

Tráfico de órganos y Derecho penal: los límites de la globalización: Reflexiones desde la perspectiva española

MANUEL CANCIO MELIÁ
Universidad Autónoma de Madrid

Resumo: O artigo trata, criticamente, da tipicidade do delito de tráfico de órgãos no âmbito da legislação espanhola. Analisa o problema do aumento de volume de transplantes de órgãos – a partir da evolução das técnicas médicas - e as diferenças de qualidade de vida entre o Norte e o Sul globais, que ensejam a existência de um mercado clandestino para esses órgãos. Assim, analisa a legitimidade do Direito Penal para tutelar essas situações, mormente no que diz respeito a existência de um bem jurídico individual ou coletivo a ser protegido pela norma penal incriminadora.

Palavras-chave: Direito Penal; Tráfico de órgãos; Globalização

Abstract: This article critically analyzes the criminal conduct of organ trafficking under Spanish law. It describes the increase in numbers of organ transplantation – thanks to the evolution of medical techniques - and the differences in quality of life between global North and South, which lead to the existence of a clandestine market for these organs. Thus, it explains the legitimacy of Criminal Law in dealing with these situations, regarding, in particular, the existence of an individual or collective criminally relevant interest to be taken into consideration by the incriminating legal rule.

Keywords: Criminal Law; Organs traffic; Globalization

1. El problema y su contexto

a) Probablemente hay pocos ámbitos de la medicina moderna que muestren sus problemas básicos con mayor claridad –también para el lego– que el de la cirugía de trasplantes. Por un lado, su continuo progreso provoca una escasez cada vez más acusada de órganos: manteniéndose por lo general constante la oferta de órganos trasplantables, el desarrollo de nuevas técnicas crea una demanda en continua expansión, por lo que el progreso médico significa siempre, paradójicamente –mientras no sea posible crear órganos artificiales,

claro— la creación continua de nuevas necesidades de tratamiento¹. La escasez de órganos plantea al moderno Estado social, que domina y organiza el sistema sanitario, retos máximos, y no sólo en cuanto a la distribución efectiva y eficiente de recursos, sino también —en muchas ocasiones es cuestión de vida o muerte— en lo que se refiere a la organización de un mecanismo justo de distribución. Por otro lado, la medicina de trasplantes proyecta un potentísimo haz de luz sobre el abismo entre el Norte-Oeste del planeta, rico y organizado — más o menos— en términos de Estado social, y el Sur pobre del mundo, tal y como este hiato se manifiesta en materia de asistencia sanitaria. A pesar de que los conocimientos, los medios técnicos y las infraestructuras necesarias hace mucho tiempo que ya no son exclusivas de algunos países occidentales, por lo general sólo en éstos existe una regulación jurídica efectivamente implantada (y, en consecuencia, basada en criterios previamente determinados en el espacio público y con vigencia general) respecto de los criterios de priorización del acceso a los órganos susceptibles de trasplante. En los demás países del planeta en los que está presente la medicina de trasplantes, al menos *de facto* el poder económico es el criterio decisivo, siendo una especie de estado de naturaleza económico el medio en el que se producen los trasplantes.

Estos dos factores —una demanda en continua expansión a consecuencia de los progresos de la medicina y el hiato entre los sistemas sanitarios y las condiciones de vida asociadas a ellos entre Norte y Sur globales— se funden en un comercio transnacional, global²: existe un mercado en el que la demanda de receptores ricos (sean enfermos de los países de Occidente —“turismo de trasplantes”³— que no tienen opciones de trasplante en sus respectivos sistemas sanitarios públicos nacionales, o pacientes de otras partes del mundo con la fortuna necesaria) encuentra la oferta de donantes pobres⁴.

b) Como es sabido, España ocupa desde hace años una posición de liderazgo mundial en la medicina de trasplantes: en ningún otro país del planeta se trasplantan tantos órganos⁵. No

¹ Así, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, en: Quintero Olivares/Morales Prats (ed.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., 2011, pp. 139 y s.

² Cfr. ante todo el estudio conjunto de Consejo de Europa y Naciones Unidas de 2009 “Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs”, Joint Council of Europe/ United Nations Study, https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking-/Docs/News/OrganTrafficking_study.pdf.

³ Como parte del llamado “turismo de circunvalación” o de elusión (*Circumvention Tourism*), esto es, aquellos viajes de pacientes a otros países para llevar a cabo tratamientos médicos que son ilícitos en su país de origen, vid. COHEN, Cornell Law Review 97 (2012), pp. 1309 y ss.

⁴ Sigue siendo particularmente impresionante el análisis de este comercio infame, *rotten trade*, en el trabajo de la antropóloga SCHEPER-HUGHES, Journal of Human Rights vol. 2 no. 2 (2003), pp. 197 y ss.

⁵ En febrero de 2016 se alcanzó la cifra de cien mil trasplantes, siendo de éstos 62.967 de riñón, 23.881 de hígado, 7.616 de corazón, 3.824 de pulmón, 1.703 de páncreas y 125 de intestino; vid. <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/24%20febrero%202016.%20Espa%C3%B1a%20supera%20ya%20los%20100.000%20trasplantes%20de%20%C3%B3rganos.pdf>; la tasa de donantes está por encima de 39 por millón de habitantes, cfr. <http://www.ont.es/prensa/NotasDe-Prensa/NP%20Ba-lance%20Datos%202015.pdf>; vid. también, por ejemplo, FELIP I SABORIT, en: Molina Fernández (ed.), *Memento Penal*, 3ª ed., 2015, n.m. 7475.

hemos de abordar aquí la cuestión de cuáles son las razones que han conducido a esta situación, pero cabe apuntar que al menos tres factores han influido en ello: en primer lugar, la opción legislativa, en la normativa de trasplantes, por una regla de oposición (es decir, que en el caso de muerte cerebral, se parte de la base de que la donación estaba en la voluntad del fallecido, a menos que éste se hubiera manifestado expresamente en contra, o que lo hagan sus familiares), en segundo lugar, la competencia en la materia de una organización eficiente, estrictamente jurídico-pública y organizada –en un país muy descentralizado territorialmente como España, donde el ámbito sanitario es competencia de las Comunidades Autónomas⁶– en términos unitarios, la Organización Nacional de Trasplantes (ONT⁷), que coordina las correspondientes unidades de los distintos hospitales públicos, y, en tercer lugar, parece también que ciertas peculiaridades culturales respecto de la significación del cuerpo de una persona muerta que facilitan las donaciones en caso de muerte cerebral (un indicio: en la de antiguo tan católica España, la cremación –antiguamente considerada heterodoxa– está mucho más extendida que en otros países, lo que parece indicar que al español medio le es más bien indiferente lo que suceda con su cadáver, siendo entonces más sencilla la donación).

c) Aunque, como es claro, con una disposición tan afortunada de la organización jurídica e institucional de la medicina de trasplantes es muy poco probable⁸ que se produzcan prácticas ilícitas como las que dieron lugar al escándalo de donación de órganos alemán⁹ o incluso se genere un completo mercado clandestino en el país, también resulta evidente que la mencionada globalización *oscura* de un mercado de órganos humanos en régimen de estado de naturaleza puede llegar a afectar a cualquier país y a cualquier sistema de trasplantes público: es posible que pacientes excluidos de la lista de espera por su falta de idoneidad para el trasplante por parte del sistema estatal intenten salvar su vida en otro lugar mediante compra, y también puede suceder que se recurra a potenciales donantes vivos pobres que residan en el territorio del país para un trasplante comercial a realizar en el extranjero¹⁰. Como

⁶ Las Comunidades Autónomas que constituyen los entes territoriales en los que se estructura el Estado pueden equipararse en materia de competencias, por ejemplo, a los *Länder* (Estados federados) alemanes. Que España no se defina abiertamente como Estado federal se debe a las repercusiones políticas del enfrentamiento entre nacionalismo español-centralista y nacionalismos vasco y catalán (independentistas), que marca la historia del país desde hace dos siglos.

⁷ Cfr. Respecto de su organización y estructura <http://www.ont.es/home/Paginas/LaONT.aspx>.

⁸ Vid. en este sentido, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 7ª ed., 2015, p. 157.

⁹ Cfr. por ejemplo *MünchKommBZ zum Strafgesetzbuch-TAG*, 2ª ed., 2013, t. 6, TPG, comentario previo a los §§ 17 y ss., n.m. 7; KUDLICH, NJW 2013, pp. 917 y ss.

¹⁰ Aunque también se conocen casos de pacientes españoles que han acudido al extranjero para trasplantes comerciales (por la necesidad de un tratamiento posterior al trasplante, tratamiento de seguimiento hecho en el país de residencia del receptor), no ha habido, en lo que se alcanza a ver, persecución judicial de estos supuestos, a pesar de que la ONT al menos en un caso (un ciudadano español que había sido excluido de la posibilidad de trasplante por razones médicas y viajó a la República Popular de China para recibir un trasplante de hígado en el año 2008; <http://www.ont.es/prensa-/NotasDePrensa/8%20de%20mayo%20de%202013%20%20Comunicad%20ONT%20contra%20promoción%20turismo%20de%20trasplantes.pdf>) denunció a un receptor (aduciendo que aunque el hecho fue anterior a la

es palmario, en los países del Norte/Oeste de los que surgen los receptores es fácil averiguar *ex post facto* cuántos de estos turistas de trasplantes hay, ya que siempre es necesario un tratamiento de seguimiento posterior a la intervención.¹¹

d) Especialmente la realidad del mercado negro globalizado ha conducido a que se acuda al Derecho penal en esta materia¹². En el plano internacional, la Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes del año 2008 –y la resolución de la Organización Mundial de la Salud derivada de aquélla– ha conducido a que varios países hayan acogido un modelo de regulación penal próximo, tomado directamente de aquella Declaración. En lo que alcanzo a ver, en el caso de Brasil, la entrada en vigor de una tipificación penal más allá de la mera extracción de órganos o de su relación con los supuestos de trata de personas está aún pendiente de su entrada en vigor, a través del Proyecto de Ley (Senado) 403/2007¹³.

En efecto: todo el modelo de un sistema de trasplantes racional, justo y gratuito de los países de Occidente se ve radicalmente cuestionado por esta irrupción de un estado de naturaleza comercial – y, en consecuencia, es objeto de condena por diversas y muy influyentes organizaciones inter- y supranacionales¹⁴. En esta línea¹⁵, el legislador español

introducción del delito del art. 156 bis CP (2010), el sujeto se habría vanagloriado de lo que hizo en los medios de comunicación, justificando su conducta e incurriendo en opinión de la ONT en publicidad del turismo de trasplantes). Los dos únicos procesos penales de los que se tiene noticia se refieren a la segunda de las constelaciones mencionadas en el texto: desde 2014 se han conocido dos casos en los que se trataba del establecimiento de un contacto para llevar a cabo una donación comercial por parte de migrantes pobres residentes en territorio español, en un caso (hígado), para un rico hombre de negocios libanés con el plan de llevar a cabo el trasplante en el extranjero, mientras que el otro supuesto (riñón) se refería a la hija de un dirigente de una organización criminal asentada en España (vid. respectivamente <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/12%20MAR-%202014%20detenidos%20tras-plante.pdf> [en este caso, se aproxima la apertura de juicio oral: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/07/16/va-lencia/143704-5171_538824.html] y <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/18%20May%2015%20-N%20de%20Prensa%20DG%20POLICIA%20%20ONT.pdf>).

¹¹ CARRASCO ANDRINO, en: Álvarez García (ed.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t. I, 2ª ed., 2011, p. 260. Sobre esta base, el Grupo de Custodios de la Declaración de Estambul, la Sociedad Internacional de Nefrología y la ONT han constatado que entre el 40% y el 70% de los turistas de trasplantes sufren una infección, que en el 20% de los casos cursa con la muerte; vid. <http://www.consalud.es/profesionales/entre-el-40-y-el-70-de-los-turistas-detrasplantes-desarrollan-una-infeccion-25757>.

¹² En este sentido, la ONT reivindica expresamente haber “impulsado” la introducción del nuevo delito, vid., por ejemplo, <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/8%20de%20mayo%20de%202013%20%20-Comunicad%20ONT%20contra%20promoción%20turismo%20de%20trasplantes.pdf>.

¹³ Que modificaría, de modo muy similar a la regulación española o de otros países inspirada por la Declaración, el art. 15 de la Lei nº 9.434, de 4.2.1997.

¹⁴ Vid. en este contexto sólo la Resolución 59/156 (2004) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Directiva de la Unión Europea 2010/53/JAI sobre estándares de calidad y seguridad en órganos destinados al trasplante y la Declaración de Estambul (2008: vid. versión española en http://www.declarationofistanbul.org/images/stories/translations/DOI_Spanish.pdf); vid. ulteriores informaciones, por ejemplo, en MOYA GUILLEM, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (= AFDUAM) 18 (2014), pp. 45, 46 y s.; EADEM, Revista General de Derecho Penal (= RGDP) 22 (2014), pp. 2 y s.; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, en: idem (ed.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 2011, pp. 275 y s.

incorporó un nuevo precepto al Código Penal, en el marco de la penúltima reforma penal general, producida en el año 2010, ubicando la nueva infracción entre los delitos de lesiones¹⁶:

Artículo 156 bis - 1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno [= pena de prisión de tres a seis años] o dos grados [= pena de prisión de un año y seis meses a tres años] atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Se dice que con la introducción de esta figura, España ha sido de nuevo “pionera”¹⁷ en este campo, en esta ocasión, no en el frente de los quirófanos, sino en la lucha legislativo-penal. Como se mostrará en lo que sigue, tal elogio es al menos precipitado. Un breve examen de la infracción indica que la formulación concreta del tipo penal genera enormes dificultades, especialmente, en lo que se refiere a la determinación del bien jurídico protegido y, en consecuencia (o a la inversa), del alcance del comportamiento típico descrito¹⁸. Teniendo en cuenta estas dificultades, y sumando la ausencia de una previsión de una competencia ultraterritorial mínimamente eficaz para los tribunales españoles, se constata que en el art. 156 bis CP hay notables incoherencias y otros defectos de regulación que dificultan severamente la aplicación del tipo a los supuestos de mayor relevancia potencial práctica en España, los del llamado turismo de trasplantes. Este hecho a su vez arroja una luz sombría sobre la verdadera función del tipo (como se indicará más adelante: un mero Derecho penal simbólico de coartada), más allá de las declaraciones expresas.

El breve análisis de la formulación del tipo delictivo a efectuar aquí se ocupará primero de los elementos nucleares de la infracción del art. 156 bis CP, esto es, la

¹⁵ El legislador justifica expresamente (Ley Orgánica 5/2010, preámbulo, X) la introducción de la nueva figura delictiva aduciendo que diversos “foros internacionales” habrían instado a la criminalización de las conductas relacionadas con el tráfico de órganos.

¹⁶ Aunque no hay ninguna directriz de índole constitucional al respecto, en España desde hace mucho tiempo, en principio, todas las normas penales se integran en el Código Penal, de modo que desde una perspectiva formal, no hay prácticamente *Nebenstrafrecht* (teniendo el Código Penal, en consecuencia, una gran extensión). Como es claro, aquí no puede entrarse en la valoración de ventajas e inconvenientes (seguridad jurídica por la unificación de normas, por un lado, y desconexión inadecuada de las normas extrapenales, por otro) de esta decisión por el principio de codificación (casi) total del legislador.

¹⁷ Por ejemplo en: <http://www.infosalus.com/actualidad/noticia-piden-sistema-alertas-turismo-trasplan-tes-evitar-trafico-organos-20160406131517.html>.

¹⁸ Como se destacó en la doctrina desde el principio: vid. sólo ALASTUEY DOBÓN, *Revista Penal* 32 (2013), pp. 3 y s.

determinación de la conducta típica, la regulación de la punibilidad del receptor-comprador y la cuestión de la jurisdicción (*infra* II.). Sobre la base de estas reflexiones podrá pasarse (*infra* III.) a extraer algunas conclusiones respecto de la definición del injusto típico. Finalmente, se ofrecerá alguna breve conclusión y se identificará sintéticamente la agenda legislativa de reforma de la figura (*infra* IV.).

2. Elementos nucleares del delito de tráfico ilícito de órganos

2.1 Conducta típica

a) El comportamiento típico descrito en el precepto sigue el modelo omnicompreensivo de los delitos relativos a las drogas, de blanqueo de capitales o de diversas figuras del Derecho penal antiterrorista, dibujando la infracción como delito de emprendimiento. La descripción de los comportamientos aprehendidos por el tipo es tan amplia que prácticamente cualquier comportamiento conectado con el supuesto de hecho típico queda cubierto¹⁹, de modo que parece imposible distinguir entre autoría y participación o entre actos preparatorios, tentativa y ejecución. En efecto, la norma española abarca todo el ciclo del tráfico ilícito de órganos a través de los verbos típicos: obtener, traficar con, trasplantar órganos ilícitamente, promover, fomentar o facilitar estas conductas, o publicitarlas. Más allá de las objeciones de índole general que cabe plantear *de lege ferenda* y desde la perspectiva constitucional²⁰ contra este modelo legislativo, que introduce forzosamente una gama enorme de conductas muy distintas en gravedad en un mismo marco penal²¹, *de lege lata* queda claro que la concreción de la conducta prohibida se deja por completo en manos del aplicador de la norma. La necesaria reducción teleológica –como ha constatado rápida e unánimemente la doctrina²²– ha de

¹⁹ Vid. en este sentido, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, en: Álvarez García/González Cussac (ed.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, pp. 187 y s.; FELIP I SABORIT, *Memento Penal*³, n.m. 7479.1; GÓMEZ TOMILLO, en: IDEM, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 2011, p. 620; MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 53 y s.; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*⁷, pp. 158; respecto de la regulación penal alemana –redactada en términos similares como delito de emprendimiento– en la Ley de Trasplantes vid. por todos *MüKo StGB/TAG*, t. 6 TPG § 18 n.m. 15 y s.

²⁰ Cfr. respecto de las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que se ocuparon del mismo problema (la inclusión en un mismo ámbito típico de modalidades de conducta muy diversas) en relación con el delito de colaboración con una organización terrorista, abordándolo el TC (STC 136/1999, caso *Mesa Nacional Herri Batasuna*) desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, por todos, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, pp. 250 y ss., 255 y s.

²¹ Vid. sobre la cuestión en relación con la pertenencia a una organización criminal sólo CANCIO MELIÁ, en: Luzón Peña (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho*, 2010, pp. 987 y ss., 999 y ss.; con carácter general respecto de los delitos de terrorismo IDEM/PETZSCHE, en: Lennon/Walker (ed.), *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, 2015, pp. 194 y ss., 203 y s.

²² En este sentido, se subraya que no cualquier conducta contraria al ordenamiento puede ser típica, sino sólo aquellas que formen parte del tráfico ilícito o sean idóneas para generar una verdadera puesta en peligro de la salud pública (dependiendo de las posiciones asumidas por cada autor en relación con la definición del bien

comenzar ya en el adjetivo común a todas las modalidades de comportamiento tipificadas: que se trate de “conductas ilícitas” o “ilegales”. Para evitar que cualquier desviación del procedimiento legal y reglamentariamente previsto se considere típica, ha de integrarse el elemento cualitativo de la relación con el tráfico, de modo que se trata de una ilegalidad/ilicitud, *sit venia verbo*, completa, frontal: la ilicitud radical de la intervención en un proyecto de trasplante que desconoce el sistema legalmente previsto, gratuito, con un mecanismo de acceso al trasplante diseñado estrictamente con base en criterios médicos sin consideración de la identidad de la persona, un proyecto de trasplante que se opone directamente a este sistema incluyendo el trasplante en un mercado negro. Dicho de otro modo: una aplicación del precepto demandará que se delimite el perfil “inferior” del tipo²³, esto es, definir las conductas típicas que resulten objetivamente imputables y aquellas constelaciones que no lo sean, a pesar de que podrían incardinarse formalmente en el tenor literal del tipo²⁴.

b) El objeto material de las conductas típicas lo constituyen, en última instancia, los “órganos humanos ajenos”. De acuerdo con la doctrina dominante, de esta formulación ha de deducirse, por razones de legalidad, que los tejidos y los órganos provenientes de personas muertas quedan fuera del tipo, que sólo abarca órganos (y partes de órganos²⁵) de donantes vivos, describiéndose el órgano en las disposiciones de la normativa de trasplantes como unidad funcional autónoma. En consecuencia, se estima que no hay conducta típica si se trata de meros tejidos²⁶, y tampoco cuando se trata de órganos de donantes muertos²⁷.

El marco penal, muy elevado²⁸ –al haber sido trasladado de los correspondientes delitos de lesiones–, presenta una considerable variación en función de que se trate de un órgano “principal” o “no principal”. De este modo, se ha producido en esta infracción una copia mecánica de una diferenciación decimonónica, aún presente en los delitos de lesiones cualificados por la producción de secuelas permanentes en la regulación española. Sin

jurídico protegido, vid. *infra* en el texto); vid. en esta línea, por ejemplo, FELIP I SABORIT, *Memento Penal*³, n.m. 7479.2; GÓMEZ TOMILLO, *ComCP*², p. 618; MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 55 y s.; GÓMEZ MARTÍN, en: Corcoy Bidasolo/Vera Sánchez, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, t. 1, 2015, p. 113.

²³ Hacia “arriba” en la escala de gravedad ha de diferenciarse el comportamiento típico del de trata de personas con fines de trasplante; vid. sobre esta cuestión respecto de la regulación española, por todos, MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 61 y s.

²⁴ Por ejemplo, en relación con las alternativas típicas “publicitar” o “promover”: la mera información sobre determinadas prácticas de trasplantes comerciales en el extranjero, ¿por parte de un médico? ¿o un periodista?

²⁵ En la jurisprudencia relativa a los delitos de lesiones se parte de que la “pérdida” de un órgano (a efectos de la aplicación de un tipo cualificado) se produce cuando la afectación implica que su función queda gravemente disminuida; cfr. sólo CANCIO MELIÁ, *Memento Penal*³, n.m. 7427.

²⁶ Vid. el art. 2.7 de la Directiva 2010/53/UE; FELIP I SABORIT, *Memento Penal*³, n.m. 7481.2; GÓMEZ MARTÍN en: Corcoy Bidasolo/Vera Sánchez, *PE*, p. 113; en Alemania, el § 17 de la Ley de Trasplantes (*Transplantationsgesetz*, TPG) incluye expresamente los tejidos.

²⁷ FELIP I SABORIT, *Memento Penal*³, n.m. 7477.2, 7478.2; de otra opinión MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), 59; en Alemania se encuentran incluidos en la regulación, vid. por todos *MüKo StGB/TAG* t. 6 TPG § 18 n.m. 8 y s.

²⁸ FELIP I SABORIT, *Memento Penal*³, n.m. 7471.

embargo, la concreción de la diferenciación por parte de la jurisprudencia ha conducido a que prácticamente todos los órganos (ojos, riñones, pulmones, ovarios, testículos, etc.) menos el bazo se consideren “órganos principales”²⁹.

Como se verá más adelante, estas dos características de la formulación típica generan dificultades decisivas a la hora de definir la lesividad social específica de la infracción.

2.2 Punibilidad del receptor

Como ya se ha indicado³⁰, es difícil de imaginar que en un país que haya optado por un modelo centralizado como el del Ministerio de Sanidad español y la ONT se pueda generar un verdadero mercado irregular interno. Los trasplantes son procedimientos tan complejos que no pueden ser llevados a cabo de modo clandestino en un sistema sanitario de hospitales públicos o supervisados por instancias públicas³¹. Por ello, hay que partir de que el campo de aplicación en la *praxis* del precepto sobre todo habría de estar en los receptores/compradores residentes en España que acudan en el Sur/Este a un mercado gris o negro de trasplantes³², cuyas conductas están previstas en el art. 156 bis 2 CP. Como ha constatado expresamente el director de la ONT³³, estos pacientes no permanecen ocultos después de su regreso al país de origen.

También el legislador penal apoya la exigencia de “tolerancia cero” frente al turismo de trasplantes formulado desde la ONT, incluyendo la punición de los receptores/compradores: como se ha observado, el art. 156 bis 2 CP amenaza expresamente de pena al receptor/comprador, y ello, en principio, con el mismo marco penal que corresponde a los demás intervinientes³⁴. Ahora bien: se prevén dos escalones de atenuación que pueden reducir muy significativamente la pena privativa de libertad³⁵, referidos a “las circunstancias del hecho y del culpable”. Parece claro que de este modo se pretende tener en cuenta en términos de exigibilidad diversos grados de angustia en la persona del receptor/comprador. Así, podría ser –intentando esbozar un ámbito de aplicación para la norma– que no merecería atenuación alguna el receptor que recurre al mercado negro por motivos irrelevantes (por ejemplo, porque no desea esperar el breve plazo de tiempo que le correspondería en el marco

²⁹ Vid. al respecto sólo CANCIO MELIÁ, *Memento Penal*³, n.m. 7425.

³⁰ Vid. *supra* n. 10.

³¹ Los casos antes (n. 10) mencionados de intentos de captación de donantes se detectaron porque los candidatos fueron sometidos a análisis previos en hospitales españoles, que notificaron inmediatamente los hechos. Cabe dudar de que en futuro quien persiga los mismos objetivos vaya a actuar del mismo modo.

³² Para FELIP I SABORIT (*Memento Penal*³, n.m. 7477.1), a pesar de todas las dificultades, sólo tiene sentido político-criminal incluir también la demanda en la persecución penal.

³³ Cfr. <http://www.efesalud.com/noticias/matesanz-pide-tolerancia-cero-con-los-trasplantes-ilegales-de-organos/>.

³⁴ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., 2015, p. 117) lo considera claramente excesivo; MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 60 y s., subraya que es muy superior a los de otros países miembros de la Unión Europea.

³⁵ No existe la posibilidad –como es el caso en la regulación alemana– de prescindir por completo de la imposición de una pena (aunque se pronuncie la condena); vid. *MüKo StGB/TAG* t. 6 TPG § 18 n.m. 35 y s.

del sistema nacional de salud) – en cambio, la atenuación en dos grados –que puede conducir la pena desde el máximo de doce años de prisión hasta una duración de un año y medio, es decir, una pena cuya ejecución puede llegar a ser suspendida– podría reservarse para los casos de urgencia vital (en contra de lo manifestado por varias voces en la doctrina española, que afirman que aquí sería de aplicación la exención completa con base en la norma general del estado de necesidad³⁶), mientras que la pena inferior en un grado podría quedar para los supuestos intermedios, en los que el trasplante no es cuestión inmediata de vida o muerte, pero sí existe una afectación muy grave de la salud del sujeto. Sin que pueda llevarse a cabo un análisis en profundidad de tan difícil problema, cabe señalar desde una perspectiva *de lege lata* que el sentido de la norma, que conoce tres escalones diferentes (receptor sin atenuación, atenuación simple y atenuación en dos grados) para tener en cuenta la situación de necesidad del receptor-autor, es de modo palmario el de regular la materia de modo completo y concluyente, impidiendo de este modo el recurso a la norma general del estado de necesidad³⁷. Fuera como fuera: lo que está claro es que el legislador español amenaza de penas muy importantes al paciente-receptor que acude al mercado irregular, es decir, juzga su conducta con severidad y poca comprensión.

2.3 Competencia de los tribunales españoles

Si se tiene en cuenta la situación doméstica, como acaba de indicarse, parece claro que corresponderá especial relevancia al llamado turismo de trasplantes en cuanto posible campo de aplicación de la infracción. Para conocer el alcance real de las posibilidades de aplicación en este ámbito han de tenerse en cuenta, como es natural, las posibilidades reales de intervención de los órganos de persecución penal españoles en estos supuestos. Un presupuesto necesario para ello parece evidentemente la atribución de competencia ultraterritorial a los tribunales españoles en la materia, ya que es perfectamente imaginable que un residente en España lleve a cabo todos los actos típicos fuera de territorio español. A pesar del radical recorte que sufrieron los supuestos de jurisdicción universal en la reforma de

³⁶ Cfr. en este sentido, desde una perspectiva más general, SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 393 y s., 394 y s.; en la bibliografía de manuales y comentarios vid., por ejemplo, FELIP I SABORIT, *Memento Penal*³, n.m. 7480.1; GÓMEZ TOMILLO, *ComCP*², p. 619; TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *ComPEDP*⁹, p. 147.

³⁷ De reconocerse la posibilidad de una exención completa vía art. 20.4 o 20.6 CP, habría de tenerse en cuenta la probabilidad de que el sujeto incurra en un error inevitable sobre la gravedad de su estado. Por otra parte, no se alcanza a comprender exactamente el argumento de SÁNCHEZ DAFAUCE (*ibidem*) de que no cabe exigir a nadie que sacrifique su vida por la salud pública (suponiendo que éste sea el bien jurídico protegido, vid. aquí *infra* III.). La pregunta es ¿por qué no? Dependiendo de la gravedad que se atribuya por el legislador a la lesividad del comportamiento típico, el hecho de que se trate de un bien jurídico colectivo como la “salud pública” no puede implicar sin más que deba prevalecer el interés individual “vida”. Sobre el efecto oclusivo de las reglas especiales de exención vid. sólo MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado de necesidad y justificación penal*, 2009, pp. 50 y ss., 72 y ss.

la Ley Orgánica 1/2014³⁸, sigue habiendo muchos supuestos de competencia extraterritorial de los tribunales españoles cuando la constelación transnacional de los casos así lo exige³⁹. Así, por ejemplo, hace ya muchos años que los tribunales españoles resultan competentes respecto de supuestos de mutilación genital femenina cometidos en el extranjero – porque muchos de los casos detectados en territorio español se habían producido en los países de origen de los padres, durante las vacaciones⁴⁰. Sin embargo, no hay previsión de esta naturaleza para el delito de tráfico de órganos. La única vía es la del principio de personalidad activa⁴¹, que requiere que se ejerza la acción penal por el Ministerio Fiscal o el perjudicado, y, sobre todo, que el comportamiento sea delictivo en el lugar de comisión – una vía muy estrecha para la competencia de los tribunales españoles. No puede dejar de resultar sorprendente⁴² que el país líder en materia de trasplantes, “pionero” en criminalizar el tráfico de órganos y que ha optado por una punición muy severa, haga prácticamente imposible su persecución real mediante esta omisión. Un turista de trasplante residente en España sólo debe trasladar todo lo relacionado con el trasplante a otro país, y por regla general será muy difícil que pueda haber persecución. Esto quizás también explique que, en lo que se alcanza a ver, no haya ningún procedimiento penal que se haya dirigido contra un residente en territorio español que haya acudido a un trasplante en el mercado ilícito⁴³.

³⁸ La reforma de la jurisdicción universal, que originalmente era muy amplia en el ordenamiento español, tuvo lugar en sendos recortes, en los años 2009 y 2014. La última reforma prácticamente hace imposible la persecución de delitos internacionales ante los tribunales españoles. En ambos casos, ha habido presiones internacionales, en particular, de la República Popular China en relación con procedimientos activos en España; vid. CANCIO MELIÁ, en: Fornasari/Fronza/Wenin (ed.), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta – Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen*, 2015, pp. 113 y ss.

³⁹ En el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴⁰ En la regulación hoy en vigor (desde la reforma del año 2014) se incluyen todos los delitos de violencia contra la mujer en el sentido del Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (vid. art. 38 del Convenio, que se refiere a la mutilación genital, y el art. 23.4.1) LOPJ); en la redacción anterior se hacía mención específica de la mutilación genital.

⁴¹ Art. 23.2 LOPJ; en la regulación alemana, significativamente (§ 5 Nr. 15 StGB), no está presente el requisito de la doble incriminación.

⁴² Critican la ausencia de una regla especial de competencia, por ejemplo, FELIP I SABORIT, *Memento Penal*³, n.m. 7483 y s.; MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), p. 63.

⁴³ También puede haber otros factores que se resumen en que no hay un verdadero interés de llamar la atención de los órganos de persecución penal sobre los receptores-“turistas”. En este sentido, por parte de la ONT se argumentó respecto del caso del receptor que la organización denunció (vid. *supra* n. 10) que más allá de haber llevado a cabo el trasplante, habría hecho “publicidad” del tráfico ilegal de órganos. De esto cabe deducir que otros casos –que no pueden quedar ocultos al sistema sanitario, y, especialmente, a la ONT– no llegan a ser conocidos por los órganos de persecución penal porque no hay denuncia. Por otra parte, el hecho de que el Grupo de Custodios de la Declaración de Estambul reclame en primavera de 2016 (<http://www.elmundo.es/salud/2016/04/06/5704-ff69268e3e242c8b4576.html>) el establecimiento de un sistema automático de denuncia también indica que hasta el momento, no se ha informado habitualmente de los casos detectados a las autoridades llamadas a perseguir el tráfico de órganos.

3. Consecuencias para la determinación del bien jurídico: ¿individual o colectivo?

El breve esbozo de los elementos esenciales del delito del art. 156 bis CP ilumina el infame comercio que existe, atrayendo éste de vez en cuando y durante algún tiempo la atención de la opinión pública occidental, en función de lo espectacular que resulte cada caso en términos mediáticos. Parece claro que intervenir en ese contexto intolerable genera un desvalor⁴⁴. El hecho de que una sociedad tan escasamente heroica como la nuestra juzgue severamente, con el instrumento de la pena criminal, la debilidad humana, amenazando al receptor con graves penas, indica que no se trata de un desvalor de menor cuantía. Pero ¿cuál es, concretamente, el daño social que legitima la criminalización, cuál es el bien jurídico afectado⁴⁵ cuando se criminaliza cualquier intervención –incluyendo al receptor-comprador– en el tráfico de órganos?⁴⁶

3.1 Salud

Una primera aproximación está, claro está, en ver en la salud individual el bien jurídico protegido⁴⁷. En esta dirección apunta ya a primera vista el hecho de que el legislador de 2010 introdujo la nueva infracción sin más, sin incluirla en una sección diferenciada, entre los delitos de lesiones. De hecho, en las informaciones sobre la realidad del tráfico de órganos llaman siempre especialmente la atención las repercusiones negativas –en muchas ocasiones, debidas a la falta de una asistencia médica adecuada– de las donaciones comerciales sobre la salud de los donantes: incluso en las mejores condiciones, ha de recordarse, como es natural, un trasplante llevado a cabo conforme a la *lex artis* sigue siendo una lesión típica⁴⁸. Por otra parte, la formulación típica concreta “órganos ajenos” ha de entenderse –como antes se ha indicado– en el sentido de que sólo los órganos provenientes de un donante vivo quedan aprehendidos, lo que también parece indicar que lo que resulta decisivo es la salud individual

⁴⁴ Cfr. sólo los artículos de prensa reunidos en <http://www.declarationofistanbul.org/articles/headline-news>.

⁴⁵ Sobre el estado de la cuestión en la doctrina española vid. por todos MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 (2014), pp. 48 y ss.; EADEM, RGDP 22 (2014), pp. 10 y ss., con ulteriores referencias.

⁴⁶ Refiriéndonos aquí solo al tráfico de órganos *sin más*, es decir, de supuestos en los que “sólo” se abusa de la pobreza de los donantes, pero no hay trata (respecto de la delimitación en el ordenamiento español vid. sólo MOYA GUILLEM, AFDUAM 18 [2014], pp. 61 y s.) ni homicidios con el fin de extraer órganos (vid. a este respecto el informe elaborado por el parlamentario suizo Dick Marty para el Consejo de Europa respecto de los sucesos de esta índole acontecidos en la guerra de Kosovo, <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/FeaturesManager-View-EN.asp?ID=964>).

⁴⁷ Sostienen esta opinión, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, en: *Comentarios a la Reforma Penal*, pp. 186 y s. (quien parte de que el tenor literal de la disposición obliga a este entendimiento, aunque de hecho también estarían implicados intereses supraindividuales); DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, en: *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, pp. 275, 279; PUENTE ABA, *Revista Derecho y Proceso Penal* 26 (2011), 143 y s.

⁴⁸ Como demuestra el art. 156 CP, en el que se establece, en correspondencia, una causa de justificación específica para los supuestos de cirugía transexual, esterilización de incapaces o trasplantes de órganos llevados a cabo conforme a la legislación aplicable en cada caso.

de éste⁴⁹. Finalmente, también se ha aducido que la configuración del marco penal en dos tramos de gravedad, en función de que se trate de un órgano “principal” o “no principal”⁵⁰ sólo puede explicarse si lo que se pretende es la protección de la salud individual⁵¹.

Sin embargo, este entendimiento del tipo acaba zozobrando en varios escollos. El problema fundamental está, como es obvio, en que la conducta de llevar a cabo un trasplante fuera del sistema nacional de trasplantes, es decir, un trasplante ilícito, era ya típica como delito de lesiones antes de la introducción de la nueva figura, y ello, además, con la misma pena que prevé el art. 156 bis CP (arts. 149 y 150 CP⁵²). ¿Para qué el nuevo tipo, entonces? ¿Sólo para extender el alcance de la criminalización a todo el entorno de conductas relacionadas con el trasplante ilícito (tráfico, publicidad, establecimiento de contactos, etc.), más allá de los actos preparatorios⁵³? Además de esta dificultad, la fijación exclusiva en la salud individual dejaría de tener en cuenta el componente –evidente si se observa la comunicación pública sobre el fenómeno del turismo de trasplantes– del mercadeo indigno por un trozo de carne humana, el injusto posiblemente relevante en el plano colectivo relacionado con la conexión con el comercio infame de órganos realmente existente⁵⁴.

3.2 Salud pública

A la vista de las incoherencias que implica la opción por la salud individual, una parte creciente de la doctrina prefiere concebir el bien jurídico protegido más bien como elemento colectivo, como “salud pública”⁵⁵, o combinar esta vertiente social con la individual⁵⁶. Desde esta perspectiva, las conductas tipificadas lesionan de modo mediato la credibilidad del sistema estatal de trasplantes –en la medida en que es posible eludirlo a través del mercado negro y el turismo de trasplante–, y de manera directa pone en peligro el desarrollo de un

⁴⁹ Así GARCÍA ALBERO, en: *Comentarios a la Reforma Penal*, pp. 186 y s.; como es natural, de este modo se excluye también una posible punibilidad del donante (para los supuestos en los que actuase sin estar en estado de necesidad), DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, en: *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, p. 285.

⁵⁰ Por muy cuestionable que resulta la diferenciación ya en el marco de los delitos de lesiones, especialmente, teniendo en cuenta que la jurisprudencia asigna casi todos los órganos a la primera categoría; cfr. *supra* n. 28 y texto correspondiente.

⁵¹ Así, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, en: *Comentarios a la Reforma Penal*, p. 189.

⁵² Cfr. sólo CANCIO MELIÁ, *Memento Penal*³, n.m. 7422 y ss.

⁵³ Así MUÑOZ CONDE, *PE*²⁰, pp. 113 y s., 115.

⁵⁴ De hecho, en la bibliografía española, GÓMEZ TOMILLO sostuvo (en: IDEM, *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed., 2010, p. 618) la opinión de que el bien jurídico protegido sería directamente la dignidad humana.

⁵⁵ Cfr. en esta línea, con diferentes puntos de partida, por ejemplo FELIP I SABORIT, *Memento Penal*³, n.m. 7478 y s. (bien jurídico colectivo, al que habrá que sumar un referente individual en la salud concreta del donante en cuanto elemento típico); GÓMEZ RIVERO, *Revista Penal* 31 (2013), pp. 117 y ss.; MOYA GUILLEM, *AFDUAM* 18 (2014), pp. 52 y s. (subrayando que no siempre es necesario que se produzca un daño en la salud individual); MUÑOZ CONDE, *PE*²⁰, p. 115 (más bien un referente social que individual); QUERALT JIMÉNEZ, *PE*⁷, p. 158 (quizás se trate de un bien jurídico mixto).

⁵⁶ Así, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *ComPEDP*⁹, pp. 142 y s.

sistema sanitario de trasplante público que satisfaga las necesidades de la población de los países de origen de los donantes⁵⁷.

Este punto de partida, en primer lugar –como es obvio–, en su versión pura es incapaz de darle sentido a la diferenciación típica entre órgano principal y órgano no principal. Mayor relevancia corresponde a que en segundo lugar, no es seguro que la descripción del bien jurídico sea correcta. Es muy dudoso que quien acude al mercado irregular en otro país afecte tan gravemente a la credibilidad del sistema doméstico como para justificar, ni de lejos, las penas que prevé el tipo. En consecuencia, pareciera que ha de tratarse de la otra cara de la moneda, de las repercusiones del tráfico ilícito en los países de los donantes, en el sentido de que afecta muy negativamente al sistema sanitario o al potencial de desarrollo del mismo. Sin embargo, tampoco este aspecto está en condiciones de explicar la figura delictiva. ¿Realmente se quiere sostener que un tipo penal español o de otro país persigue proteger el bien jurídico definido como las posibilidades de desarrollo de un sistema sanitario eficiente capaz de ofrecer servicios de trasplante a su población, gobernado por criterios estrictamente médicos, y gratuito, de Pakistán, Kenia, Moldavia o Ucrania?

Desde el punto de vista aquí adoptado, la lesividad social específica de la infracción no ha de buscarse en embrionarias (si es que se llega a eso) *saludes públicas* en otros continentes, y tampoco en la salud pública concretada al ámbito de los trasplantes como el ordenado funcionamiento del sistema de trasplantes. Por el contrario, parece que lo que es decisivo en este ámbito es algo que sucede aquí, entre nosotros: el horror moral ante este uso de seres humanos como cajas de repuestos, ante un comercio abyecto en el que el rico se procura algo de tiempo de vida adicional a costa del pobre, con lo que se está “...degradando al ser humano cada vez más a la categoría de objeto.”⁵⁸ Quien actúa de este modo –incluso quien lo hace temiendo por su vida– nos muestra de modo insoportable la injusticia abismal en el reparto de los bienes del planeta, pone de manifiesto cuánto más valen en el plano fáctico algunas vidas más que otras. Se trata, por lo tanto, ya desde un principio, de un Derecho penal con una gran carga simbólica⁵⁹, de una exclamación colectiva de indignación ribeteada jurídico-penalmente sin que quepa identificar una lesividad social clara que pudiera justificar de modo convincente las graves penas con las que se amenaza. Sin embargo, si a esto se suma, en el caso español, la ausencia de una política de persecución de los casos de turismo de trasplantes y la falta de una regla competencial específica que la materia demanda con toda claridad, parece claro que se transita por el camino del Derecho penal simbólico hasta el final: sin una atribución de competencia extraterritorial a los tribunales españoles más allá del

⁵⁷ Expresamente TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, *ComPEDP*⁹, pp. 142 y s.

⁵⁸ *MüKo StGB/TAG* t. 6 TPG § 18 n.m. 7.

⁵⁹ QUERALT JIMÉNEZ (*PE*⁷, pp. 157) habla acertadamente de algo más que un Derecho penal simbólico, un Derecho penal de propaganda. Vid. en general sobre el concepto y su uso sólo HASSEMER, *NStZ* 1989, pp. 553 y ss.; IDEM, *Festschrift Roxin*, 2001, pp. 1001 y ss.; VOß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzbuchgesetzen*, 1989, *passim*; cfr. también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 304 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik*, 1993, pp. 253 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *AP* 2001, pp. 1 y ss.; CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), pp. 267, 270 y s., 275 y s.

principio de personalidad activa⁶⁰ es muy difícil que pueda haber persecución de supuestos de trasplante de turismo. ¿Es éste un problema de calidad del proceso legislativo, es decir, que el legislador español no ha sido consciente de este déficit, que se le ha escapado que no ha habido casos de aplicación del precepto? Parece que es algo más que un mero olvido. Que no exista un mecanismo de notificación desde el sistema sanitario que alerte de posibles casos de turismo de trasplante a los órganos de persecución penal⁶¹, si se compara con la actitud proactiva de la policía en otras áreas de crímenes transnacionales, parece indicar que este ámbito no es una prioridad – que no hay persecución efectiva de modo deliberado.

Teniendo en cuenta lo dicho, la imagen se densifica: la criminalización establecida en el art. 156 bis CP parece perseguir el único fin de seguir una determinada política de imagen pública del país en materia de trasplantes – pero sin que la tipificación esté acompañada de la voluntad de llegar a una persecución real de los compradores-receptores, persecución que obligaría a plantear en toda su crudeza la situación de necesidad en la que puede estar quien necesita un órgano para sobrevivir (y la de los donantes). Se condena en la letra de la Ley, pero sin tener que ver el asunto desde cerca. La función latente, en efecto, está muy lejos de la expresa: el lado definitivamente ilegítimo del Derecho penal simbólico.

4. Conclusión

Desde la perspectiva aquí adoptada, es evidente que una figura delictiva tan mendaz e incoherente resulta ilegítima. El Código penal no es un escenario en el que representar indignaciones colectivas, su función no es ofrecer coartadas morales.

Así las cosas, y partiendo de que resulte justificado criminalizar –incluyendo al receptor/comprador– las conductas del art. 156 bis CP (y justificar aquí el recurso al Derecho penal, como se ha indicado, no parece fácil), debería reformularse por completo el tipo. La cuestión esencial estaría en cortar definitivamente los lazos con los delitos de lesiones, buscando una nueva ubicación para la figura y eliminando la diferenciación en el marco penal en función del carácter principal del órgano. Partiendo de que se trata de un bien jurídico colectivo –y de marcado carácter simbólico, de refuerzo de un tabú colectivo–, las penas deben rebajarse muy considerablemente, de modo que quede claro que sólo ese elemento colectivo es el objeto de protección de la figura⁶² (y abriendo así la posibilidad de un concurso de delitos con el correspondiente delito de lesiones graves en la persona del donante). Por otra parte, llevado a cabo el necesario debate, si se mantiene, como cabe esperar, la punibilidad del receptor/comprador, deberá establecerse la competencia de los tribunales españoles sobre los hechos para que la criminalización tenga un mínimo de seriedad.

⁶⁰ Vid. *supra* n. 40.

⁶¹ Vid. *supra* n. 42.

⁶² Así FELIP I SABORIT, *Memento Penal*³, n.m. 7478.2.

La oportunidad para la reconstrucción típica del delito y la reconsideración político-criminal de la cuestión podría llegar pronto, puesto que el nuevo Convenio del Consejo de Europa comportará la necesidad de introducir varias modificaciones en la materia, especialmente, en lo que se refiere a la incorporación al ámbito típico de tejidos y de los órga

La feminización del derecho penal*

The feminization of the criminal law

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn. Investigador (SNI) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Resumen: El presente artículo muestra la orientación feminizada del sistema moderno del derecho penal, así como su elaboración en los próximos veinte años. Para estos efectos, se toma como referencia el caso alemán, que comparado con el mexicano, evidencia que entre Europa y Latinoamérica hay mucho en común.

Palabras clave: Feminismo, derecho penal, víctima, género.

Abstract: This article shows the feminized orientation of the modern system of criminal law, as well as its development in the next 20 years. To get the job done, is taken as reference the German case, that compared with the Mexican, evidence that there is a lot in common between Europe and Latin America

Keywords: Feminism, criminal law, victim, gender.

1. Introducción

El derecho penal del futuro tiene semblante de mujer. El caso mexicano es un buen ejemplo para mostrar que esta afirmación es correcta, como lo es también para advertir las nuevas tendencias del derecho penal, pues como lo ha sostenido Weigend, «aunque normalmente el derecho penal no se mueve mediante grandes pasos, sin embargo, se mueve»¹. Este desarrollo evidencia varias similitudes entre México y Alemania, a pesar de que sean más sus diferencias. Lo que brevemente se expondrá podría configurar una parte del —así denominado—, *sistema penal del futuro*, aunque algunas dimensiones son una realidad tangible entre nosotros. La feminización del derecho penal (2) puede acreditarse mediante tres fenómenos que se dividen en los siguientes rubros: la feminización de la dogmática penal

*Este artículo forma parte de una investigación, de más amplio alcance, que actualmente desarrollo en torno al sistema de justicia penal.

¹ Weigend, Thomas; *Wohin bewegt sich das Strafrecht? Probleme und Entwicklungstendenzen im 21. Jahrhundert*; en, *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Festschrift für Wolfgang Frisch; Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy y Walter Perron (Coordinadores); Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 17 y ss. Se trata de un artículo donde el autor expone lo que, en su concepción, constituye el futuro del derecho penal durante los próximos 40 años.

—especial referencia a las causas de justificación— (3). Una mayor sinergia entre los derechos humanos y el derecho penal (4) y el tránsito hacia un derecho penal de la integración *feminizado* (5).

2. La feminización del derecho penal

El destino hacia el que se mueve el derecho penal mexicano —como también lo hace el alemán—, es el de su feminización ¿Y qué significa esto? Significa, con palabras de Weigend, que «no sea una casualidad observar una tendencia hacia la re-moralización (también) del derecho penal, a través de un aumento de la influencia ejercida por las mujeres en la opinión pública, así como en el ámbito legislativo y en la jurisprudencia. A escala europea, las mujeres tienen mayor presencia que los hombres en los órganos legislativos, los tribunales y las fiscalías, pero también en los medios de comunicación desde hace unas décadas. Eso no habla, precisamente, de que esta tendencia se vaya a quebrar. Una consecuencia de este desarrollo se observa en el creciente interés por la posición de la víctima del delito, tanto en el derecho penal material, como en el derecho procesal. Las mujeres son, en mayor número, víctimas que autoras del delito, y se identifican más fácilmente con quien sufre la comisión del crimen»². Si se observa con atención, los ejes de feminización advertidos por Weigend reflejan una tendencia palpable de la realidad mexicana:

Piénsese, solamente, en que es una mujer quien encabeza la Procuraduría General de la República y otra mujer la encargada de implementar la reforma al sistema de justicia penal en todo el país. Lo mismo sucede en otras dimensiones del derecho penal actual. Así, quienes han liderado el diseño de *todas* las leyes generales mexicanas vinculadas a la dimensión penal (secuestro, víctimas, trata de personas, desaparición forzada de personas, tortura, —incluyendo la ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia—) son mujeres, y ellas siguen siendo las impulsoras de políticas públicas en la materia³. También son mujeres quienes configuran la única Asociación Mexicana de Juzgadores a nivel federal⁴ —no la hay de hombres—, y es una mujer quien ocupa la Presidencia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales (institución cuya Vicepresidencia la ocupa, también, una mujer).

Por otro lado, como informa Weigend, «se observa una tendencia hacia la tipificación o fortalecimiento de conductas respecto de las cuales, en su mayoría, suelen ser víctimas las mujeres. Piénsese en el nuevo tipo penal de matrimonio forzado (§237 StGB), en el acoso

² WEIGEND, Thomas; *Wohin bewegt sich?*; p. 25. En relación a que las mujeres son, en mayor medida, víctimas de determinados delitos (como los de corte sexual), así como señalando qué tipos penales del ordenamiento alemán consideran como sujeto activo sólo a mujeres u hombres; Sick, Brigitte; *Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts*; en; *ZStW*, 103 (1991), Heft 1, pp. 44-45.

³ Es el caso, por citar un par de ejemplos, de Angélica de la Peña y Adriana Dávila Fernández, desde el Senado de la República, o de Isabel Miranda de Wallace y María Elena Morera, desde el activismo ciudadano.

⁴ Algo similar sucede con las juezas en Alemania, quienes —como informa Martina Bosch—; fundaron la “*Deutscher Juristinnenbund*”. Queda abierto el interrogante, como sostiene la autora, acerca de su función: ¿Será ésta científica, feminista o de algún otro tipo?; *Der Deutsche juristinnenbund*; en, *Frauen und Recht...*; p. 82.

(§238 StGB), la trata de personas con fines de explotación sexual (§StGB 232), así como la exposición de imágenes íntimas (§201StGB)»⁵.

Más aún: son mujeres las líderes de la primera fundación mexicana dedicada a la protección de la *primera infancia* frente al abuso, la trata de niños y la explotación sexual infantil⁶, rubro que —como sostiene Weigend—, también es de actualidad en Alemania: «finalmente se percibe, asimismo, la tendencia hacia la protección penal de la infancia y la adolescencia, enfocada en el terreno del abuso sexual, con especial referencia al uso de pornografía infantil (§§180 y 184c StGB), lo que puede asociarse a una razón de género, ya que de lado de los autores de estos delitos normalmente se encuentran hombres»⁷.

La feminización del derecho penal se refleja, también, en una protección más amplia de la propia imagen y la sanción de su uso —sin consentimiento— en los medios de comunicación,⁸ así como en la instauración de figuras dogmáticas dirigidas a justificar la «muerte del tirano» (*Tyrannenmord*) a manos de la víctima, donde mujeres y niñas son las principales afectadas. Con palabras de Weigend: «en cualquier caso el derecho penal cambiará sus contenidos: ya no será entendido como el padre estricto que busca generar condiciones para una vida libre, sino más bien, una tierna madre que acompaña a sus hijos»⁹.

