

DIREITO À LIBERDADE: CONTROVÉRSIAS
QUANTO À PREVISÃO DA FUGA COMO
FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE

Leonardo Melo Moreira

Rafael da Escóssia

*RIGHT TO FREEDOM : CONTROVERSIES ON THE
FORECAST OF ESCAPE AS AN ADMINISTRATIVE
VIOLATION*

DIREITO À LIBERDADE: CONTROVÉRSIAS QUANTO À PREVISÃO DA FUGA COMO FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE

RIGHT TO FREEDOM : CONTROVERSIES ON THE FORECAST OF ESCAPE AS AN ADMINISTRATIVE VIOLATION

Leonardo Melo Moreira

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília –UniCEUB. Professor da Escola de Assistência Jurídica da Defensoria Pública do Distrito Federal) Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal. Defensor Público do Distrito Federal. Coordenador do Núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública do Distrito Federal. Titular da 2ª Defensoria de Atendimento Penitenciário; Membro titular do Conselho Penitenciário do Distrito Federal (Copen-DF).

Rafael da Escóssia

Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Estagiário no escritório de advocacia criminal “Tórtima, Tavares & Borges”. Colaborador na Defensoria Pública do Distrito Federal.

RESUMO

O presente trabalho visa a investigar a legitimidade da previsão da fuga como falta disciplinar de natureza grave. Para tanto, partir-se-á de uma equiparação das faltas disciplinares à prática de crime, uma vez que, em ambos os casos, defende-se que há uma manifestação latente do modelo decisório-punitivo. A partir daí, serão esboçadas tentativas de submissão da fuga a duas categorias dogmáticas básicas: a referência efetiva a bem jurídico (lesividade) e a apreensão do conteúdo de antijuridicidade da conduta. No primeiro caso, a investigação se centrará nos mecanismos de aferição (potencial e concreta) da lesão perpetrada contra um suposto bem jurídico “Administração da Justiça”. Subsidiariamente, a questão será abordada a partir da articulação, na hipótese, do estado de necessidade como situação legitimante sempre identificável na prática da fuga.

Palavras-chave: fuga; falta disciplinar; execução penal; lesividade; estado de necessidade.

ABSTRACT

This study aims to investigate the legitimacy of escape as an administrative violation in Brazilian Criminal Law. This shall break up by an equalization of the disciplinary offense as a crime, since, in both cases, we can identify the “punitive model”. From there, we will outline the escape to two basic dogmatic categories: the “harmfulness” and the illegality of the conduct. In the first case, the investigation will focus on the measurement mechanisms (potential and actual) of injury committed against the “Administration of Justice”. In the alternative, the issue will focus on the “state of necessity” as a “legitimizing situation” always identifiable in the escape from prison.

Keywords: escape; administrative violation; criminal enforcement; harmfulness; state of need.

Data de submissão: 08/03/2016

Data de aceitação: 12/09/2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A NATUREZA PENAL DAS SANÇÕES DECORRENTES DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. 1 INVESTIGAÇÕES DOGMÁTICAS. 1.1 Bem jurídico e lesividade. 1.2 Fuga e justificação: um “perene” estado de necessidade. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO: A NATUREZA PENAL DAS SANÇÕES DECORRENTES DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE

A fuga – “que consiste na evasão, sem a pretensão de retorno e interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente”¹ – está prevista no rol das faltas disciplinares de natureza grave do art. 50 da Lei de Execução Penal.

A saber, tais faltas, muito embora estejam revestidas de um teor administrativo-funcional, implicam diretamente na liberdade dos executados, o que é demonstrável pela possibilidade de regressão de regime – art. 118, I, da Lei de Execução Penal –, revogação de saídas temporárias – art. 125, da LEP –, revogação de parte do tempo remido de pena – art. 127, da LEP –, conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade – art. 181, §§ 1º, “d”, 2º –, óbice à comutação e ao indulto – art. 5º, do Decreto 8.615/2015.

Por consequência, em se utilizando da linguagem de Eugenio Raúl Zaffaroni, não haveria censura em cogitar a clara ocorrência de modelo decisório-punitivo latente, isto é, aquele que, além de resultar de uma “coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”², assim não se apresenta de forma declarada. É dizer: “o poder estatal concede às suas instituições funções [ora] manifestas, que são expressas, declaradas e públicas”, ora latentes ou reais, isto é, o que a instituição realiza efetivamente na sociedade³.

Em coerência com a crítica de Salo de Carvalho – quem observa que a falta disciplinar jamais poderia ultrapassar a esfera administrativa para produzir efeitos no campo judicial⁴ –, não seria absurdo afirmar que quando tais momentos punitivos latentes forem reconhecidos, eles devem passar a “fazer parte do objeto de interpretação do direito penal como saber jurídico, porque consubstanciam casos de criminalização indevidamente subtraídos dos limites do direito penal, que este deve recuperar para exercer sua função limitativa”⁵, e, assim, excluí-los pela via da declaração de inconstitucionalidade⁶.

