma— respecto de los presuntos coautores mediatos y ejecutores materiales que no han sido juzgados.

Si El Salvador es parte del Estatuto, es porque asume esas obligaciones en la persecución de los crímenes internacionales de primer grado⁸⁷ y, como recuerda el preámbulo del Estatuto de Roma, está obligado a ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Por ello, debería proceder al enjuiciamiento, ante sus Tribunales nacionales, de todas las personas que presuntamente tuvieron intervención en los hechos y que permanecen en la impunidad. Además, recordemos que El Salvador denegó todas las extradiciones que solicitaron las autoridades españolas⁸⁸, por lo que, de acuerdo con el principio *aut dedere o aut iudicare*, El Salvador tenía y tiene la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, de sancionar a los responsables de estos crímenes que se encuentren en su territorio y, en caso contrario, conceder su extradición al Estado que está ejerciendo la jurisdicción por esos hechos.

común de las Convenciones de Ginebra cristalizó como derecho consuetudinario. En el mismo sentido ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, cit., para. 98.

⁸⁶ Sobre la regulación de los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional v. LIÑÁN LAFUENTE, A., Los crímenes de guerra, en: Gil Gil/Maculan (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2.ª ed., 2019, pp. 443-472.

⁸⁷ Sobre la persecución universal de las infracciones graves de Derecho internacional humanitario v. MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, 2015, pp. 304-332.

⁸⁸ Fueron denegadas el 8 de mayo de 2012 y el 6 de febrero de 2016, por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

5. Coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder

El caso *Jesuitas* recuerda, en cuanto a la intervención punible, la vigencia del principio de responsabilidad penal personal por el hecho propio —como manifestación del principio de culpabilidad— por el que ninguna persona será condenada por hechos o conductas que no haya realizado materialmente y en el que no esté vinculado personalmente en forma dolosa o imprudente (*nulla poena sine culpa*)⁸⁹.

Esta garantía se revela especialmente importante en los supuestos de macro criminalidad y de criminalidad colectiva, con el fin de impedir la *transferencia indebida*⁹⁰ a una determinada persona de la responsabilidad penal de un hecho ajeno. La pertenencia a un colectivo organizado que comete conductas delictivas, no significa que todos sus miembros sean responsables por los hechos cometidos por algunos de ellos. Hay que determinar quién es autor y quién es partícipe del injusto penal, de acuerdo con los artículos 27 y 28 del Código Penal. Por ello, el principio de responsabilidad penal personal obliga a extremar las precauciones analíticas y de subsunción a la hora de otorgar el título de autor o partícipe a una persona concreta, en aquellos supuestos en los que interviene una pluralidad de personas, en función de su personal contribución al hecho. Pero también, con indudable acierto, la doctrina ha advertido del riesgo contrario, esto es, de que la responsabilidad personal de alguno de los intervinientes se diluya dentro de una responsabilidad colectiva amplia, cuando en la *conducta delictiva* común se involucran numerosas personas⁹¹. En estos casos, también existe la contingencia de que se le transfiera indebidamente una responsabilidad penal ajena a alguno de los intervinientes.

En supuestos de criminalidad estatal —como la del caso *Jesuitas*—, una modalidad de intervención punible es a través de estructuras criminales organizadas de poder. Esta singularidad se aleja de los patrones comunes de delincuencia, porque el delito se idea por los dirigentes, jefes o líderes del aparato y se materializa o ejecuta por otros miembros subordinados de la estructura criminal, que son los que finalmente materializan el hecho. Como se ha repetido hasta la saciedad estos últimos son los que se «manchan las manos». Esta distancia y contribución al hecho entre líderes e inferiores, o entre autores mediatos e inmediatos, no sólo no disminuye la responsabilidad de los organizadores respecto de los autores subordinados, sino que la incrementa⁹², como expondremos seguidamente.

La idiosincrasia de esta criminalidad permite identificar, inicialmente, dos partes diferenciadas pero comunicadas en materia de autoría y participación. Por un lado, los líderes o cabecillas de esa estructura o aparato son los que idean, deliberan y deciden de mutuo acuerdo y, por tanto, conjuntamente la comisión de un crimen (coautoría). Y, por otro lado, transmiten la decisión delictiva final a otros miembros —que no han intervenido en la primera fase— para que materialmente la ejecuten, lo que convierte a cada uno de los líderes en coautores mediatos y a los ejecutores en autores.

Nuestro propósito en este trabajo se aleja de ofrecer los diferentes matices y discrepancias que la doctrina y la jurisprudencia doméstica y la de Tribunales internacionales han elaborado respecto de la

⁸⁹ V. dos acertados trabajos sobre este principio en: CUERDA RIEZU, A. R. El principio de constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas, ADPCP, 2009, pp. 157-209; y CUERDA RIEZU, A. R., El principio de constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas, ADPCP, 2009, pp. 211-252.

⁹⁰ CUERDA RIEZU, A. R., ADPCP, 2009, p. 212.

⁹¹ MACULAN, E., Las formas de intervención punibles: autoría y participación, en: Gil Gil/Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, p. 234.

⁹² *Ibidem*.

coautoría mediata. Partimos de que la conducta del coronel Montano, se encuadra en lo que denominamos coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder. La Sentencia descarta la «mera inducción», y la califica de «coautoría, dado el reparto de papeles dentro de una institución organizada, las Fuerzas Armadas». Y, a renglón seguido, la resolución condenatoria complementa la afirmación de la coautoría declarando que, «como anteriormente establecimos, nos encontramos ante la autoría de unos hechos cometidos mediante la utilización de un aparato organizado de poder, que no era otro que el Alto Mando de la Fuerza Armada, en cuyos puestos de máxima responsabilidad se encontraban los militares graduados en la llamada *Tandona*»⁹³.

La Sentencia, por tanto, acoge la figura de la coautoría mediata en aparatos organizados de poder, como se infiere de la motivación jurídica de la misma, al abordar tanto los requisitos de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como los de la coautoría⁹⁴. El juego de los artículos 27 y 28 de nuestro Código Penal permite la construcción de la coautoría mediata porque normativamente son autores quienes realizan el hecho «conjuntamente o por medio de otro», es decir, son autores los coautores y los autores mediatos.

A la hora de abordar la teoría de la intervención delictiva, partimos, frente a la teoría objetivo-formal, de la teoría del dominio del hecho predominante en la doctrina alemana, y acogida por nuestro Tribunal Supremo y por un amplio sector doctrinal español, y también por la Corte Penal Internacional. Esta teoría mixta (objetiva y subjetiva) —que considera autor, en los tipos dolosos, a quien detenta el dominio o control final del hecho típico—, iniciada, entre otros, por WELZEL, y perfeccionada por ROXIN⁹⁵, permite mejorar la comprensión de los conceptos de coautoría y autoría mediata. Es objetiva porque el autor detenta el dominio del hecho; está en sus manos, es *el dueño*, de la realización, conducción e interrupción del curso típico⁹⁶. Y es subjetiva porque domina (voluntad) esa situación objetiva. En la autoría directa, el autor ostenta el dominio material del hecho: es él quien individualmente realiza los elementos del tipo. En la mediata, el autor tiene el dominio sobre la voluntad del autor inmediato, sobre la decisión de la ejecución, porque el mediato no realiza de propia mano los elementos típicos, no ejecuta la acción típica. Y en la coautoría, será autor el que tiene el dominio funcional del hecho: quien aporta una parte necesaria o esencial a la ejecución del plan global.

En el caso *Jesuitas* no existe un solo autor mediato, sino *coautores conjuntos mediatos*. Los miembros del Alto Mando Militar —entre los que se encontraba, el coronel condenado— *urdieron, planearon, acordaron y ordenaron*⁹⁷ la ejecución del crimen. De común acuerdo decidieron el asesinato, y de común acuerdo transmitieron la orden de la ejecución del plan criminal. Es decir, cada uno de los coautores aportó una parte necesaria o esencial a la ejecución del plan global. La coautoría mediata en aparatos organizados de poder ha sido desarrollada, aunque con diferentes matices y denominaciones, principalmente en el ámbito del Derecho penal internacional y de los tribunales penales internacionales⁹⁸. Esta forma es la que denominamos coautoría conjunta mediata. Esta modalidad de

⁹³ Fundamento Jurídico (en adelante, FJ) noveno.

⁹⁴ El Letrado de la acusación popular en el informe final de la vista oral (artículo 734 LECrim) conceptuó la intervención del coronel y viceministro de seguridad, Montano, como coautoría conjunta en aparatos organizados de poder.

⁹⁵ V. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*.

⁹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 398 y 399.

⁹⁷ Estos cuatro verbos son los utilizados por la Sentencia en el FJ octavo.

⁹⁸ V. de la Corte Penal Internacional, entre otras: ICC, PTC I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges (ICC-01/04-01/07), 30.09.2008, para. 525; y ICC, PTC I, *Prosecutor c. Omar Hassan Al Bashir*,

coautoría se construye de forma similar a la autoría mediata, pero se sustituye al autor mediato por los diferentes coautores que intervengan, de tal forma que son aplicables las reglas de la coautoría. Todos los intervinientes mediatos son coautores, porque todos, o entre todos, cometen conjuntamente y de mutuo acuerdo el hecho. La contribución de cada uno de ellos al hecho, el papel concreto que desempeñan individualmente, es esencial o necesario para la realización del plan común. Todos tienen el dominio funcional del hecho y a todos, de acuerdo con el principio de imputación recíproca, se les imputará la conducta del resto de autores y todos conjuntamente responderán por el delito cometido.

La decisión de asesinar a Ellacuría sin dejar testigos se acordó *conjuntamente* y de *mutuo acuerdo* por parte de los miembros del Alto Mando militar. Decisión que se adoptó por consenso, previo debate, y sin oposición de ninguno de los integrantes de esa organización criminal. Uno de esos coautores, fue el coronel y viceministro de seguridad Montano. Todos los intervinientes conocieron y aceptaron expresamente la realización del delito y todos conocieron y aceptaron su propia participación y, recíprocamente, la del resto de los autores. Esta decisión conjunta se acordó de forma expresa y previa a la comisión del asesinato, aunque también hubiera sido posible la coautoría sucesiva, si otros intervinientes hubieran accedido a la realización delictiva ya iniciada de forma (acuerdo) tácita y coetánea. La contribución de todos los coautores fue *esencial*, todos ellos integraban el Alto Mando Militar y todos, con su decisión, facilitaron y posibilitaron la ejecución del hecho, aunque ninguno de ellos realizara los actos ejecutivos del delito.

Por lo que respecta al ejecutor material del hecho o autor inmediato, este es el «instrumento» del que se sirve el autor mediato para la realización del hecho. En el Derecho penal doméstico (artículo 28 del Código Penal), es habitual que el autor inmediato que ejecuta materialmente el hecho carezca de responsabilidad penal, bien porque el autor mediato ha provocado en el inmediato un error o se ha aprovechado del mismo. Este error puede ser sobre la tipicidad al desconocer el significado de la conducta o sobre el carácter antijurídico de la conducta. También el sujeto inmediato estará exento de responsabilidad penal en aquellos casos en los que éste actúa bajo un estado en el que concurre una causa de coacción y, por tanto, de inexigibilidad de otra conducta diferente a la realizada (por ejemplo, miedo insuperable), o de inimputabilidad.

Sin embargo, también concurre la autoría mediata en supuestos en los que la responsabilidad penal es solidaria tanto para el autor mediato, como para el inmediato. Un supuesto es el de los intervinientes que pertenecen a aparatos u estructuras organizadas de poder. Tanto el mediato como el inmediato, con independencia de su concreta contribución, son responsables penalmente por el hecho cometido. En los aparatos organizados de poder el inicial binomio hombre de atrás-autor inmediato (*perpetrator behind the actor*), propio de la autoría mediata, se transforma, como ha señalado la doctrina, en «autor

Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Al Bashir (ICC-02/05-01/09), 04.03.2009, paras. 201 y ss. MACULAN, en: Gil Gil/Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.^a ed., 2019, pp. 252-254, se refiere sintéticamente a la coautoría mediata y, siguiendo a parte de la doctrina alemana, la desdobra en dos categorías: la coautoría entre autores mediatos y la autoría mediata en coautoría o autoría mediata conjunta. WERLE, G./ JESSBERGER, F., Tratado de Derecho penal internacional, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, 2017, pp. 367-370, diferencian entre coautoría mediata y autoría mediata conjunta. Y OLÁSOLO ALONSO, H., Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 563-629, sistematiza las diferentes decisiones del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y de la Corte Penal Internacional, para denominarla como «coautoría mediata basada en la aplicación conjunta de la coautoría por dominio funcional y la autoría mediata por aparatos organizados de poder», distinguiendo dos situaciones: la de varios dirigentes que comparten el dominio respecto de una concreta estructura de poder, de la que se valen para la comisión del hecho; y la de varios dirigentes, que cada uno de ellos controla la totalidad o parte de una estructura organizada, cada uno de ellos dirige su aparato de poder, y todos ellos se coordinan para la ejecución del plan común.

detrás del autor» (*perpetrator behind the perpetrator*)⁹⁹. El subordinado, en el primer caso, es penalmente irresponsable, mientras que en el segundo, sí lo es. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, reconoce expresamente la responsabilidad penal de quien comente un crimen competencia de la Corte «por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable» (artículo 25.3.a).

El profesor ROXIN fue el precursor en 1963 de la teoría conocida como del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras o aparatos organizados de poder¹⁰⁰. La tesis de ROXIN nace de la insuficiencia para poder fundamentar la autoría de dirigentes políticos y comandantes militares que lideraban aparatos organizados de poder. Los postulados del célebre profesor alemán fueron aplicados por primera vez en Argentina en 1985, en el conocido como juicio a las Juntas Militares, por la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires, aunque posteriormente la Sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰¹.

Otros Tribunales nacionales igualmente se hicieron eco de esta propuesta dogmática. Por ejemplo, fue en el caso conocido como de los disparos del *Muro de Berlín* (Tribunal Supremo alemán, 1994) en el que miembros del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana fueron condenados por los asesinatos producidos por sus guardias en el muro de Berlín. En Chile, Colombia y Perú (caso *Abimael Guzmán* y caso *Fujimori*) también tuvo acogida la teoría de ROXIN. Asimismo, los Tribunales penales internacionales *ad hoc* de Ruanda y de la Ex Yugoslavia, así como como la Corte Penal Internacional, han justificado el sentido de algunas resoluciones en la teoría de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, superando de esta forma los postulados de la teoría de la empresa criminal conjunta¹⁰².

ROXIN se basa en tres pilares fundamentales: el poder de mando, el apartamiento del derecho y la fungibilidad de los ejecutores materiales. Después de la aplicación práctica de su teoría por Tribunales nacionales e internacionales, el académico alemán justificaba la utilidad de la misma en que «las democracias reinstauradas, tras la caída de las dictaduras, están tratando cada vez más de superar los crímenes de los regímenes anteriores mediante procesos respetuosos de los principios del estado de Derecho, con los cuales se haga responder penalmente a los anteriores detentadores del poder [...] porque pone a la vista de los poderosos, de una manera que ojalá sea suficientemente preventiva, los riesgos que involucran el abuso de poder»¹⁰³.

Los elementos fácticos que concurren en el caso *Jesuitas* confirman que la intervención de Montano fue de coautoría conjunta mediata. En primer lugar, y como presupuesto general, existió previamente a la comisión de los hechos una *organización estructurada y jerárquica de carácter criminal*. Esta organización era el Alto Mando Militar que actuaba como un aparato organizado de

⁹⁹ OLÁSOLO ALONSO, H., Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional, 2013, pp. 200 y 201.

¹⁰⁰ La reflejó inicialmente en su libro *Täterschaft und Tatherrschaft*. En España se publicó la traducción de su sexta edición alemana en 1998: ROXIN, C., Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo (trads.), Marcial Pons, Madrid, 1998.

¹⁰¹ V. ROXIN, C., Dirección de la organización como autoría mediata, ADPCP, 2009, pp. 51-65. OLÁSOLO ALONSO, H., Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional, 2013, pp. 135 a 500 analiza de forma exhaustiva esta teoría a través de los diferentes casos acontecidos en jurisdicciones nacionales y tribunales penales internacionales. V. también OLÁSOLO ALONSO, H., Ensayos de Derecho penal y procesal internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 160-208; y MACULAN, en: Gil Gil, /Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, p. 250. GIL GIL, ADPCP, 2008.

¹⁰² *Ibidem*. También FARALDO CABANA, P., Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 32-88, analiza algunos supuestos jurisprudenciales sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

¹⁰³ ROXIN, ADPCP, 2009, pp. 64 y 65.

poder. La estructura jerárquica permitía que todos sus integrantes conocieran las decisiones delictivas adoptadas y que todos quisieran la ejecución de las mismas.

En segundo lugar, el coronel Montano, como el resto de los coautores pertenecientes a ese aparato, gozaban de un específico *poder de mando*, en función del puesto que cada uno ocupada, dentro de la cadena de mando del Alto Estado mayor. Para Roxin, sólo puede ser autor mediato quien, dentro de una organización dirigida rigurosamente, tiene poder para impartir órdenes, y utiliza este poder para la realización del tipo¹⁰⁴. Todos tenían facultades y capacidad para adoptar la decisión criminal del asesinato, y para impartir esas órdenes a los subordinados de la organización militar. Eran conocedores de que la orden expresa e impuesta de ejecutar materialmente el crimen se cumpliría de forma automática por los miembros del batallón Atlacatl, precisamente por el funcionamiento de la estructura del aparato organizado de poder. Este poder se ejercía verticalmente: los coautores mediatos, como parte del nivel superior, incrustados en la cúspide de la organización criminal, y como dominadores de la totalidad del aparato estatal, impartieron directamente la orden a los subordinados que ejecutaron materialmente el hecho y sabían que esa orden transmitida en el seno del aparato de poder, tendría consecuencias.

Las órdenes que, aunque hubieran sido circuladas por sucesivos niveles o mandos intermedios de poder de la estructura, no desvirtúan la coautoría mediata, porque «en los diferentes niveles de la jerarquía de mandos, puede haber muchos autores mediatos unos detrás de otros»¹⁰⁵. Precisamente, el poder de mando se manifiesta en que la orden se imparte dentro del régimen formal y de legitimidad que preside la estructura del aparato dentro del Alto Mando Militar. Su consecuencia será que la orden se cumplirá por los subordinados, que actúan, no de forma independiente, sino como parte del aparato, de tal forma que, mientras el mediato domina el aparato, el inmediato domina la acción.

En cuarto lugar, otro elemento configurador en la proposición de ROXIN, es el apartamiento del Derecho del aparato organizado de poder¹⁰⁶, *ab initio* o desde un momento determinado¹⁰⁷. El aparato, al ser un crimen de Estado, opera revestido de legitimidad, pero actúa al margen del Derecho nacional e internacional¹⁰⁸, prevaleciendo, además, de todos los medios materiales y personales, que le proporciona el Estado. Actúan *extra* muros del Derecho, al que desobedecen, y sabedores de que su conducta criminal no está limitada por ninguna otra autoridad. El propio ROXIN, después de algunas críticas doctrinales recibidas, argumentó que el apartamiento del Derecho por parte del aparato no tiene que ser completo, sino sólo en el marco de los tipos penales que realiza. Y que esta desviación se evaluará en el momento de su consideración, y no necesariamente conforme a sistemas jurídicos pasados. Por ello, concluye el jurista teutón respecto de este requisito, que el sistema o «el subsistema de un Estado» tiene que trabajar delictivamente, «al margen del Derecho», para que las órdenes de los sujetos de atrás se culminen con éxito¹⁰⁹.

¹⁰⁴ ROXIN, ADPCP, 2009, p. 59.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 1998, p. 275 y 276.

¹⁰⁷ MACULAN, en: Gil Gil/Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, p. 251, advierte que este elemento de la teoría de Roxin es discutido en la doctrina científica y la Corte Penal Internacional tampoco lo acoge, como se demostró en la Sentencia dictada contra Katanga.

¹⁰⁸ FARALDO CABANA, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, 2003, p. 208, observa que el apartamiento del Derecho no sólo será del ordenamiento jurídico interno, sino también, y particularmente, del ordenamiento internacional. Esta autora se refiere a un derecho «suprapositivo» constituido por los principios fundamentales del Derecho internacional.