Como se verá más adelante, la tendencia hacia la feminización del sistema de justicia penal mexicano —en su conjunto—, es un desafío de corte político-criminal que deberá asumirse con fundamentos sólidos. Así, por ejemplo, la futura *reforma feminizada* del proceso penal mexicano no puede esperar mucho tiempo, pues la privación de derechos ejercida contra mujeres carece —en la mayoría de los casos—, de una verdadera justificación. Lo mismo puede decirse del ámbito policial, donde la feminización de los criterios del uso de la fuerza ejercida por mujeres requiere de ajustes realistas y con perspectiva de mujer. No menos importante es el rubro del derecho penal material y su dogmática —como se expone a continuación—, así como la feminización de la jurisprudencia en el ámbito penal.

Lo mismo sucede de cara a la expedición de la ley nacional de ejecución de sanciones penales, cuyos proyectos —al momento de escribir este artículo— no se inclinan aún por la tendencia aquí expuesta¹⁰. Algo similar sucede con las leyes de víctimas vigentes en los estados y —por supuesto— con sus códigos penales. Todo ello está pendiente de sufrir un proceso, irreversible, de feminización¹¹.

⁵ WEIGEND, Thomas; Wohin Bewegt sich?; p. 25.

⁶ Se trata de la organización no gubernamental ¿Quién habla por mí?

⁷ WEIGEND, Thomas; Wohin Bewegt sich...? p. 26. p. 400.

⁸ «En la jurisprudencia civil alemana se ha generado la opinión de que, tomar la fotografía de una persona sin su consentimiento y hacerla pública, lesiona el derecho a la personalidad»; Heinrich; Bernd; Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Presse mitarbeitern bei der unbefugten Herstellung und Verbreitung fotografischer Darstellung von Personen; ZIS 5/2011; p. 416.

⁹ WEIGEND, Thomas; Wohin bewegt sich?; p. 30.

¹⁰ Por ejemplo —como sostiene Larrauri—, «la aplicación de las penas alternativas a las mujeres debe tomar en consideración sus específicas condiciones y situaciones»; Género y derecho penal...; p.8.

¹¹ El proceso de feminización del sistema de justicia penal tiene raíces, bien profundas, en la antropología social. Si se quiere conocer el contexto mexicano —incluidos los mitos acerca de la mujer mexicana concebida como «una entidad tierna y violada, protectora y lúbrica, dulce y traidora, virgen maternal y hembra babilónica»—, puede consultarse la obra de Marcela Lagarde y de los Ríos; Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas; 4ª edición, colección Posgrado; Universidad Nacional Autónoma de México; México, 2005; pp. 31 y ss.

3. La feminización de la dogmática penal —especial referencia a las causas de justificación

La ciencia del derecho penal —su dogmática—, es otra muestra de la tendencia hacia la feminización del sistema. El ejemplo paradigmático es el de la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo. Cada vez son más los autores que se inclinan por una ampliación de las fronteras de las causas de justificación, con la finalidad de brindar mayor protección a mujeres y niñas víctimas de violencia familiar y de género, aún y cuando las nuevas condiciones del actuar justificado beneficien también a las víctimas masculinas. Los casos del «*Tyranenmord*», o muerte del tirano, a manos de la víctima (generalmente una mujer), se han vuelto imprescindibles en el tratamiento dogmático en Alemania, evidenciando así una tendencia hacia la feminización de las causas de licitud:

Por citar sólo un ejemplo: es necesario comprender —como lo advierte Larrauri en su crítica a la jurisprudencia española—, que «es errónea la práctica judicial que de forma automática menciona “forcejeos mutuos”, dando a entender que estamos ante comportamientos de igual desvalor. La expresión “agresiones mutuas” oscurece el hecho de que, a pesar del acometimiento mutuo, el resultado en términos de temor y en términos de probabilidad de lesión no es en absoluto equivalente»¹².

Así, como informa Kindhäuser, hay agresiones cuya actualidad se extienda en el tiempo: «también el peligro continuado (*Dauergefahr*), puede ser considerado como un peligro actual, siempre que éste pueda traducirse, en cualquier momento, en una lesión»¹³. Mediante este criterio se resuelven los casos de muerte del tirano, en los que la víctima de violencia familiar priva de la vida a su agresor cuando el sujeto activo se encuentra presente en el lugar, pero no ha dado inicio la agresión que, sin embargo, habrá de verificarse en cualquier momento. La doctrina alemana, que ha abordado esta temática con especial interés, se divide entre quienes aceptan la legítima defensa o el estado de necesidad justificante —con peligro continuado—, para resolver casos como el referido. Para cualquiera de ambas hipótesis, sin embargo, la valoración de los conocimientos especiales de la víctima puede inclinar la balanza a su favor:

Este sería el caso de la mujer que clava un puñal por la espalda a su esposo, cuando éste apenas sube por las escaleras, pues sabe que cada vez que llega en estado de ebriedad, después de reunirse con sus amigos, la golpea brutalmente hasta imponerle la cópula por vía anal. Ante una hipótesis como esta, habrá que considerar si, efectivamente, hechos similares han sucedido tiempo atrás para dar basamento firme a los conocimientos especiales de la víctima. De confirmarse esto, estaríamos ante un caso de estado de necesidad o legítima defensa.

Los casos de legítima defensa o estado de necesidad con peligro continuado, no deben confundirse con los casos de agresiones reviviscentes, en que la agresión existe, pero su intensidad ha disminuido, de tal forma que es casi imperceptible el peligro para el bien jurídico. En estos casos la fuente de peligro se mantiene presente en el lugar de los hechos y puede

¹² LARRAURI, Elena; Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: Género y Derecho Penal (1); AFDUAM, 13 (2009), p. 45.

¹³ KINDHÄUSER, Urs; Strafrecht. Allgemeiner Teil; 6ª edición, Nomos, Baden-Baden; 2013; p. 160.

reactivarse en cualquier momento. La diferencia entre peligro continuado y agresión reviviscente puede apreciarse mejor utilizando el ejemplo expuesto arriba¹⁴:

La mujer que es víctima de violencia familiar y violación por parte de su esposo, le apuñala mientras éste descansa —después de golpearla y antes de imponerle la cópula—: este sería el caso de una agresión reviviscente. Por el contrario, una agresión con peligro continuado, es precisamente el ejemplo antes expuesto, donde la última agresión sufrida por la víctima fue hace días y ella sabe —con base en sus conocimientos especiales—, que su pareja la agredirá nuevamente al llegar a casa. Ambos casos justificarían la muerte del agresor a manos de la víctima.

3.1. ¿Son exigibles las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa frente al cónyuge maltratador?

El ejercicio de la legítima defensa se restringe cuando, entre agresor y defensor, existe una posición de garante. Esta circunstancia se traduce en un deber de salvaguarda mutuo, como el que existe entre padre e hijo, hermanos o entre cónyuges. Por eso es que si el agresor se ubica en una de estas hipótesis —que no son las únicas en las que existe el vínculo de garantía señalado—, entonces deberá evitarse el ejercicio de la eximente. Aquí juega un rol importante el principio de solidaridad humana, de tal forma que el agredido deberá dar media vuelta y retirarse, o en un caso más complejo, limitarse al ejercicio de una defensa de protección (*Schutzwehr*), pues el prevalecimiento del ordenamiento jurídico —fundamento supraindividual de la defensa legítima—, juega un rol menos importante que en los casos de legítima defensa plena:

«Ahí donde los intervinientes estén recíprocamente obligados, bajo amenaza de pena a evitar daños para los otros, en casos de agresiones de uno contra otro ciertamente podrá el agredido protegerse defendiéndose, pero el interés en el prevalecimiento del derecho retrocede ante el deber de consideración humana mientras se pueda apreciar aún subsistente una relación de solidaridad entre los implicados»¹⁵.

Cuando el hijo toma 1000 pesos de la cartera de su padre para malgastarlos sin autorización en apuestas de fútbol, lesiona el bien jurídico patrimonio. En otras palabras, configura una agresión real y actual, que a su vez sustenta la necesidad abstracta de defensa. Sin embargo, las restricciones ético-sociales exigen al padre resolver el conflicto de otra forma y no, por el contrario, ejerciendo una legítima defensa en contra de su hijo. En este tipo de

¹⁴ Al respecto —con ejemplos—, puede verse; Ontiveros Alonso, Miguel; Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección); Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2ª edición, México, 2010, p. 288; «Si se ve de cerca, a diferencia de lo que sucede en los fenómenos de autoprotección con mecanismos predispuestos, en los casos como el referido —auténticas hipótesis de peligro continuado—, la víctima cuenta con información concreta, debido a sus experiencias anteriores, acerca de *quién* es el agresor (esposo, pareja...), de *cuándo* suelen suceder las puestas en peligro de su libertad sexual, integridad personal o vida, etcétera; (cuando el sujeto ingiere bebidas embriagantes), pero también de la intensidad de las agresiones (desde amenazas hasta intensas golpizas, pasando por agresiones sexuales), e incluso también de dónde se realizan las puestas en peligro o lesiones de los bienes jurídicos de los que ella es titular (siempre en la habitación de la pareja, en el domicilio conyugal, y en ausencia de testigos)».

¹⁵ ROXIN, Claus; Derecho penal. Parte General. Tomo I. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Civitas, Madrid, 1997; p. 651.

situaciones, lo mejor es esperar a un momento posterior para resolver el conflicto. Que esto es correcto lo demuestra la vida cotidiana, donde existen diferencias entre familiares que se solventan más adelante sin necesidad —claro está— de acudir a las causas de justificación. Al igual que en las dos hipótesis anteriores —agresiones provenientes de niños, de personas sin capacidad de culpabilidad o de bagatela—, la restricción ético-social no juega rol alguno cuando la persona con quien se guarda una posición de garante rompe cualquier vínculo de solidaridad y supera los límites de tolerancia que encuadran una relación mutua de salvaguarda. Este es el caso del marido que no sólo ofende verbalmente a su pareja, sino que le agrede física o sexualmente. En un caso como el señalado, la víctima de la agresión no está obligada a tener ningún tipo de consideración con el agresor y podrá ejercer plenamente la defensa legítima.

Casos de violencia familiar como el descrito, en que la víctima de la injerencia espera el momento adecuado para responder a su agresor, por ejemplo, cuando éste se encuentra distraído o apenas llegando al domicilio, no resultan extraños entre nosotros. Desafortunadamente, debido a la ausencia de una perspectiva feminizada de las causas de justificación en México, las mujeres víctimas de agresión que ejercieron defensa legítima purgan —en su mayoría—, condenas por homicidio calificado¹⁶.

La doctrina alemana ha profundizado, quizás como ninguna otra, en el análisis de estos casos. Así, Roxin destaca dos hipótesis frente a las cuales ya no rige la restricción ético-social aquí planteada. Me parece, como expondré de inmediato, que dichas posturas requieren de algunos ajustes para su aplicación en nuestro país. «En primer lugar, nadie tiene porqué correr el riesgo de sufrir lesiones graves, y a estos efectos entiendo por tales las que precisen tratamiento médico. Por tanto, una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido, si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc.

En segundo lugar, ninguna esposa tiene porqué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes ya no le debe la solidaridad de la que él mismo desde hace tiempo se ha desligado, por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse»¹⁷.

Ambos casos referidos por Roxin se comparten aquí, de tal forma que la restricción ético-social ya no juega rol alguno, por lo que la mujer agredida —sin que ello sea requisito, pues también puede ser un hombre o un niño—, conservará el derecho a defenderse sin que entren en acción las restricciones ético-sociales. Si bien la solución adoptada por Roxin es compartida, resulta necesario matizar que las facultades de defensa debieran ser un poco más amplias que las referidas.

¹⁶ Este fenómeno tiene varias explicaciones que van más allá de la legislación, del derecho penal y su dogmática, y se asientan en una concepción moralista enraizada entre nosotros. El estereotipo de la mujer bondadosa y ama de casa, hace que para algunos juzgadores resulte insoportable que ésta mate a su pareja maltratadora. Acerca de las concepciones paternalistas en el derecho penal (con ejemplos); y en torno a cómo —según la autora— «acabamos siendo esclavos de la moral»; GÜNTHER, Andrea; KÖRPER und Freiheit im Kreislauf. Zur feministisch-philosophischen Diskussion des Verhältnisses von “Autonomie” und “Paternalismus”; en: *Gehört mein Körper noch mir? Strafgesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften*, Nomos, Baden-Baden; 2012; p. 161.

¹⁷ Derecho penal...; p. 652.

Efectivamente, en armonía con el ordenamiento jurídico mexicano, no será necesario que los malos tratos —aunque leves— sean continuos, ya que esto tampoco se exige en la mayoría de los tipos penales relativos a la violencia familiar. Lo mismo sucede con el ejemplo de la mujer que es apaleada casi a diario —por el motivo que sea— y que responde en legítima defensa. Aquí bastará con una sola agresión en contra de la víctima de la injerencia para fundamentar el derecho a la defensa legítima. Finalmente, lleva toda la razón el autor citado cuando afirma que la mujer «no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse», pues no sólo resulta que es víctima de la agresión, sino que a favor de su estabilidad habla el resto del ordenamiento jurídico:

No sólo la ley general de víctimas, sino también ordenamientos más específicos orientados a la prevención de la violencia en contra de la mujer, como la ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, hablan a favor de la solución aquí adoptada. Así, por ejemplo, el artículo 8 define a los modelos de atención, como el «conjunto de medidas y acciones para proteger a las víctimas de violencia familiar, como parte de la obligación del Estado, de garantizar a las mujeres su seguridad y el ejercicio pleno de sus derechos humanos».

Pero no todos los casos relativos a la muerte del tirano son de una solución relativamente sencilla como la expuesta aquí. Hay un grupo de casos más complejo, donde la víctima actúa en contra del maltratador en momentos previos o posteriores a la agresión, de tal forma que difícilmente podrá apreciarse una defensa necesaria. De la solución de estos casos, mediante el estado de necesidad defensivo con peligro continuado, me ocupo a continuación.

3.2. El estado de necesidad defensivo con peligro continuado o permanente (*Dauergefahr*) frente al cónyuge maltratador

La doctrina reconoce la posibilidad de reaccionar en estado de necesidad frente a un peligro continuado o permanente. Se trata de hipótesis en las que el agente protector reacciona ante un peligro que no es actual, pero que está latente: «de acuerdo con tal concepción, un peligro permanente es una situación peligrosa que permanece durante largo periodo y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aún pueda tardar un tiempo en producirse el daño»¹⁸. El ejemplo más recurrente relativo a la actuación en estado de necesidad defensivo —con peligro continuado o permanente— es, como se ha expuesto aquí, el del tirano familiar:

Cada fin de semana, al regresar de beber en el bar, el sujeto activo golpea y agrede sexualmente a su pareja. Después de meses de ser víctima, ésta decide apuñalar a su agresor —por la espalda— cuando él llegue a la casa y evitar así el nuevo ataque sexual¹⁹.

¹⁸ ROXIN, Claus; Derecho penal...; p. 680. También Kindhäuser; «el peligro continuado —*Dauergefahr*— puede también ser considerado un peligro real, en aquellos casos en que pueda traducirse, en cualquier momento, en una lesión»; Strafrecht...; p. 160.

¹⁹ Parecido es el ejemplo propuesto por Heinrich, salvo porque la forma de matar al tirano es colocando veneno en el café, resultando muerto el esposo; Strafrecht. Allgemeiner Teil; 4ª edición, Stuttgart; 2014; p. 174.

No existe una regla general para enfrentar los casos del homicidio del tirano. Como ya se advirtió, en algunas hipótesis procede la legítima defensa, mientras que en otras el estado de necesidad defensivo con peligro continuado²⁰. Finalmente, también cabe pensar en un estado de necesidad exculpante —si la víctima matase al tirano mientras éste duerme²¹—, al igual que habrá casos en que no se verifique excluyente alguna. Por lo pronto, el estado de necesidad defensivo, con peligro continuado, requiere que el peligro sea latente, de tal forma que de verificarse nuevamente éste, la víctima de la agresión, o bien correrá mayor riesgo al defenderse, o simplemente no podrá salvaguardar de forma alguna su integridad y libertad sexual.

Ya de entrada habrá que exigir, para la actualización de esta eximente, que el sujeto activo de la causa de justificación dirija su acción contra la fuente de peligro (estado de necesidad defensivo) y no contra un tercero inocente (estado de necesidad agresivo)²². Esta circunstancia le permitirá «hacer algo más» para enfrentar el peligro en comparación con la reacción normal en estado de necesidad agresivo. Al respecto, los conocimientos especiales de la víctima serán relevantes para la determinación judicial: si con base en las experiencias, vividas durante meses, la mujer sabe que nuevamente será agredida sexualmente por su pareja, entonces el panorama resulta más claro frente a la justificación, en comparación con aquellos casos en que dichos conocimientos no existen.

La feminización de las causas de justificación no debe generar sospechas relativas a «desequilibrios» entre mujeres y hombres. Se trata, sencillamente, de reconocer —como lo evidencia Larrauri— que «comportamientos idénticos» tienen «consecuencias distintas», según se trate de un hombre o de una mujer: «así, por ejemplo, el hecho de que una mujer sea seguida por un grupo de hombres en la noche, o que un hombre sea seguido por un grupo de mujeres, es un comportamiento idéntico con significados y consecuencias diversas, del mismo modo que no es lo mismo tocar el pecho a un hombre que a una mujer»²³.

Queda mucho por decir en torno a la feminización de las causas de justificación, como también es largo el camino para que este proceso se refleje en la práctica judicial. Y en esto también hay grandes semejanzas entre México y Alemania. Piénsese, por poner sólo un ejemplo

²⁰ Larrauri, sin embargo, va más allá: «...se podría alcanzar una solución satisfactoria si la discusión dejara de gravitar en torno al requisito que exige la “actualidad” del ataque, pues es improbable que la mujer se defienda en el preciso momento en que se produce el ataque. Para ello bastaría quizás virar la discusión de si el ataque es actual respecto de cuando se produce la defensa y concentrarse en discutir si la defensa cumple con el requisito de “necesidad”. Esta interpretación permitiría incorporar las experiencias de un grupo de mujeres dentro de la institución de la legítima defensa y conseguiría que ésta fuera más “neutral” en la interpretación de sus requisitos»; *Desigualdades...*; p. 51.

²¹ Al respecto, Roxin; *Derecho penal...*; ob.cit, p. 903. Marneros ha profundizado, recientemente, en estas hipótesis desde la perspectiva de la psiquiatría forense, de tal forma que bajo su concepción, puede hablarse hoy de «intimidación» (*Intimidid*). Por éste podría entenderse la privación de la vida de la pareja, con quien se tenía una relación íntima y estrecha, pero en el marco de la cual el sujeto activo sufre una alteración psíquica (lo cual no sucede en las hipótesis de estado de necesidad justificante con peligro continuado). Casos muy específicos como los descritos por Marneros podrían ubicarse en el estado de necesidad exculpante; *Intimidid — Die Tötung des Intimparters; en, Über allem: Menschlichkeit; Festschrift für Dieter Rössner; Bannenber/Brettel/Freund/Meier/Ramschmidt/Safferling; (coordinadores); Nomos, Baden-Baden; 2015, p. 290.*

²² «Bajo los presupuestos de un estado de necesidad agresivo, no puede justificarse la muerte de una persona ni la producción de lesiones corporales —por ejemplo, la extracción de sangre o de órganos para auxiliar a una persona gravemente lesionada, pues esto atenta en contra del principio de libertad contemplado en nuestro ordenamiento jurídico al igual que en contra de la dignidad de la víctima, quien sería reducida a una especie de “banco de órganos”»; Kindhäuser; *Strafrecht...*; p. 161.

²³ LARRAURI, Elena; *Desigualdades...*p. 43.

e iniciar el debate, en el caso expuesto por Sick, en relación con la postura de la jurisprudencia alemana y su apreciación de la «*vis hauda ingrata*» a favor de los actores de violencia sexual contra mujeres: según la jurisprudencia alemana, «ahí donde la mujer no forcejea o no se enfrenta con el agresor, significa entonces que tampoco está en contra del hecho. Esto se verifica cuando sólo resiste verbalmente o con un poco de forcejeo, pero nada más»²⁴. Con criterios así, el único camino que le queda a la mujer es el sometimiento.

4. Mayor sinergia entre derechos humanos y derecho penal

Otra muestra de la feminización, hacia la que se dirige el derecho penal mexicano, es la de una mayor sinergia entre éste y el derecho internacional de los derechos humanos. Efectivamente, tal y como lo destaca la doctrina, «el derecho penal de la globalización y de la integración supranacional tendrá que ser más garantista e impedir que se flexibilicen las reglas de imputación y se tornen relativas las garantías político-criminales de corte sustantivo y procesal, a pesar de que será más unificado que el actual. Deberá ser más humano, más respetuoso de los derechos inalienables de la persona»²⁵.

Que el derecho penal mexicano tiene una estrecha sinergia con el derecho internacional de los derechos humanos, lo pone en evidencia la reforma constitucional, que en esta última materia, se aprobó en 2011 (liderada, también, por una mujer). Ésta es más amplia —no en su redacción, pero sí en sus alcances—, que la penal de 2008. Ello significa, para no ser malinterpretado, que no puede verificarse una investigación o proceso, pero tampoco ejecución de pena alguna, desligada de una concepción humanista de la persona y el respeto al libre desarrollo de su personalidad²⁶.

Así lo mandata la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente en México. A pesar de ello, ambos ordenamientos requieren una revisión profunda —una actualización y reforma feminizada— que, con perspectiva de mujer, lleve a la *praxis* judicial el ánimo que motivó la reforma constitucional de 2011²⁷.

Una muestra de que, aunque lento, el derecho penal mexicano «sí se mueve» y que lo hace de cara a un mejor destino, es la «moderación legislativa» mostrada por el legislador en la iniciativa de ley para prevenir y sancionar la desaparición forzada de personas (impulsada —como es habitual— por una mujer y Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Senado de la República). A pesar de la demanda social y el ambiente de venganza que se

²⁴ Zweierlei Recht...; pp. 57-58.

²⁵ VELÁSQUEZ, Fernando; Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración; Cuadernos del Derecho Penal; No. 1, 2009; p. 17.

²⁶ Acerca del libre desarrollo de la personalidad y su impacto en el derecho penal mexicano, con especial referencia a su distinción con la moral y las buenas costumbres; Ontiveros Alonso; Miguel; Die Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Ein würdevolles Rechtsgut in einem Rechtsstaat; en; Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin; Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Hafke/Schünemann y Wolter; (coordinadores); De Gruyter; Berlin, 2011, pp. 245 y ss.

²⁷ Algunas líneas directrices para la reforma feminizada del Código Nacional de Procedimientos Penales pueden verse al final de este documento. El diseño de un catálogo de reformas a la Constitución —bajo esta misma concepción—, está pendiente de ser desarrollado.

verifica actualmente en esta temática, el legislador se decantó por una propuesta racional de las consecuencias jurídicas del delito. Esto muestra que en los tiempos de mayor crisis de seguridad, la respuesta no es la restricción, sino la creación de la libertad.

5. El tránsito a un derecho penal de la integración feminizado

La expresión «derecho penal de la integración» es de Fernando Velásquez. Mediante ésta, el autor evidencia los «cambios de rumbo» de la ciencia penal alemana propiciados por factores de tipo político, económico y filosófico²⁸. El tránsito a un *derecho penal de la integración* se refleja en tres pilares básicos: armonización, unificación e internacionalización del derecho penal. Este es un rubro en el que el derecho penal de la unión europea tiene buena experiencia, como hace más de una década lo expusiera Vogel, y que ha mantenido una lenta, pero también constante evolución: «la europeización del derecho penal material se ubica entre los temas actuales y de moda en la ciencia del derecho penal (...) otra corriente considera a esta situación de forma diferente, pues propone acelerar y fortalecer la europeización del derecho penal: globalización significa también globalización de la criminalidad, cuyo combate únicamente sería posible de forma globalizada»²⁹.

En contra de lo que pudiera pensarse —y en su calidad de primer pilar del derecho penal de la integración—, la armonización legislativa a escala europea no se ha verificado en la parte general, como sí lo ha hecho en la especial³⁰. Ello responde a un interés básicamente económico: los primeros esfuerzos legislativos de armonización penal se enfocaron en la protección de intereses financieros, de ahí que entre los resultados más evidentes se perciban en tipos penales como el fraude de subvenciones a escala de la unión. ¿Y qué similitudes guarda esto con el modelo mexicano?

Las similitudes se ubican en el punto de origen de la armonización legislativa: la parte especial del derecho penal, con especial referencia a la protección de niñas y mujeres. Efectivamente, desde hace más de una década se iniciaron en México las primeras tareas armonizadoras en conjunto con organismos internacionales vinculados a la protección de los

²⁸ VELÁSQUEZ, Fernando Del funcionalismo normativista...; pp. 7 y ss. Se trata de un artículo cuyo contenido es —especialmente— interesante, en tanto que pone de relieve el carácter trasnacional del derecho penal del futuro. Diferente es, sin embargo, su postura acerca del posible «adiós al funcionalismo normativista», pues por un lado, no se advierte el surgimiento de una nueva sistemática o construcción del delito, sino —como el propio autor lo señala—, una tendencia hacia la «unificación de los derechos positivos», una «uniformidad de las categorías dogmáticas» y la posibilidad de «construir una ciencia supranacional del derecho penal». Esto evidencia, en mi parecer, que no se trata de una nueva sistemática superadora de la hoy dominante en Alemania —la funcionalista—, sino que ese derecho penal de la integración es una manifestación de corte político-criminal. Y en ese sentido aquí se comparte plenamente.

²⁹ VOGEL, Joachim; Estado y tendencias de la armonización del derecho penal material en la Unión Europea; Traducción de Miguel Ontiveros Alonso; en, Aportes Fundamentales al Derecho Penal; UBIJUS-Instituto de Formación Profesional; México, 2010, p. 42.

³⁰ Así lo evidencia Hassemer, Winfried; «El ámbito principal donde se produce la renovación del derecho penal es en la parte especial, ya sea en el código penal o en las leyes penales complementarias. Las reformas no consisten en una descriminalización, sino en una ampliación o incorporación de nuevos tipos penales. Los ámbitos principales en los cuales se produce esta ampliación son: medio ambiente, derecho penal económico, protección de datos, drogas, impuestos y comercio exterior»; Rasgos y crisis del derecho penal moderno; Traducción de Elena Larrauri. Revisada por Monika Mainecke; p. 241.

derechos humanos³¹. Sus primeros resultados pueden advertirse hoy en ejes temáticos —claramente feminizados— como la prevención y sanción de la pornografía infantil y la explotación sexual. Este proceso de armonización continuó hasta convertirse en una auténtica unificación penal en ejes muy específicos de la parte especial: secuestro y trata de personas. La diferencia más importante entre el derecho armonizado europeo y el mexicano se ubica, sin embargo, en los bienes jurídicos protegidos: relativos a la economía, en Europa, y esenciales de la persona humana, en México.

Esta tendencia hacia un derecho penal de la integración feminizado, también puede verse en la corriente feminista que impulsó —de forma bien justificada—, la tipificación de la violencia intrafamiliar, doméstica, familiar o de género a escala nacional. Lo mismo puede decirse, y aquí la tendencia feminizadora es más que evidente³², en la tipificación del feminicidio.

Otra evidencia del tránsito hacia un derecho penal de la integración es la reforma constitucional de 2008, pues de ésta se deriva la instauración de un solo código de procedimientos penales para todo el país, al igual que una ley única de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes. A este proceso de unificación legislativa iniciado hace 8 años se suma —más recientemente—, la reforma constitucional que establece las bases para una legislación única relativa a la desaparición forzada de personas, así como tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El tránsito hacia un derecho penal de la integración feminizado —expresión que engloba los procesos de armonización y unificación legislativa con perspectiva de mujer—, produce efectos plausibles que desde ahora son evidentes entre nosotros: genera mayor certeza, no sólo a la ciudadanía, sino también entre los operadores del sistema de justicia, pues las resoluciones judiciales tienen un mayor grado de predictibilidad, mientras que la legislación (*input* de la dogmática penal), ejerce sus efectos preventivo generales de forma más eficiente³³. Al mismo tiempo, la legislación penal unificada es más difícil de reformar, pues ya no basta (así sucedía en algunas ocasiones), con la instrucción enviada desde el titular del poder ejecutivo para aprobar una reforma al código penal sin oposición.

³¹ Se trata de una serie de trabajos dirigidos a unificar —y en otros casos armonizar—, los delitos relativos a la explotación sexual infantil y la trata de personas que, financiados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, elaboramos en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE): «Estudio jurídico-penal relativo a la explotación sexual comercial infantil. Bases para su unificación legislativa en México; Gómez Tagle, Erick, Ontiveros Alonso, Miguel; Inacipe, México, 2004. A éste siguieron varios estudios más que abordaron legislaciones estatales. Todos éstos son hoy derecho vigente en México.

³² Para resolver interrogantes acerca de la influencia de la mujer en la evolución del sistema de justicia —y de que con base en este fenómeno se transita hacia su feminización—, puede acudirse al trabajo de Barbara Degen; *Der Umgang von Frauen mit Recht – Einführung in Rechtswendo. Erfahrungen des Feministischen Rechtsinstitut e.V.; en Frauen und Recht...*; p. 97: «Las mujeres tienen influencia en el derecho de muchas formas: implementan leyes de corte político, formulan propuestas de reformas legales, son parte del aparato de justicia, hablan frente a los tribunales, interpretan el derecho, escriben, publican y argumentan».

³³ Esto, sin embargo, tiene sus límites. Así, como lo ponen en evidencia Bergalli/Bodelón; «en relación al primer objetivo —la disminución de la incidencia del problema—, debe decirse que él hace presuponer que el sistema penal puede incidir en términos del mismo. En el caso de la violencia sexual, tal incidencia es limitada, ya que limitada es la forma con la cual el sistema penal recoge el problema»; *La cuestión de las mujeres...*; p. 69.

Este derecho penal de la integración feminizado genera, además, una armonización de los criterios de formación académica y capacitación de los operadores del sistema de justicia con perspectiva de mujer, mientras que se fortalece la elaboración científica a escala de la justicia penal: un solo ordenamiento procesal y leyes generales (que unifican poco a poco la parte especial), facilitan el intercambio de ideas entre la academia y el alumnado, mientras que se fortalece la capacidad argumentativa de los actores en el proceso y la protección de los grupos en especial situación de riesgo (donde niñas y mujeres se ubican en primer lugar). En suma: otro efecto de la feminización del derecho penal es el de su integración. Y este es un factor político-criminal que comparten los casos de Alemania y México.

6. Los desafíos de la feminización en los próximos 20 años

Los análisis teóricos elaborados en Europa han detectado —y desde entonces también se impulsan—, ejes de feminización en diversas áreas de la justicia penal. Si bien aquí sólo se han abordado unos cuantos, vale la pena advertir algunos otros, pues su desarrollo legislativo es uno de los retos que durante las próximas décadas enfrentará la política criminal mexicana, de la mano del —así denominado— nuevo sistema de justicia penal.

Asumir el desafío de la feminización del sistema penal mexicano podría contribuir a la transformación del sistema —masculinizado³⁴— de justicia penal en nuestro país pues, como lo afirma Bergalli, «los estudios feministas sobre el Estado revelan el papel central del derecho como elemento que reproduce la opresión de las mujeres»³⁵.

En el transcurso de los próximos 20 años, el sistema penal mexicano mostrará —según lo que aquí se sostiene—, una reforma dirigida a su *feminización* en rubros nucleares del sistema de justicia, que estará orientada a las siguientes dimensiones: derecho policial (a), proceso penal (b), derecho penal material, (c) derecho de ejecución de sanciones (d) y jurisprudencia (e). En relación al **derecho policial** (a) la feminización girará en torno —aunque no solamente—, a los criterios que regulan el uso de la fuerza por parte de miembros de las instituciones de seguridad y justicia. Hasta ahora, las leyes vigentes en materia del uso de la fuerza no hacen distinción alguna acerca de qué puede hacer, y hasta dónde puede llegar, una mujer o un hombre que desempeñe tareas policiales: ambas dimensiones se rigen por los mismos estándares. Pero esto cambiará merced al proceso de feminización:

³⁴ Con palabras de Bergalli/Bodelón: «... el derecho penal refuerza y refleja una construcción del género, puesto que parte de un modelo “masculino”, de un modelo universalista, en el cual la diversidad queda anulada»; La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico; en, Anuario de Filosofía del Derecho, IX (1992); p. 55.

³⁵ «La exclusión de las mujeres del mundo público se convierte en un elemento fundamental, el cual se habrá de legitimar acudiendo a nuevas explicaciones “científicas” y plasmándose asimismo también en el ámbito penal»; Bergalli/Bodelón; La cuestión de las mujeres...; p. 46.

Así como no es lo mismo que un grupo de hombres siga a una mujer o que un grupo de mujeres siga a un hombre, tampoco es lo mismo que una mujer policía se enfrente a un grupo de agresores a que lo haga un hombre: someter —por la fuerza—, a un par de agresores en estado de ebriedad, no será lo mismo para un hombre que para una mujer, por lo que las facultades de uso de la fuerza y legítima defensa policial serán más amplias (menos rígidas) para ellas que para ellos.

La feminización a escala policial también impactará en criterios diferenciados para el reclutamiento del personal de nuevo ingreso y su formación. Como lo muestra la experiencia alemana, las mujeres se inclinarán más por las áreas de inteligencia y asuntos internos, mientras que los hombres continuarán básicamente en tareas operativas. Así mismo, cada vez más mujeres ocuparán cargos de alta responsabilidad en la función policial y ellas liderarán la feminización de las instituciones policiales en México.

En el ámbito del **proceso penal** (b), la feminización impactará en ejes tan delicados, como restringir las facultades de la autoridad para la imposición de medidas cautelares a mujeres —especialmente la prisión preventiva—, (artículos 157 y 165 CNPP), la graduación *feminizada* de los tipos de garantía (artículo 173 CNPP), las condiciones feminizadas para la suspensión condicional del proceso (artículos 191 y 192 CNPP), las restricciones para la toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello sobre mujeres (artículo 252 CNPP), o los criterios de individualización judicial de la pena para mujeres (artículo 410 del CNPP). Estos son sólo algunos retos legislativos frente a la entrada en vigor del sistema procesal acusatorio en nuestro país.

Las reformas al código nacional de procedimientos penales deben debatirse a fondo³⁶. Se trata de un ordenamiento novedoso que se encuentra —por decirlo de alguna forma—, en etapa de prueba. Es posible, sin embargo, pensar que su feminización requiere ajustes constitucionales. Y esa sería una buena noticia para el sistema de justicia mexicano ¿Hacia una constitución feminizada?

Por lo que se refiere al **derecho penal material** (c), el proceso de feminización impactará —particularmente, aunque no solamente— en la parte especial. Esta es una dimensión muy amplia, por ello me voy a limitar al derecho penal sexual, pues como sostiene Sick, «de entre todas las áreas, es en la de los delitos sexuales donde el género juega su papel más importante»³⁷. Y esto resulta fundamental, pues la masculinización del derecho penal se manifiesta en su máxima expresión, cuando la legislación sostiene que —por citar un ejemplo referido por la misma autora—, para quedar consumado un delito sexual, la mujer tuviera que quedar embarazada o, incluso, llegar al orgasmo³⁸.

Como informa Larrauri respecto a la tesis de Mackinnon; «en opinión de esta autora, interpretar que el acceso carnal es sinónimo de penetración, es lo que ha permitido históricamente que no se considerase agresión el acceso, por ejemplo, con un objeto»³⁹.

³⁶ La «puesta en escena» más destacada que conozco acerca de las reformas al ordenamiento procesal único, es la elaborada por Moreno Hernández, Moisés; Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales; Moreno Hernández, Moisés / Ontiveros Alonso, Miguel; (coordinadores); Ubijus-Alpec-Cepolcrim; México, 2014; *in fine*.

³⁷ Zweierlei Recht...; p. 43.

³⁸ Zweierlei Recht...; pp. 54-55.

³⁹ «Curiosamente, como afirma Mackinnon, evidentemente para la mujer la agresión era idéntica y la vejación también, esto no obstante si se interpretaba acceso como la exigencia de una penetración con pene, esto no podía

La feminización del derecho penal material se reflejará, asimismo, en la ampliación de las modalidades de violencia que configurarán elementos del tipo⁴⁰. Esto ya se observa en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, pero aún no lo recoge el derecho penal. Así, como lo advierten Bergalli/Bodelón, «el término violencia tiende a ser utilizado de forma restringida y referido sólo a tipos de violencia física e interpersonal, excluyendo la violencia psicológica y estructural»⁴¹. Esto significa que la violencia estructural (aunque con restricciones), pasará a ser —junto a la violencia física o moral— un medio comisivo, o bien una agravante, en los delitos que protegen la libertad sexual.

La literatura ya ha identificado múltiples rubros pendientes —por decirlo de alguna forma—, de un ajuste con perspectiva de mujer. Este es el caso de las calificativas o agravantes en los delitos contra la vida y la integridad personal: «el segundo ejemplo que ha destacado la literatura, especialmente la alemana —feminista—, es el supuesto de alevosía. Esto es, la calificación como asesinato de la muerte del tirano doméstico precisamente porque, por los medios que debe utilizar la mujer, éstos se verán normalmente calificados de alevosos»⁴².

Hay otros rubros que serán feminizados y que no se pueden abordar aquí: la disposición libre de órganos, la permisibilidad de la —así denominada—, maternidad subrogada cuando no haya sometimiento o vicios en la voluntad, los delitos cometidos en el ámbito familiar (abandono, bigamia o incumplimiento de obligaciones, por ejemplo.).

La feminización del **derecho de ejecución de sanciones** (d) será de particular interés para el sistema penal. Esto no es una novedad. Los especialistas en esta materia ya lo han advertido hace tiempo, como es el caso de Larrauri; «la aplicación de las penas alternativas a las mujeres debe tomar en consideración sus específicas condiciones y situaciones»⁴³. Por eso creo que la pena de prisión⁴⁴ será cada vez menos utilizada —por lo menos en el caso de las mujeres—, pues además de que es extremadamente violenta (y aquí hay que considerar los daños causados a la familia), ni siquiera parece necesaria o recomendable, salvo en hipótesis

ser catalogado como una violación. Ello muestra que la violación se definía desde el punto de vista del agresor, no desde el punto de vista de la víctima»; Larrauri, Elena, Género...; p. 8.

⁴⁰ Un estudio comparado de las modalidades de violencia, con especial referencia al ámbito familiar, puede verse en; Pérez Duarte y Noroña; Alicia Elena; La violencia familiar. Un concepto difuso en el derecho internacional y el derecho nacional; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIV; Número 101, mayo-agosto de 2001, p. 540; «el más amplio de estos círculos es la violencia misma, esa violencia discriminada que afecta a todas las personas más vulnerables; de ahí se pasa a la violencia estructural, es decir, por aquellos andamiajes sociales que perpetúan las desigualdades sociales y económicas...»; p. 540.

⁴¹ Bergalli/Bodelón; La cuestión de las mujeres...; p. 60.

⁴² «Desde este punto de vista, la muerte que realiza el marido de su mujer puede ser calificada como homicidio, pero es prácticamente imposible que la muerte del marido, a manos de la mujer, sea calificada como homicidio, pues ésta deberá, casi por definición, aprovecharse de alguna situación en la cual éste esté indefenso y su capacidad de defensa esté disminuida. En la misma situación un hombre puede matar de un modo o de otro y por tanto la calificación jurídica puede ser diversa, sin embargo, la mujer se ve prácticamente siempre en la situación de matar de un modo alevoso. La aplicación de la alevosía, sin considerar si la mujer tenía otra opción de matar, es lo que en mi opinión puede ser discriminatorio»; Larrauri, Elena; Género...; p. 8.

⁴³ Larrauri; Género...; p. 8.

⁴⁴ «Sólo el diseño de un sistema a remolque de los hombres permite mantener una institución vetusta. Esta no encuentra justificación en sus actuales dimensiones tampoco para los hombres, pero desde luego aún menos para las mujeres, en las cuales no existe ni siquiera la “alarma social”, la “peligrosidad” o alguno de los supuestos que normalmente se cree justifican esta específica forma de castigo»; Género...; p. 10

verdaderamente muy graves (homicidio, secuestro o desaparición forzada de personas, por ejemplo⁴⁵):

«Lo mismo sucede cuando se analiza la pena de prisión. Empezando con el arresto de fin de semana, se observa rápidamente que los razonamientos por los cuales esta pena fue introducida sólo son aplicables a hombres productivos, pues se trata de que no interrompan su jornada laboral. Si por el contrario, se piensa en una mujer que está al cuidado de la familia, el criterio que interrumpe o no interrumpe se ve desdibujado. Se debe considerar qué es lo que no debe interrumpir la mujer, para adecuar la pena a sus circunstancias, normalmente familiares»⁴⁶. Y esto también debiera regir para los casos de los hombres —sin estereotipos—⁴⁷.

Finalmente, los criterios de visita íntima, junto a la estancia en prisión de madres en proceso de embarazo, lactancia o con hijos nacidos se feminizará radicalmente: serán verdaderamente pocas —muy escasas— las hipótesis de mujeres que, en condiciones como las señaladas, ingresen o se mantengan en prisión (el arraigo domiciliario jugará, aquí, un papel fundamental).

La **jurisprudencia** (e) será la dimensión más difícil de feminizar⁴⁸, pero no escapará a ésta, pues de ello se encargarán las mujeres juzgadoras⁴⁹. Y esto no será cosa menor, pues es en

⁴⁵ Según «The Sentencing Project» (Research and Advocacy for Reform), para el año 2003, las mujeres eran privadas de la libertad por delitos vinculados a drogas o contra el patrimonio, pero menos que los hombres por delitos violentos; *Women in the Criminal Justice System: An Overview*; p. 1. Se puede acceder a toda la información a través del portal www.sentencingproject.org. Acerca de cómo se implica a mujeres en delitos contra la salud, que en realidad son cometidos por hombres; Cruz Parceró, Taissia; *Criterios sexistas vigentes en el sistema de justicia penal en México*; en; *La mujer a través del derecho penal*; Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo; (coordinadores); México, 2013; La autora —jueza federal mexicana—, expone ocho casos (casi todos, por cierto, relativos a delitos de drogas), en que mujeres fueron imputadas sin fundamentos jurídicos, sino mediante un acto de discriminación por su condición de mujer: «Así es, el análisis conjunto de estos casos y una mirada más aguda sobre los mismos, ponen de manifiesto la existencia de pautas comunes de conducta de las diversas policías y ministerios públicos (en los casos en que la detención ocurrió al ejecutar una orden judicial de cateo), que implican la utilización de criterios que, en los hechos, se manifiestan como sexistas»; p. 124.

⁴⁶ Larrauri; *Género...*; p. 8.

⁴⁷ Creo que es cierto —afirma Larrauri—, «lo desvelado por los originales análisis que señalan que todo el sistema de penas está diseñado tomando en consideración a los hombres y las mujeres aparecen siempre como un apéndice. Por ejemplo, la institución de la prisión, justificada fundamentalmente para contener a los hombres peligrosos, aparece escasamente necesaria para las mujeres. Es posible que esta institución hubiera podido ya ser sustituida, por ejemplo, por la existencia de pisos tutelados para mujeres; *Género...*; p. 10.

⁴⁸ También aquí hay semejanzas con el caso alemán, como lo evidencia Schultz, Ulrike; entre 1900 y 1909 se inscribieron las primeras mujeres a una facultad de derecho en Alemania y hasta 1912 se presentó el primer examen estatal —para abogada—, por una mujer. No obstante, para permitir que las mujeres pudiesen incorporarse a la judicatura, tuvo que expedirse una ley especial en la materia. Esto se debió, entre otros factores, al prejuicio consistente en que debido a su emotividad, serían poco objetivas en sus resoluciones. También se les consideraba débiles para la ardua tarea judicial. Para 1930, 74 de 10,000 jueces eran mujeres y en 1933 había, en Alemania, 252 abogadas por 18766 abogados. El nacionalsocialismo excluyó sistemáticamente a las mujeres de la judicatura y la abogacía, de tal forma que a partir de 1935 ninguna mujer podría ya incorporarse al ejercicio del derecho. Hitler mismo sostuvo, en 1936, que ninguna mujer podría ser juez o fiscal. Ellas deberán, sostuvo, asumir su destino como amas de casa, madres y rendirle honores al Führer. Para 1939 quedaban, aún, 9 abogadas; *Der aufhaltsame Aufstieg der Juristinnen in Deutschland*; en, *Frauen und Recht...*; pp.61-62.

⁴⁹ «Juristas entrevistadas han sostenido que ellas tienen otra visión de la judicatura y que se plantean otros métodos, diferentes a los de sus colegas: las juristas que se concentran más en su tarea, invierten más tiempo en los casos, muestran mayor empatía. Las juezas, por su parte, están menos orientadas al ejercicio de la autoridad y a la

la dimensión judicial donde la discriminación de la mujer, ejercida por el derecho penal, muestra su verdadera cara. Así, uno de los factores que cambiarán merced al proceso de feminización⁵⁰, será el de la imputación de responsabilidad a la víctima por su propia victimización —básicamente, aunque no sólo, en los delitos sexuales—.

Lo anterior ha sido evidenciado por Sick: la exclusión del tipo por un supuesto consentimiento de la mujer víctima de violación —o peor aún—, beneficiar al agresor sexual mediante la apreciación de un error de tipo, por haber creído éste que ella estaba de acuerdo en la penetración, ya que “no opuso una resistencia evidente y sólida” y excluir así el tipo, resultarán insoportables en un derecho penal feminizado⁵¹.

Aunque las consideraciones expuestas tienen su punto de referencia en la jurisprudencia alemana, son legión entre nosotros. Lo mismo puede decirse de afirmaciones cercanas a las ya referidas, como atenuar o excluir la culpabilidad ya que «la carga sexual en el agresor hace que éste no pueda controlarse a sí mismo»⁵², o pensar que en los delitos sexuales «el dolo sólo se acredita cuando para el agresor es evidente que la mujer no quiere la penetración»⁵³.

Similar es el caso —verificado en México— donde la jueza liberó al imputado, bajo el argumento de que «las niñas víctimas de corrupción de menores, ya no tenían moral —pues carecían de himen—, habían ingerido alcohol en el pasado o porque firmaron un contrato en el que accedían a sostener relaciones sexuales con el imputado»⁵⁴.

Síntesis: el sistema penal mexicano se dirige hacia su feminización —proceso que lleva aparejada la exclusión de cualquier forma de paternalismo⁵⁵—. Este desarrollo se verifica ya en

competencia en el cargo»; Schultz, Ulrike; *Der aufhaltsame Aufstieg...*; p. 70. Entre nosotros, la feminización de la jurisprudencia se verificará, también, a través de la sentencias dictadas por juezas. Un modelo puede verse en; Cruz Parceros, Taissia; *Criterios sexistas...*; p. 115; «No obstante el ostensible avance que implica toda la normativa apuntada, en los hechos, y desde mi experiencia profesional de más de cinco años como titular de un juzgado de procesos penales federales en la capital del país, no es posible observar un cambio significativo en la actuación de los diversos operadores del sistema de justicia penal, que les permita identificar, desde la perspectiva de género, situaciones concretas de discriminación, desigualdad, exclusión y violencia contra las mujeres implicadas, con razón o no, en la comisión de un delito».

⁵⁰ Acerca de los presupuestos y consecuencias de la feminización de la jurisprudencia, puede verse la amplia literatura —casi inabarcable— de la *feminist jurisprudence*.

⁵¹ Sick; *Zweierlei Recht...*; pp. 58-62.

⁵² Sick; *Zweierlei Recht...*; p. 62.

⁵³ Sick; *Zweierlei Recht...*; p. 63.

⁵⁴ Al respecto véase —con citas expresas y crítica incluida—; Ontiveros Alonso, Miguel; *Die Freie Entfaltung der Persönlichkeit...*; pp. 249-252.

⁵⁵ Por paternalismo se entiende aquí —con Lagodny—, «el hecho de que el Estado, con fines de control sobre la persona, se coloca en un lugar previo al del sujeto y —también— antes de que éste pueda ejercer la capacidad de decidir por sí mismo. Esto es, a la persona no se le pide su opinión acerca de sus deseos o intereses, sino que el Estado decide por la persona y se conduce como si fuera ella misma»; Lagodny, Otto; *Paternalismus im deutschen und österreichischen Strafrecht*; en, Beck, Susanne; *Gehört meine Körper...?*; p. 272. Y Agrega: «Otras formas de paternalismo pueden verse, por ejemplo, en el delito de tráfico de órganos: mientras que en Austria una persona puede vender sus órganos, en Alemania esto está prohibido»; Idem, p. 278. El paternalismo —según el mismo autor—, «también puede derivar en reglas autoritarias. Así, por ejemplo, mientras que en Alemania es una regla sacrosanta respetar la intimidad de las conversaciones y contratos de la defensa con el imputado, en Austria sucede todo lo contrario, tal y como se desprende del §59 de la ordenanza procesal austriaca»; Idem; p. 282. En torno a esta temática, pero desde la dimensión antropológica y en relación a nuestro contexto; Lagarde y de los Ríos, Marcela; «Las formas más relevantes de *sexismo* son el *machismo*, la *misoginia*, y la *homofobia*. Y una característica común a todas ellas es que son la expresión de formas acendradas de dominio masculino patriarcal»;

algunas dimensiones del ámbito penal y se extenderá a todas las áreas del sistema. La feminización estará encabezada por mujeres quienes —como ya es evidente—, dominarán las decisiones relativas a la política-criminal mexicana, así como la procuración e impartición de justicia (judicatura). El interrogante es qué grupo de mujeres se impondrá ¿conservadoras o liberales?⁵⁶

La construcción de las humanas. Identidad de género y derechos humanos; en, El feminismo en mi vida. Hitos, claves y topías; Instituto de las Mujeres del Distrito Federal; México, 2012, p. 22.

⁵⁶ Este interrogante no es cosa menor. La moralización del derecho penal, que desde mi particular concepción resulta cuestionable, depende de la respuesta a la pregunta planteada.

A FUNÇÃO REINTEGRATIVA DA PENA SOB O ENFOQUE DAS TEORIAS CRIMINÓGENAS

*THE REINTEGRATIVE FUNCTION OF
THE PENALTY UNDER THE FOCUS OF
CRIMINOGENIC THEORIES*

ISABELA DE ARAUJO E SILVA

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de
Mato Grosso

Resumo: O presente artigo aborda temas que fundamentam o direito à reeducação, instituto que possui como base legal os direitos dos presos e as assistências previstas na Lei de Execução Penal. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, foi possível expor as principais teorias sobre os fatores de condicionamento criminoso, sobre a reincidência criminal e sobre as finalidades das penas apontadas pela doutrina, buscando-se conceituar, por fim, o direito à reeducação que a função reintegrativa da pena estabelece. Por fim, chegou-se à conclusão de que a função reintegrativa da pena, apesar das dificuldades encontradas, é a que melhor se coaduna com o Estado Democrático de Direito e que se mostra mais adequada para o enfrentamento da reincidência e para a promoção da justiça social.

Palavras-chave: reintegração social, reeducação penal, execução penal, direitos humanos, reincidência criminal.

Abstract: This article discusses issues that underlie the right to re-education institute that has as its legal basis the rights of prisoners and the assistance provided for in the Law of Penal Execution. Through a literature review, it was possible to explain the main theories of criminal conditioning factors on recidivism and on the purposes of penalties identified by the doctrine, seeking to conceptualize, finally, the right to re-education that reintegrative function pen sets. Finally, came to conclusion that the reintegrative function of the penalty, despite the difficulties encountered, is the one that best satisfies the democratic rule of law and to show more suitable to face the recurrence and the promotion of justice social.

Keywords: social reintegration, rehabilitation criminal, criminal enforcement, human rights, criminal recidivism.

1. Introdução

A tutela penal, conferida pelo Estado, surgiu em detrimento da vingança privada, como reforço aos ditames do contrato social e à essência da "justiça humana", que, conforme lecionou Beccaria (1997, p. 69), emergiram da necessidade de se superar o choque dos interesses particulares e prevalecer a ideia de bem comum.

Remetendo à história, as penas aplicadas pelos respectivos poderes soberanos pareciam ser, em sua maioria, de cunho eminentemente moral e religioso. A laicização da legislação penal apareceu somente no direito greco-romano, com a criação das Leis das XII Tábuas, que disciplinava os delitos e as penas cominadas na VIII Tábua¹.

O direito penal romano dividia os delitos em públicos e privados, a depender do interesse do Estado. Posteriormente, esta divisão ficou mais flexível, posto que o Estado passou a perseguir também os ofensores dos direitos dos homens livres. Foi nesse contexto que o direito penal consolidou sua natureza pública.

Desde então, fundamentado na ideia de defesa social, o estudo da tutela penal passou por diversas correntes doutrinárias, como a Escola Penal Clássica (século XVIII), que encarava a criminalidade como um fruto da autodeterminação humana (MIRABETE. FABBRINI, p. 2010, p. 20), e a Escola Positivista (século XIX), responsável por introduzir conceitos antropológicos e sociológicos na compreensão do delito².