¹ ROIG, R. D. E. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 2014, p. 208.

² ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro - I**. 2013, p. 99.

³ *Idem*, p. 88.

⁴ ROIG, R. D. E. *Op. cit.*, p. 190.

⁵ ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro - I**. 2013, p. 89.

⁶ *Idem*, p. 90.

Por outro lado, a apreciação dogmática, que pode ser aqui entendida de maneira subsidiária, além de dialogar mais fortemente com o cotidiano das agências punitivas, permite a elaboração, tal como afirma Roig⁷, de uma *teoria da falta disciplinar*, a qual deve guardar relações analógicas com as instituições de teoria do delito, tais como os juízos de causalidade, imputação objetiva, lesividade, conexão anímica, antijuridicidade, reprovabilidade, etc.

Em suma, a falta disciplinar de natureza grave, já que mobiliza o exercício latente do poder punitivo, só pode ser apreciada juridicamente na medida em que reflita tal conteúdo punitivo, quer dizer, ou a partir de sua completa eliminação da ordem jurídica, ou mediante a equiparação dogmática à prática do crime.

É sob este último viés, portanto, que aqui se deve concentrar a investigação acerca da legitimidade da previsão da fuga como infração disciplinar de natureza grave.

1. INVESTIGAÇÕES DOGMÁTICAS

1.1 Bem jurídico e lesividade

Em se equiparando a falta disciplinar à prática delitiva, o primeiro requisito a que se deve atentar consiste na identificação do bem jurídico-penal a que a fuga se refere. Questiona-se se a hipótese típica abstrata tem o condão de, conjecturalmente, lesionar um bem jurídico e, ademais, se tal bem é legítimo.

Mesmo a doutrina mais progressista tem reconhecido que as faltas disciplinares afetam um objeto, que, normalmente, é identificado como a disciplina e a ordem carcerárias, ou ainda o *jus puniendi* disciplinar estatal⁸. Fala-se, inequivocamente, de uma curiosa aproximação com o suposto bem jurídico “Administração da Justiça” referenciado pelos delitos descritos no Capítulo III do Título XI do Código Penal.

⁷ ROIG, R. D. E. *Op. cit.*, p. 199.

⁸ *Idem*, p. 199.

Nesse Capítulo, estariam ligados pela mesma objetividade jurídica, como defende Pierangeli, fatos que atinjam a justiça como *instituição e função*, com prejuízos para o *prestígio* e a *confiança* que inspiram⁹. Frise-se que a doutrina não entende aqui a Administração da Justiça apenas no sentido técnico e restrito de jurisdição, quer dizer, o poder ou a função do Estado de aplicar o direito e conservar a segurança da ordem jurídica; mas, ao contrário, em uma locução ampla¹⁰.

A questão, no entanto, carece de simplicidade. A mera afirmação da existência do bem jurídico, desacompanhada de qualquer esforço hermenêutico, é apenas indicativa da retórica legitimante do discurso jurídico-penal.

Frise-se que a dogmática não é um campo neutro, indiferente as suas questões políticas subjacentes. Toda postura técnica reflete, em certa medida, um pressuposto político (des)legitimante. Não se propõe aqui, no entanto, uma confusão metodológica entre os *loci* de desenvolvimento da técnica e da política-criminal. Até mesmo em face do princípio da reserva legal, bem como da inequívoca independência entre os Poderes, a dogmática penal deve se configurar como um saber negativo, de contenção. Não se trata, em qualquer instância, de afirmar a legitimidade do poder de punir ou de propor critérios positivos de criminalização, senão de contrapor, de maneira técnica, “barreiras”, “diques” ao agigantamento do estado de polícia. É em tal sentido, portanto, que não se mostra possível desvincular a produção dogmática da adoção prévia de um pressuposto político, o qual ora irrompe de forma austera, negativa.

Por consequência, o próprio bem jurídico investigado, qual seja, a “Administração da Justiça”, deve passar por um processo de cognição que lhe confronte as características com as exigências democráticas provenientes da ordem jurídica. Fala-se, assim, do nível de concretude da existência do bem jurídico (discussão ilustrada pelo suposto grau de espiritualização do objeto), bem como de suas propriedades pré-típicas essenciais.

Em primeiro lugar, pois, para além da controvérsia acerca do bem jurídico como realidade fática ou entidade meramente ideal¹¹, deve-se compreendê-lo, segundo corretamente de-

⁹ PIERANGELI, J. H. **Código Penal**: comentado artigo por artigo. 2013, p. 1263.

¹⁰ Assim: *Idem*, p. 1263; NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 2014, p. 1372; GRECO, R. **Código Penal comentado**. 2014, p. 1104; MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal** – Vol. 3. 2014, p. 391; PRADO, L. R. **Comentários ao Código Penal**. 2014, p. 1048; CAPEZ, F. **Código Penal comentado**. 2014, p. 700; JESUS, D. de. **Código Penal anotado**. 2012, p. 1237; DELMANTO, C. *et al.* **Código Penal comentado**. 2010, p. 984.

