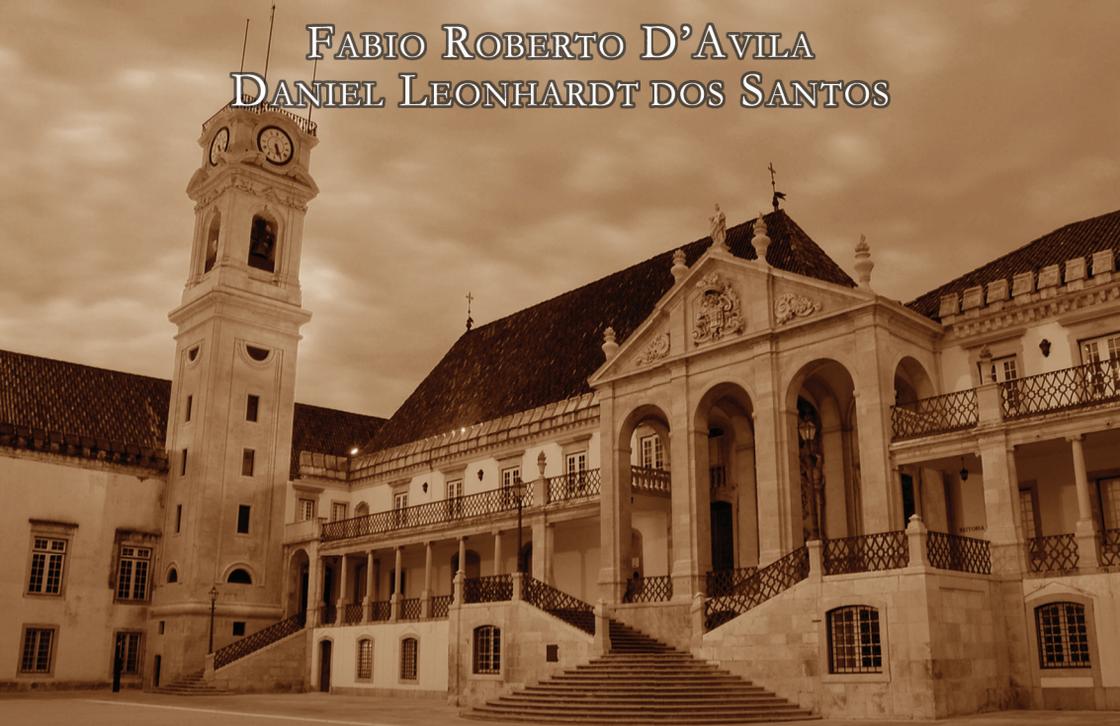


FABIO ROBERTO D'AVILA
DANIEL LEONHARDT DOS SANTOS



DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS,
II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Corrêia, Brasil/Portugal,
XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais – ITEC/RS,
Porto Alegre, setembro de 2015



Fabio Roberto D'Avila
Daniel Leonhardt dos Santos

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS,
II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal,
XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais – ITEC/RS,
Porto Alegre, setembro de 2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C749d Congresso Internacional de Ciências Criminais (6. : 2015 : Porto Alegre, RS)
Direito penal e política criminal [recurso eletrônico] / [organização]
Fabio Roberto D'Avila, Daniel Leonhardt dos Santos – Dados eletrônicos.
– Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.
840 p.

Modo de acesso: <www.pucrs.br/edipucrs>
ISBN 978-85-397-0899-4

1. Direito penal. I. D'Avila, Fabio Roberto. II. Santos, Daniel Leonhardt dos. III. Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal (2. : 2015 : Porto Alegre, RS). IV. Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais - ITEC/RS (15. : 2015 : Porto Alegre, RS). V. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. VI. Título.

CDD 3. ed. Dóris 341.5

Loiva Duarte Novak CRB10/2079
Setor de Tratamento da Informação da BC-PUCRS

**ORGANIZAÇÃO
DO EVENTO**

Fábio Roberto D'Avila

Fabício D. de Ávila Pozzebon

Ruth M. Chittó Gauer

Nereu José Giacomolli

Álvaro Oxley da Rocha

Emília Merlini Giuliani

Daniel Leonhardt dos Santos

COLABORADORES

Internacionais:

José Francisco de Faria Costa

Silvia Larizza

Giulio Illuminati

Rui Cunha Martins

Maria João Antunes

Cláudia Maria Cruz Santos

Fernando M. Machado Pelloni

Bruna Capparelli

Nacionais:

Alberto Silva Franco

Davi de Paiva Costa Tangerino

Geraldo Prado

Giovani Agostini Saavedra

Marcelo Almeida Ruivo

Mariângela G. Magalhães Gomes

Miguel Tedesco Wedy

Néviton Guedes

Ruth Maria Chittó Gauer

Fabio Roberto D'Avila

Grupos de Trabalho:

Américo Braga Júnior

Anna Tereza de Oliveira Santos

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Carlos H. Carvalho Furtado Mendes

Cleopas Isaías Santos

Daniel Leonhardt dos Santos

Diógenes V. Hassan Ribeiro

Fábio Agne Fayet

Felipe Faoro Bertoni

Gabriel Antinolfi Divan

Ingrid Bays

Isadora Bays

João Paulo C G Lédo

Larissa Urruth Pereira

Letícia Burgel

Manuela Ithamar Lima

Marcelo Marcante

Matheus Almeida Caetano

Paulo Dariva

Rafael Ferreira Vianna

Raul Marques Linhares

Rodolfo de Freitas Jacarandá

Ruiz Ritter

Sarah Reis Puthin

Saulo Sarti

Thaís Ferreira de Souza

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Viviane Monteiro Santana García

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	1
Fabio Roberto D'Avila Daniel Leonhardt dos Santos	
I – Internacionais	
O mundo de hoje e o direito penal: primeira aproximação	4
José de Faria Costa <i>Universidade de Coimbra, Portugal</i>	
I delitti di corruzione in Italia	20
Silvia Larizza <i>Università degli Studi di Pavia, Itália</i>	
O processo penal como “direito constitucional aplicado”	35
Giulio Illuminati Bruna Capparelli <i>Universidade de Bolonha, Itália</i>	
Corrupção, virtude, expectativa	49
Rui Cunha Martins <i>Universidade de Coimbra, Portugal</i>	
Novos desafios da jurisdição constitucional em matéria penal	61
Maria João Antunes <i>Universidade de Coimbra, Portugal</i>	
Novos Rumos na Prevenção e Repressão da Corrupção	81
Cláudia Cruz Santos <i>Universidade de Coimbra, Portugal</i>	
Bases dogmáticas para delitos de corrupción pública.....	104
Fernando M. Machado Pelloni <i>Universidade Católica de Salta, Argentina</i>	

II – Nacionais

Reflexões sobre algumas inquietações do mundo atual 150

Alberto Silva Franco
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

Natureza jurídica da Lei Anticorrupção e o papel do compliance 172

Davi de Paiva Costa Tangerino
Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Escola de Direito de São Paulo (FGV)

Verdade, certeza e dúvida: as questões em torno da cadeia de custódia das provas no processo penal 200

Geraldo Prado
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Compliance na Área da Saúde 221

Giovani Agostini Saavedra
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCCrim/PUCRS)

Desafios aos princípios da legalidade e da culpabilidade diante das alterações jurisprudenciais no direito penal 238

Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Universidade de São Paulo (USP)

Garantias, consenso e justiça no processo penal 276

Miguel Tedesco Wedy
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

O direito fundamental a uma justa acusação 293

Néviton Guedes
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Opiniões acerca da escola de Coimbra no Brasil 308

Ruth Maria Chittó Gauer
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCCrim/PUCRS)

Diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal..... 325

Marcelo Almeida Ruivo

Faculdade de Direito do Instituto Porto Alegre (IPA), Faculdade de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA)

Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas 344

Fabio Roberto D'Avila

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCCrim/PUCRS)

III – Grupos de Trabalho

A proporcionalidade como vetor para a expansão qualitativa do direito penal: releitura dos direitos fundamentais no século XXI..... 378

Américo Braga Júnior

Movimentos feministas, direito penal, lei n.º 11.340/2006: a escalada da esquerda punitiva..... 405

Anna Tereza de Oliveira Santos

O prazo máximo de duração da medida de interceptação das comunicações: uma visada constitucional 425

Antonio Eduardo Ramires Santoro

A prisão preventiva e a condenação sem trânsito em julgado – uma análise constitucional 452

Diógenes V. Hassan Ribeiro

Felipe Faoro Bertoni

Correlação entre alegação e ônus no processo penal brasileiro: breve estudo da sintaxe constitucional da “presunção de inocência” e sua interpretação não circular..... 473

Gabriel Antinolfi Divan

**A personalidade do agente e o dever de motivação das decisões:
manifestação do direito penal do inimigo..... 492**

Fábio Agne Fayet
Ingrid Bays
Isadora Bays

Rasgos inquisitoriais na apuração do ato infracional 512

João Paulo Carneiro Gonçalves Léo

**O papel das condutas alternativas conforme o direito (rechtmäßigen
Alternativverhalten) na imputação do resultado nos crimes culposos
..... 534**

Daniel Leonhardt dos Santos
Letícia BURGEL

**A fundamentação das decisões judiciais como filtro constitucional na
aplicação da pena 560**

Carlos Hélder Furtado Mendes
Manuela Ithamar Lima
Cléopas Isaiás Santos

**Rasas reflexões sobre as profundas constrações da autonomia pelo lícito-
ilícito: colisão de deveres - espaço livre de direito - estado - tolerância - .
..... 584**

Matheus Almeida Caetano

Sigilo da fonte jornalística e proibição de prova no processo penal... 620

Rafael Ferreira Vianna

**O princípio da confiança na teoria da imputação objetiva e a sua
repercussão nos tribunais superiores brasileiros 650**

Marcelo Marcante
Ruiz Ritter
Raul Marques Linhares

A redução da maioria penal na perspectiva da historicidade..... 673

Sarah Reis Puthin

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

A lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional: seus problemas e conflitos..... 698

Saulo Sarti
Paulo Dariva

Revisão da concepção foucaultiana de delinquência..... 734

Thaís Ferreira de Souza
Rodolfo de Freitas Jacarandá

Sistema acusatório no processo penal constitucionalmente orientado: sobre a necessidade de limitação de significado e a determinação de seus reflexos essenciais..... 756

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Locura, Derecho Penal y Dignidad Humana: Medida de Seguridad y Violación de la Dignidad de las Personas con Trastorno Mental..... 786

Viviane Monteiro Santana García

APRESENTAÇÃO

A presente obra corresponde, em essência, às atas do 6^a Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS, do II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia e do XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais, que tiveram lugar nos dias 23, 24 e 25 de Setembro de 2015, na Pontifícia Universidade Católica do RS.

Durante três dias de uma chuvosa primavera, a PUCRS recebeu ilustres nomes vindos de Portugal, Itália, Argentina e Equador, além dos mais variados Estados da Federação, convertendo-se no mais importante centro de reflexão e construção do pensamento penal de nosso país. Muitos deles pela primeira vez no Estado do Rio Grande do Sul, outros a consolidar uma já longa história de cooperação acadêmica e científica. Mas todos, sem exceção, amigos dessa Casa e das pessoas que a ela dão feição.

Foram, por isso, também dias de intensa celebração.

Por um lado, a celebração do novo. Um novo, é verdade, que já hoje perfaz longos quinze anos de existência, mas, ainda assim, um novo. Há exatos 15 anos era organizado nessa mesma Casa o *Primeiro Congresso do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)*. Obra de um pequeno grupo de então jovens pesquisadores que, inspirado em homens da grandeza do Dr. Alberto Silva Franco e em comunhão de princípios com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), acreditaram que valia a pena sonhar por um direito penal mais justo e libertário.

Por outro, é também a celebração das nossas raízes, da *alma mater* conimbricense, da Faculdade Direito da Universidade de Coimbra, em seus mais de 700 anos. Uma história que se cruza com a história da nossa Nação em momentos em que, por intermédio de Bernardo de Vasconcelos e Clemente Pereira (ambos egressos de Coimbra), no início do sec. XIX, do Direito Penal brasileiro tivemos orgulho e fomos modelo para a Reforma Penal Espanhola de 1848 e, assim, para tantos códigos penais da América Latina. História essa, todavia, que se faz também recente, que se reinventa e se renova na crescente cooperação científica com o nosso país, mas também, e fundamentalmente, nos fortes laços com a Faculdade de Direito da PUCRS e na convergência de vontades que hoje conforma e dá vida ao *Instituto Eduardo Correia (IEC)*.

Foram, pois, dias verdadeiramente memoráveis, que ora encontram justo e necessário repouso nos registros que a presente obra leva a público. Os textos, em sua imensa maioria, são feis aos contributos orais, com pequenos acréscimos e desenvolvimentos. Outros, por sua vez, somam-se no sentido de contribuir para o fim último da presente obra.

Resta-nos, por fim, uma palavra de agradecimento. A nossa viva e sincera gratidão a todos que tornaram esse encontro possível: aos conferencistas convidados, aos participantes dos Grupos de Trabalho, aos funcionários da Faculdade de Direito da PUCRS e da PROEX, aos alunos de graduação e pós-graduação envolvidos e ao apoio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), da Escola da Magistratura Federal da 5.^a Região, da *International Law Association (ILA)*, da UNILASSALE e da Escola Superior da Advocacia (OAB/RS).

Um especial agradecimento é de todo merecido à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS), bem como à Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (AMP/RS) e à Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (ADPERGS), pelo inestimável e imprescindível apoio institucional e financeiro.

Porto Alegre, outono de 2016

Fabio Roberto D'Avila

Daniel Leonhardt dos Santos

O mundo de hoje e o direito penal: primeira aproximação

José de Faria Costa

*Universidade de Coimbra, Portugal*¹

Resumo: O Autor traça as linhas essenciais de cinco pontos determinantes da tardo-modernidade (a) a instantaneidade do tempo; b) a compressão do espaço e mesmo a sua miniaturização; c) a exaltação do sujeito; d) a erosão do Estado-nação; e) a ditadura do eficientismo) e, a partir daí, reflecte sobre as conexões cruzadas que tais pontos suscitam no Direito Penal. Para além disso, o Autor faz notar que esta é tão-só uma primeira abordagem de um maior e mais profundo excurso entre o Direito Penal e o mundo de hoje.

Palavras-Chave: Direito Penal; Tempo; Aplicação da lei penal no espaço; Ilícito penal; Estado-nação; Eficientismo

Abstract: The Author traces the essential lines of late-modernity's five crucial points (a) the instantaneousness of time; b) the compression of space and even its miniaturization; c) the subject's exaltation; d) the erosion of the Nation-State; e) the dictatorship of effectiveness) and, from there, reflects on the cross-connections that these points bring to the Criminal Law. In addition, the Author notes that this essay is just a first approach to a greater and deeper excursion between Criminal Law and the today's world.

Keywords: Criminal Law; Time; Territorial Application of the Criminal Law; Penal Unlawfulness; Nation-State; Effectiveness

1. As reflexões — cerzidas em tom coloquial, marca de água,

¹ Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Provedor de Justiça da República Portuguesa. Doutor com agregação pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

diga-se, que não fica afastada quando, ora, se reescreve — que a seguir vão ser levadas a cabo pertencem a um universo bem mais largo. Na verdade, sobre o que vamos disrecrear, hoje e aqui, neste 6.º Congresso Internacional de Ciências Criminais — *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos* e II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, prende-se, inelutavelmente e por sobre tudo, com uma pequena parte daquilo que já reflectimos, com a ponderação devida e exigida, sobre este tema. O nosso propósito final, que não vai, por conseguinte, ficar aqui espelhado, nem sequer minimamente, é o de fazer uma grande peregrinação pelos caminhos que cruzam o direito penal e o mundo de hoje. Melhor: entre o direito penal e as grandes nervuras que definem o mundo de hoje, se é que o mundo, tal como hoje se nos apresenta, pode ser visto e valorado pelo risco forte onde sulcam nervuras. Pois, se não é também descabido perceber este mundo como aquoso ou mesmo gasoso, compreensão, bom é de ver, que invalida o traço forte da nervura, tal não implica que, mesmo assim, se possa encontrar sentido, e sentido real, se falarmos em nervuras, desde que as entendamos como linhas de força que se destacam ou sobressaem da conjuntura. Para além disso, e voltando ao modo ou à metódica, seria uma peregrinação que ao chegar ao último ponto, à última estação, à última reflexão, nos levaria, em consciência crítica exasperada, a assumir que só então, isto é, quando chegássemos ao fim, estaríamos habilitados a começar.

Todos sabemos que a investigação, nomeadamente, aquela que se opera dentro das chamadas “ciências do espírito”, é feita através de uma metódica de espiral hermenêutica. E, se levássemos às derradeiras consequências o que se acaba de dizer, seria manifesto, em consequência, que nada poderia ser apresentado como resultado de uma investigação, porquanto o que estivesse a ser estudado e investigado, no último ponto, seria tão frágil, tão débil, tão periclitante que nos levaria ao início de uma outra investigação. Que se mostraria forte e mais rica, no início, mas que no fim só nos mostraria o caminho de uma outra investigação que só, então, devia começar. E assim até ao infinito em uma redundância,

estéril, vazia e inútil. Por isso, mas não só por isso, consideramos ser pertinente avançarmos hoje, aqui e agora, com um pedaço inicial da investigação que já levámos a cabo dentro do grande tema *O mundo de hoje e o direito penal*.

Reafirmamos, no entanto e para que dúvidas não subsistam, o sentido parcelar que estas palavras vão ter e que, para além de tudo, devem ser contextualizadas no grande horizonte da investigação global que nos propusemos levar a cabo e que, diga-se desde já, vão ultrapassar em muito os cinco pontos reflexivos que aqui, neste momento, vou deixar à consideração e à crítica, a qualquer crítica, pois, sou dos que defendem não haver críticas legítimas ou ilegítimas, positivas ou negativas, favoráveis ou desfavoráveis. Na verdade, o que há o que deve haver, no que toca a esta matéria, é a assunção de um horizonte de seriedade, de probidade e de lhaneza intelectual crítica.

2. Começemos, pois, por uma reflexão muito comezinha. Poder-se-á dizer, à partida e sem medo de errar, que o horizonte temático do estudo, do estudo na sua globalidade e abrangência, sofre da doença infantil do exagero e da desproporção. Com efeito, se olharmos à letra o que se anuncia em título e lhe retirarmos a primeira aproximação, temos de convir que a desmesura assentou ali arraias, porquanto analisar e valorar o mundo de hoje só por si já seria tarefa que transbordaria, indubitavelmente, as fronteiras mesmo de um longo e denso ensaio, o que queremos que não seja o caso deste. Ora, se a isto ainda tivermos de juntar, com critério e ponderadamente, em análise recíproca de efeitos, os reflexos e as consequências daquilo que se viu anteriormente ser o “mundo actual” com os segmentos e as estruturas fundamentais do direito penal, tal qual ele hoje é e nos aparece, demonstrada parece ficar a fragilidade do propósito, sustentada no síndrome com que se iniciou esta reflexão introdutória. Porém, se tivermos a força e a tenacidade da contenção intelectual a que se deve aliar o desprezo pelas minudências dos atavios de pseudo-erudição que se exigem para um estudo deste

género e se, desse jeito, refutarmos, de igual modo, a doença infantil de tudo querer dizer para nada dizer, pensamos que o pórtico de leitura com que se inicia o trabalho pode ser um momento azado para se conseguir cruzar algumas reflexões pertinentes entre o nosso tempo e o tempo de um, também nosso e de hoje, direito penal.