Com o aparecimento do Neoliberalismo³, as estruturas sociais foram modificadas, fato esse que repercutiu na compreensão do Direito e do Processo Penal (ROSA; AMARAL, 2014, p. 105). As novas correntes doutrinárias, agora influenciadas pelo movimento humanista, visualizavam na pena uma função ressocializadora, baseada nos direitos fundamentais e norteadas pela necessidade de se enfrentar a reincidência criminal que se mostrava cada vez maior.

A ressocialização, além de ser influenciada pelos direitos humanos, encontra escopo na compreensão do próprio ato delitivo, uma vez que buscar refratar justamente os motivos que levam o indivíduo a sua comissão e o levaria a reincidência. Nesse sentido, se torna imprescindível uma análise precisa das teorias que envolvem a criminalidade para se entender plenamente a justificativa dessa função reintegrativa.

¹ A Lei das XII Tábuas é considerada a origem do Direito Romano, constituindo a primeira forma escrita da legislação da época. A Sétima Tábua previa os delitos e suas respectivas sanções, que poderiam ser de reparação de dano, multa, punição física e sacrifício. O documento encontra-se disponível em: <<http://api.adm.br/direito/TABUAS.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

² Segundo Cesare Lombroso, um dos principais filósofos da Escola Positivista, as pessoas são livres no que diz respeito às vontades, mas as suas ações são impulsionadas por elementos que lhe fogem o controle e consciência, visto que derivam do bem-estar que lhe oferece a sociedade (LOMBROSO, 2007, p. 223).

³ “Doutrina político-econômica que representa uma tentativa de adaptar os princípios do liberalismo econômico às condições do capitalismo moderno. (...) Como a escola liberal clássica, os neoliberais acreditam que a vida econômica é regida por uma ordem natural formada a partir das livres decisões individuais e cuja mola-mestra é o mecanismo dos preços. Entretanto, defendem o disciplinamento da economia de mercado, não para asfixiá-la, mas para garantir-lhe sobrevivência, pois, ao contrário dos antigos liberais, não acreditam na autodisciplina espontânea do sistema” (SANDRONI, 1999, p. 421).

2. O Ato Delitivo

Há muito se tentaram identificar quais seriam os fatores determinantes para a prática delitiva. Reportando-se às escolas penais e ideologias pretéritas, observa-se que o criminoso já foi interpretado sob as perspectivas das normas morais e religiosas (pensamento anterior à laicização do direito), das ciências naturais, sociologia e antropologia (criminologia positivista), bem como teve qualquer aspecto subjetivo de sua conduta ignorado, assim como ocorreu na Escola Penal Clássica (SHECAIRA, 2013, p. 47).

Influenciadas por essas ideologias, consolidaram-se várias teorias acerca dos elementos de influência à comissão do ato delitivo, algumas enfatizadas no indivíduo, como é o caso da teoria do criminoso nato e da teoria psicanalítica, e outras na relação deste com a sociedade, como é nas teorias estrutural-funcionalista e das subculturas criminais (BARATTA, 2011, p. 47).

A teoria do criminoso nato, elaborada por Cesare Lombroso (2007, p. 133) é fundamentada na afirmativa de que o ato criminoso é uma exteriorização de qualidades biológicas inatas dos indivíduos, geralmente qualificados como insensíveis, moralmente distorcidos, com inteligência reduzida, além de serem portadores de traços físicos característicos, como crânios assimétricos, rostos largos e achatados e lábios finos (SHECAIRA, 2013, p. 97).

Embora o pensamento de Lombroso tenha sido importante para guiar as pesquisas criminológicas anteriores, visto que, também analisou aspectos externos como o meio ambiente e a educação na formação criminosa, a sua teoria foi demasiadamente criticada em razão de não reconhecer a existência do livre arbítrio no indivíduo (LOMBROSO, 2010, p. 226).

A teoria psicanalítica foi desenvolvida por Sigmund Freud, segundo o qual o crime seria decorrente de um desequilíbrio na personalidade do indivíduo. Preconiza essa teoria que a consciência moral (superego), apesar de reprimir os instintos criminosos, não os destrói, permanecendo esses no inconsciente associados a um sentimento de culpa⁴, que somente pode ser superado por meio da satisfação do instinto (FREUD, 2010, p. 226).

Ademais, entende Freud que os impulsos criminosos estão presentes tanto na pessoa que o realiza o crime como na sociedade que o pune. A constituição da lei advém, portanto, do medo das pessoas de se renderem a tentação de cometer determinado ato, devendo o criminoso ser “despojado dos frutos de seu empreendimento” e castigado, “sob a aparência de um ato de expiação” (PHILIPPI, 2001 p. 193).

A aplicação do direito penal em face das práticas delitivas não seria, desse modo, capaz de eliminar a criminalidade, uma vez que corresponderia aquela num mecanismo psicológico frente ao qual a criminalização surge como necessária. Sob esse ponto de vista, a teoria da psicanálise representa uma afronta à legitimação do *jus puniendi*, ou seja, do princípio da legitimidade, visto que reconhece no próprio objeto de repressão da sanção o reforço dos instintos criminosos. (BARATTA, 2011, p. 50).

Acerca da relação da psicanálise e do processo legislativo, a jurista Jeanine Nicolazzi Philippi (2001, p. 143) entende que estes fatores não podem ser considerados separadamente. Ressalta a autora que os vínculos sociais possuem caráter duplo: um “aparente”, segundo o

⁴ “Visto que a cultura obedece a ímpeto erótico interno que lhe ordem a reunir os seres humanos numa massa intimamente coesa, essa meta só pode ser alcançada por um reforço sempre crescente do sentimento de culpa.” (FREUD, 2010, 161).

qual as relações existentes na sociedade são expressões simbólicas das leis, e um psicológico, ligado ao desejo e ao inconsciente, que funcionam como “articulações semânticas não explícitas que operam no fundo comum e universal dos símbolos”, formando o “imaginário social”.

Esse “imaginário social” é responsável por dar às coisas um determinado valor, e aos homens, “uma causa, um princípio e um lugar no mundo que os ultrapassa”, sendo assim, é impossível desvincular a influência dos instintos em qualquer atividade humana (cultural, religiosa, relativa à política e justiça), por mais racional que esta pareça (PHILIPPI, 2001, p. 148).

Além das aludidas teorias, outras teses tiveram também sua base nas particularidades da personalidade do indivíduo - como as que apontaram como fatores de criminalidade o QI abaixo da média, a irritabilidade alta e a dificuldade na comunicação (VERGANA, 2002) - que não encontraram, no entanto, expressão diante da ascensão da criminologia positivista, caracterizada pelo estudo do criminoso relacionando-o à sociedade.

A teoria estrutural-funcionalista foi delineada por Robert Merton, sob a influência das clássicas obras de Émile Durkheim, representando uma alternativa à interpretação do crime como “fenômeno patológico”, à medida que, o associou às condições da vida social (BARATTA, 2011, P. 59).

Para Alessandro Baratta (2011, p. 59), o pensamento de Durkheim contribuiu com três ponderações importantes, a saber:

- 1) As causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológico e naturais (clima, raça), nem em uma situação patológica da estrutura social.
- 2) O desvio é um fenômeno normal de toda a estrutura social.
- 3) Somente quando são ultrapassados determinados limites, o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (esta é a situação de “anomia”). Ao contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sociocultural (BARATTA, 2011, 60).

Verifica-se que a partir dessa compreensão, dois papéis de caráter progressistas atribuídos ao delito no desenvolvimento moral de uma sociedade. Primeiramente, “as condutas desviantes permitem a comunidade “definir com mais clareza a sua ordem moral (a chamada consciência coletiva)” e, de outra parte, a fortalecê-la, por meio do aprendizado em face da violação da lei” (SHECAIRA, 2013, p. 199).

Partindo destas considerações sobre a teoria funcionalista de Durkheim, Robert Merton elaborou a teoria funcionalista do delito, substituindo a lógica causal típica do pensamento positivista (ROCHA, 2012, p. 43) e interpretando como normal a conduta desviante, igualmente é o comportamento em conformidade com a lei.

Para Robert Merton, essa interpretação se deve ao fato de ser a sociedade uma unidade funcional, onde todos os “itens culturais” exercem uma função sociológica, considerando assim como indispensáveis na constituição do “sistema social” (MERTON, 1968, p. 91).

O postulado da indispensabilidade, segundo Merton (1968, p. 103) resulta em duas ponderações distintas:

“uma, que alega a indispensabilidade de certas funções e da origem ao conceito da necessidade funcional ou dos pré-requisitos funcionais, a outra, que alega a indispensabilidade das instituições sociais existentes, das formas de cultura, ou semelhantes, e isto, quando discutido adequadamente, da origem ao conceito de *alternativas funcionais*, equivalentes ou substitutos funcionais”.

Aplicado esse conceito a criminologia, isso significaria dizer que a estrutura política da sociedade, além de ser repressiva, é também estimulante do comportamento delitivo.

Assim, a sociedade enquanto institucionalizante de “modelos comportamentais” e enquanto oferecedora de “meios legítimos” aos indivíduos para alcançarem àqueles, possibilita cinco prováveis reações que dependem da proporção em que o indivíduo tem acesso a esses meios, quais sejam: 1) a conformidade (resposta positiva aos fins e aos meios institucionalizados); 2) a inovação (resposta positiva aos fins com a utilização de outros meios); 3) o ritualismo (adesão somente formal aos meios, mas sem responder aos fins); 4) apatia (trata-se da negação tanto dos fins culturais quanto dos meios institucionais); 5) rebelião (corresponde à perseguição de fins alternativos por meio de meios alternativos). Equivale esse último modelo de “adequação individual” na transcendência ao crime (BARATTA, 2011, p. 64).

Embora aparente ser uma crítica ao sistema capitalista, Alessandro Baratta (2011, p. 67) entende que essa teoria cuida, na verdade, da estabilização e da consolidação da tradicional imagem do ato criminoso como característico das classes menos favorecidas da sociedade. Neste sentido, consistiria essa teoria numa negação do princípio do bem e do mal adotado pelo pensamento psicanalítico.

Ademais, ressalta Sérgio Salomão Shecaira (2013, p. 87) que a consciência coletiva é “um produto cultural”, aprendido por meio do “convívio comunitário”, sendo, portanto, um equívoco dessas teorias se firmarem no “consenso coletivo original, caudatário do pensamento rousseauiano do contrato social”. A este respeito, Lola Aniyar de Castro (1983, p. 87) ensina que:

“Uma afirmação desta natureza, não pode ser feita a não ser para pequenas sociedades primitivas de normas na sua maioria espontâneas, e que em todo o caso são sociedades bem integradas. Para as sociedades diferenciadas, de difícil manejo e de variados núcleos culturais, o consenso coletivo não pode significar mais do que um critério imposto pelos grupos que detém o poder e que simplificam assim as divergências em benefício dos seus interesses”.

No mesmo sentido caminha a teoria das subculturas criminais, que vê na prática delituosa “uma reação de minorias desfavorecidas e a tentativa por parte delas de se orientarem dentro da sociedade, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir que dispõe” (BARATTA, 2011, p. 69).

Essa tese se preocupa inicialmente em analisar como a subcultura delinquencial se comunica aos jovens⁵, trançando como fator importante de associação a intensidade e a

⁵ Em correção a esse pensamento, os criminólogos e sociólogos Gresham M Sykes e David Matza entendem que os jovens delinquentes reconhecem, em parte, a ordem social dominante, uma vez que manifestam sentimento de culpa quando violam as normas dessa ordem. Neste contexto, estes jovens buscariam formas de neutralizar essa culpa, tornando justificante o comportamento delitivo. As técnicas de neutralização são a exclusão de sua responsabilidade (o delinquente interpreta a si mesmo mais como arrastado pelas circunstâncias do que ativo), a

frequência com que esses se relacionam com aquela, que representa uma “solução de problemas de adaptação, para os quais a cultura dominante não oferece soluções satisfatórias” (BARATTA, 2011, p. 73).

Por reconhecer normas e valores característicos de diversas subculturas, assim como ocorre na teoria funcionalista, a teoria das subculturas criminais, configura uma negação do princípio da culpabilidade, representando, assim uma relativização do “mínimo ético” tutelado pelo Direito Penal (BARATTA, 2011, p. 76).

Para Alessandro Baratta (2011, p. 83), no entanto, o problema das aludidas teorias reside no fato de não formularem questão econômica sobre a qual se funda a ordem normativa, a criminalização e a estigmatização que qualificam os indivíduos como criminalizados.

Para complementar essa lacuna é que aparecem as teorias sobre a reincidência criminal, que divididas, do mesmo modo, em dois vieses, um biopsicológico e outro sociológico, buscam abordar os efeitos que a estigmatização gera favorecendo a criminalização secundária (reincidência).

3. Reincidência Criminal

3.1. A teoria adaptativa

A compreensão e o estudo da reincidência criminal, que é chamado por Alvino Augusto de Sá (1987, p. 1) de “prognóstico criminológico”, é determinado a partir da interpretação do fato delituoso em si (“diagnóstico criminológico”), desde que o delito não tenha sido oriundo, por ocasião, de uma conduta “normal”.

O diagnóstico criminológico associa-se a um conceito de psicopatologia subjacente, segundo o qual a delinquência advém da comunicação de alguns fatores e microfatores, próprios do indivíduo, que em um momento de crise, dificultam a assimilação positiva (adaptação) das mudanças ocasionadas. Segue esse pensamento o critério adaptativo.

A Teoria da Adaptação foi elaborada por Ryad Simon, na década de 1970, quando esse inaugurou um serviço preventivo de tratamento de saúde mental voltado aos estudantes de medicina, junto a Universidade Federal de São Paulo (SIMON, YAMAMOTO, 2008, p. 147).

Conforme Augusto Alvino de Sá (1987, p. 3), esse modelo teórico busca compreender as relações do indivíduo com o meio partindo do pressuposto de que toda conduta possui uma finalidade, mesmo que inconsciente. A capacidade adaptativa seria, assim, medida a partir de como o sujeito absorve os fatores externos e mantém ou não a coerência (interna) de suas condutas para com os seus fins. Neste sentido, explica:

negação da ilicitude de suas ações (apenas proibidas, mas não donosas e imorais), a “negação da vitimização” (a vítima merece sofrer), a condenação dos que condenam (considerados “hipócritas”) e apelo às instâncias superiores (as expectativas de seu grupo social são ignorados em detrimento a um “bem geral” (BARATTA, 2011, p. 79).

A adaptação será então qualitativamente avaliada em função da coerência entre a conduta e seus fins, levada em conta as contingências ambientais, e em função da consistência interna entre os setores psíquicos (afetivo, conativo, orgânico, entre outros). Ela supõe uma capacidade do organismo de se moldar, de se ajustar a novas contingências e exigências do meio externo, preservando, no entanto, sua consistência interna. (SÁ, 1987, p. 3).

Leciona ainda o autor, que o comportamento passivo e a sujeição não se confundem com a adaptação, uma vez que estas relações de "passividade" e de "onipotência" constituem, na verdade, respectivamente, numa "negação da individualidade e da realidade", fator esse que compromete a eficácia adaptativa (SÁ, 1987, p. 4).

A estimativa da eficácia adaptativa leva em consideração a adequação da resposta às situações de crises, devendo ela atender às seguintes circunstâncias: a) resultar na solução do problema; b) proporcionar sentimento de satisfação; c) não provocar desarmonias (conflitos) psicológicas e nem sociais. Correspondidos ou não esses critérios, a adaptação poderá ser eficaz, não-eficaz moderada e não-eficaz severa (SÁ, 1987, p. 5).

A referida crise é conceituada como "a emergência brusca de uma situação problema, nova para o sujeito, e cuja dificuldade é significativamente intensa, aguda", capaz de criar, imediatamente, "um estado de perturbação emocional" no indivíduo (SÁ, 1987, p. 7).

O ocasionamento da crise pode ser decorrente de uma "perda" (ou expectativa de perda) ou de uma "aquisição" (ou expectativa de aquisição). No primeiro caso, os sentimentos que predominam é o de depressão e de culpa, tendo em vista a "diminuição significativa do espaço vital". A crise por aquisição, por sua vez, é resultante de um "aumento significativo do espaço vital", que causa sentimento de insegurança, inferioridade e inadequação (SÁ, 1987, p. 9).

O desenlace da crise depende de diversos fatores internos e externos. Os fatores internos ou pessoais são aqueles ligados a fatos do passado não resolvidos, de experiências que tiveram forte significado para o indivíduo, seja ele bom ou ruim, e que o predispõe para determinado tipo comportamental.

Os fatores externos são aqueles relativos às relações sociais do sujeito, podendo ser de influência da comunidade, que podem se dar por meio de conselhos e induções, por exemplo, ou do próprio grupo familiar, por meio do apoio, julgamento negativo, críticas e etc. (SÁ, 1987, p. 10).

A interação desses fatores refletem na qualidade da capacidade adaptativa do indivíduo, na capacidade de se compreender construtivamente algum problema e de desenvolver, em si, um "núcleo mínimo saudável", que lhe serviria de apoio em momentos de crise (SÁ, 1987, p. 3). Para Simon, "o ato de solução é criativo e totalmente pessoal, que não se ensina, mas se ajuda a pessoa a melhor se conhecer, a melhor entrar em contato com suas emoções e suas experiências mais íntimas" (SÁ, 1987, p. 8)

Assim, tendo em vista todo o exposto, o diagnóstico criminológico é de que, no período pré-delinquencial, aqueles sujeitos que acumularam gradativamente microfatores negativos (ex.: "sentimento oceânico"⁶, "instinto agressivo"⁷, "presença de pais severos,

⁶ Para Sigmund Freud, trata-se de uma "sensação de eternidade, um sentimento como o de algo sem barreiras, oceânico" (FREUD, 2010, p. 42).

⁷ O instinto agressivo é formado por múltiplos microfatores internos de efeito negativo, sendo eles: "superego severo, sentimento de culpa implacável, recalque muito forte e precoce, ansiedade muito intensa" (SÁ, 1987, p. 18).

primitivos e não amorosos"⁸, distanciamento cultural e de valores⁹), não compensados ou neutralizados pelos microfatores positivos, possuem maior disposição para a prática delituosa, uma vez que é reduzida a eficácia da sua capacidade adaptativa (SÁ, 1987, p. 12). A esse respeito:

Enfim, como resultante de todo esse desenvolvimento e interjogo de microfatores (ou fatores) negativos, internos e externos, e como expressão de uma adaptação não eficaz moderada ou, mais provável, não eficaz severa, poderá surgir o ato delituoso, e até se desenvolver a conduta (isto é, tendência delituosa). Ato delituoso entendido como uma resposta (ou conjunto de respostas), pouco ou, sobretudo, pouquíssimo adequada(s). E quanto mais severo dor o comprometimento da adaptação (severidade associada ao predomínio de respostas pouquíssimo adequadas, isto é, que não satisfazem ao indivíduo, criando conflitos internos /ou externos) maior a probabilidade de que a resposta ou conjunto de "respostas delituosas" surgidas esteja a expressar toda uma tendência delinquencial que está se instalando. O que faz pensar, portanto, numa condição propícia à reincidência, dentro de uma ótica de análise psicológicas do período pré-delinquencial (SÁ, 1987, p. 21).

No período delinquencial, que compreende o tempo do primeiro delito até a prisão, a observância da adaptação do indivíduo também é de extrema importância, uma vez que é caracterizado por crises de perda que, dependendo da reação do indivíduo, podem o propiciar à reincidência. Neste sentido:

Consequentemente, dentro da linha teórica desenvolvida acerca do primeiro período, o círculo se completaria como uma ativação do impulso tanático, o qual poderia vir a ser canalizado para a intensificação da hostilidade. Neste contexto, a repetição de atos delituosos, talvez corresponda também à busca inconsciente de castigo, com o fim de aplacar o sentimento de culpa que estaria atingindo níveis pouco suportáveis (SÁ, 1987, p. 24).

Acerca do interjogo dos fatores que podem influenciar na solução da crise, Alvin August de Sá (1987, p. 24) aponta como sendo microfatores positivos a aceitação, a autovalorização, a tolerância, a auto-avaliação e a auto-crítica (internos), o apoio familiar, respeito à sua dignidade humana e atividades educativas (externos). Como microfatores negativos, a severidade, a atribuição aos outros da própria culpa, a hostilidade, a frustração (internos), a rejeição familiar, o tratamento carcerário repressor, a falta de apoio dos amigos e a ociosidade (externos).

Por conseguinte, no período de retorno ao convívio social a crise se dá em função da

⁸ A este respeito: "Todos os experimentadores coincidem em afirmar que as tendências religiosas se encontram presentes na criança, visto que ela procura satisfazer suas necessidades instintivas sem levar em consideração o que isso possa significar de prejuízo para o meio ambiente. Essencialmente egocêntrica, egoísta e agressiva, a criança, de forma penosa e lenta, modifica sua conduta pela educação recebida dos pais ou pessoas significativas. Essa aprendizagem não só incrementa a responsabilidade dos pais como depende de vários fatores; quais sejam: o ambiente no lar, a maneira como a criança foi educada e a intensidade de seus instintos. Disso conclui-se que todo indivíduo deficientemente educado, portanto, tendo desenvolvido de forma precária as próprias inibições, está sujeito à delinquência. Em resumo, o criminoso nasce no lar; é o produto de pais desajustado; é a consequência de uma educação defeituosa." (DOURADO, 1969, p. 22).

⁹ Alvin August de Sá entende que "tal distanciamento, de um lado, contribui para uma neutralização ou atenuação dos mecanismos culturais de controle e imposição de limites e, de outro, contribui para o empobrecimento das formas de sublimação" (SÁ, 1987, p. 21).

aquisição da liberdade, do aumento do espaço vital. Os sentimentos predominantes nesse momento são de inferioridade, de insegurança, de inadequação, que podem resultar em "impulsos de inveja, voracidade e arrogância". Nesse contexto, o indivíduo poderá renunciar o que a liberdade lhe proporciona e se acomodar ("fuga direta"), prejudicando a sua reintegração, bem como cometer um novo crime ("fuga indireta"), buscando de forma inconsciente o fracasso frente às novas demandas que da realidade (SÁ, 1987, p. 27).

Desse modo, chega-se na aceção de que a reincidência criminal é a resposta inadequada à finalidade proposta à pena, resultante da interação do novo convívio social com múltiplas condicionantes acumuladas em todos os períodos da evolução delitiva (pré-delinquencial, delinquencial e retorno social). Ressalta-se, no entanto, que esta compreensão não é absoluta, pois que nem todos os possuidores de uma determinada característica é obrigatoriamente um reincidente, por isso a importância de se dosar o impacto e influência de cada micro fator no indivíduo, considerando que cada um possui um "núcleo mínimo saudável"¹⁰(SÁ, 1987, p. 100).

Assim, conclui-se que a criminalização secundária, sob a luz da Teoria da Adaptação, deve ser focalizada tendo em vista as particularidades de cada indivíduo, seja nas suas características comportamentais, inatas ou adquiridas no desenvolvimento da sua personalidade, e nas situações contextuais que vivencia, para que, desse modo, seja possível a adoção de uma eficaz terapêutica penal, capaz de fortalecer a capacidade adaptativa saudável e de proporcionar um correto regresso à liberdade.

3.2 Teoria do *Labeling Approach*

Outra teoria utilizada para explicar a criminalização secundária (reincidência) é do *Labeling Approach*, ou, como conhecida, teoria do etiquetamento¹¹. À princípio, parte essa teoria do pressuposto que a sociedade possui expectativas de comportamento, ou seja, "normas sociais", que quando ultrapassadas caracterizam um fenômeno denominado "desvio social" (CASTRO, 1983, p. 13). A qualidade do desvio, segundo Lola Aniyar de Castro (1983, p. 14), depende de cada cultura, que, por meio de seus valores, constroem a "jurisdição do desvio". A jurisdição do desvio pode ser geral, quando abrange o territorial nacional no todo, ou de subgrupos que tenham costumes muito específicos, como é caso das religiões e dos grupos familiares.

O desvio, em si, pode ser positivo e negativo, a depender da sua aprovação ou desaprovação. O desvio negativo é objeto do controle social, que pode se dar no âmbito formal, por meio da criação de normas que o caracterizam como conduta delitiva, e no âmbito informal, que consiste no isolamento e estigmatização do indivíduo que cometeu o desvio pela sociedade¹² (CASTRO, 1983, p. 14). O conceito de reação social leva a uma importante

¹⁰ É referido por Alvin August de Sá como "um reduto de saúde, que poderá servir de fase e referencial para a conquista de melhores níveis adaptativos" (SÁ, 1987, p. 3).

¹¹ O *Labeling Approach* é tido como a base macrosociológica para a Teoria Crítica do Direito Penal, que se subdivide em três grandes vertentes: o neorracionalismo de esquerda, o direito penal mínimo e o abolicionismo. Os enfoques dessas teorias, salienta Shecaira (2013, p. 315), são promover a punição dos crimes das classes dominantes (colarinho branco e cifra dourada), minimizar a intervenção nos delitos pequenos e diminuir a desigualdade como forma de redução da criminalidade.

¹² Segundo Alessandro Baratta (2011, p. 98), o problema dessa teoria nesse quesito é que a criminalidade se reduz a uma definição legal e ao consequente etiquetamento, exaltando a criminalização e se esquecendo de analisar "a realidade de comportamentos lesivos de interesses merecedores de tutela", ou seja, os

diferenciação entre conduta delitiva e conduta desviada. Sob o ponto de vista reacionista, nenhuma conduta é delituosa por natureza, advindo a sua tipificação da expressão do poder que, dependendo dos seus paradigmas, será determinante no predomínio de interesses, crenças e aspectos culturais em uma sociedade. Conforme Lola Aniyar de Castro:

[...] prova disso é que há dentro da coletividade uma série de valores fortemente desaprovados que excedem o limite de tolerância da comunidade e que, no entanto, nunca chegam a fazer parte da conduta legalmente reprimida, ou seja, que é apenas conduta desviada, não é conduta delitiva. Não é conduta delitiva porque não houve alguém que tivesse, por sua vez, poder e interesse suficientes para implantá-la como conduta delitiva (CASTRO, 1983, p. 51).

Do mesmo modo, pode haver condutas que não excedem o referido "limite de tolerância" da coletividade, mas, mesmo assim, são tipificadas no diploma penal. Isto se dá porque nem sempre os "valores sociais" correspondem aos "valores jurídicos", logo, nem toda conduta desviada equivale a uma conduta delitiva, e nem toda conduta delitiva corresponde a um desvio (CASTRO, 1983, p. 17).

Posto isso, conforme entendimento de Alessandro Baratta (2011, p. 119), consta-se no *Labeling Approach* numa “negação do princípio do interesse social e do delito natural”, ao passo que afirma que os interesses “que estão na base da formação e da aplicação do direito penal são os interesses daqueles grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização – os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todos os cidadãos e que vê na criminalidade uma “realidade social criada através do processo de criminalização”¹³.

Ressalta-se também que essa teoria é caracterizada por dirigir o seu estudo não apenas a criminalidade em si, mas também para o sistema penal e os seus procedimentos, abrangendo inclusive o impacto das atividades da polícia, dos magistrados, dos agentes penitenciários, entre outros que entram em contato direto com o sentenciado (BARATTA, 2011, p. 86).

Esse entendimento se dá em razão de que somente após o "efeito" da atividade das instâncias oficiais é que o "*status* de delinquente" aparece, e, assim, através dessa nova identidade social, dessa autodefinição, que o indivíduo se sente estigmatizado, tendendo a continuar no novo papel que a sociedade lhe atribui (BARATTA, 2011, p. 86). Acerca disso:

Enquanto o desvio primário se reporta, pois, a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram somente a estrutura psíquica do indivíduo, e não conduzem, por si mesmo, a uma reorganização da atitude que o indivíduo tem para consigo mesmo, e do papel social, os desvios sucessivos à reação social (compreendida a incriminação e a pena) são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que alteração produz no indivíduo objeto da mesma; o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio (BARATTA, 2011, p. 90).

"comportamentos socialmente negativos em relação as mais relevantes necessidades individuais e coletivas".

¹³ Tratam-se essas de premissas orientadoras das “teorias conflituais da criminalidade”, que “argumentam que a harmonia social decorre da força e da coerção, em que há uma relação entre dominantes e dominados”. Para a Teoria do Conflito, “não existe voluntariedade entre os personagens para a pacificação social, mas esta é decorrente da imposição ou coerção” (PENTEADO FILHO, 2010, p. 51).

Do mesmo modo, Augusto Thompson (2002, p.11) analisa a reincidência como resultado do "atrito entre a adaptação à prisão e a readaptação à vida livre", argumentando que a o comportamento adequando no estabelecimento prisional não significa preparação para o retorno à sociedade, tendo em vista todo o "sistema de poder"¹⁴ que se forma naquele estabelecimento e os diferentes comportamentos que a vida em sociedade demanda¹⁵.

A permanência na instituição total¹⁶, segundo Shecaira (2013, p. 259), faz com que o indivíduo sofra um "processo gradativo de *desculturamento*", que terá início da sua entrada no estabelecimento, quando lhe for retirados todos os pertences pessoais e com a perda do nome, e se desenvolverá mediante os outros meios do poder disciplinar, criando no indivíduo um "ritual diário de medo".

Em sobre o poder disciplinar nas prisões, Michel Foucault (2011, p. 164) afirma que a disciplina visa fabricar "corpos submissos e exercitados", "corpos dóceis":

A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma outra palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma *aptidão*, uma *capacidade* que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição escrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada (FOUCAULT, 2011, p. 164).

Assim, ressalta-se que a criminalidade entendida sob o enfoque da reação social contraria o fim preventivo da pena, em especial, a sua função reeducativa, tendo em vista que a orientação ideológica mostra que a ação do sistema penal, principalmente em que pese à pena de prisão, exerce um efeito negativo sobre a recuperação do apenado, consolidando o desvio do indivíduo e sua entrada numa "verdadeira e própria carreira criminosa" (BARATTA, 2011, p. 90).

A autora Lola Niyar de Castro (1983, p. 61) explica essa questão não se trata somente de uma negação da função preventiva, mas sim da exigência de uma real eficácia do sistema carcerário. Neste sentido:

Com efeito, se é a lei que cria a delinquência, o delinquente só interessa de forma secundária. Para esta criminologia, a socialização só interessa na medida em que o sistema para o qual o indivíduo deva ser ressocializado é bom, é valioso e merece. Sua tarefa, pois, não é modificar o delinquente, mas a lei, o sistema total do qual a lei é o instrumento mais poderoso e efetivo (CASTRO, p. 61).

¹⁴ Segundo Augusto Thompson (2002, p. 22) a cadeia é "uma sociedade dentro da sociedade", onde se forma um "sistema de poder", constituído uma hierarquia formal, referente aos oficiais (diretor do estabelecimento, agentes penitenciários) e uma hierarquia informal, entre os presos.

¹⁵ Acerca disso, Becker (2008, p. 45) entende que "o tratamento dos desviantes lhe nega os meios comuns de levar adiante as rotinas da vida cotidiana acessíveis à maioria das pessoas. Em razão dessa negação, o desviante o desviante deve necessariamente desenvolver rotinas ilegítimas".

¹⁶ É definida como aquela onde o encarcerado realiza todos os aspectos de sua vida, com horários sequenciados e pré-definidos e com atividades obrigatória (SHECAIRA, 2013, p. 259).

Resta salientar como fatores de influência para o desvio secundário, além da estigmatização, dos efeitos negativos da prisão e da ineficácia da socialização carcerária, a baixa participação da sociedade no processo de ressocialização¹⁷ – que, conforme visto, deveria ser a maior interessada na prevenção da reincidência –, as dificuldades dos indivíduos em conseguir emprego digno e a falta de apoio da própria família.

4. Finalidades da Pena

Acerca dos fins das penas, a doutrina reconhece três teorias, quais sejam: a teoria absoluta, a teoria relativa, e a teoria mista ou unificadora. Consoante à teoria absoluta, a pena não possui uma “finalidade prática”, consistindo apenas numa retribuição imposta pelo Estado ao sentenciado por crime. Não se preocupa, desse modo, a pena com a reintegração do condenado, uma vez que sua função é somente castigá-lo e reestabelecer a ordem pública (MASSON, 2010, p. 525).

Essa teoria ganhou significativo destaque com os estudos de Friedrich Hegel¹⁸ e Emmanuel Kant¹⁹. Guiados pela razão, que acreditavam ser a fonte única do conhecimento, os aludidos filósofos defendiam que a pena não deveria ser “um meio para melhorar o próprio delinquente, mas sim um fim em si mesmo, derivado da simples violação do dever jurídico” (ZAFFARONI, 2011, p. 235).

Acerca da motivação (moralidade) da conduta, Kant entendia que esta não teria importância e que o legislador não deveria se atentar a ela, pois o homem, enquanto ser racional, é ciente das consequências que suas ações podem gerar (ZAFFARONI, 2011, p. 235).

Na teoria relativa, diferentemente, a finalidade da pena é a de prevenir a prática de novos delitos (reincidência), a profilaxia criminal (MENDES, 2011, p. 553), considerado irrelevante o castigo do sentenciado. A finalidade preventiva se divide em duas: geral e especial.

A prevenção geral é direcionada a todos os membros da sociedade (MENDES, 2011, p. 553) e visa controlar a violência, buscando diminuir e sua incidência e evitar a reincidência. Em seu viés negativo, esta teoria idealiza a coação psicológica como contraestímulo para afastar os criminosos da prática delituosa, por meio da intimidação. Já o viés positivo consiste em demonstrar “a existência, a validade e a eficácia da lei penal”, além de reafirmar a

¹⁷ Sobre o tema, comenta Armida Begamini Miotto (1985, p. 357): “Quando a participação da comunidade é excluída, o condenado preso não tem suficientes e adequados contatos com a comunidade, vindo a sofrer de desajustamento social. A administração da prisão tende, ainda que inadvertidamente, a exercer suas atividades com prepotência. Isso tolhe o condenado de fazer seu próprio esforço para se emendar e anula o senso de responsabilidade que ele tenha. Quando recupera a liberdade, condicional ou definitiva, está desesperado para fazer o uso dela; a sociedade, a comunidade e a própria família, a seu turno despreparadas para recebê-lo, repelem-no, hostilizando-o, marginalizando-o. A reincidência é quase inevitável”.

¹⁸ Friedrich Hegel (1770-1831) – natural de Stuttgart, na Alemanha, é considerado um importante filósofo do idealismo dialético, trabalhando principalmente com as questões metafísicas (espirituais) do Direito (ROCHA, 2010, p. 81).

¹⁹ Emmanuel Kant (1724-1804) – situado no século XVIII, o filósofo prussiano Emmanuel Kant é considerado um “divisor de águas”, pois ensejou uma nova etapa da filosofia moderna, caracterizada pela corrente racionalista e pela crítica ao ceticismo e ao contratualismo (ROCHA, 2010, 74).

“segurança jurídica” (MASSON, 2010, p. 527).

Para Zaffaroni (2011, p. 99), a prevenção geral representa, na verdade, uma forma de vingança, se aproximando da finalidade retributiva da pena (Teoria Absoluta) e não da preventiva, como se denomina. Nesse sentido:

Quando se elege o caminho da prevenção geral, o passo da repressão exemplar à vingança é muito sutil e muito difícil de identificar. A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu; que privou-se do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo. Para refrear este conteúdo vingativo se sustenta que a pena "justa" é a "retributiva" e por isto, dentro desta linha, deve obedecer à lei do talião: a pena deve importar a mesma quantidade de mal causado pelo delito ("olho por olho e dente por dente") (ZAFFARONI, 2011, p. 99).

A prevenção geral negativa também é criticada por Rogério Grecco (p. 127), pois, conforme leciona, esta forma de prevenção afronta com a dignidade humana na medida em que transforma o condenado em instrumento de intimidação para outras pessoas. Além disso, o referido autor aponta que esta finalidade da pena possui efeitos incertos, uma vez que se apoia no conhecimento pelos cidadãos das penas cominadas e na motivação destes de respeitarem a lei em decorrência de sua aplicação, fatores estes questionáveis.

A prevenção especial é caracterizada por se direcionar a pessoa do condenado, se subdividindo, também, em negativa e positiva. Sob o aspecto negativo, a prevenção especial objetiva separar, segregar, neutralizar o delinquente, enquanto que a positiva cuida da ressocialização do condenado (MENDES, 2011, p. 553)²⁰.

O jurista Gilmar Mendes (2011, p. 553) menciona ainda uma “finalidade autônoma e nova da pena”, que consistiria na “concertação” realizada entre o autor do fato punível e a vítima, por meio da reparação dos danos morais e patrimoniais. Parte essa finalidade da ideia de aplicação da justiça restaurativa²¹, que já vem sendo aplicada no âmbito dos Juizados Especiais.

Por fim, chega-se a teoria mista ou unificadora, segundo a qual a pena deve retribuir ao condenado o mal por ele causado, castigando-o, ao mesmo tempo prevenindo a prática de novos delitos. Em síntese, têm-se todas as finalidades anteriormente citadas reunidas em uma tríplice função da pena, a saber: a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial (MASSON, 2010, p. 528).

No Brasil, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), em que pese aos fins da pena, há evidente aplicação da teoria mista, destacando-se a função preventiva. Em seu artigo 1º²²,

²⁰ Segundo Gilmar Mendes (2011, p. 553), a ideia da prevenção especial, além de ser criticada pelo seu “caráter utópico”, “revela também compatibilidade com a função do direito penal como direito de tutela subsidiária dos bens jurídicos”.

²¹ Conforme definição do Conselho Social Econômico da ONU: “Justiça Restaurativa é o movimento por intermédio do qual busca-se estimular a utilização de processos nos quais a vítima e o ofensor e, quando adequado, quaisquer outros indivíduos, menos a comunidade afetada pelo crime, participam ativa e conjuntamente da resolução de questões originárias do crime, em regra, com auxílio de um facilitador” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007, p. 31)

²² Art. 1º, LEP: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e

por exemplo, a teoria da prevenção especial aparece quando se estabelece como objetivo do cumprimento da pena a efetivação da sentença criminal e a “harmônica integração social do condenado e do internado”.

Além desse dispositivo, a função preventiva é notória no art. 10, *caput*, que fixa como fins da assistência²³ prestada ao preso a prevenção de novos crimes e a orientação do mesmo à “convivência em sociedade”. Essa assistência se estende também ao egresso, que consiste no “liberado definitivo até um ano de sua saída” e no que “responde em liberdade condicional, durante o seu período de prova”²⁴.

5. Direito à Reeducação

A função reintegrativa atribuída a pena, nos termos dos dispositivos legais mencionados, confere ao apenado uma prerrogativa em face do Estado, um direito individual inerente a sua qualidade de pessoa humana: o direito à reeducação.

O termo reeducação, segundo uma análise semântica, significa “educar novamente”. Aplicada ao âmbito penal, compreende-se que reeducar é proporcionar condições favoráveis ao aperfeiçoamento intelectual e moral do indivíduo, de modo a lhe ensinar “responsabilidade social” e o afastar do comportamento criminoso. Trata-se a reeducação, portanto, de uma forma de “resgate social”, de “ressocialização” (SÉLLOS, 2012).

Tendo em consideração esse conceito, anota-se que a teoria da prevenção especial positiva, no que pese as condicionantes delitivas, parte da premissa de que o delinquente é sujeito às condições tanto internas e externas: internas porque vê na maioria dos criminosos traços de personalidades transtornadas, “imaturas e dissociais” (SILVA, 2003, p. 42), e externas porque liga o ato delitivo a fatores culturais e socioeconômicos.

Baseia-se, portanto, a reintegração na afirmativa de que os homens são condicionados àquilo que são expostos, cabendo à educação, da qual possam ter sido privados em momento anterior ou ter sido prejudicada pelas diversas circunstâncias citadas, o papel de repassar a eles o “mínimo ético indispensável” para a vida social (SILVA, 2003, p. 42). Acerca do condicionamento humano, expõe Hannah Arendt²⁵:

proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

²³ Conforme o art. 10 da Lei nº 7.210 de 1984, o Estado deverá prestar assistência ao preso e ao internado, consistindo esta em assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos do art. 11 do aludido diploma. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 13/03/2015.

²⁴ Definição disposta no art. 25 da Lei nº 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal).

²⁵ Hannah Arendt - Pensadora alemã e de família judia, é considerada uma das principais filósofas do século XX. Sua corrente filosófica é o Realismo e sua escola é a Aristotélica (ROCHA, 2010, p. 122).

A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. Tudo o que espontaneamente adentra o mundo humano, ou para ele é trazido pelo esforço humano, torna-se parte da condição humana. A existência humana seria impossível sem as coisas, e estas seriam um amontoado de artigos incoerentes, um não-mundo, se esses artigos não fossem condicionantes da existência humana (ARENDT, 2007, p. 17).

Neste ponto, remete-se à crítica de Michel Foucault (2011, p. 173) ao modo como o poder disciplinar²⁶ é exercido nas prisões, transformando-a numa “fábrica de indivíduos”, que, expostos à vigilância hierárquica – que age reduzindo os desvios - e à sanção normalizadora – que funciona como um sistema de gratificação-sanção²⁷ -, são encarados “ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício”.

Assim, considerados os inúmeros prejuízos que a pena de prisão pode acarretar nos indivíduos encarcerados, Alvino Augusto de Sá (2000) entende que a reeducação é uma forma positiva de se projetar a reintegração social, que, segundo o supracitado autor, deve transcender a velha dicotomia dos interesses de classes tão presentes nas teorias da criminalidade e buscar se apoiar em “sínteses superiores”, baseadas no perdão e em valores que fortaleçam as relações humanas.

A par do mesmo pensamento, Viviane Séllos (2012) leciona que a ressocialização deve ser pautada nos axiomas fundamentados pelo Estado Democrático de Direito - a exemplo da liberdade²⁸, da segurança²⁹, da justiça³⁰, entre outros –, bem como deve buscar a efetivação da dignidade humana, considerada o princípio geral do Direito. Nesse diapasão:

²⁶ Art. 47, LEP: “O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade será exercido pela autoridade administrativa, conforme as disposições regulamentares”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

²⁷ Segundo Michel Foucault (2011, p. 168), a sanção normalizadora funciona como um meio de aumentar a “função produtora”, especificando a vigilância e tornando-a funcional. Observa-se nesta medida a chamada “reversibilidade de segundo grau” do ideal humanista (vide p. 28), visto que se utiliza de um meio de correção para ampliar as formas de controle.

²⁸ O direito à liberdade compreende o livre arbítrio do indivíduo em exercer suas faculdades. Esse conceito abrange, entre outros, a livre locomoção, a livre manifestação do pensamento, a preservação da vida privada (livre controle sobre informações de sua intimidade), a liberdade de reunião e associação e a liberdade de consciência e de culto (MENDES, 2011, p. 319). O conhecimento do encarcerado acerca desse princípio é de extrema importância, uma vez que é por meio da liberdade que dispõe que o mesmo interferiu na esfera particular de outra pessoa e lhe feriu algum direito fundamental. Assim sendo, é essencial ao preso, para que seja eficaz a sua reeducação, entender os limites do seu livre arbítrio e o respeito aos direitos alheios.

²⁹ O direito à segurança consiste na “certeza do exercício das liberdades públicas e individuais em condições de igualdade, ou seja, na estabilidade. Para se alcançar essa estabilidade, no entanto, deve haver esforço comum e sacrifício de parcela individual da liberdade em prol da organização social, respeitando-se o *contrato social* sobre o qual se instituiu o Estado” (SÉLLOS, 2012). Nesse ponto, o apenado deve compreender o seu papel na sociedade e que o fim desta é o bem comum.

³⁰ O ideal da justiça consiste no instrumento de harmonização e pacificação das pretensões heterogêneas que existem no meio social. Sobre esse valor, o indivíduo deve adquirir consciência acerca da ilicitude de sua conduta e do quanto ela é prejudicial para a coletividade, bem como ter acesso a meios de defesa e a informações no tocante aos seus direitos (SÉLLOS, 2012).

Desta forma, compreendemos a ressocialização das pessoas privadas de liberdade como um direito de todos, vista a fundamental necessidade de que seu retorno à sociedade se pautasse nas condições valoradas pelo Direito para que não reincidam no crime. Não podemos negar que nosso intento é respeitar os direitos do encarcerado e da sociedade livre ao mesmo tempo, propondo que assim seja assegurada a tranquilidade interna, a defesa comum, o bem-estar geral e a erradicação da marginalização (SÉLLOS, 2012).

O jurista Alessandro Baratta (1990), por sua vez, argumenta que, apesar de a prisão não trazer resultados positivos à ressocialização do apenado, a finalidade reintegrativa não deve ser abandonada, mas sim reinterpretada e reconstruída.

A reinterpretação se daria, primeiramente no âmbito jurídico, por meio da conceituação da reeducação como um benefício, e não mais como uma parte do processo disciplinar prisional, invertendo a visão do encarcerado como sujeito (condicionado) e não como objeto das ações externas às quais é subordinado (BARATTA, 1990).

Já a reconstrução consistiria em melhorias no sistema prisional, voltadas aos preceitos humanistas e à redução de danos³¹. Neste sentido, o referido jurista sustenta que a redução do tempo pena e a ampliação do cabimento do regime aberto possibilitaria maior consumação dos direitos à assistência social, ao trabalho e à educação, além de promover maior abertura da prisão à sociedade e da sociedade à prisão, fatores esses igualmente importantes no processo de reintegração social do apenado. A esse respeito, preconiza:

“Os muros da prisão representam uma barreira violenta que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos. Reintegração social (do condenado) significa, antes da modificação do seu mundo de isolamento, a transformação da sociedade que necessita reassumir sua parte de responsabilidade dos problemas e conflitos em que se encontra “segregada” na prisão. Se verificarmos a população carcerária, sua composição demográfica, veremos que a marginalização é, para a maior parte dos presos, oriunda de um processo secundário de marginalização que intervém em um processo primário. É fato comprovado que a maior parte dos presos procede de grupos sociais já marginalizados, excluídos da sociedade ativa por causa dos mecanismos de mercado que regulam o mundo do trabalho. A reintegração na sociedade do sentenciado significa, portanto, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão social desses setores, para que conduzi-los a uma vida pós-penitenciária não signifique simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou o à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão” (BARATTA, 1990).

Nesse contexto, ressalta-se a posição de Alvino Augusto de Sá (2000, p. 22) sobre a adoção da justiça restaurativa como outra forma de favorecer a ressocialização do apenado, tendo em vista que, por meio da reconciliação, garantir-se-ia que “ambas as partes saiam

³¹ “Nenhuma prisão é boa e útil o suficiente para essa finalidade, mas existem algumas piores do que outras. Estou me referindo a um trabalho de diferenciação valorativa que parece importante para individualizar políticas de reformas que tornem menos prejudiciais essas instituições à vida futura do sentenciado. Qualquer iniciativa que torne menos dolorosas e danosas à vida na prisão, ainda que ela seja para guardar o preso, deve ser encarada com seriedade quando for realmente inspirada no interesse pelos direitos e destino das pessoas detidas e provenha de uma mudança radical e humanista e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções são as de legitimar através de quaisquer melhoras o conjunto do sistema prisional” (BARATTA, 1990).

lucrando de alguma forma, ao menos (ou sobretudo) psicologicamente, em termos de reconquista da paz na relação com o outro e da paz consigo mesmo”.

Por fim, há de se ter em mente que a reeducação, além de constituir meio de efetivação dos direitos dos apenados, adquirindo assim, um caráter de direito fundamental, consiste também em um direito de interesse difuso, uma vez que somente por meio da efetiva participação da coletividade é que esse instituto pode alcançar o seu fim imediato, de ressocializar, e o mediato, de diminuir a reincidência criminal³².

6. Notas Conclusivas

Conforme se verifica, tanto as teorias biopsicológicas quanto às sociológicas possuem lacunas na compreensão do processo de criminalização. Em razão disso, a criminologia liberal contemporânea, norteadas pela demanda multidisciplinar do contexto cultural hodierno, não se atém a nenhuma das ideologias citadas, mas sim busca interpretá-las conjuntamente.

Essa interpretação conjunta traz a necessidade de uma teoria mista acerca das finalidades das penas, que deve possuir como base a retribuição, a prevenção e, sobretudo, a reintegração.

Da função reintegrativa decorre o direito de reeducação, processo pelo qual se busca ensinar um mínimo ético possível ao apenado, reabilitando-o para a vida harmônica em sociedade.

Assim, apesar da incongruência do cárcere com a ressocialização, firmou-se o entendimento de que a pena de prisão é inevitável, não devendo, no entanto, esta afirmação implicar no abandono da reeducação, tendo em vista ser este o melhor meio de se conciliar as finalidades da sanção penal.

Além do mais, é inegável a necessidade de se enfrentar a reincidência criminal, fato que leva a reeducação penal ser um assunto inesgotável e que deve ser constantemente objeto de estudos e pesquisas, buscando-se sempre aperfeiçoar os seus métodos e os adequá-los, ao máximo, às novas demandas.

Referências Bibliográficas

A Lei das XII Tábuas. Disponível em: <<http://api.adm.br/direito/TABUAS.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **“Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del sentenciado”**, Seminario Criminología crítica y sistema penal,

³² Como exemplo de instituições que utilizam o sistema ressocializador e possuem reduzido índice de reincidência pode-se citar a Associação de Proteção e Amparo aos Condenados (APAC - <www.apacitauna.com.br>), situada em Minas Gerais, e a Associação Cultura e de Desenvolvimento do Apenado e Egresso (ACUDA - <www.scuda-rondonia.org.br>), localizada em Rondônia.

organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990. Disponível em: <www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>. Acesso em: 14/04/2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. De Flório de angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. **Pensar a Justiça restaurativa no Brasil**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3978>>. Acesso em 15 ab. 2015.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Porto Alegre: L&PM, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; trad. Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GRECCO, Rogério. “A quem interessa uma justiça penal sobrecarregada?”. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1045>>. Acesso: 16/03/2015.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Trad. Sebastião José Roque. 1ª reimpressão. São Paulo: Ícone, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. vol.1. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MERTON, Robert K. **Sociologia: teoria e estrutura**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**, art. 1º a 120 do CP. 26. ed. rev. a atual. São Paulo: Atlas, 2010.

PHILLIPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

ROCHA, Claudionor. **Abolicionismo Penal versus demanda punitiva na legislação antidrogas: um dilema legislativo concreto**. Brasília: Cardeno Aslegis n. 42, p. 97-122, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11002>> Acesso em: 27 de ab. 2015.

ROSA, Alexandre Moraes; AMARAL, Augusto Jobim. **Cultura da Punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁ, Alvino Augusto de. **Algumas Ponderações Acerca da Reintegração Social dos Condenados à Pena Privativa de Liberdade**. Recife: Revista da ESMAPE, 2000. Disponível em:

<http://xa.yimg.com/kq/groups/17244880/559990670/name/Algumas_p...pdf> Acesso em: 14/04/2015.

_____. **Reincidência Criminal: sob o enfoque da psicologia preventiva**. São Paulo: EPU, 1987.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SÉLLOS, Viviane Coêlho. **A ressocialização do encarcerado: uma questão de cidadania e responsabilidade social**. Rio de Janeiro: Editora Clássica, 2012. Disponível em: <150.162.138.7/documents/download/6548;jsessionid=

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Crimonologia**. 5. ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Ribamar. **Prisão: Ressocializar para não reincidir**. Paraná: Universidade Federal

do Paraná, 2008. Disponível em:
<http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em: 28 de abr. de 2015.

SIMON, Ryad; YAMAMOTO, Kayoko. **Psicoterapia Breve Operacionalizada em Situação de Crise Adaptativa**. Advances in Health Psychology, 16 (2) 144-151, Jul-Dez, 2008. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/MUD/.../1156>>. Acesso em: 14/04/2015.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**: sob o enfoque da Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

VERGANA, Rodrigo. **A origem da criminalidade**. Abril: Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/origem-criminalidade-442835.shtml>>. Acesso em: 26 de ab. De 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (Coord). **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev. E atual. São Paulo: RT, 2011.

POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL NO DESVELAR DO PUNITIVISMO SELETIVO

*ACTUARIAL CRIMINAL POLICY ON
UNVEILING OF SELECTIVE
PUNISHMENT*

MANOEL ALVES JR.