¹⁰⁹ ROXIN, ADPCP, 2009, p. 60.

En quinto lugar, también brota como presupuesto subjetivo y elemento decisivo, en la teoría de ROXIN, la fungibilidad o sustituibilidad del ejecutor material que completa la realización del tipo¹¹⁰. Los subordinados o autores inmediatos finales que ejecutan materialmente el hecho, actúan como «ruedecillas» de una maquinaria, o aparato criminal, perfectamente ensamblado. Es irrelevante quién ejecutará el hecho, porque el (co)autor mediano sabe que si el inmediato se niega, la organización, de acuerdo con el engranaje de la máquina, proveerá otro ejecutor material¹¹¹. Lo fundamental en esta fungibilidad es que el instrumento no es la persona ejecutora del hecho, sino la organización y la pertenencia a ella de otros posibles ejecutores garantiza el resultado¹¹². El ejecutor directo es libre y responsable, «[p]ero estás circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es, al mismo tiempo, un engranaje —sustituible en cualquier momento— en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer»¹¹³. La Corte Penal Internacional, en la Sentencia de *decision on judgment* contra *Katanga*, tildó a esta fungibilidad como de «automatismo funcional»¹¹⁴. Así, el (co)autor mediano es imprescindible, mientras que el inmediato es prescindible.

ROXIN, en el año 2007, después de las observaciones de SCHROEDER, añade a su argumentación que el ejecutor tiene una elevada predisposición a la realización del hecho ilícito. El autor material demuestra una alta disponibilidad para cometer el delito, lo que repercute favorablemente en el (co)autor mediano porque se refuerza su dominio del hecho, ya que el hombre de atrás impondrá la orden al ejecutor con mayor seguridad gracias a la predisposición ejecutiva de éste¹¹⁵.

En el terreno de la imputación subjetiva, el (co)autor mediano actúa con conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo. La voluntad del autor mediano —que domina la voluntad de la organización— se transfiere, a través de la pertinente orden, al inmediato material quien ejecutará el hecho. Por ello, hay que probar que la voluntad finalmente realizada por el inmediato, es la voluntad del mediano, porque aquél es parte del aparato en el que se encuentra entroncado.

Como ya hemos apuntado, la responsabilidad del coautor mediano no se diluye por el distanciamiento respecto del mediano. Roxin ya advirtió sobre este extremo subrayando que la responsabilidad penal aumenta respecto del autor que más próximo esté a los puestos superiores de la cadena de mando, porque la pérdida de proximidad al hecho del autor mediano se compensa con el dominio de la organización que aumenta progresivamente según se asciende en la escala jerárquica del aparato¹¹⁶. En los supuestos comunes de coautoría, el dominio del hecho se descompone a medida que el coautor se aleja del resultado delictivo. Cuanto más se acercan los intervinientes a la cúpula directiva de la estructura, mayor será su responsabilidad, porque mayor será el dominio sobre el aparato. Por ello,

¹¹⁰ ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 1998, p. 270 y 271.

¹¹¹ Para FARALDO CABANA, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, 2003, p. 89, lo importante es que existan suficientes personas dentro de la organización para proceder al reemplazo en el momento de dictar la orden, si alguno de los miembros se niega actuar.

¹¹² ROXIN, ADPCP, 2009, p. 61.

¹¹³ ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 1998, p. 271.

¹¹⁴ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, TCII, Judgment pursuant to article 74 of the Statute (ICC- 01/04-01/07), 7.03.2014, para. 1409. Katanga finalmente no fue condenado como autor mediano del artículo 25.3 a) del Estatuto de la Corte, sino por contribución de algún modo en la comisión de un crimen (artículo 25. 3 d)).

¹¹⁵ ROXIN, ADPCP, 2009, p. 64.

¹¹⁶ ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 1998, p. 272.

se justifica la mayor responsabilidad en los miembros del aparato que se sitúan en su cúspide en el dominio absoluto de la estructura criminal.

Esta mayor reprochabilidad punitiva se fundamenta, asimismo, porque, como hemos avanzado, los coautores mediatos que se asientan en la cúspide del aparato ejecutan sus conductas dentro de un marco de legitimidad formal, pero perversa, ya que dentro de esa estructura formal (fuerzas armadas y Alto Mando Militar) componen el aparato criminal desviado, y utilizan su poder legítimo para cometer y encubrir delitos.

La Sentencia del caso *Jesuitas* adquiere una especial relevancia en el marco jurisprudencial español al aplicar nuestros Tribunales, por primera vez en un supuesto de criminalidad estatal, lo que denominamos la coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder, con encaje en el artículo 14 del derogado Código Penal de 1973¹¹⁷.

6. Terrorismo desde el Estado

La resolución pronuncia la condena por delitos de terrorismo, concretamente, por cinco «asesinatos de carácter terrorista». Esta calificación se fundamenta, en esencia, del siguiente modo:

«Nos encontramos, por tanto, ante la existencia de *un grupo, estable y permanente que, desde las más altas estructuras del poder en El Salvador*, compuesto por el propio Presidente de la República, por el Ministro de Defensa, el Viceministro de Defensa, el Viceministro de Seguridad Pública, cargo éste ocupado por Inocente Orlando Montano Morales, el Jefe del Estado mayor y el Subjefe de Estado mayor, que, con la colaboración y apoyo de los oficiales de alto rango que, pertenecientes a la llamada "Tandona" habían llegado a ocupar cargos de alta responsabilidad en las Fuerzas Armadas y en los Cuerpos de Seguridad del Estado, y mediante la utilización de la violencia y la comisión de graves delitos, que causaron la alarma, alteración grave de la paz y la convivencia ciudadana, cercenando el camino hacia el diálogo y la paz, con el único fin de perpetuar sus privilegiadas posiciones; cometieron los asesinatos después de intentar hacer creer a la opinión pública que tanto Ignacio Ellacuría como el resto de sacerdotes que trabajaban como profesores de la UCA, especialmente Ignacio Martín Baró y Segundo Montes Mozo, pertenecían al liderazgo intelectual del Frente para la Liberación Nacional Farabundo Martí [FMLN], generando la falsa afirmación de la existencia de un enemigo infiltrado en las estructuras de la sociedad, que actuaban como agentes de una confabulación socialistacomunista y que tenía como fin terminar con los valores aceptados como propios y absolutos por quienes detentaban el poder; y, dejando de lado los procedimientos constitucionales y legalmente establecidos, del debido proceso, para la determinación de la comisión de un delito, proceder a imponer, clandestinamente, medidas de sanción prohibidas por el orden jurídico constitucionalmente proclamado, como la de la ejecución extrajudicial, adopción de medidas de violencia contra víctimas inocentes que contribuyeron a reforzar la eficacia del terror» (FJ 7º, sin cursiva en el original).

Para poder someter a análisis y valorar este aspecto de la Sentencia —la defensa puso en cuestión la calificación como delitos de terrorismo de los hechos enjuiciados—, es necesario, en primer lugar, esbozar sintéticamente los problemas que presenta la definición general y jurídica del terrorismo, para

¹¹⁷ V. sobre la derogada regulación de la autoría mediata v: GIMBERNAT ORDEIG, E., Autor y cómplice en Derecho penal, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, pp. 215-298.

comprobar a continuación si las actividades conocidas como «terrorismo de Estado» o «desde el Estado» pueden encuadrarse en esa definición, tal y como hace la resolución que aquí se comenta, y verificar, finalmente, si la subsunción concreta hecha en la Sentencia resulta acertada.

7. La noción y el término «terrorismo»

a) El fenómeno del terrorismo

Resulta difícil aprehender lo que es «terrorismo». Tanto para el discurso jurídico como para otras disciplinas en las ciencias sociales, es un lugar común subrayar el carácter proteico del fenómeno terrorista¹¹⁸; puede decirse, incluso, que «...en las ciencias sociales es... uno de los términos más esquivos»¹¹⁹.

Uno de los elementos que aquí llaman la atención, desde un principio —y resulta de especial relevancia en relación con la resolución a analizar—, es que la palabra terrorismo presenta en su uso habitual una acepción muy reducida frente a lo que podría dar a entender su significado como «dominación por el terror» (la primera acepción que ofrece el diccionario de la RAE); no se incluye, en principio, en el lenguaje común en el término «terrorismo» la actuación de órganos estatales: la actividad que denominamos «terrorismo» es la de grupos que se oponen a un Estado (ésta es la tercera acepción en el diccionario de la RAE: «actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos»)¹²⁰. A pesar de esta realidad en el lenguaje, lo cierto es que la utilización de una violencia política que se puede llamar *terrorista* (en el sentido de la definición de la primera acepción del término en el diccionario de la RAE: que persigue la dominación de otras personas mediante el terror), como es sabido, surge históricamente como mecanismo de dominación desde el *proto-Estado*¹²¹, al estabilizarse con la agricultura una estructura social estratificada y diferenciándose unos grupos de población que se nutrían de los excedentes de los productores, obteniéndolos mediante la amenaza y el uso efectivo de formas de violencia organizada destinada a mantener la situación de sumisión¹²². En términos históricos, por lo tanto, puede afirmarse que en el principio fue el terror de Estado, o, al menos, desde el poder¹²³.

¹¹⁸ Además de las dificultades de definición que derivan de la propia materia, de la fenomenología de las diversas organizaciones y actividades terroristas en distintas épocas y territorios, un factor decisivo en estas dificultades en delimitar el alcance del concepto es que ya la utilización del término es objeto de confrontación política: una «palabra como un hacha» (SCHEERER, *Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002, p. 19) que se blande como arma propagandística, lejos de objetivos de mero conocimiento.

¹¹⁹ ROLDÁN BARBERO, *Los GRAPO. Un estudio criminológico*, 2008, p. 3; cfr., por ejemplo, las referencias en este sentido recogidas por CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, pp. 21 y ss.

¹²⁰ Cfr. sólo CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, pp. 62 y ss., con ulteriores referencias.

¹²¹ V. el análisis etnológico del terror como mecanismo de dominación en diversas formas de sociedad realizado por CARO BAROJA, *Terror y terrorismo*, 1989, pp. 49 y ss.

¹²² GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), *Políticas del miedo. Un balance del terrorismo en Europa*, 2002, p. 36.

¹²³ Con independencia de que se coincida en ubicar el nacimiento del término terrorismo a la política conocida como *terreur* durante cierto período inicial de la Revolución francesa bajo liderazgo de *Robespierre*. Cfr. la exposición DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo*, 2006, pp. 36 y ss., y la variada enumeración de diversas aproximaciones conceptuales en el campo de las ciencias sociales hecha por GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), *Políticas del miedo*, 2002, pp. 42 y ss.

Sin embargo, como se ha indicado, aquí no es de este terrorismo del que se habla, sino que, usando el término en el sentido habitual en el lenguaje común¹²⁴ y jurídico- penal, se trata de aquel otro terrorismo que puede identificarse como «violencia *desde abajo*»¹²⁵, «violencia revolucionaria»¹²⁶, «insurgente»¹²⁷, «rebelde»¹²⁸, o «terrorismo subestatal»¹²⁹; un fenómeno de aparición histórica mucho más reciente que la utilización del terror como mecanismo de dominación política, y cuyo nacimiento hay que ubicar tan tarde como a finales del siglo XIX. En este sentido, es cierto que existe un cierto número de precedentes del uso sistemático y aleatorio de violencia (no estatal) intensa con fines políticos: en la Antigüedad, se hace referencia a los zelotas y los sicarios —grupos religiosos fundamentalistas judíos—; en la Edad Media, se menciona a los Asasinos- asesinos, un grupo sectario chií que practicó el asesinato político sistemático (no tanto contra los cruzados con los que convivieron, sino contra dirigentes de la mayoría suní) en Oriente Medio; en tiempos modernos, finalmente, está el grupo religioso de los *thugs* en la India, que cometían asesinatos aleatorios mediante estrangulamiento; todos ellos, casos de grupos de orientación religiosa¹³⁰. Sin embargo, y a pesar de que en cierto número de estudios, suele comenzarse la presentación histórica del fenómeno del terrorismo con esta clase de organizaciones históricas dedicadas al asesinato político, lo cierto es que la aparición del terrorismo moderno —una intensificación cualitativa y reorientada a la subversión del viejo mecanismo de la intimidación masiva— está vinculada a la existencia de grandes aglomeraciones urbanas y de medios de comunicación de masas¹³¹, instrumentos esenciales para el funcionamiento de la estrategia terrorista. En consecuencia, existe cierto consenso respecto de que el terrorismo como fenómeno social tal y como lo conocemos, no arranca, en realidad, hasta finales del siglo XIX: «Sólo los medios de comunicación de masas de la era moderna provocan que un atentado violento aislado puede generar una sensación general de inseguridad e intimidación... Constituyen el mecanismo de traducción..., la cuerda de transmisión entre el hecho aislado y sus consecuencias socio-psicológicas»¹³². En plena coherencia con ello, el medio de comunicación por excelencia del actual terrorismo de alcance planetario surgido en el mundo

¹²⁴ Señala acertadamente que se ha impuesto la hegemonía de la acepción de «terrorismo» referida sólo al terrorismo no estatal —hasta el punto de que en este mismo apartado es necesario adjetivarlo— en el discurso político TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las LL.OO. 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1988, pp. 20 y s.

¹²⁵ AULESTIA URRUTIA, *Historia general del terrorismo*, 2005, p. 12.

¹²⁶ WALZER, *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, 2001, p. 269.

¹²⁷ GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), *Políticas del miedo*, 2002, p. 65.

¹²⁸ SCHEERER, *Zukunft des Terrorismus*, 2002, pp. 30 y ss.

¹²⁹ DE LA CORTE IBAÑEZ, *La lógica del terrorismo*, 2006, p. 27.

¹³⁰ V., por ejemplo, las exposiciones en WALDMANN, *Terrorismus. Provokation der Macht*, 1998, pp. 40 y ss.; SCHEERER, *Zukunft des Terrorismus*, 2002, pp. 47 y ss. 50 y ss.; GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), *Políticas del miedo*, 2002, pp. 42 y ss.; DE LA CORTE IBAÑEZ, *La lógica del terrorismo*, 2006, pp. 23 y s., todos con ulteriores referencias.

¹³¹ V. sólo DE LA CORTE/DE MIGUEL, en: Cancio Meliá/Pozuelo Pérez (ed.), *Política criminal en vanguardia*, 2005, pp. 325 y s.; VERES, *Los lenguajes del terrorismo. Sobre medios de comunicación y nuevos terrorismos*, 2017, pp. 125 y ss., ambos con ulteriores referencias.

¹³² WALDMANN, *Terrorismus*, 1998, p. 57; v. también las referencias históricas en pp. 56 y ss.; cfr. GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), *Políticas del miedo*, 2002, pp. 52 y ss.; v. También, por ejemplo, el análisis evolutivo de las distintas «oleadas» de terrorismo insurgente desde aproximadamente 1880 en DE LA CORTE IBAÑEZ, *La lógica del terrorismo*, 2006, pp. 27 y ss., con ulteriores referencias.

árabemusulmán y que suele denominarse «yihadista» o «islamista»¹³³, como es sabido, es el medio de comunicación más amplio, más accesible, más global que nunca ha existido: Internet¹³⁴.

b) Terrorismo y Derecho Penal: negación y desdibujamiento

En lo que se refiere a la traducción jurídico-penal del fenómeno, esto es, de la definición del terrorismo en cuanto actividad delictiva, hay que reseñar que existen significativas voces que se muestran, desde diversas perspectivas, contrarias a la existencia misma de delitos de terrorismo: porque piensan que bastaría con los delitos comunes, y consideran que la tipificación penal del terrorismo siempre implica una manipulación ideológica; o porque piensan que el terrorismo debe considerarse un *tertium* entre crimen y guerra, un campo a regular de modo separado a través de un «Derecho penal del enemigo». Sin embargo, estas críticas generales, de principio, a la criminalización específica del terrorismo —esto es, la propuesta de su abolición— no son, desde luego, lo que determina la agenda legislativa en la materia, ni pueden estimarse mayoritarias en el análisis jurídico¹³⁵. La realidad de las legislaciones penales occidentales en este ámbito está en que se advierte cómo el concepto de terrorismo no sólo no se abandona en la legislación penal, sino que, al contrario, cada vez se ensancha más el campo de los delitos de terrorismo, incluyendo nuevas figuras que llevan la anticipación de la intervención penal antes de la producción de una lesión concreta a fronteras cada vez más alejadas.

Esta evolución de las legislaciones penales es coherente con la evolución de la nueva oleada de terrorismo: parece que en múltiples aspectos, va perfilándose que se está materializando el adverso «escenario dos» esbozado por SCHEERER después de los atentados de 2001¹³⁶: la lógica perversa de la «guerra» contra el terrorismo ha envenenado la estructura política de los países de Occidente (y con ello, las bases de los sistemas penales), y el fenómeno del terrorismo se ha convertido en una magnitud de uso permanente en política, que lastra todo el entramado de las relaciones internacionales — usada como elemento de nuevas formas de dominación imperial— y pone en tensión los ordenamientos jurídicos internos. Desde la perspectiva específica de los ordenamientos penales en los países que pueden ser calificados de Estados de Derecho, la lista de transformaciones negativas es larga: así, por ejemplo, hay varias jurisdicciones occidentales «normales» —como es el caso de España— que llegan a nuevas fronteras de la definición de delitos, criminalizando la posesión o lectura de determinados textos,

¹³³ Aunque esta terminología no resulta adecuada para identificar la oleada terrorista de la actualidad, que entra en la conciencia mundial con los ataques en EE.UU. el día 11.9.2001: «yihad» significa en el marco religioso islámico tanto guerra santa (contra el infiel) como, sobre todo, el esfuerzo personal de mejora en su fe religiosa del creyente. Una caracterización más exacta subrayaría que se trata de un terrorismo transnacional de origen árabe-musulmán, en el que juegan un papel decisivo la humillación histórica del mundo árabe por el dominio colonial directo (sobre todo, Gran Bretaña y Francia) primero, y postcolonial después, hasta la actualidad, de Occidente (esto es, sobre todo, los EE.UU.), a través de regímenes títere autoritarios, y el trauma del establecimiento por la fuerza de las armas del Estado de Israel en Palestina (v. sobre todo este proceso sólo HOURANI, A History of the Arab Peoples, 2013, pp. 315 y ss., 323 y s., 358 y ss.) por un lado, y, por otro, una determinada interpretación del islam que pretende dotar de unidad cultural al movimiento y «viste el santo», *sit venia verbo*, del programa político de control del mundo árabe (y musulmán) por parte de las organizaciones insurgentes, ante todo, *Al Qaeda* y *Daesh* (por ello, tampoco parece correcto hablar de terrorismo «islamista»).

¹³⁴ V. un supuesto en el que se le reprocha al acusado como actividad típica que debe encuadrarse como de pertenencia a una organización terrorista precisamente la elaboración de una página web, Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, de 31 de marzo de 2006, y STS 119/2007, de 16 de febrero.

¹³⁵ V. sólo CANCIO MELIÁ, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (ed.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018, pp. 95 y ss.; *idem*, en: Petzsche/Metzler/Heger (ed.), Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit — historische Erfahrungen und aktuelle Herausforderungen, 2019, pp. 159 y ss.; respecto del peculiar caso español en torno a la *glorificación* del terrorismo, v. IDEM/DÍAZ LÓPEZ, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal, 2019, *passim*.

¹³⁶ SCHEERER, Zukunft des Terrorismus, 2002, pp. 105 y ss.

la mera «difusión de consignas» o la «colaboración imprudente» con una organización o un autor terroristas¹³⁷. Aparece en este contexto también en el horizonte la posibilidad de la «invención»¹³⁸ de un concepto consuetudinario de terrorismo en el Derecho penal internacional —con los riesgos que generaría, desde la perspectiva occidental, compartir una definición de terrorismo con países con sistemas jurídico-constitucionales incompatibles con los criterios de legitimidad básicos en nuestro ámbito—, mientras en general, la ampliación y pérdida de contornos en los conceptos de terrorismo que se manejan en los ordenamientos nacionales parece una tendencia común¹³⁹, en la que hay tanto procesos de «migración» de diversos modelos de regulación —siempre, los particularmente laxos en definiciones y duros en las consecuencias sancionatorias— en el plano internacional¹⁴⁰ como de «contaminación» de las normas «ordinarias» de los sistemas penales por la regulación de excepción del Derecho Penal antiterrorista dentro de cada ordenamiento nacional¹⁴¹.