3. Partindo da perspectiva que considerámos pertinente, apesar de tudo, no ponto anterior, dever-se-ão, pois, iniciar as nossas reflexões pela análise e valoração dos traços essenciais ou matriciais do mundo de hoje. Sejamos, por dever de ofício e até por circunstância, sintéticos e precisos e enunciemos sem mais delongas os segmentos do mundo hodierno — com as limitações, sublinhe-se a traço grosso, que assumimos ao considerar que o que se vai levar a cabo nada mais quer ser do que o que se considerou como primeira aproximação — que assumem a característica de essencialidade ou, talvez melhor, que assumem os traços da determinação, da necessidade historicamente situadas: a) a instantaneidade do tempo; b) a compressão do espaço e mesmo a sua miniaturização; c) a exaltação do sujeito; d) a erosão do Estado-nação; e) ditadura do eficientismo.

4. Postos em relevo os traços fundamentais daquilo que, em nosso juízo, constitui a nervura inultrapassável do real verdadeiro e do real construído que nos faz e que, outrossim, fazemos, é tempo, mais que tempo, de nos confrontarmos com a primeira das características enunciadas no parágrafo anterior: a *instantaneidade do tempo*.

A forma como percebemos o tempo influencia, é bom de ver, a atitude gnoseológica e valorativa como olhamos e vemos a realidade. E, neste sentido, determina a maneira como vemos, em manifesta atitude reflexa, a própria noção de tempo. Nada de especial, pois. Deixemos, para trás ou ponhamos de lado, neste momento, a clássica divisão do tempo em passado, presente e futuro e concentremo-nos em um outro horizonte, naquele em que se pretende ver o tempo em um todo. O tempo como unidade. O tempo uno, pois. Deste jeito, é por todos bem

conhecida a divisão do tempo em dois grandes vectores ou pedaços compreensivos: o tempo longo e o tempo breve. E, conforme estejamos em um horizonte de tempo longo ou em um horizonte de tempo breve, tudo tem um significado e uma coloração — sobretudo uma coloração axiológica — bem diversos ou distintos. Nesta linha argumentativa é completamente diferente, por exemplo, tentarmos valorar e perceber as penas criminais à luz de um horizonte onde prevalece o tempo longo ou naqueloutro onde é dominante o tempo breve. Enquanto ali, na placidez de um tempo longo, as penas criminais surgem determinadas pela cadência de uma finalidade que balança — no grande movimento pendular da história — entre a retribuição e a prevenção, aqui, no turbilhão do tempo breve, as finalidades das penas criminais são julgadas na fogueira dos meios de comunicação de massas ou, na melhor das hipóteses, no prurido de uma política criminal pensada e realizada tão-só à flor da pele.

Acontece, porém, que os tempos de hoje já nem sequer se compadecem com a vivência de um tempo breve. Antes exigem que mergulhemos e nos sujeitemos à tirania de um tempo instantâneo. De uma vida individual e colectiva que tem de ser escandida pelo metrónomo do instante. A notícia que é dada em tempo real, logo, no instante em que acontece, fagocita, devora, qualquer tentativa de mediação. Mediação, bom é de ver, que necessita de um tempo mínimo, mas de um qualquer tempo, nem que seja breve. Mas não é isso o que acontece. Quer-se o instante. Quer-se a rapidez fulminante do instante. E o facto concreto aparece em todo o mundo na sua nudez mais descarada e escancarada. E é esta realidade de instante que se mostra como verdadeira e que se exalta como expressão democrática. Nada de mais falso e que se vende como verdadeiro. O facto puro é uma ficção que ajuda a vender os conteúdos noticiosos, quer estes se mostrem em suporte de papel quer beneficiem já do elemento digital. Não há factos puros. Um qualquer facto captado por uma máquina fotográfica ou por uma máquina de filmar, mesmo que “apanhados” por um simples amator são já realidades construídas,

tão construídas como aquelas mediatizadas por um experimentado jornalista.

Esta aparência de verdade — a aparência da verdade que se julga estultamente existir no instante — é a mais perversa característica deste nosso tempo. O que acontece agora está, pode estar, instantaneamente em todo e qualquer lugar do mundo. Desde o mais recôndito lugar de Freixo-de-Espada-à-Cinta até à mais longínqua aldeia da Conchinchina. E este dado, isto é, esta realidade, cria a ilusão de que estamos mais bem informados e ao estarmos mais bem informados seremos, *ipso facto*, mais bem formados. Falácia lógica que urge destruir, isto é, desmontar. Em primeiro lugar, desde há muito se sabe que de uma realidade empírica não se pode inferir um juízo moral. Da realidade empírica que há mais informação não se pode inferir, nem de longe nem de perto, que se atinge uma melhor formação (moral) para quem quer que seja. Para além de que está por demonstrar se a massificação exponencial, levada a limites quase inconcebíveis, da informação é verdadeira e real informação ou se é uma outra qualquer coisa diferente. Se não é antes pura e simples cacofonia informacional ou, atrevendo-nos a criar um neologismo, se não é uma inqualificável e despidorada “cacoformação”.

Ora, este império do tempo instantâneo tem influências devastadoras na aplicação da justiça penal. Vejamo-lo em traços muito rápidos. Na verdade, peguemos em um exemplo vulgaríssimo, se depois de o Ministério Público levar a cabo uma acusação contra quem quer que seja e se essa acusação chega aos canais dos meios de comunicação de massa e se, para além disso, o acusado é alguém “apetecível”, normalmente um político, é certo e sabido que o seu julgamento, isto é, se é culpado ou não, é feito naquele momento, naquele instante. E porque, o princípio da presunção de inocência não vale para os políticos (muito por culpa sua, diga-se em abono da verdade), funcionando socialmente, aliás, para eles o princípio da presunção da culpa, é, então, certo e sabido que o acusado é considerado culpado e condenado no pelourinho da praça pública dos

meios de comunicação de massa. Sem apelo nem agravo. E de nada vale as constituições virem dizer que vigora o princípio da presunção de inocência. O tempo do instante é esmagador nas consequências (nefastas e tantas vezes devastadoras) que o tempo longo da justiça penal jamais poderá apagar. Porque, queiramo-lo ou não, o tempo do processo penal não é, não pode ser instantâneo, tem de ser o tempo que um processo justo admite. Ora, nesta luta entre o tempo instantâneo da condenação, de um inocente ou de um culpado, pouco importa nesta circunstância estabelecer esta diferença, e o tempo de um processo justo, sabemos bem que ganha sempre, nas sociedades modernas, hipercomplexas, democráticas, o tempo instantâneo. Até quando? Não o sabemos. No entanto, uma coisa sabemos: novos equilíbrios têm de ser encontrados.

5. Abordadas algumas questões (abordadas diga-se, em abono da verdade, mas de outra forma, neste contexto, também não podia ser de maneira muito perfunctória) da relação entre o tempo instantâneo e o direito penal, passemos, de imediato, ao estudo do ponto seguinte anteriormente enunciado: *a compressão do espaço e mesmo a sua miniaturização*.

É para todos hoje uma evidência que o espaço se comprimiu. Isto é: todos sabemos, com a mais límpida consciência, que a velocidade de comunicação física, das coisas e das pessoas, aumentou exponencialmente. Podemos, com facilidade, tomar o pequeno almoço em Lisboa, ter uma reunião de trabalho em Istambul e aí almoçar e, no mesmo dia, evidentemente, ir ainda ouvir *La Traviata* ao Teatro *Alla Scala* de Milão. Em uma só jornada um comum cidadão dos dias de hoje pode estar em contacto com três ou mais ordens jurídicas. De uma maneira, dir-se-ia, quase normal ou até banal. Vale dizer: sem ter de se considerar esse facto como uma situação especial ou até extraordinária. Como bem se compreende, quando se fala que o espaço se comprimiu, estamos a evidenciar uma variável: a velocidade com que se percorre esse mesmo espaço e não, obviamente, a querer o impossível que seria comprimir fisicamente o espaço real e verdadeiro. Ora, se a isto juntarmos as

variáveis de uma economia (e a economia é, em palavras pobres e na sua essência, uma troca de bens, materiais e imateriais, e de serviços) que se expande em termos globais, tocando, por conseguinte e no limite, todas as ordens jurídicas existentes à face da terra, bom é de ver que o espaço hoje se comprimiu definitivamente. Para além de que, é bom não o esquecer, se estivermos no domínio dos bens imateriais (por exemplo, no mundo do mercado dos bens mobiliários) a velocidade e a ausência de espaço são características tão fortes e tão marcantes que fazem deste tipo de mercado aquele que tendencialmente mais se aproxima a uma natureza mundial. O que tudo tem como consequência imediata, e para aquilo que nos importa nesta circunstância, que os comportamentos criminais contra as pessoas e contra os bens materiais (os chamados crimes contra o ser e contra o ter) aumentem e mais do que isso se mostrem mais complexos e inter cruzados e sem as tradicionais fronteiras dos Estados. Quanto mais não seja porque hoje a situação quase normal, sobretudo quando lidamos com crimes de natureza económica de natureza corruptiva, de tráfico de droga, de armas ou de pessoas, é a de poderem ser chamadas a dirimir o conflito jurídico-penal mais do que uma ordem jurídica. Em termos muito simples e utilizando os conceitos do século XVIII que ainda hoje todos os códigos penais continuam a adoptar, poder-se-á afirmar que estamos perante um problema de aplicação da lei penal no espaço. Todavia, como se acabou de afirmar, perante esta realidade fluida, complexa, cruzada, ainda se continuam a empregar conceitos, categorias e princípios com mais de duzentos anos. Por isso, se pode dizer que o grande desafio deste século para o direito penal será o da reconstrução de toda a dogmática da aplicação da lei penal no espaço. Indubitavelmente.

Porém, este nosso tempo carrega ainda outras características no que toca ao espaço. Na verdade, o tamanho das coisas com que lidamos no nosso dia a dia tornou-se cada vez mais pequeno. Quem se lembra já dos enormes telefones fixos pretos que existiam nas nossas casas? Quem se lembra já das gigantescas televisões dos primeiros tempos?

Quem se lembra já dos fogões a lenha que muitos de nós ainda viram? Sim. Quem se lembra? Tudo foi substituído por idênticos instrumentos, com igual função, mas infinitamente mais pequenos e mais fiáveis. Mas a miniaturização teve sobretudo um impacto, a todos os títulos verdadeiramente extraordinário, no mundo da medicina. A intervenção no corpo humano e sua regeneração faz-se hoje através de artefactos em termos que verdadeiramente já não devem merecer a qualificação de miniaturas mas antes a qualificação de nano-artefactos. Ora, esta realidade que na sua limpidez indica, ou pode indicar, uma linha contínua de luta contra a doença e de conseqüente maior esperança e qualidade de vida suscita também problemas de ordem penal. Imaginemos, e o que se está aqui a imaginar não é pura ficção científica mas antes realidades que estão bem perto de nós, através das chamadas neurociências, imaginemos, dizíamos, que se pode determinar, no cérebro humano, um padrão de agressividade. E para obstar a essa mesma agressividade consideremos a possibilidade de colocar um *chip* que teria como função baixar os níveis dessa mesma agressividade para patamares razoáveis. Uma só pergunta basta para mostrar a relação de tudo isto com o direito penal: que sentido teria, então, a imputabilidade penal? Como se vê a possibilidade de inoculação de instrumentos minúsculos (nano) no próprio cérebro humano abre a porta a um “*admirável mundo novo*”. E tudo o que “está” no mundo relaciona-se, de uma forma ou de outra, com o direito penal.

6. Ao chegarmos aqui é bom e útil passar-se ao estudo da terceira (esta enunciação sucessiva é perfeitamente arbitrária) nervura que caracteriza o nosso tempo: *a exaltação do sujeito*. Ninguém duvida, mesmo o mais desatento às coisas do mundo, que a contemporaneidade, independentemente da qualificação que lhe dermos, catapultou o sujeito para o centro de todas as questões atinentes ao nosso modo de ser individual e colectivo. De certa maneira, parece que o sujeito (o “eu”) estava comprimido e esta época o expandiu para territórios quase inimagináveis. Praticamente, poder-se-á afirmar que a bipolaridade

existente durante milénios entre o eu e o nós se desfez para exaltar ao paroxismo o elemento polar de um “eu” que tem como limite unicamente o seu próprio “eu”. Se houve épocas em que se tentou esmagar o “eu”, dando prevalência quase ilimitada ao nós (pense-se em Esparta ou nas formas mais violentas do comunismo ou do nacional-socialismo), estamos em um tempo que parece mostrar exactamente o contrário. O endeusamento de um “eu” que só olha para si e parece querer encontrar a legitimidade de todo o seu agir colectivo ou individual em si próprio. Se ali, quando se afirmava o império do “nós”, havia desmedida, desmesura, aqui, no momento em que se exalta o “eu” solipsista, há igual desmesura, igual desmedida. E o “eu” que está perante nós, bom é de ver, é aquele que reivindica, de jeito paroxístico, para si o reino dos direitos e quase esquece, porque lhe convém, o território dos deveres. Mais. Este último território, o dos deveres, é encarado como o lugar para onde vão os estúpidos, os menos esclarecidos, os tontos, em suma: para onde vão os excluídos, os anacoretas do espírito, que assumem intransigentemente os valores e as virtudes morais de uma sã vivência democrática entre todos.

Este caldo cultural tem ainda outras especificidades. O sujeito onnipotente só o é e só o quer ser na reivindicação e exaltação de direitos, porquanto sempre que se o chama ao discurso límpido da responsabilidade já aí tudo se transforma. Deixamos de ter o sujeito senhor de si para passar a ter um sujeito subserviente e dependente do agora endeusado Estado onnipotente. Sempre que se avança com o discurso da responsabilidade aí entra a fuga para a frente para se defender que a responsabilidade é, em última análise, do Estado (Estado que, neste tipo de narrativa desresponsabilizante, é, por sobre tudo, um conceito voraz, porquanto capaz de tudo abarcar no que diz respeito à responsabilidade individual e social). É claro que, mesmo neste nosso tempo, o “nós” não deixa de estar presente. Por certo. Todavia, o que se quer salientar são as grandes tendências e dentro destas é indubitável que o “eu” predomina, e de que maneira, quando analisamos as nervuras

desta tardo-modernidade. Ora, esta forma de perceber e valorar as coisas do mundo não deixaram de se reflectir no campo sensitivo do próprio direito penal, como é evidente. A afirmação da protecção de bens jurídicos centrados na pessoa humana, os chamados bens jurídicos individuais, constitui o pilar essencial da Parte Especial dos códigos penais modernos. Lado das coisas, permita-se-nos acrescentar, que deve ser, aliás, valorado de maneira marcadamente positiva.

Porém, um dos pontos ou segmentos mais marcantes deste domínio do “eu” no estrito campo do direito penal deve ver-se no chamado ilícito pessoal. Como todos sabemos, a doutrina do ilícito tem sofrido, como é natural, diferentes formulações ao longo dos tempos. De um ilícito exclusivamente marcado pelo desvalor objectivo, passou-se, em uma outra óptica das coisas, sobretudo por influência da teoria finalista da acção, para uma compreensão centrada, agora, no desvalor da intenção. No desvalor que só se quer encontrar no sujeito que pratica crimes. Esta mudança radical no sentido do ilícito penal trouxe consequências que, obviamente, não serão aqui tidas em conta. O que se quer sublinhar, neste momento, são as nervuras da subjectividade que se infiltraram em uma das dimensões mais objectivas do direito penal: o ilícito. Esta radical subjectivização do ilícito, que não é a nossa, acrescente-se a talhe de foice, constitui, em certo sentido, uma dramática expressão do sentido dos ventos da dogmática contemporânea. Uma derradeira reflexão a propósito do que por último valoramos. É indubitável que a construção do ilícito tem que abarcar elementos de subjectividade. Por certo. E é isso mesmo que defendemos. Coisa diferente é querer esmagar a indefectível, e para nós matricial, dimensão objectiva que o desvalor de resultado tem de assumir na construção de um qualquer ilícito penal. Afeiçoar o lado objectivo do ilícito às necessidades dogmáticas subjectivas, indesmentíveis, é atitude de racionalidade e, para além de tudo, manifestação de um saber compósito, da razão prática, que não fuge aos ventos da história. Perceber tudo isto nesta estrita dimensão é coisa diferente, muito diferente, daquela que se exprime na velha imagem

de se querer cavalgar a onda dos tempos. A onda do *Zeigeist*. O direito é uma disciplina da razão. O direito penal é uma disciplina da razão prática a que se junta a característica de se manifestar ou ser também uma ética aplicada. O que de imediato nos atira para percebermos que o seu tempo tem de estar na construção da sua dogmática. Quer isto significar na singeleza das coisas que a dogmática, muito embora seja uma construção racional de rigor, não é uma construção que possa ser tida fora do caldo cultural e ético-social em que se insere. Por isso a dogmática jurídico-penal não é um *constructum* da razão teórica mas definitivamente e de maneira inapelável um precipitado da razão prática que, de igual modo, a ajuda a realizar-se.

7. Seguindo a ordem e a enunciação dos diferentes pontos que nos propusemos tratar, é tempo de analisar e estudar, agora, o problema da *erosão do Estado-nação*. Na verdade, a noção de Estado-nação foi uma criação particularmente frutuosa na estabilização e pacificação da vida colectiva entre os povos e as pátrias europeias. Mas os ventos da história contemporânea vão no sentido de o erodir. Erosão, aliás, que se faz justamente em dois planos: na dimensão interna e de igual jeito no campo externo. Se olharmos para a dimensão interna vemos os “velhos” Estados-nação a serem fagocitados pelos fortes ou fortíssimos movimentos autonómicos que despedaçam as suas matrizes mais identitárias. Mais. E o mote que se ouve por todo o lado, e que de certa maneira é o *Zeitgeist*, é o que encaixa, com maior ou menor variação, no invólucro da frase: “menos Estado”, sobretudo menos Estado no sector económico. A tudo isto acresce que a compreensão mais visível dos chamados poderes tradicionais do Estado se fragmenta e, não por acaso, vemos surgir com força inusitada a onda, por exemplo, dos chamados tribunais arbitrais com o conseqüente declínio da jurisdição tradicional. Por outro lado, a chamada administração pública afirma-se, cada vez mais, como administração público-privada a que acresce que os modelos de organização da própria administração pública foram contaminados pelos modelos da administração privada, passando estes a ser manifestamente

prevalentes. A ideia que fica é que a espinha dorsal da organização pública da administração do Estado-nação ruiu. Em termos simplistas poder-se-á afirmar que ao modelo de organização vertical — a organização administrativa tradicional do Estado-nação — se substituiu o modelo de organização horizontal, típico da administração privada. Porém, como também já se disse, as forças desagregadoras externas não deixam de se fazer sentir quando olhamos o Estado-nação europeu. Começemos pelo chamado projecto europeu. Na verdade, a União Europeia, olhada exclusivamente a partir da óptica do Estado-nação, que coisa é senão uma brecha profunda, profundíssima, na própria ideia de Estado-nação. E tudo isto independentemente de sabermos para que modelo político se dirige a chamada União Europeia. E se dirigirmos o nosso olhar, agora, para o mandado de detenção europeu que outra coisa se pode pensar senão que estamos em uma outra erosão ao Estado-Nação. No entanto, o que de forma mais expressiva elucida, em nosso modo de ver, a erosão externa do Estado-nação é o Tribunal Penal Internacional. A entrega da soberania penal a este tribunal, se bem que em determinadas e precisas circunstâncias, mostra como o Estado-nação neste nosso tempo abdica de uma das suas mais tradicionais prerrogativas: o de ser detentor do *ius puniendi*. Facto que não pode ser visto como coisa leve ou de somenos. Na verdade, se os Estados membros da União Europeia já não podem “cunhar moeda” ou “fazer a guerra”, podiam, pelo menos até há pouco tempo, aplicar soberanamente o direito e, de forma muito particular, aplicar o direito penal. Porém, admitindo a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o Estado-nação vê estropiada, mas totalmente sonogada, a última das prerrogativas que em triângulo equilátero constituía a marca de água dos pilares fundadores do Estado-nação.