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT. Pós-Graduando em Processo Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de analisar como as políticas criminais, sobretudo a política criminal atuarial, bebem dos discursos dos aparelhos midiáticos e do saber criminológico que emerge do discurso superficial da criminologia midiática que podem gerenciar seletivamente as vidas vulneráveis, desumanizá-las e transformá-las apenas em estatísticas. A investigação alerta para a relevância do discurso ideológico-securitário exercido através da exploração e de aumento laboratorial de notícias de crimes, bem como pelo fomento de um medo difuso para a sugestão e implementação de políticas criminais autoritárias, mormente o modelo atuarial adotado nos Estados Unidos na década de 70, que tem causado paixões nos tecnocratas mundo afora e resgatado um arquétipo de vida a qual não importa o seu fim: a vida nua, destituída de valor humano. A análise se dá em torno das políticas criminais estimuladas pelos discursos midiáticos punitivistas, destacando a tendência político-criminal de inserção dos cálculos atuariais no sistema de justiça criminal para gerir a criminalidade com eficiência e conter grupos apontados estatisticamente como de risco. No término desta investigação restou claro o poder dos discursos do senso comum de nortear políticas criminais autoritárias resultando no encarceramento e na morte da juventude, sobretudo negra e periférica.

Palavras-chave: Política criminal, política criminal atuarial, criminologia crítica, criminologia midiática.

Abstract: This study aims to analyze how criminal policies, particularly the actuarial criminal policy absorb information from the discourse of media and criminological knowledge that emerges from superficial criminology media discourse that can selectively manage vulnerable lives, dehumanize them and turn them into only in statistics. The research points to the importance of the ideological-security discourse carried through the exploration and the increasing laboratory of crimes news, as well as the development of a diffuse fear for the suggestion and implementation of authoritarian

criminal policies, mostly the actuarial model used in the United States in the 70s, which has caused passions to technocrats around the world and it has also rescued a life archetype which no matter its end: *a bare life*, disempowered of human value. The analysis revolves around the criminal policies stimulated by media punishment speeches, pointing out the political and criminal tendency of integration of actuarial calculations in the criminal justice system to manage crime effectively and statistically repress groups pointed as hazardous. At the end of this investigation it is clear the power of common sense discourse to guide authoritarian criminal policies leading to the imprisonment and death of youth, especially the black people and those ones from the outskirts.

Keywords: Criminal policy, actuarial criminal policy, critical criminology, criminology media.

1. Introdução

Esta investigação buscará compreender a instrumentalidade das políticas criminais, sobretudo da política criminal atuarial e os fatores que a legitima. Para isso irá tratar da relevância do discurso ideológico-securitário exercido pelo senso comum punitivo emergindo comumente da criminologia midiática que através da exploração do crime através, por exemplo, do excesso de veiculação de imagens de crimes violentos em todos os horários e na maioria dos noticiários, da criação de um inimigo a ser combatido e do fomento de um medo difuso para a sugestão e implementação de políticas criminais autoritárias, mormente o modelo atuarial adotado nos Estados Unidos na década de 70 que, de acordo com as demandas eficientistas, tem causado paixões nos tecnocratas mundo a fora.

Esta pesquisa concentra sua relevância na possibilidade de trazer para academia conceitos e problemas poucas vezes abordados para que, ciente das questões que apresentaremos, possamos ultrapassar as barreiras da universidade e procurarmos medidas que possam humanizar as relações entre sociedade e o indivíduo desviante, bem como pensar em estratégias para evitar desrespeitos à integridade física e psíquica da população imersa no medo do *outro*, do sujeito mau cujo destino de sua vida não interessa a ninguém.

Buscaremos, portanto, descortinar o interesse de dominação por trás dos discursos da criminologia midiática, mostrar o quanto esta pode influenciar os projetos político-criminais e através deles incapacitar, seletivamente, por meio de privação de liberdade ambulatorial e, não raro, por meio de execuções sumárias os indivíduos estatisticamente compreendidos como integrantes de *grupos de risco* ou perigosos.

Para isto, usaremos as bases teóricas do filósofo francês Michel Foucault que servirá para analisarmos os aspectos discursivos do problema, bem como o exercício do poder presente na relação dos aparelhos midiáticos com a política criminal e o sujeito imputado como inimigo. De igual modo usaremos os estudos do criminólogo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, especialmente onde ele trata da criminologia midiática.

Articulando sobre a mesma linha teórica usaremos ainda como base os estudos sobre política criminal atuarial realizados pelo professor Maurício Stegmann Dieter e as explicações feitas pelo filósofo e ensaísta italiano Giorgio Agamben que atento aos fenômenos biopolíticos encontrou em suas pesquisas histórico-filosóficas um arquétipo de

vida a qual não importa o seu fim e a chamou de *vida nua*, ou seja, destituída de valor, de cidadania e de humanidade. Vida que pertence à figura do indivíduo *homo sacer*: insacrificável, porém matável.

Esse indivíduo sem valor humano será demonstrado através da análise dos estudos realizados nos últimos anos por instituições governamentais e privadas (ONGs) que analisam periodicamente os índices de encarceramento e mortalidade violenta, organizados pelos mais diversos aspectos (raça, etnia, faixa etária, etc.) o que nos levará a um lugar onde poderemos lançar luz sobre a barbárie omitida e, quando divulgada, naturalizada pelos meios de comunicação de massa, em especial a televisão.

2. Política Criminal

A política criminal em sua concepção mais comum é o programa que determina quais as condutas que devem ser criminalizadas e quais políticas públicas serão implantadas para prevenir e reprimir a criminalidade, bem como controlar suas consequências. Assim, difere da criminologia, que é essencialmente o estudo das determinações do crime, do criminoso e do processo de criminalização.

É das descobertas da criminologia, do estudo das propostas – novas e velhas – do direito penal e do estudo empírico do desempenho das instituições que compõem o sistema penal que a política criminal nasce e passa a ser o que antes se entendia sistematicamente como conjunto de recomendações e princípios que norteiam essas instituições ou até mesmo como conselheira da sanção penal.¹

A política criminal na atualidade não deve cumprir apenas o limitado papel de “conselheira”, tendo em vista a infinitude de determinações do crime, da criminalidade e do próprio criminoso e, sem penumbra, pela importante constatação de que a pena privativa de liberdade fracassou e não cumpre com suas funções declaradas. A política criminal, muito mais do que orientar o que, quem e como punir, deve pensar na diminuição da incidência do direito penal, isto é, pensar em soluções fora do âmbito criminal. Como explica Heleno Fragoso:

Uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele afastando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais.²

No entanto, longe do ideal minimalista penal³ e mais ainda do abolicionismo penal⁴ desenvolvido pelo criminólogo holandês Louk Hulsman, a política criminal ainda é regida por

¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Ed. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2015 p. 34.

² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Advocacia da liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, págs. 213 ss. *Apud*. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Ed. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2015 p. 34.

³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal*. V. 1. Montevideu: B de F, 2004, p. 299 ss.

⁴ HULSMAN, Louk; CELIS, Bernat J de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro, Luam, 1993.

antigos princípios e impulsionada por preceitos do senso comum midiático que ecoa nos lares, principalmente, por meio dos aparelhos midiáticos televisivos⁵.

Os clamores ardentes por punição para os inimigos, a necessidade de uma legislação que seja temida pelos que a transgridem, a exigência de respostas rápidas e eficazes são opositores diretos de uma política criminal que se queira isenta e justa. Entretanto, a política criminal é imensamente receptiva às demandas populistas punitivas e assim faz, aparentemente, para manter-se como aliada dos anseios do senso comum, escandalosamente levado às últimas consequências pela criminologia midiática⁶.

3. Políticas Criminais Autoritárias

As principais tendências político-criminais contemporâneas são o populismo, o apelo à justiça global e o gerencialismo, sendo a última a mais importante delas “desenvolvidas sobre o modelo econômico da gestão de risco promovida pelo *princípio da eficiência* e instrumentalizada pela *lógica atuarial*”⁷, expressão que remete à adoção do cálculo atuarial como critério racional de uma ação.

Esse eficientismo, pilar das políticas criminais autoritárias, aliado à *retórica de risco*⁸, orquestrada magistralmente pela criminologia midiática, congrega tanto o populismo punitivo vindo do medo difuso, consequência da ampliação aparente da criminalidade por meio da imprensa, quanto um risco global inerente à internacionalização desse discurso bélico.

Partindo da *ideologia securitária* que alerta para um perigo difuso, dos bairros assustados com a criminalidade de rua à esfera global – o medo do terrorismo –, a população autoriza a deflagração de uma *guerra* em desfavor de um *inimigo* não mais reconhecido como semelhante ou cidadão. Uma guerra não entre Estados soberanos, mas uma guerra interna entre Estado e população e, num nível molecular, entre população e população⁹.

Isto ocorre quando a política que antes era de defesa passa a ser de segurança, o que denuncia o status *biopolítico*¹⁰, pois num mundo completamente controlado e vigiado espera-

⁵ O termo *aparelhos midiáticos* aqui empregado remete aos aparelhos ideológicos do estado teorizados pelo filósofo francês Louis Althusser que funcionam, essencialmente, para manter a dominação dos mais fortes sobre os vulneráveis. Uma fonte de neutralização política “e uma reprodução da capacidade de perfeito domínio da ideologia dominante por parte dos agentes da exploração e repressão, de modo a que eles assegurem também ‘pela palavra’ o predomínio da classe dominante”. (ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 57-58).

⁶ A expressão criminologia midiática foi cunhada por Zaffaroni em suas conferências sobre criminologia cautelar, para designar uma criminologia esvaziada de reflexão teórica e propagadora de um senso comum midiático. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 303-324.)

⁷ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 19.

⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁹ SHMITT, Pula Helena. Espaços de exceção: a produção biopolítica do medo e do inimigo. in: *Biopolíticas*. Curitiba: IEA Academia, 2015, p. 226.

¹⁰ O termo “biopolítica” designa a maneira pela qual o poder tende a se transformar, entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, a fim de governar não somente os indivíduos por meio de um certo número de

se, no mínimo, segurança. Entretanto, a constante perda de liberdade e privacidade não implica em proporcional ganho de segurança. Essa diferença entre defesa e segurança não é meramente conceitual tendo em vista que “enquanto a ideia de ‘defesa’ envolve o conceito de uma barreira de proteção contra ameaças externas, a de ‘segurança’ justifica uma constante atividade marcial, tanto no interior de um país quanto no exterior”¹¹.

Se o inimigo público não é mais internacional, a guerra interna é contra segmentos específicos, inimigos estereotipados. A polícia passa a ser o exército e aqueles inimigos que outrora eram externos passam a ser combatidos com enfoque naquela parcela da população tida como perigosa, de risco – que não foi *docilizada* pelo *poder disciplinar*¹² e não é *útil* para a manutenção do *status quo* social. Para Foucault “a disciplina ‘fabrica’ indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos do seu exercício”¹³.

A perseguição do inimigo pela *ideologia da defesa social*¹⁴ orquestrada pelos aparelhos midiáticos não se esgota em si mesma e nem nos seus discursos. O medo que atravessa a população funda o senso comum do homem da rua (*every day theory*) sobre a criminalidade, o criminoso e as respostas repressivas que, invariavelmente, passam pela polícia que tem protegido o direito de agir como um legítimo *soberano*, ou seja, pode punir e matar “porque sim”, sobretudo, as *vidas nuas*¹⁵.

Neste contexto estrutural bélico de combate ao inimigo atemorizador, seja a fim de contê-lo por meio do enclausuramento, ou seja, exterminando esses cujas mortes são naturalizadas pelos discursos midiáticos, não é difícil encontrar a razão das flexibilizações das garantias penais e processuais penais e o desamor aos *defensores dos inimigos* (precisamente advogados) e a indiferença aos excessos policiais, pois:

[...] por coerência com a doutrina, particularmente com a doutrina militar, inimigo é inimigo mesmo, a ser neutralizado de qualquer forma; guerra é guerra mesmo, implicando inclusive o emprego não seletivo da força e da inteligência militar; combate é combate mesmo; há de haver vencedores e vencidos.¹⁶

procedimentos disciplinares, mas o conjunto dos viventes constituídos em população: a biopolítica - por meio dos biopoderes locais - se ocupará, portanto, da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade etc., na medida em que elas se tornaram preocupações políticas. REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. São Carlos: Claraluz, 2005. p. 26.

¹¹ HARDT, Michael e NEGRI, Antônio. *Multidão: guerra e democracia na era do império*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 43-44.

¹² Consiste o poder disciplinar em um poder adestrador, direcionado a apenas um indivíduo ou a um grupo restrito. Sua tecnologia incide sobre o corpo individual – sujeitando-o às categorizações, normatizações e não obstante, castigos. As escolas, as fábricas, o exército, as prisões, os hospitais, e extensivamente os aparelhos midiáticos nos categorizam e disciplinam.

¹³ FOUCAULT, Michel. “Disciplina”. In: *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 143.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan. 6. ed., 2014, p. 41.

¹⁵ Vidas insacrificáveis, porém matáveis. (Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 84).

¹⁶ SILVA, Jorge da. Militarização da segurança pública e reforma polícia: um depoimento. In: BUSTAMANTE, Ricardo e SODRÉ, Paulo César. *Ensaio jurídico: Direito em revista*. Rio de Janeiro: IBAJ, 1996, pág. 498. *Apud*. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei. 11.343/06*. ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

Nesta guerra o discurso que etiqueta e criminaliza, também é o discurso que clama ao soberano que mate os que representam perigo para sociedade. O Estado sabe que “para ser um bom soberano, é preciso que tenha uma finalidade: ‘o bem comum e a salvação de todos’”¹⁷ e daí determinar qual parcela da população deve ser combatida para que o restante dela se sinta em paz, e isso, obviamente, confere legitimidade ao seu governo.

Mas como em todo combate, é necessário traçar estratégias e estruturar as ações. Isso é feito pela política criminal, que se apodera dos mecanismos que lhe são convenientes para garantir o êxito na intervenção e frustração das atividades dos inimigos. Para evitar “fogo amigo” é preciso ter clareza em determinar qual parcela da população é inimiga do aparente bom funcionamento da vida em sociedade.

Não sendo suficientes as estereotipizações produzidas pelos discursos midiáticos, é necessário ter elementos com mais substância que vão caracterizar e dar razoável certeza de quais os *grupos* que necessitam ser *incapacitados*. Notoriamente, há dificuldade em agir diretamente contra os grupos, é preciso otimizar o processo de incapacitação e isso é feito através da análise do *perfil de risco*¹⁸ de cada indivíduo para poder incapacitá-lo seletivamente.

Para isso, os cálculos estatísticos e as análises comportamentais de determinados grupos da população são imprescindíveis para evidenciar quais destes grupos ameaçam a paz da sociedade. Sujeitos com comportamentos desviantes, problemas na escola, problemas psíquicos, “passagens pela polícia”, participação em movimentos de insurgência contra o governo, entre outros, são colocados no alvo estatístico criminalizante.

Ao longo da história da política criminal vários estudos foram realizados na busca de se antecipar a neutralização penal ao fato e evitar que determinados comportamentos delituosos viessem a ocorrer, ou, ocorrendo, a resposta punitiva, repressiva e normalizadora agisse com mais rapidez e eficácia. Muitos deles foram feitos baseados em apontamentos numéricos – cada vez mais com a consolidação das ciências sociais.

Essa apropriação não é estranha à política criminal, bem como ao sistema de justiça criminal – composto pelos subsistemas policial, de justiça criminal, de execução penal e hoje, intrinsecamente, pelos aparelhos midiáticos, sobretudo a televisão. Alerta-se que não se trata de uma demonização dos estudos estatísticos, mas sim uma veemente crítica à sua crua aplicação sistemática e irracional no gerenciamento da vida de seletos grupos da população.

4. A inserção do Cálculo Atuarial no Sistema de Justiça Criminal.

O instituto americano da *parole boards* que é, em suma, a soltura antecipada do réu preso antes do término do tempo de pena fixado na sentença, foi o responsável pela inserção do cálculo atuarial no sistema de justiça criminal. Tal instituto, feitas as devidas ponderações, é semelhante ao *livramento condicional* previsto no Código Penal Brasileiro em seu artigo 83

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradutor Roberto Machado. ed. 28. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 416.

¹⁸ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 19.

e sua gênese está na Europa continental, ainda que sua sistematização tenha vindo, em grande medida, com trabalho de estudiosos britânicos e sua efetividade tenha se dado na América do Norte.

Foi no campo da execução penal, através do cálculo de risco de reincidência do apenado, que a lógica atuarial se estabeleceu no sistema de justiça criminal. A necessidade de impedir a reincidência abriu portas para *técnicos* responsáveis pela neutralização e reabilitação do indivíduo desviante. Aos poucos os juristas perderam seu espaço pois problematizavam o delito e impediam as ações tecnicistas dispostas, concretamente, a não pensar o crime, mas encontrar maneiras eficientes de curar – num sentido humanista – o criminoso ou, quando não fosse possível, privá-lo de sua liberdade por *tempo indeterminado*¹⁹.

Após traçar os perfis era construída uma base de dados que fomentavam as sentenças que determinariam a soltura antecipada ou o internamento por tempo indeterminado. Ainda que com uma ou outra incerteza, não demorou para que o raciocínio atuarial se espalhasse globalmente para outros sistemas de justiça criminal, em especial na aplicação do *parole*.²⁰

Porém, como era de se esperar, seu declínio na formulação de sentenças como o *parole* veio com a falência da função de prevenção especial positiva da pena²¹ – destinada à reeducação (ressocialização) do sujeito delinquente – por motivos que vão desde esgotamento estrutural do cárcere, como também à inobservância das determinações da conduta desviante para além da perspectiva do positivismo etiológico, ou seja, para além da reducionista especulação metafísica do livre-arbítrio.

No entanto, pelo louvável avanço no que diz respeito ao afastamento do *místico* e aproximação da *ciência*, as *estatísticas* nunca mais perderam seu espaço no sistema de justiça criminal sendo usados para fundamentar o uso de outros institutos seja no plano da prevenção do crime, da resposta dada a ele ou mesmo da execução penal. Portanto, foi no campo da política criminal que os cálculos atuariais encontraram seu abrigo.

5. Política Criminal Atuarial: os excluídos da população

A política criminal atuarial é a reunião dos instrumentos atuariais (planilhas, cálculos estatísticos e aferições matemáticas diversas) para identificar o *risco individual* de um sujeito, em busca da eficiência na *gestão* da criminalidade, para, por meio de *dispositivos*²² disciplinares, seletivamente, incapacitá-lo quando este apresentar características do estereótipo – dessa vez consubstanciado por cálculos atuariais – de integrante de um grupo considerado de risco.²³

¹⁹ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 53.

²⁰ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 97.

²¹ *Ibid.*, p. 61.

²² “Um dispositivo é “um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma: o dito e o não-dito.” (REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. São Carlos: Claraluz, 2005. p. 40).

²³ DIETER, Maurício Stegemann. *Op. Cit.*, p. 104.

Sua base surge diante do alto índice de reincidência no crime. A justiça criminal estadunidense²⁴ se articulou para que a política criminal oficial afastasse de seu objetivo a premissa da *prevenção especial positiva*, e é nesse momento que se surge uma nova penologia²⁵ que adota premissas diferentes daquelas humanistas emergidas durante o *welfare state*.

Isso ocorre a partir de um consenso sobre a necessidade de descartar a proposta de reabilitação social. Movimento reacionário que teve como seu combustível a ideologia neoliberal a qual se ocupava em criticar as políticas públicas desenvolvidas durante o falecido estado de bem-estar social.

Muitos foram os alertas de que a manutenção da vida por meio das *instituições totais* era incompatível com as propostas de reabilitação social. Os trabalhos *vigiar e punir* e *manicômios, prisões e conventos* de Michel Foucault e Erving Goffman, respectivamente, são dois dos mais notáveis estudos sobre a existência e a decadência do confinamento de sujeitos. Notadamente, esses trabalhos ainda compõem as principais referências do estudo das prisões e de outras instituições *normalizadoras*, dispositivos concretos do *poder disciplinar*.

Por outro lado, sustentar um discurso oficial de que o ideal ressocializador é irreversivelmente decadente e que a finalidade prioritária da pena não deveria ser mais a *prevenção especial positiva* trouxe significativos questionamentos quanto à própria existência legítima da prisão, pois ela não alcançava o seu fim utilitário de tornar corpos *dóceis* e *úteis*, ideia central da sua *legitimidade formal*.

A análise de conjuntura atual em contraponto ao o momento da crise de legitimidade da prisão emergida àquela época nos Estados Unidos nos mostra o atraso da maior parte do mundo em suas políticas de execução penal e na crença das funções declaradas da pena. Não obstante, mesmo com toda a experiência de reincidência e não diminuição dos delitos, os Estados Unidos ainda hoje são o maior encarcerador do mundo, seguido da Rússia, da China e do Brasil²⁶, respectivamente.

Paralelamente ao anúncio da decadência do ideal ressocializador diante do altíssimo índice de reincidência, nasce a descrença nas demais funções clássicas da pena que por meio da restrição da liberdade do sujeito²⁷ aumenta o interesse em também intimidar aqueles que ainda não praticaram o delito (*prevenção geral negativa*) e retribuir o mal àqueles que incorreram no delito (*prevenção especial negativa*), portanto a descrença é essencialmente na *cura* e na reinserção do delinquente.

Apesar de haver as descrenças em relação à intimidação do sujeito desviante, bem como a evidente ilegitimidade da instituição carcerária, os esforços para mantê-la como uma

²⁴ A criminologia e a política criminal nascem nos grandes centros do mundo e são copiada para os países periféricos. Por essa razão Zaffaroni reivindica uma criminologia da América latina, por entender que temos características estruturais e conflitos próprios os quais não se moldam aos saberes dos países centrais.

²⁵ Expressão que remete ao artigo intitulado: The new penology. FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. *The new penology*. in: McLaughlin, Eugene. *Criminological perspectives: Essential Readings*. 2 ed. Londres: Sage, 2005.

²⁶ Os dados atuais do *International Centre for Prison Studies*, uma organização não governamental com sede em Londres e que acompanha os números do encarceramento no mundo todo, colocam o Brasil em 4º lugar no ranking mundial de população prisional. Da mesma maneira, o país ocupa o 1º lugar quando comparado aos demais países da América do Sul. Mais informações em: <<http://www.prisonstudies.org/>>. Acesso em 04 mai. 2016.

²⁷ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pág. 100.

necessidade, ainda que sem unanimidade, continuaram, pois “acabar com a prisão nunca fora uma opção real, haja vista sua necessidade para a preservação da ordem social fundada sobre a distribuição desigual dos meios de produção no Estado capitalista, como evidencia a teoria crítica.”²⁸

Com máximo esforço e aquém da contraditoriedade de ser um sistema esquizofrênico, a prisão restabeleceu-se e assumiu sua pior face. Foi a partir do novo investimento na *prevenção especial negativa*, ou seja, por meio da incapacitação operada pelo trancafiamento do sujeito que retornou de um período marcadamente decadente apontado em *Punishment and Social Structure* do Otto Karchheimer e Georg Rusche²⁹.

No entanto, essencialmente, não importava à nova penalogia as antigas funções de punir, intimidar ou reabilitar os sujeitos, mas sim controlar e neutralizar os *grupos de risco* a partir de seus membros, dessa forma com o melhor custo benefício – herança do movimento de *law and economics*³⁰. Assim, funciona o gerenciamento de uma parcela da população tida, permanentemente, como perigosa³¹ para a manutenção da ordem e da paz social. Inimigos permanentes com a *cabeça a prêmio* todos os dias.

Uma guerra para criar ou manter a ordem social não pode ter fim. Envolverá necessariamente o contínuo e ininterrupto exercício do poder e da violência. [...] em outras palavras, não é possível vencer uma guerra dessas, ou por outra, ela precisa ser vencida diariamente. Assim é que se tornou quase impossível distinguir a guerra da atividade policial.³²

Um bom governo tem que ser, ou aparentar ser, legítimo, e fazer de suas ações legítimas (aparentemente ou não), por isso cria *saberes*, disciplina e articula *discursos*, instrumentaliza-se através da mídia – garantia de propagação do medo difuso – para tornar clara a necessidade do enfrentamento massivo e ostensivo da parcela “perigosa” da população. Para isso é indispensável a função do seu *dispositivo polícia*.

Na intenção de manter-se legítima em seu plano de incapacitação e extermínio das *classes*³³ indesejadas elabora-se *causas* para defender em nome da paz da população. A guerra ao tráfico de drogas, assim como a guerra ao terror são *causas* tidas como “nobres” e que garantem ao soberano a legitimidade do combate permanente e o blindam contra possíveis críticas de excesso.

Para ações intencionais ou desastrosamente letais são criados artifícios retóricos que mascaram os abusos no exercício do poder, como por exemplo, no Brasil, os chamados *autos de resistência*, que nada mais são do que justificativas para execuções sumárias. Em última

²⁸ *Ibid.*, pág. 99.

²⁹ RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Brasileiro de Criminologia, 1999., pág. 127-137 e 154-155.

³⁰ DA ROSA, Alexandre Moraes. *O que resta do estado nacional em face da invasão do discurso da law and economics*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, págs. 153-183.

³¹ FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. The new penology. In: McLaughlin, Eugene. *Criminological perspectives: Essential Readings*. 2. ed. Londres: Sage, 2005, págs. 435-436 e 440.

³² Hardt, Michael e NEGRI, Antônio. *Multidão: guerra e democracia na era do império*. Rio de Janeiro: Record, 2005, págs. 35-36.

³³ Não se abandona a concepção de que ainda vivemos numa sociedade estratificada e organizada por classes onde umas se sobrepõem às outras. Assim é, não para fomentar divisões, já a que a própria estrutura social se encarrega disso, mas para que as classes oprimidas tomem consciência de sua condição de oprimido e não cesse a luta contra os que as oprimem.

análise, os estudos que apontam a letalidade da polícia, sobretudo no Brasil, fazem crer que é papel da polícia exterminar os *indesejáveis*.

Segundo o relatório³⁴ divulgado pela Anistia Internacional as forças policiais brasileiras estão entre as que mais matam no mundo. O estudo aponta que 15,6% dos homicídios registrados no Brasil em 2014 tiveram policiais como responsáveis e, só em 2012, 56 mil pessoas morreram em todo o país vítimas de disparos efetuados por integrante da polícia. O que é ainda mais escandaloso é que, segundo a pesquisa, muitas das vítimas quando foram mortas já estavam rendidas ou feridas, outras nem sequer receberam previamente advertências para que pudessem se entregar.

É importante ressaltar que o levantamento foi concentrado na Zona Norte do Rio de Janeiro onde se constatou que entre as vítimas da violência policial, entre 2010 e 2013, 99,5% eram homens, quase 80% eram negras e 75% tinham entre 15 e 29 anos, uma gritante denúncia à seletividade das agências policiais e ao extermínio da juventude negra do país. Conquanto não haja números oficiais sobre mortes causadas por policiais em serviço nos Estados Unidos, o estudo da ONG também o aponta como país onde a violência policial é preocupante. As estatísticas regionais mostram que o perfil dos mortos em confronto com a polícia é análogo ao registrado no Brasil, sendo a maioria das vítimas – ou *inimigos* – negras e jovens.

Hardt e Negri ao analisarem o discurso de combate à população criminalizada afirmam que “a presença constante de um inimigo e a ameaça de desordem são necessárias para legitimar a violência imperial. Talvez não deva surpreender o fato de que, quando a guerra constitui a base política, o inimigo se torna a função constitutiva da legitimidade.”³⁵

Torturar, sequestrar e matar os indivíduos pertencentes a segmentos indesejados da população é *modus operandi* da polícia tão bem afinada com o governo soberano. Os *Comensais da morte*³⁶ agem diuturnamente em busca daqueles tidos como perigosos e, por força da proteção da sua instituição (polícia), não temem e nem ponderam suas ações, pois se não conseguem esconder o que parece ser seu real objetivo.

Quando põem em risco a legitimidade da guerra, são investigados e julgados por uma corregedoria composta por seus pares, fato que chama atenção porque “em que pese o exercício de todo poder implicar um contrapoder de ordem inversa, surge toda uma maquinaria cuja a razão de existência é justamente abafar, absolver, imunizar certos poderes em detrimento de outros”³⁷. Martela na cabeça a máxima: *quem policia a polícia?*

É demasiadamente fácil constatar quais grupos se pretende incapacitar. Em todo mundo, sobretudo nos países marginais, o sistema prisional é muito competente em fornecer amostras para identificar o alvo que sistema penal mira. No Brasil, o que confirma o atual

³⁴ INTERNACIONAL, Anistia. *Você matou meu filho!*: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

³⁵ HARDT, Michael e NEGRI, Antônio. *Multidão*: guerra e democracia na era do império. Rio de Janeiro: Record, 2005, págs. 55-56.

³⁶ Personagens da série de sete romances de fantasia escrita pela autora britânica Joanne Ketlin Rowling: *Harry Potter*. Os Comensais da morte são um grupo de bruxos liderados por Lord Voldemort cujas táticas de combate parecem se constituir, principalmente, de guerra psicológica, através de sequestros, ameaças e assassinatos cuidadosamente planejados.

³⁷ SAMPAIO, André Rocha. Polícia para quê (quem), ou o ataque do coioote fracote ao poder disciplinar do soberano. in: *Biopolíticas*. Curitiba: Iea academia, 2015, p. 329.

relatório do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN³⁸, pobres, analfabetos, desempregados, jovens entre 18 e 29, negros e pardos são maioria absoluta dentro dos estabelecimentos prisionais, não por acaso são estes, reservada a total observância a outras determinações, todos vítimas do maior fator criminógeno: a desigualdade social.

Nas periferias a juventude negra sucumbe aos espancamentos e mortes e a cada tempo que passa fica mais comum ver noticiado – para conferir seriedade à imprensa ou quando não dá mais para esconder – que sujeitos, vítimas das atividades nocivas da polícia, não teriam qualquer envolvimento em atividades ilícitas. Aos que a população não quer ver, pretos e pobres em sua maioria, como apontam os relatórios, o Estado manda polícia para entregar-lhes o “diploma de não *cidadão*” ou deflagrarem covardemente 111 tiros de fuzil³⁹. E é precisamente nas zonas *marginais* ou fora dela, porém em detrimento dos *marginais*⁴⁰ que ocorre o fenômeno de impiedade.

Quando morre ou é espancado e levado algemado aos trapos não é problema do restante da população. Se tiver envolvimento com o crime o discurso será o de “menos um”; se não tiver, será ouvido o discurso de que *ele* estava “no lugar errado e na hora errada” (mesmo estando em sua casa e sem “dever nada”).⁴¹

Cada vez mais é natural discursos da ordem de “antes eles do que nós”. Isso ocorre porque a sociedade não mais se identifica com aquele indivíduo objetificado e o estado de caça ao inimigo se consolidou evidenciando as estruturas do direito fundadas na exceção, onde, por óbvio, garantias “humanistas” estão suspensas. Para Agamben:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados de democráticos.⁴²

Ainda que este trabalho tome como referencial o Estado como único soberano, o gerenciamento da vida é feito por meios difusos por instituições que atuam em diversas esferas do corpo social, em suma, não é o *príncipe*⁴³ que exerce poder diretamente sobre a vida e a morte dos indivíduos pertencentes aos “malditos” grupos, mas sim, nos moldes da

³⁸ BRAZIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen)*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

³⁹ Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/mais-de-100-tiros-foram-disparados-por-pms-envolvidos-em-mortes-no-rio.html>. Acesso em: 15 abri. 2016.

⁴⁰ Sentido etimológico; aqueles que estão à margem.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/policiais-militares-invadem-casas-sem-mandado-judicial-e-ameacam-inocentes-ajambqi2hcoz3nalrk1ifjk26>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

⁴² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção Estado de Sítio). pág. 13.

⁴³ Alusão à obra de Nicolas Machiavel.

*governamentalidade*⁴⁴, todo o conjunto de instituições capazes de construir e estimular o combate aos inimigos através da propagação do medo.

Este soberano difuso, descaracterizado, não se articula apenas por instituições oficiais. Os aparelhos midiáticos e todo seu arcabouço discursivo são a face definida mais opaca da *governamentalidade*. Através deles se criam hábitos alimentares, estimulam cuidados com a saúde por meio de campanhas publicitárias, incitam determinadas camadas da população a irem às ruas protestar ou não, motivam gostos e ódios e, fundamentalmente, disseminam o medo.

6. Conclusão

A constante busca por soluções imediatistas e eficazes para problemas complexos nos cobra um alto preço e nos distancia dos objetivos humanistas que idealizamos. Constrangida pelo medo da violência existente, porém intencionalmente ampliada em sua representação pela imprensa, a sociedade encontra nos projetos de recrudescimento da lei penal e nas estratégias desumanas de prevenção da criminalidade um porto seguro, ainda que simbólico. A liberdade e intimidade da população encontram-se cada vez mais cerceadas em nome de uma segurança que não cresce em proporção às restrições criadas pela sociedade do controle.

O enrijecimento das leis penais e de todos os instrumentos político-criminais não diminui a criminalidade, provocando até, em determinados casos, um efeito completamente reverso. Cria-se inimigos, fomenta-se guerras e o que temos são prisões e mortes numa dimensão assustadora, entretanto nesse combate cotidiano restou comprovado que um lado é aniquilado sem piedade e sem nenhuma justificativa consistente, apenas argumentos retóricos que funcionam perfeitamente como silenciadores das manifestações descontentes (quando há) de uma restrita parcela da população.

No curso desta investigação pudemos perceber o quão letal é o discurso punitivista e toda sua fundamentação contra um sujeito reconhecido como inimigo. Observamos que com uma política criminal que recebe dos discursos simplistas da criminologia midiática, o sistema penal torna-se muito mais um maquinário de combate e vingança, do que um forte de proteção de direitos dos indivíduos que por ela passa.

Essa situação se agrava quando este é colocado em primeiro plano para solucionar conflitos sociais, assim, pulveriza-se toda a possibilidade de discutir a resolução dos conflitos por outras áreas que não a criminal. O direito penal não é enxergado pelo senso comum como *ultima ratio* e a consequência disto é um crescimento vertiginoso de processos penais -

⁴⁴ Foucault: "Por governamentalidade entendo o conjunto constituído pelas instituições, procedimento, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer essa forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, como forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por governamentalidade, entendo a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder que se pode chamar de "governo" sobre todos os outros - soberania, disciplina etc. Enfim, por governamentalidade, eu creio que seria preciso entender o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XVI e XVII Estado administrativo, foi pouco a pouco 'governamentalizado'." REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. São Carlos: Claraluz, 2005, pág. 54-55.

estigmatizantes por si só - e um sistema carcerário ainda mais desumano e abarrotado de corpos destituídos de direitos.

Entendeu-se nesse estudo que a política criminal, compreendendo a lei penal, tem um sistema não oficial que serve essencialmente para aniquilar, segundo a demanda belicista, indivíduos cujas vidas não interessam a ninguém. De modo que práticas ilegais empregadas por parte dos agentes da polícia são simplesmente normalizadas, pois estas, pelo menos na maior parte do tempo, só invadem as casas dos sujeitos vulneráveis que são, em regra, aqueles pertencentes às classes dominadas.

O medo do inimigo, diariamente explorado pela mídia de massa, legitima todo e qualquer intento para a neutralização dos indesejáveis, sobretudo aqueles apontados pelos instrumentos atuariais como perigosos e irrecuperáveis. O que se nota quando, ao estudarmos os dados que apontam para a letalidade da polícia brasileira, bem como os perfis dos mortos e encarcerados por ela, constatamos que mesmo com o escancaramento da seletividade punitiva e o fim dado a essas vidas não se vê nenhuma grande manifestação nos principais jornais. São apenas *eles* que se vão e que bom que vão.

A conclusão, portanto, é que toda política criminal que se pretenda justa e legítima não deve obedecer as demandas midiáticas que esvaziam o conhecimento criminológico e aponta ele apenas entrave para medidas eficientes no combate a criminalidade. Sobretudo, não se pode olvidar que a redução da subjetividade humana à valorações numéricas para determinar se sujeito é ou não pertencente a um perfil construído pelos discursos e pela disciplina como perigoso e/ou de risco, dessensibiliza ainda mais um sistema notadamente desigual e distante da realidade humana.

É certo que as vidas, especialmente a vida das classes vulneráveis, são geridas e neutralizadas pelos aparelhos midiáticos responsáveis em grande medida pelas políticas criminais beligerantes. É necessário um maior respeito às normas constitucionais, às garantias advindas dos tratados internacionais para que possamos, com máximo esforço, conscientes dos desafios epistemológicos e práticos, oxigenar nosso sistema penal evidentemente autoritário.

Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal*. V. 1. Montevideo: B de F, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Ed. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen)*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira-relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei. 11.343/06*. ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2013.

- DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. *The new penology*. in: McLaughlin, Eugene. *Criminological 'perspectives: Essential Readings*. 2 ed. Londres: Sage, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradutor Roberto Machado. ed. 28. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.
- FOUCAULT, Michel. "Disciplina". In: *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 143
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Advocacia da liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- HARDT, Michael e NEGRI, Antônio. *Multidão: guerra e democracia na era do império*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Bernat J de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro, Luam, 1993.
- INTERNACIONAL, Anistia. *Você matou meu filho!: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.
- G1, Rio. *Mais de 100 tiros foram disparados por PMs envolvidos em mortes no Rio*. G1. 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/mais-de-100-tiros-foram-disparados-por-pms-envolvidos-em-mortes-no-rio.html>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- LOPES, José Marcos. *Policiais militares invadem casas sem mandado judicial e ameaçam inocentes*. Gazeta do povo. 03 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/policiais-militares-invadem-casas-sem-mandado-judicial-e-ameacam-inocentes-ajambqi2hcoz3nalrk1ifjk26>>. Acesso em: 22 mai. 2016.
- REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. São Carlos: Claraluz, 2005
- SAMPAIO, André Rocha. *Polícia para quê (quem), ou o ataque do coite fracote ao poder disciplinar do soberano*. in: *Biopolíticas*. Curitiba: Iea academia, 2015.
- SHMITT, Paula Helena. *Espaços de exceção: a produção biopolítica do medo e do inimigo*. in: *Biopolíticas*. Curitiba: iEA Academia, 2015.
- SILVA, Jorge da. *Militarização da segurança pública e reforma polícia: um depoimento*. In: BUSTAMANTE, Ricardo e SODRÉ, Paulo César. *Ensaio jurídicos: Direito em revista*. Rio de Janeiro: IBAJ, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

O ACORDO DE LENIÊNCIA, DA LEI ANTICORRUPÇÃO, COMO INSTRUMENTO EFETIVO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS

The Leniency Agreement as an effective vehicle for administrative and civil accountability of legal people

FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO

Professor no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP), do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), da Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP – Madrid) e investigador no International Center of Economic Penal Studies (ICEPS– New York) e de projetos coordenados pela Secretaria Geral para América Latina (Montevideo).

Resumo: O presente artigo traz à baila uma das inovações precípuas da Lei Anticorrupção: o acordo de leniência, que exsurge como um dos principais instrumentos ao combate do espúrio ato corruptivo que recrudescer e degenera os alicerces do Estado Democrático de Direito. Por demais, traz em seu âmago os pontos de acerto e os possíveis entraves que este mecanismo deve enfrentar pela falta de uma maior iniciativa do Poder Legiferante.

Palavras-Chave: Lei Anticorrupção; Acordo de Leniência; Vantagens e Dissabores.

Abstract: This article brings as one of the most important innovation of Anticorruption Law: the leniency agreement, that serves to combat spurious corruptive acts that grows and degenerates the foundations of the democratic rule of law.

Keywords: Anti-corruption Law; the Leniency Agreement; Advantages and unpleasantness.

1. Propedêutica

Independente do modelo civilizacional empregado ou da forma de estruturação do Estado, a corrupção sempre se fez presente – seja como mecanismo de enriquecimento espúrio ou como instrumento de contraprestação.

Ocorre, entretanto, que com a globalização, a fluidez de capitais desterritorializados – que enfraquece o conceito de Estado-Nação, como o centro único do poder político e regulador da vida econômica¹ – e a incessante continuidade das relações financeiras globais, exsurtiu um maior engendramento das estruturas delitivas.

Dentro desta perspectiva, desponta a corrupção com uma dimensão nunca antes vista; apta a atingir bens jurídicos dos mais variados – seja lesando interesses individuais e concretos (v.g. patrimônio) ou, de outro turno, transindividuais e abstratos (v.g. ordem econômica) – e com uma verberação transnacional – como se vislumbrou, recentemente, com o *Panamá papers*, onde diversos indivíduos de inúmeras nacionalidades, sendo alguns chefes de estado, se valiam de empresas em paraísos fiscais (*offshore*) para a concreção de um número plural de atos ilegais (como evasão fiscal, tráfico de drogas, dentre outros).

Decerto, hialino que, como um carcinoma, a corrupção degenera as entranhas do Estado Democrático de Direito: usurpa funções do Estado e se aproveita do caos urbano e de políticos existentes para se alimentar, crescer e se disseminar dentro do sistema imunológico Estatal – vindo, nessa toada, a mitigar algumas das funções vitais da Administração Pública.

Por esta razão, com a constante mutação existente no mundo real (plano do ser), se faz imperioso, de forma reflexa, que a doutrina busque mecanismos para adaptar o plano a ela intimamente ligado: o do dever-ser.²

Noutra palavra! Faz-se necessário que o direito, para não ficar desassociado da realidade havida – o que traria uma sensação de insegurança jurídica e de descrédito por parte da sociedade –, tente se ajustar a ela, buscando novos instrumentos e sistemas para atenuar a corrupção e a criminalidade hodierna.

Desta sorte, exsurtem no epicentro da sociedade diversas elucubrações (como as 10 medidas contra a corrupção, capitaneadas pelo Ministério Público Federal e pelos Ministérios Públicos de todo Brasil), bem como inúmeros projetos de lei³ (muitos deles frutos de um Direito Penal Demagogo⁴), tendentes a combater tal prática deletéria.

¹ PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; CERVINI, Raul; CARVALHO, Jaqueline Lourenço Rodrigues Lopes de. O anfiteatro do Direito Penal Econômico: seus postulados comezinhos e a avaliação dos critérios mais apropriados à delinquência econômica. In: *Revista Jurídica Lex*. Volume 74. São Paulo: Lex. 2015. P.395.

² KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do Alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

³ Como já asseverava Isaac Newton, criador da lei da gravitação e das famosas três leis de Newton – descritas no ano de 1687, período do iluminismo (*Aufklärung, Siècle des Lumières*), em seu aclamado trabalho de três volumes intitulado *Philosophiae naturalis principia mathematica* –, toda ação leva a uma reação.

De tal arte, tal fenômeno não fica estancado ao solo pátrio. Como exemplificação, relembra-se o midiático caso *Watergate* – ocorrido nos Estados Unidos na década de 70, onde quatrocentas empresas americanas subornavam funcionários públicos – que, posteriormente (em 1977), deu ensejo ao *Foreign Corrupt Practices Act*.

⁴ Como outrora lido (mas, infelizmente, olvidada a devida autoria de tamanha verdade), fica a ponderação de que “quando a mídia dramatiza, espetaculariza, o parlamento imediatamente ecoa. O legislador, que perdeu completamente sua autoridade (em virtude do seu envolvimento com tantas falcaturas, nepotismos, patrimonialismos etc), já não consegue reagir de forma racional e independente. Seu discurso se apresenta, quase sempre, como apêndice da mídia. Essa é uma das partes mais visíveis da engrenagem do populismo penal.”. PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. *Direito Penal do Inumano e a nova ordem constitucional*. In:

Uma destas inovações legislativas, com esboço no princípio da moralidade administrativa⁵, se deu com a concreção da denominada Lei Anticorrupção (Lei n.º.12.846, de 1º de agosto de 2013⁶), que teve seu fomento nas manifestações populares ocorridas durante a nona Copa das Confederações, em Junho daquele mesmo ano, dado os gastos excessivos e não transparentes para as obras da Copa do Mundo (2014) e das Olimpíadas do Rio (2016).

Em seu cerne, como medidas ao enfrentamento desta funesta prática ilícita⁷, se destacam: a) a responsabilidade objetiva das pessoas físicas por atos de corrupção praticados, em seu interesse e benefício – exclusivos ou não –, por seus dirigentes, gestores, empregados e até terceiros que a representem; b) a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP); c) o acordo de leniência⁸, como forma de responsabilização civil e administrativa dos entes de existência ideal; d) a adoção de *compliance* – prática já usual em empresas sediadas na Europa e nos Estados Unidos – para evitar a prática de condutas corruptas em ambientes empresariais, seja pela implementação de ouvidorias ou de códigos de ética e de conduta compatíveis com a boa-fé e a transparência; etc.

Diante deste cenário, passemos a verticalizar o que há de mais atual no combate a corrupção e nesta hodierna legislação!

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Questões Relevantes do Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, 2012. P.160.

⁵ Previsto de forma expressa no artigo 37, *caput*, de nossa Bíblia Política e defendido no Brasil primeiramente por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1974), tal axioma traz a ideia de que a Administração Pública e seus agentes têm de atuar pautados em princípios éticos e em valores daí decorrentes, como a boa-fé e a lealdade.

Noutra palavra! Desde a sistematização deste princípio na França, em 1927, por Maurice Hauriou, a moralidade administrativa traduz a boa administração somada à retidão de atitudes. *Id est*, denota “um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2011. P.41).

Decerto, não por outra razão, a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, sendo tutelada em diversos outros mandamentos legais, como: a) na Lei de combate à improbidade administrativa (Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992); b) na Lei de licitações e contratos administrativos (Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993); etc. Isso, logicamente, sem olvidar a guarida dada pela ação popular (artigo 5º, LXXIII, CRFB), que permite a anulação, por qualquer cidadão, de ato lesivo à moralidade.

Nesse sentido: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007. Pp.68-71; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. Pp.87-89; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. Pp.122-123; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pp.203, 486-487, 1137-1138.

⁶ Amiúde! A Lei Anticorrupção foi criada em consonância com outros documentos internacionais de mesmo espírito, como: a) a convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais; b) o *foreign corrupt practices act*; etc.

⁷ Desmiúde! Apesar das excelentes ideias trazidas, a referida Lei foi falha ao se abster de regular critérios para a fixação de multa. Ademais, merece atenção o rito e a competência do procedimento administrativo. CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei n.º. 12.846/2013 – Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*. São Paulo: Universidade de São Paulo. V.2, n.1, 2015. P.162.

⁸ Note! Somente após quase dois anos da publicação da Lei Anticorrupção é que exsurgiu o Decreto Regulamentador n.º. 8.420 de 2015 – que foi o responsável por elucidar o acordo de leniência e o instituto do *compliance*.

2. O acordo de leniência: vantagens e dissabores

Fruto do direito norte-americano, a leniência concorrencial – que deu azo ao Programa de Leniência Empresarial – emergiu sob a crítica e resistência de parcela dos cultores do direito⁹. Tal cenário, diga-se de passagem, se perfez até a descoberta (fruto destes acordos¹⁰) da existência de um número plural de cartéis que se proliferavam para diversos setores da economia estadunidense.

Ante este resultado, e a prova cabal de que tal instrumento auxiliava no desmantelamento de uma criminalidade cada vez mais estruturada, o acordo de leniência se difundiu pelo mundo – se fazendo presente em inúmeros ordenamentos internacionais.

O Brasil, não estanque a este movimento global – até porque padecia dos mesmos sintomas que atacavam as vísceras de outros Estados –, introduziu, nos anos 2000¹¹, o acordo de leniência no artigo 35-B, da Lei n.º.8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), como forma de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Com estofo no referido artigo, se fazia possível que a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) celebrasse o acordo de leniência com outras empresas ou indivíduos que participassem – ou haviam participado – de um cartel ou de qualquer outra prática anticoncorrencial coletiva.

Devido ao seu emprego efetivo e aos sucessos obtidos, o acordo de leniência se estendeu para outras previsões legislativas, como: a) para a Lei n.º.12.529, de 30 de novembro de 2011 – que estruturou o Sistema Brasileiro de Concorrência e deu nova roupagem a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica –; e b) para Lei n.º.12.846, de 1º de agosto de 2013 – que trouxe a possibilidade de leniência anticorrupção e a leniência nas infrações de licitações.

Em sua essência, similar ao instituto da colaboração processual¹², a leniência traduz a concessão de algumas vantagens – como redução da sanção¹³ ou, até mesmo, a inexistência de

⁹ É que a *Leniency Program*, que emergiu em 1978 como a primeira norma a tratar deste assunto, franqueou a adoção de critérios subjetivos – pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos – para a sua celebração. De modo que, ainda que houvesse cooperação na investigação, ficaria ao alvedrio do Departamento de Justiça Estadunidense conceder as benesses dispostas no mandamento normativo. Dada esta discricionariedade, que sobejou numa insegurança jurídica, houve o desestímulo de futuros acordos. Nesse sentido: FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015. P.258.

¹⁰ Dada a pouca concreção de acordos firmados pela *Leniency Program* (1978), os Estados Unidos, no ano de 1993, revisou a legislação vigente e a aperfeiçoou com a elaboração da *Amnesty Program* – de modo que, preenchidas as condições lá pretendidas, a leniência deixou de ser ato discricionário para se tornar ato vinculado.

¹¹ Lei n.10.149, de 21 de dezembro de 2000.

¹² Tal instituto, retratado liminarmente na Bíblia e introduzido em nosso ordenamento jurídico por intermédio das Ordenações Filipinas – havendo perdurado até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830 – ganhou destaque nos noticiários e no cerne acadêmico em razão do eclodir da Operação Lava Jato – que investigava o branqueamento de capitais perpetrado pelo ex-deputado federal José Janene, em Londrina –, uma vez que jamais se imaginou que o emprego de determinados institutos processuais (dentro do qual a colaboração processual se faz presente) elucidaria um dos maiores desvios econômicos já concretizados em solo pátrio.

Ocorre, entretanto, que apesar de muito próximos (já que anseiam a efetividade das investigações), tais mecanismos de combate à criminalidade hodierna apresentam algumas distinções, seja no campo das diferentes críticas a eles direcionadas, ou, ainda, com relação a quem seria o responsável por sua celebração – isso porque, o acordo de leniência vem a ser realizado entre a autoridade máxima de cada órgão administrativo e as pessoas

sua subsunção¹⁴ – àquela pessoa jurídica que admitir sua participação na prática de determinado ato deletério ao mesmo passo em que pontua informações relevantes para o esclarecimento do fato espúrio – vindo a cooperar com as investigações e o processo administrativo e, por demais, comparecendo, sempre que solicitada, a todos os atos processuais até o seu findar.

Porém, desmiúde que não basta a cooperação plena e permanente para que tais benesses sejam concedidas, se faz imperioso – com pálio no artigo 16, § 1º, da Lei Anticorrupção – que a pessoa moral seja a primeira a se manifestar sobre o seu interesse para cooperação¹⁵. Ademais, é hialina a necessidade de que, uma vez que venha a propor o acordo, a pessoa mística cesse sua atuação espúria e lesiva a ordem jurídica.

Com o atender concomitante de tais requisitos, o acordo é celebrado e a brandura da pena é aplicada. Abre-se mão de uma punibilidade mais severa para desvendar as ramificações, extensão e profundidade da criminalidade que arraiga e vilipendia toda uma sociedade; de modo que, numa escala ponderativa, se vislumbra um maior interesse social de se buscar e punir todos envolvidos nesta prática deletéria, ao invés de fazer incidir sobre apenas um indivíduo ou uma pessoa jurídica um preceito secundário de maior reprimenda.

Trata-se, assim, de um excelente mecanismo para debelar crimes mais elucubrados e de difícil descoberta – não só por serem melhores estruturados, mas, de igual modo, por fincarem suas raízes em diversos campos do Estado (como hirudíneas), o que dificulta a verticalização de eventuais persecuções criminais e administrativas.

Entrementes, apesar de no plano do dever-ser o acordo de leniência só apresentar vantagens para ambos os lados (tanto do Estado, quanto daquele que delinque), é digno de nota que a presente legislação anticorrupção apresenta alguns entraves para sua ideal concreção¹⁶ e algumas críticas quanto ao excesso de alguns de seus dispositivos.

morais responsáveis pela concreção de atos lesivos à Administração Pública; enquanto, *mutatis mutandis*, o *crownwitness* vem a ser perpetrado com o Ministério Público e homologado pelo Judiciário.

¹³ Redução em até 2/3 (dois terços) da multa aplicável por atos lesivos à Administração Pública, como assevera o artigo 6º, inciso I da Lei Anticorrupção.

Id est, há redução daquela multa calculada na proporção de 0,1% a 20% sobre o faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo – o que trouxe diversas críticas por parte dos empresários, que professaram que a sanção máxima havida seria um valor não palpável, dado sua exorbitância, apta a inviabilizar as atividades da pessoa moral punida – ou, caso não seja possível utilizar este critério, da multa aquilatada em reais, cujo *axio* varia de R\$ 6 mil reais a R\$ 60 milhões de reais.

¹⁴ Diferentemente do que se perfaz com a Lei nº.12.529, de 30 de novembro de 2011 – que extingue, inclusive, a punibilidade nos crimes perpetrados (cartel) –, a Lei Anticorrupção só traz algumas isenções que não orbitam a esfera criminal, como: a) a não aplicação da sanção de publicação da decisão condenatória (artigo 6º, inciso II, da Lei nº.12.846, de 1º de agosto de 2013); e b) a não subsunção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entes públicos (artigo 6º, inciso IV, da Lei nº.12.846, de 1º de agosto de 2013), de acordo com o que preconiza o artigo 16, § 2º, da Lei Anticorrupção.