En suma: puede pensarse que el terrorismo —o más bien: la pérdida de contornos del alcance de este concepto— está en la vanguardia de una transformación estructural del ordenamiento jurídico-penal¹⁴², en la que definitivamente se pasaría el límite entre el Derecho reactivo y un ordenamiento orientado exclusivamente a la prevención fáctica¹⁴³, comportando la criminalización de comportamientos sin lesividad específica únicamente con base a determinados indicadores relativos al autor de la conducta (esto es, un Derecho penal de autor).

Esta evolución parece especialmente acentuada en España, pues la reforma del Derecho penal antiterrorista acordada por los dos grandes partidos estatales en 2015 (en la LO 2/2015) ha desdibujado los límites del concepto de terrorismo (esto es: el concepto legal-extensivo¹⁴⁴ desborda con mucho el campo de lo que podría calificarse de terrorismo de acuerdo con un análisis empírico del fenómeno). De hecho, ha habido ya procesos en los que desde un principio parecía muy discutible la calificación inicial

¹³⁷ Dejando de lado el peculiar modelo «multinivel» (guerra en sentido estricto, jurisdicción penal, mera violencia amparada por el poder ejecutivo mediante ejecuciones extrajudiciales) de los EE.UU., parece que dentro del grupo de los países occidentales, Australia, España y el Reino Unido ocupan una posición destacada a la hora de ampliar el alcance de la criminalización a áreas antes fuera de cualquier tipificación penal; v. por ejemplo, respectivamente, HARDY/WILLIAMS, en: Lennon *et al.* (ed.), Counter-Terrorism, Constitutionalism & Miscarriages of Justice, 2018, *passim*; CANCIO MELIÁ, Derecho Penal Contemporáneo, 55 (2016), pp. 37 y ss.; WALKER, Terrorism and the Law, 2011, paras 5.10, 5.33, 5.42, 5.87, 5.90; resulta particularmente llamativa la existencia —tanto en Australia como en el Reino Unido— de medidas de un nuevo género, la detención u otras medidas coactivas impuestas con carácter puramente preventivo (cfr. respecto del Derecho inglés, y con carácter general, ASHWORTH/ZEDNER, Preventive Justice, 2014, pp. 74 y ss., 144 y ss.; específicamente respecto del terrorismo, pp. 181 y ss.; v. respecto de la enmarañada legislación australiana, HARDY/WILLIAMS, en: Lennon, G. *et al.* [ed.], Counter-Terrorism, 2018).

¹³⁸ V. sólo AMBOS/TIMMERMANN, en: Saul (ed.), Research Handbook on International Law and Terrorism, 2014, pp. 20 y ss.; WESTRA, Faces of State Terrorism, 2012, pp. 5 y ss.

¹³⁹ Cfr. el intento de sistematización de SAUL, en: Lennon/Walker, Routledge Handbook of Law and Terrorism, 2015, pp. 19 y ss., 32; son muchos los Estados que han utilizado la efervescencia de activismo internacional contra el terrorismo —y, en particular, ya la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas— «...para definir el terrorismo en función de sus propios objetivos políticos o camuflar de este modo ataques a los derechos civiles y políticos fundamentales»; cfr. también PÉREZ CEPEDA, en: Serrano Piedecabras/Demetrio Crespo (dirs.), Terrorismo y Estado de Derecho, 2010, pp. 53 y ss.; GUZMÁN DÁLBORA, en: Ambos *et al.* (ed.), Terrorismo y Derecho Penal, 2015, pp. 401 y ss., 414 y ss.

¹⁴⁰ V. sólo ROACH, en: Lennon/Walker: Routledge Handbook, 2015, pp. 68 y ss.

¹⁴¹ Cfr. por ejemplo CANCIO MELIÁ, New Criminal Law Review 14 (2011), pp. 108 y ss., 122 y ss.

¹⁴² CANCIO MELIÁ, en: Jakobs/*idem*, Derecho penal del enemigo, 2ª ed. 2006, pp. 87 y ss., 88.

¹⁴³ Cfr. sólo WALKER, Criminal Law Review 2004, p. 311; en general, ASHWORTH/ZEDNER, Preventive Justice, 2014, *passim*; recurriendo (de distintas maneras) al concepto de «Derecho penal» del enemigo para «medir» el apartamiento de la «normalidad» de las normas positivas o su interpretación, v. sólo CANCIO MELIÁ, Jueces para la democracia 44 (2002), pp. 19 y ss.; IDEM, Los delitos de terrorismo, 2010, pp. 24 y ss., 77 y ss.; LLOBET ANGLÍ, M., Derecho Penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático, 2010, pp. 235 y ss., 261 y ss.; GIL GIL, ADPCP, 2014, pp. 105 y ss., 108 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.M., Nuevo Foro Penal 12 (2017), pp. 18 y ss., 30 y ss.

¹⁴⁴ Cfr. CANCIO MELIÁ, en: Molina Fernández (coord.), Memento Penal 2021, 6.ª ed., 2020, n.m. 18542 y ss.

de los hechos enjuiciados como delitos de terrorismo, y en los cuales, bajo la cobertura de la nueva definición laxa de terrorismo en el art. 573 CP, se ha mantenido, sin embargo, esa calificación por la Fiscalía¹⁴⁵.

c) Un concepto jurídico de terrorismo

Sin embargo, lo cierto es que el terrorismo es un fenómeno antiguo y bien conocido, y perfectamente susceptible de ser definido: se trata de la subversión violenta de un orden legítimo perseguida a través de un determinado mecanismo simbólico: *violent language*, no *senseless violence*¹⁴⁶, esto es, el terrorismo es ante todo teatro¹⁴⁷. Ha de comprenderse como un peculiar lenguaje violento, como método que consiste en usar la violencia indiscriminada para intimidar a la ciudadanía y formular reivindicaciones políticas frente a un Estado al margen del sistema constitucional.

En este sentido, traducido el fenómeno al mundo del delito, el injusto de los delitos de terrorismo consiste en la arrogación política de un ámbito de organización genuinamente estatal (los elementos básicos de la toma de decisiones colectivas), es decir, que se trata, por un lado, materialmente de delitos contra la Constitución. Por otra parte, suponen siempre concretas infracciones que atentan gravemente contra bienes jurídicos individuales, seleccionados para generar intimidación masiva. En consecuencia, puede afirmarse que el terrorismo en sentido estricto está esencialmente vinculado a dos factores de lesividad social: por un lado, a factores colectivos tanto en el lado de la conducta infractora (la especial peligrosidad que emana de la organización colectiva) como en el lado de los destinatarios (el programa político que conforma la proyección estratégica del terrorismo). Por otro lado, como es obvio, el

¹⁴⁵ Así ha sucedido respecto de determinadas acciones de bloqueo y disturbios menores (cortes de carretera, apertura de estaciones de pago de peaje) realizadas por parte de los llamados «Comités de Defensa de la República» en Cataluña: la acusación pretendía que se procesara a una de las líderes de esos colectivos por delito de terrorismo (en la hipótesis del art. 573 bis 4. CP: incitación a desórdenes públicos graves de los arts. 557 y 557 bis CP). En esta ocasión la autoridad judicial (cfr. el auto del Juzgado Central de Instrucción número 6 de noviembre de 2018) descartó de plano tal interpretación ya en instrucción, rechazando su competencia y remitiendo las actuaciones al tribunal ordinario al que le incumbe enjuiciar delitos de desórdenes públicos (sin necesidad de mucha argumentación, porque como resulta evidente y deriva de la simple lectura del art. 573 bis 4. CP, los desórdenes públicos [graves, del art. 557 bis CP] sólo pueden entrar en el ámbito de la regulación especial de los delitos de terrorismo «cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos», y resulta obvio que no hay organización o grupo terrorista en el momento actual en el contexto del separatismo catalán); v. , por ejemplo, la noticia en <https://www.lavanguardia.com/politica/20180412/442484770448/juez-libertad-tamara-carrasco-cdr.html> (último acceso 6.10.2018); finalmente, la acusada ha resultado absuelta en primera instancia del delito de desórdenes públicos común del que se la acusaba; v. <https://www.elperiodico.com/es/politica/20201006/sentencia-tamara-carrasco-absolucion-8144080> (último acceso 23.10.2020). Tampoco ha merecido la calificación de terrorismo (aunque sí una severísima condena por lesiones y atentado) —a pesar de que la sostenía, de nuevo, la Fiscalía (cfr. también el auto del Juzgado Central de Instrucción número 3 de 25 de octubre de 2016 que admitió la competencia de la jurisdicción especial de la AN, que habla de la llamada «alternativa KAS» —un plan de acción del separatismo vasco nucleado en torno a ETA y Herri Batasuna—, de los años ochenta del siglo pasado, y de ETA [FJ 1], como si no hubiera pasado nada desde entonces) —una agresión física a miembros de la Guardia Civil (por el hecho de serlo) ocurrida en Navarra (caso *Altsasu/Alsásua*; sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1ª 17/2018, de 1 de junio). En todo caso, en este ámbito se observa con claridad que todo delito de terrorismo, si no queremos alejarnos del sentido común, de la directiva de la Unión Europea de 2017, de la tradición jurídica española y del significado de las palabras en el lenguaje común, implica la utilización de violencia gravísima contra personas para generar terror en la ciudadanía. Si no hay hechos violentos contra personas destinados a generar una intimidación masiva de la población, no puede haber terrorismo en un Estado de Derecho. Son Estados autoritarios los que extienden la noción de terrorismo para abarcar hechos delictivos comunes o incluso la mera disidencia política. Lo que procede, por el contrario, es exigir siempre la concurrencia del programa de subversión política y la presencia de violencia armada contra personas concretas, aparte de la génesis de terror que da nombre al delito.

¹⁴⁶ SCHMID/DE GRAAF, *Violence as Communication. Insurgent Terrorism and the Western News Media*, 1982, p. 1; v. sobre el lenguaje del terrorismo y lo que implica, por ejemplo, VERES, *Los lenguajes del terrorismo*, 2017, pp. 90 y ss., 129 y ss.

¹⁴⁷ VERES, *Los lenguajes del terrorismo*, 2017, pp. 129 y ss.

terrorismo siempre implica (debido al uso del instrumento de la intimidación masiva, que requiere de la violencia contra personas) la lesión de bienes jurídicos individuales de gran relevancia, cuya producción, además, significa una específica instrumentalización/despersonalización de los titulares.

Sumando y sintetizando estas características, cabe definir el delito de terrorismo, en cuanto infracción diferenciada de las correspondientes figuras comunes, con ayuda de tres elementos: como aquella infracción criminal que, cometida en un contexto colectivo, hace uso de violencia grave en una estrategia de terror indiscriminado para alcanzar un objetivo político.

8. Terrorismo de Estado y terrorismo desde el Estado

a) El uso de la intimidación masiva por y desde el Estado

La utilización del instrumento de la intimidación masiva surge históricamente como elemento de distintas formas de dominación social; a pesar de ello, el término «terrorismo» queda habitualmente reservado para los actos llevados a cabo «desde abajo» cuando se define el terrorismo como actividad delictiva. ¿Qué sucede cuando la técnica de la intimidación masiva parte del propio Estado? ¿Supone alguna dificultad para la calificación como delitos de terrorismo de los hechos la circunstancia de que se tratara de personas que actuaron desde dentro del Estado, ocupando posiciones de máxima relevancia institucional, tanto en el ejército como en el gobierno civil de El Salvador?

Parece razonable distinguir dos hipótesis¹⁴⁸: que todo el Estado sea la organización que lleva a cabo una estrategia de comunicación que cabe calificar de terrorista, esto es, el *terrorismo de Estado* en sentido estricto. Se trataría, entonces, de un Estado terrorista como especie del género de un Estado constituido en «sistema de injusto»¹⁴⁹. La utilización del terror *por parte del Estado en su conjunto*, la cuestión del *Estado terrorista*, no se plantea como problema jurídico-penal en un sistema jurídico-constitucional legítimo, como es obvio —y mucho menos en un Estado autoritario¹⁵⁰. Dicho de otro modo: desde la perspectiva del ordenamiento jurídico del Estado en cuestión no se puede concebir que su actuación como tal sea *terrorista*: obviamente, no va a dirigir el *hacha* del término contra sí mismo. Jurídicamente, por lo tanto, ha de tenerse en cuenta que hablar de *terrorismo de Estado* en este sentido no es una calificación jurídico-penal: si se trata de una actuación del Estado *ad extra*, en el plano internacional (por ejemplo: llevando a cabo un ataque armado contra la población civil de otro Estado o territorio; ejecutando a distancia a determinadas personas ubicadas en otro Estado, sin procedimiento alguno) que pudiera ser calificada de «terrorista», o, *ad intra*, de un Estado autoritario que hace uso del terror como técnica de gobierno (como las dictaduras nazi o estalinista¹⁵¹, no hay más instrumento externo a ese ordenamiento que los delitos de lesa humanidad y/o cometidos en un conflicto armado¹⁵², pero no cabe la calificación jurídico-penal de terrorismo, ya que éste no existe como tal en el Derecho Penal internacional. Como antes se ha indicado, no existe ni parámetro jurídico-internacional ni

¹⁴⁸ Cfr. ya CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo, 2010, pp. 187 y ss.

¹⁴⁹ LAMPE, ZStW 106 (1994), pp. 683 y ss., 687 y ss., 693 y ss., 695 y ss.

¹⁵⁰ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Estudios Constitucionales 13 (2015), pp. 203 y ss., 204.

¹⁵¹ Cfr. sobre esto sólo KERSHAW, To Hell and Back. Europe 1914-1949, 2016, pp. 265 y ss., 270 y ss., 283 y ss., 286 y ss., 290 y ss.

¹⁵² Los problemas concursales que se generan entre estas infracciones en los casos en los que es posible calificar los hechos con base a ambos grupos de delitos deben quedar aquí fuera de consideración.

jurisdicción internacional sobre la definición de terrorismo, puesto que esta noción siempre se halla estrechamente vinculada a la legitimidad de cada sistema político, de modo que Estados que no compartan las bases de sus elementos estructurales de constitución política no podrán generar conceptos de terrorismo compatibles.

Distinta es la cuestión, sin embargo, referida a determinados colectivos que actúen *desde* el Estado (constitucional) en el *plano interno de un determinado Estado*, el *terrorismo desde el Estado*: ¿son *terroristas* en términos jurídicopenales (nacionales¹⁵³) las actuaciones de determinados grupos dentro de organismos del Estado que puedan calificarse de terroristas (orientadas a la intimidación masiva de la ciudadanía), como los elementos que constituyeron las Juntas Militares golpistas en las repúblicas sudamericanas en el S. XX, o los grupos clandestinos dentro del ejército peruano que se dedicaron a acciones criminales durante el gobierno de Alberto Fujimori, los GAL, la banda parapolicial que atentó durante el gobierno de Felipe González, o, en el caso que aquí interesa, la unidad de comando del batallón *Atlacatl* que ejecutó la orden impartida por el Alto Mando Militar de asesinar a los jesuitas: grupos de carácter parapolicial y — militar que actúen de forma organizada desde la propia estructura estatal¹⁵⁴? A diferencia del terrorismo de Estado en sentido estricto al que acaba de hacerse referencia —en el que es el Estado como tal que despliega la actuación terrorista—, sí entran en la noción típica de los delitos de terrorismo, como se intentará mostrar a continuación; la subsunción efectuada en la resolución resulta acertada.

Ello implica —ha de señalarse desde el principio— rechazar una posición que ha sostenido la jurisprudencia española —si bien antes de la introducción de la definición típica del concepto de terrorismo en el CP 1995 (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública)— en alguna ocasión. De acuerdo con ese entendimiento restrictivo, quedarían excluidas del número que aquí interesa —aparte de grupos de delincuencia común que cumplan con los demás elementos del concepto— aquellas organizaciones que desde la misma Administración pública pudieran realizar actividades propias de una banda armada precisamente para combatir otras organizaciones de índole terrorista, ya que no se trataría de un terrorismo *subversivo*, sino de actos de terrorismo sólo aparentes, ya que no pueden recibir tal calificación jurídico-penal aquellas conductas que pretendan —aunque sea a través de medios penalmente típicos— «conservar» el sistema jurídico-constitucional. Así, en una ocasión, la Audiencia Nacional afirmó que una organización de actuación violenta dirigida predominantemente contra supuestos terroristas de ETA, los autodenominados «GAL»¹⁵⁵, no podía ser terrorista porque su actividad delictiva no estaba dirigida a subvertir, sino a mantener ese orden¹⁵⁶. En este punto, el Tribunal Supremo en su sentencia referida a la misma organización parapolicial discrepó de esta posición:

«Hay una clara y manifiesta distinción entre asociación y banda armada en general. Distinción que ha de girar en torno al contenido, naturaleza, extensión y fines que se

¹⁵³ Sobre la cuestión de estas conductas como delitos internacionales en cuanto lesivos de los derechos humanos, v. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Estudios Constitucionales 13 (2015), pp. 203 y ss., 209 y ss., 212 y ss.

¹⁵⁴ Es decir, lo que muchas veces también suele denominarse «terrorismo de Estado», aunque esta sea una terminología aún más marcada que la de mero «terrorismo» (insurgente) por la utilización política del concepto; LAMARCA PÉREZ, ADPCP 1993, p. 539. Así, por ejemplo, LAMARCA PÉREZ afirma (ADPCP 1993, pp. 539 y ss., 541) que hablar de «terrorismo de Estado» en el plano interno no deja de ser una mera imagen metafórica. Esto es correcto, sin duda alguna, si lo que se pretende afirmar es que el Estado no se podrá calificar a sí mismo, en términos jurídicos, como «terrorista». No implica, por el contrario —tampoco para la autora en cuestión (v., por ejemplo, loc. cit., p. 542) — que no pueda haber delitos de terrorismo cometidos *desde* el Estado.

¹⁵⁵ «Grupos Antiterroristas de Liberación».

¹⁵⁶ Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, de 20 de septiembre de 1991.

persiguen por medio de tales «agrupaciones delictivas». El legislador ha querido separar la asociación que se mueve en torno a la delincuencia común, de aquella agrupación armada que actúa inmersa en el mundo del terrorismo, aunque expresamente, y desde el punto de vista gramatical, banda armada y organización terrorista sean conceptos distintos pero parejos. ...La banda y la organización tienen una mayor entidad en tanto que buscan la subversión del orden social establecido o la derrocamiento del sistema democrático que como programación política regula el desenvolvimiento de un Estado, su presente y su futuro, y el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía, en cualquier caso por métodos violentos, inhumanos e insolidarios que en el supuesto de la organización terrorista o rebelde implican la finalidad expresa de «infundir terror» a todos los niveles.»¹⁵⁷

En todo caso, parece claro que la afirmación de que organizaciones que pretendan *defender* el orden constitucional por medios violentos no podrían ser calificadas de terroristas no podrá repetirse; pues ya el Código de 1995 se refería en los delitos de terrorismo (art. 571 CP) a bandas, organizaciones o grupos «cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o *alterar gravemente la paz pública*». Esta definición del legislador de 1995 debía, desde esta perspectiva, afectar a la interpretación del concepto¹⁵⁸, facilitando la inclusión en el concepto de terrorismo de los grupos paraestatales. A día de hoy, tras la LO 2/2015, con la redacción tan amplia contenida en el tipo mixto alternativo del art. 573 CP que define las finalidades terroristas, hay aún menos problemas de subsunción formal: un grupo de *guerra sucia*, puede, desde luego, «desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado», o «provocar terror» en una parte de la población.

Sin embargo, la conclusión de que este tipo de actuaciones «conservadoras» del sistema jurídico-constitucional entra de lleno en el ámbito de las infracciones de terrorismo no deriva (sólo) de una mera interpretación aislada de la noción de «alteración grave de la paz pública» o de los demás términos que utiliza el Derecho positivo para describir la proyección estratégica propia del terrorismo. Se infiere del significado político que corresponde a la existencia de grupos de acción violenta dentro de las estructuras del Estado: es en extremo subversivo que quienes ejercen funciones públicas ejerzan el terror. En cambio, una organización criminal de corte mafioso —como las que con frecuencia se constituyen para la distribución internacional de sustancias estupefacientes— puede generar, sobre todo en el contexto de un conflicto con otro grupo, series de delitos gravísimos que pueden producir un verdadero sobresalto público, y, sin embargo, no es *terrorista*. Ello se explica por el contexto de la regulación: ni esa mera dimensión cuantitativa de las infracciones, ni su gravedad individual, pueden transmutar la organización en terrorista, y la razón de ello está en que la proyección estratégica *política* de la organización debe concebirse en un sentido *político*.