8. Se até ao momento temos dedicado a nossa atenção, preferencialmente, às questões ligadas aos sujeitos e às instituições deste nosso tempo, é altura de também percebermos seu o modo de pensar e de agir. Por outras palavras ainda e de maneira directa e incisiva há que perguntar: como pensamos e agimos quer individualmente mas

sobretudo colectivamente? E a resposta a esta pergunta tem um traço: exige-se eficiência. O eficientismo como um modo de pensar e de agir que parece querer inundar a nossa vida. Olhemos, pois, com olhos de ver, para esta questão.

Todos sabemos que as épocas históricas são dominadas por uma determinada corrente do pensamento. Se no século XIX — e só recuamos até aqui — podemos ver o positivismo como modo de pensar dominante já o século XX tem como traço que dificilmente se pode apagar o chamado cientismo — que é coisa bem diversa da cientificidade —, porquanto o cientismo é a ideologização da própria cientificidade. Desde há dois séculos que se vive, pois, sob o império de uma racionalidade que quer encontrar o seu fundamento na mais estrita dimensão calculadora (*ratio calculatrix*), o que faz com que não nos devamos espantar se hoje tudo parece desaguar no grande estuário da eficiência. Esgotado o pensamento positivista, levado em seguida ao limite em uma certa forma de perceber a ciência, havia que encontrar, para se continuar nesta linha, um ponto que estivesse mais além naquela precisa senda discursiva. Já não queremos só prever para prover nem queremos só conhecer cientificamente para prover, queremos tudo isso mas queremos-lo que seja atingido de uma maneira eficiente. Queremos prever e actuar cientificamente de um jeito inescapavelmente eficiente. Não basta pensar e agir de uma maneira sujeita ao método positivista, não basta pensar e agir de uma maneira cientificamente consistente, é absolutamente necessário que tudo isso se faça ou consiga de um modo eficiente. Porém, o que é que isto significa? Em primeiro lugar, quer dizer que, para além de fazermos ciência ou de agirmos segundo os cânones positivistas é ainda estritamente necessário que tudo se leve a cabo no mais curto tempo possível e com o menor custo possível. A lei de economia de meios no seu esplendor e na sua magnificência, enquanto quadro ou tabela para prossecução de resultados e já não, como deveria ser, como horizonte de orientação no qual se deve perceber o conhecimento e o agir. É bom aqui frisar — como se acabou de ver —

que o que está em causa quando suscitamos a questão do eficientismo não é uma eventual racionalidade que se prende à optimização dos meios — que é sempre de saudar — mas antes e definitivamente a uma questão de *pecunia*. Optimizam-se os meios não para prosseguir uma finalidade espiritual mas e sempre para ter como fito a diminuição dos custos. Como se vida individual e muito particularmente a vida colectiva só pudessem ser vistas, analisadas e valoradas pelo diapasão ou pelo metrónimo que faz contar os cêntimos. É pois, neste horizonte que se vê e quer aperfeiçoar o direito penal. Querer suspender os prazos de prescrição não se propugna para alcançar uma melhor justiça, faz-se porque assim se consegue uma justiça menos justa mas mais barata. Querer diminuir algumas garantias ao arguido — na eventualidade de haver excesso, o que até se pode admitir — não se faz no sentido de uma justiça mais justa mas porque desse jeito se alcança uma sentença mais rápida e mais barata. Querer julgar em processo sumário todos os crimes enquadrados juridicamente na figura do chamado flagrante delito não é sequer uma ideia de justiça. É antes uma decorrência para a satisfação de anseios populistas a que se liga, inexoravelmente, a ideia paupérrima de que quanto mais cedo melhor (quanto mais cedo se proferir a sentença melhor é), porquanto tempo é dinheiro. Por conseguinte, tudo tem de ser levado a cabo de maneira rápida, para que, desse jeito, esteja preenchido um dos pressupostos — talvez condição necessária mas jamais suficiente — para se ser eficiente.

9. É tempo de terminar este escrito — todos compreenderão que o que se deixa, ora, em letra de forma não corresponde, por certo, linha por linha ou palavra por palavra, à força que a oralidade emprestou ao que se quis transmitir e ao que se disse na conferência viva —, não sem antes ousar ainda, à laia de fecho, discretear sobre mais duas ou três ideias. A primeira prende-se com o eventual juízo de ligeireza que se possa fazer àquilo que se acabou de escrever. Na verdade, tudo o que se reflectiu não vem nem se apresenta coberto pela capa de arminho do aparato bibliográfico. E isso foi propositado. Consideramos que este tipo

de trabalho teórico, mais perto do ensaio do que do artigo dogmático, para se mostrar em plenitude, deve prescindir de qualquer ad mane de fim de página. Deste modo, fica mais escorreito e conseqüentemente apto a uma leitura em camadas, o que muito beneficia uma também apreensão em camadas do seu verdadeiro e real sentido material.

Para além disso, a instantaneidade do tempo, a compressão do espaço e mesmo a sua miniaturização, a exaltação do sujeito, a erosão do Estado-nação e a ditadura do eficientismo julgamos que são *topoi* mais do que evidentes da teia hiper-complexa com que esta tardo-modernidade está a construir o nosso futuro individual e colectivo e, por isso, mas não só por isso, a serem territórios privilegiados de crítica e de horizonte crítico.

Depois, quando talhamos o que já é um pedaço, corremos sempre o risco, forte e por vezes insusceptível de ser compreendido em toda a sua dimensão, de nos apresentarmos com a vestimenta de burel dos intelectualmente simplórios, facto que em nada nos preocupa, bem ao contrário, não fora a possibilidade da ausência daquela armadura de erudição de rodapé poder ser considerada ou espelhar ligeireza ou menor densidade do juízo crítico ou de pensada e repensada reflexão cruzada com que as coisas foram levadas a cabo. Porém, acreditamos, temos razões para acreditar, subline-se que o que se acabou, agora, de escrever para constituir testemunho de um excelente Congresso, ultrapassará todas ou algumas das barreiras das dúvidas mas esperamos, outrossim, com igual intensidade e convicção, que se não afastem as críticas, com o sentido abrangente e não redutor com que atrás as assumimos, que devem cair, se esse for o caso, impiedosas sobre o que se acaba de escrever.

I delitti di corruzione in Italia

Silvia Larizza

Università degli Studi di Pavia, Itália¹

Resumo: O autor expõe as orientações seguidas pelo legislador italiano para lidar com e eliminar os fatos relacionados com o fenômeno da corrupção, particularmente popular na Itália. Se do ponto de vista regulatório, há - e numerosas - acusações por fatos de corrupção, estas regras, no entanto, não são aplicadas, devido a uma série de fatores, incluindo a dificuldade particularmente relevante para o legislador em elaborar mecanismos para quebrar o pacto de suborno. Mas, além da repressão, é importante, neste momento, seguir uma política de prevenção, com base na transparência das atividades da administração pública e de uma educação mais ampla sobre a legalidade.

Palavras-Chave: Direito penal; corrupção; prevenção.

Abstract: The author exposes the lines followed by the Italian legislator to deal with and suppress the facts related to corruption phenomena, particularly popular in Italy. If from a regulatory point of view there are - and numerous - indictments of corruptive facts, however, these rules are particularly not applied, due to a number of factors including the difficulty particularly relevant for the legislator to devise mechanisms to break the bribery pact. But, beyond the repression, at this time it is important to follow a policy of prevention, based on the transparency of activities of public administration and of a more widespread education about legality.

Keywords: Criminal Law; corruption; prevention.

1. Non è semplice parlare della corruzione come fenomeno

¹ Professora Ordinária de Criminologia do Departamento de Jurisprudência da *Università degli Studi di Pavia, Itália*.

concreto, fortemente diffuso in Italia ². Bisognerebbe seguire diverse direzioni di indagine concernenti versanti come quello storico, economico, amministrativo, politico-criminale, per menzionare quelli più rilevanti. Mi limiterò, quindi, a poche considerazioni relative solo ad alcuni aspetti.

La corruzione è la negazione della legalità e, in aggiunta, tanto più il fenomeno corruttivo si diffonde, tanto più nello Stato che ne è investito si indeboliscono i tratti dello Stato democratico. Per questa ragione si spiega la preoccupazione che a livello internazionale questo fenomeno suscita e il rilevante numero di Convenzioni emanate che dettano linee-guida per arginare fatti corruttivi ³.

Si distinguono tre tipi di corruzione: in progressione troviamo la *corruzione decentrata*, molto diffusa, che riguarda gli accordi corruttivi che si verificano a livello locale, ad esempio l'accordo tra funzionario pubblico e imprenditore privato per vincere una gara di appalto. La *corruzione accentrata*, meno capillare, che investe i livelli alti della politica: gli accordi corruttivi si stipulano tra imprenditori e funzionari del potere politico. Da ultima -ed è sicuramente la più temibile- la corruzione cosiddetta *State Capture* quando l'accordo corruttivo coinvolge figure di primissimo piano dell'apparato istituzionale e politico di un Paese. La nozione di *State Capture* comprende tutti gli atti di uno o più agenti finalizzati a condizionare il processo di formazione di regole o leggi⁴.

2. Ma, dobbiamo chiederci: cos'è la corruzione? Come possiamo

² In merito cfr. R. CANTONE – G. DI FEO, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il paese*, Milano, 2015.

³ Tra i numerosi atti cfr. Consiglio di Europa, *Convenzione penale contro la corruzione*, Strasburgo 27 gennaio 1999; Nazioni Unite, *Convenzione di Merida contro la corruzione* del 31 ottobre del 2003.

⁴ Su tale nozione, ampiamente, J. HELLMAN, *Strategies to Combat State Capture and Administrative Corruption in Transition Economies*. Background Paper Prepared for the Conference: "Economic Reform and Good Governance: Fighting Corruption in Transition Economies", 2011, reperibile sul sito: <http://siteresources.worldbank.org>.

definirla?

Potremmo in termini semplici esprimere cosa è la corruzione: un agire diretto a influenzare i processi decisionali consentendo che ci si allontanano dal criterio che dovrebbe guidarli in cambio di una ricompensa o della promessa di essa. La corruzione si risolve, cioè, in un conflitto di interessi fra il perseguimento degli obiettivi istituzionali secondo criteri teorici e il perseguimento di altri obiettivi che si allontanano da tali criteri. L'elemento dello scambio, non necessariamente monetario, ma comprensivo di qualsiasi forma di ricompensa, caratterizza questo fenomeno.

Quanto alla definizione, l'organizzazione non governativa *Transparency International* ha definito la corruzione come “quell'insieme di comportamenti di pubblici ufficiali, o di impiegati pubblici finalizzati all'arricchimento personale o di persone vicine, e che si realizzano attraverso l'abuso dei poteri preposti al loro ufficio; tale abuso comporta necessariamente una violazione dell'insieme dei doveri d'ufficio”.

Secondo la definizione fornita dall'Ocse - Organizzazione di Cooperazione e Sviluppo Economico - la corruzione consiste nella “offerta o nella prestazione diretta o indiretta di ogni vantaggio non dovuto, pecuniario o di altro genere, ad un pubblico ufficiale, in violazione dei doveri d'ufficio del funzionario, allo scopo di ottenere o continuare a mantenere un affare”.

La corruzione si definisce come *ambientale* o *endemica* quando non risulta un atto isolato, ma comune e quasi consuetudinario. Il cosiddetto mondo di Tangentopoli, il più grande evento corruttivo italiano scoperto all'inizio degli anni novanta del secolo passato, più precisamente ventitré anni fa, è stato più volte descritto come un sistema endemico, radicato, dove tutti i politici intascavano danaro e tutti i privati pagavano per ottenere favori dai primi. I partecipanti a questo connubio deviato, col tempo, si abituanano alla corruzione al punto da considerarla come una

prassi, una consuetudine, una procedura fisiologica.

In Italia il fenomeno corruttivo ha assunto proporzioni così rilevanti ed endemiche da essere ritenuto, da parte di alcuno, sistemico. Trattandosi di “scambio occulto” non si può quantificare in termini oggettivi la diffusione del fenomeno; si può, tuttavia, misurare la percezione del fenomeno che si ha nei diversi Stati. A ciò ha provveduto l'organizzazione non governativa già richiamata, non a caso denominata *Transparency International*. Se si leggono i dati contenuti nel rapporto annuale di questa organizzazione, che cerca di misurare il grado di corruzione percepito⁵, si può constatare che l'Italia su un insieme di 174 Paesi esaminati si colloca, insieme a Brasile, Grecia, Bulgaria in relazione all'anno 2014, al 69° posto nella lista dei Paesi presi in considerazione: ciò significa che la percezione che si ha della diffusione della corruzione è estremamente elevata.

In aggiunta, la diffusione di fenomeni corruttivi produce conseguenze gravi. La corruzione presenta, difatti, costi elevati in quanto non solo, semplificando al massimo, il pagamento di tangenti ricade sulla collettività incrementando, ad esempio, i prezzi di costruzione di infrastrutture: l'alta velocità nelle ferrovie in Italia è costata 6 volte di più di quanto è costata in Francia e i costi -è evidente- ricadono sulla collettività. Ma, inoltre, la corruzione distorce le regole del mercato, *in primis* la libera concorrenza perché sono le imprese che corrompono che si aggiudicano i lavori, ma, anche -ed elemento non trascurabile- allontana dal mercato italiano investimenti stranieri.

3. E' opportuno ripercorrere, seppure in maniera estremamente sintetica, lo sviluppo che ha avuto il fenomeno corruttivo in Italia e quale evoluzione ha subito nell'ultimo secolo.

Si inizia ai primi del 1900 con lo scandalo della Banca romana; dopodiché gli anni settanta del secolo passato sono caratterizzati

⁵ Reperibile sul sito www.transparency.org.

dallo scandalo del petrolio sino ad arrivare nel 1992 all'esplosione di “mani pulite”. Sembra che, dopo la rigenerazione ottenuta mediante queste inchieste, tutto ritorni nella norma, ovverosia nella legalità; ma non è assolutamente così: questi nostri ultimi anni sono caratterizzati dall'emersione di fenomeni corruttivi talmente gravi e diffusi che fanno, addirittura, dubitare dell'efficacia dell'azione repressiva svolta negli anni novanta del secolo passato; difatti, dopo il 1992, la corruzione non solo esiste ancora, ma è aumentata.

La corruzione va, dunque, combattuta, va prevenuta, va repressa perché, innanzitutto, costa tantissimo: si parla di 70 miliardi di costi secondo la Corte dei Conti italiana, la magistratura contabile, e, in secondo luogo, se effettuata da contesti imprenditoriali altera completamente le regole della concorrenza.

Combattere il malaffare dilagante non è operazione semplice, rompere il *pactum sceleris* stretto tra corruttore e corrotto è operazione difficile in quanto entrambi i soggetti in questione non hanno alcun interesse a denunciare il patto corruttivo. Quando entra in azione il diritto penale –ed entra solo in maniera fortuita e assai sporadicamente– i danni sono già stati fatti e l'unica nota positiva legata all'utilizzazione del diritto penale è che soltanto con una repressione penale capillare si potrebbe generare un effetto dissuasivo. Cosa che non si verifica.

Ultimamente sono stati pubblicati i dati statistici relativi al numero di condannati per corruzione e al numero di condanne alla pena detentiva. Numeri davvero ridicoli, che fanno arrossire: ad aprile del 2015, secondo i dati forniti dall'Amministrazione penitenziaria, sarebbero meno di 300 i condannati –definitivi e non- per corruzione. Un numero così ridotto di condannati è conseguenza di quello che Sutherland definisce il privilegio degli affari che copre tutta questa area: se i crimini rimangono nascosti, se non emergono stenta a coagularsi la reazione, ovverosia la stigmatizzazione sociale.

4. Inquadrate in termini volutamente sintetici alcune caratteristiche del fenomeno corruttivo, è bene soffermarsi sulle risposte che il nostro legislatore, incalzato dagli eventi, ha dato al fenomeno corruttivo.

Dal punto di vista della regolamentazione giuridica possiamo dire che, in via generale, la disciplina si presenta ricca, rispetto ad esperienze di altri Paesi. In Italia si reprime tutto: la corruzione propria, quella impropria, la corruzione antecedente, quella susseguente, la corruzione in atti giudiziari, l'istigazione alla corruzione, la concussione, la corruzione per l'esercizio della funzione, l'induzione indebita, come il traffico di influenze, queste ultime tre nuove fattispecie introdotte dalla riforma del 2012. A livello di previsioni legislative non sembra che, dal punto di vista sostanziale, si possano scorgere *deficit* di repressione, che lascino scoperte zone nevralgiche. Ma la completezza, in astratto, della disciplina non è sufficiente se le norme non sono calate in un contesto più generale: sostanziale e processuale. Dal punto di vista sostanziale ha contribuito molto a rendere la repressione dei fatti corruttivi quasi mero *flatus vocis* la disciplina della prescrizione, modificata nel 2005, che, in via generale, ha accorciato i termini di prescrizione. Come si sa gli accertamenti dei reati riconducibili al *genus* corruzione sono difficili e richiedono tempi lunghi per cui si è verificato che, diverse volte, le energie spese per gli accertamenti venivano vanificate dal decorso del tempo. Dal punto di vista processuale non sono presenti quei mezzi previsti, ad esempio, per i fatti di criminalità organizzata e, più in particolare, per la criminalità mafiosa. Le intercettazioni sono contemplate, ma depotenziate; non è prevista, inoltre, la possibilità di servirsi di agenti provocatori.

Evidenziati in maniera assai sintetica e generale i punti deboli della repressione dovuti al fatto che è mancata anche una visione di insieme -nel senso che la corruzione non può essere disciplinata se non calandola nel contesto più ampio delle norme che regolano istituti generali come la prescrizione e raccordandola alle norme processuali- bisogna anche sottolineare le difficoltà che il legislatore incontra nel varare una

normativa anticorruzione.

Come si sa, la norma penale, per sua natura statica, deve essere formulata in maniera tale da disciplinare le diverse forme che, concretamente, la corruzione assume nella realtà. Ma, vista come fenomeno sociale, la corruzione è qualcosa di proteiforme, che assume nuovi aspetti, che evolve incessantemente e ciò spiega la difficoltà della repressione penale di stare dietro a questo fenomeno: si è sempre un passo indietro e, quindi, si può comprendere la necessità di nuovi aggiustamenti, di nuove riforme una volta che si percepiscano mutamenti nelle forme del suo manifestarsi.