Destarte, remanesce a crítica que demais penalidades são mantidas, como as sanções judiciais de perdimento de bens; a suspensão ou a interdição das atividades e, por fim, até mesmo a dissolução compulsória da pessoa jurídica. Isso, ainda que acordo de leniência tenha sido firmado e cumprido.

¹⁵ Neste ponto, fica a ponderação de que o Decreto Regulamentador nº. 8.420 de 2015 veio em sentido antípodo ao da determinação legal ao cunhar que outras empresas – que não a primeira que manifestou este interesse – podem celebrar o acordo “quando tal circunstância for relevante” (artigo 30, inciso I, do decreto em testilha).

¹⁶ Isso, obviamente, sem trazer à baila as críticas plurais realizadas a Medida Provisória 703, de 18 de dezembro de 2015, que para muitos fora editada com o escopo de aliviar – ainda mais! – as possíveis punições que podem ser aplicadas contra as diversas empreiteiras investigadas pela operação Lava Jato.

Vejamos!

1) *A limine*, com relação ao maior obstáculo ofertado a tal aparato, observa-se que as pessoas jurídicas são organismos sociais vivos – *id est*, traduzem a reunião de pessoas físicas que, constituídas na forma da lei (por estatuto ou contrato social), adquirem personalidade jurídica com o fito de se alcançar determinado fim (seja ele econômico, como a sociedades; ou não, como ocorre com as associações e fundações).

De tal arte, não por outra razão a nossa Bíblia Política, fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas¹⁷, assevera que a Lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa moral, “sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” – artigo 173, §5º, CRFB –, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa mística (ente de existencial ideal/ abstrata).

Ou seja, daqui se extrai, juntamente com a teoria geral do Direito Penal, o lastro para a adoção (na seara criminal) da Teoria da Dupla Imputação (responsabilidade por ricochete/ empréstimo) quanto aos atos deletérios perpetrados contra a ordem econômica; onde, sem vilipêndio ao axioma da responsabilidade pessoal, se franqueia a punição da pessoa jurídica beneficiada (que não possui um dos elementos necessários da conduta: a vontade) se houver a sanção concomitante da pessoa física (ente de existência visível) dirigente daquela.

Nesse passo, é possível pontuar que a Lei Anticorrupção, apesar de tentadora para a pessoa jurídica, se olvidou de trazer qualquer tipo de benefício para as pessoas físicas, que também acabam por sofrer sanções – o que veio a trazer um entrave à celebração destes acordos.

Isso porque, como adverte João Marcelo Rego Magalhães, se a pessoa abstrata pretende galgar a leniência – seja ao apontar culpados, oferecer informações ou documentos e cooperar plenamente com as investigações –, ela deverá se valer de condutas que só podem ser materializadas por pessoas físicas (que, em regra, tenderão notadamente a ser os seus gestores mais graduados – que não só integram o corpo de tais pessoas como dirigem seus

Por esta razão, a referida Medida Provisória, após meses de críticas, perdeu sua eficácia pela ausência de votação no Congresso Nacional - quanto à possibilidade de sua conversão em lei.

De qualquer modo, dada a não aceitação de tal medida, é importante observarmos a proposta feita pelo Ministério da Transparência de um novo marco legal para a concreção de tais acordos – a ser perpetrado por projeto de lei (com a observação de que a Comissão Especial sobre Leniência, da Câmara dos Deputados, está com os trabalhos parados desde fevereiro deste ano – 2016) ou por uma nova medida provisória (sem os pontos controversos da MP anterior).

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2008. p.58.

Naquilo que se convencionou chamar de pirâmide jurídica, as normas inferiores buscam validade nas normas que lhes são superiores e, assim, sucessivamente, até as normas constitucionais, sob pena de deixarem de ter validade no ordenamento jurídico.

Ensina-nos ROQUE ANTONIO CARRAZZA. A Constituição ocupa o patamar mais elevado, dando fundamento de validade às demais normas jurídicas, pois ela representa o escalão de direito positivo mais elevado. “Sobremais, ela dá validade a si própria, já que encarna a soberania do Estado que a editou”. (CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2002. p.28).

Por demais, ainda acrescenta, “a Constituição não é um mero repositório de recomendações, a serem ou não atendidas, mas um conjunto de normas supremas que devem ser incondicionalmente observadas,(...)” (idem, *ibidem*).

anseios – “que detêm, ou pelo menos deveriam deter, o conhecimento das decisões estratégicas e das relações com o poder público¹⁸”).

Tais indivíduos, diga-se *en passant*, se encontram ao relento, ao limbo jurídico, pois desprovidos do afago normativo e sob o risco de padecerem de reprimendas administrativas (uma vez que podem vir a ser punidos administrativamente, sem exigência da ciência da conduta lesiva, pelo mero fato de que o simples interesse e benefício são capazes de fazer incidir a repressão normativa¹⁹) e penais (haja vista que práticas de atos lesivos contra o poder público, em regra, tendem a traduzir comportamentos humanos indesejados tipificados como infrações criminais).

Vai-se além! É possível, de plano, asseverar que interesse algum haveria por parte da pessoa natural de atenuar as sanções pecuniárias que incidiriam sobre as empresas ao passo que, por outro lado, acabaria por conceder elementos de informação aptos a ensinar a ele (ente de existência física) uma persecução penal.

Noutro dizer! Verbera-se, desta feita, a ausência de interesse por parte dos sujeitos que apresentam a sociedades na concreção destes acordos. Até porque, ainda que com um malabarismo exegético, inviável seria o emprego da expressão genérica cunhada no §4º,²⁰ do artigo 16 da Lei Anticorrupção, para extinguir a punibilidade penal por uma via administrativa – sem qualquer previsão expressa nesse sentido.

Destarte, ao deixar de incluir as pessoas naturais no sopro de benevolência estatal, ainda que mínimo,²¹ o Poder Legiferante acabou (indesejadamente)²² por limitar a aplicação deste instrumento de combate à corrupção.

Razão pela qual, almeja-se que o novo marco legal acerca de acordos de leniência, proposto pelo Ministério da Transparência, venha a solucionar tal obstáculo. Até porque, quiçá assim, ao se ampliar o interesse das pessoas físicas em tal mecanismo, haverá uma maior projeção de acordos a serem perpetrados e, por consequência, de cartéis a serem desvelados no cerne do aparelhamento estatal.

2) De passagem, por se professar sobre os cartéis, há crítica dirigida ao emprego do acordo de leniência para ilícitos administrativos previstos na Lei de Licitações e Contratos (Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993).

Primeiramente, em razão do artigo 17²³ da Lei Anticorrupção só trazer isenções e atenuações as infrações administrativas previstas no artigo 86 a 88 da Lei de Licitações e

¹⁸ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº.12.846/2013). In: *Revista Controle*. Volume XI. Fortaleza: Tribunal de Contas do Ceará; Dezembro de 2013. P.34.

¹⁹ Consoante se desprende da interpretação filológica – e conjunta – do caput do artigo 2º com o § 1º, do artigo 3º da Lei Anticorrupção.

²⁰ “O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”.

²¹ Tal leniência não precisa ir ao ponto de debelar o preceito secundário de eventual ilícito, como se perfaz com a Lei nº.12.529, de 30 de novembro de 2011 – que viabiliza, inclusive, a extinção da punibilidade penal para aqueles que cumprirem os acordos de leniência firmados –, bastando, tão-só, que abranja as pessoas físicas.

²² Conforme esclarece João Marcelo Rego Magalhães, faltou iniciativa – ao Poder Legislativo – de estender às pessoas físicas os benefícios trazidos para as pessoas morais em caso de acordo de leniência. Isso porque, consoante ele assevera, “oportunidade para tal até se apresentou, quando o legislador decidiu aplicar os benefícios de forma extensiva às empresas que formam o mesmo grupo econômico, conforme redação dada ao §5º, do art. 16.” (MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Ob.cit.p.35).

²³ Tal dispositivo pontua que a Administração Pública poderá celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993.

Contratos – que se referem às infrações civis leves –, sem abarcar condutas mais gravosas e lesivas, como os próprios cartéis.

Tal fato, aliado a ausência de benesses a serem dadas as pessoas físicas que corporificam as empresas, como acima vislumbrado, vem a minguar (ainda que de forma não querida) o eventual interesse da parte na celebração do acordo.

Por outro lado, com relação ao preceito secundário, censura-se o fato de tal acordo abarcar sanções de suspensão, impedimento e declaração de inidoneidade, que fogem da regra das penas previstas na Lei Anticorrupção (que detêm natureza exclusivamente pecuniárias²⁴), uma vez que, como essa tônica, seria possível as autoridades “imoralmente pactuarem a leniência apenas para romper com a aplicação de penalidades mais gravosas contidas na Lei de Licitações”²⁵ – o que, obviamente, não parece ser o espírito (*mens legis*) da Lei Anticorrupção.

3. Considerações Finais

Pontilhados estes juízos críticos ao instituto da *lenitate*, que tão-só buscam sua evolução, ainda remanesce a elogiável ideiação do acordo de leniência como mecanismo de enfrentamento a corrupção e como instrumento para a responsabilização administrativa e civil das pessoas místicas.

Até porque, é cediço que seu uso, antes mesmo da Lei Anticorrupção, já trazia resultados no Brasil e no mundo para o combate de ilícitos cada vez mais bem engendrados e enraizados nos mais diversos órgãos da corporificação estatal.

Decerto, se (como dito!) a corrupção se equipara a um carcinoma por degenerar as entranhas do Estado Democrático de Direito – vindo a usurpar funções do Estado e se aproveitar do caos urbano e de políticos existentes para se alimentar, crescer e se disseminar dentro do sistema imunológico Estatal –, o acordo de leniência, em contrapartida, traduziria o Pet-Scan, que auxilia no deslinde da extensão da corporação deletéria.

Id est, uma vez rastreado o mal que ataca por dentro as funções vitais do Estado e lesa diversas tonalidades de bens jurídicos, o acordo de leniência seria o passo inicial para se buscar expurgar aquela conduta ilícita já identificada.

Todavia, para que haja um real alcance dos fins pretendidos, se faz necessária a reformulação de alguns pontos (aqui trazidos)²⁶ da presente legislação – passo este que deve ser dado em breve com o novo marco regulatório esquadriado pelo Ministério da Transparência.

²⁴ Para o Poder Legiferante, apenas o desconto arrecadatário seria apto a incentivar tais acordos e auxiliar na verticalização das investigações a serem perpetradas pelos órgãos de controle.

²⁵ CAMPOS, Patrícia Toledo de. Ob.cit. p.181.

²⁶ Como: a) a possibilidade de contemplar efeitos penais no pacto, de modo que o Ministério Público poderia se valer destes acordos para abrandar decretos condenatórios contra pessoas naturais; b) trazer a extinção da punibilidade administrativa para as pessoas morais que efetivamente vierem a cooperar com as investigações e com o processo administrativo – ao invés de só se trazer a redução da pena de multa para elas; etc.

Referências Bibliográficas

- CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº. 12.846/2013 – Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*. São Paulo: Universidade de São Paulo. V.2, n.1, 2015;
- CANETTI, Rafaela Coutinho; FIDALGO, Carolina Barros. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015;
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2002;
- CARVALHO, Jaqueline Lourenço Rodrigues Lopes de; PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; CERVINI, Raul. O anfiteatro do Direito Penal Econômico: seus postulados comezinhos e a avaliação dos critérios mais apropriados à delinquência econômica. In: *Revista Jurídica Lex*. Volume 74. São Paulo: Lex. 2015;
- CERVINI, Raul; CARVALHO, Jaqueline Lourenço Rodrigues Lopes de; PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. O anfiteatro do Direito Penal Econômico: seus postulados comezinhos e a avaliação dos critérios mais apropriados à delinquência econômica. In: *Revista Jurídica Lex*. Volume 74. São Paulo: Lex. 2015;
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2011;
- FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015;
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;
- KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do Alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007;
- MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº.12.846/2013). In: *Revista Controle*. Volume XI. Fortaleza: Tribunal de Contas do Ceará; Dezembro de 2013;
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013;
- NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2008;
- PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; CERVINI, Raul; CARVALHO, Jaqueline Lourenço Rodrigues Lopes de. O anfiteatro do Direito Penal Econômico: seus postulados comezinhos e a avaliação dos critérios mais apropriados à delinquência econômica. In: *Revista Jurídica Lex*. Volume 74. São Paulo: Lex. 2015;
- _____. Direito Penal do Inumano e a nova ordem constitucional. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; RIBEIRO; Roberto Victor Pereira. *Questões Relevantes do Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, 2012;
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

Os Habitantes do Cárcere: um porquê punir já rotulado

Los habitantes de la cárcel: por qué castigar ya etiquetados

GABRIELA SEGARRA
Universidade de Coimbra

Resumo: O presente trabalho traz um estudo sobre a difícil questão penitenciária e os seus habitantes. Volta-se a pesquisa para aspectos amplos e globais, de dentro e fora dos muros carcerários. A análise inicial tem como perspectiva a formação de uma subcultura carcerária e os temores que disso acarretam. Percebe-se que as máculas impostas pela pena não se perduram apenas até o cumprimento da sentença judicial. Uma vez fora das grades, aqueles que se rotulam ser portares de maiores dignidades obrigam os antigos presidiários a relembrem, com muita dor, a mácula que carrega e carregará para sempre. A culpa para a formação dessa subcultura carcerária é do Estado que, enquanto manteve sob sua custódia, apenas lhes apresentou sentimentos de esquecimentos e de mazelas; e da sociedade, que em prol de maior segurança social, obedecem os ditames de lei e ordem e pleiteiam pela inocuização do seu semelhante. Não obstante o sistema prisional ser criado para todos, os verdadeiros habitantes do cárcere são socialmente escolhidos entre a cor da pele, nível social e de escolaridade, entre outros elementos subjetivos.

Palavras chaves: Execução Penal; Sistema Carcerário; Penas; Seletividade Penal.

Resumen: Este trabajo presente un estudio sobre la difícil cuestión penitenciaria y sus habitantes. Se vuelve la investigación hacia los aspectos amplios y globales, desde dentro y fuera de los muros de la prisión. El análisis inicial se basa en la formación de una subcultura carcelaria y sus consecuencias. Destaca que las maculas impostas por la pena no tiene la duración solamente hasta el cumplimiento de la sentencia judicial. Una vez fuera de las celdas, para aquellos que rotulan ser portadores de mayores dignidades, obligan los antiguos detenidos a acordarse, con mucho dolor, de las maculas que le pertenece y pertenecerá para siempre. La culpa para la formación de la subcultura es del Estado que, mientras mantuvo bajo su custodia, solamente les presentó sentimientos de olvido y de males; y de la sociedad, que para la mayor seguridad social, obedecen lo dictado de ley y orden y piden por la segregación de su similar. No obstante el sistema carcelario ser criado para todos, los verdaderos habitantes de la cárcel son socialmente escogidos por su color de piel, niveles sociales y de educación, y otros elementos subjetivos.

Palabras claves: Ejecución Penal; Sistema Carcelario, Penas, Selectividad penal.

1. Notas Introdutórias

Nesses apontamentos vêm inclusa a carga sensacionalista e o clamor de vingança, rotulando meros civis como delinquentes, criminosos, infratores e desmerecedores de pertencer ao mesmo grupo social. Sabendo disso, notamos que a dignidade da pessoa humana ou a rudimentar compaixão entre as diversidades sociais são expressões guardadas para os opúsculos que ousam em tratar sobre os habitantes do sistema carcerário, entretanto contrariando a realidade do cotidiano das masmorras judiciárias.

As prisões continuam a extirpar todas as garantias e direitos dos que ali habitam – até mesmo constitucionais – e fortemente nos remete e nos faz crer que os estudos retrógrados realizados com as características daqueles que se mostravam aptos ao cárcere permanecem ativos. Que os olhos simplistas e preconceituosos da sociedade rotulavam – e rotulam – aqueles que deveriam ser enclausurados: os cidadãos que, por desvio de sorte, não são afortunados ou não possuem os traços humanos estigmatizados como “homens do bem”, formando uma verdadeira e triste estratificação social¹.

Posteriormente, em momentos do já atingindo Iluminismo, ainda prevalece a imortalidade do contrato social, o qual, da proclamada igualdade para todos, ficaram apenas as teorias e os entendimentos antagônicos. O contrato social nada mais foi do que um *pactum ad excludendum*, entre uma minoria de iguais, proprietários brancos, homens e adultos, que se vangloriaram para excluir as demais etnias, mulheres, crianças e pobres².

No auge dos anos 60, com o estudo da teoria do *labeling approach*³, entre seus diversos legados, foca-se para a delinquência secundária, que seria aquela desencadeada por força dos estigmas⁴. Esse fenômeno é muito comum quando se analisa que a sociedade é cruel e estigmatizadora, cria máculas e decide quem faz jus à sua confiança. Aos excluídos, simplesmente lhes são depositadas atitudes desagradáveis, que demonstram explicitamente seu desejo de rejeição e humilhação⁵. Mas não é só: a pessoa passa a agir nos conformes que a sociedade espera que ela aja, mudando seu modo de ser, de ver e de ser visto.

¹ Por exemplo, discurso da Ordenação de João, o Bom, promulgada em 1351 “*É ordenado que, toda feitura de tal gente ociosa ou jogadores de dados, ou cantadores de rua ou vagabundos ou mendicantes, de qualquer estado ou condição que seja, tendo ofício ou não, homens e mulheres que sejam sãos de corpos e membros, se prontifiquem a fazer alguma tarefa de labor, com que possam a vida ganhar, ou evacuem a cidade de Paris, e as outras do dito Prebostado e Viscondado, dentro de três dias a contar deste pregão. E, se após os ditos três dias aí forem encontrados ociosos, ou jogando dados, ou mendigando, serão presos e levados a prisão a pão, e assim mantidos pelo espaço de quatro dias; e quando tiverem sido libertados da dita prisão, caso sejam encontrados ociosos ou sem bens com que possam manter a vida, ou sem aval de pessoa idônea, sem fraude, para quem façam trabalhos ou prestem serviço, serão postos no pelourinho; e a terça vez serão assinalados na testa com ferro em brasa, e banidos dos ditos lugares*”. DUBY, G. *A Europa na Idade Média*. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1988. p. 115.

² BARATTA, Alessandro. *Ética e pós modernidade*. In *Ética na comunicação*. Ester Kosovski (org). Rio de Janeiro: Mauad. 1995. p. 124.

³ Traduzida com vários nomes, entre eles, teoria do etiquetamento, da rotulação social, interacionista, da reação social.

⁴ GOFFMAN define estigma como “*a situação de impossibilidade de um indivíduo obter aceitação social plena*”. GOFFMAN, Erving. *Estigma*. Tradução de Sandra Mestra da Cunha. Rio de Janeiro: LTC. 1988. p. 07.

⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 255

Mantendo vivo este raciocínio, em 1983, aludido pelo renomado Costa Andrade, delinquente é qualquer pessoa que a sociedade escolheu para ser e a estigmatizou⁶. Desta feita, não nos permite dúvidas, o fato de que o cárcere é um meio de seletividade social⁷. Os verdadeiros habitantes que ocupam as suas “jaulas” e vivem das suas nefastas consequências já possuem as características físicas, psíquicas e econômicas pré delimitadas. E, ao atingir aquilo que o Judiciário sentencia como liberdade, experimentam do mau trato social e vivem das máculas carcerárias.

Choca perceber que os indivíduos que fazem parte dessa exclusão desumana foram aqueles selecionados pela sociedade. Até o ano de 2014, tínhamos 165.599 brasileiros negros nos calabouços sociais, em contrapartida 77.159 declarados de pele branca. A mesma disparidade encontra-se entre aqueles de baixa escolaridade: 127.890 detentos sequer terminaram o ensino fundamental, no contrapeso apenas 324 possuem ensino superior⁸.

O desígnio desse trabalho é propor um estudo acerca daqueles que frequentemente são esquecidos dentro das masmorras do Judiciário e sofrem dos fenômenos da *dessocialização* e da *prisonalização*. Entretanto, mesmo diante de todas as mazelas do sistema carcerário, o encarceramento como resposta ao problema social é uma presença incontestável.

2. A Formação de uma Subcultura Carcerária

A população carcerária vive em constante processo antagônico: de um lado, as penas de prisões sendo aplicadas como tentativa de ressocialização; de outro, os fenômenos da *dessocialização* e da *prisonalização* dentro das masmorras judiciárias. Reiteradamente, os detentos têm suas personalidades sacadas e aprimorados seus ensinamentos acerca da criminalidade e as verdadeiras regras de convivência em um mundo brutal e desumano. Não raras vezes são esquecidos, até mesmo por aqueles que tem a obrigação de lembrá-los. Como se não bastasse, comumente, o seu direito de voto é abduzido⁹.

A melodia *Diário de um detento*, escrita por um antigo habitante do sistema carcerário, José Fernandes Prado, o Josemir, para além de outros temas abordados, como o vergonhoso episódio conhecido como “Massacre do Carandiru”, trata do processo de esquecimento dos

⁶ ANDRADE, Manuel Costa. *O novo Código Penal e a Moderna Criminologia*. In Jornadas de Direito Criminal I. Lisboa: CEJ. 1983. p. 198.

⁷ ZAFARONI E PIERANGELI utilizam o termo “justiça seletiva”, como razão para tal nomenclatura, “*porque por ela serão atingidos os indivíduos pertencentes aos setores sociais menos favorecidos e os de quociente intelectual mais baixo, isto é, os menos aptos para competição que a sociedade impõe*”. ZAFFARRONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 676.

⁸ Dados retirados do Departamento Penitenciário Nacional – atualizado até junho de 2014.

⁹ A Constituição do Brasil muito embora afirme ser Democrática de Direito (artigo 1º) e que todo poder emana do povo, sendo exercido por meio de representantes eleitos (artigo 1º, parágrafo único). Outrossim, “*a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*” (artigo 14), cai em contradição, quando afirma que esse “todos”, não é assim tão amplo. “*Artigo 15: É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos*”. Não diferente, acontece com as Constituições da Argentina, do México, da Noruega, Luxemburgo, Rússia, Uruguai, entre outros. De forma diferente, encontramos na Constituição Espanhola no artigo 23 combinado com o artigo 25, 2, que é seguida pelas Constituições da Suíça, Bulgária, Panamá, Bolívia, Porto Rico, Costa Rica e outros.

presos pelos Magistrados, os mesmos que os ordenaram que ali estivessem. Na incerteza de sobreviver a mais um dia, o cumprimento das leis penais com a presença recorrente de um juiz, fica apenas como anseio aos detentos¹⁰.

No romance autobiográfico de Henri Charrière, a personagem de apodo *Papillon*, representa um francês condenado à prisão perpétua e remetido ao cárcere na Guiana Francesa, denominado de “Ilha do Diabo”, o nome é um representativo de como eram tratados: trabalhos forçados e constantes dores físicas e psíquicas. *Papillon* não se mostrava adaptado ao cárcere e, por inúmeras vezes, tentou fugir, motivo pelo qual ficou rotulado como um preso rebelde e difícil¹¹.

Ora, hipocrisia, então, acreditar que o bom preso é aquele que quando sair das “jaulas” estatais estará apto a uma vida em liberdade. Bom preso é aquele que aprendeu corretamente tudo que lhe foi imposto e participou ativamente do processo de *dessocialização*. Entretanto, aceitar os códigos de dentro da prisão está acima de um fenômeno de submissão, seria simplesmente a necessidade de manter-se vivo.

Como se não bastasse, os habitantes desse sistema também são suscetíveis do fenômeno de *prisonalização*, que seria a assimilação da cultura prisional, em seus aspectos formais e informais. Termo que surgiu em capítulos da obra *The Prison Community*, do autor norte americano Donald Clemmer, ex-diretor do Departamento Penitenciário do Distrito do Governo de Columbia¹².

Salienta-se que esse fenômeno, de tão abrangente, não atinge apenas os detentos, mas também todos os prestadores de serviço dessa malha carcerária: os psicólogos, terapeutas, médicos, enfermeiros, guardas, carcereiros, assistentes sociais, diretores. Todos devem se instruir com as normas regidas por essa subcultura: adotar seus sinais gestuais, linguajar próprio e vontades ímpares.

Uma vez inserido neste sistema, o detento torna-se totalmente dependente dele para todas as suas necessidades, até mesmo as básicas. Suas vestimentas, que representam as suas características mais intrínsecas, são trocadas por indumentos que os relacionam aos presidiários. E são com estes que os presos desfilam pelos corredores dos Tribunais, pois assim fica fácil identificar quem veio do presídio e transita entre a sociedade “livre”, mesmo que seja apenas para seu julgamento.

A instituição passa também a reger seu tempo livre, o horário de ver o sol e o horário de se esconder. Os detentos tornam-se apenas um sujeito de humilhação, degradação e todas as formas de mais baixo grau de civilidade. Tais fenômenos apenas causam a “perda da

¹⁰ Trechos transcritos da música: “Será que Deus ouviu minha oração?/ Será que o juiz aceitou a apelação?/ (...) O relógio da cadeia anda em câmara lenta. Ratatá (simulação de barulho de tiros), mais um metrô vai passar. Com gente de bem, apressada, católica. Lendo jornal, satisfeita, hipócrita. Com raiva por dentro, a caminho do Centro. Olhando para cá, curiosos, é lógico. Não, não é não, não é zoológico. Minha vida não tem valor quanto seu celular, seu computador (...)/ O ser humano é descartável no Brasil”. A banda RACIONAIS RCs foi quem reproduziu a canção.

¹¹ CHARRIÈRE, Henri. *Papillon: O homem que fugiu do Inferno*. Tradução de Mario Varela Soares. São Paulo: Bertrand Brasil. 2013.

¹² CLEMMER, Donald. *Prison Community*. Nova Iorque: Holt, Rinehart and Winston. 1958. p. 299 (tradução nossa). Mais acerca do tema “prisonalização”: para BARATTA há dois pontos a ser examinado: (i) o da “desaculturação”, que seria o processo de desadaptação com a vida em liberdade, com o seu afastamento progressivo dos valores do mundo externo; (ii) “aculturação” ou “prisonalização”, que seria a assunção de atitudes, modelos e valores do sistema carcerário. BARATTA, Alessandro. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014. pp. 184 - 185.

identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão”¹³. Tudo em prol da clamada “Justiça” dos “homens do bem”.

Tendo em vista que essa instituição é uma verdadeira controladora do tempo, do corpo, da mente e do saber dos detentos, Foucault denomina essa máquina deteriorante¹⁴ como “instituição de sequestro”. Assim, como cobrar dos detentos uma resposta diferente à que habitualmente lhes é mostrada? Quando estiveram sob a tutela estatal, a única atitude que lhes foi apresentada foi a da submissão, do desprezo, da desigualdade e da marginalidade. Os processos de *dessocialização* e de *prisonalização* apenas lhes afastam da sociedade e da vida em liberdade. Como afirma Goffman: “*sempre que se impõem mundos, criam-se submundos*”¹⁵.

3. Utópica Sociedade mais Humana

Não sejamos levianos em pensar que os problemas do sistema carcerário abarcam apenas àqueles em que os presos são tratados com todas as mazelas: superlotação, alimentação inadequada, descaso, transmissão de doenças, maus tratamentos de saúde, falta de orçamento, despreparo, mau estado de instalação, ociosidade, privação de relações sexuais.

Existem prisões, como a da Suécia, que aparentemente estão em conformidade com um tratamento digno e humano. Lá, os guardas sequer pegam em armas para manter a segurança, os detentos habitam quartos individuais. Aqueles condenados a penas inferiores a um ano têm direito a prisão aberta, literalmente sem muros, mantêm seu trabalho e possuem regalias, como espaço para sauna, natação, golfe e esquiagem¹⁶.

Ora, qual o problema, então, dessa espécie de sistema carcerário? Podemos encontrar a resposta em uma passagem de Cernelutti, na qual com uma pequena metáfora bíblica demonstra que o fim do cumprimento da pena não ocorre com a saída do cárcere. Cumprindo o determinado pela Justiça, entra em ação a eterna sanção penal: “*quem pecou está perdido. Cristo perdoa, mas os homens não*”¹⁷.

As máculas de um ex-detento serão carregadas em seu documento, parece que estas são irrenunciáveis e irretratáveis. Augusto Thompson¹⁸ mostra a relação desconexa entre os diferentes sistemas carcerários e a taxa de reincidência. Para o autor, Suécia (com o modelo

¹³ SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 115.

¹⁴ Nomenclatura de ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar. 1998. p. 139.

¹⁵ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva. 1974. p. 246. A obra original do autor leva o título de *Asylums*, que originou das prisões sequestro de FOUCAULT.

¹⁶ THOMPSON, Augusto. *A Questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002. pp. 132-133.

¹⁷ CERNELUTTI, Francesco. *La misérias do processo penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea. 1959. p. 126 (tradução nossa).

¹⁸ THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. p. 99.

perfeito aos olhos desarmônicos), Estados Unidos (o maior encarcerador do mundo) e Brasil possuem a taxa de reincidência em 70%¹⁹.

Dessa forma, não nos resta outro entender: a sociedade, cada vez mais levada pelo individualismo e “descartes” de pessoas não desejáveis a ela, tem sempre a ambição de afastar seus semelhantes e os condenar sumariamente ou, até mesmo, manter a condenação, mesmo depois de já cumprido o *quantum* estipulado como medida de “Justiça”.

Mas não é só. As heranças dos exageros do utilitarismo de Bentham ou do atavismo de Lombroso não mediram esforços em frisar os estigmas dos criminosos. A dicção tão precisa do precursor da Escola Positivista merece ser transcrita:

Para finalizar, direi que a origem impura da justiça pode servir para nos explicar a desigualdade com que ela se distribui, de povos a povos, e, coisa pior, de classes a classes. Sabe-se que, enquanto o *parquet* em sua cadeira declama a justiça eterna, igual para todos, o pobre não obtém realmente justiça, senão por exceção e como que por caridade. O rico, ao contrário, dispõe de meios numerosos para escapar, ou ao menos para obter um castigo mais suave²⁰.

Seguindo com a história e consagrado o período em que as penas são denominadas como humanitárias, resta-nos concordar com Baratta: “as maiores chances de ser selecionados para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais)”²¹. Uma verdadeira seletividade penal, que perdura, inclusive, em tempos hodiernos.

Nesse entender, as classes sociais mais elevadas são nitidamente excluídas da malha carcerária. Todavia, estamos a anos luz de distância da verdade de que esse seletivo grupo não comete delitos graves. Eles são bem ativos em crimes como corrupção, desvios de verbas, sonegação fiscal, abuso de autoridade, entre outros inúmeros crimes que quando deflagrados são os escândalos e tomam as páginas das mais diversas matérias jornalísticas²².

Sob esta óptica, Passetti contempla a sua ideia da existência da sociedade sem pena. Esta está presente não apenas na margem de *cifras* negras que nunca chegam ao conhecimento do Judiciário, mas também na incapacidade desse órgão em sentenciar, seja pela lentidão, seja pelo critério da seletividade, que faz com os Magistrados apreciem apenas os casos por eles escolhidos, transformando em seus alvos principais “os pobres e miseráveis, das pessoas que atentam contra a moral e dos rebeldes contestadores do conformismo”²³.

¹⁹ Esses dados são do autor Augusto THOMPSON. Todavia, é de conhecimento que os dados estatísticos brasileiros pendem de confiabilidade.

²⁰ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz. 2001. p. 123.

²¹ BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.*, 2014. p. 165. Outrossim, com certo tom de veracidade e com grande constrangimento à civilização, na introdução da obra de WACQUANT traduzida para a língua portuguesa, as prisões são tratadas com expressões como “verdadeira ditadura sobre os pobres” ou “campo de concentração para pobres”. WACQUANT. Lôic. *As prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. pp. 11-12.

²² Em uma comparação, as *cifras negras*, “são como aquele avião ‘invisível’ americano: existe, voa, tem um preço altíssimo, mas os radares não conseguem percebê-lo”. ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 99.

²³ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. In Verve – Revista do NU-SOL (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós Graduated em Ciências Sociais PUC – SP). N. 26. 2014.p. 91.

Com sua ousadia realista, Passetti assevera que “há mais sociedades sem penas do que imagina o simplório e obediente cidadão²⁴”

Pois bem. A pena – aplicada a alguns – não acaba com a rigidez e seletividade do Judiciário, vai muito além, ultrapassa até mesmo o estigma social. As cicatrizes atingem inclusive a família do condenado, que refletem na posterior solidão de laços familiares. Seus descendentes são apontados nos círculos sociais como o “filho de um presidiário”, atrelado à carga semântica negativa desta palavra. As esposas, por sua vez, enfrentam horas de sol, filas intermináveis, vistorias vexatórias para visitarem seus maridos. Como se essas moléstias fossem poucas, ainda são vistas como delinquentes. Com tantas intolerâncias, é comum que as visitas se reduzam e o casamento acabe²⁵.

Nesse paradoxo de ideias, pergunta Muñoz Conde:

¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia? ¿No habría antes que cambiar la sociedad? Hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo es una sociedad con un orden social y jurídico justos? Cuando no es este el caso ¿qué sentido tiene hablar de resocialización? ¿no habría que empezar por resocializar a la sociedad?²⁶

Relativizando essa sociedade criminógena com as altas taxas de reincidências em diferentes perfis carcerários, fica nítido que o sistema carcerário falhou desde a sua inauguração. Todavia, esse fracasso não se dirige apenas ao cárcere, mas a sociedade em geral, que em seus paradigmas de preconceito e neutralização, peca pelo excesso do punitivismo e da exclusão social.

Diante desse cenário carcerário catastrófico, respeitamos a renomada doutrina²⁷ que traz como resposta a presente crise da pena de prisão, entretanto, não corroboramos desse parecer. As rebeliões, as tentativas de fugas, as mais diversas demonstrações de revoltas e motins penitenciários não significam dizer em crise da pena privativa de liberdade, mesmo porque para se falar em crise, dever-se-ia mencionar o momento em que ela teve sucesso e foi devidamente aplicada.

Ora, transcorrer a história do sistema carcerário – do sistema Filadélfico ao reformatório, passando pelo sistema Auburn e o progressivo – não houve sequer um momento para se falar em sucesso das penas de prisão, em que os detentos eram respeitados e atendidos com dignidade e a sociedade os via como pessoas capazes de fazer parte do seu convívio social. Nesse sentido, aduz Foucault: “o atestado que a prisão fracassou em reduzir crimes deve ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a

²⁴ *Ibidem*. p. 91

²⁵ Nesse sentido, TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... Uma (dis)função da pena de prisão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2002. p. 53.

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez: Jerez. 1985. p. 96. De igual modo questionam os lusitanos: “Como poderiam os criminólogos propor auxiliar a defesa da sociedade contra o crime, se o seu propósito último é defender o Homem contra este tipo de sociedade?”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora. 2013. p. 61.

²⁷ Entre eles, podemos citar, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993. p. 183.

delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa de ilegalidade”²⁸.

O que se nota na realidade é a pena de prisão sendo aplicada nos seus conformes e ditames em que foi criada, qual seja, castigar, excluir, promover a segurança pública e resolver os problemas sociais. Basta um rápido olhar à Política de Tolerância Zero²⁹ dos Estados Unidos da América e à famigerada “*Law and Order*” de Dahrendorf.³⁰

4. Os Diversos Porquês Punir

Até mesmo em uma visão leiga percebe-se que a “Justiça”, clamada pelos “homens bons”, guarda nada de justo. Afinal, que punição seria essa em que figura um condenado como detrito a ser arremessado nas masmorras do Judiciário? Não seria esta punição um retrocesso aos tempos atrozes e sádicos em que as penas eram tidas como desumanas, entre elas, chibatadas, açoites e guilhotina?

Indagado a um detento se preferia a pena de prisão às penas atrozes, a sua resposta foi a favor das chibatadas, pois “*as costas doeriam alguns dias, mas tudo estaria terminado, o que leva à conclusão de que o cárcere é mais cruel que a chibatada, na opinião abalizada dos próprios donos das costas*”³¹. De uma coisa é certa, nossa história foi sempre marcada por vinganças, seja ela divina, seja ela humana. Mas, então, por que punir?

Não é difícil compreender que o *ius puniendi* estatal é aceito, idolatrado e louvado pela sociedade, a qual simplesmente almeja o não rompimento com a ordem e o equilíbrio social, mesmo que para isto seja necessária a aplicação severa das leis a fim de não desviar a estrutura normal de uma sociedade. Em um paradoxo, o normal e aceito seria a degeneração dos indivíduos atrás das grandes, cercadas de altos muros e inúmeros policiais altamente armados, demonstrando o total desespero social. Essas relações entre o indivíduo e a autoridade, a lei e a sociedade, são sintetizadas por Pavarini em 03 itens consecutivos: (i) a lei

²⁸ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola. 1999. p. 130.

²⁹ WACQUANT define a tolerância zero como sendo a política em que “*qualquer pessoa surpreendida mendigando ou andando sem rumo na cidade, ouvindo rádio muito alto no carro, jogando fora garrafas vazias ou grafitando a via pública, ou ainda transgredindo a mais simples norma municipal, devia ser automaticamente detida e imediatamente atirada atrás das grades*”. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 429

³⁰ DAHRENDORF defendia que as instituições reforçariam e recuperariam a sua credibilidade com uma aplicação estrita das leis penais. A ideia de que o direito não é eficaz e pode conduzir a anomia é entendida pelo autor como “*situação social pela qual as normas que regulam o comportamento das pessoas perderam sua validade*”. A falta de sanção é demonstrada pelo autor em quatro situações: (i) nas situações de impunidade, quando não se investiga, não se considera importante um delito, como ocorre em casos especialmente de fraude fiscal; (ii) ao afirmar que os jovens tem sanções abrandadas; (iii) algumas zonas físicas (metrô, por exemplo) e institucionais (colégios, por exemplo) estão a margem do processo normal da lei e ordem; (iv) menciona os distúrbios massivos, vinculados a atos desportivos e de manifestações, que são distintos as revoluções. Esses comportamentos ferem o contrato social. DAHRENDORF, Ralf. *Ley y order*. Tradução para o espanhol de Luis María Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1994. pp. 40 e 53-54 (tradução nossa).

³¹ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. *Paradoxos da Pena*. In Revista dos Tribunais. n. 651. V. 79. São Paulo. Janeiro de 1990. p. 382.

reflete a vontade coletiva; (ii) a lei é igual para todos; (iii) a violação da lei penal é ato de uma minoria³².

Para o italiano Ferrajoli, a indagação do porquê punir pode ser superada em duas correntes: (i) por que existe a pena (o castigo)? Trazendo o problema para uma ordem histórica ou sociológica, a resposta surge no sentido de adequar a pena a um problema científico; (ii) por que deve existir a pena (o dever de castigar)? Aqui, o problema apresenta-se mais filosófico, remetendo-nos às prescrições normativas (justas ou injustas, aceitáveis ou inaceitáveis)³³.

Assim, para um estudo mais adequado das penas, necessita-se de dois campos de pesquisa: o direito penal e a criminologia. No direito penal encaixa-se o real estudo das normas positivadas e do dever jurídico da pena. Já na criminologia, o estudo abarca o ofensor, a vítima e a sociedade. Resguarda-se às reflexões sobre o fenômeno empírico.

Foi nesse binômio direito penal – criminologia, que se desenvolveu a criminologia crítica nos países de linhagem jurídica romana – germânica³⁴. Diante dessa criminologia crítica, Baratta aponta os motivos para punibilidade estatal, elencando em 06 fundamentos: (i) legitimidade estatal; (ii) a sociedade é um bem e o desvio é um mal; (iii) delito é algo reprovável e contrário às normas sociais; (iv) a pena tem caráter retributivo e punitivo; (v) a reação penal é igual para todos; (vi) “os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos”³⁵.

Retomando a nossa indagação inicial do porquê punir, nos defrontamos com respostas dadas pelos abolicionistas, minimalistas, garantistas e justificacionistas. Essas correntes seguem, conforme elencadas em ordem crescente, para explicar a existência (ou não) do sistema carcerário.

Os abolicionistas negam a interferência estatal de forma incriminadora e tem a plena convicção de que o “crime” seria apenas um fato social e deveria ser tratado de forma mais positiva para a vítima, o agente e a sociedade. Para eles, o sistema carcerário não atinge essa finalidade e, portanto, deve ser extinto, vez que “*não somente uma parte do sistema de justiça penal, mas o sistema em seu conjunto é considerado como um problema social em si mesmo e, portanto, a abolição de todo sistema aparece como única solução adequada para este problema*”³⁶.

Thomas Mathiesen é considerado o estrategista do abolicionismo. Ele almeja a abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade, não basta apenas a abolição do cárcere, deve-se extinguir todas as propostas substitutivas, visto que essas “*poderiam transformar facilmente em novas estruturas carcerárias com funções similares aos próprios*”

³² PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación*. Tradução de Ignacio Munagorri Madrid: Siglo XXI.2002. p. 95.

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Tradução para o espanhol por Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta. 1995. pp. 321-322.

³⁴ CARVALHO, Salo de. *Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento*. In Revista Polis e Psique. Volume 3 (3). 2013. pp. 145-146.

³⁵ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014. p. 42

³⁶ DE FOLTER, Rolf. *Sobre la fundación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*. In SCHEERER, HULSMAN, STRINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo Penal*. Tradução de Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989. p. 58.

cárceres”³⁷. Sob seu viés marxista, afirma que o sistema penal está vinculado com toda a estrutura capitalista.

Nessa esteira de pensamento, encaixamos Louk Hulsman, em sua perspectiva fenomenológica, o qual aduz que “*o sistema penal é especialmente concebido para fazer o mal*”³⁸. Para o autor, os delitos são meras situações problemáticas e chamar um fato de crime estaria limitando-o ao estilo punitivo do direito penal e, por conseguinte, excluindo as demais formas de solução dessa situação problemática, quais sejam, a arbitragem, a mediação, conciliação, terapia³⁹.

Interessante doutrina seria aquela adotada por Nils Christie na sua concepção fenomenológica- historicista. O sociólogo e criminólogo norueguês iniciou sua carreira como abolicionista. Entretanto, entendeu que não poderia segui-lo até o fim, vez que levado ao extremo seria capaz de sofrer graves problemas, pois, em alguns casos, há a necessidade de intervenção da Justiça Penal para manter o diálogo entre a vítima e o ofensor⁴⁰. Assim, a sua obra traduzida à língua portuguesa, denominada *Uma razoável quantidade de crime*, demonstra a transição de Christie abolicionista para minimalista⁴¹.

Em uma entrevista ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Nils Christie reconheceu a necessidade da intervenção estatal em hipóteses de extrema exceção. Todavia, não deixa de acreditar que a regra seria usar os demais direitos. Vejamos a sua dicção:

Meu primeiro, e talvez, mais importante ponto é que os abolicionistas estão corretos em seu posicionamento de buscar a solução dos conflitos em outro campo que não o direito penal. A maioria dos casos deveria ser resolvida por meio de diálogo entre as partes, por intermédio do Juízo Cível, com base na reparação do dano. Esta deveria ser a principal solução para os conflitos, mas resta, ainda, um pequeno problema, que deveria ser mantido tão pequeno quanto possível. Nesses casos, talvez, é que devêssemos utilizar o poder estatal, através do encarceramento⁴².

Sob esta óptica, dentre os doutrinadores brasileiros é possível encontrar interessantíssimos apontamentos acerca do abolicionismo. Edson Passeti traz uma diferença (não sutil) entre as ideias abolicionistas e a sociedade sem pena. E mais, acredita que no Brasil, no reino do Direito Penal, já adotamos a sociedade sem pena, o que ideologicamente seria inimiga dos abolicionistas, uma vez que a primeira não almeja o fim do direito penal,

³⁷ MATHIESEN, Thomas. *La política del abolicionismo* In SCHEERER, HULSMAN, STRINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolitionismo Penal*. Tradução para o espanhol por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989. p. 110 (tradução nossa).

³⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam. 1993. p. 88.

³⁹ CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.* 2013. p 253.

⁴⁰ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan. 2011. pp. 124- 125.

⁴¹ CHRISTIE, Nils. *Op. cit.* 2011. pp. 10-11. Nas palavras de CHRISTIE: “*Espero que minha argumentação, até aqui, tenha deixado claro que o abolicionismo, em sua forma pura, não é uma posição alcançável (...) Nessa situação, o que mais me toca pode ser chamado de minimalismo*”. CHRISTIE, Nils. *Op. cit.* 2011. p. 131.

⁴² OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. *Conversa com um abolicionista minimalista – Nils Christie*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 21, ano 6, jan/mar-1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 13-21.p. 16.

pelo contrário, sua existência está intrínseca ao punitivismo seletivo. *A contrario sensu*, o radicalismo da corrente abolicionista encontra seu fundamento na extinção do direito penal⁴³.

Ademais, para os abolicionistas, a função da pena se resume na manifestação de poder e, sua aplicação, nada mais seria do que a reprodução deste poder. Este paradigma se torna nítido quando avaliamos o primordial da materialização da pena, que seria a privação de liberdade, causadora de dor e sofrimento. Portanto, mesmo diante da aplicação insana da pena, os delitos não deixaram de ocorrer, provando sua ineficiência. Assegura Maria Lúcia Karam, que “a crença na reação punitiva é fruto de uma perversa fantasia⁴⁴”.

Contudo, não há como discordar de Vera Andrade ao mencionar que no Brasil podemos encontrar posições apenas abolicionistas, ou até mesmo abolicionistas combinadas com anarquismo, minimalismo, ou simplesmente minimalistas. Entretanto, tais políticas criminais sempre se apresentam entrelaçadas com posturas garantistas⁴⁵.

Portanto antes da corrente garantista, temos a política do minimalismo, a qual preserva sutis diferenças com os abolicionistas. Enquanto os primeiros negam a legitimidade do sistema penal, os segundos são mais amenos e não a negam na sua plenitude, acreditam em alternativas mínimas que sejam necessárias como um mal menor⁴⁶. Os minimalistas almejam algumas políticas de descriminalização, despenalização, conceitos contrários aos cárceres, e são adeptos aos substitutivos penais, diferindo do garantismo, que não tem ambição de teorias *deslegitimantes* da pena. Ele critica a expansão punitiva do poder estatal, mas não deixa de justificar o sistema penal⁴⁷.

A corrente do garantismo surgiu durante as décadas de 1960 e 1970. Tido por Ferrajoli, como modelo ideal, não só como Estado liberal, mas também como Estado Social, ou seja, protetor dos direitos individuais e difusos⁴⁸. É denominado pela sigla SG e expõe-se em dez axiomas, que se divide em garantias penais e processuais penais, com fulcro de limitar o arbítrio punitivo do Estado, mostrando-se a favor da punição, entretanto, em uma perspectiva de direito penal mínimo⁴⁹.

⁴³ PASSETTI, Edson. *Op. Cit.* 2014. p. 90.

⁴⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Utopia transformadora e abolição do sistema penal*. In *Conversação abolicionista. Uma crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*. PASSETTI, Edson (org.) e SILVA, Roberto B. Dias da (org.). São Paulo: IBCCRIM. 1997. p. 68

⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da (des)ilusão*. Florianópolis: 2012. p. 259

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* 1998. p. 94. A corrente no minimalismo é muito conhecida na obra do italiano Alessandro BARATTA: “*Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês, e devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a repropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade, também no campo do controle do desvio*”. BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* 2014, p. 207.

⁴⁷ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan. 2011. p. 106. Nesse conceito, Vera BATISTA menciona o estudo de Gabriel ANITUA.

⁴⁸ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. v. 1. p. 44.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* 1995. pp. 93-98. São as garantias penais: (i) princípio da retributividade; (ii) princípio da legalidade; (iii) princípio da necessidade ou economia do direito penal; (iv) princípio da lesividade ou ofensividade do ato; (v) materialidade ou exterioridade da ação; (vi) princípio da culpabilidade ou responsabilidade penal. As garantias processuais penais são: (vii) princípio da jurisdiccionabilidade; (viii)

Essas correntes – abolicionismo, minimalismo e garantismo – possuem seus ideais espalhados pelo Direito Penal e pela Criminologia. Seus legados são refletidos nos estudos da vitimologia, da Justiça Restaurativa⁵⁰, da ressocialização, das penas alternativas e demais formas de interferência estatal, sendo ela inexistente, sendo ela nos moldes do direito penal mínimo.

De outro lado, temos as ideias dos *justificacionistas*, a direita punitiva que se apresenta na forma de justificar a aplicação da punição, nos conformes do brocardo *Law and Order*, que tinha a intenção de neutralizar a sociedade de todos os delinquentes. Para tanto, a receita era simples: abandonar as grandes teorias e regressar ao básico entendido por todos: o bem e o mal.

Com o “realismo de direita” volta em cena o caráter retributivo da pena: a cada “mal” (leia-se crime) é justificado com um castigo do Estado. Entretanto, esse “mal” é cada vez mais subjetivo e sensível. Como consequência, temos a queda do ideal ressocializador, o considerável aumento do número de encarcerados e a aplicação sem limite da pena privativa de liberdade. Ao mesmo passo, o número de delitos não deixou de crescer.

Essa postura política mais intervencionista e antidemocrática foi estabelecida no final dos anos 1970 e é denominado por diferentes expressões pelos teóricos contemporâneos: a “modernidade tardia” para Anthony Giddens, em Giddens, Beck e Lasch (1995), “modernidade reflexiva” para Ulrich Beck e “modernidade líquida” para Zigmunt Bauman (2001). Todos corroboram com o entender de que este “realismo de direita” seria um retrocesso marcado pelo aumento das políticas penais e redução das políticas sociais.

Seria de bom alvitre que os *justificacionistas* tivessem a plena convicção de que as prisões não regeneram, nem reintegram. Elas corrompem e destroem o delinquente, aniquilam a sua saúde, tirando-lhes a personalidade. Não ressocializam, pelo contrário, corrompem, aviltam, pervertem, ensinam sobre a delinquência, o ódio, a raiva e, claro, são uma fábrica de reincidência. Essa posição nem de longe é exclusiva dos abolicionistas, é uma ideia já consagrada na mente de diversas correntes, a ver Vera Batista:

princípio acusatório ou da separação do juiz e acusação; (ix) princípio do ônus da prova ou da verificação; (x) princípio do contraditório.

⁵⁰ Acerca da correlação entre o abolicionismo e a Justiça Restaurativa, ACHUTTI afirma que a teoria contratualista, tal como aplicada hoje, seria um grande equívoco, vez que o Estado se torna o principal ofendido da prática delituosa, deixando para a vítima um papel secundário. O processo penal, por sua vez, situa-se em algo apenas para satisfazer os interesses de punir do Estado, olvidando-se da reparação à real ofendida: a vítima. Seria, desta forma, necessário “*incrementar a democracia através de um maior protagonismo das partes*”. ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 23.

A prisão é uma máquina de infligir dor para certos comportamentos entre certas classes sociais e também entre os resistentes de cada ordem social, como diria Rosa del Olmo. Com isto, temos de dizer adeus às ilusões *re*, tão presentes no discurso das equipes encarregadas de ‘humanizar’ os sistemas penais. É toda essa multidão de sociólogos, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e que tais que insistem em trabalhar a ilusão de uma prisão feliz e funcional de onde os reeducandos sairiam melhor do que entraram. Para eles todos, transmitimos a advertência de Zaffaroni aos juristas: a pena não pode ser pensada no ‘dever ser’, mas sim na realidade letal dos nossos sistemas penais concretos. A verdadeira relação entre cárcere e sociedade, diria o sábio Baratta, é entre quem exclui e quem é excluído, ou melhor dizendo, entre quem tem o poder de criminalizar e quem está sujeito à criminalização. Esse processo segue depois da prisão em mil modos visíveis e invisíveis⁵¹

5. Reflexões Conclusivas

Precários são os estudos sobre aqueles que habitam os sistemas carcerários; vivem e dependem deles. Poucos são os opúsculos que versam acerca da execução penal e, quando ousam em debruçar-se sobre o tema, glorificam os altos muros dos presídios, a árdua tarefa dos guardas, que mantêm armas de alta potencialidade em seus punhos, prestes a atirar naqueles que demonstrarem o mínimo sinal de desordem.

Os detentos são simplesmente menosprezados, o que ocorre do lado de lá dos muros não é assunto interessante que valha a pena sobrepôr as primeiras páginas dos jornais ou o horário nobre televisivo. Os presos são vistos como seres incapazes de condolências e a sociedade mostra-se impossibilitada de analisar o choro contido, as marcas físicas e psíquicas, o sentimento de abandono e o simples anseio de acolhimento.