Sin embargo, parece claro que, por ejemplo, los grupos de *guerra sucia* que puedan surgir de la propia estructura del Estado —normalmente, de las organizaciones armadas del mismo—, precisamente por su pertenencia a la estructura del Estado, sí expresan una finalidad política: la de cambiar una piedra angular de la estructura del Estado, la neutralidad de la Administración pública, para combatir con los medios violentos propios de las infracciones de terrorismo a determinados grupos, sean políticos,

¹⁵⁷ STS de 12 de marzo de 1992, sin subrayado en el original; v. sobre este supuesto en particular — caso Amedo y Domínguez— sólo el análisis crítico de LAMARCA PÉREZ, ADPCP 1993, pp. 535 y ss., 547 y ss.; la sigue CAPITA REMEZAL, Análisis, 2008, pp. 47 y s.; la STS 785/2000, de 30 de abril ha apreciado en esa organización posteriormente la condición de «banda armada».

¹⁵⁸ Cfr. esta argumentación ya en CANCIO MELIÁ, en: Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro (dir.), Comentarios al Código Penal, 1997, p. 1287.

insurgentes o terroristas. Este factor —el aprovechamiento de las estructuras personales y materiales del Estado— domina de modo tan intenso sobre los demás aspectos de la configuración de los grupos en cuestión que incluso puede afirmarse la concurrencia de los elementos de proyección estratégica típicos en bandas parapoliciales que se dedican —como sucede, por ejemplo, con especial intensidad en algunas grandes ciudades de Brasil— a campañas de exterminio de «delincuentes» comunes, y sólo a eso. Una organización armada de servidores públicos siempre es una organización política en el sentido de los delitos de terrorismo. Dicho de otro modo: una banda parapolicial no pretende «conservar» el orden constitucional actualmente establecido, sino que siempre lo subvierte. La argumentación contraria contenida en la resolución de la Audiencia Nacional antes mencionada —la idea de que se «defiende» el orden constitucional de un Estado como el español también *en las cloacas*, también con sangre en las manos— es completamente intolerable en un orden constitucional legítimo. Es evidente, entonces, en el plano de la exégesis de los términos definitorios de la proyección estratégica de los grupos y organizaciones definidos, que este concepto jurídico-penal de terrorismo engloba los grupos que actúan desde el mismo Estado¹⁵⁹.

b) Subsunción

Desde esta perspectiva, la resolución aquí comentada, como se ha dicho, acierta al afirmar la condición terrorista de los asesinatos enjuiciados. En todos los sistemas de incriminación relevantes —las normas vigentes en España y en El Salvador en 1989, y las actualmente en vigor en España—, cabe interpretar que los delitos de terrorismo en sentido estricto exigen que concurren los tres elementos que antes se mencionaban: en primer lugar, la existencia de una organización que vehicule, lidere u organice la actividad delictiva; en segundo lugar, que se haga uso del terror en sentido estricto (intimidación masiva), esto es, que se ataque violentamente a determinadas personas por el hecho de formar parte de una categoría de sujetos definidos como enemigos, esto es, una violencia simbólica para generar terror en la ciudadanía; finalmente, en tercer lugar, que la actividad terrorista persiga un fin de índole político (sobre todo: subvertir el orden constitucional).

Como va indicando el Tribunal, no hay dudas de que estos tres elementos concurren.

En primer lugar, se trata de un colectivo el que organiza la actividad: no exactamente las instituciones civiles y militares de gobierno de las fuerzas armadas de El Salvador —ni el Alto Mando del que partió la orden de matar a Ellacuría—, sino, como ya se ha señalado, un grupo, un colectivo bien definido de corte mafioso —la promoción de oficiales de las Fuerzas Armadas de El Salvador conocida como *La Tandoná*—, representado por distintas personas en los órganos del Estado. Entre estas personas

¹⁵⁹ También incluyen expresamente, con base en diversas argumentaciones, los grupos dedicados al *terrorismo de Estado* en las organizaciones típicas de la regulación española, por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, La Ley 1998-6, p. 2274; DE PRADA SOLAESA, JpD 1996, pp. 73, 74, aunque parece pensar —en contra de lo acabado de exponer— que la definición de la proyección estratégica del CP 1995 dificulta la inclusión en el ámbito del terrorismo estas conductas; MUÑOZ CONDE, en: Losano/Muñoz Conde, El Derecho ante la globalización y el terrorismo, 2004, p. 166; REBOLLO VARGAS, en: Córdoba Roda/García Arán, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II, 2001, p. 2448; CARBONELL MATEU, en: Gómez Colomer/González Cussac, Terrorismo y proceso penal acusatorio, 2006, p. 50 (denominándolo «terrorismo de poder»); GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo, 2008, p. 25; CARNEVALI RODRÍGUEZ, Estudios Constitucionales 13 (2015), pp. 203 y ss.; es discutible, al menos, la afirmación de que sería opinión dominante la posición contraria a la inclusión de las actividades provenientes del Estado en la noción de terrorismo (así GONZÁLEZ CUSSAC, en: Gómez Colomer/González Cussac: Terrorismo, p. 75). V. también, respecto de los sucesos en torno a la organización parapolicial denominada GAL PORTILLA CONTRERAS, LH Barbero Santos, 2001, pp. 500 y ss.

se contaba, de modo destacado, el acusado, como uno de los sujetos que integraba (al margen y más allá de su rango oficial como viceministro de seguridad pública y de su pertenencia al Alto Mando de las Fuerzas Armadas) el nivel de decisión (un grupo llamado *los compadres*) del grupo *infiltrado* en esos organismos (FJ 1, 3, 7)¹⁶⁰. El colectivo presenta una acusada diferenciación funcional, con tareas y competencias delimitadas y una jerarquía claramente definida: el instrumento concreto usado para ejecutar los hechos por los sujetos de ese nivel de mando del grupo *La Tandon* fue una unidad de combate irregular, los comandos del Batallón de Respuesta Rápida especial *Atlacatl*, esto es, una unidad militar sometida a la cadena de mando, atribuyéndose el mando *ad hoc* para los asesinatos en la UCA al entonces Director de la Escuela Militar¹⁶¹. Más allá de que — como se ha indicado ya en el texto¹⁶² — esta estructura es la que da lugar a que el tribunal haga uso de la noción de coautoría mediata a través de un aparato organizado de poder para fundar la condena, su existencia además muestra bien a las claras que concurre el elemento organizativo-colectivo propio del terrorismo.

En segundo lugar, es evidente que los asesinatos puestos en marcha por el colectivo infiltrado en el ejército de El Salvador perseguían en un primer plano un efecto de intimidación colectiva. Se trataba de hacer ver a aquellas personas que — como promovía de modo muy destacado, desde su posición académica, Ignacio Ellacuría — defendían la conveniencia de iniciar un proceso de diálogo para acabar con la guerra civil que pasaban a ser objetivo a eliminar por parte de las Fuerzas Armadas. Como señala la sentencia¹⁶³ los asesinatos formaban parte, en este sentido, de una campaña de comunicación — la emisora del ejército había señalado a Ellacuría días antes como miembro o encubridor intelectual del FMLN — de las Fuerzas Armadas — decidida por la cúpula de *La Tandon* — para evitar un cese de la actividad armada y promover una opción por la continuación de las hostilidades que convenía a sus intereses corporativos.

Finalmente, en tercer lugar, como es obvio, la finalidad de los integrantes de *La Tandon*, entre ellos, el acusado, de pretender tomar las decisiones sobre la conducción de la guerra civil en El Salvador a la que acaba de aludirse, al margen de todo procedimiento constitucional, mediante el asesinato, supone una finalidad política de carácter subversivo en el sentido que antes se ha expuesto: se trataba de sustituir las leyes de la República por el gobierno violento de un grupo mafioso.

Recibido: 25/07/2023

Aprovado: 17/09/2023

¹⁶⁰ Cfr. el análisis de lo sucedido también en el informe elaborado por AGUDELO MANCERA/GARCÍA BARRIGA/MARTÍNEZ ABREU/POZA MIGUEL/PENA GONZÁLEZ/TORRES, Revista Penal 42 (2018), pp. 288 y ss.

¹⁶¹ Sentencia HP, primero a tercero.

¹⁶² V. *supra*, 5.

¹⁶³ HP tercero y FJ cuarto.

O judiciário e as instituições de repressão frente ao discurso midiático de tolerância zero

The judiciary and the institutions of repression facing the zero tolerance media discourse

Doacir Gonçalves de Quadros 

Doutor em Sociologia (Universidade Federal do Paraná – UFPR). Professor de Ciência Política e do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (Uninter). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política” (Uninter), Curitiba, Paraná, Brasil.

Ezequiel Schukes Quister 

Advogado pós-graduado em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Jornalista diplomado. Possui graduação em Direito e Comunicação Social, ambos pelo Centro Universitário Internacional

Resumo: O objetivo do artigo é refletir sobre o discurso midiático de “tolerância zero” e o seu impacto sobre a atuação do poder Judiciário e das instituições de repressão estatal. Estimativas do Departamento de Polícia Penal (Depen) mostram que no Brasil, até 2025, a população carcerária chegará a 1,5 milhão de pessoas, justificando-se o debate pelo aumento do encarceramento prisional no país. Neste artigo, a partir do método analítico-dedutivo aplicado à reflexão teórica sobre a literatura especializada do Direito Penal e da Criminologia, discute-se a disseminação do discurso de “tolerância zero” como *modus operandi* das autoridades estatais. Esse discurso é fruto da apologia da cobertura sensacionalista adotada pelos meios de comunicação que abordam os crimes; além disso, esse discurso influencia o comportamento de juízes, tribunais, cortes e das próprias instituições de repressão estatal, às vezes em detrimento da proteção dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: política de tolerância zero; criminalização; encarceramento; repressão; discurso midiático.

Abstract: The objective of this article is to reflect on the media discourse of “zero tolerance” and its impact on the performance of the Judiciary and institutions of state repression. Estimates from the Brazilian Criminal Police Department (Depen) show that the imprisoned population in Brazil will reach 1.5 million people in 2025, justifying the debate in view of the increase incarceration in the country. In this article, based on the analytical-deductive method applied to the theoretical reflection on the literature referring to Criminal Law and Criminology, it is argued about the dissemination of the discourse of “zero tolerance” is the *modus operandi* of state authorities, which is praised and propagated by the sensationalist media and influencing the behavior of judges, courts, courts and the very institutions of state repression to the detriment, sometimes, of the protection of constitutional rights.

Keywords: zero tolerance policy; criminalization; incarceration; repression; media discourse.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é refletir sobre o discurso midiático de “tolerância zero” e a sua repercussão sobre a atuação do poder Judiciário e das instituições de repressão estatal¹.

A referida expressão “tolerância zero” tornou-se um mantra aliado à ideologia do sistema, no sentido de reprimir como meio de coibir a criminalidade. Esse plano de segurança adotado em Nova York entre 1980 e 1990 consiste em um modelo de repreensão e encarceramento por meio de normas de conduta. O plano de segurança “tolerância zero” como discurso também está presente nas práticas jornalísticas que se dedicam exclusivamente à cobertura da violência e dos casos penais. De acordo com John Pratt, o crime faz parte da agenda midiática porque desperta o interesse da opinião pública². Esse autor sustenta que a divulgação midiática sobre crimes chocam, assustam, excitam e causam o entretenimento no público, impulsionando o consumo de jornais e programas de televisão.

É possível indagar o porquê de tais temas serem tão atraentes para os mais variados públicos, da televisão à *internet*. No Brasil a televisão é o meio de comunicação que está presente em 95% dos domicílios, conforme os dados divulgados em 2019 pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)³. Em consequência, isso se reflete na maneira como o brasileiro compreende e expressa-se em relação à violência, em especial em relação aos crimes de homicídio. O Instituto de Pesquisa Datafolha⁴ mostrou que 87% dos brasileiros são favoráveis à redução da maioria penal e presume-se que esse comportamento é resultado da sensação de insegurança que o brasileiro sente em virtude do aumento da violência no país. Televisão, rádios e jornais impressos, ao fazerem suas coberturas sobre crimes, utilizam-se do sensacionalismo em suas chamadas para atrair o seu público alvo. Além disso, esses meios de comunicação repetem que para combater o crime é necessário o recrudescimento penal, isto é, a adoção da política de “tolerância zero”.

O crime, portanto, torna-se um produto, cujo interesse midiático sobre ele mostra-se intenso. Todavia, deveria ser claro que esse tema não deveria ser tratado em torno do espetacular e do sensacionalismo, na medida em que se trata, segundo Howard Becker, de um problema inerente à sociedade⁵. Consequentemente, esse viés da cobertura midiática sobre crimes de homicídios em torno do discurso de “tolerância zero” acarreta por vezes estigmatização das pessoas e o recrudescimento das instituições penais. Arthur Souza observa que esse viés da cobertura midiática incita o desejo de a opinião pública tornar-se juiz e substituir os magistrados nos julgamentos penais⁶; em outras palavras, cria-se o “tribunal da opinião pública”. O discurso de “tolerância zero” disseminado pela cobertura da mídia sobre a violência pressiona as instituições repressivas estatais de modo a ocorrer o

¹ Os autores declaram que o presente artigo é o resultado de uma pesquisa autônoma, tendo sido escrito sem qualquer tipo de financiamento, fomento ou benefício, público ou privado. Além disso, os autores declaram que eles não têm qualquer tipo de conflito de interesses que possam comprometer a cientificidade do presente artigo.

² PRATT, John. **Penal Populism: Key Ideas In Criminology**. London: Routledge, 2007. p. 68.

³ BRASIL. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: Acesso à *internet* e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2021. p. 2. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em 19 jul. 2021.

⁴ DATAFOLHA. **Maioridade penal**. São Paulo: Instituto de Pesquisa Datafolha, 2015. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/04/24/majoridade-penal.pdf>. Acesso em 20 jul. 2021.

⁵ Segundo Howard S. Becker, o crime (ou o desvio) é criado pela sociedade. (Cf. BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. Borges; rev. técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008. p. 21.)

⁶ SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

recrudescimento penal com o aumento do encarceramento, sobretudo de negros e pobres⁷.

Neste artigo, por meio do método analítico-dedutivo, realizado a partir da reflexão teórica sobre a literatura especializada do Direito Penal e da Criminologia, argumenta-se que o apelo midiático sensacionalista para conter o crime corrobora a resposta ostensiva das instituições repressivas e judiciais do Estado. Em torno do discurso midiático de “tolerância zero” observa-se o protagonismo do poder Judiciário incitado pela necessária resposta urgente que deve ser dada ao tribunal da opinião pública criado pela cobertura sensacionalista da mídia. Neste artigo dar-se-á destaque para o sistema penal do Brasil, que tende a adotar uma técnica de neutralização seletiva e preventiva.

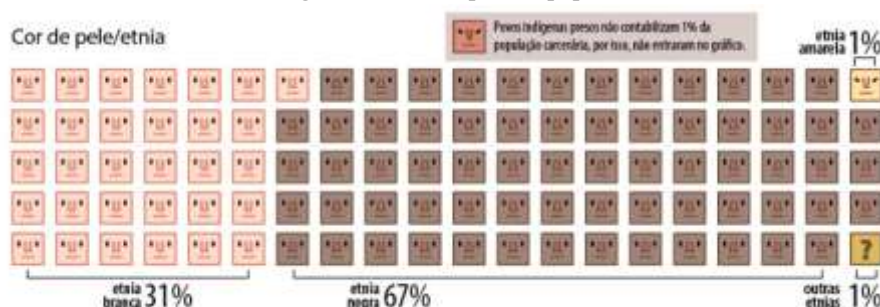
Para atingir o objetivo proposto iniciamos refletindo sobre o retrato da população carcerária do Brasil; em seguida abordamos a cobertura midiática dos crimes de homicídio; passamos então para o protagonismo do poder Judiciário e o recrudescimento penal na matéria; por fim, faremos algumas considerações a título de conclusão do artigo.

2. O retrato da população carcerária no Brasil e o plano de segurança “tolerância zero”

No início da década de 1990 a população carcerária do Brasil era de 126.000 presos. Desse total, cerca de 95% não tinha dinheiro para pagar custas advocatícias para a própria defesa⁸. Conforme os dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), no final de 2019 a população carcerária total, considerando homens e mulheres, era de 748.009 pessoas⁹: em outras palavras, passadas três décadas, houve o aumento de 493% da população carcerária.

Ao verificarmos a questão da cor da pele, as estatísticas apontam que 67% da população carcerária é composta por pessoas negras, conforme ilustra o Quadro 1, abaixo.

Quadro 1 – Etnografia da cor da pele da população carcerária



Fonte: Perfil das pessoas presas no Brasil¹⁰

⁷ Tendo em vista que os estereótipos constituem um mecanismo de seleção formal, é isso que explica porque a clientela da prisão é uniforme. (Cf. BUDÓ, Marília de Nardim. **Mídia e controle social**: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 37.)

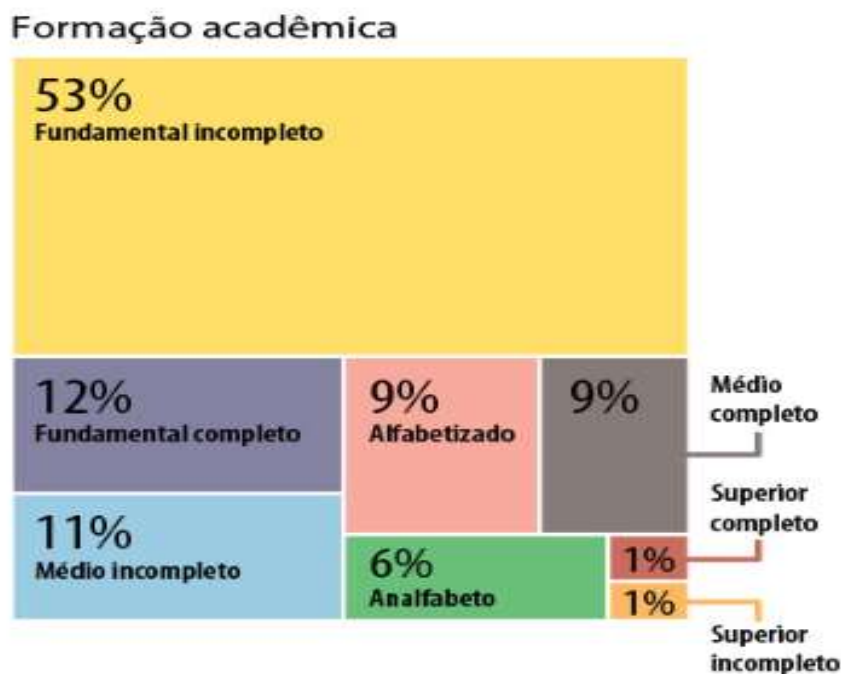
⁸ LEITE, Paulo Moreira. **A outra história do mensalão**: as contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração, 2013. p. 17.

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Depen lança Infopen com dados de dezembro de 2019**. Brasília: Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depn/pt-br/assuntos/noticias/depn-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019>. Acesso em 29 dez. 2020.

¹⁰ Perfil das pessoas presas no Brasil. **Em Discussão**, Brasília, n. 29, p. 22, 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/acervo-historico/em-discussao/arquivos/29/@/download>. Acesso em 29 dez. 2020.

O Quadro 2, abaixo, contém o perfil socioeconômico dos presos no Brasil, indicando que 53% da população carcerária no país não concluiu o Ensino Médio; além disso, menos de 1% dos presos possui graduação, o que é um indicador de baixa renda, segundo a fonte.