¹¹ GRECO, L. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. 2004, p. 105.

fendem Juarez Tavares¹² e Winfried Hassemer,¹³ como valor pessoal autônomo; quer dizer, dotado de substância e existência humanas pré-típicas.

Essa orientação se justifica em face da necessidade de conter a criatividade legislativa. Uma vez que se afirme a idoneidade isolada da norma penal para a formação dos bens jurídicos, não seria vislumbrável nenhuma espécie de limite à criminalização primária. A existência do bem jurídico como valor concernente à pessoa possui o condão de dotá-lo de subsistência pré-penal, motivo porque ao legislador caberia o simples reconhecimento da existência de tal valor mediante o ato de referência normativa.

Em segundo lugar, no seio do debate acerca do nível aceitável de espiritualização do bem jurídico, aqui se defende, na linha também proposta por Juarez Tavares, que a lesão ou o perigo concreto de lesão ao objeto devam ser submetidos a um *processo de refutação*, isto é, “o processo de cognição [do bem jurídico] deve estar subordinado, antes de tudo, a um juízo de refutabilidade.”¹⁴

Por conseguinte, está desde já afastada qualquer compreensão da “Administração da Justiça” como instituição, uma vez que esta jamais pode ter sua lesão submetida a um procedimento democrático de refutação. O que pode ser efetivamente posto em perigo ou lesado é uma atividade, uma coisa, uma pessoa, ou até mesmo uma função – muito embora esta não apresente, conforme se verá, substância valorativa própria. Ilustrativamente, se um oficial de justiça deixa, por qualquer que seja o motivo, de cumprir um mandado de citação, pode-se falar que a atividade não ocorreu de maneira regular, isto é, de acordo com aquilo que prevê a lei. Nesse caso, seria defensável afirmar que a atividade do oficial foi lesada, conquanto esse juízo não seja suficiente para a identificação do bem jurídico.

A instituição em si nunca pode ter sua lesão ou perigo concreto de lesão efetivamente comprovados, senão mediante o uso de recursos metafóricos ou imagéticos. Tais recursos, uma vez que pressupõem a lesividade que deveriam exteriorizar de maneira contestável, não atendem ao critério da refutabilidade. Veja-se que recorrer ao prejuízo à atividade pública como caracterização imediata da lesão à instituição “Administração da Justiça” não perpassa por uma conexão lógica/efetiva. Entender de outra forma seria afirmar que toda atividade pública prejudicada corresponderia, de imediato, a uma lesão institucional, o que, do ponto de vista empírico, é falso.

¹² TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 203.

¹³ HASSEMER, W. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* 2007, p. 96.

¹⁴ TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 220.

Resta, por consequência, a alternativa de entender o referido objeto como função estatal, espécie da Administração Pública,¹⁵ e, a partir daí, submetê-lo ao parâmetro pessoal de identificação do bem jurídico.

Se, no entanto, “toda função tem sempre uma característica de instrumentalidade e de dependência de um outro objeto”¹⁶ – isto é, as funções “não têm caráter de universalidade, porque estão submetidas exclusivamente a critérios de oportunidade” –, é possível sustentar que “a função não existe por si mesma, depende de uma relação e de suas variáveis, possibilitando unicamente cálculos de predicados, que não podem ser confundidos com valores.”¹⁷ A carência de substancialidade da função, portanto, segundo os critérios que propomos, impede que ela se caracterize como bem jurídico, já que sua referência pelo tipo possibilita um infindável número de possibilidades criminalizantes alheias a qualquer parâmetro delimitativo extrapenal.

Por outro lado, como mais uma vez ensina Juarez Tavares, algumas funções, em razão da estabilidade que suas variáveis adquirem, acabam por se materializar. Esse é o caso da Administração da Justiça:¹⁸

A característica dessa função de servir indistintamente, a todos, no sentido de uma universalidade e sua vinculação à própria estrutura do Estado, dá-lhe estabilidade e a converte em bem jurídico porque se constitui valor da pessoa humana.

Em outras palavras, a fixação das variáveis – quais sejam, (i) prestação jurisdicional estatal (e seu potencial de realização e salvaguarda de direitos) e (ii) o acesso das pessoas a essa prestação – promove uma complexificação da estrutura do bem jurídico, possibilitando, assim, que a Administração da Justiça sofra uma estabilização valorativa.

¹⁵ Como traz Juarez Tavares, seriam outras espécies a administração pública em geral e a administração financeira ou tributária. *In*: TAVARES, J. Parecer oferecido aos advogados Hermes Vilchez Guerreiro e Castellar Modesto Guimarães Filho, na qualidade de defensores, respectivamente, de Ramon Hollerbach Cardoso e Cristiano de Melo Paz. 2015, p. 25.

¹⁶ TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 205.