Ciò spiega come, dopo la riforma del 1990, che ha riformulato tutto il titolo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione –riforma questa di venticinque anni fa che si attagliava a una realtà completamente diversa: la preoccupazione principale del legislatore di quel tempo era, difatti, quella di evitare che l'attività amministrativa fosse sottoposta a controlli troppo incisivi del giudice penale- il modo di affrontare il fenomeno muti completamente vuoi per il manifestarsi nella sua gravità di fenomeni corruttivi a tutto campo, vuoi –e per fortuna- per il “cambio di rotta” che convenzioni internazionali, come quella di Merida ovvero a livello europeo: la convenzione Ocse impongono nell'affrontare questo fenomeno.

Ecco, allora, che nel 2012 si ha una prima riforma e nel maggio di quest'anno con la legge del 27 maggio n. 69 si attua, per così dire, la riforma della riforma dei delitti *lato sensu* di corruzione.

Cerco, quindi, di enucleare le linee portanti della riforma del 2012 e di quella recentissima del 2015.

5. La riforma del 2012⁶, sollecitata anche da pressioni internazionali, e, più in particolare, dalla Convenzione Ocse anticorruzione, ha cercato

⁶ In merito cfr. AA.VV., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pellissero, Torino, 2013.

di rispondere con una normativa più efficace a fenomeni che la realtà concreta faceva emergere, vale a dire alla metamorfosi qualitativa e quantitativa occorsa in Italia al fenomeno corruttivo latamente inteso. La legge è quella del 6 novembre 2012 n. 190, recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”, con la quale sono state apportate consistenti modifiche alla disciplina dei reati dei pubblici agenti contro la pubblica amministrazione. Vediamo, sinteticamente, le principali linee di intervento.

La prima norma ad essere stata “toccata” è l’art. 317 c.p., che disciplina la concussione. La modifica recata riguarda i soggetti attivi che possono essere esclusivamente i pubblici ufficiali. Inoltre, è stato espunto dal raggio di copertura della norma la concussione per induzione; si punisce, così, per concussione esclusivamente il fatto del pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o promettere indebitamente danaro o altra utilità, prevedendo una pena molto elevata: da 6 a 12 anni.

La fattispecie induttiva, originariamente prevista dalla norma, è confluita in una nuova disposizione: l’*induzione indebita*, contemplata dall’art. 319 *quater* subito dopo i fatti di corruzione. Il legislatore del 2012 ha dunque “sdoppiato” la concussione, riservando questo *nomen juris* soltanto a quella attuata con costrizione. Ci si può interrogare sulle ragioni di questa scelta, sollecitata, soprattutto, dall’Ocse. Innanzitutto, l’Italia si distingueva, rispetto alle esperienze legislative straniere, per la presenza di questo delitto dove il privato concusso non viene punito in quanto, soggiacendo alla prevaricazione, al *metus publicae potestatis* del pubblico ufficiale, veniva considerato vittima. Nella originaria concussione induttiva il privato, molte volte, aveva un suo tornaconto personale nell’offrire danaro o altra utilità e, quindi, non poteva considerarsi, propriamente, vittima del delitto. Nella nuova induzione indebita nella quale soggetti attivi possono essere anche gli incaricati di

pubblico servizio, il privato indotto viene punito, seppur in maniera non grave, e la pena per gli agenti pubblici è meno grave rispetto a quella prevista nella originaria concussione per induzione *ex art.* 317 c.p.

La *ratio* dell'introduzione del nuovo art. 319-*quater* c.p. risiede proprio nell'esigenza, più volte manifestata in sede internazionale, di evitare il più possibile gli spazi di impunità del privato che effettui dazioni o promesse indebite di denaro o altra utilità ai pubblici funzionari, adeguandosi a prassi di corruzione diffusa in determinati contesti.

Ulteriore e interessante modifica riguarda l'introduzione di una nuova fattispecie: la *corruzione per l'esercizio della funzione* che fotografa⁷, volendone essere la risposta repressiva appropriata, un nuovo e deprecabile fenomeno sociale. Apriamo una parentesi: nella corruzione si punisce il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio, per il pagamento di un atto contrario o conforme ai doveri di ufficio. Quindi il raggio di azione delle norme sulla corruzione è legato all'emanazione passata o futura di un determinato atto. L'applicabilità della nuova fattispecie è, invece, per così dire 'sganciata' dall'emanazione di uno specifico atto. Si paga il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio "a futura memoria"; è come se gli agenti pubblici fossero iscritti a libro paga da parte di privati che ne condizionano, quindi, pesantemente, l'esercizio presente e futuro. Si tratta di un fenomeno grave cui la norma vuole dare una risposta; si vuole colpire l'asservimento della funzione pubblica a fini privati, a fini completamente estranei a quelli che la pubblica amministrazione dovrebbe perseguire. Le inchieste giudiziarie hanno messo in luce una realtà concreta, allarmante: e cioè che, a volte, la prestazione fornita dal corrotto non si concretizza nell'adozione di uno specifico atto amministrativo, ma ha ad oggetto la generica funzione o qualità del pubblico agente che si impegna ad avere un occhio di riguardo nei confronti del privato nei suoi futuri rapporti con l'amministrazione.

Ulteriore innovazione è rappresentata dall'introduzione di una

⁷ Cfr. art. 318 c.p.

nuova fattispecie: il *traffico di influenze illecite*⁸. Anche questa nuova fattispecie fotografa e vuole essere la risposta all'emersione di un nuovo fenomeno sociale: intermediari che, vantando contatti privilegiati, si intromettono svolgendo opera di intermediazione e di filtro. In relazione a tale tipologia di condotte il legislatore ha introdotto questa nuova figura di reato, non conosciuta in precedenza nella tradizione normativa italiana, ma oggetto di precisi obblighi di incriminazione di matrice internazionale. In questo caso sono incriminate condotte prodromiche rispetto ad accordi corruttivi che potranno coinvolgere il pubblico funzionario sulle cui determinazioni si vorrebbe illecitamente influire; condotte, in particolare, che richiedono l'intervento di terzi soggetti che agiscano, in sostanza, quali mediatori di un futuro accordo corruttivo.

Si vuole quindi anticipare la tutela rispetto a quella realizzata mediante i reati di corruzione, punendo condotte pericolose per i beni giuridici offesi dalla conclusione ed esecuzione di accordi corruttivi. La fattispecie del traffico d'influenze risponde anch'essa ad un'esigenza reale nonché alle raccomandazioni che provengono dalle istituzioni europee.

A questo quadro di innovazioni si accompagna un inasprimento dei livelli sanzionatori al fine di limitare i danni prodotti dalla prescrizione e la previsione all'art. 322-ter, introdotto dalla l. n. 300 del 2000 e, successivamente, modificato dalla legge del 2012, della *confisca obbligatoria* dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti in relazione ai delitti di peculato, corruzione, concussione e induzione indebita. E' previsto, peraltro, che, quando non ne sia possibile l'ablazione diretta del profitto o del prezzo, la confisca colpisca beni di cui il reo abbia la disponibilità per un valore corrispondente al prezzo o al profitto del reato. Siamo in presenza di una disciplina particolarmente severa che, in caso di confisca per equivalente, può interessare beni che si trovino nella mera

⁸ Cfr. art. 346-bis.

disponibilità di fatto del condannato. La confisca si rivela essere uno strumento particolarmente affittivo in quanto è obbligatoria in ogni caso di condanna anche se si sceglie il patteggiamento; concerne beni che non hanno alcun nesso con il reato commesso; può riguardare anche beni dei quali il colpevole non sia titolare, ma ne abbia la mera disponibilità. Questa misura è molto particolare presentando caratteristiche riconducibili, nel contempo, a una pena in quanto segue a una sentenza di condanna, e, in parte, a una misura a carattere preventivo in quanto la condanna per il reato sembra essere l'occasione per emanare un provvedimento avente funzioni spiccatamente preventive rispetto alla sottrazione di beni di provenienza illecita ⁹.

6. Sicuramente, la recentissima legge n. 65 del 2015 presenta alcune novità di rilievo che mettono in luce un parziale mutamento di impostazione nell'affrontare la repressione e ¹⁰, anche, la prevenzione della corruzione.

La prima linea, non innovativa, seguita dal legislatore del 2015 è quella del generale innalzamento delle cornici edittali per tutti i delitti *lato sensu* riferibili alla corruzione. L'inasprimento dei livelli sanzionatori può essere condivisibile se ad esso si accompagna un indice più elevato di certezza dell'applicazione della sanzione penale; ma, come ci insegna Beccaria, la certezza di un castigo, benché moderato, svolge un effetto dissuasivo maggiore del solo inasprimento sanzionatorio. Al riguardo i dati empirici parlano da soli: il numero dei condannati in Italia per delitti riconducibili alla corruzione è davvero esiguo, quasi ridicolo: stando alle rilevazioni del Dipartimento della amministrazione penitenziaria i condannati per corruzione erano poco meno di trecento innanzitutto perché, come già si è detto, è alquanto difficile che questo genere di reati emerga in quanto non è semplice rompere il patto corruttivo; e,

⁹ M. PELISSERO, "Nuove" misure di contrasto alla corruzione?, in *Dir.pen.proc.*, 2015, p. 8.

¹⁰ In generale, sulle modifiche recate da questa legge per contrastare la corruzione cfr. F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen.proc.*, 2015, p. 805.

in secondo luogo, in ragione del fatto che un'efficace repressione è ostacolata dai termini di prescrizione ¹¹. In relazione a questo istituto possiamo dire che l'innalzamento dei livelli edittali delle fattispecie assicura, quantomeno, termini di prescrizione più lunghi e, perciò, questa modifica può essere in grado di ridimensionare, almeno in parte, gli effetti estintivi della prescrizione.

L'innalzamento dei livelli edittali, le nuove tariffe della pena possono anche lanciare un messaggio positivo a livello di opinione pubblica: ovverosia che il legislatore considera gravi questi fatti. Tuttavia, se non segue, poi, l'applicazione delle disposizioni incriminatrici, se il rischio di venire condannato per corruzione è esiguo o, addirittura, non esiste, si indebolisce l'effetto generalpreventivo legato ai soli innalzamenti dei livelli edittali. Il legislatore ha così ritenuto opportuno elevare le soglie edittali cui corrisponde un conseguente innalzamento dei termini di prescrizione. Sono coinvolti da questo inasprimento sanzionatorio il peculato, la corruzione impropria, la corruzione propria, la corruzione in atti giudiziari, la corruzione per l'esercizio della funzione, l'induzione indebita. Ma, gli eventuali effetti positivi dovuti all'allungamento dei termini di prescrizione si avverteranno solo per i reati commessi dopo l'entrata in vigore di questa legge, non immediatamente, quindi, stante il principio di irretroattività della legge penale.

C'è da rilevare che sono investiti dall'inasprimento sanzionatorio anche i livelli minimi delle cornici edittali relative a queste fattispecie; questo significa che sarà più difficile fruire del patteggiamento ordinario, come pure della sospensione condizionale della pena. L'aumento del minimo dovrebbe avere effetti anche sul piano delle sanzioni amministrative della incandidabilità e della decadenza a ricoprire cariche elettive o incarichi di governo, sanzioni che, ai sensi del d.lgs 31 dicembre 2012, n. 235, si applicano in caso di condanna a pena detentiva

¹¹ F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, cit., p. 806, parla, riferendosi a questi reati, di crisi di effettività dei reati e delle pene.

(anche a seguito della scelta del patteggiamento) superiore ai due anni di reclusione.

Sempre la recente legge del 2015 ha reso più affittive le pene accessorie: viene aumentata la durata dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione¹² e della sospensione dall'esercizio di una professione o arte¹³ e si segnala, in quanto molto incisiva, la disciplina della pena accessoria dell'estinzione del rapporto di lavoro o impiego per condanne alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni¹⁴.

Da ultimo, significativa innovazione recata dalla legge n. 69 del 2015 è l'introduzione della "riparazione pecuniaria"¹⁵. Si prevede che con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli artt. 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322- bis del codice penale debba sempre essere ordinato il pagamento di una somma di danaro pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio appartiene.

Per rendere effettiva la riparazione pecuniaria si modifica la disciplina della sospensione condizionale della pena inserendovi un nuovo comma in forza del quale la possibilità di fruire di questo beneficio per i delitti previsti dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis del codice penale è subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta dell'agente

¹² Cfr. art. 32-ter c.p.

¹³ Cfr. art. 35 c.p.

¹⁴ Cfr. art. 32-quinquies c.p.

¹⁵ Cfr. C. BENUSSI, *Commento all'art. 322-quater c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da Emilio Dolcini e Gianluigi Gatta, Tomo II, IV ed., Milano, 2015, p. 461.

pubblico¹⁶. In sostanza, alla previsione della confisca del profitto del reato, anche da eseguirsi per equivalente con cui si annulla il vantaggio derivato al patrimonio del reo dalla commissione del reato, si aggiunge una vera e propria sanzione patrimoniale in forza della quale quello stesso profitto, in identica misura, costituisce l'oggetto di un provvedimento di condanna con finalità di riparazione nei confronti dell'amministrazione di appartenenza.

Il rinvigorimento della risposta sanzionatoria sul versante patrimoniale, tramite l'utilizzazione della riparazione pecuniaria, viene rafforzato dalla modifica all'art. 444 c.p.p. laddove si condiziona l'ammissibilità della richiesta di patteggiamento per i delitti previsti dagli art. 314, 317, 318 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis del codice penale alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato. Siamo così in presenza di una misura fortemente afflittiva che condiziona l'applicabilità della sospensione condizionale o la possibilità di accedere all'applicazione della pena su richiesta delle parti (patteggiamento) – istituti frequentemente utilizzati in questo contesto- alla riparazione.

7. Ma l'intervento del legislatore del 2015 si segnala anche per un parziale, seppure significativo, mutamento nella strategia politico-criminale seguita per affrontare e contenere il fenomeno corruttivo: si riscontra una timida apertura a una disciplina premiale che, come si sa, ha dato buoni frutti nella repressione del fenomeno del terrorismo e di quello mafioso. La legge 27 maggio n. 69 del 2015 ha introdotto una disposizione dai connotati "premiali". All'art. 323-bis si prevede che per i delitti di corruzione, induzione indebita, corruzione in atti giudiziari, colui che si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei delitti e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle

¹⁶ Su questo nuovo comma cfr. G.L. GATTA, *Commento all'art. 165 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da Emilio Dolcini e Gianluigi Gatta, Tomo I, IV ed., Milano, 2015, p. 2302.

somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi. Ci si può domandare se questa norma risulti efficace. Il legislatore attraverso una consistente diminuzione di pena vuole favorire la dissociazione. Al legislatore non interessa il recupero del reo; questi può essere indotto a collaborare in vista di un proprio tornaconto personale. Ma per potere fruire di questa attenuazione di pena il contributo che il soggetto deve fornire deve essere concreto e utile.

Questa attenuante opera retroattivamente potendo prefigurarsi collaborazioni anche in relazione ai procedimenti in corso al fine di poter beneficiare, *ex post*, del beneficio.

8. Esaminata, a larghi tratti, la normativa penale sulla corruzione, è da rilevare, peraltro, che il contenimento del fenomeno corruttivo passa attraverso il potenziamento della prevenzione piuttosto che della repressione, come emerge chiaramente dalla creazione, tramite la legge del 2012, dell'autorità nazionale anticorruzione. Se è vero questo, diventa fondamentale affiancare la repressione penale con misure preventive, che garantiscano la trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, mediante l'introduzione di codici etici di comportamento, vigilandone l'osservanza, e mediante l'adozione da parte dei partiti politici di statuti improntati a severi codici etici interni, troppo deboli, oggi, per fungere da antidoto alla diffusa illegalità, codici che garantiscano la "presentabilità" dei candidati. Si tratta di iniziare di nuovo, educando alla legalità. La perdita della legalità, che caratterizza l'attuale momento storico, può avere effetti gravi, mettendo in pericolo i principi fondamentali dello Stato democratico di diritto.

O processo penal como “direito constitucional aplicado”

Giulio Illuminati¹

Bruna Capparelli²

Università de Bologna, Itália

Resumo: A presente contribuição traça uma reflexão sobre os atuais lineamentos do processo penal italiano em face à constituição, conscientes de que nem sequer no processo penal é suficiente conhecer as letras das regras, porque, antes de mais nada, parece-nos imprescindível metabolizar os princípios subentendidos.

Palavras-chave: processo penal; direito constitucional aplicado; jurisdição penal; presunção de inocência.

Abstract: This contribution draws a reflection about the current guidelines of the Italian criminal proceedings in relation to the constitution, aware that not even in the criminal proceedings is enough knowing the letter of the rules, because, first of all, it seems indispensable metabolize the implied principles.

Keywords: criminal proceedings; constitutional law applied; criminal jurisdiction; presumption of innocence.

Sumario: 1. Premissa. 2. Indefectibilidade da jurisdição penal. 3. A presunção de inocência. 4. O juiz. 5. O órgão da acusação. 6. A defesa.

1. Premissa. O processo penal como “direito constitucional aplicado” é uma definição pertencente à doutrina alemã e provavelmente reconduzível à Eberard Schmidt, nos anos 50³. Por parte sua, Claus

¹ Professor *ordinario* de Direito processual penal na *Alma Mater Studiorum* de Bologna.

² Doutoranda em Direito processual penal na *Alma Mater Studiorum* de Bologna.

³ Em argumento, querendo, ver: ILLUMINATI. *Costituzione e processo penale*, em *Giurisprudenza italiana*, 2008, pag. 521 s, segundo o qual, confirmando esta ideia, o «pro-

Roxin aponta o processo penal como o termômetro de atuação das garantias constitucionais⁴. Invés, para Luigi Lucchini e Mario Pagano, o processo penal é o índice mais seguro para medir o grau de civilidade e de liberdade política de uma população⁵. E, portanto, esta designa o confinamento entre o Estado e o indivíduo. Isto é, trata-se do contendor de aplicação da pena como primária manifestação da soberania do Estado, que detém o monopólio da violência legítima. Poder terrível, que já por isto deve ser limitado. Entretanto, Francesco Carrara sustenta a teoria do processo penal como garantia do imputado, e neste sentido ele defende a ideia do processo penal como “*salvaguardia dei galantuomini*”, como justificação da mesma existência do processo⁶. Durante o período iluminista, permeava a ideia de derivação jus naturalista dos direitos fundamentais preexistentes ao ordenamento, e somente em seguida se passa às constituições escritas e ao reconhecimento normativo dos direitos invioláveis, que requerem normas de garantia. Mas os princípios constitucionais indicam opções sistemáticas: contraditório, oralidade, publicidade e coerção pessoal como *extrema ratio*. Refiro-me à constituição italiana, porém trata-se de princípios universalmente afirmados e reconhecidos, pelo menos no papel, em todas as constituições democráticas e nos tratados dos direitos. Esses são conceitos valorativos que devem ser interpretados e adequados à sensibilidade da sociedade em um determinado momento

cesso penal é como o direito constitucional aplicado», porque «a sua função – aliás, a mesma justificação da sua existência [é] garantir os direitos individuais, que na Constituição encontram o seu principal reconhecimento» (tradução livre).

⁴ No mesmo sentido ver: GOLDSCHMIDT. *Der Prozess als Rechtslage*, Julius Springer, 1925, pag. 291, segundo o qual, «os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa senão os segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição» (tradução livre).