Quadro 2 – Formação educacional da população carcerária

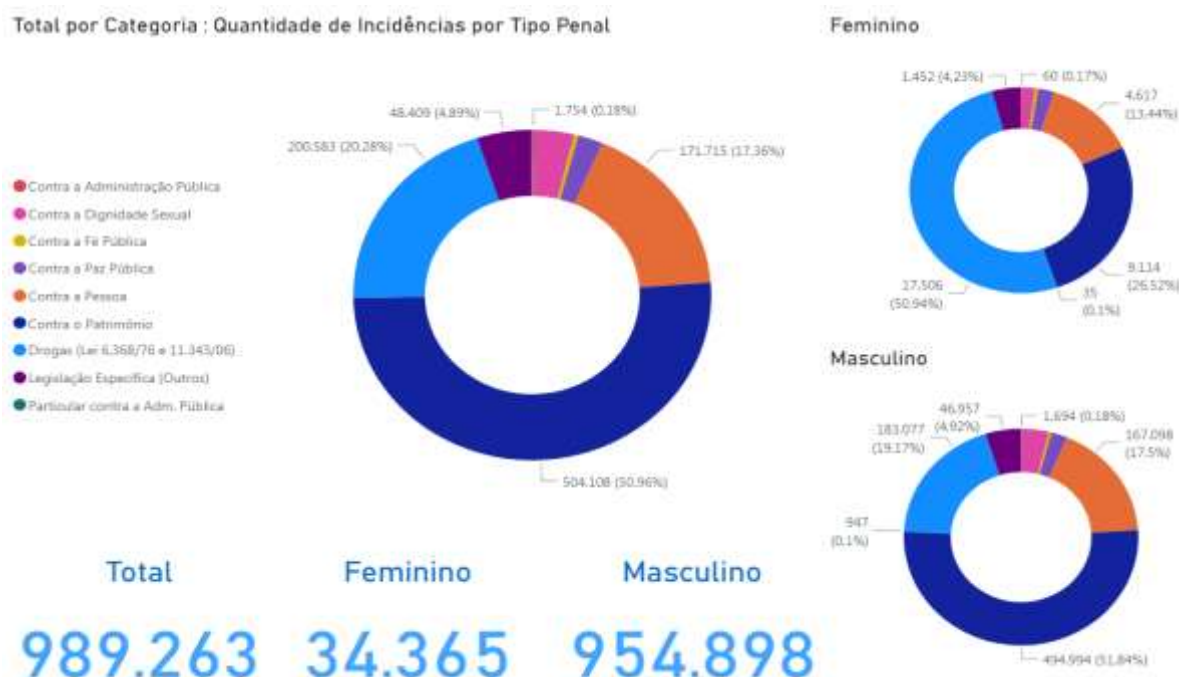


Fonte: Brasil. Câmara dos deputados¹¹

O Quadro 3, abaixo, elaborado pelo Depen, apresenta os tipos de crimes que resultaram em condenação e suas respectivas proporções, distribuídas por sexo. Nesse quadro, as faixas em azul escuro indicam os crimes patrimoniais (roubo, furto), as faixas em azul claro indicam crime de tráfico de drogas e, por fim, os crimes contra a vida são representados pelas faixas laranjas.

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em 29 dez. 2020.

Quadro 3 – Tipos de crimes (em %)

Fonte: Brasil. Ministério da Justiça¹².

Vale destacar que parte significativa dessa população carcerária é resultado do funcionamento do sistema econômico¹³, isto é, o número de encarcerados é reflexo das crises econômicas que afetam a população por meio do excesso de mão de obra, da falta de emprego, falta de mão de obra qualificada para a inserção no mercado de trabalho etc. Segundo estimativa do Depen¹⁴, se mantido esse ritmo, a população carcerária brasileira chegará em 2025 a 1,5 milhão de pessoas, o que nos condiz diretamente ao debate sobre as funções do cárcere e sua utilidade em nosso país.

Os dados acima ilustram o fenômeno econômico delineado por Gilberto Dumas¹⁵ como o impacto de uma nova ordem mundial de um mercado comum neoliberalista e a interferência dos atores do capital sobre as decisões dos governos nos países na América do Sul. Para Dumas os atores do capital mundial passam a pressionar os governos dos países sul-americanos a aderirem aos seus interesses econômicos neoliberais, rompendo os limites ou as barreiras nacionais que impediam a entrada e o avanço do capital mundial. Como consequência ocorre à inoperância dos poderes públicos no atendimento das demandas sociais básicas na habitação, escola, saúde e trabalho que garantem a sobrevivência dos cidadãos. Um

¹² BRASIL. Ministério da Justiça. **Quantidade de incidências por tipo penal**. Período de julho a dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlhMTFtNWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTJmRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 11 dez. 2020.

¹³ Para um estudo detalhado sobre a evolução da prisão a partir do sistema capitalista, cf. MELOSSI, Dário; PAVARINI, Máximo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário. Séculos XVI-XIX. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

¹⁴ VASCONCELOS, Caê. Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo. **Ponte**, São Paulo, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em 18 jun. 2020.

¹⁵ DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: UNESP, 2005.

Estado administrado por um governo ineficiente em ditar o crescimento econômico autossustentado. Por um lado, a o contraste da redução de postos de trabalho e o avanço da informalidade no mercado de trabalho com a não observância dos direitos fundamentais trabalhistas. Segundo Luís Antônio Francisco de Souza nos países da América Latina os direitos políticos e sociais estão legitimados constitucionalmente, porém não são implementados levando ao aumento da pobreza e da violência¹⁶.

Em resposta para a contenção da violência oriunda da pobreza, foi nos idos de 1990, nos Estados Unidos, que a expressão “tolerância zero” ganhou sua conotação mais expressiva. Naquela década os altos índices de criminalidade e a escalada da violência levaram o então Prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, a executar um plano de segurança com repressão maciça da delinquência, sem se importar com as ações discricionárias da polícia. Os menores delitos eram punidos com o máximo rigor¹⁷. A criminalidade no centro de Nova York forçou a reconfiguração dos espaços públicos; até mesmo a limpeza geral das ruas era questão de ordem e visava a reprimir a ação de delinquentes com fundamento na ideia de que criminalidade surgia do centro para a periferia da cidade¹⁸.

Assim, a expressão “tolerância zero” tornou-se um mantra aliado à ideologia que consiste em reprimir a população como meio de coibir o crime. Isso não era essencialmente algo novo, pois se sabe que tal conceito já vinha de longa data, desde a década de 1970, quando da instituição da política da Lei e Ordem¹⁹.

Esse plano de segurança em Nova York foi baseado em uma teoria conhecida como “Broken Windows” (teoria das janelas quebradas), elaborada na Universidade de Chicago por James Q. Wilson e George Kelling²⁰. Como sugere Alessandro Baratta, essa teoria não levava em consideração que a criminalidade em Nova York estava “ligada a fatores pessoais e sociais correlacionados com pobreza”²¹. O crime é reflexo de problemas sociais como da desigualdade de classes; do aprofundamento da miséria; da ausência do Estado; da falta de emprego; das más condições de moradia e saúde da população. Por isso, como bem cita Juarez Cirino dos Santos, “a pesquisa histórica mostra que a aplicação das normas criminais depende da posição de classe do acusado”²².

¹⁶ SOUZA, LAF., org. **Políticas de segurança pública no estado de São Paulo: situações e perspectivas a partir das pesquisas do Observatório de Segurança Pública da UNESP** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/7yddh/pdf/souza-9788579830198.pdf>

¹⁷ ARAGÃO, Ivo Rezende. Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos. *Âmbito Jurídico*, n. 77, 1º jun. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimento-da-lei-e-ordem-sua-relacao-com-a-lei-dos-crimes-hediondos/>. Acesso em 10 nov. 2020.

¹⁸ Criminalidade estruturada de maneira concêntrica, ou seja, do centro para a periferia. Assim, verifica-se que os primeiros estudos da Escola de Chicago de Criminologia (a Primeira Escola vai de 1915 a 1940, enquanto a segunda escola vai de 1945 a 1960) indicavam uma relação direta entre organização do espaço urbano e criminalidade. (Cf. BANDEIRA, Thais; PORTUGAL, Daniela. **Criminologia**. Salvador: UFBA, 2017. Disponível em: https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174993/4/eBook_Criminologia-Tecnologia_em_Seguranca_Publica_UFBA.pdf. Acesso em 29 jun. 2020.)

¹⁹ Um dos princípios do Movimento de Lei e Ordem separa a sociedade em dois grupos: o primeiro, composto de pessoas de bem, merecedoras de proteção legal; o segundo, de homens maus, os delinquentes, aos quais se endereça toda a rudeza e severidade da lei penal. (Cf. ARAGÃO, op. cit, 2010.)

²⁰ Segundo essa teoria, metaforicamente falando, edifícios ou residências abandonados, que apresentem janelas quebrada que não sejam reparadas rapidamente, têm grande probabilidade de sofrerem uma escalada na depredação, que se torna generalizada, da parte de vândalos, desocupados e delinquentes. É assim que essa teoria afirma que a desordem gera desordem. (Cf. VERGAL, Sandro. *A desordem e a teoria das janelas quebradas*. Jusbrasil, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937294/a-desordem-e-a-teoria-das-janelas-quebradas>. Acesso em 20 de maio de 2020.)

²¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 102.

²² SANTOS, op.cit., 2006, p. 28.

Juarez Cirino dos Santos argumenta que, ao levar-se em conta os problemas sociais, “a lei se destina à proteção dos interesses dos poderosos, enquanto a polícia e a prisão são garantias violentas de uma ordem social injusta”, destinadas aos pobres²³. A doutrina da Criminologia Radical²⁴ vê no contexto repressivo penal uma forma de manutenção do status quo das elites. Pode-se presumir, de acordo com essa abordagem crítica, que a violência estrutural – que decorre das condições de manutenção do capitalismo – quase nunca é pensada como “violência”. Os aspectos decorrentes da concorrência desleal, da atuação dos oligopólios, da redução de direitos trabalhistas e de outros direitos raramente são entendidos como violências, o que, segundo Pedro Hughes, é reflexo de um Estado autoritário²⁵. Isso torna evidente o modelo repressivo de Justiça Penal que criminaliza os comportamentos da classe mais pobre e imuniza as elites.

Um simples exame empírico mostra a natureza classista da definição legal de crime e da atividade dos aparelhos de controle e repressão social, como a polícia, a justiça e a prisão, concentradas sobre os pobres, os membros de classes e categorias sociais marginalizadas e miserabilizadas pelo capitalismo²⁶.

Criminalidade e pobreza estão, por isso, sempre em evidência. Loïc Wacquant, em artigo publicado em 2002 na revista *Le Monde Diplomatique Brasil*, argumentava que “o noticiário de TV transformou-se em crônica de ocorrências policiais: um professor pedófilo; uma criança assassinada; um ônibus apedrejado”²⁷. Ou seja, não é porque tais crimes são mais recorrentes que são noticiados, mas porque são crimes que chamam a atenção porque cometidos por gente pobre.

Vimos que o discurso da tolerância zero reveste-se de um modelo destinado à sujeição de indivíduos pobres, por meio de normas de conduta, repressão de comportamentos e, em casos não raros, encarceramento²⁸; essas práticas seguem a lógica segundo a qual “[...] a aplicação das normas criminais depende da posição de classe do acusado [...]; grupos marginalizados [...] têm maior probabilidade de criminalização”²⁹. Essa segregação do sistema criminal que se direciona contra as classes mais pobres aponta um novo rumo do Direito Penal moderno: a proteção de funções dentro de um sistema capitalista³⁰.

De acordo com Helena Schiessl, Leandro Nunes e Luana Gusso, o que se verifica como função primordial do Direito Penal burguês é que ele vai além dos aspectos de punir o delinquente, mas, cada vez mais, transpõe o seu caráter de protetor de funções (protege as funções econômicas, ambientais

²³ SANTOS, op.cit., 2006, p. 45.

²⁴ SANTOS, op.cit., 2006, p. 13.

²⁵ Assim como ocorrido em Nova York, no Brasil as características mais presentes nos sistemas de controle social, oriundas de programas e políticas de segurança, têm como foco: (1) a repressão policial, ensejando a morte cada vez mais numerosa de civis por policiais; (2) o desaparecimento do poder Judiciário, cuja ineficácia endossa a ação cada vez mais violenta da polícia que age em nome do Estado; (3) por fim, a ausência, nas periferias, do poder estatal, permitindo que grupos criminosos façam as leis. (Cf. HUGHES, Pedro Javier Aguerre. Segregação socioespacial e violência na cidade de São Paulo: referências para a formulação de políticas públicas. *Revista São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 4, out.-dez. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/nFtYhwnhjzcTVXMzv7NWs5F/?lang=pt>. Acesso em 20 maio 2020.)

²⁶ SANTOS, op.cit., 2006, p. 11-12.

²⁷ WACQUANT, Loïc. Dissecando a “tolerância zero”. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 1º jun. 2002. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/dissecando-a-tolerancia-zero/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

²⁸ SANTOS, op.cit., 2006, p. 45.

²⁹ SANTOS, op.cit., 2006, p. 45-46.

³⁰ A complementaridade das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo penal responde à exigência de reproduzir e de assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social. Essa realidade manifesta-se com uma desigual distribuição dos recursos e dos benefícios, correspondentemente a uma estratificação em cujo fundo a sociedade capitalista desenvolve zonas consistentes de subdesenvolvimento e de marginalização. (Cf. BARATTA, op cit., 2020, p.171).

e políticas, por exemplo) inerentes ao capitalismo. Essa expansão do Direito Penal, que busca alcançar muitos mais dos bens jurídicos já tutelados, mostra uma tendência que aponta para outros domínios que não o do Direito Penal, já que visa a proteger bens jurídicos não penais. É uma tendência forte com o intuito de garantir a manutenção do sistema econômico, principalmente nos moldes do que Foucault chamava de “inflação legal”, já que o Direito Penal expande-se junto com o mercado econômico³¹.

Nessa toada, é fácil perceber que, se o sistema penal serve ao capitalismo, o cárcere tem função econômica: separar os inaptos, aqueles que não têm função produtiva no sistema capitalista e os pobres. Percebe-se que “a modificação dos valores culturais da sociedade e a crise econômica propiciaram a instauração de uma verdadeira guerra contra a pobreza, para a qual a instituição da prisão assumiu nova função”³²: a de separar os que não são úteis à economia. Os argumentos aqui trazidos apontam tendências que se assemelham ao sistema repressivo baseado no discurso da tolerância zero, tratado nos parágrafos anteriores; além disso, como vimos anteriormente, os números do encarceramento no país confirmam isso e muito mais, ao indicarem quem são, quantos são e como chegaram à prisão aqueles que lotam o sistema carcerário no Brasil.

O discurso de tolerância zero também está presente na divulgação dos “crimes de sangue” pelos meios de comunicação. Uma consequência natural dessa divulgação é o aumento do medo e da insegurança na sociedade, de modo que a corriqueira divulgação do crime sujeita os indivíduos a uma tensão constante, colocando no imaginário coletivo que a possibilidade de sermos vítimas da violência é apenas uma questão de tempo. No mesmo sentido, a mídia com frequência pressiona o Estado para tomar ações ostensivas que resultam na manutenção da ordem e na prisão de criminosos com apelo midiático-sensacionalista; assim, a condenação é medida que “se impõe”. Nesses termos, segundo Juarez dos Santos, o criminoso é o inimigo social³³.

3. O poder Judiciário e as instituições de repressão

No tribunal da opinião pública promovido pela cobertura da mídia sobre os crimes de homicídio predomina um cenário de emoções irrefletidas, julgamentos prévios ou mesmo de conhecimento limitado sobre determinado assunto (já que as reportagens são, no geral, um recorte limitado da realidade). É comum o público julgar as situações pelos filtros da mídia, os quais não atendem aos mesmos critérios técnicos e processuais jurídicos, sobretudo os critérios para a apuração da verdade processual. Para Artur Cesar de Souza, a cobertura midiática sobre crimes de homicídio

[...] não se limita a um conteúdo meramente informativo, mas está sobrecarregada por uma dramatização crítica, ideológica, valorativa e sugestível, chegando a ponto de hostilizar toda e qualquer decisão judicial que não esteja de acordo com o julgamento prévio e paralelo realizado pelos *mass media*³⁴.

³¹ CARDOSO, Helena Schiessl; NUNES, Leandro Gornicki; GUSSO, Luana de Carvalho. **Criminologia contemporânea: crítica às estratégias de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 55-56.

³² SILVA, Silvia Carolina Pamplona e. **O discurso da política penal de tolerância zero**. Curitiba. Monografia (Graduação em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30772>. Acesso em 15 dez. 2020. p. 1.

³³ SANTOS, op.cit., 2006, p. 76.

³⁴ SOUZA, op. cit., 2010, p. 93.

Notoriamente aqueles veículos de comunicação midiática que produzem programas sensacionalistas, os quais veiculam crimes a todo instante, são os que mais fomentam toda espécie de irreflexão no público³⁵. Tais veículos exercem o julgamento prévio e, a partir disso, fomentam a atuação mais dura da polícia, o cárcere mais rigoroso e fortalecem o ideal de correção do indivíduo pela prisão³⁶. Além disso, esses veículos criticam esforços os do poder Judiciário para aplicar medidas sócio-corretivas ou medidas diferentes do encarceramento como, por exemplo, o uso de tornozeleiras eletrônicas e a conversão de penas restritivas de liberdade em multa, entre outras medidas³⁷.

No que concerne aos casos penais, a mídia sensacionalista tende a clamar respostas penais imediatas. Consequentemente a situação sobre quando aplicar o Direito ou a Justiça fica turva e imediatista. Para o pensamento comum do público, a justiça merecida para aquele que comete um crime é a cadeia ou o cemitério. Nesse sentido, é importante refletir sobre a atuação judicial frente ao tribunal da opinião pública criado pela cobertura sensacionalista da mídia sobre os crimes de homicídios e os processos penais.

Os juízes, os tribunais e as cortes não se podem deixar levar pelo seu suposto protagonismo social alardeado pelo “tribunal da opinião pública” e pelos meios de comunicação. O saudável protagonismo é aquele em que o poder Judiciário busca medidas de justiça. Isso porque a complexidade do sistema jurídico do Brasil e as constantes tendências políticas que por ele transpassam produzem efeitos conflitantes. É nesse sentido que Luís Antônio Francisco de Souza e Gabriel de Souza Romero avançam que “a situação da segurança pública no Brasil revela um paradoxo: o modelo que preza pela manutenção da ordem democrática é operado através de um regime de exceção”³⁸.

O argumento de Souza e Romero consiste em que esse “regime de exceção” remete ao exercício do poder mediante intimidação, com o uso da violência estatal. Isto é, solapa-se o Estado de Direito, em que se interpreta a lei, em benefício de um Estado de polícia, em que prevalece a razão das autoridades na penalização com cárcere e na tipificação de condutas. É contra o Estado policial que o poder Judiciário deve ser protagonista, ao restaurar a interpretação e a aplicação das normas e da justiça, levando-se em conta os fundamentos do Estado de Direito e do bem-estar social, a fim de restabelecer o equilíbrio e a paz social.

Retornando à abordagem sobre a atuação do poder Judiciário em face do “tribunal da opinião pública” criado pelo apelo da mídia, é salutar que juízes, tribunais, e cortes tenham ciência que³⁹

A desneutralização política do juiz, ao expor o Judiciário à crítica pública, sobretudo e especialmente através dos meios de comunicação de massa, cria uma série de tensões entre sua responsabilidade e sua independência, cuja expressão mais contundente está na tese do controle externo do judiciário⁴⁰.

³⁵ Os meios de comunicação em massa, ao massificar a informação pelo discurso linguístico comunicacional, procura delimitar o campo hermenêutico da interpretação do fato e do Direito, o que significa um implicador negativo na aferição da verdade processual (SOUZA, op. cit., 2010, p. 53).

³⁶ “A prisão produz e reproduz os fenômenos que, segundo o discurso ideológico, objetiva controlar ou reduzir” (SANTOS, op. cit., 2006, p. 83).

³⁷ MÜLLER, Vera Regina. “No Brasil, pensamos que só a cadeia resolve”. *Carta Capital*, São Paulo, 2 jan. 2012. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/no-brasil-pensamos-que-so-a-cadeia-resolve/>. Acesso em 15 dez. 2020.

³⁸ CARDOSO; NUNES; GUSSO, op. cit., 2018, p. 121.

³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994. p. 19.

⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., 1994, p. 19-20.