¹⁷ *Idem*, p. 212.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

Essa nova complexidade demanda, em acréscimo, uma dupla cadeia imputativa. Isso porque a lesão à função materializada só se pode verificar quando se identifique cumulativamente uma afetação a todas as variáveis que compõem a referida relação. Tal verificação se dá de maneira sucessiva: de saída, faz-se imperioso constatar uma violação funcional ou, em outras palavras, um atrapalho a alguma atividade estatal. Na sequência, cumpre explicar como se processa a lesão à variável pessoal da relação. Assim, mesmo que não haja na simples descrição típica quaisquer referências a uma eventual redutibilidade individual decorrente da realização da conduta proibida, essa se faz necessária em face da estrutura geral do tipo, do conceito vinculante de bem jurídico e, por óbvio, do próprio princípio da lesividade.

A densificação ainda maior do juízo de imputação, no entanto, depende da própria estrutura da ação proibida ou mandada. Se, por um lado, o prejuízo à prestação da justiça pode se consubstanciar em um tipo material ou de mera conduta (o que depende por inteiro da própria locução típica e da estrutura da conduta), a afetação à variável pessoal da relação encontra-se normalmente apartada física e temporalmente da ação. É o caso, por exemplo, do art. 342, o qual tipifica o falso testemunho ou falsa perícia. Como se sabe, é vedado “fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor, contador ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral”. A pura e simples falsidade do testemunho ou da perícia, no entanto, só reflete um embaraço da “regularidade” da administração da justiça¹⁹, cuja atividade, de fato, resta prejudicada, porém de maneira simplesmente funcional. A exigência, em acréscimo, de que a conduta incriminada lesione ou ponha em perigo concreto um valor da pessoa humana, porém, agrega um novo nível de exigência ao juízo de imputação, este, inclusive, que passa a refletir uma efetiva conflituosidade social. Por essa perspectiva, só é legítima a incriminação de tais condutas quando resultam em lesões à liberdade ou a outro bem jurídico da pessoa (à parte de qualquer controvérsia envolvendo o teor subsidiário ou específico dessas ações em relação a outros crimes previstos na legislação penal). Se, ao contrário, o falso testemunho ou a falsa perícia levam ao resguardo de um bem jurídico – tal como a absolvição de algum réu –, não se pode falar que o bem jurídico-penal abstratamente referido pelo tipo teve sua lesão aferida em concreto, já que lhe falta o prejuízo à imprescindível variável pessoal na função “Administração da Justiça”.

Já no que se refere, por sua vez, à denúncia caluniosa (art. 339), é punido aquele que dá causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra outra pessoa, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Na situação, é evidente que há uma referência ao “verdadeiro”

¹⁹ Vide: CAPEZ, F. *Op.cit.*, p. 701; MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Op. cit.*, p. 396.

bem jurídico Administração da Justiça, já que o equívoco na atividade persecutória (seja penal, administrativa ou civilmente) implica em danos concretos para inúmeros bens jurídicos do investigado (tais como a honra e a liberdade). Ademais, é censurável a conduta de quem atua na contramão nos propósitos contentivos do direito penal, de maneira a aumentar o estado de vulnerabilidade de alguém perante a situação concreta de perigo penal²⁰. Muito embora seja contraditório repreender, por meio da habilitação de poder punitivo, a pessoa que contribuiu, originariamente, para uma indevida criminalização secundária, é inequívoco que está presente, de maneira supositiva, o bem jurídico Administração da Justiça.

Entretanto, a identificação de tal bem pela doutrina majoritária se dá de maneira puramente relacional, de que são prova os ensinamentos de Fernando Capez, quem aparta os bens jurídicos individuais da pessoa atingida com a acusação falsa (o que se denominaria interesse secundário da norma penal) da Administração da Justiça propriamente dita, a qual corresponderia ao mero “interesse da justiça”²¹. De forma semelhante, Luiz Regis Prado²², em comunhão com Guilherme Nucci²³ e Mirabete²⁴, esclarece que o art. 339 faz referência ao correto e regular funcionamento da Administração da Justiça. Tal postura, conforme já se viu, é censurável por inúmeras razões, dentre as quais a ampla margem de violência estatal que se habilita, quer dizer, a desmaterialização da função relacional, desprovido-a de seus elementos estáveis.

Aderindo ao entendimento da doutrina majoritária, ainda que a instauração de inquérito policial não resultasse em nenhum tipo de dano para a pessoa investigada, mesmo assim seria devida a criminalização da conduta, pura e simplesmente porque atrapalhou o “funcionamento regular da Administração da Justiça”. Com isso, elimina-se o teor essencialmente pessoal que deve ter o bem jurídico. Sob essa ótica, o objeto perde seu teor valorativo, confundindo-se com uma mera infração funcional. Frise-se, no entanto, que não se propõe uma confusão entre os bens jurídicos tradicionais – tais como a honra e a liberdade – e a Administração da Justiça. Ocorre que esses bens (dentre outros referidos ao ser humano), a partir da perspectiva funcional-materializada, não podem deixar de integrar o conceito de Administração da Justiça, sob o risco de vulneração absoluta do

²⁰ Sobre os conceitos de perigo penal, bem como de vulnerabilidade, *vide*: ZAFFARONI, E. R. Culpabilidade por vulnerabilidade. 2004, pp. 31-49.