⁵ Formula que, em tempos mais recentes, foi retomada por CORDERO, a este propósito ver: *Procedura penale*, Giuffrè, 1966, p. 17, já presente portanto desde a sua primeira edição.

⁶ Assim CARRARA em *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Torino: FRATELLI BOCCA, 1874, pag. 47.

histórico, veja-se, por exemplo, os novos direitos: o conceito de defesa, de liberdade pessoal, de liberdade do *arresto*⁷, de liberdade da detenção, até a liberdade moral da pessoa. Sobre isto, naturalmente, a constituição não pode se pronunciar em maneira muito detalhada, até mesmo porque o conceito é oportunamente elástico e se refere ao ponto de vista histórico cultural de uma determinada coletividade. E certas limitações, tempos atrás, pareciam absolutamente compatíveis com o sistema constitucional e, hoje, pelo contrário, o sentir comum, a opinião popular, o progresso da cultura, a evolução da população fazem com que tudo aquilo que há cinquenta anos fosse aceitável, hoje não é mais. Quando falo dos novos direitos, refiro-me aos direitos da personalidade relativos à circulação das notícias, à colheita de informações, aos bancos de dados; estes são problemas que o constituinte da pós-segunda guerra mundial nunca tinha se colocado, mas que devem ser evidentemente afrontados e inseridos nas categorias que já conhecemos e que, como eu dizia no início, são oportunamente amplos. Pelo contrário, as formas e o respeito das formas devem ser vinculantes: diversamente do princípio reformador do período nazista, segundo o qual as formas do processo penal teriam que ser flexíveis, reduzindo ao mínimo indispensável os freios, as preclusões, os obstáculos à atividade do juiz que age com a finalidade de buscar a verdade e alcançar a justiça substancial. Invé, hoje assistimos a uma impositação individualista das constituições democráticas modernas, onde os direitos individuais contrapõem-se às finalidades do Estado e da população que transcendem o indivíduo.

⁷ O *arresto* no ordenamento italiano é uma medida restritiva da liberdade pessoal. Este se configura como uma assim chamada medida precauteladora e pode ser disposto exclusivamente pelos órgãos preestabelecidos e somente em caso de necessidade e urgência. A disciplina deste instituto é contida no código de processo penal italiano, e em particular, nos artigos 374 s. Para uma pontual reconstrução de sua disciplina e um estudo mutualístico amplo sobre os pressupostos para a sua aplicação; sujeitos legitimados; procedimentos e exceções, ver: CAPRIOLI. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. In: CONSO, GREVI, BARGIS. *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2014, pag. 512 s.

Enfim, a história do processo penal é a história da relação existente entre o indivíduo e a autoridade.

2. Indefectibilidade da jurisdição penal. Dito isto, eu gostaria de examinar alguns pontos de maneira mais específica, depois desta premissa de caráter geral. Em primeiro lugar, eu gostaria de iniciar por um conceito propriamente elementar e ao mesmo tempo não suficientemente sublinhado. Refiro-me à indefectibilidade da jurisdição penal. Isto é, para aplicar a lei penal é sempre necessário passar por um ato jurisdicional, ou seja, por uma decisão do juiz. Como eu digo sempre aos meus alunos, não existe atuação extrajudicial do direito penal, assim como, por outro lado, acontece no direito civil. No direito civil, o processo é uma patologia, normalmente o direito civil atua fora da intervenção jurisdicional. No processo penal, por outro lado, a passagem através da jurisdição é indefectível, porque tem que ser *ascertato* aquilo que oportunamente Cordero, em base na doutrina alemã, chama de “*ascertamento* por parte do juiz como dever de punir exclusivo da autoridade judiciária”. Ou seja, se quisermos considerar a estrutura da norma penal, podemos constatar que a norma penal não se dirige diretamente ao cidadão; a norma penal prevê uma sanção por um certo comportamento e, portanto, esta se dirige ao juiz. É o juiz que tem o dever de aplicar a norma quando se realiza a *fattispecie*. Isto nós podemos encontrar naquelas constituições que preveem que nenhuma restrição da liberdade pessoal seja aplicada sem um procedimento motivado pela autoridade judiciária. Em maneira direta ou indireta, isto é previsto em todas as constituições. Na constituição italiana, por exemplo, tem uma expressa previsão neste sentido, mas em outras constituições, como na constituição brasileira (veja art. 5 LIV), é previsto o direito ao *habeas corpus*, que, no final, é a mesma coisa. De qualquer forma, as convenções internacionais abordam o direito de quem é acusado a ser julgado por um tribunal independente, imparcial, constituído por lei, fazendo sempre referência à jurisdição. Mas porque à jurisdição? Não há necessidade de recordar o princípio da separação dos poderes, a jurisdição tem as

características básicas que eu acredito que são elementos conotativos, de modo que não se pode definir como jurisdição aquilo que não tem essas características e refiro-me, em particular, à imparcialidade do juiz: *nemo iudex in causa propria*, diziam os latinos. Imparcialidade do juiz que significa equidistância das partes. Não podemos prescindir da paridade das partes em contraditório, portanto, é necessário ouvir ambas as partes. Logo, as formas e as modalidades podem ser diferentes, mas não podemos sobretudo prescindir da independência do juiz. Isto é, se o juiz não é equidistante, não podemos sequer denominar esta ação como uma intervenção jurisdicional. Onde não são especificamente previstas as modalidades do processo, fala-se de devido processo legal, fórmula prevista até mesmo na constituição brasileira, mas que se trata de uma fórmula típica que encontramos na Constituição dos Estados Unidos da América. O devido processo legal ainda se refere à necessidade de proteger o acusado, por exemplo, do dever de se auto incriminar e, portanto, tutela o direito ao silêncio do imputado; a previsão da prova da culpabilidade, além de uma dúvida razoável e do direito de defesa do acusado. Enfim, podemos detalhar de uma forma mais minuciosa este devido processo legal. É certo que para nós, estudiosos italianos, é estranho. Os estudiosos italianos olham mais para a formulação específica das garantias, e não a estes conceitos extremamente amplos de devido processo legal, *due process of law*, *fair trial*, que é usado em muitas cartas internacionais, mas que, na Itália, foi reproduzida servilmente: um artigo da Constituição fala de um julgamento justo regulamentado pela lei. Mas julgamento justo regulado pela lei, a meu ver, de acordo com a nossa cultura, é uma tautologia. Isto é, diz-se a mesma coisa: o *giusto processo*⁸ é aquele regulado pela lei, que é uma definição, aquela que dissemos no início; isto é, formas pré-determinadas. Quando falamos de indefectibilidade da jurisdição penal, devemos necessariamente associar um conceito que, mesmo antes de ser uma garantia constitucional ou supranacional, é um conceito lógico puramente racional, ou seja, a

⁸ Sobre isto, amplamente, FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna: ZANICHELLI, 2012.

presunção de inocência do acusado. Logo, a função do processo penal é criar um contexto formal em que a prova necessária de culpa é obtida de acordo com regras pré-determinadas e compartilhada que visam evitar arbítrios ou erros de avaliação. São essas as características da jurisdição: não somente, portanto, *ius dicere* com eficácia de trânsito em julgado, mas, também, separação entre *imperium* e *potestas*, quando nasce a *iurisdictio*.

3. A presunção de inocência. O professor Nereu Giacomolli citou essa minha obra juvenil pela qual nutro grande afeição⁹, porque foi o argumento que me empenhou muito. Para mim, já na época, mas hoje posso dizer com mais consciência, a presunção de inocência resume todas as garantias do processo penal, porque se nós partimos deste postulado lógico segundo o qual “ninguém pode ser considerado culpado e não pode ser tratado como culpado até a sentença definitiva”, logo, devemos dessumir uma série de corolários que são próprio daqueles que tentei individualizar: indefectibilidade da jurisdição; tutela do direito de defesa e contraditório. E podemos adicionar também o ônus da prova por parte da acusação: quando se diz que o imputado tem que ser considerado culpado “além de qualquer razoável dúvida”, dizemos que o ônus da prova é da acusação, logo, a demonstração da culpabilidade do imputado, uma vez impermeado este raciocínio sobre a presunção de inocência, tem que passar segundo determinadas regras que são compartilhadas e que tem somente o objetivo de evitar arbítrios e erros. No final, a lógica subsistente, é que estes também são conceitos elementares: o processo penal serve para evitar a condenação do inocente, porque, já dizia Geremia Bentham, é muito importante evitar erros judiciários, mas, quando nós falamos de erros judiciários, falamos somente de condenações erradas, porque, argumentava Bentham¹⁰, onde eu, cidadão, salvo-me, onde encontro a tutela, se nem se quer ser

⁹ Seja consentido o remando a ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna: ZANICHELLI, 1979.

¹⁰ BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, em *Oeuvres*, vol. II, 3^o ed., Bruxelles: ARTES SCIENTIA, 1840, pag. 341.

inocente me garante. Por isso, a tutela do inocente é muito importante aos fins de coesão social e de credibilidade da administração da justiça, respeito ao possível erro da absolvição do culpado. E sempre para aprofundar o meu tema predileto, ou seja, a presunção de inocência, próprio em ocasião desta relação, eu fiz um exame de todas as convenções internacionais nas qual, salvo erros ou omissões, é mencionada a presunção de inocência, ou seja, é reconhecida a presunção de inocência. Seguramente, é reconhecida na constituição italiana, mesmo que com uma fórmula um pouco ambígua, porque se diz “o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva” e eu vi que uma formula idêntica é usada na constituição brasileira. Mas além das nossas constituições, por exemplo na constituição dos Estados Unidos da América, onde são minuciosamente reconhecidos alguns direitos específicos do acusado, não se fala de presunção de inocência, contudo, alguns pronunciamentos célebres, a Corte suprema dos Estados Unidos reconheceu que a presunção de inocência é a base do devido processo legal, do *due process of law*, e logo vale o princípio da razoável dúvida em qualquer processo penal. Farei eu um elenco, porque é interessante fazer uma revisão de todas as convenções internacionais nas quais são mencionadas a presunção de inocência. Primeira, entre todas, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 (art. 11), que foi enunciada pelo ONU logo depois da segunda guerra mundial, e isto não é casual. Depois, em 1955, encontramos a presunção de inocência mencionada na Convenção Europeia dos Direitos dos Homens (art. 6, par. 2); em 1966, no Pato Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (art. 14, par.2); em 1969, na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (art. 8, par. 2); em 1971, na Carta Africana dos Direitos dos Homens e das Populações (art. 7, par. 1, let. b); em 1994, na Carta Áraba (art. 7, par. 1); e, ultimamente, mas somente cronologicamente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na assim chamada Carta de Nice (art. 48, par. 1), em 2000, onde se confirma - porque os Estados que fazem parte da União

Europeia são também parte do Conselho da Europa e, portanto, são vinculados à Convenção Europeia dos Direitos dos Homens - à presunção de inocência. Nesses textos, nós encontramos a presunção de inocência enunciada em termos positivos: o imputado (ou o acusado, a segunda das fórmulas) tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade não seja legalmente acertada. Na constituição italiana, a presunção de inocência encontra uma espécie de torção, porque se diz “o imputado não é considerado culpado”. Influenciadas pela Escola de Manzini e pela Escola técnico-científica de direito penal nos primeiros anos de 1900, as primeiras leituras deste artigo da constituição consideraram-a como uma fórmula neutra, isto é, “o imputado não é considerado culpado”, mas isto não quer dizer que ele seja considerado inocente, logo ele não é considerado nem culpado nem inocente, e isto não tem sentido em um texto constitucional, porque seria como dizer “o imputado é considerado imputado”, e não tinha nenhuma necessidade de escrevê-lo. Mas a polêmica nasce do fato que, em seu tempo, Vincenzo Manzini colidiu-se de modo muito violento contra o reconhecimento da presunção de inocência, que, além disso, esta não foi sequer introduzida nos códigos de 1913 e 1930 e não tinha nenhum fundamento positivado, pois era considerada somente uma enunciação lógico-racional, como eu tentei explicar antes. Contrariamente à Escola clássica do direito penal, Vincenzo Manzini¹¹ e a Escola assim chamada técnica-jurídica escreviam que a presunção de inocência é um conceito paradoxal e irracional, porque, neste sentido, procede-se contra alguém, e isto quer dizer que não se presume inocente; aliás, presume-se culpado, porque a presunção é um fato desconhecido que se desenha baseando-se em um cálculo probabilístico de um fato notório, logo, inexistente um sentido em dizer que “porque uma pessoa é imputada, disto deduzimos que é provavelmente culpada”. Naturalmente este é um raciocínio falaz porque, como foi definida por Pasquale Saraceno¹², um jurista

¹¹ MANZINI, *Trattato di procedura penale italiana*, vol. I, Torino: UTET, 1914, pag. 95 s.

¹² SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova: CEDAM, 1940,

desaparecido prematuramente nos anos quarenta, não se trata de uma presunção no sentido técnico, mas se trata de uma presunção “política”, no sentido de contrastar o influxo que a polícia exercita sobre a justiça, que equivale a dizer que “porque tudo deixa presumir que o sujeito seja provavelmente culpado, nós temos que considerá-lo como se fosse inocente”. Em definitivo, trata-se de uma escolha de caráter metodológico, esta não deve ser considerada como uma dedução, nem mesmo como um cálculo de probabilidade. Contudo, de qualquer forma, esta polêmica influenciou a elaboração do texto correspondente da constituição italiana nas primeiras leituras: a presunção de não culpabilidade não é a presunção de inocência, logo, estando o imputado em uma posição neutra, isto não exclui que, por exemplo, possam ser previstas formas de tratamento que abstratamente seriam incompatíveis com a presunção de inocência. A presunção de inocência tem pelo menos dois significados. O primeiro é uma regra que se refere ao tratamento do imputado no curso do processo. Isto nós podemos reconduzir talvez àquela que é a primeira formulação positiva desta norma, ou seja, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos da revolução francesa de 1789, art. 9, onde assumia-se como pressuposto a presunção de inocência respeito à coerção do imputado: *«todo homem é presumido inocente até que ele tenha sido condenado, se for considerado necessário prendê-lo, deve ser severamente reprimido pela lei todo o rigor que não seria necessário para garantir a sua pessoa»*. É de fato implícito: porque todos são presumidos inocentes, não se podem aplicar tratamentos rigorosos contra uma pessoa sem necessidade. Logo, resulta que a presunção de inocência tem que ser levada em séria consideração quando se fala de coerção pessoal do inquirido e, em particular, de aplicação de medidas cautelares detentivas como o cárcere preventivo, ou custódia cautelar em cárcere, que devem ser reconduzidas a nível de *extrema ratio*. Em segundo lugar, apara fins cautelares, isto é, para tutelar o funcionamento e o resultado do processo

e não para fins antecipadamente punitivos. É este o lado continental da presunção de inocência, mas, por exemplo, acabamos de dizer que, nos países de *common law*, a presunção de inocência é simplesmente um critério de atribuição do ônus da prova e refere-se à prova da culpabilidade para além de qualquer razoável dúvida. É este o segundo significado que tem que se atribuir à presunção de inocência. Eu adicionaria que não é somente uma questão que se refere à regra de tratamento do imputado no processo ou à regra de julgamento para o juiz, mas que se refere também e, sobretudo, a tutela do imputado durante o processo. Aquilo que hoje nós estamos acostumados a considerar inegável, que não era absolutamente inegável muitos anos atrás, é, por exemplo, o direito à prova do imputado: dizia Giuliano Vassalli com uma frase repetida infinitamente: o direito do imputado de apresentar provas à descarga «*il diritto di difendersi provando*». Ou seja, no direito de defesa, é incluído o direito à prova, porém este também é um corolário da presunção de inocência. Obviamente, isto não deve ser absoluto: até mesmo a presunção de inocência terá que ser inserida no sistema e, portanto, encontrará um balanceamento com outras necessidades, porque, entendemos, isto não significa desconhecer o dever do estado de assegurar a segurança dos cidadãos e de punir os crimes ou o poder dos órgãos representantes da acusação.

4. O juiz. Porquanto concerne a independência do juiz, esta é tutelada expressamente pela constituição. Segundo o meu modo de ver, a constituição não pode, por si só, garantir a imparcialidade do juiz, isto é, dizer que o juiz deve ser imparcial não é um princípio constitucional. O juiz ou é terceiro e imparcial ou não é juiz. Aquilo que pertence à constituição é assegurar o contexto no qual o juiz efetivamente pode manifestar a sua imparcialidade. E as garantias do juiz, este é um dado muito importante, não são garantias da pessoa ou privilégios do sujeito, estas são garantias indiretas do cidadão; são instrumentais respeito à tutela dos cidadãos no processo. Logo, resultam todas as formas que garantem a independência do juiz perante o poder político, porque a

soberania pertence à população, e, diante desta, a autoridade judiciária tem um dever de transparência, que se extrínseca mediante a publicidade no processo e, sobretudo, com as fundamentações das decisões; a sua inamovibilidade; a sua pré-constituição por lei; e a proibição de juízes extraordinários ou especiais, embora a pré-constituição não seja concebida em termos absolutos, veja, por exemplo, os conflitos de competência e a disciplina da remissão do juiz no processo; a sua sujeição somente à lei; os critérios de seleção do juiz e o seu recrutamento por concurso. Tudo isso assegura a representatividade dos vários componentes sociais. Certamente é necessário que se trate de um técnico do direito e isto em qualquer forma pode criar descompensações do ponto de vista social, porque somente algumas faixas sociais têm acesso à profissão de juiz. Porém, pelo menos do ponto de vista da representatividade das várias ideologias, a autoridade judiciária, em seu complexo, deve ser o quanto mais possível amplamente representativa. Só que mais do que isto não se pode fazer.