No Brasil o não reconhecimento desse perigo tem levado juízes, tribunais e cortes a usarem recursos judiciais e a extrapolar as funções investigativas da polícia e do Ministério Público, como no exemplo do *Habeas Corpus* nº 95009-SP⁴¹, que foi concedido ao paciente diante de flagrantes ilegalidades cometidas pelo magistrado no curso processual. Nesse exemplo, o juiz fez o papel de inquisidor e determinou diligências a fim de encontrar provas que subsidiassem a prisão do réu e a manutenção da medida. São notórios os riscos legais de parcialidade em um processo quando o juiz ocupa ao mesmo tempo os papéis de investigador e de julgador⁴²:

Ao permitir que o juiz se envolva pessoalmente na realização de diligências e [na] formação de provas que possam posteriormente servir de base para o seu próprio julgamento, tal dispositivo compromete a imparcialidade do juiz e consequentemente o princípio do devido processo legal [...]⁴³.

No Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido objeto de críticas de juristas acerca de possíveis ações que extrapolam a sua competência constitucional. Um caso emblemático refere-se à ausência do Ministério Público Federal no processo que apura a existência de um possível grupo criminoso que divulga informações falsas pelas redes sociais e que tem como alvo o STF e as instituições democráticas – é o denominado “Inquérito das *Fake News*”⁴⁴.

A mesma defesa pelos fundamentos do Estado de Direito também deve estar presente nas instituições penais ou repressivas do Estado. As investigações por parte da polícia operativa têm tomado novas formas; prevendo a suposta especialização das quadrilhas, grupos e organizações criminosas, consideram justas também novas formas de persecução penal.

Na verdade, o histórico das investigações policiais no Brasil aponta para uma tendência que “baseou-se fundamentalmente na entrevista de suspeitos e testemunhas para produção de evidências jurídicas que pudessem resultar em denúncias criminais”⁴⁵. As ações de inteligência revestem-se de um caráter operativo a fim de “prever, prevenir, neutralizar e reprimir criminosos”⁴⁶; contudo, tais práticas podem afrontar princípios constitucionais como o da ampla defesa, da inviolabilidade da casa e do

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conversão de *habeas corpus* preventivo em *habeas corpus* liberatório**. *Habeas Corpus* n. 95.009-4. Relator: Min. Eros Grau. 6 nov. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>. Acesso em 20 jun. 2020.

⁴² GOMES, Luiz Flávio. Juiz que investiga não pode julgar (STJ suspende a ação penal no caso Castelo de Areia). **Jusbrasil**, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2087508/juiz-que-investiga-nao-pode-julgar-stj-suspende-a-acao-penal-no-caso-castelo-de-areia>. Acesso em 20 dez. 2020.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570. **Diário da Justiça**, Brasília, 22 out. 2004. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185076&modo=cms. Acesso em 20 jun. 2020.

⁴⁴ PASSARINHO, Natália. Vítima, investigador e juiz em um só: inquérito de Toffoli deixa fraturas na relação do STF com os outros poderes. **BBC News Brasil**, São Paulo, 20 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47992337>. Acesso em 27 jun. 2020.

⁴⁵ COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de. Novos padrões de investigação policial no Brasil. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 31, n. 1, p. 147-164, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010269922016000100147&script=sci_arttext. Acesso em 12 set. 2020.

⁴⁶ LEAL, Evandro Ornelas. **Técnicas operacionais de inteligência e ações de busca na produção de provas em investigação e processo criminal** – admissibilidade e limites. São Paulo. Monografia (Especialização em Direito em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública). Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/Publicacoes_MP/Todas_publicacoes/Evandro-Ornelas-Leal-TCC.pdf. Acesso em 12 set. 2020. p. 13.

contraditório, entre outros⁴⁷. Os exemplos dessas violações são inúmeros e vão desde o abuso de poder até mesmo a agressão, a humilhação e homicídios perpetrados por agentes públicos no exercício de suas funções⁴⁸.

Para a polícia operativa, novas necessidades e comportamentos são necessários a fim de acompanhar a evolução da criminalidade. É assim que escutas telefônicas, prisões e custódias temporárias são justificadas. Contudo, isso demonstra um grande retrocesso ao limitar e desconsiderar as garantias constitucionais como os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, principalmente quando as ações e prisão não encontram motivação⁴⁹.

A “polícia operativa” corresponde às polícias judiciária, militar, federal, as quais, às vezes, buscam fazer parte não apenas do processo acusatório de colher provas e/ou conter a violência, mas também usam de sua função para a realização de julgamentos antecipados, extrapolando suas funções de investigação e repressão. Nesse sentido, atualmente elas visam a conter a violência por meio da eliminação dos autores de crimes⁵⁰, sem que haja um justo julgamento dos casos.

Quando o Estado de Direito não se faz presente, os anseios da sociedade voltam-se para o Estado de polícia; é evidente que em muitas situações essa condição encontra guarida na opinião pública e no apelo midiático. O medo generalizado e difundido pelas mídias reforça a ideia do crime constante e da vitimização iminente; logo, o cidadão acredita que os meios utilizados pela polícia justificam seus fins.

A super-representação da violência nos meios de comunicação, reflexo de um sistema comercial da mídia, que impõe a primazia do sensacional por força da ditadura do índice de audiência – também gera uma falsa ideia no imaginário social sobre a ocorrência real dos crimes violentos na sociedade. Dessa maneira, sem nenhum respaldo científico, a exploração econômica de situações de “negatividade social” por meio do serviço noticioso instala e reforça um clima de insegurança pública na sociedade⁵¹.

É um sistema que se retroalimenta: quando divulga constantemente certos crimes, a mídia fomenta um comportamento contraproducente da polícia que, por sua vez, em virtude da opinião pública atizada

⁴⁷ LEAL, op. cit., 2016. Em um trecho do texto o autor cita que considera um “abuso de defesa” a questão do advogado requer ao juízo a identificação do agente que plantou uma escuta telefônica, ainda que autorizada. Diz ele (LEAL, op. cit., 2016, p. 16):

A nosso ver, constitui verdadeiro abuso do direito de defesa a pretensão de identificar o agente que implantou o aparelho de escuta, mormente porque isso em nada afastará a veracidade do fato objeto de prova, tão pouco a validade desta, como ainda causará grave prejuízo a uma atividade legítima do Estado e que tem como um de seus pressupostos a proteção da identidade do agente de inteligência.

Ora, falar em “abuso de defesa” é cerceamento desta. Imaginemos uma situação em que um indivíduo vê-se confrontado com a questão do poderio estatal para apuração e produção de prova: como alegar que ele está utilizando “excesso de defesa”? Essa consideração não existe e é uma afronta ao princípio da ampla defesa e contraditório.

⁴⁸ ADORNO, Luís. Entre as polícias de SP, 84% das denúncias sobre abuso de poder incluem PMs. **UOL Notícias – Segurança Pública**, São Paulo, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/02/19/entre-as-policias-84-das-denuncias-sobre-abuso-de-autoridade-envolvem-pms.htm>. Acesso em 20 dez. 2020.

⁴⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Carandirú, polícia operativa (justiceira) e a guerra de todos contra todos. **Jusbrasil**, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814374/carandiru-policia-operativa-justiceira-e-a-guerra-de-todos-contra-todos?ref=serp>. Acesso em 29 jun. 2020.

⁵¹ CARDOSO, Helena Schiessl. **O discurso criminológico da mídia na sociedade capitalista**: necessidade de desconstrução e reconstrução da imagem do criminoso e da criminalidade no espaço público. Curitiba. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/25722>. Acesso em 15 dez. 2020. p. 109.

pela mídia, precisa de respostas efetivas, ainda que os meios para obter essas respostas não sejam os mais ortodoxos. Ou seja, a resposta da polícia e do poder Judiciário corre o risco de ser enviesada pela cobertura sensacionalista da mídia sobre os crimes e processos penais. Dessa forma, ocorre a mistura de diversas de situações de espetáculo midiático que, direta ou indiretamente, fomentam comportamentos por parte do Estado que, como resposta, coloca em marcha seus agentes públicos, interessados mais na resposta ao “tribunal da opinião pública” do que na resolução do problema.

4. Considerações finais

O apelo midiático gerado a partir da divulgação de casos penais, a exacerbação da violência – ou do discurso de violência propagado pela mídia – justificariam medidas extremas como o encarceramento em massa? cremos que não, pois, em geral, é verdadeiramente uma resposta às inclinações sociais fomentadas pela mídia. O encarceramento não é, e nunca será, uma resposta satisfatória a problemas estruturais como a desigualdade social e o desemprego.

O sistema penal tem reflexo no sistema econômico e não se pode negar que o recrudescimento penal está associado principalmente às questões macroeconômicas e na segregação entre pobres e ricos, conforme apontam os estudos criminológicos. As informações apresentadas de maneira alarmista e seguidas de análise rasas culminam em um produto final que em nada ajuda a sociedade no processo de ressignificação do crime, mas reforça os estigmas sobre a população pobre, que é a mais afetada por tais questões.

O discurso da tolerância zero, portanto, direta ou indiretamente, fomenta o recrudescimento penal, enfraquecendo o Estado de Direito constitucional.

Referências bibliográficas

- ADORNO, Luís. Entre as polícias de SP, 84% das denúncias sobre abuso de poder incluem PMs. **UOL Notícias – Segurança Pública**, São Paulo, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/02/19/entre-as-policias-84-das-denuncias-sobre-abuso-de-autoridade-envolvem-pms.htm>. Acesso em 20 dez. 2020.
- ARAGÃO, Ivo Rezende. Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos. **Âmbito Jurídico**, n. 77, 1º jun. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimento-da-lei-e-ordem-sua-relacao-com-a-lei-dos-crimes-hediondos/>. Acesso em 10 nov. 2020.
- BANDEIRA, Thais; PORTUGAL, Daniela. **Criminologia**. Salvador: UFBA, 2017. Disponível em: https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174993/4/eBook_Criminologia-Tecnologia_em_Seguranca_Publica_UFBA.pdf. Acesso em 29 jun. 2020.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECKER, Howard. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. Borges; rev. técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Sistema carcerário brasileiro**: negros e pobres na prisão. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em 29 dez. 2020.

- BRASIL. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2021. p. 2. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em 19 jul. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Depen lança Infopen com dados de dezembro de 2019**. Brasília: Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019>. Acesso em 29 dez. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Quantidade de incidências por tipo penal**. Período de julho a dezembro de 2019. Brasília: Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlhMTetNWYwOTIuODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 11 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570. **Diário da Justiça**, Brasília, 22 out. 2004. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185076&modo=cms. Acesso em 20 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conversão de habeas corpus preventivo em habeas corpus liberatório**. Habeas Corpus n. 95.009-4. Relator: Min. Eros Grau. 6 nov. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>. Acesso em 20 jun. 2020.
- BUDÓ, Marília de Nardim. **Mídia e controle social**: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- CARDOSO, Helena Schiessl. **O discurso criminológico da mídia na sociedade capitalista**: necessidade de desconstrução e reconstrução da imagem do criminoso e da criminalidade no espaço público. Curitiba. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/25722>. Acesso em 15 dez. 2020.
- CARDOSO, Helena Schiessl; NUNES, Leandro Gornicki; GUSSO, Luana de Carvalho. **Criminologia contemporânea**: crítica às estratégias de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- COSTA, Arthur Trindade Maranhão; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de. Novos padrões de investigação policial no Brasil. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 31, n. 1, p. 147-164, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010269922016000100147&script=sci_arttext. Acesso em 12 set. 2020.
- DATAFOLHA. **Maioridade penal**. São Paulo: Instituto de Pesquisa Datafolha, 2015. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/04/24/maioridade-penal.pdf>. Acesso em 20 jul. 2021.
- DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: UNESP, 2005.
- JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994. p. 19.
- GOMES, Luiz Flávio. Juiz que investiga não pode julgar (STJ suspende a ação penal no caso Castelo de Areia). **Jusbrasil**, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2087508/juiz-que-investiga-nao-pode-julgar-stj-suspende-a-acao-penal-no-caso-castelo-de-areia>. Acesso em 20 dez. 2020.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Carandirú, polícia operativa (justiceira) e a guerra de todos contra todos. **Jusbrasil**, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814374/carandiru-policia-operativa-justiceira-e-a-guerra-de-todos-contra-todos?ref=serp>. Acesso em 29 jun. 2020.
- HUGHES, Pedro Javier Aguerre. **Segregação socioespacial e violência na cidade de São Paulo: referências para a formulação de políticas públicas**. Revista São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 18, n. 4, out.-dez. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/nFtYhwnhjzcTVXMzv7NWs5F/?lang=pt>. Acesso em 20 maio 2020.
- LEAL, Evandro Ornelas. **Técnicas operacionais de inteligência e ações de busca na produção de provas em investigação e processo criminal** – admissibilidade e limites. São Paulo. Monografia (Especialização em Direito em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública). Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, 2016. Disponível em:

- http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/Publicacoes_MP/Todas_publicacoes/Evandro-Ornelas-Leal-TCC.pdf. Acesso em 12 set. 2020.
- LEITE, Paulo Moreira. **A outra história do mensalão**: as contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração, 2013.
- MELOSSI, Dário; PAVARINI, Máximo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário. Séculos XVI-XIX. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MÜLLER, Vera Regina. “No Brasil, pensamos que só a cadeia resolve”. **Carta Capital**, São Paulo, 2 jan. 2012. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/no-brasil-pensamos-que-so-a-cadeia-resolve/>. Acesso em 15 dez. 2020.
- PASSARINHO, Natália. Vítima, investigador e juiz em um só: inquérito de Toffoli deixa fraturas na relação do STF com os outros poderes. **BBC News Brasil**, São Paulo, 20 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47992337>. Acesso em 27 jun. 2020.
- Perfil das pessoas presas no Brasil. **Em Discussão**, Brasília, n. 29, p. 22, 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/acervo-historico/em-discussao/arquivos/29/@/@download>. Acesso em 29 dez. 2020.
- PRATT, John. **Penal Populism**: Key Ideas In Criminology. London: Routledge, 2007.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Silvia Carolina Pamplona e. **O discurso da política penal de tolerância zero**. Curitiba. Monografia (Graduação em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30772>. Acesso em 15 dez. 2020.
- SOUZA, LAF., org. **Políticas de segurança pública no estado de São Paulo: situações e perspectivas a partir das pesquisas do Observatório de Segurança Pública da UNESP** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/7yddh/pdf/souza-9788579830198.pdf>
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160.
- SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2010.
- VASCONCELOS, Caê. Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo. **Ponte**, São Paulo, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em 18 jun. 2020.
- VERGAL, Sandro. A desordem e a teoria das janelas quebradas. **Jusbrasil**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937294/a-desordem-e-a-teoria-das-janelas-quebradas>. Acesso em 20 de maio de 2020.
- WACQUANT, Loïc. Dissecando a “tolerância zero”. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, 1º jun. 2002. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/dissecando-a-tolerancia-zero/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

Recebido: 04/07/2022

Aprovado: 10/06/2023

O suicídio na Polícia Militar no Estado de São Paulo: análise e compreensão da sua incidência

Suicide in the Military Police in the State of São Paulo: analysis and understanding of its incidence

Luiz Sérgio Mussolini Filho 

Pós-Doutor em Psicologia da Educação, pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita" - UNESP, Campus de Araraquara/SP. Mestre e Doutor em Ciências Policiais e de Segurança Pública pelo Centro de Altos Estudos em Segurança da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos (2007) e em Ciências Policiais e de Segurança Pública pelo Centro de Altos Estudos Superiores da Polícia Militar do Estado de São Paulo (2013). Pós-Graduado em direito Tributário pela Universidade COC/Estácio. Graduado em Administração de Empresas. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais.

Andreza Marques de Castro Leão 

Professora Associada do Departamento de Psicologia da Educação e dos Programas de Pós-graduação em Educação Sexual e Educação Escolar. Supervisora da Unidade Auxiliar Cenpe- Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara-Unesp.

Resumo: O suicídio é um evento social complexo e que teve um crescimento significativo nos últimos anos. Considerando que é um assunto delicado e muito importante de ser compreendido, visando sua erradicação, o presente trabalho tem por objetivo analisar a incidência do fenômeno do suicídio na Polícia Militar do Estado de São Paulo, uma vez que as estatísticas apontam sua ocorrência de maneira considerável nesta Instituição. Os achados obtidos no presente estudo desvendam que uma série de fatores contribuem para sua incidência, entre estes podemos citar: acesso fácil às armas de fogo; stress do profissional; salários incompatíveis com a função exercida; turnos de trabalhos irregulares; rígida formação do Policial que se volta a atender a população, negligenciando a importância do cuidado de si, entre outros aspectos. À vista disso, aponta-se a necessidade da criação de um quadro fixo de psicólogos na Instituição da Polícia Militar, de forma a atender estes profissionais, tendo-se campanhas profiláticas voltadas a este tema, bem como melhorias nas condições de trabalho, incluindo melhores salários e otimização dos horários dos turnos de serviço.

Palavras-chave: Suicídio. Mitigação de casos. Fator Social. Polícia militar.

Abstract: Suicide is a complex social event that has grown significantly in recent years. Considering that it is a delicate and very important subject to be understood, aiming at its

eradication, the present work aims to analyze the incidence of the phenomenon of suicide in the Military Police of the State of São Paulo, since the statistics indicate its occurrence in a considerable way. in this Institution. The findings obtained in the present study reveal that a series of factors contribute to its incidence, among which we can mention: easy access to firearms; professional stress; wages incompatible with the function performed; irregular work shifts; rigid formation of the Police that returns to assist the population, neglecting the importance of self-care, among other aspects. In view of this, there is a need to create a fixed staff of psychologists in the Institution of the Military Police, in order to serve these professionals, with prophylactic campaigns focused on this topic, as well as improvements in working conditions, including better salaries and optimization of work shift schedules.

Keywords: Suicide. Case mitigation. Social Factor. Military police.

1. Introdução

Inúmeros fatores dão causa às mais variadas formas pelas quais os Policiais Militares vêm à óbito, entre elas podemos elencar os confrontos com marginais, acidentes de trânsito com viaturas, ocorrências em salvamentos dos mais variados tipos, mas nenhuma delas causa mais impacto na tropa do que a morte perpetrada através de suicídio, aquela em que o agente de segurança do Estado ceifa a própria vida pelos mais variados motivos.

O tema do suicídio ocasiona preocupação, orbita junto a todos os Comandos e Comandantes na busca pela mitigação deste fenômeno, em todos os níveis hierárquicos da Polícia Militar do Estado de São Paulo, e tal fato é corroborado pelas inúmeras normas vigentes na Instituição ligadas a tal tema, as quais buscam a melhoria da saúde mental do Policial Militar. Entre estas leis tem-se a Lei n. 13.819 de 26 de abril de 2019 (BRASIL, 2019) que instituiu a Política Nacional de Prevenção a Automutilação e do Suicídio, que possui em seu bojo os objetivos de: I - Promover a saúde mental; II - Prevenir a violência autoprovocada; III - Controlar os fatores determinantes e condicionantes da saúde mental; IV - Garantir o acesso à atenção psicossocial das pessoas em sofrimento psíquico agudo ou crônico, especialmente daquelas com histórico de ideação suicida, automutilações e tentativa de suicídio; V - Abordar adequadamente os familiares e as pessoas próximas das vítimas de suicídio e garantir-lhes assistência psicossocial; VI - Informar e sensibilizar a sociedade sobre a importância e a relevância das lesões autoprovocadas como problemas de saúde pública passíveis de prevenção; VII - promover a articulação intersetorial para a prevenção do suicídio, envolvendo entidades de saúde, educação, comunicação, imprensa, polícia, entre outras; VIII - Promover a notificação de eventos, o desenvolvimento e o aprimoramento de métodos de coleta e análise de dados sobre automutilações, tentativas de suicídio e suicídios consumados, envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os estabelecimentos de saúde e de medicina legal, para subsidiar a formulação de políticas e tomadas de decisão; assim como, IX - Promover a educação permanente de gestores e de profissionais de saúde em todos os níveis de atenção quanto ao sofrimento psíquico e às lesões autoprovocadas.

Tem-se, também, a Lei n. 9.628 de 06 de maio de 1997, que instituiu o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar que tem como objetivo principal o bem-estar biopsicossocial dos Policiais Militares, bem como assistir aos acometidos de transtorno mental (BRASIL, 1997).