Muitos acreditam que a punição chega ao seu fim quando o Judiciário assim determina. Esta afirmação de tão leviana é facilmente desconstituída. Basta ver as máculas eternas que os detentos carregam para entender que a punição leva uma vida para alcançar seu fim. Um ex-detento para sempre está maculado como um antigo morador do sistema carcerário, entretanto tal marca não se refere ao momento em que legalmente sentiu fome, sede e medo. Essa mácula faz com que, no mundo externo, não lhe dê a oportunidade de refazer sua vida, apenas de ser cada vez mais marginalizado.

Passaram-se séculos e já foi consagrado o entendimento de que as prisões formam mais delinquentes do que reintegram ao meio social. Até mesmo aqueles cárceres que obedecem aos ditames da dignidade da pessoa humana trazem seus habitantes de volta, o que nos leva a concluir que o problema não está somente naqueles estigmatizados como

⁵¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan. 2011. No mesmo sentido, “*todos sabemos, até o mais desatento dos cidadãos no que se refere à res publica o percebe, que a pena de prisão é uma instituição que se apresenta, nos dias de hoje e já de há muito tempo, talvez desde sempre, incapaz de responder aos anseios mais profundos da política criminal que envolve a aplicação e a execução da pena privativa de liberdade (a chamada pena de prisão). Ela é criminógena, dificilmente ressocializa e, por consequência, também de forma muito escassa cumpre os desideratos da chamada prevenção especial*”. COSTA, José de Faria. *Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal), Mal, Símbolo e Justiça* (Actas das Jornadas Internacionais realizadas em Coimbra nos dias 8 e 9 de dezembro de 2000), Faculdade de Letras, Coimbra: Almedina. 2001. p. 42.

delinquentes, “*el error de los penitenciaristas está precisamente en concentrar su atención exclusiva en la celda, olvidando los factores externos de la criminalidad*”⁵²

A sociedade não escolhe a esmo quem deve fazer parte dessa máquina deteriorante. A história nos prova que posições radicais da Escola Positivista da Criminologia, cujo precursor foi Cesare Lombroso com sua tese do atavismo não é um episódio morto em nossa história. A orientação patológica pregada pelos positivistas continuou com sua influência nos estudos posteriores, de modo que nos pensamentos criminológicos seguintes (no século XX) permaneceu conosco a tendência em analisar a criminologia como a ciência destinada ao estudo das causas da criminalidade (paradigma etiológico).

Ressalte-se que conserva a intenção em acreditar que a aparência externa revela características psicológicas. A título de exemplo, vê-se que, nos filmes e na televisão, geralmente se escolhe um ator fisicamente atraente para interpretar o protagonista, e um não tão belo para incorporar o vilão. Há estudos, ainda, que sustentam que os acusados com melhores aparências tendem a receber sanções criminais mais benevolentes e serem tratados com menos rigor que os menos providos de beleza exterior⁵³.

Os verdadeiros habitantes do sistema carcerário são indivíduos pré determinados, que são “jogados” na malha carcerária, aquela que “*as pessoas não sabem quão irracionais são (...). As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardados em nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria o começo de sua ruína*”⁵⁴.

O fanatismo dos livros jurídicos esclarece os pormenores de como se colocam e como se tiram pessoas das prisões, mas não ocupam suas páginas para dizer do quão desumana e da realidade intolerante do mundo fora das grades. Estudar a execução penal é crer na ressocialização dos detentos e tornar-se cético quando percebe que esse ideal é impossível diante da realidade sádica e cruel que é a malha carcerária.

Teria, então, um modelo ideal? Corrobora-se com Sanz Mulas e adota-se como um possível modelo ideal aquele cuja intervenção estatal é dada como mínima e mantém o máximo possível as garantias individuais, tais como a liberdade.

Referências Bibliográficas

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

⁵² FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Tomo II. Tradução para o espanhol por Antonio Soto y Hernández. Madrid: Central Editorial de Góngora. 2004. pp. 317-318.

⁵³ VOLD, George B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. Oxford University Press, New York, 1998. pp. 50-51. Já há muitos séculos o Imperador Valério sentenciou que “*quando se tem dúvida entre dois presumidos culpados, condena-se o mais feio*”. GARCIA-PABLO DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luís Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.p. 136.

⁵⁴ MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI*. In PASSETI, Edson & SILVA, Roberto Dias. *Conversações Abolicionistas: uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitivista*. São Paulo: IBCCRIM/PEPG Ciências Sociais PUC-SP. 1997. p. 277.

- ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- ANDRADE, Manuel Costa. *O novo Código Penal e a Moderna Criminologia*. In Jornadas de Direito Criminal I. Lisboa: CEJ. 1983. p. 198.
- ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da (des)ilusão*. Florianópolis: 2012.
- BARATTA, Alessando. *Ética e pós modernidade*. In *Ética na comunicação*. Ester Kosovski (org). Rio de Janeiro: Mauad. 1995.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2014.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan. 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *La misérias do processo penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea. 1959.
- CARVALHO, Salo de. *Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento*. In *Revista Polis e Psique*. Volume 3 (3). 2013.
- CHARRIÈRE, Henri. *Papillon: O homem que fugiu do Inferno*. Tradução de Mario Varela Soares. São Paulo: Bertrand Brasil. 2013.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan. 2011.
- CLEMMER, Donald. *Prision Community*. Nova Iorque: Holt, Rinehart and Winston. 1958.
- COSTA, José de Faria. *Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal), Mal, Símbolo e Justiça* (Actas das Jornadas Internacionais realizadas em Coimbra nos dias 8 e 9 de dezembro de 2000), Faculdade de Letras, Coimbra: Almedina. 2001.
- DAHRENDORF, Ralf. *Ley y order*. Tradução para o espanhol de Luis María Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1994.
- DE FOLTER, Rolf. *Sobre la fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*. In SCHEERER, HULSMAN, STRINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo Penal*. Tradução de Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora. 2013.
- DUBY, G. *A Europa na Idade Média*. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Tradução para o espanhol por Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta. 1995.
- FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Tomo II. Tradução para o espanhol por Antonio Soto y Hernández. Madrid: Central Editorial de Góngora. 2004.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola. 1999.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva. 1974.

- GOFFMAN, Erving. *Estigma*. Tradução de Sandra Mestra da Cunha. Rio de Janeiro: LTC. 1988.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas*. O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam. 1993.
- KARAM, Maria Lúcia. *Utopia transformadora e abolição do sistema penal*. In Conversação abolicionista. Uma crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva. PASSETTI, Edson (org.) e SILVA, Roberto B. Dias da (org.). São Paulo: IBCCRIM. 1997.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz. 2001.
- MATHIESEN, Thomas. *La politica del abolicionismo* In SCHEERER, HULSMAN, STRINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolitionismo Penal*. Tradução para o espanhol por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989.
- MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI*. In PASSETTI, Edson & SILVA, Roberto Dias. *Conversações Abolicionistas: uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitivista*. São Paulo: IBCCRIM/PEPG Ciências Sociais PUC-SP. 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez: Jerez. 1985.
- THOMPSON, Augusto. *A Questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002.
- _____. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.
- TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... Uma (dis)função da pena de prisão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2002.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. *Conversa com um abolicionista minimalista – Nils Christie*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 21, ano 6, jan/mar-1998, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.
- PASSETTI, Edson. *Ensaio sobre um abolicionismo penal*. In Verve – Revista do NU-SOL (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós Graduated em Ciências Sociais PUC – SP). N. 26. 2014.
- PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación*. Tradução de Ignacio Munagorri Madrid: Siglo XXI. 2002.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. v. 1.
- RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. *Paradoxos da Pena*. In Revista dos Tribunais. n. 651. V. 79. São Paulo. Janeiro de 1990.
- SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2003.
- _____. *As prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- VOLD, George B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. Oxford University Press, New York. 1998.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar. 1998.
- _____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

AUTORIA MEDIATA NO CONCURSO DE PESSOAS: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE OS CONCEITOS DE ROXIN E ALFLEN À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Indirect Authorship in Concourse of People: a comparative study between the concepts of Roxin and Alflen under the brazilian legal order

VLAILTON MILANI VIEGAS CARBONARI
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Resumo: O presente artigo científico tem por finalidade realizar um estudo comparativo entre o conceito de domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder do jurista alemão Claus Roxin e o conceito de domínio do fato pelo domínio social por meio de um instrumento punível do jurista brasileiro Pablo Alflen, ambos enquanto critérios para delimitação da autoria mediata do “homem de trás”, inseridos no âmbito da teoria do domínio do fato, sob a perspectiva da possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico-penal brasileiro. A metodologia utilizada foi a revisão de literatura bibliográfica, a partir da consulta de doutrina e jurisprudência correlatas. Ademais, desenvolveu-se a hipótese de que o conceito preconizado por Alflen se mostra mais adequado e compatível com a ordem jurídico-penal nacional, uma vez estruturado conforme o sistema adotado pelo Código Penal de 1940.

Palavras-chave: Autoria mediata; concurso de pessoas; domínio do fato; Roxin; Alflen.

Abstract: The present scientific article aims to conduct a comparative study between the concept of domain of the fact by the domain of the volition due to of organized apparatus of power of the German jurist Claus Roxin and the concept of domain of the fact by the social domain by means of a punishable instrument of the Brazilian jurist Pablo Alflen, both as criteria for delimitation of the mediate authorship of the “behind man”, within the scope of the theory of the domain of the fact, from the perspective of the possibility of application in the Brazilian legal-penal system. The methodology used was the review of bibliographical literature, based on related doctrine and jurisprudence. In addition, the hypothesis was developed that the concept advocated by Alflen is more adequate and compatible with the national legal-penal order, once structured according to the system adopted by the Criminal Code of 1940.

Keywords: Indirect authorship; concurrence of people; domain of the fact; Roxin; Alflen.

1. Introdução

Este trabalho buscará abordar o instituto do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, desenvolvido pelo jurista alemão Claus Roxin¹², e o domínio social por meio de um instrumento punível, desenvolvido pelo jurista brasileiro Pablo Alflen³⁴, ambos construídos enquanto critérios para delimitação da autoria mediata do “homem de trás”, pressupondo-se um autor direto punível, com vistas a aferir qual dos conceitos se mostra compatível com o sistema jurídico adotado pelo direito penal brasileiro.

Primeiramente, com o fito de mapear o instituto do domínio por organização e do domínio social em meio às diversas teorias existentes na doutrina⁵, discorrer-se-á acerca dos pilares fundamentais do concurso de pessoas, quais sejam: os sistemas unitário e diferenciador de autoria e participação, os conceitos extensivo e restritivo de autoria e as teorias objetivas e subjetiva enquanto complementações destes dois últimos conceitos.⁶

Posteriormente, será elucidado o conceito de teoria do domínio do fato, primeiramente em Welzel, e posteriormente em Roxin e em Alflen, delimitando suas definições, estruturas, desdobramentos e requisitos.

Outrossim, será feita uma análise específica sobre cada um dos critérios de Roxin e de Alflen para que ocorra a autoria mediata do homem de trás através de um executor direto punível, em suas respectivas vertentes de domínio por organização e domínio social por meio de instrumento punível.

¹ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. 797 p.

² ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 69. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: “*Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*”.

³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. 264 p.

⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. 264 p. Resenha de DA SILVA, Kelly Susane Alflen. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 14, n. 2, p. 577-579, jul/dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3708/2464>>. Acesso em: 23 out. 2016.

⁵ “São várias as teorias a respeito da natureza do concurso de agentes quando se procura estabelecer se existe na hipótese um só ou vários delitos [se referindo às teorias monista, dualista e pluralista, que não serão trabalhadas no presente estudo, por não se relacionarem com o paradigma da distinção entre autor e partícipe], delas defluindo soluções diversas quanto à aplicação da pena”. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1, p. 212.

⁶ Sobre as teorias monistas, dualistas e pluralistas que, como dito acima, não serão aqui trabalhadas, cf. exposição de Greco: “O termo *monismo*, difundido no Brasil, nada tem a ver com a discussão sobre os sistemas de autoria e participação acima descritos. A discussão entre ‘monismo’ e ‘pluralismo’ diz com o título de imputação em delitos praticados por vários intervenientes. Mais concretamente, trata-se da seguinte pergunta: caso vários sujeitos tomem parte em um delito, há apenas um delito em que vários sujeitos tomam parte ou há, ao contrário, tantos delitos quantos intervenientes houver? Essa discussão é, do ponto de vista teórico, duvidosa e, de uma perspectiva prática, irrelevante”. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 14.

Ademais, serão trabalhados três casos hipotéticos e três casos reais, retirados da jurisprudência pátria, com o fito de elucidar os reflexos práticos da adoção das teorias preconizadas por Roxin e Alflen, concluindo-se, em seguida, qual concepção se mostra compatível com a ordem jurídico-penal brasileira.

2. Concurso de pessoas: conceito e desenvolvimento histórico

O Código Penal brasileiro, no título IV de sua parte geral, trata do tema concurso de pessoas entre os artigos 29 e 31. Por sua vez, dispõe o art. 29, *caput*, que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”⁷.

Magalhães Noronha aduz que “o crime é um fato humano e como tal pode ser praticado por uma ou várias pessoas”⁸. Neste sentido, assevera Nucci que o concurso de pessoas se trata da “cooperação desenvolvida por mais de uma pessoa para o cometimento de uma infração penal”⁹. Portanto, muito embora o Código Penal brasileiro, em sua parte especial, bem como nas leis penais esparsas de um modo geral, positive o verbo núcleo do tipo penal no singular, como no art. 121, *caput*, (“matar alguém”), art. 155, *caput*, (“subtrair”), art. 297, *caput*, (“falsificar”), o crime, nas palavras de Mirabete, “pode ser praticado por uma ou várias pessoas em concurso”¹⁰.

Para Bitencourt, as razões que podem levar um indivíduo a “consociar-se para a realização de uma empresa criminosa” podem ser as mais variadas, tais como “assegurar o êxito do empreendimento delituoso, garantir a impunidade, possibilitar o proveito coletivo do resultado do crime ou simplesmente satisfazer outros interesses pessoais”¹¹.

O concurso de pessoas tem como requisitos, segundo Estefam e majoritária doutrina: a) pluralidade de condutas; b) relevância causal das condutas; c) liame subjetivo; d) identidade de crime para todos os envolvidos¹².

Sendo a pluralidade de condutas requisito indispensável para a caracterização do concurso de pessoas, Greco aduz que “o próprio nome induz sobre a necessidade de, no mínimo, duas pessoas que, envidando esforços conjuntos, almejam praticar determinada infração penal”¹³.

No tocante ao segundo requisito, qual seja, a relevância causal das condutas praticadas por aqueles que de alguma forma concorreram para o crime, continua o ilustre

⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 211. Neste sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 538.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 337.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1, p. 211.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 538.

¹² ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 444. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 320.

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 480.

penalista supracitado asseverando que “se a conduta levada a efeito por um dos agentes não possuir relevância para o cometimento da infração penal, devemos desconsiderá-la e concluir que o agente não concorreu para a sua prática”¹⁴.

Capez, por sua vez, diz ser também imprescindível o terceiro requisito, isto é, o liame subjetivo entre os concorrentes, igualmente chamada de unidade de desígnios, consubstanciada mediante a vontade de todos em produzir um resultado típico, uma vez que “sem que haja um concurso de vontades objetivando um fim comum, desaparecerá o concurso de agentes, surgindo em seu lugar a chamada autoria colateral”¹⁵.

Por fim, no que se refere ao último requisito – muito embora para outros doutrinadores, como Jesus, não seja considerado propriamente um requisito, e sim uma “consequência jurídica em face das outras condições”¹⁶ – a identidade de crime para todos os envolvidos, cunhada por Mirabete de identidade de fato¹⁷, para que reste caracterizada, nas palavras de Cunha “todos os concorrentes devem contribuir para o mesmo evento (previamente determinado e escolhido pelos agentes)”¹⁸.

Para Zaffaroni, não sendo o delito, em muitos casos, obra de uma única pessoa, à semelhança do que ocorre na vida cotidiana, cabe, então, à doutrina penal, fazer a distinção entre quem são os autores do fato e os outros que dele participam sem serem autores¹⁹.

Além da distinção entre autor e partícipe (sistemas unitário e diferenciador), várias teorias foram desenvolvidas com o objetivo de responder questões relacionadas à delimitação do conceito de autor (conceitos restritivo e extensivo), bem como complementações a estes conceitos (teorias objetivas e subjetiva).²⁰

Muito embora a noção de diferença entre as modalidades de participação para o resultado delitivo remonte à antiguidade, sobretudo entre os romanos, conforme assevera Mommsen²¹, citado por Alflen²², é na jurisprudência italiana da Idade Média que se observa os primeiros esboços teóricos acerca de uma fundamentação científica da delimitação do conceito de autoria, onde este se distinguia entre o “*mandatum*”, “*auxilium*” e “*consilium*”, tendo este critério perdurado até metade do século XVIII²³.

¹⁴ *Ibidem*. Op. cit. p. 480.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1, p. 365-366.

¹⁶ Neste sentido, afirma Damásio: “Não se trata, propriamente, de um requisito, mas de consequência jurídica em face das outras condições. O CP, em seu art. 31, reza que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. Extrai-se da interpretação da disposição o seguinte: se o Código exige crime tentado ou consumado para que haja participação, é evidente que todos os participantes respondem pelo mesmo delito. Mudando o *nomen juris* do crime para um dos participantes, a operação de desclassificação estende-se a todos”. JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 466.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1, p. 215.

¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 358.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 593.

²⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 311-312.

²¹ MOMMSEN, Theodor. **Römisches Strafrecht**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1899. p. 98, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

²² ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 21.

²³ Neste sentido, Alflen aduz: “o ‘*mandatum*’ se caracterizava pelo ato de um indivíduo que ordenava a outro o cometimento de um crime, ou seja, tratava-se da figura do mandante. Este, por sua vez, distinguia-se da figura do

Após a Revolução Francesa (1789 – 1799) e a crescente industrialização da Europa²⁴, os juristas da época, conforme ensina Miguel Reale, diante da influência positivista do século XIX²⁵, que teve Augusto Comte como seu precursor, bem como pelo pensamento kantiano, com o objetivo de aproximar o direito ao *status quo* de ciência tal qual as ciências naturais e exatas²⁶, iniciaram os estudos e consequente desenvolvimento das linhas gerais do conceito analítico de crime²⁷, o que culminou na chamada Escola Clássica, representada por Liszt, Beling e Radbruch.²⁸

Assim, assevera Pacelli que “no causalismo clássico (Liszt-Beling), havia nítida separação entre aspectos objetivos e subjetivos do crime, reservando-se ao injusto – ação tipicamente ilícita – todos os elementos de natureza objetiva”, de maneira que acabava restando à culpabilidade “a definição da forma de atribuição da responsabilidade (dolosa ou culposa) e a identificação da consciência da ilicitude de agir”. Sendo, portanto, o dolo e a culpa, “forma de culpabilidade e não seus elementos”.²⁹

Em meio a tal desenvolvimento, vislumbra-se, sobretudo na Alemanha, o crescente conceito de causalismo lógico-natural kantiano (Kleinschrod, Feuerbach e Stübel), bem como vertentes causalistas orientadas por critérios de aspecto subjetivo (Köstlin, Berner, Barth e Glaser), e critérios de aspecto objetivo, tanto a partir de concepções baseadas na equivalência das condições (Buri, Liszt, Barreto e Binding)³⁰, como concepções baseadas na distinção entre causa e condição (Bar e Birkmeyer)³¹.

'consilium', o qual compreendia toda espécie de contribuição intelectual ao autor físico, sem que houvesse qualquer interesse próprio no fato”. SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. Berlim: Duncker & Humblot, 1965. p. 17; LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. p. 349, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.* p. 22.

²⁴ CHARTIER, Roger. *Origens culturais da Revolução Francesa*. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009. p. 19.

²⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 14.

²⁶ Neste sentido, Eugênio Pacelli, ao apresentar a obra de Roxin, Arzt e Tiedemann, discorre acerca dos sistemas clássico e neoclássico, aduzindo: “[...] influenciados por movimentos da filosofia neokantiana [referindo-se à Mezger], esboçou-se a preocupação de se incluir elementos valorativos no interior do sistema penal, que, assim, passou a ser conhecido como neoclássico. No entanto, tanto um quanto outro [sistema clássico] estruturavam suas bases ainda em concepções científicas do tipo causal, à maneira das ciências naturais”. ROXIN, Claus *et al.* *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XIX.

²⁷ “O conceito analítico de crime não tem, por sua vez, origens muito precisas no tempo. Ele surge, praticamente, na fase dos avanços científicos do século XIX e começo do século XX [...] com a finalidade de, isolando as partes componentes do delito, aprofundar o estudo do desenvolvimento interno das normas penais e, assim, facilitar a aplicação do direito, com o consequente enquadramento lógico dos fatos concretos nas respectivas fases de valoração, da *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*”. TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 1.

²⁸ ESTEFAM, André. *Direito penal esquematizado*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 270-271.

²⁹ ROXIN, Claus *et al.* *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XIX.

³⁰ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 17 e ss.

³¹ Assim, discorre Alflen acerca dos conceitos primordiais da causalidade clássica, p. 25: “Ao analisar os sistemas de filosofia desenvolvidos na Alemanha no século XIX, Michelet esclarece que desde Kant parte-se da ideia de que não há outra causalidade, senão a causalidade de acordo com as leis da natureza. De acordo com isso, todo acontecimento pressupõe uma condição precedente que é a sua causa, e essa condição - como algo que ocorre em si mesma - pressupõe novamente uma causa e assim por diante. Logo, a causa, na acepção de Kant,

Referidos juristas buscavam fundamentar a autoria sobre diferentes critérios. Assim, Kleinschrod, por exemplo, aduz ser a causalidade o critério para determinação da autoria, no sentido de que, ocorrendo a causa (conduta do autor), o resultado delitivo não pode deixar de ocorrer.³² Já Feuerbach considera autor “a pessoa em cuja vontade e ação está contida a causa suficiente, e que produz o crime como sua consequência”³³, divergindo de Kleinschrod, que considera o autor como causa necessária do crime.³⁴

Köstlin, a seu turno, entende a autoria enquanto autodeterminação do sujeito, devendo esta ser analisada em dois momentos: um subjetivo, onde “a conduta resulta direta ou indiretamente da autodeterminação livre do sujeito”, e outro objetivo, onde “o resultado da conduta deve ter como princípio determinante a vontade do sujeito”.³⁵ Glaser, partidário da corrente subjetivo-causalista de Köstlin, afirma que autor é aquele que quer o fato como próprio, e os demais como fato alheio.³⁶

Dentre os doutrinadores clássicos da corrente objetiva, cujas concepções são baseadas na equivalência das condições, temos, segundo Alflen, em Liszt³⁷ “uma das principais contribuições para o desenvolvimento da dogmática da autoria”³⁸, vez que este “ao distinguir de forma bastante clara as suas modalidades” afirma ser “autor, em primeiro lugar, aquele que executa por si mesmo, de forma ilícita e culpável, a conduta executória, que realiza por si o tipo legal de crime (autor individual)”.³⁹

No que tange às concepções baseadas na distinção entre causa e condição, von Bar contribui para a noção desta como critério de autoria, ao elucidar que “para o indivíduo ser submetido a uma pena (e, portanto, ser caracterizado como autor) é imprescindível verificar se ele é causa do resultado”. Desta feita, partindo da diferença entre causa e condição, sentencia o jurista que “se queremos investigar as leis da natureza, então tudo o que é produzido pelas mãos humanas, é condição e não causa”.⁴⁰

supunha a própria ação, daí ressaltar que se deveria distinguir entre causa suficiente e causa necessária”. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25-55.

³² KLEINSCHROD, Gallus Aloys. *Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten*. Verlagort: München. 1802, Hübschmann. p. 10, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 26.

³³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. Heyer, Giessen, 1801 p. 80, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 28.

³⁴ No direito penal norte-americano, a noção de relação de causalidade se expressa, basicamente, pela ideia de ato humano (“human act”): “Starting with a human act, we must next find a causal relation between the act and the harmful result; for in our law – and, it is believed, in any civilized law – liability cannot be imputed to a man unless it is in some degree a result of his act”. BOYCE, Ronald N.; DRIPPS, Donald A.; PERKINS, Rollin M. **Criminal Law and Procedure: cases and materials**. 11º Ed. New York: Thomsom Reuters, 2010. p. 529.

³⁵ KÖSTLIN, Christian Reinhold. *System des Deutschen Strafrechts*. Tübingen, 1855, Bd. 1, p. 257, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 32.

³⁶ GLASER, Julius von. *Ueber Thäterschaft und Beihilfe*. p. 29-30, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40-41.

³⁷ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 17 e ss.

³⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 39.

³⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça. 2006, p. 355, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 44. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>>. Acesso em 17 out. 2016.

⁴⁰ BAR, Carl Ludwig von. *Die Lehre von Causalzusammenhang: besonders im Strafrecht*. Leipzig, 1871. p. 4 e 7, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 52.

Em síntese, Alflen elenca tais correntes como precursoras do sistema causalista⁴¹, uma vez que foi a partir destes estudos que foram lançadas as sementes para o desenvolvimento da teoria do domínio do fato, tanto em Hans Welzel (domínio final do fato) como em Claus Roxin.⁴²

Logo, estando o domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder ligado diretamente à teoria do domínio do fato de Roxin, com o fito de sistematizar e mapear a teoria do domínio por organização, bem como do domínio social por meio de um instrumento punível, far-se-á um estudo pormenorizado acerca das teorias relacionadas ao concurso de pessoas.

3. Teorias relativas ao concurso de pessoas

3.1. Sistemas unitário e diferenciador

3.1.1. Sistema unitário

O sistema unitário parte da noção de que não há diferença qualitativa nos pesos daqueles que contribuem para o cometimento do fato delitivo, mas tão somente no tocante à aplicação da pena. Assim, esclarece Jescheck que “todo aquele que concorre deve ser considerado autor do fato ilícito e culpável, sem levar em conta as qualidades delitivas da contribuição dos demais participantes (dolosa ou culposa)” bem como sem ter em vista nada mais do que “um vínculo causal com o desenvolvimento das contribuições dos demais, sendo que a intensidade da contribuição fática é levada em conta somente no âmbito da determinação da pena”.⁴³

Ademais, o sistema unitário passou a ser subdividido em unitário formal, unitário funcional e unitário reduzido.⁴⁴ Unitário formal, enquanto vertente mais radical, “parte de um conceito amplo e indiferenciado de autor” vez que “não distingue conceitual nem valorativamente os diferentes tipos de contribuição para o fato”.⁴⁵ Já o unitário funcional “reconhece diferentes formas de autoria” se sujeitando à mesma pena cominada, sendo que “a

⁴¹ “Os fundamentos do sistema Liszt-Beling radicam no conceito natural de ação. A ação desempenha já aqui uma função básica no conceito de delito [...] A ação é valorativamente neutra, sendo identificada como um movimento corpóreo voluntário, que produz uma modificação no mundo exterior. Compreende-se, assim, no conceito de ação, a verificação dos seguintes componentes: *vontade, expressão externa* dessa vontade através de um movimento corpóreo e o *resultado*”. TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 17. LISZT, Fran von. **Direito penal alemão**. Tradução de José Higino. Rio de Janeiro, 1899. v., p. 198, *apud* TAVARES, Juarez. *op. cit.*, p. 17.

⁴² Neste sentido, Alflen: “O paradigma causalista, indubitavelmente, forneceu importantes aportes para o desenvolvimento ulterior do debate acerca da ideia de autoria, sobretudo, da autoria mediata”. ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 81.

⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts**, p. 525, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁴ “Todavia, a falta de uniformidade conceitual acerca do sistema unitário de autor, levou Kienapfel, no ano de 1971, a realizar a diferenciação entre os sistemas unitário formal e unitário funcional, sendo que, alguns anos depois, Burgstaller incluiu ao lado destes o chamado sistema unitário reduzido”. ROTSCH, Thomas. **“Einheitstäterschaft” statt Thatherrschaft**, p. 13, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁵ ROTSCH, Thomas, *op. cit.*, p. 133, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 57-58.

diferenciação deve se dar de forma puramente conceitual, de acordo com o tipo penal”.⁴⁶ Por sua vez, o sistema unitário reduzido entende que “todos que concorrem para o crime respondem pela mesma pena cominada”, onde, contudo, “atribui-se às diferentes espécies de contribuições no caso concreto significado diverso sob o ponto de vista da determinação da pena”.⁴⁷

3.1.2. Sistema diferenciador

Partindo basicamente de uma distinção entre autor e partícipe, o sistema diferenciador entende que “as diferentes contribuições fáticas são concebidas de acordo com seu peso material, sendo que o injusto típico orienta-se pelo respectivo autor descrito nos crimes em espécie, distinguindo já todos os participantes no próprio tipo”.⁴⁸

As críticas feitas ao sistema diferenciador assentam no fato da necessidade de se desenvolver critérios para delimitação entre autoria e participação, o que levaria, segundo Kühl, a um trabalho legislativo extremamente complexo em razão das particularidades de determinados crimes.⁴⁹

3.2. Conceitos extensivo e restritivo como critério de autoria

Os conceitos extensivo e restritivo aparecem na doutrina sob estas denominações, segundo Alflen, “somente no ano de 1929, com Leopold Zimmerl, o qual se apropria da representação inequívoca do conceito extensivo de autor, delineada por Ernst Winter, no trabalho publicado no ano de 1917, sob o título ‘*Die mittelbare Täterschaft*’”⁵⁰.

3.2.1. Conceito extensivo

Conforme os ensinamentos de Luiz Regis Prado, tal concepção “funda-se na teoria da *conditio sine qua non*, sendo autor aquele que concorre de qualquer modo para o resultado. Não distingue entre coautoria e participação” e complementa o jurista, citando Welzel, que esta “relacionava a autoria com a causação de uma realização típica, de maneira que a instigação e a cumplicidade - por serem também causantes da realização do tipo - aparecem materialmente como formas de autoria”.⁵¹

Bombardelli, citando Greco⁵², explica que esse conceito “baseia-se na concepção ‘tradicional’ (mais antiga) de tipo: ele seria a causação de um resultado”. E continua aduzindo

⁴⁶ SCHÖBERL, Wolfgang. *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell*. p. 58, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁷ ROTSCH, Thomas, *op. cit.*, p. 140-141, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 60-61.

⁴⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁹ KÜHL, Kristian. *Strafrecht, AT*, p. 760, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁰ ZIMMERL, Leopold. *Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*. ZStW, v. 49, Heft 1, 1929. p. 40, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 61.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 458.

⁵² GRECO, Luís *et al.* *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 49.

que “quanto à causação, a forma mais comum de aferi-la é por meio da ideia de equivalência dos antecedentes: toda condição é causa do resultado”⁵³.

Zimmerl, citado por Alflen⁵⁴, aduz que o conceito extensivo de autoria parte da premissa de que “os tipos legais devem ser concebidos de forma a considerar que qualquer um que seja causa para a realização de um tipo atua tipicamente e por isso deve ser punido, contanto que seja suficientemente culpável”, de maneira que “qualquer um que seja causa para a morte de um homem, age tipicamente, desde que cause o resultado culpavelmente, de forma dolosa ou culposa”⁵⁵.

Desta feita, os dispositivos legais a respeito do auxílio e da instigação passam a ser considerados “*lex specialis* em relação ao respectivo tipo, sendo criadas com a finalidade de impor uma punição mais leve ou também mais estrita”, resultando que uma vez que tais disposições específicas não podem ser aplicadas incide a disposição geral, onde “todo aquele que culpavelmente se torna causa para realização do tipo penal deve ser punido como autor”⁵⁶.

Insta ressaltar que o conceito extensivo sempre sofreu muitas críticas, dentre outras razões, “por ser demasiado amplo, perder-se na eventualmente abstrata aferição de causalidade ou mesmo por descuidar de elementos volitivos do sujeito ativo”⁵⁷. Nas palavras de Nilo Batista:

Assinala-se ainda como consequência da concepção ora examinada a constatação embaraçosa de que, na linha de nivelamento por ela produzida, o protagonista do delito apareça como “producto residual: como aquel causante que no es partícipe”. Porém aquela consequência que nos sensibiliza mais profundamente está na “relativización de la función de garantía del tipo penal”, para valer-nos expressão de Bacigalupo, que deriva da concepção extensiva. Quando se considera a toda e qualquer causação de um resultado proibido como autoria, tende-se a menosprezar a exigência de que seja toda e qualquer causação típica, já que “a base da autoria é o tipo legal”⁵⁸.

3.2.2. Conceito restritivo

O conceito restritivo de autoria, cuja principal colaboração é atribuída à von Beling, aduz ser autor, nas palavras de Alflen, “aquele que preenche os elementos do tipo, mais precisamente, aquele que comete a ação típica por si mesmo”⁵⁹. Assim, a principal diferença em relação ao conceito extensivo está no ponto de partida para aferição da autoria, vez que, para determinar a conduta típica, “Beling não parte do bem jurídico, como o fazia Schmidt em relação ao conceito extensivo, e sim da descrição da ação contida no tipo penal, de modo que

⁵³ BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 14.

⁵⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 61-62.

⁵⁵ ZIMMERL, Leopold, *op. cit.*, p. 40. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 312.

⁵⁶ ZIMMERL, Leopold, *op. cit.*, p. 40, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁷ BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 15.

⁵⁸ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 34.

⁵⁹ BAUMANN, Jürgen. **Strafrecht**, AT, p. 483, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66-67.

é o verbo contido no tipo que determina o seu alcance, delimita a autoria e a distingue da participação”⁶⁰.

Logo, uma vez que para o conceito restritivo “somente o autor realiza a ação prevista nos tipos penais da parte especial”, a possibilidade de punição daqueles que não realizam a ação típica, os partícipes, “ocorre através de uma ampliação da punibilidade e não de uma restrição, como era feito partindo de um conceito extensivo de autoria”⁶¹.

As principais falhas apontadas pela doutrina⁶² no tocante ao conceito restritivo de autoria se referem à participação e à autoria mediata, uma vez que tão somente o critério de que “quem é autor, não é partícipe” não são suficientes para alcançar todas as possíveis condutas colaborativas dentro de um fato típico⁶³.

Por fim, saliente-se que os supracitados déficits, tanto no tocante ao conceito restritivo, como no que se refere ao conceito extensivo de autor, levaram a doutrina a desenvolver duas outras diretrizes teóricas: as teorias objetivas e a teoria subjetiva no conceito de autoria, que serão analisadas no tópico a seguir.

3.3. Teorias objetivas e subjetiva

Conforme dito acima, em razão dos inúmeros déficits apresentados pelos conceitos restritivo e extensivo, a doutrina passou a desenvolver as teorias objetivas e subjetiva, onde, segundo Alflen, por meio das mesmas, “tenciona-se elaborar uma complementação aos conceitos extensivo e restritivo, permitindo desenvolver a distinção entre as diversas formas de contribuição para o fato delitivo”, de maneira que se leva em conta “o grau de exteriorização da participação no fato, ou a direção da vontade dos participantes”⁶⁴.

3.3.1. Teorias objetivas

Segundo aduz Cirino dos Santos, “as teorias objetivas definem autor e partícipe pela relação real com a ação típica”⁶⁵. Por sua vez, Alflen destaca que tais teorias “partem basicamente de um conceito restritivo de autor e veem o critério decisivo para a delimitação da autoria no lado meramente objetivo do fato punível, tendo em vista a descrição da conduta

⁶⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 66.

⁶¹ GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 13.

⁶² Neste sentido, Prado, partindo de um conceito restritivo conjugado com uma teoria objetivo-formal, entende que, *in verbis*: “Esse conceito - elaborado por Beling - não explica, porém, as formas de autoria mediata. Em tais hipóteses, não poderia ser considerado como autor - do ponto de vista da concepção restritiva - quem se vale de outra pessoa como instrumento para a prática da conduta delituosa, já que não realiza nenhum elemento do tipo penal”. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 458.

⁶³ “Como refere Gropp, esta concepção estabelece um conceito primário de autor, seguindo a proposição ‘quem é autor, não é partícipe’ ou, ainda, ‘só pode ser partícipe, quem não é autor’. Nesse sentido, como a realização da ação típica constitui objetivamente algo totalmente diferente do que o seu auxílio, resulta que os conceitos de autoria e de participação devem ser distinguidos de acordo com critério objetivos. Além disso, tal concepção não fornece critérios suficientes para delimitar o conceito de autoria mediata”. GROPP, Walter. **Strafrecht, AT**. p. 352; WOLFF, Ernst Amadeus. **Die Tatherrschaft als Merkmal der Täterschaft**. p. 33, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. p. 68-69:

⁶⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69.

⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 74.

típica”⁶⁶. Ambos autores também asseveram a subdivisão das teorias objetivas em duas vertentes: teoria objetivo-formal e teoria objetivo-material, aquela “desenvolvida pelo modelo causal” e esta “introduzida pelo modelo final de crime”⁶⁷.

A teoria objetivo-formal⁶⁸, capitaneada por Liszt, Beling, Schmidt e Zimmerl, assenta em dois aspectos fundamentais: é *objetiva* “porque a delimitação é verificada a partir do que foi produzido, sem que a vontade ou o interesse do agente tenha algum papel relevante” e *formal*, “porque para esta delimitação objetiva ela recorre aos tipos penais da parte especial do respectivo Código Penal”⁷⁰. Por seu turno, Nilo Batista prescreve que, segundo a teoria formal-objetiva, “seria autor aquele que realizasse a ação executiva, a ‘ação principal’ do delito, a ação (depois de Beling) típica”, e continua explicando que, segundo este critério, “é autor aquele que realiza, com a própria conduta, o modelo legal do crime”⁷¹.

Sendo, portanto, o autor, dentro da lógica objetivo-formal, “quem realiza por si mesmo, total ou parcialmente, a conduta típica”, participe, por sua vez, “é quem contribui com a realização do tipo tão só por meio de atos preparatórios e de apoio”⁷².

Quanto à teoria objetivo-material, muito embora existam divergências sobre sua definição⁷³, Alflen menciona que esta, ao procurar suprir lacunas da teoria objetivo-formal, “em vez da execução da ação típica, tal teoria parte da análise da maior perigosidade que, portanto, deve caracterizar a contribuição para o fato por parte do autor em face ao participe”⁷⁴. Ademais, Cirino dos Santos, entende que a teoria objetivo-material “define autor e participe pela relação de domínio da ação típica”, situando-a, desta forma, dentro de um conceito amplo de domínio do fato⁷⁵.

3.3.2. Teoria subjetiva

Segundo Nilo Batista, para um critério subjetivo, “a distinção entre autor e participe residiria em que o primeiro atua com vontade de autor (*Täterwille* ou *animus actoris*), e deseja a ação como própria (*als eigene*)”, enquanto que o segundo “atua com vontade de

⁶⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 69. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 196.

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁸ “Autor é quem realiza diretamente a ação típica”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 312.

⁶⁹ “A teoria objetivo-formal é insuficiente para fundamentar a autoria mediata e algumas hipóteses de realização do delito com a utilização de um instrumento de poder”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁷⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69-70.

⁷¹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 60. Neste sentido, cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 461

⁷² ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 70. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 312.

⁷³ “A teoria *objetivo-material* atualmente tem sido objeto de divergência quanto à sua própria definição, sendo que, na doutrina, encontram-se aqueles que, por um lado, consideram-na um equivalente da teoria do domínio do fato (ou essa um equivalente daquela), e aqueles que, por outro lado, consideram-na uma subespécie da teoria objetiva diversa da *teoria do domínio do fato*”. ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 72-73.

⁷⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 72-73. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 196.

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 74.

partícipe (*animus socii*), seja de instigador ou cúmplice (*Anstifterwille* ou *Gehilfenwille*), e deseja a ação como alheia (*als fremde*)”⁷⁶.

Neste sentido, Alflen destaca que o nascedouro da teoria subjetiva se deu no Tribunal do Reich onde, por influência de Köstlin e Buri, o tribunal alemão admitiu a teoria da equivalência das condições, abarcando o entendimento de que todas as condições têm o mesmo valor para a causação do resultado, tornando-se, por conseguinte, impossível delimitar a distinção entre todos aqueles que concorreram para o fato⁷⁷. Conclui o autor, por fim, que “não houve outra possibilidade senão a de separar a autoria da participação com base exclusivamente no direcionamento da vontade dos participantes”⁷⁸.

As principais críticas à teoria subjetiva⁷⁹ se referem, de modo geral, pelo fato da mesma, partindo de um conceito extensivo, se apoiar exclusivamente na categoria da causalidade, “de modo que não coaduna com um sistema de orientação finalista nem funcionalista”. Ademais, tal modelo subjetivo contraria o “princípio estruturante do direito penal vigente, segundo o qual os tipos penais devem ser delimitados e circunscritos por critérios claramente objetivos”⁸⁰.

4. Teoria do domínio do fato

Como se pode notar, os debates da doutrina clássica causalista giravam em torno da busca por critérios precisos para delimitar e conceber um conceito de autor, bem como as modalidades de participação, de maneira que, sobretudo no tocante à autoria mediata, embora tenham sido fornecidos importantes aportes para seu desenvolvimento, ainda subsistiam inúmeros déficits e dificuldades para sua aferição⁸¹.

⁷⁶ BATISTA, Nilo, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁷ Greco lembra dos casos absurdos da jurisprudência alemã baseados na teoria subjetiva: “Com base nessas premissas considerou-se que poderiam ser partícipes a mulher que afogou o bebê da irmã, porque a sua atuação estava motivada por fazer um favor a esta (chamado caso da banheira, RGSt 74, 84 [1940]), e o agente do serviço secreto soviético que, a mando de um superior, assassinou uma pessoa em território alemão (caso Staschinsky, BGHSt 18, 87 [1962])” Cf. GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23.

⁷⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73. Neste sentido, cf. BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht, AT*. p. 495; ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 56, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 80-81.

⁷⁹ “A teoria subjetiva se baseia no ânimo concreto que tenha o interveniente no delito. [...] Mas, como a regulamentação legal não prescinde do aspecto material da contribuição para o delito, está claro que esta teoria não leva em conta que o dolo do responsável por um delito (autor ou partícipe) nada tem a ver com a circunstância de ele ter o fato como próprio ou alheio, e sim a consciência e a vontade de intervir na realização de um delito, quaisquer que sejam as razões ou motivos pelos quais ele aja. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 196.

⁸⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 74-75. Neste sentido, cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht, AT*. p. 12; HAAS, Volker. *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*. p. 9; JESHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. p. 530 – *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 80-81.

⁸¹ “Assim, por exemplo, em Kleinschrod, Feuerbach e Stübel reconhece-se o instituto da autoria mediata, porém, unicamente em relação àquele que determina a vontade de outrem à produção do resultado, bem como equiparando o autor mediato ao instigador (*Anstifter*); em Köstlin e Berner reconhece-se a autoria mediata unicamente para os casos em que o executor é um sujeito capaz de determinar-se à prática da conduta real, pois,

Desta maneira, antes de discorrermos sobre a teoria do domínio do fato em Roxin, necessário se faz debruçar sobre a teoria do domínio do fato em Welzel, uma vez que esta surge na doutrina de concepção finalista, que passou a desenvolver uma “terceira via para construção da ideia de autoria”⁸².

4.1. Teoria do domínio final do fato em Welzel

Conforme lição de Pacelli, “foi com o finalismo de Hans Welzel, nos anos que se seguiram ao pós-guerra, que se promoveu, então, uma mudança radical do pensar jurídico-penal” no sentido de que se estabeleceu “um sistema que se baseava em estruturas reais que deveriam subordinar a sua construção”. E continua o mestre aduzindo que:

Ao entendimento de que o homem poderia controlar cursos causais por meio da antecipação de sua ação e do resultado dela advindo, o finalismo retirou o dolo (e a culpa) da culpabilidade para alojá-los no próprio tipo, instituindo a ação final como um dado que não poderia ser ignorado pelo sistema penal.⁸³

Embora a primeira aparição do termo *domínio do fato* remeta à Hegler, em 1915⁸⁴, é em Hans Welzel que surge a primeira tentativa real de se criar uma teoria do domínio do fato propriamente dita, com critérios bem estruturados e definidos⁸⁵.

Assim, pode-se conceituar o domínio final do fato como uma teoria que consiste no ‘pressuposto fático da autoria (terceiro pressuposto, ao lado dos pressupostos objetivo e subjetivo), o qual parte de que o autor é o senhor sobre a decisão e a execução da vontade final de realizar o fato’⁸⁶. O conceito final de autor, nas próprias palavras de Welzel:

sendo um mero instrumento (“Werkzeug”) sem vontade, não há autoria mediata [...] já em Liszt, Schmidt, Binding e, mais tarde, em Zimmerl, reconhece-se a autoria mediata tão só para aqueles casos em que alguém que se serve de outrem como instrumento impunível.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81.

⁸² ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 81-82.

⁸³ ROXIN, Claus *et al.* **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XIX.

⁸⁴ “Disso se observa que os pontos de partida dogmáticos que levaram ao desenvolvimento da ideia de domínio do fato são muito diferentes, podendo-se mencionar, em síntese: a teoria da culpabilidade em Hegler, as concepções causais, em especial a teoria subjetiva, em Bruns e Weber; uma concepção crítica em Lobe e a ideia de dever em Schmidt. Tal diversidade de pontos de partida no tocante ao domínio do fato, inclusive, torna difícil proporcionar uma panorama histórico-dogmático da teoria do domínio do fato, de modo que seu ponto de partida deve ser necessariamente da concepção de Welzel.” ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 85-86.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 86.

⁸⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103-104.

*Surge de las determinaciones fundamentales del concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la acción del hecho antijurídico. Es por eso que a la autoría (de un delito doloso) pertenece en general el dominio final sobre el hecho (como elemento genérico personal de lo injusto de los tipos dolosos); a ello se agregan en muchos casos, como elementos especiales de autor, las características personales objetivas y subjetivas de lo injusto.*⁸⁷

Por fim, saliente-se que Welzel divide as formas de autoria em direta (autoria imediata), autoria mediata e coautoria. Por autoria direta entende-se a “realização direta e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos objetivos e subjetivos do tipo, possui o domínio sobre a sua decisão e execução”⁸⁸. Autoria mediata, por sua vez, é a “realização do fato de forma conscientemente final por quem, possuindo o domínio pleno do fato, serve-se de um instrumento, que o executo de maneira direta”⁸⁹. E por coautoria, Welzel entende ser “a execução comum dividida entre muitos indivíduos, dos atos parciais de uma decisão comum, naquela, ao mesmo tempo em que nenhum domina plenamente o fato, domina a sua respectiva parte”⁹⁰.

5. Teoria do domínio do fato em Roxin

Conforme as lições de Greco⁹¹, a teoria do domínio do fato – que para o mesmo é uma inovação dogmática, uma vez que rompe com diversos postulados causais – assim como toda boa teoria, nasce da necessidade de resolver um problema concreto, assentando premissas lógicas fundantes para construção de um determinado sistema de ideias⁹². Logo, o problema que a teoria do domínio do fato se propõe a resolver, assim como as demais já mencionadas, é a de distinguir com precisão quem é autor e quem é partícipe de um

⁸⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chila, 1997, p. 120. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 122. Cf. WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*, p. 164, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁹ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chila, 1997, p. 123. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez.

⁹⁰ WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*, p. 169, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 91.

⁹¹ GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

⁹² “A teoria do domínio do fato, como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma *resposta a um problema concreto*. O problema que a teoria se propõe a resolver, como já se insinuou, é o de *distinguir entre autor e partícipe*. Em geral, assim, não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe. Os Códigos penais alemães, tanto o vigente à época da monografia de Roxin, como o atual, exigem que se faça essa distinção. O CP brasileiro (art. 29, *caput*), todavia e como já se observou, não o exige, e mesmo insinua uma interpretação segundo a qual todo aquele que concorre para o crime - quem efetuou o disparo, quem convenceu esse primeiro a que cometesse o delito, quem emprestou a arma - é simplesmente autor do homicídio. *Ibidem*, p. 22.

determinado delito, não se tratando, a seu turno, de se determinar se o agente será ou não punido⁹³.

Alflen, por sua vez, lembra que Roxin, ao estabelecer as diretrizes teóricas para o desenvolvimento de sua teoria, determinou a mesma no seio de um conceito aberto, por considerar mais vantajoso, vez que se baseia em um elemento de procedimento descritivo e outro de caráter regular, onde o procedimento descritivo, em suas palavras, “pode ser essencialmente mais realista do que uma definição abstrata sobretudo porque não limita formalmente o conceito de autor e abarca novos fatos regulados por novos tipos penais criados”⁹⁴, devendo, pois, em conjugação com o segundo elemento diretivo, o domínio do fato, não ser um conceito teleológico, ontológico ou exclusivamente descritivo, mas sim normativo⁹⁵.

Neste diapasão, partindo da ideia de que autor é “figura central do acontecer típico (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*)”, Greco aduz que o conceito de autor é primário e tem significado central no injusto típico⁹⁶. No mesmo sentido, Alflen destaca a evolução da teoria de Roxin, *in verbis*:

Já em seu Strafrecht, refere que o autor é sempre “a figura central de um acontecimento executório” (“Ausführungsgeschehen”), isto é, “a figura central da conduta executória” (“Ausführungshandlung”) e que a “figura central do processo delitivo é quem domina o acontecimento dirigido à realização do delito”. Daí referir expressamente que autor é aquele “que domina o fato, isto é, que desempenha o papel decisivo na realização do tipo”. Em outras palavras, afirma Roxin que “tem o domínio do fato e é autor, quem aparece como a figura central, a figura-chave na realização do delito, por meio de sua influência decisiva para o acontecimento”.⁹⁷

5.1. Tríplice vertente do domínio do fato em Roxin

Partindo da ideia fundamental de autor enquanto figura central do acontecer típico, temos que o domínio do fato roxiniano se expressa em três vertentes: a) *domínio da ação* (autoria imediata); b) *domínio funcional* (coautoria) e; c) *domínio da vontade* (autoria mediata).⁹⁸

O *domínio da ação* (*Handlungsherrschaft*) ocorre quando o sujeito “pratica em sua própria pessoa a conduta típica”.⁹⁹ Nos dizeres de Greco: “quem aperta o gatilho tem o domínio da ação e nunca poderá ser mero partícipe, ao contrário do que, como vimos, muitas

⁹³ GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

⁹⁴ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 123, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105-106.

⁹⁵ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 321, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁶ GRECO, Luís *et al.*, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 110-111. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht, AT*. Bd. II. p. 9 e 14, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 111.

⁹⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 153 e ss, *apud* BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 43.

⁹⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

vezes decidira a jurisprudência alemã, partindo de uma teoria subjetiva extrema”, logo, “aquele que domina a ação permanece autor ainda que aja a pedido ou a mando de outrem”.¹⁰⁰

O *domínio funcional* (*funktionelle Tatherrschaft*) ocorre quando o sujeito “realiza, no curso da execução, uma contribuição funcionalmente relevante”.¹⁰¹ No exemplo de Greco: “A aponta uma pistola para a vítima (grave ameaça), enquanto B lhe toma o relógio do pulso (subtração de coisa alheia)” e infere “aqui, seria inadequado que A respondesse apenas pelo delito [...] de constrangimento ilegal [...] e B apenas pelo furto”, concluindo que “se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante de um delito, elas terão o domínio funcional do fato” logo, “A e B responderão, assim, ambos pelo delito de roubo (art. 157, CP)”.¹⁰²

Por sua vez, o *domínio da vontade* (*Willensherrschaft*) ocorre quando o sujeito “executa o fato por meio de outrem, cuja vontade, de acordo com as diretrizes jurídicas, não é livre” e, portanto, “diferentemente do homem de trás, não compreende o sentido de seu agir ou o compreende em medida mínima ou, ainda, quando no marco de um aparato organizado de poder, é substituível”.¹⁰³ Neste sentido, assevera Greco que, para Roxin, a autoria mediata “encontra sua razão última no conhecimento superior (*überlegenes Sachwissen*) do homem de trás, que lhe permite controlar, dominar o homem da frente como se esse fosse uma marionete”.¹⁰⁴

5.2. Tríplice vertente do domínio da vontade

Na busca por uma fundamentação jurídica para a configuração da autoria mediata, uma vez que falta ao homem de trás uma conduta executória plena (própria da autoria imediata), Roxin passa a fundamentá-la no “poder de conduzir a vontade” de outrem. Este “poder de condução da vontade”, por sua vez, se desdobra em três vertentes, quais sejam: a) *domínio da vontade em virtude da coação*; b) *domínio da vontade em virtude de erro*, e; c) *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*.¹⁰⁵

O *domínio da vontade em virtude de coação* ocorre quando “o homem de trás (*Hintermann*)” domina o fato na medida em que coage o executor imediato à realização do tipo”¹⁰⁶, referindo Roxin ser essa a forma “mais simples de dominar a vontade de alguém”¹⁰⁷, que se expressa no famoso exemplo de Otto, lembrado por Alflen: “A ameaça matar B, se este não matar X. Por medo da ameaça contra sua própria vida, B mata X. A é autor de homicídio de X, pois ele dominava a vontade de B”¹⁰⁸.

¹⁰⁰ GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25.