5. O órgão da acusação. Porquanto concerne ao órgão da acusação, na Itália tem-se o mecanismo da obrigação de exercitar a ação penal por parte do ministério público. Ou seja, a ação penal na Itália é obrigatória. Em outros países também existe este princípio, que vai sobre o nome de princípio de legalidade, por exemplo, na Alemanha; ou na Espanha, onde, porém, não se trata de um princípio constitucional. É um princípio muito debatido porque evidentemente ainda é o reflexo da ideia do século passado, segundo a qual todos os delitos devem ser punidos. Mas punir todos os delitos é uma tarefa absolutamente impossível, assim como inexistente a possibilidade de exercer a ação penal para qualquer notícia do crime da qual o ministério público tome conhecimento. Logo, é necessário um temperamento, isto é, pelo menos no nosso sistema, o ministério público pode não exercitar a ação penal, mas deverá ser autorizado pelo juiz. Ao que serve a obrigatoriedade da ação penal? Alguns dizem que é necessário abolí-la. Banalmente, a obrigatoriedade da ação penal serve para assegurar

a paridade de tratamento dos cidadãos, porque não se pode escolher as ações penais conforme quem seja o destinatário. Porém, na minha opinião, a função principal é justificar a independência do ministério público, porque na Itália o MP é independente e goza mais ou menos das mesmas garantias do juiz; a única diferença entre o MP e o juiz é que o juiz está submetido somente à lei, e o ministério público pode ser organizado hierarquicamente, embora como corpo, ou seja, como ordem, o ministério público goze de todas as garantias que pertencem à magistratura, pois o MP é um magistrado. Mas no momento em que o ministério público é independente, isto significa que ele não é responsável perante ninguém; e, no momento em que ele não é responsável perante ninguém, se não existisse o princípio de obrigatoriedade da ação penal e de legalidade da ação penal, como acontece, por exemplo, nos países de *common law*, nos Estados Unidos ou na Inglaterra, o MP decide se exercitar a ação penal e decide se lhe convém exercitar a ação penal. Mas, nesses casos, a responsabilidade recai ao Governo (veja o Reino Unido) ou ao eleitorado, porque se trata de responsabilidade de cargos eletivos. Então, se quisermos manter o princípio de independência do ministério público, dito que segundo as nossas recentes experiências, é oportuno que o MP seja independente do poder político; aliás, na Itália, é muito oportuno, logo é necessário assegurar que a ação penal seja obrigatória. Isto não é nada além de um escudo contra o poder executivo: o MP não pode receber pressões porque a sua única resposta é: “eu sou obrigado pela lei”. O sistema brasileiro é completamente diferente, mas existe um instrumento de compensação, que nós, ao contrário, não temos: a ação penal subsidiária por parte dos privados. Ou seja, se o MP fica inerte, na Itália inexistente a ação popular, mas, no Brasil, tem sempre a possibilidade de compensar esta inércia com a ação popular. Repito: nem todas as notícias de crime podem ser perseguidas, logo existem critérios de prioridade ocultos estabelecidos pelos órgãos do MP. Sendo assim, estes critérios de prioridades deveriam ser determinados exclusivamente pela gravidade do crime. Outra característica muito importante

que encontro na constituição italiana, e muito menos atenuada na constituição brasileira, é a disponibilidade da polícia judiciária por parte do ministério público. A constituição brasileira fala de controle do MP sobre a operação da polícia. A constituição italiana invés afirma que a autoridade judiciária dispõe diretamente da polícia judiciária, mas isto não equivale a dizer que existe um corpo de polícia judiciária dependente da autoridade judiciária. Trata-se de uma escolha muito sábia, porque oferecer ao MP um braço armado sobre a própria dependência teria sido atribuir a este MP demasiado poder. É importante lembrar que a dependência da polícia judiciária com relação ao MP é uma dependência de tipo funcional, porque, na Itália, a polícia judiciária depende do poder executivo, dependência hierárquica de tipo administrativa. E isto é significativo porque de fato é o MP que tem a titularidade da ação penal. A polícia, sim, orienta-se também autonomamente, mas ela deve sempre referir ao MP e o ministério público pode assumir a direção do inquérito ele próprio, delegando atividades específicas à polícia judiciária e dando diretrizes.

6. A defesa. Último ponto a ser tratado, é o direito de defesa (art. 24 cost. italiana). Este é um conceito absolutamente indeterminado. O que significa defesa? Defesa pode significar várias coisas, nós temos que nos perguntar, por exemplo, se o direito de defesa compreende o direito de defesa técnica ou pessoal. Direito de defesa pessoal, o que quer dizer? Quer dizer poder cumprir qualquer ato em própria defesa, ter o direito de palavra durante o julgamento. E direito à defesa técnica significa ter a possibilidade de munir-se de um defensor, tanto que, no passado, na época do terrorismo na Itália, a Corte Constitucional havia estabelecido que a defesa técnica é absolutamente inderrogável, logo, todos os imputados devem ter um defensor, se não um defensor de confiança, pelo menos um *difensore d'ufficio*, o que não tem nada a que ver com a tutela dos que não possuem condições. Eu sei que no Brasil existe um defensor público, mas, na Itália, não temos nada parecido, temos somente a possibilidade do imputado que se encontre em

desconforto econômico de ter acesso à defesa aos custos do estado, ou seja, nomear um defensor que será pago pelo estado. Uma vez isolados esses dois conceitos, permanece a ser definida a extensão do direito de defesa e as modalidades com as quais deve ser exercitado. A nossa Corte Constitucional estabeleceu que algumas limitações ao direito de defesa são compatíveis com o art. 24, comma 2, cost. italiana, desde que o seu exercício não se torne impossível ou muito difícil. Mas é claro que isto não resolve o problema, porque a este ponto seria necessário definir o que significa defesa impossível ou extremamente difícil. Encaminhamos-nos ao fechamento do discurso: de fato todas essas temáticas, que são extremamente importantes do ponto de vista da estrutura do processo penal, em seguida vão ser resolvidas de maneira casuística, ou seja, é necessário ver caso por caso o que a jurisprudência constitucional diz, quais são os princípios enunciados, por exemplo, em relação à presunção de inocência, em matéria de liberdade pessoal, direito de defesa e medida cautelar. Mas é claro que estes vão calibrados em concreto, no caso específico. Porém mais uma vez a defesa é coessencial à jurisdição: inexistente jurisdição sem direito de defesa, assim como inexistente jurisdição sem contraditório. Encerro com uma citação de Luigi Ferrajoli, que acredito seja notória até mesmo aqui nesse país: a epistemologia judiciária deve basear-se sobre a teoria falsificacionista¹³, isto é, um controle empírico sobre a acusação que deve ser submetido à verificação e exposta à qualquer confutação. Isto traz consigo uma série de consequências: publicidade, oralidade, contraditório, princípio da motivação, legalidade dos procedimentos, ou seja, um sistema que de qualquer forma deve ser movido na lógica da jurisdição penal.

¹³ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma: LATERZA, 2011, pag. 620 s.

Corrupção, virtude, expectativa (dimensões históricas e epistémicas do círculo externo da prova)

Rui Cunha Martins

Universidade de Coimbra, Portugal¹

Resumo: Propõe-se uma reflexão sobre alguns elementos vigentes no ambiente externo da prova – corrupção, virtude, expectativa – e interferentes sobre a matéria probatória. Avalia-se o modo como a presente requisição do binómio virtude-corrupção por parte das sociedades contemporâneas, e designadamente em sede de debate sobre os sistemas jurídicos, onde tem lugar um enfrentamento tenso entre regimes de expectativa e regimes de prova, obriga a convocar para o debate as dimensões histórica e epistémica do problema.

Palavras-Chave: Sistemas Jurídicos; Corrupção; Provas.

Abstract: In this text we propose to focus on some existing elements in the external environment of proof - corruption, virtue, expectation. The main goal is to point out on how the request of such concepts by the contemporary societies, concerning in particular the case of legal systems (where a tense confrontation between expectation and proof takes place), requires historical and epistemic dimensions of the problem to be called for debate.

Keywords: Legal Systems; Corruption; Proof.

1. Valerá a pena recordar que a parélha virtude-corrupção, implicitamente mobilizada no debate jurídico-político contemporâneo, tem um historial longo que desaconselha voluntarismos dicotómicos.

¹ Professor da Universidade de Coimbra. Coordenador do Programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos e membro integrante da *Ius Gentium Conimbrigae* dessa Universidade.

Esse é um dos objetivos do presente texto. O outro é elucidar o modo como aquela parelha é hoje particularmente trabalhada pelos regimes de expectativas sociais, que a mobilizam no quadro da sua tensa relação com os próprios regimes probatórios.

2. Quando, nos inícios da modernidade, Maquiavel reelaborou o conceito clássico de *virtude*, teve basicamente duas preocupações. Uma delas foi a de desdobrar o conceito em virtude propriamente dita e numa outra coisa, a *virtu*, complementar da primeira mas não coincidente com ela: enquanto a virtude seria a expressão dos valores próprios da república, referindo a consciência cívica, a *virtu* referir-se-ia à ação política propriamente dita, ao modo como a ação prática individual pode sobrepor-se aos acontecimentos e ao acaso. A outra preocupação foi a de manter o conceito de virtude como parte integrante de uma parelha de opostos na qual, desde sempre, coubera à virtude o polo da positividade. No momento em que Maquiavel se dispõe a trabalhar sobre o conceito, o polo da negatividade era ocupado tanto pela noção de *fortuna* – não tanto, ainda, diretamente, a do dinheiro, mas a da roda, a da incerteza e da sujeição aos humores do mundo – quanto pela noção de *corrupção*. A virtude era o oposto da fortuna e dos seus jogos imprevisíveis; e era também, num sentido complementar a este, o oposto da corrupção dos princípios. Em bom rigor, é possível dizer que a fortuna surgia na altura a emprestar o rosto ao lugar que, por tradição, cabia à corrupção. Foi nestes exatos termos que a parelha virtude-corrupção foi incorporada na versão florentina do pensamento político republicano. E nesses exatos termos seria exportada história adentro e atlântico acima, acompanhando as vicissitudes do republicanismo cívico, primeiro no contexto britânico e depois no americano. Um trajeto estudado por John Pocock². Um trajeto que não deixará incólume a parelha virtude-corrupção.

² J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment (with a new afterword by the author)*. Princeton University Press, 2003

Ao longo dessa evolução, é possível verificar que, enquanto o polo da virtude aparenta permanecer principiologicamente inalterado, o polo da corrupção vai sendo sucessivamente ocupado pelos diferentes conceitos com os quais a virtude, isto é, o núcleo central do pensamento republicano, se ia defrontando, ou com os quais ia sendo obrigado a estabelecer relações que iam da recusa e da incomodidade à aceitação tácita e mesmo à incorporação. Foi esse o caso dos conceitos de *comércio*, que no quadro inglês substitui gradativamente a *fortuna*, e de *crédito*, os quais, ou em associação explícita à ideia de *corrupção*, ou em substituição ocasional desta enquanto referente da negatividade, ocuparam o lugar do pecado no seio da parêntese. Por vezes, um *tertium genus* surgia no contexto da parêntese, caso, por exemplo, do conceito de *fronteira*, requisitado em determinado momento da história norte-americana para servir de válvula de escape a uma tensão crescente entre virtude e comércio. A fronteira é então a resposta conveniente para ambos e o modo de lhes oferecer um horizonte de realização comum. Outras vezes, a resolução de uma tensão crescente entre os dois polos resolve-se por via da gradual reconversão da negatividade de dado conceito em positividade. Nesses momentos, a entidade negativa podia mesmo receber foros de virtude e passar a integrar mesmo o polo correspondente a esta. O modo – conturbado, é certo – como a afronta potencialmente corrupta constituída pelo *crédito* se transmuta, em certos setores do republicanismo cívico, em valor assimilável pelos princípios virtuosos da república é disso um bom exemplo. Os anteriores revestimentos de positividade de que haviam beneficiado também os proprietários de terras e os comerciantes são-no igualmente³.

De forma que, olhando com atenção, é possível retirar algumas ilações. Uma, é a de que o polo da negatividade, o da corrupção, é tendencialmente o lugar do *mercado*, nas suas diversas expressões evolutivas, coincidentes com outros tantos estádios da lógica do capital.

³ Para uma abordagem detalhada destes vários aspetos, ver Pocock, op. cit.

Outra é a de que, no quadro desta mesma evolução, a rigidez do polo da virtude é mais doutrinária do que real. A sua propensão para absorver os polos negativos da véspera – terratenência, atividade comercial, ou operação creditícia – marcará obrigatoriamente os contornos da virtude cívica. Se o polo da corrupção era cada vez mais o polo do que de pior a lógica do mercado tinha para oferecer, o polo da virtude, enquanto seu oposto, era cada vez mais o polo de uma virtude que era também a de um mercado virtuoso. De resto, as narrativas coevas desta evolução, com particular ênfase para o debate republicano nos contextos britânico do século XVII e americano do século XVIII, não deixam de retirar as devidas consequências desta sutil contração dos contrários: para determinadas linhas interpretativas, é afluída a hipótese de a corrupção poder ser produzida pela própria virtude, sendo inerente ao sistema. E mesmo se esta leitura esteve longe de poder considerar-se maioritária nos referidos contextos, mesmo se, no quadro americano setecentista e oitocentista, o espírito das “jeremiadas” procurará remeter a parelha à sua eficácia tradicional, fazendo do polo da corrupção o lugar do Anti-Cristo e do polo da virtude a abençoada “casa no cimo da colina”, mesmo apesar disso, aquela mera abertura à conceção de uma corrupção menos patológica do que fisiológica implicava que a limpidez dos opostos deveria ser matizada: virtude e corrupção não são apenas opostos; pertencem-se. Não será por isso estranho reconhecer, no seguimento deste excuro histórico, que ali onde a parelha for hoje requisitada, ela é-o sempre à condição de se perceber o seguinte: que de alguma maneira a oposição entre os dois polos é uma oposição dentro do mesmo. Trata-se de modulações de uma mesma realidade enquadradora, a do capital, e não de uma demarcação entre opções distintas, em que a aposta numa delas negue a outra em género e em espécie. Categoricalmente falando, trata-se de uma *oposição não antagónica*. Não se sai do sistema através dela. Opta-se dentro dele.

3. Estes aspetos revestem-se do maior alcance em face do modo distraído como o binómio virtude-corrupção vem sendo mobilizado pelo

discurso político, seja o institucional seja o espontâneo, quer dizer, seja o da arena política formal seja o do protesto anti-corrupção. De alguma forma, pressupõe-se a solidez demarcatória originária do binómio. É mesmo possível dizer que se reivindica a atualização da parelha nos termos de uma oposição inequívoca. Percebe-se. Um binómio é um conveniente redutor de complexidade. Só que os seus danos vêm também daí. Uma simplificação exagerada do que está em causa não deixará de reduzir as coisas a uma determinação dos culpados, eles mesmos aferidos nos termos redutores de uma oposição entre os “honestos” e os “corruptos”. Dir-se-ia, aliás, que a promoção da “honestidade” a valor consensual da contestação pública, feita equivalente da exigência da “virtude”, constitui uma espécie de silenciamento da *virtu* dentro do horizonte concetual da virtude, no sentido de uma restrição da política à probidade e à moral em detrimento da ação.

É neste exato ponto que se abrem umas quantas linhas de reflexão. Duas merecem destaque. Uma delas é a que chama a atenção para os logros teóricos de uma contestação socio-política excessivamente obcecada com o problema da corrupção e por essa via incapaz de produzir uma verdadeira crítica de arcaboço sistémico. Outra é a que procura entender por que via este entendimento dicotómico do binómio afeta os sistemas jurídico-penais contemporâneos, indagação só possível no reconhecimento, talvez trágico mas irrecusável, de uma ligação profunda entre prova e expectativa.

4. A caça ao “corrupto” é um clamor antissistema ou uma exigência pela sua limpeza? Não é igual. Ora, quer coloquemos o enfoque ao nível da agitação e do protesto espontâneos, quer o façamos no campo da própria crítica ao sistema, aquilo com que nos deparamos é com uma estruturação tópica assente numa obsessiva personalização em dadas figuras, num âmbito geral de incapacidade de apontar baterias aos próprios fundamentos do capitalismo. Aqui, não há como discordar de Anselm Jappe. Valerá a pena condensar as suas observações a este

respeito.

Desde logo, a sua ideia forte, aqui telegraficamente esboçada: o *anticapitalismo* da esquerda radical não é mais que um *antiliberalismo*; ora, essa tendência atual para esgotar a contestação ao sistema numa luta contra o “neoliberalismo”, tornado supremo inimigo, obscurece o fulcro da questão, que é afinal o próprio sistema capitalista enquanto tal; pelo que esta excessiva concentração da denúncia na presente versão tomada pelo capital adia a discussão sobre a mercadoria, o valor, o trabalho, etc, à qual se prefere uma reivindicação dificilmente concebível de um regresso a um capitalismo mais “humano”, mais “justo” ou mais “são”, expressões que, para Jappe, são uma contradição nos próprios termos e, sobretudo, emprestam ao sistema a imagem de animal reformável, já para não dizer a precisar de ser socorrido⁴.

Daqui decorre uma outra trave-mestra do seu pensamento: “reduzir os arcanos da economia capitalista, quando esta começa a funcionar mal, à maquinaria de uma conspiração de malvados inscreve-se numa longa e perigosa tradição: a pior das saídas possíveis seria apontar de novo bodes expiatórios – a “alta finança judia” ou qualquer outro – para a vindicta do “povo honesto” dos trabalhadores e dos aforradores”, ou alimentar o discurso populista da “perseguição aos “inimigos do povo” – tanto na base (imigrantes), como no topo (especuladores) – evitando qualquer crítica dirigida contra as verdadeiras bases do capitalismo que, pelo contrário, aparecem como a civilização a defender”⁵.

Em resumo: “quase desde o início do capitalismo tem existido um falso anticapitalismo que não critica o trabalho e a transformação do trabalho em valor”; esta forma de anticapitalismo “contribui para

⁴ Anselm Jappe, *Sobre a Balsa da Medusa. Ensaios Acerca da Decomposição do Capitalismo*. Lisboa: Antígona, 2012; Anselm Jappe, *Crédit à Mort. La Décomposition du Capitalisme et Ses Critiques*. Paris: Éd. Lignes, 2011; Anselm Jappe, *As Aventuras da Mercadoria. Para Uma Nova Crítica do Valor*. Lisboa: Antígona, 2006

⁵ A. Jappe, *As Aventuras da Mercadoria...*, pp. 243-268.

canalizar o descontentamento social para objetivos secundários ou falsos que não colocam em perigo o modo de produção capitalista”; enfim, “de acordo com essa lógica, seria preciso sacrificar *uns quantos especuladores e um punhado de políticos corruptos* para salvar o essencial”⁶.

O levantamento é elucidativo. O excerto que escolhemos para remate final também. À luz desta exposição, a eleição da corrupção para grande mote unificador dos discursos contestatários surge como um alvo definido a partir de critérios de subordinação do que mais importa ao mais superficial. Para o próprio Jappe, “a desorientação teórica dos novos contestatários é o espelho do completo desmoronamento da crítica social nas duas últimas décadas”, no sentido em que “a ausência de uma verdadeira crítica, coerente e de vasto alcance, quando não mesmo a recusa explícita de toda e qualquer teoria “totalizante”, impede que os indivíduos que pretendem assumir uma posição crítica tenham um conhecimento real das causas e das consequências daquilo que criticam, [correndo] assim o risco de ver a sua crítica, muitas vezes ao arrepio das suas melhores intenções, degenerar no exato contrário de toda e qualquer perspectiva de emancipação social”⁷. Não se trata de medir a justeza objetiva de quem acusa e protesta; trata-se de constatar o desequilíbrio entre a função tópica atribuída à figura *corrupção* e a efetiva relevância dessa figura para uma verdadeira inversão do estado de coisas. A não ser que se trate de salvar o sistema. O protesto contra a corrupção surgiria, nessa ótica, como um gesto de autorreforma do capitalismo.

5. Sucede, mais ainda, que a recorrente e distraída recuperação de clássicos *topoi* revolucionários (a bondade mítica do “povo”, virtuoso de si mesmo e distinto dos seus representantes, potencialmente corruptos) é hoje tendencialmente acompanhada pela assustadora facilidade com que se descartam instrumentos jurídico-formais (complexidades processuais, garantias, direitos, adequação constitucional), rapidamente

⁶ Idem..