Ademais, cabe trazer o decreto nº 46.039 de 23 de agosto de 2001 (BRASIL, 2001) que regulamentou o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar do Estado de São Paulo, assim como o Regimento Interno do Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar, bem como a Súmula de Instrução Continuada de Comando n. 256 (PMESP, 2019), contendo orientações para prevenção do suicídio de Policiais Militares.

Tal arcabouço de normas vai diretamente de encontro à preocupação que a Instituição tem em relação a tal fato social, propondo alterações legislativas para que o agente de segurança possa gozar de boa saúde mental, propiciando à sociedade melhores resultados nos serviços prestados.

Considerando que o tema do suicídio é complexo e muito importante de ser compreendido, visando sua erradicação, o presente trabalho tem por objetivo analisar a incidência do fenômeno do suicídio na Polícia Militar do Estado de São Paulo, uma vez que as estatísticas apontam sua ocorrência de maneira considerável nesta Instituição. Ademais, busca delinear algumas possíveis estratégias, pensando em contribuir para a mitigação de sua incidência.

2 Desenvolvimento

O fato social denominado suicídio pode ser definido como um ato deliberado executado pelo próprio indivíduo, cuja intenção é a morte, de forma consciente e intencional, mesmo que ambivalente, usando um meio que ele acredita ser letal. Também faz parte do que habitualmente se intitula comportamento suicida os pensamentos, os planos e a tentativa do suicídio (ABP, 2021).

O suicídio não é considerado crime, haja vista que as consequências de tal ato recaem sobre a própria pessoa que ceifou sua vida, sendo um fato social de difícil enfrentamento requerendo, para tanto, um conhecimento apropriado deste fenômeno, de forma a se ter ciência dos aspectos desencadeadores do mesmo, bem como, ações que podem ser acionadas, pensando em sua prevenção.

Na Polícia Militar, segundo estudos do Fórum Brasileiro de Segurança¹, entre os anos de 2017-2020, 226 policiais militares se suicidaram em todo o país, números esses bastante expressivos quando fazemos uma comparação com os Estados Unidos da América, através da Ruderman Family Foundation², que traz que neste mesmo período ocorreram, neste país, 140 suicídios praticados por policiais americanos. De fato, em todos os países do mundo as polícias, sejam elas militares ou civis, se deparam com tais problemas internos, que ocorrem pelas mais diversas situações, entre elas podemos citar: problemas conjugais e de relacionamentos, problemas financeiros, excesso de jornada de trabalho corroborada pelo complemento financeiro oriundo da prestação de serviços de segurança em outros locais de trabalho, denominados vulgarmente de “bicos”, ocorrências atendidas que envolvem grande gama de sentimento emocional e, que invariavelmente, repercutem no psique do agente de segurança, causando traumas, falta de reconhecimento pelos serviços prestados, regime de trabalho irregular e sujeito a acionamentos a qualquer horário, entre outras.

Miranda (2016, p.19), ao se ater a discutir este assunto, refere que

¹ 14º Anuário do Fórum de Brasileiro de Segurança. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-14>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2022.

² Disponível em: <https://rudermanfoundation.org>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2022.

O sofrimento psíquico de policiais brasileiros tem ocupado cada vez mais espaço no debate público e na mídia. Todavia, a saúde mental dos agentes de segurança permanece invisível aos olhos dos gestores. No Rio de Janeiro, o descaso em relação ao sofrimento emocional desses profissionais é condizente com o caráter tradicional das políticas de segurança pública. Por décadas, executivos estaduais priorizaram investimentos materiais em detrimento de políticas de valorização de recursos humanos. A prevenção de doenças mentais e emocionais de policiais civis, militares e bombeiros nunca fez parte da agenda de políticas de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

Em todas as Polícias Militares do Brasil tem-se a incidência deste fenômeno que ocorre em algumas situações com maior intensidade, denotando-se a necessidade de se evitar o suicídio por meio do conhecimento do comportamento suicida, de forma que a partir do conhecimento dos fatores que levam a tal risco, torna-se mais factível uma intervenção prévia, amenizando problemas dessa natureza.

A Organização Mundial da Saúde (WHO, 1998), após a organização de um Simpósio Internacional em 1998, e com base na contribuição de pesquisadores, profissionais da saúde geral e da psicologia, assim como sobreviventes de suicídio e líderes comunitários, elaborou um modelo de referência para se pensar a saúde pública com recomendações que orientaram países e comunidades a estruturar ações preventivas para o suicídio. As recomendações apresentadas estão agrupadas em três aspectos fundamentais: a) ampliação da conscientização da comunidade acerca do suicídio e seus fatores de risco; b) intensificação de programas e serviços de conscientização e de assistência; e c) incremento e aprimoramento da ciência sobre o tema, de forma a aumentar os recursos de prevenção e de ação sobre o suicídio.

A pessoa que pode estar passando pelo processo de tentativa de autoextermínio pode apresentar alguns sintomas aparentes, tais como: olhar cabisbaixo; pensamento distante; ombros caídos; falta de envolvimento religioso; ansiedade; depressão; desesperança; fatores socioeconômicos desfavoráveis; alcoolismo; perdas recentes; inanição; acesso fácil a meios letais, entre outros (WHO, 2003; SUOMINEN et al., 2004).

Assim sendo, inúmeros fatores insurgem em relação ao comportamento suicida, tendo-se elevadas taxas de tentativas e consumações em todo o mundo, sendo um problema sério de saúde pública. Quando uma pessoa ceifa sua própria vida inúmeras consequências são levadas a efeito após tal ato, entre elas podemos citar as previdenciárias, as familiares e as de saúde pública, levando em consideração que o sistema de saúde é acionado para lidar com tal fato.

Dessa forma, torna-se evidente a relevância de estudos sobre este tema, pois como salientam Werlang, Macedo e Kruger (2004), o comportamento suicida contempla, independente do ponto de vista pelo qual é analisado, uma dimensão cerne relacionada ao sofrimento. O sofrimento que leva o indivíduo a querer ceifar a sua vida, tendo-se, ainda, o sofrimento da família frente ao suicídio de um de seus membros.

Sgobin (2013, p. 21) problematiza que

O comportamento suicida é então definido como a ação por meio da qual o indivíduo provoca uma autolesão, a despeito do grau da intenção de morte e do reconhecimento da verdadeira razão para este ato. Este conceito permite conceber este comportamento ao longo de um contínuo: começando com pensamentos de autodestruição, progredindo para ameaças de autoagressão, planejamento suicida, tentativas de suicídio e finalmente o suicídio, não havendo necessariamente tal progressão linear.

Nessa mesma direção, o Informe Mundial sobre a Violência e a Saúde, publicado pela Organização Panamericana da Saúde (OPS), alerta para o fato de que cada pessoa que tenta efetivamente se suicidar “deixa atrás de si muitas outras – familiares e amigos – cujas vidas resultam profundamente afetadas desde o ponto de vista emocional, social e econômico” (DE LEO; BERTOLETE; LESTER, 2003, p. 201).

Vale explicitar que o comportamento suicida comporta três fases: 1ª fase a da ideação suicida; a 2ª fase – tentativa propriamente dita, e, por fim, a 3ª fase, em que ocorre a sua consumação³. Na primeira fase, ou seja, a de “estar pensando” em ceifar a própria vida, o indivíduo formula estas ideias, as formas pelas quais irá perpetrar seu intento, isto é, como irá concluir e finalizar seu planejamento, tendo, assim, sua morte.

Mais adiante, já na fase da tentativa, o indivíduo busca a utilização de meios para findar com sua vida, um exemplo que ocorre muito nesta fase em que ele passa um fio ou uma corda em seu pescoço e vai abaixando bem lentamente apenas para ver como acontece. Em determinado momento, na certeza de que pode regredir em seu intento, perde os sentidos, o cérebro deixa de ser oxigenado e o mesmo vem a óbito, isso quando, devido ao peso do corpo, o pescoço se rompe causando morte instantânea. A fase da consumação é onde o indivíduo consegue com sucesso ceifar sua própria vida, sendo uma tentativa devidamente consumada, em que se deve verificar a intenção do agente, a forma pela qual perpetrar sua morte, o método e o meio empregado.

O suicídio pode incidir nas mais variadas formas, entre elas, ingestão de remédios, enforcamento, salto de grandes altitudes (edifícios), ou mesmo o emprego de arma de fogo que segundo estudiosos do assunto, entre eles, Deyse Miranda (MIRANDA, 2016) e Emily Durkheim (DURKHEIM, 2004), quando o disparo é efetuado na região da têmpora ou do ouvido, o indivíduo sequer ouve o ruído do disparo, pois a velocidade do projétil é tão rápida que antes mesmo de ouvir, vem a óbito, fato esse desmistificado através de estudos realizados no Departamento de Física da Universidade Federal de São Carlos - UFSCar⁴.

O suicídio deve ser tratado como problema de saúde pública, tal como a cólera, a dengue e atualmente o COVID-19. A experiência internacional apresenta que a melhor forma de fazer isso é a partir de políticas públicas ancoradas em evidências, isso posto, acreditamos que a partir de tais premissas, há a necessidade da busca de soluções, a curto prazo, na tentativa de se evitar que as previsões se cumpram.

Nesse diapasão, uma das dificuldades a serem enfrentadas é o fato temporal, ou seja, de quando e onde tal fato social irá acontecer, e se for perpetrado no interior de uma residência ou no quintal da mesma, a dificuldade se intensifica, pois é muito mais complexo tentar coibir tal prática.

A extensão territorial brasileira, aliada a uma gama indefinível de problemas que assola o país como um todo, dificulta ainda mais que o foco de atenção seja voltado para tal ocorrência. Logo, podemos denotar que as pessoas que ceifam a própria vida o fazem devido aos mais variados tipos de problemas que não conseguem enfrentar, o que desvela a escassez de políticas públicas no país voltadas a mitigar a incidência deste fenômeno, assim como campanhas preventivas.

³ Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-br/casa/dist%C3%BAncias-de-sa%C3%BAdade-mental/comportamento-suicida-e-automutila%C3%A7%C3%A3o/comportamento-suicida>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁴ Segundo aponta o Dr. Fernando M. Araújo Moreira. Professor Titular do Departamento de Física da Universidade Federal de São Carlos em estudo realizado a pedido do autor.

No Estado de São Paulo a Segurança Pública é realizada por três órgãos, devidamente subordinados à Secretaria de Segurança Pública do Estado, sendo eles a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Instituto de Criminalística. Neste artigo nos debruçaremos sobre aos casos de ideação, tentativa e consumação de suicídios apenas na Polícia Militar.

Na Polícia Militar do Estado de São Paulo, o tema em discussão é muito debatido em todos os níveis hierárquicos, haja vista o enorme impacto que tal fato gera “interna corporis”, gerando comoção e ao mesmo tempo, indignação dos seus integrantes. Para se ter uma ideia da gravidade deste problema, discriminamos na tabela 3, apresentada a seguir, os casos ocorridos entre os anos de 2015 até o início de 2021. Podemos observar nesta tabela, o alto índice desse tipo de ocorrência, tanto em relação aos policiais que estavam de folga, quanto os veteranos e, principalmente os agentes que estavam em serviço no momento do fato.

Tabela 1 - Agentes Públicos que cometeram suicídio (2015-2021)

ANO	FOLGA	VETERANOS	SERVIÇO	TOTAL
2015	14	08	00	22
2016	09	07	02	18
2017	14	04	01	19
2018	19	16	01	36
2019	12	08	03	23
2020	19	03	00	13
2021	01	02	01	04
TOTAL	78	46	07	131

Fonte: Acervo pessoal.

No serviço policial o agente está constantemente submetido a inúmeros tipos de pressão que partem de todos os lados, entre elas podemos citar a pressão exercida pelos seus superiores, na medida em que durante a atividade de policiamento ostensivo apresentam metas a serem cumpridas, na diminuição dos índices criminais, devidamente designados pela Secretaria de Segurança Pública. Isso atrelado ao recebimento de um “bônus”, caso cumpram as metas que nem sempre são muito generosas e, em alguns casos, praticamente impossíveis de serem alcançadas, onde podemos citar a meta de redução de homicídios, haja vista que entre as ocorrências desse tipo, boa parte delas ocorre no interior das residências, perpetradas pelo marido, acompanhante, namorado em um local onde o policial não tem acesso, o chamado feminicídio⁵.

Outros tipos de pressão partem de parcela da imprensa que cobra da polícia uma solução para praticamente todas as omissões de outros setores do serviço público, seja federal, estadual ou mesmo municipal, recaindo sobre o agente de segurança uma espécie de “faz tudo”. Obviamente a própria sociedade cobra das Instituições Policiais soluções que não caberiam a ela resolver, basta observar que na Polícia Militar do Estado de São Paulo das 95% das chamadas junto ao telefone de emergência 190

⁵ Feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino”, ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima enquanto mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino. (art. 121, § 2º, VI, do Código Penal)

são de cunho social, somente 5% para o atendimento de ocorrências policiais propriamente ditas, segundo dados obtidos junto ao Centro de operações da Polícia Militar – COPOM.

Essas pressões levam o agente policial ao estresse, que segundo a psicóloga Marilda Novaes Lipp, do Centro Psicológico de Controle do Stress (LIPP, 1986, p. 23), é definido como sendo:

Uma reação emocional, com componentes físicos e psicológicos, que se manifesta e, situações de transformações abruptas. E quanto mais o profissional supervaloriza a sua função, mais sujeito estará ao estresse.

A natureza do trabalho policial é reconhecidamente estressante, além de ser sedentária e ter uma cobrança considerável em termos de postura inabalável, forte diante de todo tipo de situação, e entre elas podemos citar o atendimento de ocorrências que envolvem óbitos de crianças, mais comuns em acidentes automobilísticos.

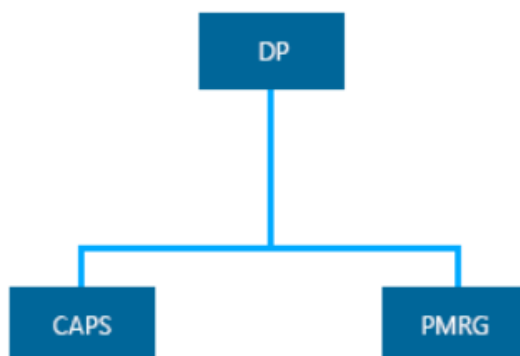
As taxas de suicídio entre agentes de segurança pública, quando comparado a outras profissões, tem um índice considerado acima da média. Aliado a isso, grande parte dos policiais da ativa já se depararam com experiências e situações difíceis e muito complexas, desenvolvendo, a partir disso, insônia, quadros de ansiedade, necessidade de isolamento social, culpa, remorso, depressão, entre outros (Miranda 2016, p. 18-19).

Assim sendo, podemos destacar que a não aceitação desse quadro, junto ao alto nível de pressão que este profissional sofre, em conjunto com outros fatores, no qual elencamos, problemas com superiores e outras autoridades, insegurança, problemas sexuais, entre outros, levam o agente a uma busca incessante para os debelar e um dos caminhos, nesta busca, pode ocorrer o suicídio.

Nos escritos de Violanti (1993, p. 19)

Na PMESP, estudos demonstram que o índice de suicídios corresponde ao sêxtuplo do índice da população em geral, o que indica a gravidade da situação vivida pelos Policiais Militares com a tensão constante e o ritmo de trabalho muito alto e próximo da suportabilidade de pressões. Com o aumento do nível de pressão surgem alterações no padrão de pensamento e, entre outras coisas, o raciocínio pode se tornar confuso e ilógico e, como as mudanças são lentas, às vezes passam despercebidas, mesmo para os mais próximos, e quando alguém fala alguma coisa, o problema não é admitido com facilidade e o Policial Militar só procura ajuda quando o problema já tomou grandes proporções, caso não morra antes.

A Polícia Militar do Estado de São Paulo possui um Centro de Assistência Psicossocial, atrelado à Diretoria de Pessoal da Instituição e ao seu lado o Presídio Militar “Romão Gomes”, conforme expomos no organograma 1.

Organograma 1 - Órgãos integrantes da Diretoria de Pessoal da PMESP

Fonte: Intranet da Polícia Militar do Estado de São Paulo

Tal órgão interno segue à risca a legislação que norteia tal assunto, quais sejam a Lei Federal nº 13.819, de 26 de abril de 2019 (BRASIL, 2019); Lei Estadual nº 9.628, de 06 de maio de 1997, que institui o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar (BRASIL, 1997); Decreto nº 46.039, de 23 de agosto de 2001, que criou e regulamentou o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar do Estado de São Paulo (BRASIL, 2001), e o Regimento Interno do Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar - SisMEen (BRASIL, 2001).

Nesses arcabouços jurídicos encontramos uma série de providências a serem tomadas pelos órgãos envolvidos, entre eles podemos explicitar a Lei 13.819/19 (BRASIL, 2019), que instituiu a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio e que traz, em seu artigo 3º, que os objetivos da referida política pública são: promover a saúde mental; prevenir a violência autoprovocada; controlar os fatores determinantes e condicionantes da saúde mental; garantir o acesso à atenção psicossocial das pessoas em sofrimento psíquico agudo ou crônico, especialmente daquelas com histórico de ideação suicida, automutilações e tentativa de suicídio; abordar adequadamente os familiares e as pessoas próximas das vítimas de suicídio e garantir-lhes assistência psicossocial; informar e sensibilizar a sociedade sobre a importância e a relevância das lesões autoprovocadas como problemas de saúde pública passíveis de prevenção; promover a articulação intersetorial para a prevenção do suicídio, envolvendo entidades de saúde, educação, comunicação, imprensa, polícia, entre outras; promover a notificação de eventos, o desenvolvimento e o aprimoramento de métodos de coleta e análise de dados sobre automutilações, tentativas de suicídio e suicídios consumados, envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os estabelecimentos de saúde e de medicina legal, para subsidiar a formulação de políticas e tomadas de decisão; promover a educação permanente de gestores e de profissionais de saúde em todos os níveis de atenção quanto ao sofrimento psíquico e às lesões autoprovocadas.

A referida legislação em seu artigo 6º apresenta que os casos suspeitos ou confirmados de violência autoprovocada são de notificação compulsória pelos estabelecimentos de saúde e privados às autoridades sanitárias, bem como os estabelecimentos de ensino público e privados ao Conselho Tutelar e em seu parágrafo 1º definiu, para os efeitos desta lei, o que se entende por violência autoprovocada, quais sejam: o suicídio consumado; a tentativa de suicídio e o ato de automutilação, com ou sem ideação suicida. No final da referida lei o artigo 7º coloca que os casos que envolverem investigação de suspeita

de suicídio, a autoridade competente deverá comunicar à autoridade sanitária a conclusão do inquérito policial que apurou as circunstâncias da morte.

A nível estadual temos a Lei nº 9.628, de 06 de maio de 1997 (SÃO PAULO 1997), que institui o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar. Por esta Lei foi criado o sistema de Saúde Mental da Polícia Militar do Estado de São Paulo e delegou à Diretoria de Saúde da Instituição, que possui uma equipe multidisciplinar do Quadro de Oficiais de Saúde (QOS), a função de cuidar do bem-estar biopsicossocial dos Policiais Miliars, bem como assistir aos acometidos de transtorno mental. Esta lei incumbiu o Sistema de Saúde mental de planejar, executar, controlar, fiscalizar e avaliar todas as atividades relacionadas à saúde mental do Policial Militar visando seu pleno gozo e seu potencial físico e mental, assegurando o reconhecimento e a valorização de práticas multiprofissionais no tratamento de saúde mental de seus componentes.

Inúmeras diretrizes norteiam tal sistema, entre elas podemos elencar: universalizar o acesso dos policiais militares às ações e aos serviços em todos os níveis de atenção à saúde mental; integralidade de atendimento pleno aos policiais militares, objetivando a proteção e o desenvolvimento do seu potencial biológico e psicossocial; resolubilidade dos serviços e ações de saúde mental dos policiais militares em todos os níveis de assistência; racionalidade da organização dos serviços do Sistema de Saúde Mental, visando à otimização dos meios disponíveis e melhor relação custo benefício, suprimindo-se a duplicação dos recursos para fins idênticos ou equivalentes; planejamento das ações e serviços, visando a satisfazer as necessidades de saúde mental dos policiais militares, regionalizando e hierarquizando o atendimento preventivo; incentivo ao trabalho integrado e harmonioso dos profissionais que atuam no Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar, promovendo o reconhecimento e a valorização humana, social e profissional, em favor da qualidade total e da resolubilidade dos serviços e das ações de saúde mental, da experiência e da capacidade técnica e científica demonstrada pelo profissional; o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar desenvolverá ações predominantemente extra-hospitalares, na forma de programas de apoio à desospitalização, enfatizando a organização e manutenção de redes de serviços e cuidados assistenciais, visando a recuperação da saúde do policial militar acometido de transtorno mental e sua reinserção na família, no trabalho e na sociedade; a saúde mental dos policiais militares deve receber especial atenção no âmbito da sua comunidade, mediante assistência ambulatorial, assistência domiciliar e internação hospitalar minimizada, preferencialmente de tempo parcial (SÃO PAULO, 1997).