²¹ CAPEZ, F. *op. cit.*, p. 695. Na mesma linha: DELMANTO, C. *et al. Op. cit.*, p. 984; NUCCI, G. de S. *Op. cit.*, p. 1372.

²² PRADO, L. R. *Op. cit.*, p. 1041.

²³ NUCCI, G. de S. *Op. cit.*, p. 1372.

²⁴ MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal** – Vol. 3. 2014, pp. 385-386.

caráter estritamente pessoal do bem jurídico.

Duas considerações se fazem então necessárias. A primeira – que reste claro – **é que a necessidade de verificação de uma lesão à variável pessoal da função estabilizada não implica tácita convalidação** da conduta. Trata-se apenas de afirmar que a ação não pode ser típica, **já que não se atende** ao quesito da lesividade. Em outras palavras: a conduta não possui relevância penal. Dessa forma, é evidente que o dado de ilicitude pode restar intocado; não havendo óbices, assim, em proibir a referida **ação** em outras searas jurídicas, desde que, é claro, não implique exercício punitivo latente.

A segunda consideração trata do grau de necessidade do segundo resultado em relação ao primeiro. É claro que, se a lesão a um bem jurídico pessoal *stricto sensu* advém (de forma geral) do próprio princípio da lesividade (e não necessariamente da locução do tipo incriminador), a prévia necessidade de aferição dos elementos normativos e descritivos do tipo implica que **só é autorizado perquirir pelo segundo resultado** – a lesão à variável humana da relação – quando o primeiro – a violação administrativo-funcional, de maneira general – estiver devidamente configurado. Destrinchar sucessivamente as etapas de (re)constituição do crime, nesse contexto, oferece importante ferramenta analítica para evitar a imputação de resultado lesivo a crime cometido contra a Administração da Justiça quando se poderia fazê-lo em face de delito subsidiário.

Ora, o que exatamente identifica o delito cometido contra a Administração da Justiça é a lesão redutível à pessoa articulada em meio a uma relação funcional. Fora da referida função estabilizada, não se fala mais de crime contra a Administração da Justiça, mas de conduta que atenta exclusivamente contra o bem jurídico pessoal.

Retomando o estudo concernente à fuga, pode-se assumir, como tratamos, que o bem jurídico referenciado por tal falta disciplinar é a própria Administração da Justiça. Nessa esteira, em que medida a evasão do ambiente carcerário pode configurar, mesmo que de maneira hipotética, uma lesão ao bem jurídico?

É patente que, se da fuga resulta uma lesão a bem jurídico alheio, a Administração da Justiça se viu afetada, já que a disfunção foi causa de um resultado lesivo a terceiro. A falha nas atividades executórias comprometeu um bem jurídico individual, sendo possível afirmar, assim, que o requisito da redutibilidade pessoal está devidamente atendido.

Ocorre que o Código Penal já tipifica uma conduta que preenche exatamente os requisi-

tos mencionados acima, isto é, a “evasão mediante violência contra a pessoa” (art. 352). Proíbe-se que o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva evada-se ou tente se evadir, valendo-se de **violência contra a pessoa**. **No caso, o legislador incluiu no próprio texto típico** o requisito que aqui se estuda. Isso significa que, se a imposição de restrições à liberdade daquele que foge depende – no que se refere à falta disciplinar – de uma aferição de redutibilidade individual da conduta censurada (proveniente de um imperativo geral de lesividade), na ação descrita no art. 352 do CP, tal exigência irrompe como elementar típica, de forma que essa conduta torna-se específica no que tange à infração disciplinar.

Uma vez entendendo que a falta disciplinar de natureza grave (quanto aos seus efeitos penais latentes) é idêntica à prática de crime, este, já que mais específico, revoga tacitamente a **própria infração**. **Veja-se que o que se defende é que a simples evasão do estabelecimento prisional não é idônea para gerar efeitos no campo judicial, salvo quando se identificar uma lesão efetiva ao bem jurídico supostamente referenciado pela falta, qual seja, a Administração da Justiça (compreendida como função materializada)**. **Qualquer outra perspectiva** deve desde já ser rechaçada, uma vez que viola frontalmente o princípio da lesividade.

1.2 Fuga e justificação: um “perene” estado de necessidade

À parte do estudo acerca do bem jurídico referenciado pela fuga, bem como da maneira como se pode operar a lesividade de tal conduta, é necessário fazer algumas considerações acerca do conteúdo de antijuridicidade da ação em tela, bem como das formas como as discriminantes (sobretudo o estado de necessidade) podem se articular em concreto.