⁷ Idem, pp. 7-13.

abandonados pela sua suposta equivalência àquilo que urge mudar. A tentação, por parte do sistema jurídico, de colocar estes instrumentos formais ao serviço de uma resposta à contestação social, aceitando fazer dos tribunais o foco de higienização sistémica pedido pelo clamor público, distorce ainda mais as desinteligências no terreno: é falsa a ideia de que o Estado de direito seja salvo por cada vez que o sistema penal pune um poderoso ou um convicto corrupto; por mais que custe à chamada “opinião”, o Estado de direito só é salvo de cada vez que um poderoso ou um convicto corrupto são punidos no decurso de um devido processo legal; o contrário disto é insustentável em sede de sociedades do contraditório. Mas, se assim é, porque se revela tão inclinado o terreno em matéria tão principiologica e axiologicamente fundante? Porque abana o regime da prova? Convém, a este propósito, recordar o que sabemos sobre o modo como o material probatório se relaciona com o seu ambiente, isto é, com os elementos vigentes no seu circuito “externo”. De um ponto de vista estético, é possível dizer que é aí mesmo que reside o mecanismo da expectativa; entretanto, de um ponto de vista epistémico, é mais rigoroso dizer que o mecanismo da expectativa arranca já do interior da própria prova⁸.

6. Reparar-se-á que se joga aqui um problema fulcral de qualquer tipo de regime processual: a gestão das expectativas. A *expectativa* funde presunção e normalidade. Nestes termos: se a presunção “faz-se acompanhar de uma pré-ocupação do terreno” (podendo, por isso mesmo, “introduzir entorses no regime da prova”)⁹, a expectativa antecipa um *preenchimento* (toda a expectativa visa ser preenchida), que, até indicação em contrário, será sempre o preenchimento projetado a partir do que se presume expectável, quer dizer, a partir do que convém à noção de normalidade. Retenha-se esta dimensão.

⁸ Rui Cunha Martins, *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁹ Fernando Gil, *Mediações*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2001, pp. 78.

Assinala Gil o modo nítido como o pensamento wittgensteiniano associa regularidades e expectativas: “A nossa expectativa antecipa o acontecimento. Neste sentido, ela faz um modelo do acontecimento”¹⁰. São assinaláveis, de resto, os sucessivos desdobramentos desta ideia que se recolhem da obra wittgensteiniana, a exemplo daquele que sustenta que “uma expectativa está encaστοada (*eingebettet*) na situação de que brota (*entspringt*) [e que] o mesmo se pode dizer da intenção (*Absicht*), [a qual também] está encaστοada na situação, nos costumes e nas instituições humanas”¹¹.

Gil retira desta leitura as devidas consequências: “faz parte das condições do exercício da linguagem, da sua gramática, uma crença fundada na estabilidade de um grande número de fenómenos e de comportamentos, ou, por outras palavras, uma presunção de uniformidade; toda a expectativa assenta nesta hipótese de constância”¹². Não admira, pois, a relação de proximidade entre o estado de expectativa e o estado de ajustamento ou conveniência. A complementaridade entre ambos é patente. Quer isto dizer, para os propósitos da nossa reflexão, que é o ajustamento à normalidade que, em rigor, solicita o preenchimento. A projecção de um conhecimento prévio naquilo que há-de vir, modelo por excelência da parilha expectativa/preenchimento, embraia na experiência. Por isso se torna possível afirmar, no seguimento da passagem atrás citada, que “a expectativa reporta-se *sem intermediário* à realidade”¹³.

“Sem intermediário”, note-se. De forma direta, por conseguinte, alheia a avaliações extrínsecas ou a mediações. Não merece, pois, reserva de monta, a constatação de que a expectativa funciona no registo da

¹⁰ Idem, *Modos da Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 67.

¹¹ Idem.

¹² Idem, p. 67.

¹³ Idem, p. 70.

evidência¹⁴. Tenha-se em atenção que “a linguagem da evidência procura anular as mediações, a distância, a obscuridade, o silêncio, o arbitrário individual”¹⁵. De resto, “desejar, esperar, ter intenção de, crer, querer, poder alguma coisa, mandar – de certa forma todos estes verbos intencionais se acompanham por *expectativas*. Elas não são da mesma natureza em todos os casos, podem situar-se mais perto do possível ou da efetividade, a exigência do preenchimento será mais ou menos imediata: mas uma ordem espera a sua execução, como um voto ou uma esperança esperam a sua satisfação, uma decisão ou um plano a sua realização, uma intenção a sua efetivação, uma conjectura a sua confirmação”¹⁶.

Bem se pode dizer, nesta linha, que, sempre que o acontecimento previsto é constatado, estávamos de alguma forma “preparados” para a constatação¹⁷. É isto, verdadeiramente, o *sentimento de preenchimento*. Ele corresponde à satisfação de algo que começa por se apresentar como um *desejo* e que, de uma maneira ou de outra, deve ser cumprido. Aflora, neste ponto, uma interrogação inquietante: qual a disponibilidade da expectativa para ver frustrado esse sentimento e para ser invadida pelo sentimento de insatisfação? Pouca, ao que parece. Deve, inclusive, supor-se que o horror da expectativa ao vazio, ao silêncio e à demora traduz essa menor disponibilidade. A conivência da expectativa com a evidência radica aqui, nesta preferência pelo imediato. Um imediato que tem no argumento da “celeridade” (tome-se por exemplar o uso que é feito desta noção no campo jurídico, mormente em ordem à justificação de restrições em matéria de garantia processual) uma expressão tópica.

¹⁴ Sobre os regimes epistémicos da evidência e sua necessária distinção dos regimes epistémicos da prova, veja-se o que dizemos em Rui Cunha Martins, *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁵ Fernando Gil, *Tratado da Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996, p. 72

¹⁶ Idem, p.73.

¹⁷ Idem, p.74.

Trata-se, nestes casos, de comprimir a distância entre o expectável e o realizável, deslocando, se necessário for, o campo da experiência e a regularidade do que se repete – feitas normalidade – para o lugar do preenchimento, e prescindindo, nesse movimento de fusão entre o que se sabe e o que se espera, de mecanismos de despistagem ou de operadores de constrangimento sobre a “irrecusável” evidência daquilo que, porque é repetidamente sabido, se supõe ser aceite, sem mais, como previsível. O circuito vertiginoso dos meios de comunicação é de igual modo um bom exemplo destes processos. Não deixa de ser curioso notar que, muito antes deles, o “direito arcaico” também o era.

De resto, este vínculo do processo à ideia de uma prova “mais clara do que a luz” – evocando de alguma maneira o instrumento tardo-medieval do *notorium* ou *notum per se*, teorizado por um Baldo ou um Bártolo – e genericamente acordada com os materiais fornecidos pelos sentidos, foi-se mantendo, acompanhando, de uma forma ou de outra, a evolução histórica e permanecendo guardada no seio dos dispositivos processuais; como a própria lógica da *evidência*, aliás. Não é por acaso que o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, cuja marca ideológica é conhecida, menciona, logo de início, em sede de exposição de motivos, a preocupação com as dificuldades do regime processual então vigente em condenar réus, mesmo quando “colhidos *em flagrante* ou confundidos pela *evidência das provas*”¹⁸, redundância terminológica com que se associa *flagrância* e *evidência* e que mostra bem até que ponto a ideia subliminar do processo como excrescência daquilo que se tem por óbvio e, por conseguinte, parcialmente dispensável, permaneceu como constante histórica do processo penal. Permito-me sugerir que, olhada desde uma perspectiva puramente genealógica e alheia aos contextos específicos da sua atual requisição, a introdução de mecanismos como a *negociação* ou a *transação* penais não pode deixar de remeter, obrigatoriamente, para a mesma matriz.

¹⁸ Decreto-Lei nº 3689, de 3 de Outubro de 1941.

Comprovadamente, a instalação de qualquer regime de decisão sobre os regimes de expectativa implica uma compressão processual; encurta distâncias; quando radicalizada, prescinde mesmo da mediação. A vontade de preenchimento é nela mais forte do que qualquer tipo de predisposição auto-regulatória. Por isso, carente de filtragem crítica ou da hipótese de contradição, tende a exprimir-se no *modo alucinatório*. Estaremos conscientes de que, nesta ordem de ideias, uma prova que não consiga erigir-se minimamente defendida da pulsão expectante que por definição a ofende mas por definição a habita é, ainda e também por definição, uma prova alucinada?

Novos desafios da jurisdição constitucional em matéria penal

Maria João Antunes

Universidade de Coimbra, Portugal¹

Resumo: O texto incide sobre o modo como a lei penal tem vindo a ser controlada pela jurisdição constitucional e sobre a forma como tem respondido a questões novas em matéria de perigosidade.

Palavras-chave: controlo de constitucionalidade – crimes - penas e medidas de segurança - direito penal – perigosidade - segurança

Abstract: The text is about the way criminal law has been controlled by constitutional jurisdiction and about the way constitutional jurisdiction is answering to new questions concerning dangerousness.

Keywords: constitutional control – crimes – penalties and security measures - criminal law – dangerousness – security

1. A afirmação da garantia jurisdicional da Constituição e do princípio da constitucionalidade – duas faces de uma mesma moeda – não deixou de envolver também a matéria penal.

Dependendo a validade da lei da sua conformidade com a Constituição, segundo o princípio da constitucionalidade, e tendo havido a entrega do exercício da justiça constitucional a uma jurisdição própria para garantia da Constituição, logo entraram no debate sobre os limites da intervenção penal questões como, entre outras, a da existência ou não de proibições constitucionais de incriminação; a de saber se só os bens

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Presidente do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE). Juíza do Tribunal Constitucional entre outubro de 2004 e março de 2014. Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

constitucionalmente relevantes podem ser tutelados criminalmente; a da existência ou não de obrigações constitucionais de incriminação, sejam elas explícitas ou meramente implícitas; a da identificação do parâmetro de aferição da conformidade constitucional das normas incriminatórias onde subsista uma margem de conformação do legislador; a da fundamentação jurídico-constitucional do princípio da culpa; e a do parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas penais no que se refere à sanção correspondente ao crime.

Assistiu-se, por um lado, à identificação de proibições constitucionais de incriminação, fundadas quer em princípios quer em direitos de liberdade garantidos pela Constituição; de obrigações constitucionais de incriminação, que anulam ou diminuem significativamente a liberdade de conformação do legislador; e de proibições constitucionais quanto ao tipo de sanções penais e à duração das mesmas. E verificou-se, por outro, uma ampla margem de tensão entre o princípio da maioria e o princípio da constitucionalidade, por subsistir uma ampla margem de tensão entre o legislador penal e a jurisdição constitucional quando esta exerce perante aquele a função de garantia da Constituição.

Extravasando a problemática penal, podemos concluir que a ideia da soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência da lei parlamentar foi perdendo definitivamente terreno a favor da conceção da soberania e da supremacia da Constituição e do carácter constituído e subordinado do poder legislativo, no sentido de a vontade política da *maioria governante* em cada momento não poder prevalecer contra a vontade da *maioria constituinte* incorporada na Lei fundamental². Sem que isto signifique que o princípio da maioria deixou de ser critério delimitador dos poderes do juiz constitucional e que se abandonou o princípio da presunção de não inconstitucionalidade da lei. Subsistirá

² Assim, VITAL MOREIRA, “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 179.

sempre uma margem de livre conformação constitucionalmente imposta pelo princípio da separação dos poderes, que variará, necessariamente, em função da natureza e do grau de determinação das normas constitucionais, conduzindo à “distinção entre uma *concretização jurídica-interpretativa* e uma *concretização jurídico-política* da Constituição”, com reflexos nos poderes, maiores ou menores, do juiz constitucional³. Numa outra linguagem (na de Dworkin), a Constituição impõe *regras*, estabelece *princípios* e consagra *políticas*, havendo, por isso, *matérias* mais *sensíveis à escolha* do legislador do que outras⁴.

2. Na tarefa de intérprete das normas constitucionais, pronunciando as palavras da Constituição⁵, a jurisdição constitucional foi identificando proibições de incriminação, fundadas em princípios e em direitos de liberdade constitucionalmente garantidos, e parâmetros de controlo de normas penais que testam quer a legitimidade das incriminações quer a legitimidade das sanções criminais. Já no que toca às obrigações expressas de criminalização, onde existam tais obrigações, o labor da jurisprudência constitucional não foi o mesmo, por tal depender necessariamente da forma como se fiscaliza a violação da Constituição por omissão. Contrastando com a Constituição da República Portuguesa, a Constituição da República Federativa do Brasil contém um número significativo de normas constitucionais expressas em matéria incriminatória, o que não anula necessariamente a questão de saber se, apesar de tais normas, ainda há espaço para o legislador penal se decidir

³ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, “Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 80 e ss.

⁴ Sobre isto, SOUSA BRITO, “Jurisdição constitucional e princípio democrático”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 41 e ss.

⁵ No sentido de o juiz constitucional ser a boca que pronuncia as palavras da Constituição, FERNANDA PALMA, “O legislador negativo e o intérprete da Constituição”, *O Direito*, Ano 140.º (2008), III, p. 523 e ss.

pela não incriminação⁶ 7.

2.1. Incluem-se naquele primeiro grupo, entre outras, decisões já antigas do Tribunal Constitucional italiano que declarou a inconstitucionalidade de normas incriminadoras que impunham à liberdade de reunião limites incompatíveis com a disciplina constitucional, bem como de normas penais que incriminavam, pura e simplesmente, manifestações do pensamento que não eram ofensivas de qualquer bem constitucional⁸. Já mais recentemente, em 2007, também uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol que entendeu contrária à liberdade de expressão a incriminação da negação do genocídio, considerando que só será conforme a tal liberdade o tipo legal de crime que suponha um incitamento, ainda que indireto, à comissão do genocídio⁹. E, ainda,

⁶ Em Portugal é identificável apenas uma obrigação constitucional expressa de incriminação no artigo 117.º, n.º 3, da Constituição: “a lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respetivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda de mandato”. Por outro lado, resulta do artigo 37.º, n.º 3, da Constituição que as infrações cometidas no exercício dos direitos de expressão e de informação ficam *submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social*.

⁷ No sentido de decorrer da primeira norma uma obrigação expressa de criminalização e de a segunda dar azo a uma “vinculação implícita”, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra Editora, 2015, p. 116 e ss. Ainda sobre o sentido do artigo 37.º, n.º 3, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 224/2010, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁸ Sobre as normas constitucionais brasileiras, especificamente sobre a razão de ser das mesmas e debaixo de um olhar crítico, ALBERTO SILVA FRANCO/RAFAEL LIRA/YURI FELIX, *Crimes bediondos*, Revista dos Tribunais, 2011, p. 133 e ss. Sobre a questão da subsistência de espaço de conformação do legislador, JANAINA CONCEIÇÃO PASCHOAL, *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, Revista dos Tribunais, 2003, p. 79 e ss., e MARIÂNGELA MAGALHÃES GOMES, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, Revista dos Tribunais, 2003, p. 111 e ss.

⁸ Os exemplos são dados, no contexto de proibições constitucionais de incriminação, por EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, “Constituição e escolha dos bens jurídicos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1994, p. 155 e ss.

⁹ O exemplo, tendo em vista a violação de um direito fundamental, é dado por JUAN ANTONIO LASCURAIN, “El control constitucional de las leyes penales”, *Estudios em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, p. 754. Sobre esta sentença do

uma decisão de 2012 do Conselho Constitucional francês que decidiu ser contrária à Constituição a lei que criminaliza a negação da existência dos genocídios reconhecidos pela própria lei, por pôr em causa o direito à liberdade de expressão e de comunicação¹⁰.

No mesmo sentido, cabe referir também uma decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro de 2011, conhecida como a da marcha pela legalização do consumo da maconha, que julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dando, ao artigo 287.º do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer interpretação que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”¹¹.

Por seu turno, o Tribunal Constitucional português julgou inconstitucional a norma penal que incriminava atos homossexuais com adolescentes, por violação do princípio constitucional da igualdade, por não ser constitucionalmente tolerável uma incriminação violadora da proibição constitucional de discriminação em razão da natureza homossexual dos atos sexuais de relevo¹². Por outro lado, o Tribunal português integrou no âmbito dos parâmetros de controlo da conformidade constitucional das normas penais o princípio da

Tribunal Constitucional (235/2007, de 7 de novembro), VÍTOR GÓMEZ MARTÍN, “Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el código penal español”, in *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, 2012, p. 209 e ss.

¹⁰ Cf. Decisão n.º 2012-647 DC, de 28 de fevereiro de 2012, disponível em www.conseil-constitutionnel.fr.

¹¹ A decisão, relatada pelo Ministro Celso de Mello, é de 15 de junho de 2011 e está disponível em www.stf.jus.br.

¹² Cf. Acórdãos n.ºs 247/2005 e 351/2005, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt. Sobre esta jurisprudência, MARIA JOÃO ANTUNES, “Dos atos homossexuais com adolescentes aos atos sexuais com adolescentes (da norma dos casos à norma do artigo 173.º do Código Penal)”, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, p. 1009 e ss.

legalidade criminal, na parte em que proíbe o recurso à analogia (artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa)¹³. É aqui identificável uma proibição constitucional de incriminação por recurso à analogia que não pode deixar de ser sindicável pela jurisdição constitucional¹⁴.

2.2. No plano da identificação do parâmetro de controlo da conformidade constitucional de normas penais incriminatórias, o caminho traçado pelas diferentes jurisdições constitucionais não tem sido propriamente o mesmo e nem sequer coincide sempre com o que é doutrinariamente defendido. Dois dos parâmetros mais convocados – o princípio da proporcionalidade e o princípio da ofensividade¹⁵ – estão agora bem presentes em dois dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a propósito da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal (artigo 28.º da Lei 11.343/2006)¹⁶.

As diferenças têm, certamente, enriquecido a discussão doutrinal em redor da ideia de bem jurídico enquanto padrão crítico da norma penal e designadamente a discussão quanto à questão de saber se só bens constitucionalmente relevantes podem ser tutelados penalmente¹⁷.

¹³ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 183/2008, disponível em www.tribunal-constitucional.pt. Sobre a problemática aqui envolvida, MARIA JOÃO ANTUNES, “Problemática penal no Tribunal Constitucional português”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 24 e s.

¹⁴ No sentido de decorrer do artigo 29.º da Constituição uma proibição de criminalização, JOSÉ DE FARIA COSTA, “O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141.º, N.º 3794, p. 284.

¹⁵ Sobre o princípio da ofensividade na doutrina portuguesa, JOSÉ DE FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 161 e ss.; na doutrina brasileira, FABIO D’AVILA, “O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 67, julho-agosto de 2007-ano 15, p. 30 e ss.

¹⁶ Cf. o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes e o do Ministro Edson Fachin, no RE 635.659-RG, disponíveis em www.stf.jus.br.

¹⁷ Sobre as relações entre a Constituição e a proteção de bens jurídicos, de um lado, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina do Crime*, Coimbra Editora, 2007, p. 117 e ss., COSTA ANDRADE, “The constitution and penal law”, *Justice across the atlantic. The theory and the reality of the criminal process in Portugal and*

O Tribunal Constitucional alemão, no denominado “caso do incesto entre irmãos”, decidido em 26 de fevereiro de 2008, concluiu mesmo que as faculdades legislativas não podem ser restringidas por referência a bens jurídicos, numa decisão que contribuiu, indiscutivelmente para o debate doutrinal de novas e velhas questões quanto à legitimidade da intervenção penal e, conseqüentemente, para o debate da identificação do parâmetro de controlo da conformidade constitucional das normas incriminatórias por parte das jurisdições constitucionais¹⁸.