¹⁰¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 111.

¹⁰² GRECO, Luís *et al.*, *op. cit.*, p. 25-26.

¹⁰³ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁴ GRECO, Luís *et al.*, *op. cit.*, p. 27. Cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft*, p. 212 e ss., *apud* GRECO, Luís *et al.*, *ibidem*, p. 27.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 167 e ss, *apud* BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 45.

¹⁰⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 124-125.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 143, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁸ OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. p. 303, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 127.

O *domínio da vontade em virtude de erro* ocorre quando “o homem de trás induz o executor em erro, mantendo-o sem saber do seu planejamento delitivo”¹⁰⁹. No exemplo de Greco, “A dá a B uma arma supostamente descarregada e convence-o a ‘assustar’ C, apertando o gatilho: o ‘susto’ é mortal”, devendo, portanto, “A” ser responsabilizado como autor mediato de homicídio doloso¹¹⁰.

Por fim, o *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*, objeto deste estudo, ocorre quando o homem de trás, “servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis” visto que “funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados”¹¹¹.

Por ora, não faremos maiores aprofundamentos quanto aos requisitos do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, visto que este será objeto de tópico próprio, a ser trabalhado mais a frente. De fato, passaremos agora a uma análise conjuntural a respeito do surgimento deste instituto.

5.3. Domínio por organização: surgimento e contexto histórico

O Brasil possui hoje uma das taxas mais altas de violência do mundo, com números absolutos de homicídio próximos a 60 (sessenta) mil pessoas por ano¹¹², além do cometimento em larga escala de diversos outros crimes, como furto, roubo, estupro e tráfico de drogas.

Não obstante tais dados coletados pelo próprio Estado, segundo aduz Schabbach, citando Albanese¹¹³, “em geral as estatísticas policiais não contabilizam especificamente o crime organizado; quando o fazem, cobrem apenas aspectos restritos do fenômeno, que se referem mais à atuação policial do que ao próprio fato”¹¹⁴.

Neste contexto, muito embora não existam números precisos, sabe-se que grande parte dos crimes ocorridos, tanto no Brasil, como no restante do mundo, estão correlacionados, direta ou indiretamente, com o crime organizado¹¹⁵.

Buscando um conceito de crime organizado, nos deparamos com a Nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) que, conforme discorre Bitencourt¹¹⁶, assim o define:

¹⁰⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 124-125.

¹¹⁰ GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26.

¹¹¹ GRECO, Luís *et al.*, *op. cit.*, p. 27-28.

¹¹² BRASIL. **Atlas da Violência 2016**. Brasília: IPEA; Governo Federal, 2016. p. 5. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/atlas_da_violencia_2016_ipea_e_fbisp.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

¹¹³ ALBANESE, Jay; DAS, Dilip. Introduction: A framework for understanding. In: ALBANESE, J. S.; DAS, D. K.; VERMA, A. **Organized Crime: World Perspectives**. New Jersey: Prentice Hall, 2003.

¹¹⁴ SCHABBACH, Letícia Maria. **O crime organizado em perspectiva mundial**. Sociologias. Porto Alegre, v. 15, n. 34, p. 278-293, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222013000300012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 out. 2016.

¹¹⁵ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. **World Drug Report 2015**. Vienna, 2015. p. 5. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.¹¹⁷

É cediço que, além da criminalidade organizada em sua forma como é conhecida na atualidade, uma outra espécie vigorou durante o século XX, sobretudo nos regimes totalitários emergentes na Segunda Guerra Mundial e Guerra Fria, como o Terceiro Reich do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (Partido Nazista), liderado por Adolf Hitler, responsável pelo holocausto de 6 (seis) milhões de judeus¹¹⁸, o regime do Partido Comunista da União Soviética, liderado por Josef Stalin, cujas estimativas apontam entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) milhões de mortes provocadas¹¹⁹, bem como do governo comunista de Mao Tsé-Tung à frente da República Popular da China entre 1949 e 1976, onde se estima que tenham morrido 50 (cinquenta) a 70 (setenta) milhões de pessoas¹²⁰.

É diante deste cenário que surge a figura jurídica do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, quando, em 1963, o penalista alemão Claus Roxin desenvolve pela primeira vez referida teoria em seu artigo intitulado “*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*”¹²¹.

A razão que levou Roxin a desenvolver tal instituto fora o processo ajuizado em Jerusalém contra o burocrata nazista Otto Adolf Eichmann¹²², considerado responsável pelo

¹¹⁷ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa** e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

¹¹⁸ FLEMING, Gerald. *Hitler and the Final Solution*. Berkeley & Los Angeles, CA: University of California Press, 1987. p. 16.

¹¹⁹ GETTY, J. Arch. *Victims of the Soviet Penal System in the Pre-War Years: A First Approach on the Basis of Archival Evidence*. The American Historical Review, v. 98, n. 4, 1993. p. 1017-1049. Disponível em: <<http://home.ku.edu.tr/~mbaker/cshs522/GettyNumbers.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

¹²⁰ FENBY, Jonathan. *Modern China: The Fall and Rise of a Great Power, 1850 to the Present*. Ecco, 2008. p. 351.

¹²¹ ROXIN, Claus. *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. München, 2006. p. 293-300. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_44.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

¹²² Assim discorre Roxin: “Minha ideia era a de transpor este conceito cotidiano às precisas categorias da dogmática jurídica. A razão imediata para este esforço era justamente o processo promovido em Jerusalém contra Adolf Eichmann, um dos principais responsáveis pelo assassinato de judeus no período nazista.” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 70. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: “*Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*”.

desenvolvimento da “solução final” do regime nazista, que levou milhões de judeus à morte nos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial¹²³.

Capturado na Argentina pelos “kidon” do Mossad – o serviço secreto de Israel – Eichmann respondeu pelo processo entre 2 de abril e 14 de agosto de 1961, sendo condenado à morte e enforcado na prisão de Rammallah, em 1º de junho de 1962¹²⁴.

Desta forma, Roxin, segundo aponta Alflen, ao desenvolver a teoria do domínio por organização, buscara uma forma de *fundamentar* a autoria mediata nos casos em que o executor direto (autor imediato) se apresentava como agente culpável, não sendo coagido nem induzido a erro, mas sim como mais uma “peça” fungível da engrenagem delitiva¹²⁵.

5.3.1. Conceito de domínio por organização

A figura jurídica do domínio por organização, nas palavras de seu próprio mentor, Claus Roxin:

Se baseia na tese de que em uma organização delitiva os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis. Estes homens de trás são caracterizados, na linguagem alemã corrente, como “autores de escritório” (Schreibtischtäter). Minha ideia era a de transpor este conceito cotidiano às precisas categorias da dogmática jurídica¹²⁶

Conforme assevera Alflen, o jurista alemão busca fundamentar sua tese sobre três pilares:

Em primeiro lugar, refere Roxin que em determinados casos de autoria mediata quem possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens não é só o “instrumento” [...], mas sim o próprio aparato organizado. [...] Em segundo lugar, afirma que o executor e o homem de trás possuem formas diferentes de domínio do fato, ou seja, o primeiro possui o domínio da ação, ao passo que o segundo possui o domínio da organização [...]. Em terceiro lugar, considera que não se pode deduzir a autoria e o domínio do fato de algum déficit do instrumento [...] o domínio do fato do homem de trás baseia-se em que por meio de uma ordem sua, através do aparato existente, ele pode causar o resultado com maior segurança, como no próprio caso de domínio por erro ou por coação.¹²⁷

Zaffaroni, por sua vez, aduz que esta forma de autoria mediata pressupõe “uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda

¹²³ ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. New York: Penguin Books. 1994.

¹²⁴ FRATTINI, Eric. *Mossad – Os Carrascos do Kidon*: a história do temível grupo de operações especiais de Israel. Adaptação de Alessandra Miranda de Sá. 1ª ed. São Paulo: Seoman, 2014. p. 35.

¹²⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137.

¹²⁶ ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria*. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 69-70. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: “*Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*”

¹²⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 187-88.

legalidade, como numa organização paraestatal [...], ou como uma máquina de poder autônoma ‘mafiosa’”¹²⁸.

Depreende-se, portanto, que o conceito de domínio por organização preconizado por Roxin, se manifesta, *a priori*, como critério de delimitação de autoria mediata, diante do viés funcionalista, cujos objetivos político-criminais intrínsecos buscam aumentar a responsabilidade jurídico-penal dos agentes manipuladores¹²⁹ (“chefes das organizações criminosas”).

5.3.2. Pressupostos do domínio por organização

Roxin assenta a teoria do domínio por organização em quatro pressupostos: a) *poder de mando*; b) *a desvinculação do direito pelo aparato de poder*; c) *a fungibilidade do executor direto* e; d) *a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*.¹³⁰

a) Poder de mando

Para Roxin, o autor mediato somente pode ser “quem tem um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce para produzir realizações típicas”¹³¹, onde o mesmo lembra o caso do comandante de um campo de concentração nazista.

Por sua vez, Alflen adverte que “para exercer seu poder de comando, evidentemente, o homem de trás deve conhecer as condições básicas determinadas pelas estruturas da organização” uma vez que “somente tal conhecimento permite com que ele se aproveite da estrutura para a prática de delitos”¹³².

b) A desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder

Este pressuposto¹³³ consiste na necessidade de desligamento do aparato de poder do ordenamento jurídico, não significando, contudo, uma desvinculação total, mas tão somente,

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 608.

¹²⁹ SVENSON, Gustavo. **Observações suscitadas pela teoria do domínio do fato**: a responsabilidade jurídico-penal do “homem de trás” no âmbito da criminalidade organizada. Revista Jus Societas, Ji-Paraná, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2009. Disponível em: <<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1098/402>>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹³⁰ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: “*Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*”. Cf. Pablo Rodrigo. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. Direito em Revista. v. 3, n. 1, p. 8-16.

¹³¹ *Ibidem*. p. 81. Cf. AMBOS, Kai. **Sobre la “organización” en el dominio de la organización**. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, 2011. p. 5.

¹³² ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 138.

¹³³ “[U]n problema central reside en la cuestión relativa a qué concepto de organización adopta realmente esta teoría como base. En este sentido, Roxin ha sido criticado recientemente por sostener un concepto de organización ligado al Estado burocrático, que no tiene en cuenta, suficientemente, las nuevas formas de organización de los actores militares en el marco de los conflictos armados internacionales”. AMBOS, Kai. **Sobre la “organización” en el dominio de la organización**. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, 2011. p. 5.

conforme Roxin, “no marco dos tipos penais realizados por ele”, lembrando que as medidas tomadas pela DDR e pelo Estado nazista “moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente”¹³⁴.

O jurista alemão também destaca que para que ocorra a desvinculação do direito “não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica do atual”, asseverando que os assassinatos cometidos pelo regime nazista se enquadrariam neste pressuposto, ainda que cometidos de forma legal, ao invés de por meio de ordens secretas¹³⁵.

c) A fungibilidade do executor direto

Tal pressuposto, que para Roxin sempre fora um elemento essencial do domínio por organização, assenta na “possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais de preenchimento do tipo penal”.¹³⁶

Destaca o jurista de Munique uma espécie de caráter assecuratório deste pressuposto em relação à consecução dos fins do autor mediato, uma vez que o cumprimento das ordens do homem de trás “é assegurado em grande parte justamente pelo fato de que muitos potenciais executores encontram-se à disposição, de modo que a recusa ou a perda de um indivíduo não pode impedir a realização do tipo”.¹³⁷

Em relação às críticas sobre a fungibilidade do executor, Roxin menciona a de Schroeder¹³⁸, que argumenta sua objeção afirmando “que especialistas imprescindíveis enquanto executores não seriam substituíveis, apesar do homem de trás ser o autor mediato”, e rebate tal crítica aduzindo que “com isso é abandonado o âmbito do domínio por organização, que é orientado pela ‘automatização’ descrita e, em regra, também por uma multiplicidade de acordo com o mesmo esquema de crimes correntes”.¹³⁹

d) A disposição essencialmente elevada dos executores ao fato

Embora não previsto originalmente em seu artigo de 1963¹⁴⁰, a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, adverte o jurista alemão, complementa de maneira mais segura os outros três pressupostos já mencionados.¹⁴¹

¹³⁴ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 81.

¹³⁵ *Ibidem.* p. 81-82.

¹³⁶ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria.** Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 82. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: “*Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*”.

¹³⁷ *Ibidem.* p. 82.

¹³⁸ Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*. Duncker & Humblot: Berlin, 1965, p. 168, *apud* ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 83.

¹³⁹ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁰ “Tal aspecto não havia sido referido por Roxin em sua concepção originária (de 1963), de modo que somente foi apresentado na palestra proferida em 2006 [referindo-se ao artigo intitulado ‘*Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*’]”. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 143-144

¹⁴¹ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 84-85.

Roxin leciona que parte daquele que “em um aparato organizado de poder desvinculado do direito executa o último ato de preenchimento do tipo é diferente de um autor isolado em si mesmo”, vez que “está sujeito a numerosas influências específicas da organização, que na verdade não excluem de modo algum a sua responsabilidade, mas o tornam ‘mais disposto ao fato’ que outro potencial delinquente” e uma vez visto de forma global “aumentam a probabilidade do resultado por meio de uma ordem e contribuem com o domínio do fato do homem de trás”¹⁴².

6. Teoria do domínio do fato em Alflen

6.1. Fundamentos jurídico-filosóficos

O jurista brasileiro Pablo Alflen, em sua tese de doutorado apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul¹⁴³ defendeu uma nova teoria do domínio do fato partindo do paradigma ontológico-relacional (ou onto-antropológico)¹⁴⁵, em detrimento dos paradigmas causalista (sistema clássico e neoclássico), finalista (de Welzel) e funcional-normativista (de Roxin), uma vez que, segundo ele, o primeiro teria falhado por “tentar extrair institutos jurídicos de premissas exclusivamente naturalísticas”, o segundo por “se apegar a um ontologicismo puro” e o terceiro por “deduzir um conceito de autoria válido, baseado na mais absoluta generalização”, além de que, “qualquer sistema jurídico que pretenda deduzir suas categorias de maneira exclusivamente intrassistêmica ou extrassistêmica, sem levar em conta o homem *em suas relações*, como referencial, será equivocado”.¹⁴⁶

Assim, partindo de uma fundamentação jurídico-filosófica de nomes como Lukács e Kaufmann, Alflen advoga pela ideia de uma ontologia que tenha por fundamento o “ser social enquanto complexo de relações que mantém com outros homens e com as coisas”, uma vez que “todo o ordenamento jurídico tem um *caráter relacional*”¹⁴⁷, na medida em que, nas

¹⁴² ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 85-86. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 14 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: “*Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*”

¹⁴³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial**. 2012. 277 p. Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4902/1/443808.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2016.

¹⁴⁴ “O autor é Professor Concursado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e conhecido do público brasileiro, em particular, pelo vasto trabalho de traduções que desenvolve há mais de uma década”. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. 264 p. Resenha de DA SILVA, Kelly Susane Alflen. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 14, n. 2, p. 577-579, jul/dez. 2014. – Ademais, sua estadia como pesquisador-visitante na Universidade de Göttingen, por onde passaram nomes como Rudolf von Ihering, Max Weber, Hans Welzel e o próprio Claus Roxin, possibilitou aprofundamentos sem precedentes na história da doutrina penal brasileira.

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 272.

¹⁴⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 159-160.

¹⁴⁷ *Ibidem*. p. 160.

palavras de Kaufmann, “as relações pessoais do homem são o que identifica o discurso jurídico enquanto tal, pois no fundo o direito se legitima sempre pelo fato de garantir a cada um o que lhe compete como pessoa”, corroborado pelo fato de que “os direitos do homem são protegidos sempre apenas na sua relação com os direitos dos outros”¹⁴⁸, o que, na visão de Alflen, sempre esteve ligado à questão, colocada por Kaufmann, acerca do “como me devo comportar com os outros”¹⁴⁹, o que respalda, de certo modo, a premissa do princípio da responsabilidade.

Desta feita, trazendo esta concepção ontológica do homem enquanto ser social para o direito penal – e interpretando todo o direito enquanto uma ordem relacional – Alflen busca construir uma nova estrutura para o instituto da autoria, fixando como postulados fundamentais: a) o próprio caráter relacional do ordenamento jurídico; b) a função do direito penal enquanto protetor de bens jurídicos; c) a definição de bem jurídico enquanto “manifestação de um interesse ou valor pessoal ou comunitário”, sendo o bem jurídico o ponto de interligação entre os sujeitos envolvidos no delito; d) a ofensa ao bem jurídico enquanto “noção de resultado jurídico como a pedra angular do ilícito-típico” e; e) conceito de resultado enquanto elemento fundamental da estrutura do delito, em detrimento do conceito de ação.¹⁵⁰

6.2. Código Penal brasileiro

Assim dispõe o item 25, da Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro, com a reforma da parte geral de 1984:

Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas”, decerto mais abrangentes, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do **concursum delinquentium**. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da *teoria da equivalência das causas* (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a *autoria de participação*. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.¹⁵¹

Em vista disso, Alflen aduz ter o Código Penal brasileiro de 1940 adotado o *sistema unitário funcional*, “uma vez que admite a diferenciação entre as respectivas modalidades de autoria” não estabelecendo¹⁵², porém, “a acessoriedade do autor mediato”¹⁵³, justificando a

¹⁴⁸ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**, p. 433, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 160.

¹⁴⁹ FARIA COSTA, José de. **As linhas rectas do direito**. p. 15, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 160-161.

¹⁵⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 162-165.

¹⁵¹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

¹⁵² “Contudo, o legislador brasileiro, apesar de aderir à teoria unitária [sistema unitário], evitou uma concepção generalista, ao fazer referência à culpabilidade, e inseriu, assim, uma “cláusula salvatória”, contra os excessos a que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante da teoria monista.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. *Direito em Revista*. v. 3, n. 1, p. 8-16.

criação de uma nova teoria do domínio do fato justamente em razão das teorias de Welzel e Roxin não serem compatíveis com um sistema unitário, uma vez calcadas no sistema diferenciador.¹⁵⁴

Assevera o jurista que apesar do entendimento de que “o legislador brasileiro estava determinando a equiparação de todos os participantes no crime à figura de autores e, por conseguinte, aplicando-se lhes as mesmas penas, qualquer que fosse a natureza, a forma ou a importância da sua participação”, a jurista brasileira Esther Ferraz ressaltou que “a parificação legal dos agentes do crime não tem o condão de fazer desaparecer as diferenças reais que distinguem as várias formas de participação”¹⁵⁵. Ainda, Alflen justifica detalhadamente o porquê de se entender que o legislador brasileiro optou por um sistema unitário funcional, *in verbis*:

Entretanto, desde o ponto de vista brasileiro, a primeira questão que surge a partir daí é: no que consiste este chamado sistema “unitário temperado” adotado pelo legislador em 1984 e quais suas consequências? Alguns aspectos devem ser levados em conta para responder a essa questão, a saber: a) o legislador brasileiro deixou claro que o conceito unitário não é incompatível com a distinção entre as modalidades de autoria e participação; b) ademais, o legislador não definiu os conceitos, porém estabeleceu no Código Penal critérios que norteiam a doutrina nessa tarefa, assim: por um lado, no art. 29, faz-se referência à expressão “na medida de sua culpabilidade”, esclarecendo-se, portanto, que as penas serão distintas; no art. 62, I, faz-se referência àquele que “*dirige a atividade dos demais agentes*”, e, portanto, identifica-se a hipótese de autoria mediata, a qual é corroborada pelo art. 5º, XLIII, da CF, ao fazer referência aos “*mandantes*”; no art. 62, IV, faz-se referência àquele que “*executa o crime*”, e, com isso, identifica-se a autoria direta; no art. 16, da Lei n. 8.137/90 e no art. 25, da Lei n. 7.492/86, faz-se menção aos crimes “*cometidos em... coautoria*” e no art. 3º, par. único, da Lei n. 9.605/98, faz-se menção às pessoas “*físicas [...] coautoras*”, identificando-se, assim, a coautoria; por outro lado, identificam-se, ainda, as modalidades de participação, de indução, instigação e auxílio nos arts. 31; 62, II e III; e 122 do CP, respectivamente, com as disposições “*a determinação, a instigação e o auxílio*”, “*induz outrem*”, “*instiga ou determina*”, “*induzir, instigar e auxiliar*”. Ademais, no art. 31 do CP, o legislador consolidou a regra da acessoridade da participação, dispondo que “*não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado*”. Logo, a diferenciação entre as modalidades de concorrência para o crime é uma consequência necessária do sistema adotado, pois a pena deverá ser graduada de acordo com a respectiva modalidade de participação no fato punível.¹⁵⁶

6.3. Conceito de domínio do fato em Alflen

Conforme leciona Alflen, deve-se entender o domínio do fato como a “possibilidade de controlar, em razão do poder de condução, a realização típica - com todas as suas

¹⁵³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 166.

¹⁵⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 271-272.

¹⁵⁵ FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A codelinquência no direito penal brasileiro**. p. 4 e 7. *apud* ALFLEN, Pablo. *op. cit.*, p. 165.

¹⁵⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167-168.

circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada - e o respectivo resultado delitivo”, ou, em outras palavras, o “domínio sobre a ofensa ao bem jurídico”.¹⁵⁷

Tal conceito assenta sobre três aspectos fundamentais. O primeiro deles é o *domínio do fato como único critério para delimitação da autoria*, no sentido de que, na visão de Alflen, tal ponto de partida é mais correto, pois a jurisprudência e legislação brasileira deixam claro que o critério do domínio do fato é suficiente para determinar a autoria.¹⁵⁸

O segundo aspecto fundamental é o do *domínio do fato como domínio da ofensa ao bem jurídico*, partindo da perspectiva do direito enquanto ordem relacional que tem o *outro* como detentor do bem jurídico protegido pelo Estado, no sentido de uma conexão entre o “*ser-autor*” e “*ser-vítima*” por meio da ofensa ao bem, onde tal ofensa se traduz na ideia do *resultado* – calcada na noção do desvalor desta – de onde se extrai, então, o domínio do fato como domínio do resultado.¹⁵⁹

O terceiro aspecto assenta o *domínio do fato como conceito orientado materialmente*, no sentido de alguém que “*detém nas mãos*” o curso da ofensa ao bem jurídico, se traduzindo pela “*possibilidade de realizar, interromper, impedir ou dar continuidade a um fato*”.¹⁶⁰ Além de que o domínio do fato somente se aplica aos crimes comissivos e omissivos dolosos, não significando isto que seja o domínio do fato uma teoria do dolo, mas sim pelo fato dos crimes culposos ocorrerem justamente “*de um déficit de domínio do fato em relação ao resultado*”.¹⁶¹

6.4. Tríplice vertente do domínio do fato em Alflen

Baseado nos pressupostos supratranscritos, o jurista passa a dividir o domínio do fato em três categorias, a saber: a) *domínio do resultado* (autoria imediata); b) *domínio operacional* (coautoria); c) *domínio social* (autoria mediata).¹⁶²

a) Domínio do resultado

Para Alflen, autor imediato (ou direto) “*é aquele que possui, por si mesmo, de forma direta, o poder de condução sobre a realização, interrupção, impedimento ou continuidade do fato típico direcionado à produção da ofensa ao bem jurídico*”, ou seja, aquele que “domina por si mesmo”, sem colaboração de terceiros, de forma direta, a ofensa ao bem jurídico-penal tutelado.¹⁶³ Lembra, ainda, o dispositivo previsto no Código Penal no art. 62, IV, que se refere àquele que “*executa o crime*”.¹⁶⁴

Para exemplificar a precisão de seu conceito, Alflen destaca: “‘A’ efetua um disparo de arma de fogo na direção de ‘B’, atingindo-o em região letal do corpo, de modo que, se ‘B’ não for urgentemente socorrido morrerá” ocorrendo, portanto, o chamado “perigo

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 184.

¹⁵⁸ *Ibidem*. loc. cit.

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 186-87.

¹⁶⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 274.

¹⁶¹ *Ibidem*. p. 274.

¹⁶² ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 195 e ss.

¹⁶³ *Ibidem*. p. 196.

¹⁶⁴ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

controlável” de produção de resultado.¹⁶⁵ E conclui o eminente jurista, “logo, se mediante a intervenção de “C”, o qual socorre “B”, não sobrevém a morte deste, não está excluída a ofensa direcionada objetivamente ao resultado (ocorrendo, portanto, tentativa de homicídio)”.¹⁶⁶

b) Domínio operacional

Alflen destaca que a coautoria, enquanto modalidade de domínio do fato pelo domínio operacional, “deve ser caracterizada pela realização conjunta de um fato ofensivo ao bem jurídico, por meio do desmembramento da realização típica entre vários participantes, os quais, para a realização integral do fato, operacionalizam suas contribuições” de acordo, pois, “com a atribuição de papéis a serem desempenhados, em prol da consecução do resultado”, sendo suficiente a concorrência mínima de dois indivíduos.¹⁶⁷

O domínio operacional, assim, tem como pressupostos: a) o acordo objetivo de condutas; b) a realização conjunta do fato ofensivo ao bem jurídico, e; c) a relevância causal das contribuições para a causação da ofensa ao bem jurídico.¹⁶⁸ O primeiro pressuposto se caracteriza pelo desmembramento fático e normativo da realização típica, no sentido de uma “obra coletiva” dos concorrentes. O segundo pressuposto se expressa no sentido de que “cada coautor deve realizar uma contribuição que seja compreendida como parte da atividade do outro”. Por fim, o terceiro pressuposto se baseia na ideia de que a relevância das contribuições “deve ser suficiente para a ocorrência da ofensa ao bem jurídico, de tal forma que esta não ocorra sem aquela”.¹⁶⁹

c) Domínio social

A autoria mediata, assim como a autoria direta e coautoria acima descritas, deve ter como ponto de partida o domínio do fato, se expressando, por sua vez, por meio do domínio social, seja de um instrumento impunível, como de um instrumento punível. Logo, a categoria do domínio social é conceituada como “o controle - em razão do seu poder de condução - da produção do resultado, enquanto ofensa ao bem jurídico, a qual é realizada por meio de um instrumento punível ou impunível, em suas relações fático-sociais”.¹⁷⁰

Portanto, aqui a noção de “instrumento” ganha relevo fundamental para a caracterização da autoria mediata, uma vez entendida como a utilização de terceiro, pelo “homem de trás”, para a produção do resultado delitivo, na medida em que há uma “mediação” entre o autor mediato e o executor direto.¹⁷¹

São parâmetros normativos encontrados na legislação brasileira, apontados por Alflen, a ideia do “‘mandante’ (art. 5º, XLIII, da CF), daquele que ‘promove [...] ou dirige a atividade dos demais agentes’ (art. 61, I, do CP) ou daquele que ‘determina a cometer o crime

¹⁶⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 197-8.

¹⁶⁶ *Ibidem. loc. cit.*

¹⁶⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 201.

¹⁶⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 201.

¹⁶⁹ *Ibidem.* p. 202-10.

¹⁷⁰ *Ibidem.* p. 211-12.

¹⁷¹ *Ibidem.* p. 212.

alguém sujeito à sua autoridade *ou não punível*' (art. 62, III, do CP)¹⁷², evidenciando-se, assim, a opção do legislador brasileiro tanto por um instrumento punível, como não punível.¹⁷³

Assim, Alflen elenca cinco requisitos para que se identifique alguém como autor mediato, a saber: a) ser o mesmo um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.¹⁷⁴

No tocante ao “instrumento” utilizado pelo autor mediato, Alflen identifica dois grandes grupos a partir do Código Penal:

- a) autoria mediata com o uso de instrumento impunível:
 - 1) que atua de forma atípica;
 - 2) que atua de forma lícita;
 - 3) que atua de forma inculpável;
- b) autoria mediata com o uso de instrumento punível (responsável).¹⁷⁵

O primeiro grupo, qual seja, da autoria mediata com o uso de instrumento impunível, note-se que as três variantes correspondem, respectivamente, à tripartição do conceito analítico de crime em *fato típico, ilícito e culpável*.¹⁷⁶

Assim, o primeiro dos instrumentos impuníveis, o que *atua de forma atípica (sem dolo)* pode ocorrer “em virtude de *erro de tipo*, ausência de vontade ou falta de consciência (como no caso de sonambulismo ou hipnose) em relação à ofensa ao bem jurídico-penal”.¹⁷⁷

Quanto ao segundo instrumento impunível, que *atua de forma lícita*, ou seja, ao abrigo da antijuridicidade, Alflen leciona através do exemplo onde “o cliente 'A' relata ao advogado 'B' uma situação falsa, e faz com que este dê causa à instauração de inquérito policial contra 'C', cuja inocência conhece, neste caso 'A' é autor mediato de denúncia caluniosa (art. 339 CP)”.¹⁷⁸

O terceiro instrumento impunível, que *atua de forma inculpável*, pode-se estabelecer como hipóteses, “aquelas em que o instrumento é inimputável, age sob coação moral irresistível, sob obediência hierárquica e em erro de proibição”.¹⁷⁹

Por fim, o segundo grupo, qual seja, da *autoria mediata com o uso de instrumento punível*¹⁸⁰, objeto deste estudo comparativo, será analisado em maior profundidade no tópico que segue.

¹⁷² BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

¹⁷³ BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal**, p. 241, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 212.

¹⁷⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213-14.

¹⁷⁵ *Ibidem*. p. 216.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 216 e ss. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 3.

¹⁷⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 216-17.

¹⁷⁸ *Ibidem*. p. 218. Cf. GROPP, Walter. **Strafrecht. AT**. p. 364, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 218.

¹⁷⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, 2014. p. 219.

¹⁸⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 219 e ss.

6.5. Domínio social por meio de um instrumento punível

Como antes mencionado, as bases legais que apontam a ideia de instrumento punível são encontradas no art. 62, I, do CP, que dispõe que será agravada a pena em relação ao agente que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou *dirige a atividade dos demais agentes*”, bem como no inciso III do mesmo artigo, prescrevendo a agravante no caso do agente que “*determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade*”.¹⁸¹

Contudo, adverte Alflen que para incidência desta categoria dogmática, a mesma deve possuir “contornos bem definidos orientados por critérios precisos e que sirvam de respaldo para esclarecer também a problemática da autoria, sobretudo, no marco da criminalidade organizada e empresarial”¹⁸², uma vez que estão ligadas à hipótese do executor nos casos do “*autor de escritório*” preconizado por Roxin.¹⁸³

Uma vez que o “homem de trás” segue a mesma estrutura do autor mediato – com os mesmos elementos destacados anteriormente – mesmo nos casos de instrumento punível, para ser caracterizado como tal, deve este “possuir o domínio, em razão do seu poder de condução, da produção do resultado, enquanto ofensa ao bem jurídico”, onde tal domínio “compreende a possibilidade de controlar o instrumento punível em suas relações fático-sociais orientadas ao resultado, face à sua *disposição condicionada ao fato*”.¹⁸⁴ Logo, assevera Alflen que esta última figura destacada, qual seja, a *disposição condicionada ao fato*, constitui “o critério decisivo para a caracterização do instrumento punível”.¹⁸⁵

O critério da disposição ao fato tem como caráter principal o estabelecimento de uma segurança (ou confiança) ao autor mediato de que sua ordem será cumprida, e, portanto, atingido o resultado delitivo. Nas palavras de Alflen, tal critério, em termos mais específicos, “do uso da disposição do executor em obedecer às ordens do autor mediato é decisivo para a caracterização da autoria por meio do executor (instrumento) punível”, uma vez que “a disposição ao fato exclui a insegurança relativa à ocorrência do resultado, a qual é própria da instigação”¹⁸⁶, tornando-se, portanto, certa, para o autor mediato, a ocorrência e produção da ofensa ao bem jurídico.

Outrossim, Alflen diz não ser ainda suficiente tão somente o critério da disposição ao fato, destacando a necessidade de uma disposição *condicionada* a este, no sentido de uma submissão às ordens do autor mediato por parte do executor direto punível (autor mediato), em razão, por exemplo, de uma súbita modificação de sua situação ou posição perante uma organização criminoso ou mesmo legal.¹⁸⁷ Em suas palavras, este critério “implica a absoluta disposição do executor em se submeter ou se sujeitar ao homem de trás, de forma *condicionada à manutenção ou alteração de sua posição ou situação*” como, por exemplo, “a

¹⁸¹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

¹⁸² ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 219-20.

¹⁸³ ROXIN, Claus. *Straftaten in Rahmen organisatorischer Machtapparate*. p. 201, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 219-20.

¹⁸⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 219-20.

¹⁸⁵ *Ibidem*. p. 222-23.

¹⁸⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 224.

¹⁸⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 224.

manutenção de um cargo, a ascensão na carreira, o medo da perda de uma posição, ou, ainda, no exemplo de Schroeder, o 'pagamento de uma quantia em dinheiro'".¹⁸⁸

Portanto, em vista da disposição condicionada ao fato por parte do executor punível, “elimina-se a insegurança em relação à ocorrência do resultado”, tornando-se certa para o autor mediato a sua ocorrência, de modo que “o controle sobre a realização do resultado ofensivo ao bem jurídico permanece nas mãos do autor mediato”. Ademais, qualquer grau de insegurança no que diz respeito à produção do resultado “conduziria à caracterização da mera instigação por parte do homem de trás”.¹⁸⁹

Para não restar mais nenhuma dúvida, Alflen traz um elucidativo exemplo, retirado da jurisprudência:

“A” determina a seu funcionário, “B”, caseiro de sua fazenda, que corte árvores da área lateral direita de sua propriedade, que consiste em área de preservação permanente, em virtude de que atrapalhavam a construção de uma cerca divisória. Por se tratar de área de preservação permanente, seria necessária autorização do órgão competente para o corte. Embora ambos tivessem conhecimento disso, “B” obedece a ordem de seu chefe, “A”, e pratica o fato, o qual se amolda ao art. 40 da Lei n. 9.605/98. À luz da teoria do domínio do fato pelo domínio social, “A” figura como autor mediato e “B” como executor punível, face a sua disposição condicionada em realizar o fato, sob ordens de “A”. Em tal caso, a condição deve encontrar seu fundamento no fato de que o indivíduo realiza a ofensa ao bem jurídico, a fim de assegurar sua posição.¹⁹⁰

Desta feita, o ponto decisivo para que se caracterize a autoria mediata com o uso de instrumento punível é o domínio social por parte do homem de trás, que somente se torna possível em face da disposição condicionada do executor, que, enquanto sujeito capaz, age dolosamente “praticando atos materiais direcionados à produção do resultado condicionalmente à manutenção ou alteração de sua posição ou situação”.¹⁹¹

7. Estudo comparativo entre os conceitos de Roxin e Alflen

Diante de todo o conteúdo exposto até o presente momento, verificou-se que o jurista alemão Claus Roxin, com a finalidade de fundamentar uma autoria mediata em relação a autores diretos puníveis, desenvolveu a chamada teoria do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, inserindo-se esta como vertente de sua teoria do domínio do fato a partir do sistema funcional-normativista.¹⁹² Por sua vez, o jurista brasileiro Pablo Alflen, com a mesma finalidade de fundamentar uma autoria mediata com executor punível,

¹⁸⁸ *Ibidem.* p. 223-4. Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. p. 152, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 225.

¹⁸⁹ *Ibidem.* p. 226.

¹⁹⁰ *Ibidem. loc. cit.* Cf. TJSP, Apelação Criminal nº 1.116.140.3-2, Décima Primeira Câmara Criminal, Relator Aben-Athar, Acórdão publicado em 7 jan. 2009, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 226.

¹⁹¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226.

¹⁹² ROXIN, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria*. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 69 e ss.

desenvolveu a chamada teoria do domínio social por meio de um instrumento punível, enquanto vertente de sua teoria do domínio do fato ancorada no sistema ontológico-relacional.¹⁹³

Logo, faz-se a seguinte pergunta: qual teoria poderia ser aplicada conforme o ordenamento jurídico-penal brasileiro? Para responder tal pergunta, faremos uma análise de ambas teorias a partir dos seguintes casos, sendo três hipotético-elucidativos e outros três fáticos, retirados da jurisprudência nacional relativa ao tema.¹⁹⁴

7.1. Autoria mediata e Administração Pública

“A”, governador do Estado “WC”, determina a “B”, funcionário de confiança de “A”, que solicite vantagem indevida de “C”, diretor da empreiteira “TERRA S.A”, como condição para que esta possa contratar com o governo a construção de uma determinada rodovia estadual. “B”, de maneira consciente e voluntária, solicita a quantia “R\$ X” do diretor da empreiteira, praticando, assim, o crime de corrupção passiva (art. 317, *caput*, CP). Pergunta-se: o governador “A” pode ser responsabilizado pelo crime citado? Se sim, a que título?

Partindo da *teoria do domínio do fato de Roxin* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o governador “A” responderá, no máximo, a título de partícipe, na modalidade de instigador ou indutor, uma vez que, para que haja a configuração de autoria mediata, Roxin exige que o mesmo detenha o domínio da vontade do executor direto, em virtude de coação, erro ou de um aparato organizado de poder.¹⁹⁵

Saliente-se que, no caso apresentado, o funcionário “B” agiu de maneira voluntária, consciente e dolosa, excluindo-se, assim, as hipóteses de coação e erro. Ademais, para que ocorra a autoria mediata por meio do domínio da vontade em virtude de um aparato organizado de poder, o jurista alemão elenca quatro pressupostos, os quais são: a) poder de mando; b) a desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) a fungibilidade do executor direto e; d) a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.¹⁹⁶

¹⁹³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. 277 p.

¹⁹⁴ Sobre a Ação Penal n. 470, o famoso “caso mensalão”, *vide* conclusões de Alflen: “O exame realizado até aqui permite concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da APn 470, não adotou a *teoria do domínio final do fato*, desenvolvida por Welzel, nem a *teoria do domínio do fato*, desenvolvida por Roxin, mas sim, utilizou uma anomalia resultante da conjugação dos critérios de ambas as concepções, o que conduziu a uma absoluta contradição. Ademais, tal equívoco foi decorrente da própria dificuldade que a doutrina brasileira apresentou (e apresenta) no tocante à compreensão de ambas as concepções e de suas diferenciações, o que, inevitavelmente, se refletiu em uma práxis jurisdicional incongruente e, por ora, em uma decisão absolutamente incorreta. Por fim, cabe ter em vista que a teoria do domínio do fato de Roxin não é compatível com a ordem jurídico-penal brasileira, em virtude da opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional no tocante ao concurso de pessoas. Todavia, isso não implica o rechaço à ideia de domínio do fato, mas a necessidade de construção de uma teoria compatível com a ordem jurídica nacional.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85, 2013.

¹⁹⁵ SVENSON, Gustavo. **Observações suscitadas pela teoria do domínio do fato**: a responsabilidade jurídico-penal do “homem de trás” no âmbito da criminalidade organizada. *Revista Jus Societas*, Ji-Paraná, v. 3, n. 2, p. 7, 2009.

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss.

No caso, embora se possa afirmar que o governador detenha o poder de mando da estrutura administrativa do Poder Executivo estadual, bem como o caráter fungível do funcionário “B” e sua disposição essencialmente elevada em executar o fato típico, não há o atendimento ao pressuposto da desvinculação do direito pelo aparato de poder, uma vez que, *em tese*, o Estado age de maneira totalmente vinculada ao ordenamento jurídico, sendo os crimes “exceções” à *práxis* da máquina estatal.¹⁹⁷

Partindo da *teoria do domínio do fato de Alflen* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o governador “A” responderá como autor mediato do crime de corrupção passiva (art. 317, *caput*, CP), conforme, ainda, a agravante do art. 62, III, do CP (“*determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade*”)¹⁹⁸. Isto se deve, pois, em razão de todos os pressupostos da autoria mediata com uso de instrumento punível terem sido verificadas.

Alflen elenca cinco requisitos para que o homem de trás seja classificado como autor mediato: a) ser um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.¹⁹⁹

In casu, o governador “A” era um sujeito plenamente capaz que exercia o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico, uma vez que detinha o poder de *realizar, interromper, impedir* ou *dar continuidade* à ofensa.²⁰⁰ Ademais, como visto, não praticou nenhum ato executório propriamente dito, servindo-se de seu funcionário “B” como instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico tutelado (administração pública), tendo conhecimento da disposição condicionada de seu funcionário “B” (instrumento punível) em realizar o fato, uma vez que este executou tais fatos condicionadamente à manutenção de sua posição de funcionário de confiança do governador “A”.

¹⁹⁷ “Em primeiro lugar, o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele. As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o «impedimento de fuga da República através de disparos mortais» ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a «solução final para o problema relativo aos judeus», caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito. E, em segundo lugar, para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual”. ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 81.

¹⁹⁸ “Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: [...] III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal”. BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

¹⁹⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

²⁰⁰ “Nesse sentido, o *domínio do fato* deve ser entendido como a *possibilidade de controlar, em razão do poder de condução*, e isso se traduz como a *possibilidade de realizar, interromper, impedir ou dar continuidade a um fato*. Tal fato, entretanto, deve ser o fato punível em sua totalidade, o qual tem seu ponto de conexão relacional no resultado. Logo, o referencial é o tipo e sua realização, *com todas as suas circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada para atingir o resultado*, representado pela ofensa ao bem jurídico.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial**. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 274.

7.2. Autoria mediata e organizações empresariais

“A”, diretor da empresa “FELLER S.A”, responsável pela exploração de petróleo de certa região, determina a seu funcionário, “B”, que denuncie “C”, diretor da empresa “FALCON S.A”, concorrente da empresa de “A” na exploração de petróleo da mesma região, pelo crime de corrupção ativa, com intenção de prejudicar a empresa de seu concorrente. Tanto o diretor “A”, como o funcionário “B”, sabem que a denúncia é falsa e que “C” é inocente. Contudo, o funcionário “B”, de modo consciente e voluntário, vai à delegacia da Polícia Federal e denuncia o diretor “C”, dando início à instauração de um inquérito policial, o que faz com que as ações da empresa “FALCON S.A” caiam imediatamente, possibilitando uma vantagem econômica à empresa “FELLER S.A”. Pergunta-se: o diretor “A” pode ser responsabilizado pelo crime de denúncia caluniosa (art. 339, *caput*, CP)? Se sim, a que título?

Partindo da *teoria do domínio do fato de Roxin* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o diretor “A” poderá ser responsabilizado pelo crime a título de partícipe, uma vez que induziu (ou instigou)²⁰¹ o funcionário “B” à prática delituosa. Não responderá como autor mediato em virtude dos pressupostos para configuração desta não terem sido preenchidos. Dividindo-se o domínio do fato de Roxin em domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade²⁰², tem-se que nenhuma dessas três categorias restaram verificadas.

O domínio da vontade se desdobra em virtude de coação, erro ou de aparatos organizados de poder.²⁰³ No caso em tela, o funcionário “B” agiu de maneira dolosa, consciente e voluntária, sabendo, inclusive, da condição de inocente do diretor “C”, não podendo ser enquadrado, pois, como executor direto coagido ou errante.

Quanto à possibilidade de imputação da qualidade de autor mediato por parte do diretor “A” pelo domínio da vontade do funcionário “B” em virtude de um aparato organizado de poder (empresa “FELLER S.A”), tem-se que esta também deve ser rechaçada. Roxin elenca quatro pressupostos para que ocorra a modalidade de autor mediato pelo domínio da organização: a) poder de mando; b) desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) fungibilidade do executor direto e; d) disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.²⁰⁴ Embora o diretor “A” possuísse o legítimo poder de mando em sua empresa “FELLER S.A”, bem como o caráter substituível do funcionário “B” e uma plausível disposição essencialmente elevada do mesmo à execução do fato consubstanciassem o domínio da vontade do diretor “A” em relação ao funcionário “B”, tem-se que não houve o preenchimento do pressuposto da desvinculação do direito pelo aparato de poder, uma vez

²⁰¹ “Instigar é determinar a prática do delito, atuando sobre a vontade do agente. O instigador faz nascer a decisão de praticar o crime em pessoa capaz de executá-lo com consciência e vontade. Nisso distingue-se a instigação da autoria mediata, pois nesta o agente se serve de terceiro não culpável, que funciona como mero instrumento [correspondente ao instrumento inculpável de Alflen]”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 318.

²⁰² ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 527, *apud* ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

²⁰³ *Ibidem*. p. 528.

²⁰⁴ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss.

que a empresa “FELLER S.A”, pessoa jurídica de direito privado, age vinculada ao ordenamento jurídico, não podendo-se presumir ser a mesma uma organização criminosa.²⁰⁵

Não obstante, partindo da *teoria do domínio do fato de Alflen* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o diretor “A” poderá responder como autor mediato do crime de denúncia caluniosa (art. 339, *caput*, CP), uma vez que todos os pressupostos do domínio social por meio de um instrumento punível foram preenchidos.

Alflen divide a teoria do domínio do fato em três frentes: a) autoria direta como domínio do resultado; b) coautoria como domínio operacional; e c) autoria mediata como domínio social. O domínio social, a seu turno, se desdobra naqueles por meio de instrumentos impuníveis e por meio de instrumentos puníveis.²⁰⁶ No tocante ao domínio social por meio de um instrumento punível, elenca o jurista brasileiro cinco requisitos para que o homem de trás seja classificado como autor mediato: a) ser um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.²⁰⁷

No caso apresentado, o diretor “A”, enquanto sujeito capaz, exercia o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico (administração da justiça), uma vez que detinha o poder de *realizar, interromper, impedir* ou *dar continuidade* à ofensa.²⁰⁸ Ademais, não praticou nenhum ato material direcionado ao resultado (art. 339, *caput*, CP – “*dar causa à instauração de investigação policial*”)²⁰⁹, servindo-se de outro indivíduo (funcionário “B”) enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico, tendo, por fim, pleno conhecimento da disposição condicionada do funcionário “B” em realizar o fato, já que sua negativa poderia levar à uma demissão do cargo que ocupava, modificando sua posição ou situação na empresa “FELLER S.A”.

7.3. Autoria mediata e organizações criminosas

“A”, chefe de uma organização criminosa que atua no narcotráfico, determina a “B”, “capanga” do cartel, que mate “C”, suspeito de ser um agente da polícia civil infiltrado na organização. “B” atende prontamente a determinação de “A” e desfere cinco tiros de arma de fogo em “C”, que vem a óbito. Pergunta-se: o chefe “A” pode ser responsabilizado pelo crime de homicídio (art. 121, *caput*, CP)? Se sim, a que título?

²⁰⁵ “[A]s empresas econômicas, contanto que não estejam envolvidas desde o princípio em atividades criminosas, como regra, não trabalham desvinculadas do direito.” ROXIN, Claus. *op. cit.* p. 90.

²⁰⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

²⁰⁷ “No que diz respeito à autoria mediata, verificou-se a necessidade de aferir, no caso de instrumento punível, a ‘disposição condicionada para o fato’. [...] A autoria mediata, como em qualquer caso regular, deve assentar no controle integral da realização típica dirigida à causação da ofensa ao bem jurídico, por parte do homem de trás, de modo que este possa *determinar* sua realização, interrupção, impedimento ou continuidade, em qualquer etapa do fato punível perpetrado pelo instrumento.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial**. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 277.

²⁰⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *op. cit.*, p. 274.

²⁰⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Partindo da *teoria do domínio do fato de Roxin* à luz do ordenamento jurídico brasileiro – embora Alflen advirta pela incompatibilidade total da teoria em razão do Código Penal brasileiro ter adotado o sistema unitário funcional²¹⁰ – o chefe “A” poderá ser responsabilizado como autor mediato do crime em questão.

Roxin prescreve quatro pressupostos para que o homem de trás possa responder como autor mediato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: a) poder de mando; b) desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) fungibilidade do executor direto e; d) disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.²¹¹

In casu, o chefe “A” possuía pleno poder de mando do cartel de drogas, sendo este aparato de poder, por óbvio, totalmente desvinculado do ordenamento jurídico. Ademais, o executor direto “B” possuía caráter fungível, uma vez que poderia ser facilmente substituído por outro “capanga” igual e essencialmente disposto a executar o fato.

Outrossim, partindo da *teoria do domínio do fato de Alflen* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, temos que o chefe “A” da organização criminosa também poderá ser responsabilizado como autor mediato do crime de homicídio.

O jurista gaúcho destaca cinco pressupostos para que o homem de trás venha a responder como autor mediato por meio de um instrumento punível: a) ser um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.²¹²

No caso em tela, o chefe “A”, enquanto sujeito plenamente capaz, exerceu o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico (vida), uma vez que detinha o poder de *realizar, interromper, impedir* ou *dar continuidade* à ofensa. Ademais, não praticou nenhum ato material direcionado ao resultado (art. 121, *caput*, CP: “*matar alguém*”), servindo-se de outro indivíduo enquanto instrumento (“capanga B”) para a prática da ofensa ao bem jurídico, tendo conhecimento da disposição condicionada do capanga em realizar o fato, uma vez que sua negativa poderia levar, além de uma “demissão” dos quadros do cartel, até mesmo à sua morte, condicionando a prática de seus atos materiais à manutenção de sua situação ou posição na organização criminosa.²¹³

²¹⁰ “Entretanto, da análise da concepção de domínio do fato, de Roxin, concluiu-se pelo seu rechaço, tanto em razão dos déficits apresentados quanto em razão da absoluta incompatibilidade com a ordem jurídico-penal brasileira. Nesse sentido, verificou-se que tal teoria é absolutamente vaga e incipiente, principalmente, porque o jurista não define o conceito de domínio do fato, mas tão só baseia-se na expressão ‘figura central’, a qual é excessivamente genérica e não constitui um critério. Com isso, a concepção de domínio do fato do jurista alemão padece do déficit identificado por ele mesmo em relação às concepções anteriores (de Hegler, Bruns, von Weber, Berges, Lobe, Schmidt e Welzel).” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial**. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 271.

²¹¹ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss.

²¹² ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

²¹³ “[O] autor mediato, face à disposição condicionada do instrumento, se vale das circunstâncias estruturais do aparato e de seu poder de condução exercitado pela determinação ao mesmo da conduta ofensiva ao bem jurídico.” ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial**. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012. p. 277.

7.4. Autoria mediata e crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

Trata-se o caso de ação penal em que o Ministério Público Federal imputa a “M”, “D” e “G” a prática do crime definido no artigo 19, parágrafo único, da Lei 7.492/86²¹⁴, porquanto, no dia 5 de julho de 1999, obtiveram, mediante a utilização de CND falsificada, a liberação de financiamento junto ao BNDES em favor da empresa “PAD Ltda”.

EMBARGOS INFRINGENTES. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. AUTORIA DO *FALSUM*. IRRELEVÂNCIA. MANDATÁRIO DA EMPRESA. AUTOR MEDIATO. DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. CRIME CARACTERIZADO.

1. Responsabilidade do embargante como incurso nas sanções do art. 19, parágrafo único, da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dado que agiu com dolo eventual, ao permitir o envio da CND falsificada por fax ao agente financeiro, o que propiciou a indevida liberação do financiamento junto ao BNDES, sendo irrelevante a autoria da contrafação. 2. Caracterizada a autoria mediata, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização.²¹⁵

Após as alegações finais, o réu “M” restou absolvido pelo juiz singular, vez que este entendeu não ter sido demonstrada prova da autoria delitiva. Com o recurso do *parquet*, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformulou a sentença de primeiro grau, condenando o réu “M” como autor mediato do crime, presumindo-se que este teria “ciência” da origem falsa da CND apresentada ao BNDES, o que faria do mesmo autor mediato em razão do domínio da organização. Assim justificou um dos desembargadores do processo:

A criminalidade contemporânea, sobretudo nos delitos ditos empresariais, é caracterizada, quase sempre, por um verdadeiro e intrincado sistema de divisão do trabalho delituoso no qual são repartidas, entre os agentes executores da ação criminosa, uma multiplicidade de tarefas, cada qual fundamental à consecução do fim comum. As categorias tradicionais de coautor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft* (“Autoria e Domínio do Fato”) para estabelecer a responsabilidade oriunda dos crimes cometidos pelo Estado nacional-socialista alemão, construiu-se o conceito de autor mediato, ou seja, aquele que, atuando na cúpula da associação criminosa, dirige a intenção do agente responsável pela prática direta do ato delituoso. *O autor mediato não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização [...]* Na espécie, o contexto probatório carreado aos autos revela, à saciedade, que atuou “M”, sim, como “agente de trás”, dedicando-se a

²¹⁴ “Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.” BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.** Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

²¹⁵ TRF4. **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2001.70.09.001504-1/PR.** Quarta Seção, Relator Des. Federal Tadaaki Hirose. Publicado em 24 jul. 2007.

engendrar e pôr em prática, através de interpostas pessoas, a fraude que propiciou o levantamento irregular do financiamento alcançado perante o BNDES. Nesse sentido, evidenciando a ingerência do réu “M” sobre os fatos delituosos, observa-se que, muito embora o codenunciado “D” tenha mencionado na acareação que desconhecia o momento em que o gestor da empresa tomou conhecimento da falsificação da CND, não se pode ignorar que este acusado também afirmou categoricamente, em sua primeira manifestação na fase policial, que o réu “M” tinha ciência da falsidade perpetrada, bem como descreveu minuciosamente o contexto fático-delitivo no qual fica evidente a pressão do réu “M” sobre a empregada “G”. [*Grifo nosso*]²¹⁶

Desta feita, percebe-se que os desembargadores do TRF4, ao tentarem fundamentar sua decisão, utilizam a ideia de domínio do fato de Roxin, aduzindo que, pelo fato do réu “M” ter utilizado o documento falso para liberação de fundos do BNDES, presumindo-se que sabia ou deveria saber falso, praticou o crime do art. 19, parágrafo único, da Lei 7.492/86 (Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional), na qualidade de autor mediato, vez que, em razão do seu cargo de administrador da empresa “PAD Ltda” (que foi beneficiária dos recursos do BNDES), detinha o “domínio da organização”.