Com a finalidade de regulamentar a legislação explicitada, o então Governador do Estado, Geraldo Alckmin, editou em agosto de 2001 o Decreto nº 46.039 que, entre outras proposituras elenca a composição dos órgãos centrais e técnicos-executivos, descritos, em seu artigo 2.º - O SISMEN será composto por Órgãos Centrais e Órgãos Técnicos-Executivos. § 1.º - São Órgãos Centrais: 1. Diretoria de Pessoal (DP), órgão responsável pela direção geral; 2. Diretoria de Saúde (DS), órgão responsável pela direção técnica; § 2.º - São Órgãos Técnicos-Executivos: 1. Centro de Assistência Social e Jurídica - CASJ; 2. Centro Médico (C Med); 3. Centro de Seleção, Alistamento e Estudos de Pessoal (CSAEP).

Podemos observar a preocupação com os problemas relativos à profissão, aliado a tudo o que foi citado, e a própria Polícia Militar, em ato administrativo, editou o Regimento Interno do Sistema de Saúde Metal da Polícia Militar – SisMEN, no ano de 2002 e insculpiu nele uma série de providências internas, objetivando estabelecer normas que visam das cumprimento aos diplomas elencados e concretizar a implementação do SISMEN em toda a Instituição, e para isso, estabeleceu normas internas para seu cumprimento (SÃO PAULO, 2001).

Em seu conteúdo podemos descrever que dentre suas finalidades está a prevenção, o tratamento e o restabelecimento da saúde mental do Policial Militar, destacando a preocupação do Comando Geral da Instituição publicando tal ato administrativo sob a forma de Regimento Interno.

Um pouco mais à frente da referida norma encontramos as formas de credenciamento dos profissionais que podem atuar no SisMen, sua organização e os parâmetros das avaliações psicológicas que devem ser definidas pelo Centro de Atendimento, apresentando laudos circunstanciados definidos no Código Internacional de Doenças – CID.

O SisMen fornece competência ao Centro Médico para realizar as avaliações psiquiátricas, quando o caso requerer, bem como a assistência aos Policiais Militares que porventura virem a ser diagnosticados com o acometimento de quadros psiquiátricos, desequilíbrio emocional, transtornos ou patologias mentais. Define que os superiores hierárquicos dos Policiais que apresentarem tais problemas devem elaborar o pedido para o atendimento desses policiais, devidamente fundamentado e classificar tal documentação como confidencial, a fim de preservá-los, de forma a permitir que seus problemas não se tornem de conhecimento público, o que de certa forma lhe traria ainda mais problemas em seu ambiente de trabalho.

Todos esses procedimentos visam a melhoria da qualidade de vida do agente público, seu pronto restabelecimento para as atividades de segurança pública e para seu convívio familiar, demonstrando a preocupação da Instituição com a saúde mental de seus integrantes.

A edição da Legislação Estadual de nº 9.628, de 06 de maio de 1997 (São Paulo, 1997), instituiu o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar - SisMen, delineando em seu bojo inúmeros protocolos a fim de que a Polícia Militar desse atenção a tal situação “interna corporis”, entre os objetivos de tal legislação, destacamos a busca pelo bem-estar psicossocial e a assistência aos acometidos de transtorno mental, deixando a subordinação técnica do SisMen a cargo da Diretoria de Saúde, unidade que possui ambiente multiprofissional, técnico, cuja racionalização dos recursos tem a finalidade precípua de zelar pela saúde mental dos integrantes, buscando a qualidade dos serviços prestados ao agente de segurança pública do Estado.

Cabe a este sistema o planejamento, a execução, o controle, a fiscalização e a avaliação de todas as atividades relacionadas à saúde mental de seus integrantes, visando o pleno gozo de seu potencial físico e mental, assegurando o reconhecimento e a valorização de práticas multiprofissionais no tratamento dos policiais militares acometidos de transtornos mentais. Outrossim, é norteado pelas seguintes diretrizes e princípios: universalizar o acesso dos policiais militares às ações e aos serviços em todos os níveis de atenção à saúde mental; integralidade de atendimento pleno aos policiais militares, objetivando a proteção e o desenvolvimento do seu potencial biológico e psicossocial; resolubilidade dos serviços e ações de saúde mental dos policiais militares em todos os níveis de assistência; racionalidade da organização dos serviços do Sistema de Saúde Mental, visando à otimização dos meios disponíveis e melhor relação custo-benefício, suprimindo-se a duplicação dos recursos para fins idênticos ou equivalentes; planejamento das ações e serviços, visando satisfazer as necessidades de saúde mental dos policiais militares, regionalizando e hierarquizando o atendimento preventivo; os policiais militares acometidos de transtorno mental terão direito a tratamento em ambiente o menos restritivo possível, levando-se em conta o exercício da sua cidadania; devem ser assegurados os direitos indisponíveis dos policiais militares acometidos do transtorno mental, especialmente durante a internação psiquiátrica involuntária (São Paulo, 1997).

Passados quatro anos após o sancionamento de tal lei pelo Governador do Estado, editou-se o Decreto Estadual nº 46.039, de 23 de maio de 2001 (São Paulo, 2001), que regulamentou a legislação citada, descrevendo, em seu interior, a composição e as atribuições dos órgãos do SISMen, atribuindo ao Centro de Atendimento Psicossocial – CAPS, as seguintes incumbências: coordenar o trabalho a ser executado pelos estabelecimentos de ensino que atuarão em parceria com a Polícia Militar, definindo os parâmetros de avaliação para uniformidade de conduta; assistir os policiais militares nos casos de desequilíbrio emocional, desenvolver as atividades relacionadas com o acompanhamento de policiais militares envolvidos em ocorrências de alto risco e desenvolver programas de prevenção para os componentes da Polícia Militar, no campo da saúde mental, em conjunto com o Centro Médico - CMed.

Foi prescrito no próprio bojo do citado decreto o prazo de 90 (noventa) dias, para que o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo baixasse o Regimento Interno do Sistema de Saúde Mental – RISISMEN (PMESP, 2002) da Instituição, detalhando todo o funcionamento de tal sistema. Passado o prazo estabelecido pelo Regimento Interno, foi publicado em Boletim Geral o RISISMEN, dando cumprimento efetivo à determinação recebida, contendo em seu bojo inúmeros requisitos para sua fiel execução e, entre elas, podemos elencar que o presente regulamento tem por objetivo estabelecer normas que visem o cumprimento do decreto e sua completa implementação.

Os parâmetros da avaliação psicológica a que serão submetidos os profissionais, se aterão às técnicas e métodos consagrados pela Ciência, utilizando o Código Internacional de Doenças – CID, para classificar os desequilíbrios emocionais, os transtornos e/ou patologias mentais específicas, devidamente reconhecidas e autorizadas pelo Ministério da Saúde e pela Secretaria de Saúde Estadual.

A forma pela qual o ciclo de assistência Psicológica e Psiquiátrica se inicia é por meio de requerimento do policial militar interessado, por convocação do Centro de Apoio Social e Jurídico (CASJ) ou dos núcleos regionais, por iniciativa do seu comandante ou excepcionalmente, por decisão judicial. (SÃO PAULO, 2002)

Dessa forma, no deslinde do que foi explicitado, na busca de uma melhor qualidade de vida para os profissionais da área da Segurança Pública, ainda podemos elencar que mesmo diante de todo esse arcabouço, a Instituição ainda desenvolveu uma forma de contactar todos os seus agentes de forma mais próxima e eficaz, através da edição de uma Instrução Continuada de Comando – ICC, instrução essa que tem o condão de se fazer chegar até o Policial da linha de frente, nos locais mais distantes de nosso Estado, as orientações e explicações sobre os mais variados temas, entre os quais se inclui o suicídio (PMESP, 2019).

Na Instrução Continuada de Comando, de número 256 (PMESP, 2019), editada na data de 10 de setembro de 2019, pela Diretoria de Ensino e Cultura – DEC, tendo como título “As Orientações Para Prevenção de Suicídios de Policiais Militares”, descreve de forma sucinta que o atendimento deve ocorrer por solicitação da Diretoria de Pessoal; ou excepcionalmente, por decisão judicial.

Além disso, recentemente a Instituição lançou no mês de Abril de 2021 uma cartilha para o público interno denominada: “Prevenção às Manifestações Suicidas: Orientações aos Policiais Militares” (PMESP, 2021), e em seu conteúdo podemos verificar uma preocupação diferenciada da Polícia Militar com a saúde mental de seus integrantes, propiciando, nessa direção, uma busca incessante e incansável pela promoção da qualidade de vida quanto à saúde mental, dispondo de importantes esclarecimentos nesse campo.

A cartilha inicia trazendo uma contextualização histórica das raízes históricas da preocupação com a higidez mental, e relata que na década de 40 a Instituição ofertava a assistência, nesse campo, aos seus integrantes, através da Capelania Militar da então Força Pública do Estado de São Paulo, e, que, atualmente é desenvolvida pelos profissionais do Sistema de Saúde Mental da PMESP.

Vale ressaltar o marcante pioneirismo no campo da psicologia, haja vista que com o passar do tempo as práticas profissionais foram se aperfeiçoando, tendo-se na Instituição um consistente Sistema de Saúde Mental, composto por uma série de programas e serviços postos à disposição de todos os integrantes da Polícia Militar.

O Programa de Prevenção às Manifestações Suicidas – PPMS, teve início no ano de 2003, com o intuito de diminuir, o quanto possível, os casos de suicídios, de tentativas e de ideações suicidas por integrantes da tropa.

A seguir será apresentada a Tabela 2, que traz o atendimento de Policiais no PPMS, desde sua implementação, dados fornecidos pela Seção de Apoio Psicológico do Centro de Atendimento Psicossocial da Instituição, referentes à quantidade de Policiais Militares que passaram por atendimento psicológico desde o ano de 2003 até o mês de junho de 2021.

Tabela 2 - Total de PMs que idearam, tentaram e consumaram o suicídio (2003-2021)

	IDEAÇÃO	TENTATIVA	CONSUMADO
2003	*	12	33
2004	*	44	16
2005	48	109	19
2006	160	114	28
2007	60	76	14
2008	29	54	22
2009	35	57	29
2010	27	41	16
2011	41	49	24
2012	30	44	25
2013	43	42	26
2014	23	10	27
2015	15	17	22
2016	13	10	18
2017	17	15	20
2018	14	14	36
2019	19	29	23
2020	20	16	30
2021	11	04	13
TOTAL	613	757	441

Fonte: Seção de Apoio Psicológico (SAP) – CAPS (Dados computados até junho de 2021)

Observando mais atentamente tais dados, denotamos que nesses 18 anos em que tais dados passaram a ser compilados, com relação à ideação suicida, à tentativa de suicídio e o suicídio consumado, que tais números são expressivos, sobretudo se comparados com o efetivo atual de Polícia Militar do Estado de São Paulo, que orbita em torno de 84.000 homens. Nesses anos somente o número de Policiais Militares que foram atendidos por tal Seção, em termos de ideação suicida, gerou um total

de 613 atendimentos, já em termos de tentativa de suicídio, temos o número de 757 casos e o suicídio consumado, gerou o número de 441 casos em todo o Estado de São Paulo⁶.

Esclarecemos que a tentativa de suicídio não foi consumada por situações alheias à vontade do agente, ou seja, o agente experimentou, testou, ensaiou, porém não atingiu seu intento de ceifar a própria vida. A tentativa frustrada, através de um ato de autoagressão cuja intenção é a morte, que acaba não ocorrendo, pode resultar em lesão.

Ainda em relação a tabela 2, podemos destacar que a totalidade dos números, nas três situações, superam o quantitativo do efetivo de várias Unidades da Instituição, se levarmos em consideração que um Batalhão, que apresenta uma pequena área territorial sob sua responsabilidade, possui em seu efetivo fixado pouco mais de 400 homens e mulheres. Um Batalhão cuja extensão territorial é mais extensa, comporta mais de 600 Policiais em seu efetivo. Para corroborar com tal fato podemos elencar como exemplo o Batalhão sediado na cidade de Araraquara/SP, que possui sob sua responsabilidade territorial 19 municípios e 5 Distritos e apresenta em seu efetivo fixado quase 700 homens.

É válido destacar que todo o efetivo da Polícia Militar do Estado de São Paulo foi orientado a respeito dos meios disponíveis para tratamento de questões de saúde mental, ficando a cargo de cada integrante a busca por ajuda.

Em dados obtidos junto ao Centro de Apoio Psicossocial – CAPs, pode-se verificar o alto número de casos de ideação, de tentativa e consumação do fato social suicídio, contudo há que se deixar consignado que apesar de todo o arcabouço jurídico e o conjunto de normas referentes ao assunto estar em pleno vigor, há a necessidade de se buscar uma maior divulgação de tais ferramentas, de forma que contribua para a diminuição da incidência deste fenômeno, visando preservar a vida dos profissionais da polícia, profissionais estes que dedicam suas vidas em prol de garantir a segurança da sociedade.

3 Considerações finais

O presente trabalho procurou demonstrar a preocupação da Instituição Policial Militar com seu integrante, como age no intuito de mitigar a ocorrência do fenômeno suicídio. Nesse diapasão, foram apresentados todos os mecanismos legais com o fito de inculir em cada Policial Militar, que tivesse ideação suicida, de demover tal intento.

Obviamente este assunto é de alta complexidade, de difícil elucidação por completo, haja vista as inúmeras nuances, entre elas podemos citar a dificuldade em se conseguir dados fidedignos para a realização da pesquisa, bem como da dificuldade em se dialogar a respeito de tal tema com pessoas que tentaram o suicídio e com os familiares das vítimas que concluíram seu intento, entre outros.

Buscamos aqui deixar evidente o alto índice de suicídio na Polícia Militar do Estado de São Paulo, porém com ênfase na busca de soluções, visto a preocupação dos Comandantes em todos os níveis e do próprio Estado no desenvolvimento de normas voltadas a mitigar tal problema.

O tema é de extrema relevância, haja vista a busca pela redução de tal evento, e, conseqüentemente o salvamento de vidas, uma vez que tais profissionais foram formados para proteger e servir os cidadãos,

⁶ Tabela 02

e não para ceifarem suas próprias vidas, na maioria das vezes com o próprio armamento que o Estado lhe fornece como ferramenta de trabalho.

Outro ponto importante a ser citado é que as relações interpessoais dentro das carreiras militares são predominantemente pautadas pela hierarquia e disciplina, ou seja, dentro de parâmetros rígidos e de alto índice de rigor. Sendo assim, o acatamento à hierarquia, consubstanciado na sequência dos graus hierárquicos e ao acatamento integral às normas vigentes, além da cobrança velada, perpetrada pela sociedade que ainda cobra uma postura firme e exemplar, gera desgastes emocionais e físicos incalculáveis, levando, eventualmente, ao desenvolvimento de doenças de fundo emocional.

Os regimes de trabalho, norteados pelos horários operacionais descritos em escala de serviço, mais comumente apresentados na forma de 12x36 ou 12x24 e 12x48, ou seja, a cada 12 horas trabalhadas, o agente tem 36 horas de descanso, ou no outro modelo em um dia trabalho durante o dia e no outro durante a noite, também contribuem para o encaminhamento de um risco ocupacional da profissão bastante alto. Além do mais, os militares aposentam-se com idade relativamente baixa em relação a outros profissionais, haja vista a complexidade de suas ações durante o tempo em que estão na ativa. Cabe citar que a própria submissão a horários irregulares e em condições de salubridade questionáveis, levam o militar da reserva a uma perda da sensação de autoridade, sendo que as mudanças drásticas na profissão alteram suas condições mentais, podendo atuar enquanto gatilhos para a ideação suicida.

Por fim, entendemos como primordial que seja dada atenção diferenciada a um agente policial que tentou se autoexterminar, como medida profilática para a própria Instituição, estratégia essa indispensável para se prevenir futuras situações similares que chocam, de forma tão aviltante o público externo, como o público interno.

Enfim, à vista do exposto, podemos enfatizar a necessidade de que o Estado e a Polícia Militar de fato unam forças de maneira a implementar programas que se voltem à relevância social, necessitando ter sua saúde mental levada em consideração, sendo o suicídio um problema grave de saúde pública, como foi mencionado. Portanto, precisamos discorrer sobre o suicídio, e mais do que isso, otimizar ações para sua erradicação, sendo que o profissional que atua na área da segurança pública está muito suscetível, em virtude de seu labor, devendo ser devidamente assistido pelo Estado e pelas instituições sociais.

4 Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. **Suicídio: informando para prevenir**. Brasília, 2014.

Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/93843824/suicidio-informado-para-prevenir-abp-2014>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Lei n.13.819, de 26 de abril de 2019. **Institui a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio, a ser implementada pela União, em cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n%C2%BA-13.819-de-26-de-abril-de-2019-85673796>. Acesso em: 10 fev. 2022.

- DE LEO, D.; BERTOLOTE, J., & LESTER, D. L. **A violência autoinfligida**. In: E. G. Krug, L. L. Dahlberg, J. A. Mercy, A. B. Zuvir, & R. Lozano. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington: Organización Panamericana de la Salud, p. 201-231, 2003.
- DURKHEIM, É. **O Suicídio**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DURKHEIM, É. **Suicídio**: estudo de sociologia. Tradução Monica Stabel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MIRANDA, D. (Org.). **Por que os policiais se matam?** Rio de Janeiro: Mórula Editorial, 2016.
- MIRANDA, Dayse; GUIMARÃES, Tatiana. **O suicídio policial: o que sabemos?** Dilemas, v. 9, p. 1-18. Rio de Janeiro, RJ, 2016.
- MIRANDA, D. **Diagnóstico e Prevenção do Comportamento Suicida na Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Mórula Editorial, 2016.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção do suicídio, um recurso para conselheiros. Departamento de Saúde Mental e de Abuso de Substâncias. Gestão de Perturbações Mentais e de Doenças do Sistema Nervoso**. Genebra, 2002.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **“Prevenção do suicídio: um manual para profissionais da saúde em atenção primária”**. Genebra: OMS, 2000. Disponível em: <https://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/en/suicideprev_phc_port.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.
- PMESP, RISISMEM. **Regulamento Interno do Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo, 2002.
- PMESP, **Cartilha de Prevenção às Manifestações Suicidas: Orientações aos Policiais Militares**. São Paulo, 2021.
- PMESP, Instruções Continuadas do Comando n. 256. **Orientações para prevenção de suicídios de Policiais Militares**. São Paulo. 2019
- LIPP, M.N. **Como enfrentar o stress**. Ed. Ícone, 1986. p. 23.
- SÃO PAULO, Lei n. 9.628, de 06 de maio de 1997. **Institui o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1997/lei-9628-06.05.1997.html>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- SÃO PAULO, Decreto n. 46.039, de 23 de agosto de 2001. **Cria e regulamenta o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2001/decreto-46039-23.08.2001.html>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- SÃO PAULO, Decreto n. 46.039, de 23 de agosto de 2001. **Cria e regulamenta o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2001/decreto-46039-23.08.2001.html>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- SGOBIN, Sara Maria Teixeira. **Custos diretos e indiretos de tentativas de suicídio de alta letalidade internadas em hospital geral**. Campinas, SP: [s.n.], 2013.vi
- VIOLANTI, John M. **Padrões de Estresse no Trabalho Policial. O Estresse Policial**. Revista especial publicada pela PM do RJ. Rio de Janeiro: Brasil. pp. 19. jan./1993.
- WHO - World Health Organization. **Mental health policy, plans and programmes**. Singapur: World Health Organization, 2012.

Recebido: 11/05/2022

Aprovado: 10/07/2023