Aqui se defende que a fuga está, do ponto de vista dogmático, sempre justificada. Veja-se: o conflito de bens identificador do estado de necessidade (art. 23, I, CP), em linhas gerais, é representado, ao mínimo, pelo sacrifício de um bem de valor inferior ao de outro salvaguardado.

Tal discriminante – em sentido amplo –, comparativamente com o direito penal alemão, pode resultar na negativa de dois elementos distintos do delito. Se, por um

lado, o bem lesionado possuir valor inferior ao daquele posto a salvo, fala-se desde já na eliminação da ilicitude da conduta, isto é, a hipótese do “estado de necessidade justificante.”²⁵ Por outro lado, o Código Penal alemão recepciona a eliminação da culpabilidade, mediante o denominado “estado de necessidade exculpante”, quando, na ponderação dos bens em conflito, não se mostra exigível o sacrifício do objeto, vez que o bem salvaguardado pertence a um parente ou amigo próximo.²⁶

Veja-se que, na segunda hipótese, embora se reconheça a antijuridicidade da conduta, entende-se que a ação não é passível da censura estatal, já que, em face das circunstâncias, o sacrifício do bem salvaguardado não é exigível. Não se questiona, no caso, o valor dos bens em conflito, senão o nível de exigibilidade da conduta em face da qualidade particular do titular do bem jurídico.

O Código Penal brasileiro, por sua vez, ao incorporar a expressão “exigibilidade” (art. 24) à configuração do estado de necessidade, abriu margem para (i) uma compreensão ampliada da discriminante, a qual compreenderia, pois, tanto o “estado de justificante”, quanto o “estado de necessidade exculpante”. Ademais, (ii) mesmo no que tange a esta última categoria, a inexistência de maiores especificações no texto legal quanto à relação do sujeito ativo com o titular do bem jurídico protegido, implica enorme grau de incidência da situação legitimante; estando, pois, o juízo de (in)exigibilidade sujeito a uma necessária interpretação em concreto.

²⁵ SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 2012, p. 235.

²⁶ Veja-se: “§ 34. Estado de necesidad justificante

Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.

§ 35. Estado de necesidad disculpante

(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso l, cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

*(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.” In: DIAZ, C. L. (trad.). **Código Penal Alemán**: del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998.*

Se, por um lado, é verdade que a doutrina brasileira se reparte entre aqueles que reconhecem o caráter abrangente do estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude e aqueles que insistem na repartição, à moda do direito alemão, entre o “estado de necessidade justificante” e “estado de necessidade exculpante”; por outro, a questão merece ser analisada sob duas perspectivas diversas. Faremos isso à luz do presente objeto de estudo, isto é, a fuga.

Preliminarmente, no entanto, cumpre (a) identificar os bens jurídicos em conflito e (b) associar o *modus operandi* da fuga à estrutura do estado de necessidade.

(a) Tem-se, assim, ora a liberdade do indivíduo, sua dignidade e honra (potencialmente lesadas pelo sabido efeito estigmatizante²⁷, deformador²⁸ e criminógeno do cárcere²⁹), ora a obediência ao Estado, o poder disciplinante e verticalizado representativo do estado de polícia e, na melhor das hipóteses, o bem jurídico Administração da Justiça.

(b) O estado de necessidade, por sua vez, é composto pela situação de necessidade e pela ação necessária.³⁰ A situação de necessidade refere-se à probabilidade ou possibilidade concreta de perigo atual e involuntário de lesão ao bem jurídico.³¹ A ação necessária, de outra forma, refere-se **“à atuação do agente que lesa bem jurídico alheio quando não lhe resta outra alternativa para evitar o perigo, senão por sua atuação imediata.”**³²

A fuga, em face das afirmações anteriores, pode ser encarada como uma ação necessária, imbrincada em situação de necessidade, cuja resultante objetiva é a lesão à Administração

²⁷ Vide “Labeling Approach” em: BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2011.

²⁸ SANTOS, J. C. dos. *Op. cit.*, p. 531.

²⁹ A saber, como reconhece a Exposição de Motivos do Código Penal, em seu item 26: “Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.” Na mesma linha, vide conclusões da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos. In: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.

³⁰ TAVARES, J. **Teoria do Delito**. 2015, p. 78.

³¹ SANTOS, J. C. dos. *Op. cit.*, pp. 236-237.

³² TAVARES, J. **Teoria do Delito**. 2015, p. 78.

da Justiça e (ao mínimo) a salvaguarda da liberdade individual.³³

Para que se afirme, no entanto, que a conduta fugitiva está justificada, deve-se fazer, em todo caso, uma ponderação preliminar acerca dos bens jurídicos em conflito. Como se afirmou, a Administração da Justiça é um bem jurídico complexo, uma função materializada compreensiva de outros bens jurídicos. Conquanto a lesão à Administração da Justiça deva sempre ser passível de redução individual, nem sempre o bem jurídico estritamente pessoal lesado possui valor superior àquele salvaguardado (a liberdade, no mínimo).