Como já foi demonstrado anteriormente, Roxin elenca quatro pressupostos para que ocorra a modalidade de autoria mediata pelo domínio da organização: a) poder de mando; b) desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) fungibilidade do executor direto e; d) disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.²¹⁷

Em uma rápida análise dos fundamentos da decisão do TRF4 e dos pressupostos de Roxin para ocorrência do domínio por organização, percebe-se que praticamente nenhum deles foram atendidos. À exceção do poder de mando, plausível na condição de “M” de administrador da empresa beneficiária dos recursos do BNDES mediante o uso de documento falso, tem-se que os outros três passaram longe de estar ligado ao presente caso. O próprio Roxin rechaça o uso de sua teoria no âmbito da criminalidade empresarial²¹⁸, não estando, *in casu*, a empresa “PAD Ltda” desvinculada do direito. Igualmente não se pode afirmar existir uma fungibilidade dos executores diretos (“G” e “D”), em razão de suas especialidades contábeis, além de que uma disposição essencialmente elevada dos executores ao fato é no mínimo questionável.²¹⁹

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 80 e ss.

²¹⁸ “O domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder baseia-se concretamente em quatro dados: no poder de mando, na desvinculação do direito pelo aparato de poder, na fungibilidade e na disposição essencialmente elevada do executor ao fato. Como estes pressupostos existem apenas no injusto do sistema estatal, no «Estado criminoso dentro do Estado», assim como a Máfia e formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada, não se pode transferir esta figura jurídica aos fatos puníveis em empresas econômicas, ao contrário da opinião do Supremo Tribunal Federal alemão.” ROXIN, Claus.*op. cit.*, p. 94.

²¹⁹ “Schroeder apresentou a outra objeção afirmando que especialistas imprescindíveis enquanto executores não seriam substituíveis, apesar do homem de trás ser o autor mediato. Porém, com isso é abandonado o âmbito do domínio por organização, que é orientado pela «automatização» descrita e, em regra, também por uma multiplicidade de acordo com o mesmo esquema de crimes correntes. Se um serviço secreto precisa recrutar um especialista que possua, somente ele, condições de executar um determinado delito, a organização não ostenta desde o princípio o modo específico de atuação. Também um autor isolado pode se engajar como tal homem. No entanto, existe apenas uma instigação, uma vez que não é exercida nenhuma pressão coercitiva de acordo com o § 35 do StGB.” ROXIN, Claus.*op. cit.*, p. 83.

Do ponto de vista do domínio social por meio de instrumentos puníveis de Alflen, que elenca para sua configuração os pressupostos: a) ser o homem de trás um sujeito capaz; b) exercer o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico; c) não praticar atos materiais direcionados ao resultado (atos executórios); d) servir-se de outro indivíduo, enquanto instrumento para a prática da ofensa ao bem jurídico; e) ter conhecimento da *disposição condicionada* do instrumento em realizar o fato.²²⁰ Conforme dispõe Alflen e o Código Penal brasileiro, imprescindível o homem de trás “determinar” (art. 62, III, CP)²²¹ ao executor direto a prática do fato típico. Ora, como os próprios desembargadores reconhecem, em momento algum o réu “M” *determinou* aos corréus “G” e “D” que praticassem a falsificação da CND, o que prejudica de plano todos os demais pressupostos do domínio social por meio de um instrumento punível.

7.5. Autoria mediata e crimes tributários

No presente caso, “V”, administrador da empresa “PP Ltda.”, foi denunciado na qualidade de coautor juntamente com “J”, contador da empresa, como incursos nas penas do art. 1º, I, II e III da Lei n. 8.137/90²²² combinado com o art. 29 e 71 do Código Penal, pois teriam omitido informações relativas às receitas auferidas pela empresa “PP Ltda.” no ano de 1998 e 1999, bem como teriam prestado declarações falsas às autoridades fazendárias, suprimindo tributos (IRPJ, PIS, CSSL e COFINS) no montante de mais de quinhentos mil reais.²²³

²²⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

²²¹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

²²² “Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;” BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

²²³ “Os denunciados, acima qualificados, sendo o primeiro na condição de sócio administrador e o segundo na qualidade de contador da empresa “PP LTDA”., inscrita no CNPJ nº [...], estabelecida na [...] em coautoria, omitiram informações relativas às receitas auferidas pela referida pessoa jurídica de R\$ 1.081.250,14 (um milhão oitenta e um mil duzentos e cinquenta reais e quatorze centavos), no ano de 1998, e de R\$ 1.339.437,26 (um milhão trezentos e trinta e nove mil quatrocentos e trinta e sete reais e vinte e seis centavos) no ano de 1999, bem como prestaram declarações falsas, ao inserirem elementos inexatos, às autoridades fazendárias, através das Declarações de Informações Econômico Fiscais (DIPJ), relativas aos anos calendário de 1998 e 1999, que eram discrepantes e a menor quando comparadas com os registros dos livros fiscais e contábeis, como o Livro Registro de Saídas, Livro Registro de Apuração do ICMS e Livro de Apuração do IPI. [...] Através do procedimento administrativo fiscal [...] a fiscalização apurou, a partir da comparação entre os valores das receitas informadas nas Declarações de Informações Econômico Fiscais (DIPJ) da pessoa jurídica com aqueles constantes nos registros da empresa, em sua escrita contábil e fiscal, que os denunciados, mediante as condutas descritas acima, deixaram de recolher valores, em virtude da ilícita redução de tributos, referentes aos anos calendário de 1998 a 1999, o crédito tributário, com os consectários legais, foi reduzido na ordem de R\$ 506.230,79 (quinhentos e seis mil duzentos e trinta reais e setenta e nove centavos)” TRF4. **Apelação Criminal nº 2005.71.00.003278-7/RS**. Oitava Turma, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Publicado em 25 set. 2008.

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE IMPOSTOS FEDERAIS (IRPJ, PIS COFINS, CSLL). AUTORIA. TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PENAL.

1. Comete crime contra a ordem tributária o agente que, dolosamente, suprime o pagamento de tributos, omitindo do Fisco a percepção de rendimentos sujeitos à tributação.

2. Diante da insuficiência das categorias tradicionais de coautor e partícipe para a atribuição da responsabilidade penal individual, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, construiu-se, doutrinariamente, o conceito de autor mediato, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização, o que sobressai mormente quando o superior hierárquico *"sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su propio subordinado"* (DIEZ, Carlos GómezJara. ¿Responsabilidade penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. In Revista Iberoamericana de Ciências Penais. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13).

3. A responsabilidade penal, em crimes fiscais, é personalíssima, não havendo falar em "culpa concorrente" do profissional de contabilidade que, no mais, não restou demonstrada.²²⁴

Condenado pelo juiz singular, o réu "V" apelou ao TRF4, alegando o desconhecimento da conduta delituosa de seu contador "J", argumento que foi negado pelo tribunal, mantendo-se sua condenação em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime aberto, sustentando os desembargadores federais que o réu "V" "na qualidade de administrador do empreendimento, estava ciente da ocorrência do delito e tinha condições para impedir sua concretização.

Ademais, aduziu o tribunal:

Independentemente de a pessoa responsável pelo recolhimento da receita fiscal (autor) ter ou não determinado a prática de qualquer das condutas arroladas nos incisos do *caput* do art. 1º da Lei 8.137/90 para iludir a fiscalização tributária, caso tome conhecimento da ocorrência de alguma hipótese entre as tipificadas nos incisos do *caput*, e, conscientemente, utilize-se da situação fática proporcionada para praticar a supressão ou redução da carga tributária, é autor do delito pelo domínio do fato.

Misturando as teorias do domínio do fato de Roxin e Welzel²²⁵, o tribunal em momento algum fundamentou sua decisão nos pressupostos dos referidos juristas, limitando-

²²⁴ TRF4. **Apelação Criminal nº 2005.71.00.003278-7/RS**. Oitava Turma, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Publicado em 25 set. 2008.

²²⁵ "A noção de domínio do fato é contemporânea ao finalismo de Hans Welzel que propugnava ser o autor, nos crimes dolosos, aquele que detém o controle final do fato. Superando as teorias puramente objetivas e subjetivas, a teoria do domínio do fato atua no plano objetivo-subjetivo, que pressupõe o controle final do ponto de vista subjetivo, sem desconsiderar que a posição objetiva do sujeito determine o efetivo domínio da circunstância (ou da organização). No caso em tela, o domínio do fato não se equipara ao domínio sobre as Ciências Contábeis e Jurídicas, mas as circunstâncias que levaram à supressão do tributo. [...] As categorias tradicionais de coautor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia *Täterschaft und*

se a utilizar as expressões “domínio por organização” e “domínio do fato” para justificar seu decreto condenatório.

Ademais, à luz da teoria do domínio por organização de Roxin, tem-se por impossível qualificar o réu “V” como autor mediato do crime de sonegação fiscal, posto que, embora seja plausível supor um “poder de mando” da parte de “V” em relação à sua empresa, os demais pressupostos não são preenchidos, não estando o “aparato de poder” desvinculado do direito, nem se podendo afirmar uma fungibilidade do executor direto (contador “J”), em razão de suas especialidades contábeis, sendo igualmente questionável uma disposição essencialmente elevado à execução do fato por parte deste.²²⁶

7.6. Autoria mediata e tráfico de drogas

Depreende-se do acórdão abaixo que a senhora “L” fora flagrada por policiais militares da Unidade de Polícia Pacificadora da comunidade Cidade de Deus transportando 742g (setecentos e quarenta e duas gramas) de cocaína acondicionados em 2.810 (dois oitocentos e dez) pequenos invólucros plásticos, tendo oferecido, quando da sua captura, a quantia de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) aos policiais para que estes a libertassem.

Após o devido trâmite, a ré “L” foi condenada às penas de 10 (dez) anos de reclusão e 1.210 (mil duzentos e dez) dias-multa, como incurso nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico e associação para o tráfico) combinado com o art. 333 do Código Penal (corrupção ativa) na forma do art. 69 do CP (concurso material de crimes).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO E CORRUPÇÃO ATIVA. CONDENAÇÃO ÀS PENAS DE 10 (DEZ) ANOS DE RECLUSÃO E 1.210 (MIL DUZENTOS E DEZ) DIAS-MULTA. RECURSO DE DEFESA. REJEIÇÃO DA ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL E DOS PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO DA RESPOSTA PENAL. [...]

2. Crime de associação para fins de tráfico - A fungibilidade dos executores é inerente aos aparatos organizados de poder, que não afasta a caracterização do delito, em que pese a idade avançada da apelante. A dinâmica automática de substituição dos executores é o fator responsável pela continuidade ininterrupta das atividades ilícitas da organização criminosa, e o conjunto probatório demonstra a participação da recorrente na *societas sceleris*. Vislumbra-se, *in casu*, a típica especialização das funções da organização criminosa, notadamente a dos indivíduos encarregados pelo transporte da droga, denominados “mulas”, indivíduos estes selecionados de modo minudenciado, de acordo com as peculiaridades de cada órgão fiscalizatório do sistema repressivo estatal. Ademais, a intenção dos traficantes ao aliciar pessoas como a recorrente é a de que, por possuírem tais características,

Tatherrschaft (“Autoria e Domínio do Fato”)” TRF4. **Apelação Criminal nº 2005.71.00.003278-7/RS**. Oitava Turma, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Publicado em 25 set. 2008.

²²⁶ “Eu parto de que aquele que em um aparato organizado de poder desvinculado do direito executa o último ato de preenchimento do tipo é diferente de um autor isolado em si mesmo. Ele está sujeito a numerosas influências específicas da organização, que na verdade não excluem de modo algum a sua responsabilidade, mas o tornam «mais disposto ao fato» que outro potencial delinqüente e, visto de forma global, aumentam a probabilidade do resultado por meio de uma ordem e contribuem com o domínio do fato do homem de trás.” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 85-6.

fogem do estereótipo do indivíduo suspeito, tendo, com isso, maior êxito na consecução dos crimes, como o transporte de drogas entre favelas em análise.²²⁷

Com a apelação da ré, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso da mesma, sustentando que a sentença deveria ser mantida em razão da quantidade de drogas, em que pese a idade avançada da mesma.

Ademais, utilizou uma passagem de Kai Ambos²²⁸ relativa ao conceito de domínio por organização de Roxin para elucidar o caráter fungível dos executores diretos e, por conseguinte, “fundamentar” a manutenção de sua pena, aduzindo que “em que pese a idade avançada da apelante, bem como a situação financeira precária e o uso contínuo de remédios controlados, estas condições não a eximem de culpa”.²²⁹

Logo, não se vislumbrou ligação lógica entre os conceitos de domínio por organização de Roxin e a suposta “fundamentação” da manutenção da pena da ré “L”, uma vez que tal teoria fora desenvolvida para delimitar a autoria mediata do homem de trás em virtude do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder.

Contudo, embora explicitamente os argumentos do tribunal tenham sido de certo modo controvertidos, denota-se que no caso em apreço a senhora “L” se tratava de executora direta do crime de tráfico de drogas, atuando, pois, a partir do poder de mando do homem de trás, que se utilizou de um aparato organizado de poder desvinculado do direito, em razão do caráter fungível da mesma, bem como da questionável disposição essencialmente elevada da executora ao fato.²³⁰

Do ponto de vista da teoria do domínio do fato de Alflen, o domínio social por meio de um instrumento punível, enquanto critério para delimitação da autoria mediata do homem de trás, tem-se que a ré “L” atuou como legítimo instrumento punível, uma vez que agiu de modo consciente e voluntário, podendo-se enquadrar, ainda, o traficante chefe como autor

²²⁷ TJRJ. **Apelação Criminal nº 0039586-66.2010.8.19.0203**. Terceira Câmara Criminal, Relatora Des. Suimei Meira Cavalieri. Data do julgamento: 4 mai. 2012.

²²⁸ “Ainda acerca da fungibilidade do executor nos aparatos organizados de poder, nas palavras de Kai Ambos: ‘Esta última forma de domínio da vontade, que Roxin também denomina de ‘domínio por organização’, consiste no ‘modo específico de atuação do aparato que se encontra à disposição do homem de trás da organização. Este funciona sem que dependa da pessoa individual do executor, como que automaticamente...’. Em razão da possibilidade de substituição (fungibilidade) do executor, que não precisa conhecer o homem de trás, este poderia confiar que suas ordens sejam cumpridas, pois caso um executor não cumpra sua tarefa, um outro imediatamente entrará em seu lugar; portanto ele não pode impedir o ato pela sua negativa de cumprir a ordem, senão apenas subtrair sua participação no mesmo. ” (Direito Penal. Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre/2006, pg. 50). TJRJ. **Apelação Criminal nº 0039586-66.2010.8.19.0203**. Terceira Câmara Criminal, Relatora Des. Suimei Meira Cavalieri. Data do julgamento: 4 mai. 2012.

²²⁹ *Ibidem*. p. 6.

²³⁰ “A integração de uma organização provoca, como tal, uma tendência à adaptação. Espera-se que os membros se adaptem concretamente. Isto pode levar a uma adesão irrefletida a condutas que jamais passariam pela cabeça de pessoas incorporadas a tal organização. Porém, um fenômeno típico da organização é também o obsequioso zelo excessivo, seja pela ambição na carreira, pela ostentação, pelo deslumbramento ideológico ou também em razão de impulsos sádicos ou mesmo criminosos, os quais o membro de uma tal organização acredita poder fornecer impunemente. Além disso, também há uma participação interna de membros opositores, em consequência de uma resignada reflexão: «se eu não faço, de qualquer forma outro o fará». ” ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 86.

mediato, desde que esse, além de ser identificado, seja um sujeito capaz que exerça o controle mediato da produção do resultado ofensivo ao bem jurídico, não praticando atos executórios e servindo-se de outro indivíduo (ré “L”) como instrumento para prática do delito, tendo conhecimento da disposição condicionada da mesma à prática do fato.²³¹

8. Considerações finais

Ante todo o exposto, conclui-se que a teoria do domínio do fato preconizada pelo jurista brasileiro Pablo Alflen, em sua vertente do domínio social como autoria mediata pelo uso de um instrumento punível, enquanto critério para delimitação e responsabilização do homem de trás, se mostra mais adequada e compatível com o ordenamento jurídico-penal brasileiro do que a teoria do domínio do fato desenvolvida pelo jurista alemão Claus Roxin em sua vertente do domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, em razão daquela se amoldar à legislação vigente (art. 62, I e III do CP), respeitando o sistema unitário funcional de autor adotado pelo Código Penal brasileiro de 1940.

Ademais, frise-se que o jurista Pablo Alflen desenvolveu uma teoria do domínio do fato a partir da legislação penal vigente, buscando nas bases jurídico-filosóficas do sistema ontológico-relacional uma fundamentação coerente com o sistema penal brasileiro, em contraponto com Claus Roxin, que, a seu turno, desenvolveu uma teoria do domínio do fato a partir de bases funcional-normativistas, dentro de um sistema diferenciador de autor, o que, como já demonstrado, não coaduna com nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, imperioso lembrar que a teoria do domínio do fato do eminente jurista alemão Claus Roxin é considerada por quase toda doutrina internacional como uma das mais bem estruturadas teorias, sendo desnecessário reconhecer os méritos milenares das contribuições científicas deste gigante do mundo jurídico.

Desta feita, tem-se que o domínio social como autoria mediata pelo uso de um instrumento punível, bem como a teoria do domínio do fato desenvolvida por Alflen em sua totalidade, se mostram como dogmas promissores na doutrina nacional, uma vez que surgem em momento necessário, preenchendo uma lacuna que há tempos o direito penal brasileiro sentia, contribuindo, desta forma, com o aprimoramento de nossa ciência penal.

Referências Bibliográficas

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Domínio do fato e autoria em direito penal**: critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial. 2012 Tese (Doutorado) - PUCRS. Porto Alegre, 2012.

_____, Pablo Rodrigo. **O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas**. Direito em Revista. v. 3, n. 1, p. 8-16.

_____, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

²³¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

_____, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. 264 p. Resenha de DA SILVA, Kelly Susane Alflen. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 14, n. 2, p. 577-579, jul/dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3708/2464>>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 63-86, 2013.

AMBOS, Kai. **Sobre la "organización" en el dominio de la organización**. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2011.

ARENDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil**. New York: Penguin Books. 1994.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1,

BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: critérios de conceito restritivo de autoria. Porto Alegre: UFRGS, 2014.

BOYCE, Ronald N.; DRIPPS, Donald A.; PERKINS, Rollin M. **Criminal Law and Procedure: cases and materials**. 11ª Ed. New York: Thomsom Reuters, 2010.

BRASIL. **Atlas da Violência 2016**. Brasília: IPEA; Governo Federal, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/atlas_da_violencia_2016_ipea_e_fbsp.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa** e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

CHARTIER, Roger. **Origens culturais da Revolução Francesa**. Tradução de George Schlesinger. São Paulo: UNESP, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

- FENBY, Jonathan. *Modern China: The Fall and Rise of a Great Power, 1850 to the Present*. Ecco, 2008.
- FLEMING, Gerald. *Hitler and the Final Solution*. Berkeley & Los Angeles, CA: University of California Press, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FRATTINI, Eric. *Mossad – Os Carrascos do Kidon: a história do temível grupo de operações especiais de Israel*. Adaptação de Alessandra Miranda de Sá. 1ª ed. São Paulo: Seoman, 2014.
- GETTY, J. Arch. *Victims of the Soviet Penal System in the Pre-War Years: A First Approach on the Basis of Archival Evidence*. The American Historical Review, v. 98, n. 4, 1993. p. 1017-1049. Disponível em: <<http://home.ku.edu.tr/~mbaker/cshs522/GettyNumbers.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça. 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>>. Acesso em 17 out. 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. 1.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 211. Neste sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- _____, Claus. *O domínio por organização como forma independente de autoria*. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal, Ed. Panóptica, v.4, n. 3, p. 69. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 out. 2016. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Título do artigo original: “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft”.
- _____, Claus. *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. München, 2006. p. 293-300. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_44.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.
- _____, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do crime*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- SCHABBACH, Letícia Maria. *O crime organizado em perspectiva mundial*. Sociologias. Porto Alegre, v. 15, n. 34, p. 278-293, 2013. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222013000300012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 out. 2016.

SVENSON, Gustavo. **Observações suscitadas pela teoria do domínio do fato**: a responsabilidade jurídico-penal do “homem de trás” no âmbito da criminalidade organizada. *Revista Jus Societas*, Ji-Paraná, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2009. Disponível em: <<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1098/402>>. Acesso em: 15 out. 2016.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TJRJ. **Apelação Criminal nº 0039586-66.2010.8.19.0203**. Terceira Câmara Criminal, Relatora Des. Suimei Meira Cavalieri. Data do julgamento: 4 mai. 2012.

TRF4. **Apelação Criminal nº 2005.71.00.003278-7/RS**. Oitava Turma, Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Publicado em 25 set. 2008.

_____. **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2001.70.09.001504-1/PR**. Quarta Seção, Relator Des. Federal Tadaaqui Hirose. Publicado em 24 jul. 2007.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. **World Drug Report 2015**. Vienna, 2015. p. 5. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman: parte general**. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VICTIMIZACIÓN EN GRUPOS DE RIESGO - Inmigrantes, Personas con Discapacidad y Trabajadoras del Sexo – aplicación de las buenas prácticas de la directiva 2012/29/ue del parlamento europeo y del consejo de la unión europea respecto a los derechos de las víctimas

*VICTIMIZATION IN RISK GROUPS -
IMMIGRANTS, PERSONS WITH
DISABILITIES AND SEX WORKERS -
IMPLEMENTATION OF THE BEST
PRACTICES OF EUROPEAN
PARLIAMENT AND COUNCIL
DIRECTIVE 2012/29/EU ON THE
RIGHTS OF VICTIMS*

VIVIANE CEOLIN DALLASTA DEL GROSSI

Resumen: El estudio busca analizar estrategias de prevención y propuestas de actuación victimológica en los siguientes colectivos de riesgo: inmigrantes, personas con discapacidad y trabajadoras del sexo. Serán presentadas algunas estrategias de afrontamiento que pueden ser utilizadas por los profesionales que trabajan con estos grupos y que minimizan los efectos de la victimización y previenen la llamada victimización secundaria y terciaria. Además, serán presentados los modelos teóricos y teorías criminológicas aplicables a los grupos de riesgo estudiados, tales como, la teoría de las actividades rutinarias, la teoría del estilo de vida, la teoría general de la tensión, la teoría del interaccionismo social y la respuesta frente al estrés y la teoría del estigma social, como un desmembramiento de la teoría del etiquetamiento, pues se trabaja con los estereotipos, los prejuicios y la discriminación. Por último, será hecha referencia a las buenas prácticas presentes en la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Palabras-clave: victimización; grupos de riesgo; inmigrantes; derechos de las víctimas.

Abstract: The study seeks to analyze prevention strategies and proposals for victimological action in the following risk groups: immigrants, people with disabilities and sex workers. Some coping strategies that can be used by professionals working with these groups and minimizing the effects of victimization and preventing so-called

secondary and tertiary victimization will be presented. In addition, theoretical models and criminological theories applicable to risk groups studied will be presented, such as the theory of routine activities, lifestyle theory, general theory of tension, social interaction theory and response in the face of stress and the theory of social stigma, as a dismemberment of the labeling theory, because we work with stereotypes, prejudices and discrimination. Finally, reference will be made to good practice in Directive 2012/29/EU of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of crime victims.

Keywords: victimization; risk groups; immigrants; rights of victims.

1. Introducción: Victimización en grupos de riesgo y estrategias de afrontamiento

El daño psíquico es la consecuencia de un suceso negativo que desborda la capacidad de afrontamiento y de adaptación de la víctima a la nueva situación¹. El conocimiento del daño psicológico, así como la necesidad de su evaluación, no son una cuestión meramente académica.

De lo que se trata, en última instancia, es de conocer la situación psíquica de la víctima, tratarla adecuadamente, reparar el daño causado, prevenir la revictimización y evitar la creación de nuevas víctimas². Así, cuando las personas se encuentran frente a situaciones estresantes realizan una serie de esfuerzos para controlar la situación y reducir el estrés, a estos esfuerzos se les conoce como estrategias de afrontamiento.

Las estrategias de afrontamiento o estrategias de *coping* son consideradas como conjuntos de recursos y esfuerzos, tanto cognitivos como comportamentales, orientados a resolver el problema, reducir o eliminar la respuesta emocional o a modificar la evaluación inicial de la situación³. Pueden focalizarse en el problema, en la emoción o en la valoración de la situación.

Al dirigirse al problema se consolida un afrontamiento orientado a manipular o a alterar las condiciones responsables de la amenaza. Al dirigirse a la respuesta emocional, el afrontamiento se orienta a reducir o a eliminar la respuesta emocional generada por la situación⁴.

Además, si se dirige a modificar la evaluación inicial de la situación, la estrategia de afrontamiento tiende a reevaluar el problema. Los esfuerzos cognitivos o comportamentales

¹ PYNOOS, R; SORENSON, S. y STEINBERG, A. *Interpersonal Violence and Traumatic Stress Reactions*. En L. Golberger y S. Breznitz (Eds.). *Handbook o Stress: Theoretical and Clinical Aspects* (2nd ed.). New York: Free Press, 1993.

² ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, Paz de; AMOR, Pedro Javier. *Evaluación Del Daño Psicológico en Las Víctimas de Delitos Violentos*. *Psicothema*, Vol. 14, 2002, p. 145.

³ En definitiva, el afrontamiento constituye un proceso que el sujeto pone en marcha para hacer frente a situaciones estresantes; sin embargo, no siempre la puesta en marcha de este proceso garantiza su éxito. (LÁZARUS, R.; FOLKMAN, S. *Ways of Coping Scale. Stress, Appraisal and Coping. Journal of Personality and Social Psychology*, 45, 1984).

⁴ LÁZARUS, R.; FOLKMAN, S. *Ways of Coping Scale. Stress, Appraisal and Coping. Journal of Personality and Social Psychology*, 45, 1984.

pueden darse de manera activa, pasiva o evitativa: a) activa, al movilizar esfuerzos para los distintos tipos de solución de la situación; b) pasiva, al basarse en no hacer nada directamente sobre la situación y esperar que cambien las condiciones; y c) evitativa, intentando evitar o huir de la situación y/o de las consecuencias⁵. Las conductas de evitación son las que tienden más fácilmente a cronificarse, pues este cuadro clínico no remite espontáneamente con el transcurso del tiempo⁶.

Estas estrategias de afrontamiento también pueden ser clasificadas como positivas o negativas⁷. Las estrategias de afrontamiento positivas suelen ser las siguientes: 1) aceptación del hecho y resignación; 2) experiencia compartida del dolor y de la pena; 3) reorganización del sistema familiar y de la vida cotidiana; 4) reinterpretación positiva del suceso (hasta donde ello es posible); 5) establecimiento de nuevas metas y relaciones; 6) búsqueda de apoyo social; 7) implicación en grupos de autoayuda o en ONG's.

Las estrategias de afrontamiento negativas, a su vez, son las siguientes: 1) anclaje en los recuerdos y planteamiento de preguntas sin respuesta; 2) sentimientos de culpa; 3) emociones negativas de odio o de venganza; 4) aislamiento social; 5) implicación en procesos judiciales, sobre todo cuando el sujeto se implica voluntariamente en ellos; 6) consumo excesivo de alcohol o drogas; 7) abuso de medicinas.

En este panorama, en los grupos de riesgo estudiados, se puede decir que hay una identificación entre los conceptos de víctimas de riesgo (son las que tienen una cierta predisposición a convertirse en víctimas de un delito porque constituyen una presa fácil para el agresor) y víctimas vulnerables (que, a su vez, tienen una mayor probabilidad de sufrir un intenso impacto emocional tras haber sufrido un delito violento), pues en todos los grupos estudiados hay un desequilibrio emocional o una situación estructural preexistente que agrava el impacto psicológico del delito y actúa como modulador negativo del daño psíquico⁸.

Así, a lo largo del estudio del tema de la victimización en grupos de riesgo se ha puesto de manifiesto la clara vinculación que existe entre la victimización de las personas con discapacidad, las trabajadoras del sexo y los inmigrantes y la violación de los derechos humanos.

Dicho esto, de forma práctica, como medida de prevención primaria, con la finalidad de evitar el daño psíquico cronificado a lo largo del ciclo vital, teniendo en cuenta que son las experiencias de victimización en la infancia aquellas que más están relacionadas con el ejercicio de la prostitución, y la victimización de personas con discapacidad, y, además de esto, es la ausencia de apoyo familiar y/o un ambiente familiar destructivo y desestructurado que incrementan el riesgo de revictimización en víctimas de malos tratos en la infancia⁹, es importante promover medidas de difusión y de educación. Se recomienda la necesidad de impulsar programas eficaces de detección del maltrato y del abuso sexual infantil, así como abogar por intervenciones precoces con los niños y niñas que les permitan tomar una decisión

⁵ FERNÁNDEZ-ABASCAL, E. y PALMERO, F. *Emociones y salud*. Barcelona: Ariel Psicología, 1999.

⁶ ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, Paz de; AMOR, Pedro Javier. *Evaluación Del Daño Psicológico en Las Víctimas de Delitos Violentos*. Psicothema, Vol. 14, 2002, p. 145.

⁷ ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, Paz de; AMOR, Pedro Javier. *Evaluación Del Daño Psicológico en Las Víctimas de Delitos Violentos*. Psicothema, Vol. 14, 2002, p. 141.

⁸ AVIA, M.D. y VÁZQUEZ, C. *Optimismo Inteligente*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

⁹ BRANNIGAN, A. Y GIBBS VAN BRUSCHOT, E. *Youthful prostitution and Child Sexual Trauma*. International Journal of Law and Psychiatry, 20(3), 337-354, 1997.

libre en relación al ejercicio de la prostitución en el futuro, por ejemplo¹⁰.

En relación a los inmigrantes, específicamente, ellos suelen sufrir más con la victimización secundaria y terciaria¹¹, así los servicios de asistencia a la víctima y las autoridades policiales deberían facilitar y promover la mejor formación de los profesionales que atienden a estas víctimas, de modo a reducir las barreras culturales y lingüísticas. Los servicios de atención a la víctima deberían hacerse presentes entre la población inmigrante, con un buen conocimiento a cerca de su cultura de origen, además de la aplicación de programas de justicia restaurativa¹².

Todas estas iniciativas facilitarían el desarrollo de las estrategias de afrontamiento positivas en la víctima, que son las más productivas para la superación del trauma y de sus secuelas, pues las estrategias de afrontamiento negativas prevalecen cuando no existe apoyo social y una red gubernamental o de ONG's que puedan amparar las personas en grupos de riesgo.

2. Relación de la victimización en personas con trastornos mentales, personas con discapacidad, trabajadores del sexo e inmigrantes

Los enfermos mentales sufren la estigmatización y el miedo que genera el desconocimiento sobre sus enfermedades y suelen ser, con mayor facilidad, víctimas de actos violentos y de abusos, pero esta faceta todavía es poco estudiada por que los académicos aún centran su atención en analizar los enfermos mentales como victimarios y no como víctimas.

Las personas con trastorno mental poseen mayores factores de riesgo para la victimización, pues padecen alteraciones en el análisis de la realidad, a través de procesos cognitivos desorganizados, con déficits emocionales y cognitivos, lo que afecta a su habilidad para percibir las situaciones de riesgo y protegerse adecuadamente, facilitando la adopción de comportamientos relacionados con la victimización, como es el consumo de drogas, el establecimiento de relaciones conflictivas o quedarse en la calle¹³.

Así como ocurre con el ingreso en la prostitución, haber sufrido abuso físico o sexual en la infancia está fuertemente asociado a la victimización adulta, lo cual indica que, en

¹⁰ PEREDA, N. y TAMARIT, J.M. *Victimología Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial. *Parte III completa ("Victimización en grupos de riesgo")*, 2013, p. 263.

¹¹ La victimización primaria hace referencia a la ofensa en sí que ha sufrido la persona, desencadenada por un hecho delictivo. La victimización primaria refleja la experiencia individual de la víctima y de las diversas consecuencias perjudiciales primarias producidas por el delito. La victimización secundaria hace referencia a la inserción de la víctima en el aparato jurídico-penal del Estado y al mal funcionamiento y coordinación de servicios sociales. La victimización terciaria hace referencia al proceso por el que la sociedad ve a la víctima; se produce un proceso que hemos mencionado ya con anterioridad, el "labelling approach", por el que "etiquetamos" a una persona con el rol de víctima. (ESBEC, E. *Evaluación psicológica de la Víctima*. En E. Esbec y G. Gómez Jarabo. *Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad*. Madrid: Edisofer, 2000).

¹² PEREDA, N.; TAMARIT, J.M. *Victimología Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial. *Parte III completa ("Victimización en grupos de riesgo")*, 2013, p. 286-7.

¹³ MARLEY, J. A.; BUILA, S. *Crimes against people with mental illness: types, perpetrators, and influencing factors*. Social Work, 46, 2001.

personas vulnerables, las victimizaciones se repiten a lo largo de su vida¹⁴, también el hecho de consumir alcohol o drogas es un factor predictor para ambos los tipos de victimización, y da misma forma también el hecho de ser pobre, pertenecer a una familia desestructurada y estar solo son factores que incrementan el riesgo. Observado que estar solo en la calle, así como no tener hogar, es un hecho que incrementa aún más el riesgo de una mujer ser victimizada, sea trabajadora del sexo o padezca de una enfermedad mental.

Ya un factor de riesgo específico de las personas con trastorno mental es la comorbilidad, o sea, la existencia de síndromes clínicos y trastornos de la personalidad, además de esto cuanto más graves sean los síntomas del trastorno y peor sea su tratamiento, mayor será el riesgo¹⁵.

Entre las formas de victimización, si bien el suicidio no es siempre resultado de un trastorno mental, los pacientes psiquiátricos presentan un mayor riesgo de suicidio. El suicidio es una de las principales causas de muerte entre personas con esquizofrenia. En estos pacientes se da el suicidio impulsivo, imprevisto y sin planificación. La sintomatología asociada, como los síntomas depresivos, las alucinaciones activas o la presencia de *insights*, aparecen relacionados con un mayor riesgo.

Ya en relación a los inmigrantes, ellos sufren lo que se llama de violencia racista o delitos de odio¹⁶, o sea, cualquier incidente en que una persona es victimizada por aspectos de su identidad, tales como: la raza, etnia, nacionalidad, color de piel, lengua o religión, por ejemplo¹⁷.

Estos colectivos también suelen sufrir más robos violentos y delitos contra la persona en general. Todas las formas de violencia son especialmente incrementadas cuando los inmigrantes poseen rasgos físicos muy distintos de la población del país donde están.

Los inmigrantes, así como las trabajadoras del sexo y las personas con discapacidad, son víctimas vulnerables, sufriendo de trastornos depresivos y de ansiedad, así como ya referido arriba.

2.1 Modelos teóricos para explicar el mayor riesgo de victimización y su aplicación a los grupos de riesgo

Algunas teorías criminológicas son utilizadas para intentar explicar la relación entre sufrir un transtorno mental y ser victimizado con violencia. La primera teoría que se presenta como explicación es la *teoría de las actividades rutinarias*, o sea, propone que para que ocurra una victimización es necesario que converjan un agresor motivado, una víctima adecuada y la ausencia de un protector¹⁸. Así, esta teoría entiende que estar en paro, sin pareja o viviendo en la calle son factores que disminuyen la presencia de control y favorecen el riesgo de victimización.

¹⁴ PEREDA, N. *Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil*. Papeles del Psicólogo, 31, 2010.

¹⁵ LOINAZ, I., ECHEBURÚA, E., IRURETA, M. *Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta*. Psicología Conductual, 2, 2011, p. 428.

¹⁶ No existe un concepto universal para estos delitos, lo que los hacen de difícil identificación y persecución.

¹⁷ European Commission against Racism and Intolerance (ECRI). 2012.

¹⁸ LOINAZ, I., ECHEBURÚA, E., IRURETA, M. *Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta*. Psicología Conductual, 2, 2011, p. 423.

De modo semejante, se halla la *teoría del estilo de vida*, la cual defiende que el mayor riesgo de victimización es dependiente de factores sociales, o sea, la exposición a lugares y horarios de riesgo, así como la asociación con individuos delictivos, esta dos teorías también explicarían la victimización de los inmigrantes.

Otro modelo teórico utilizado es la *teoría general de la tensión*, donde determinadas personas con trastorno mental bajo el consumo de drogas o alcohol y con alteraciones psicóticas corren mayor riesgo de ser victimizadas por generaren estímulos negativos en los demás¹⁹, también así pasa con la *teoría del interaccionismo social y la respuesta frente al estrés*.

En este contexto, se ha propuesto la *teoría del estigma social*, como un desmembramiento de la *teoría del etiquetamiento*, pues trabaja con los estereotipos, los prejuicios y la discriminación²⁰.

En relación a los inmigrantes, la teoría criminológica que explica su mayor victimización primaria es la que encuentra justificativa en el hecho de que estas personas viven en las zonas marginadas y más deprimidas de las ciudades, estudios que se han desarrollado por la *Escuela de Chicago*.

La victimización secundaria de estos colectivos, o sea, el sufrimiento infligido por las instituciones encargadas de ayudarlos, en ese caso, la victimización suele ocurrir por la incomprensión de la lengua (dificultades de comunicación), la burocracia del sistema y la ausencia de informaciones, además del riesgo de deportación para los que se hallan en situación irregular.

La victimización terciaria deste colectivo, la que disse respecto a las instancias judiciales y de política criminal es la más agravada, son tratadas con más dureza y discriminación en las diversas etapas del proceso judicial. Estas dos últimas teorías se hallan inseridas en la *teoría del estigma social*, también ya mencionada para explicar la victimización de los enfermos mentales.

En resumen, el aislamiento social y familiar es uno de los principales factores de riesgo de victimización para quien sufre de trastornos mentales, ejerzca la prostitución y sea una persona inmigrante así se podría explicar estos factores con la *teoría del bajo o inexistente capital social o también llamada de teoría de la exclusión social*, pues no cuentan con una buena red de apoyo social y tampoco familiar.

3. Derecho a la información que la Directiva 2012/29/UE reconoce a las víctimas: Algunas buenas prácticas respecto al modo de satisfacer el derecho de información sobre el proceso penal

En las justificaciones 26 a 39 de la Directiva 2012/29/UE hay una especificación del derecho a la información presente en el Capítulo 2, artículos 4 a 6 de la Directiva. Así, por ejemplo, es especialmente importante la información que permite a la víctima conocer la situación en que se encuentra cualquier procedimiento, así como la información que permita a

¹⁹ *Idem Ibidem*.

²⁰ TEASDALE, B. *Mental Disorder and Violent Victimization*. Criminal Justice and Behavior, 36, p. 513-535, 2009.

la víctima decidir si solicitará la revisión de una decisión de no formular acusación; la información comunicada a la víctima debe poder facilitarse verbalmente o por escrito, incluso por medios electrónicos; la información a la víctima debe enviarse a la última dirección conocida, postal o de correo electrónico.

En el considerando 29 hay recomendación expresa sobre el procedimiento a ser seguido si la víctima renuncia a su derecho de recibir información²¹. Y el considerando 37 es muy importante para el ejercicio de los derechos de información por la víctima²².

A ese respecto, se puede mencionar los procedimientos expuestos por la Fiscalía en el documento que regula sus actividades²³. Por último, los Estados miembros garantizarán la posibilidad de que las víctimas sean informadas, si así lo solicitan, al menos en los casos en que exista peligro o un riesgo concreto de daño para las víctimas, del hecho de que la persona privada de libertad, inculpada o condenada ha sido puesta en libertad o se ha fugado, así como de cualquier medida pertinente tomada para su protección.

Este derecho decaerá cuando como resultado de la notificación se pueda derivar un riesgo concreto de daño para el infractor. En todo caso, a la víctima le asiste el derecho a no recibir toda esta información suplementaria o adicional -salvo que su envío sea obligatorio en el marco del proceso penal-, cubriéndose así la llamada dimensión negativa del derecho en cuestión. La víctima podrá, no obstante, modificar, en todo momento, su opinión en cuanto a ser o no ser informada (artículo 6.4)²⁴.

Otra de las buenas prácticas constantes en la Directiva es en relación a la cooperación internacional, pues en lo que concierne a la cooperación entre Estados miembros, la Directiva establece tres áreas mínimas de cooperación que son el intercambio de mejores prácticas, la consulta en casos individuales y la asistencia a las redes europeas que trabajan sobre aspectos relacionados directamente con los derechos de las víctimas.

En cuanto a la coordinación de los servicios, la Directiva prevé que los Estados miembros tomarán medidas adecuadas para concienciar sobre los derechos establecidos en la Directiva, reducir el riesgo de victimización y minimizar la incidencia negativa de la delincuencia, los riesgos de victimización secundaria o reiterada, así como de intimidación o represalias, centrándose en particular en los grupos de riesgo.

Respecto a que tipo de apoyo deben poder dispensar los servicios especializados de atención a las víctimas, según el artículo 9 de la Directiva, los servicios especializados facilitarán como mínimo: a) información, asesoramiento y apoyo adecuados en relación con los derechos de las víctimas, también sobre cómo acceder a los sistemas nacionales de

²¹ “Las autoridades competentes deben velar por que las víctimas reciban datos de contacto actualizados para la comunicación sobre su caso, a menos que la víctima haya expresado su deseo de no recibir tal información”.

²² “El apoyo debe estar disponible desde el momento en el que las autoridades competentes tengan constancia de la víctima y durante todo el proceso penal, así como durante el tiempo oportuno tras dicho proceso penal, según las necesidades de la víctima y los derechos establecidos en la presente Directiva. El apoyo se debe prestar mediante diversos medios, sin excesivos trámites y mediante una distribución geográfica suficiente en el territorio del Estado miembro, de modo que todas las víctimas disfruten de la posibilidad de acceder a tales servicios. Las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito pueden requerir servicios de apoyo especializados”.

²³ FISCAL DE SALA DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN Y TUTELA DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL - 9.1 Actividad en las Fiscalías.

²⁴ PÉREZ RIVAS, Natalia. *Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*. Boletín CeDe UsC. Febrero 2014. Disponible en: <http://revistas.usc.es/boletincede>, acceso en: 17 mar. 2014, p. 6.

indemnización por los daños y perjuicios de índole penal, y su papel en el proceso penal, incluida la preparación para asistir al juicio; b) información sobre cualquier servicio pertinente de apoyo especializado o derivación directa al mismo; c) apoyo emocional y, cuando se disponga de él, psicológico; d) asesoramiento sobre cuestiones financieras y de tipo práctico resultantes del delito; e) salvo que sea proporcionado por otros servicios públicos o privados, asesoramiento sobre el riesgo y la prevención de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias.

Respecto a que ventajas e inconvenientes puede tener el derecho de acceder a estos servicios por parte de una víctima que no quiera denunciar el hecho, se puede predecir que, seguramente, hay más inconvenientes que ventajas para la víctima que no quiere denunciar el hecho, aunque el acceso a los servicios de apoyo a las víctimas no dependa de que la víctima presente una denuncia formal, la posibilidad de ejercicio de los derechos previstos en el artículo 9 disminuyen.

Tal vez la única ventaja de no denunciar el hecho sea la de no quedar sujeto a la victimización secundaria generada por el procedimiento penal. Pero, a mi juicio, los inconvenientes son mayores, por ejemplo, estar susceptible a la revictimización, si el infractor quedarse impune, también no tendrá derecho a la indemnización por parte del infractor, tal como expuesto en la Directiva (art. 16).

Además, un gran inconveniente se encuentra en como la Directiva está articulada, pues la Directiva 2012/29/UE organiza las medidas asistenciales, tanto en la fase previa, como durante el proceso penal e incluso con posterioridad a este (artículos 8 y 9), así, si la víctima no denuncia el hecho, probablemente, el derecho de acceso a algunos de los servicios previstos se quedará perjurificado.

4. Reflexiones Finales: Estrategias de Prevención y Propuestas de Actuación Victimológica con aplicación de la Directiva 2012/29/UE

La discapacidad mental no sólo supone un factor de riesgo de victimización en la infancia y la adolescencia, sino también en la vida adulta. Un estudio reciente incide en la mayor prevalencia de agresiones sexuales entre mujeres adultas con discapacidad mental y critica la escasez de programas de prevención específicos para esta población. Mejorar la detección es el primer paso para una buena prevención.

El objetivo debe ser reducir la vulnerabilidad de estas personas y centrarse en grupos de riesgo (como pacientes sin hogar, toxicómanos o víctimas en la infancia), así como en las víctimas de los delitos más graves. Reducir al máximo la estigmatización de estas personas puede ser otra vía de prevención.

La intervención debe centrarse inicialmente en la seguridad de la víctima, en los problemas psicosociales planteados y en el tratamiento del consumo de alcohol/drogas. Las secuelas emocionales deben abordarse una vez solucionados los factores contextuales.

Las intervenciones ajustadas a las necesidades de estos pacientes requieren un conocimiento preciso, entre otros factores, del contexto en que se sufre la victimización, de la

autoría de la agresión, de las circunstancias en que esta ocurre y del significado que la víctima atribuye al hecho²⁵.

Además, se debe hacer frente al problema del infradiagnóstico. La sintomatología traumática no suele ser el motivo de consulta en estos pacientes, en unos casos por sus propias limitaciones psicológicas o por vergüenza, y en otros, por miedo a revivir el trauma o por temor a la reacción de incredulidad del clínico. Se recomienda por ello prestar una mayor atención al problema: la victimización en pacientes con trastornos mentales puede exacerbar el trastorno existente, incrementar el uso de servicios sanitarios y reducir la calidad de vida de los pacientes. Además, aumenta la probabilidad de revictimización y conlleva riesgo de implicación en conductas violentas (transformación de las víctimas en victimarios).

A respecto del modelo de justicia en que se involucran las víctimas en la Directiva 2012/29/UE y los elementos fundamentales que permiten definir un proceso como reparador o “restaurativo”, se debe decir que al margen ya de los modelos retribucionista y preventivo, debe situarse el modelo propugnado por la denominada justicia restauradora o reparadora.

Este modelo admite muchos matices, existiendo recientemente una tendencia, más o menos acusada, a la introducción de experiencias de justicia reparadora en el tradicional sistema penal. Los actores implicados en este sistema son el infractor, la víctima y la comunidad, los verdaderos protagonistas de este modelo de justicia.

La justicia restaurativa ve los actos criminales en forma más amplia, en vez de defender el crimen como simple transgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aún a ellos mismos.

De este modo, involucra más partes en la repuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al gobierno y al infractor, incluye también víctima y comunidad. Finalmente, mide en forma diferente el éxito, pues en vez de medir cuanto castigo fue infringido, mide cuánto daño es reparado o prevenido²⁶. Importante referir que en artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE se hallan condiciones para el ejercicio de la justicia reparadora.

A continuación con los elementos aplicables de la Directiva 2012/29/UE como estrategias de prevención, actuación y reparación victimológica para los grupos de riesgo estudiados, así como prevé el artículo 24, 2, de la Directiva, hay la posibilidad de presunción de minoridad en la siguiente hipótesis- “*Cuando no se conozca con certeza la edad de una víctima y haya motivos para pensar que es menor de edad, se presumirá, a efectos de la presente Directiva, que dicha víctima es menor de edad*” - y como consecuencia de este hecho, aplican las medidas de protección a las víctimas menores de edad del artículo 24.

Así, como consecuencia de esto, se debe designar un representante para el menor – “Art. 24, 1, b: *en las investigaciones y en los procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente, las autoridades competentes designen a un representante para la víctima menor de edad en caso de que, de conformidad con el Derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad de resultados de un conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad, o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia*”.

Además de esto, cuando la víctima es presuntamente menor de edad, las tomas de declaración, desde el inicio, son grabadas y tomadas en dependencia adaptada a la situación –

²⁵ LOINAZ, I., ECHEBURÚA, E., IRURETA, M. *Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta. Psicología Conductual*, 2, 2011, p. 434.

²⁶ Cid Moliné, J. (2009). *La Elección del castigo*. Barcelona: Bosch.

Art. 24, 1, a: “*en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales*” y art. 23, 2, a: “*se tomará declaración a la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin*”-.

Para los inmigrantes, además y en especial, hay la necesidad de se designar un traductor, pues pueden no comprender en la lenguaje técnica el idioma dónde pasa el juicio. Luego: Art. 23, 2, b: “*la toma de declaración a la víctima será realizada por profesionales con formación adecuada a tal efecto o con su ayuda*” -.

Así como, evaluadas los caracteres del caso, es imperativa la observación del artículo 22, 3, de la Directiva: “*En el contexto de la evaluación individual, se prestará especial atención a las víctimas que hayan sufrido un daño considerable debido a la gravedad del delito; (...). A este respecto, serán objeto de debida consideración las víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, (...)*”-.

Por lo expuesto, se ha intentado una breve presentación de algunas buenas prácticas de la Directiva 2012/29/UE aplicable en la Unión Europea, las cuales podrían ser seguidas en la rutina de los profesionales que cuidan de las víctimas, así como observadas en futuras modificaciones de las leyes en otros países.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVIA, M.D.; VÁZQUEZ, C. *Optimismo Inteligente*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.
- BRANNIGAN, A.; GIBBS VAN BRUSCHOT, E. *Youthful prostitution and Child Sexual Trauma*. International Journal of Law and Psychiatry, 20(3), 337-354, 1997.
- CID MOLINÉ, Josep. *La Elección del castigo*. Barcelona: Bosch, 2009.
- CIRCULAR 3/2009 SOBRE PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS. Disponible en: <http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3Dcircular+3-2009.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1246969084133&ssbinary=true>. Acceso en: 15 mar. 2014.
- DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>. Acceso en: 15 mar. 2014.
- ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, Paz de; AMOR, Pedro Javier. *Evaluación Del Daño Psicológico en Las Víctimas de Delitos Violentos*. Psicothema, Vol. 14, 2002.
- ESBEC, E. *Evaluación psicológica de la Víctima*. En E. Esbec y G. Gómez Jarabo. Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad. Madrid: Edisofer, 2000.
- FERNÁNDEZ-ABASCAL, E.; PALMERO, F. *Emociones y salud*. Barcelona: Ariel Psicología, 1999.
- LÁZARUS, R.; FOLKMAN, S. *Ways of Coping Scale. Stress, Appraisal and Coping*. Journal of Personality and Social Psychology, 45, 150-170, 1984.

LEY Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/12/05/pdfs/A42700-42712.pdf>. Acceso en: 15 mar. 2014.

LEY 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26714>>. Acceso en: 15 mar. 2014.

LOINAZ, I., ECHEBURÚA, E., IRURETA, M. *Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta*. Psicología Conductual, 2, 2011.

MARLEY, J. A.; BUILA, S. *Crimes against people with mental illness: types, perpetrators, and influencing factors*. Social Work, 46, 2001.

OROMÍ VALL-LLOVERA, Susanna. *Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*. Revista General de Derecho Procesal (Iustel), núm. 30, 2013.

PEREDA, N.; TAMARIT, J.M. *Victimología Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial. *Parte III completa ("Victimización en grupos de riesgo")*, 2013.

PEREDA, N.; TAMARIT, J.M. *Victimología Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial.

PEREDA, N. *Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil*. Papeles del Psicólogo, 31, 2010.

PEREIRA PUIGVERT, Silvia. *Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo*. Revista General de Derecho Europeo (Iustel), núm. 30, 2013.

PÉREZ RIVAS, Natalia. *Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*. Boletín CeDe UsC. Febrero 2014. Disponible en: <http://revistas.usc.es/boletincede>, acceso en: 17 mar. 2014.

PYNOOS, R; SORENSON, S.; STEINBERG, A. *Interpersonal Violence and Traumatic Stress Reactions*. En L. Golberger y S. Breznitz (Eds.). *Handbook of Stress: Theoretical and Clinical Aspects* (2nd ed.). New York: Free Press, 1993.

TEASDALE, B. *Mental Disorder and Violent Victimization*. Criminal Justice and Behavior, 36, 2009.