Essa análise, portanto, deve ser feita no caso concreto, atentando sempre para o grau de exigibilidade da lesão perpetrada em face do catálogo de condutas do sujeito ativo do tipo.

Por outro lado, uma análise despreocupada da fuga como falta disciplinar, tal como é feita por grande parte da doutrina e jurisprudência, considera-a simples infração administrativa, sendo prescindíveis quaisquer danos pessoais para sua caracterização. Nesse caso, é obviamente lícita a conduta daquele que, para escapar da eficácia invertida do cárcere, da lesão à liberdade e dos efeitos destrutivos sobre sua pessoa, macula o simples poder estatal de controle e vigilância. Caso não se entenda, portanto, que haja um bem jurídico referenciado pela fuga, ou caso esse bem jurídico confunda-se com uma simples função estatal, diz-se que a conduta evasiva é sempre legítima.

Indagações acerca da permanência do desvalor da ação devem ser sopesadas pela prescindibilidade dos elementos subjetivos nas justificações. Muito embora a doutrina dominante exija, ao lado da eliminação do desvalor do resultado, a existência de elementos subjetivos nas causas de exclusão da antijuridicidade, essa postura é censurável por três razões principais. Primeiro, porque tal exigência é sintomática de um direito penal canônico, incompatível com um Estado que se dá por satisfeito com a resolução objetiva do conflito representada pela situação legitimante.³⁴

Segundo, porque a necessidade de uma perfeita correspondência entre a estrutura do tipo e as causas de justificação é indicativa de uma esquizofrênica adesão à teoria dos elementos negativos do tipo, em contradição com a gênese tripartida das formulações finalísticas no Brasil.³⁵

³³ Para os fins metodológicos deste trabalho e levando em conta o funcionamento plural do sistema carcerário brasileiro, só se considerará a liberdade como bem jurídico lesado no ambiente prisional.

³⁴ TAVARES, J. **Teoria do Delito**. 2015, p. 77.

³⁵ TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 314.

Por fim, a exigência de representação efetiva da situação justificante – tal como afirmam Roxin, Otto e Kuhl³⁶ – é incompatível com a legítima defesa nos delitos culposos, por exemplo, uma vez que inexistem quaisquer possibilidades de uma aferição empírica de conexão anímica na culpa inconsciente.

“Exigindo-se, porém, apenas que o sujeito tenha tomado como possível a situação justificante, já se está criando uma base para a solução culposa, porque a questão relativa à própria ação justificante não depende de qualquer elemento subjetivo de justificação, mas apenas de uma ponderação subjetiva advinda da ordem jurídica.”³⁷

Isso posto, a submissão do processo de imputação às exigências da contenção do poder de punir e do princípio de presunção de inocência implica que tão somente a representação potencial da situação legitimante pode se fazer necessária quando da dúvida quanto a sua provocação ou não³⁸. No mais das vezes, a carência de desvalor do resultado – subsidiada na licitude da lesão ao eventual bem jurídico – por si só possui o condão de afastar a antijuridicidade da conduta.

Caso não se entenda dessa forma, mesmo assim a fuga não seria passível de punição, já que a legislação brasileira veda a responsabilização penal puramente subjetiva, tal como se depreende da não punibilidade da tentativa inidônea³⁹. A saber: a ocorrência, por si só, de ação desvalorada não é apta a desencadear uma resposta punitiva estatal e não prescinde de um juízo objetivo que identifique uma lesão ou um perigo concreto de lesão ilícita a bem jurídico.

Independente da vontade ou do conhecimento efetivo de atuar em estado de necessidade, a mera ponderação objetiva dos bens em conflito, por si só, detém a faculdade de justificar a falta disciplinar do apenado.

Ao se compreender a fuga como uma mera lesão ao *jus puniendi* estatal em vista da salvaguarda da liberdade, tal conduta estará sempre justificada, o que, em linhas gerais, é dizer que a fuga é lícita e, portanto, sua previsão como falta grave é ilegítima.

³⁶ SANTOS, J. C. dos. *Op. cit.*, p. 228.

³⁷ TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2003, p. 318.

³⁸ *Idem*, p. 312.

³⁹ Assim: SANTOS, J. C. dos. *Op. cit.*, p. 229.

Frise-se, no entanto, que essa postura é subsidiária em relação ao argumento da lesividade. Fala-se aqui da fuga à parte da existência de bem jurídico legítimo (a Administração da Justiça, nos moldes do que se afirmou na seção precedente). Ainda defendendo uma equiparação da fuga à prática de crime (em vista de seu idêntico teor punitivo latente), a prática isolada da fuga, para além de qualquer indagação acerca da lesividade, leva-nos a concluir pela sua justificação em face da inexistência de desvalor no resultado.

Assim, parece inescapável que a previsão da fuga como falta disciplinar de natureza grave, além de censurável teoricamente, viola o princípio da lesividade e, subsidiariamente, não possui conteúdo de injusto.

CONCLUSÕES

Tal a exposição, procede-se a algumas conclusões:

A falta disciplinar de natureza grave, uma vez que resulta em limitações concretas à liberdade dos apenados, só pode ser apreciada juridicamente na medida em que reflita seu conteúdo punitivo latente, quer dizer, ou a partir de sua completa eliminação da ordem jurídica, ou mediante a equiparação dogmática à prática do crime. No que tange a esta última hipótese, deve-se proceder à elaboração de uma teoria da falta disciplinar, a qual guarde relações analógicas com as instituições de teoria do delito.

No que se refere ao quesito da lesividade, pode-se assumir que as faltas disciplinares afetam um “bem jurídico”, que, normalmente, é caracterizado pela doutrina como a disciplina e a ordem carcerárias, ou ainda o *jus puniendi* disciplinar estatal. Ora se fala de uma aproximação com o suposto bem jurídico “Administração da Justiça”.

A cognição do referido objeto, no entanto, deve ser balizada por alguns critérios dogmáticos indispensáveis, tais como a compreensão do bem jurídico como preferência e dado valorativo pessoal e a submissão de seu nível de concretude a um juízo de contestabilidade da ocorrência ou perigo concreto de lesão. Nessa esteira, não se pode entender a Administração da Justiça como simples instituição (tal como defende a doutrina majoritária), já que lhe faltaria o requisito da refutabilidade. Resta, portanto, a alternativa de sua identificação como função estatal.

As funções, no entanto, carecem de substancialidade, já que se tratam de relações em que suas variáveis dependem-se mutuamente mediante critérios de oportunidade. Ocorre que algumas funções, em razão da estabilidade que suas variáveis adquirem, acabam por se materializar. Esse é o caso da Administração da Justiça, cujos elementos são a prestação jurisdicional estatal e o acesso das pessoas a essa prestação. A lesão a tal bem jurídico, portanto, pressupõe uma dupla cadeia imputativa, isto é, uma lesão funcional primeira, geralmente constante da leitura do próprio tipo incriminador, e uma lesão à variável pessoal da relação, cuja exigência se dá como um imperativo geral de lesividade.

No que concerne à fuga, se dela resulta uma lesão a bem jurídico alheio, pode-se afirmar que a Administração da Justiça viu-se afetada, já que a disfunção foi causa de um resultado lesivo a terceiro. É sabido, no entanto, que o Código Penal já tipifica uma conduta que preenche exatamente tais requisitos, qual seja, a “evasão mediante violência contra a pessoa” (art. 352). Na hipótese, o próprio tipo incluiu em sua locução o requisito da redutibilidade individual, de forma que esta conduta delitativa torna-se específica no que tange à infração disciplinar e, assim, revoga tacitamente a previsão da fuga como falta disciplinar de natureza grave.

A identificação do conteúdo de injusto da conduta evasiva, no que se refere à (in)existência de discriminante, passa por duas considerações alternativas. Caso se entenda, democraticamente, que existe uma referência da fuga ao bem jurídico Administração da Justiça, deve-se valorar, no caso concreto, se a lesão à variável pessoal da função materializada possui validade superior à liberdade do evasor (ou ainda se a salvaguarda de tal função era concretamente exigível). Por outro lado, em se compreendendo manifestamente a fuga como simples infração administrativa, sem quaisquer considerações à natureza do bem jurídico por ela supostamente referenciado (ou equiparando-o ao simples *jus puniendi* estatal), pode-se falar que a conduta está sempre justificada do ponto de vista objetivo, inexistindo, assim, desvalor no resultado. A prescindibilidade dos elementos subjetivos nas justificações, em acréscimo, permite a generalização de tal conclusão, no sentido de negar a subsistência de qualquer conteúdo antijurídico **à conduta**.

REFERÊNCIAS

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

CAPEZ, F. **Código Penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Disponível em: www.cidh.org. Acesso em: 29 jul. 2015

DELMANTO, C. *et al.* **Código Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAZ, C. L. (trad.). **Código Penal Alemán**: del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf. Acesso em: 5 set. 2015.

GRECO, L. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 49, pp. 89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, R. **Código Penal comentado**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

HEFENDEHL, R. (ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.

JESUS, D. de. **Código Penal anotado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal – Vol. 3**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PIERANGELI, J. H. **Código Penal**: comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

PRADO, L. R. **Comentários ao Código Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROIG, R. D. E. **Execução Penal: Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Conceito Editorial: Florianópolis, 2012.

TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Teoria do Delito**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

_____. Parecer oferecido aos advogados Hermes Vilchez Guerreiro e Castellar Modesto Guimarães Filho, na qualidade de defensores, respectivamente, de Ramon Hollerbach Cardoso e Cristiano de Melo Paz. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121128-06.pdf. Acesso em: 1 jul. 2015.

ZAFFARONI, E. R. Culpabilidade por vulnerabilidade. *In: Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 14, pp. 31-49, 2004.

_____; BATISTA, N. *et al.* **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