O Tribunal Constitucional português tem-se socorrido do *princípio jurídico-constitucional do bem jurídico*, a partir dos critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade da intervenção penal, com fundamento na exigência constitucional de que *as restrições legais aos direitos liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, têm de limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*¹⁹. Sem que se distingam os casos em que é

in The United States of America, Luso-American Development Foundation, 1998, p. 190 e ss., e CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2013, p. 35 e ss.; e, de outro, EMILIO DOLCINI/GEORGIO MARINUCCI, *loc. cit.*, p. 164 e ss. e JOSÉ DE FARIA COSTA, *loc. cit.*, nota 14, p. 284, e “Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 142.º, N.º 3978, p. 161 e s.

¹⁸ Cf. BVerfG, 2 BvR 392/07, disponível em www.bundesverfassungsgericht.de. O caso deu origem ao *Case of Stübing v. Germany* no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (n.º 43547/08), disponível em <http://hudoc.echr.coe.int>. O Tribunal decidiu no sentido de não haver violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, disposição que prevê o direito ao respeito pela vida privada e familiar. Para uma análise crítica da decisão do Tribunal de Karlsruhe, CLAUS ROXIN, *loc. cit.*, pp. 16 e s. e 37 e s., e LUÍS GRECO, “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*)”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18, n. 82, jan.-fev./2010, p. 166 e ss.

¹⁹ Sobre este princípio FIGUEIREDO DIAS, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, *XXV Anos de Jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 31 e ss. E, ainda, COSTA ANDRADE, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológica-racional do

definido como crime um comportamento que envolve o exercício de um direito fundamental daqueles em que a restrição do direito fundamental decorre exclusivamente da imposição da sanção criminal.

Mostrando uma clara deferência para com o legislador, os juízos de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional português são excecionalíssimos, revelando grande preocupação em lograr a harmonização do *princípio da constitucionalidade* com o *princípio da maioria*. Assim sucede, por exemplo, quando se fiscalizaram normas incriminatórias em matéria de interrupção voluntária da gravidez, de tráfico de drogas, de condução em estado de embriaguez, de condução de veículo automóvel sem licença, de exploração ilícita do jogo ou de injúria, enfrentado, relativamente a algumas das incriminações, a questão específica da legitimidade dos crimes de perigo²⁰. Ou, ainda, quando se fiscalizaram normas incriminatórias no âmbito do tradicionalmente denominado direito penal secundário²¹. Inscreve-se na exceção a pronúncia, em sede de fiscalização preventiva, pela inconstitucionalidade da norma que pretendia criminalizar o enriquecimento ilícito/injustificado, por tal incriminação não tutelar qualquer bem jurídico com dignidade penal. Além de não respeitar os princípios constitucionais da legalidade e da presunção de inocência²².

2.3. O labor da jurisdição constitucional é também notório em

crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1992, p. 173 e ss. e ANABELA RODRIGUES, “Sobre o crime de importunação sexual”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 143.º, N.º 3987, p. 435 e ss. Para uma síntese da jurisprudência constitucional, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁰ Sobre esta jurisprudência, MARIA JOÃO ANTUNES, *loc. cit.*, nota 12, p. 1016 e ss. e “Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito de Execução Sanções Privativas da Liberdades e jurisprudência constitucional”, *Julgar*, 21, 2013, p. 90 e ss.

²¹ Sobre esta jurisprudência, MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito penal fiscal – algumas questões da jurisprudência constitucional”, in *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, 2013, p. 791 e ss.

²² Cf. Acórdãos n.ºs 179/2012 e 377/2015 (disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

relação aos parâmetros de controlo das normas criminais, na parte em que definem a sanção correspondente ao crime, bem quanto ao sentido a dar a princípios já “clássicos”, como, por exemplo, o da intransmissibilidade da responsabilidade penal, quando estas sanções são impostas à pessoa jurídica.

Além dos escritos, passaram a integrar a constituição penal princípios jurídico-constitucionais implícitos como o princípio da culpa (princípio da culpabilidade), o princípio da proporcionalidade das sanções e o princípio da socialidade, segundo o qual incumbe ao Estado um dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe as condições necessárias para a reintegração na sociedade. No direito português, o princípio da culpa é doutrinal e jurisprudencialmente fundado na proteção constitucional da inviolabilidade da dignidade pessoal²³; o princípio da proporcionalidade das sanções decorre do princípio da proporcionalidade enquanto princípio retor do regime das restrições dos direitos, liberdades e garantias; e o princípio da socialidade funda-se na caracterização da República Portuguesa como um Estado de direito democrático que visa a realização da democracia social, sendo tarefa fundamental do Estado a promoção do bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como no direito ao desenvolvimento da personalidade e na proibição de penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo²⁴.

A jurisdição constitucional portuguesa já foi confrontada com a questão se saber se o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade

²³ No sentido de o princípio da culpa decorrer do princípio pessoal da responsabilidade penal, expressamente previsto no inciso XLV do artigo 5.º da Constituição do Brasil, ALBERTO SILVA FRANCO/RAFAEL LIRA/YURI FELIX, *ob. cit.*, p. 83 e ss. e SALO DE CARVALHO, *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*, Saraiva, 2015, p. 260 e ss.

²⁴ Sobre estes princípios, MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2015, p. 19. Ao contrário de outras constituições, como a italiana ou a espanhola, a portuguesa não consagra expressamente o princípio da socialização.

penal (artigo 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa) obsta à responsabilidade solidária de gerentes e administradores pelo pagamento das multas em que é condenada a pessoa jurídica. Esta é, seguramente, uma das interrogações postas pelo direito penal das pessoas jurídicas, à qual o Tribunal Constitucional português deu resposta positiva, declarando a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que previa tal responsabilidade²⁵.

3. Face a alterações e soluções legislativas entretanto surgidas, são agora postos novos desafios à jurisdição constitucional europeia.

É um facto que a legislação penal se tem vindo a expandir e a tornar mais severa, por obra de um populismo punitivo a partir da notícia da prática de crimes de determinada natureza, que conduziu a uma resposta política que, de imediato, pretendeu «apaziguar as vítimas e tranquilizar a opinião pública»²⁶.

Quando o compromisso alcançado entre a escola clássica e a escola positivista parecia ter os dias contados – sistemas sancionatórios como o francês ou o português foram persistindo na resposta sancionatória monista e outros, como o brasileiro, abandonaram o sistema do duplo binário²⁷ –, o *direito penal da perigosidade* ressurge na Europa a partir de meados dos anos noventa do século passado²⁸.

²⁵ Cf. Acórdão n.º 171/2014, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁶ Cf. MIREILLE DELMAS-MARTY, “Deshumanización del derecho penal”, in *Securitismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha, 2013, p. 18.

²⁷ Sobre o sistema sancionatório francês, ELISABETH SCHNEIDER, “Frankreich”, in *Wegsperrren? Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-) Täter* (Hrsg. Hans-Georg Koch), Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 81 e ss., e MIREILLE DELMAS-MARTY, *loc. cit.*, p. 19; sobre o português, MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, nota 24, pp. 21 e s. e 123 e ss.; e sobre o brasileiro, SALO DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 504 e ss.

²⁸ Sobre isto, HANS-JÖRG ALBRECHT, in *Wegsperrren? Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-) Täter* (Hrsg. Hans-Georg Koch), Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 431 e s., CHRISTOPHER MICAELSEN, “From Stras-

A notícia veiculada pela comunicação social de raptos e de abusos sexuais de crianças, seguidos alguns de homicídio, gerou uma demanda subjetiva de segurança por parte da sociedade, muitas vezes devida mais à “pressão mediática” do que propriamente à realidade. “Criminalidade e medo da criminalidade marcam a contemporaneidade” e passaram a ter eco numa “política criminal de segurança”²⁹.

A legislação penal foi-se tornando mais severa, por obra do populismo punitivo e de uma perceção distorcida da insegurança da comunidade veiculada pelos meios de comunicação social. De um outro ângulo, pode afirmar-se que a ressonância comunitária da prática de crimes de certa natureza e gravidade foi arrastando o direito penal de tutela de bens jurídicos para um direito penal de proteção das vítimas³⁰. Das vítimas dos agressores sexuais, em geral, e dos abusadores sexuais de crianças, em especial, e, mais recentemente, dos terroristas e dos agressores em contexto doméstico, arrastando o direito penal do facto

bourg, with Love’ – Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* 12 (2012), p. 150 e ss., MARÍA ACALE SÁNCHEZ, “Medidas de seguridad postpenitenciarias en el código penal español; el movimiento de defensa social retro del siglo XXI”, in *Securitismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha, 2013, p. 141 e s., JOHANNA RINCEANU, “El futuro de la custodia de seguridad en Alemania”, in *Securitismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha, 2013, pp. 160 e s. e 168, e ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo a la vigésima primeira edición”, *Código Penal*, Tecnos, 2015, p. 20 e ss.

²⁹ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, em reflexão dirigida ao crime na sociedade globalizada, “Política criminal – Novos desafios, velhos rumos”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 207 e ss.

³⁰ Por referência ao direito penal brasileiro recente, note-se que a Lei n.º 13.104, de 9 de março de 2015, prevê que o homicídio contra a *mulher* por razões da condição de sexo feminino (feminicídio) passe a ser homicídio qualificado (artigo 121.º, § 2.º, VI, do Código Penal) e passe a integrar o elenco dos crimes hediondos; e que a Lei n.º 13.142, de 6 de julho de 2015, prevê alterações quanto ao homicídio qualificado, à lesão corporal e ao elenco dos crimes hediondos (artigos 121.º, § 2.º, VII, e 129.º, § 12, do Código Penal e 1.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990), quando a *vítima* seja certa *autoridade ou agente, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública*, no exercício da função ou em decorrência dela, ou o crime seja contra seu *cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau*, em razão dessa condição.

para um “direito penal de autores”. O poder político, do qual são esperadas respostas político-criminais fundadas, passou a oferecer-nos respostas que são apenas politicamente corretas, “político-criminalmente corretas”, assumindo até para o efeito, quantas vezes, o papel de criador da opinião pública. E “o que mais preocupa é este desconcerto, este populismo, esta incapacidade de se subir um pouco acima do rugir feroz com que as massas, em todos os tempos e em todas as circunstâncias, sempre clamam por um justicialismo que cheire a sangue, podridão e *voyeurismo*”³¹.

3.1. Na Alemanha, são reveladoras do novo direito penal da perigosidade a Lei de 26 de janeiro de 1998 contra *delitos sexuais e outros delitos perigosos* que eliminou o limite máximo de duração da medida de segurança de internamento, aplicando-se retroativamente, e que tornou mais fácil a imposição da medida relativamente a crimes violentos contra a integridade física e liberdade sexual; a Lei de 21 de agosto de 2002 que introduziu no Código Penal a *medida de segurança sob reserva*, para aqueles casos em que, no momento da condenação há dúvidas sobre a perigosidade do agente, diferindo-se por isso a decisão para a autoridade da execução, já depois de cumprida a pena (§ 66a – *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*); e a Lei de 23 de julho de 2004 que introduziu naquele Código a *medida de segurança retroativa, a posteriori*, que é ordenada já depois da condenação em pena e do cumprimento desta sanção, ainda por referência ao crime cometido, face à perigosidade do agente (§ 66b – *Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*)³².

Em França, constituem exemplo a Lei de 17 de junho de 1998

³¹ Cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Beccaria e o Direito Penal*, Coimbra Editora, 2015, p. 8.

³² Sobre esta evolução legislativa, JOHANNA RINCEANU, *loc. cit.*, p. 166 e ss. e EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, “Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho”, in *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, p. 175 e ss., e, ainda, os §§ 1 a 6 e 9 e s., I. A., da decisão do BVerfG, 2 BvR 2365/09, de 4 de maio de 2011 (cf. *infra* ponto 4.2.).

relativa à prevenção e à repressão de infrações sexuais e de proteção de menores, que introduziu medidas de vigilância, nomeadamente a vigilância eletrónica, e o seguimento socio-judicial, enquanto complementos da pena; a Lei de 9 de março de 2004 que criou, por via de uma alteração do Código de Processo Penal, um ficheiro automático de autores de crimes sexuais e de crimes violentos; a Lei de 12 de dezembro de 2005 sobre reiteração criminosa que transformou aquelas medidas em medidas de segurança e cujo âmbito de aplicação foi depois alargado pela Lei de 5 de março de 2007, com o objetivo de reforçar a luta contra a reincidência; e a Lei de 25 de fevereiro de 2008 que consagrou a atual prisão de segurança (*réention de sûreté*). Tendo como antecedente mais remoto uma lei de 1885, esta sanção passou a aplicar-se a agentes da prática de crimes violentos, em geral, depois da execução da pena, com fundamento em perigosidade avaliada por uma comissão pluridisciplinar cujo relatório é vinculativo para o juiz³³.

Em Espanha, saliente-se a Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho, que introduziu no Código Penal a medida de *liberdade vigiada* para imputáveis que cometessem crimes de terrorismo ou contra a liberdade sexual, a executar já depois de cumprida a pena; a redação, vigente desde 1 de julho de 2015, do artigo 106.º do Código Penal da qual decorre o alargamento do âmbito de aplicação desta medida de segurança³⁴; e a (re) introdução no artigo 33.º, n.º 2, alínea *a*), do Código Penal, nesta mesma data, da pena de prisão permanente revisível que mais não é do que uma pena de prisão perpétua³⁵.

³³ Sobre esta evolução legislativa, MIREILLE DELMAS-MARTY, *loc. cit.*, p. 19. e, ainda, o considerando 6. da Decisão n.º 2008-562 DC do Conselho Constitucional (cf. *infra*, ponto 4.1.).

³⁴ Sobre esta medida de segurança, cf. MARÍA ACALE SÁNCHEZ, *loc. cit.*, p. 132 e ss., CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley Penal*, 80, março 2011, p. 5 e s., e GEMA MARTÍNEZ MORA, *Alternativas jurídicas al tratamiento penal de la delincuencia habitual*, Bosch, 2015, p. 121 e ss.

³⁵ Sobre a introdução da pena de prisão permanente revisível, criticamente, JUAN ANTONIO LASCURAÍN, “Pena indigna y arbitraria”, *El mundo*, 2 de abril de 2015, e ENRIQUE

3.2. Em Portugal, o populismo punitivo não tem levado propriamente a entorses significativas do sistema sancionatório. Com uma tradição que remonta já a 1936, tem-se mantido a opção político-criminal por um sistema tendencialmente monista, de via única, que põe na sombra a perigosidade criminal dos delinquentes imputáveis condenados em pena de prisão de efetiva. O populismo punitivo português tem sido dirigido ao combate à violência doméstica, à corrupção, ao enriquecimento ilícito e ao terrorismo. E dá mostras de pretender o retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes – dos bons costumes. Encontramos exemplos muito recentes na punição de quem facilitar a viagem ou a tentativa de viagem para um território diferente do seu Estado de residência ou de nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista, bem como na punição de quem importunar outra pessoa, formulando propostas de teor sexual³⁶.

O populismo punitivo português têm-se dirigido, ainda em maior medida, contra agentes da prática de crimes sexuais contra crianças, para o que não terá sido indiferente o caso “Casa Pia” e todo um clima que se foi criando na Europa relativamente a estes crimes, com expressão em Decisões-Quadro e em Diretivas da União Europeia³⁷. As alterações têm ocorrido por via da criminalização de comportamentos que nos fazem duvidar da existência de um bem jurídico com dignidade penal e necessitado de pena, como, por exemplo, o comportamento de quem apenas *detiver* fotografia, filme ou gravações pornográficos em que seja

GIMBERNAT ORDEIG, *loc. cit.*, p. 20 e ss.

³⁶ Cf., respetivamente, o artigo 4.º, n.º 12, da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, na redação da Lei n.º 60/2015, de 24 de junho, e o artigo 170.º do Código Penal, na redação da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto. Sobre a proteção de uma conceção de moral sexual no direito penal vigente, ANABELA RODRIGUES, *loc. cit.*, p. 438 e ss.

³⁷ Cf., nomeadamente, a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da União Europeia, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil e a Diretiva 2011/93/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

utilizado *menor* ou de quem *detiver* material pornográfico com *representação realista de menor*, com o propósito de o ceder, designadamente quando se trate de pedopornografia aparente ou totalmente virtual (artigo 176.º, n.ºs 3 e 4, do Código Penal)³⁸; através de uma antecipação da tutela penal, tipificando novos comportamentos como, por exemplo, o de *aliciamento de menores para fins sexuais* (artigo 176.º-A, do Código Penal) e alargando os casos em que a tentativa é punível (artigos 171.º, n.º 5, 172.º, n.º 4, 173.º, n.º 3, do Código Penal); por força da agravação dos limites das penas principais e acessórias, da eliminação da pena de multa principal alternativa e da introdução de penas acessórias de aplicação automática (artigos 172.º, n.º 3, 173.º, n.ºs 1 e 2, 174.º, n.ºs 1 e 2, 175.º, n.º 1, 69.º-B, e 69.º-C do Código Penal)³⁹; por via da consagração da regra, segundo a qual, nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de *menores*, o procedimento criminal não se extingue, por efeito de prescrição, antes de o ofendido perfazer 23 anos (artigo 118.º, n.º 5, do Código Penal); por intermédio do alargamento do prazo do cancelamento do registo criminal para 25 anos, quando o prazo geral mais longo é de 10 anos⁴⁰; e, ainda, através da criação de um *registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor*⁴¹.

Os traços mais marcantes deste sistema de registo são os seguintes: a inscrição após o cumprimento da pena ou da medida de segurança tem uma duração de 5, 10, 15 ou 20, consoante a gravidade ou a natureza da pena, sem possibilidade de cancelamento antecipado, ressalvada a morte do agente (artigos 11.º e 13.º, n.º 3); durante este período, o condenado tem o dever de comunicar anualmente o local de residência e o domicílio

³⁸ Sobre isto, MARIA JOÃO ANTUNES/CLÁUDIA SANTOS, *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, § 14.

³⁹ Sobre as novas penas acessórias, MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, nota 23, p. 39 e s.

⁴⁰ Cf. artigos 4.º da Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, e 11.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 37/2015, de 5 de maio.

⁴¹ Cf. o artigo 4.º da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

profissional, bem como a alteração da mesma ou a ausência do domicílio por período superior a 5 dias, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal (artigos 13.º, n.º 1, e 14.º, n.º 1); a informação constante do registo pode ser acedida por magistrados judiciais e do ministério público, por entidades policiais, pela Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais e por Comissões de Proteção de Jovens e Crianças (artigo 16.º, n.º 1); os cidadãos que exerçam responsabilidades parentais sobre menor até aos 16 anos, alegando situação concreta que justifique um fundado receio de que na área de residência ou na área em que o menor frequenta atividades paraescolares ou nas imediações do estabelecimento de ensino frequentado pelo menor, resida, trabalhe ou circule habitualmente pessoa que conste do registo, podem requerer à autoridade policial da área da sua residência a confirmação e averiguação dos factos que fundamentem esse fundado receio sem que lhe seja facultado, em caso algum, o acesso à identidade e morada da (s) pessoa (s) inscrita (s) no registo (artigo 16.º, n.º 2); o sistema de registo aplica-se a todos quantos tenham antecedentes criminais relativamente aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor e, portanto, ainda que as *condenações* por estes crimes já tenham ocorrido (artigos 2.º, n.º 1, e 8.º, n.º 2).

O regime legal deste registo mostra com clareza que está orientado para a censura de certo *tipo de crimes* – crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual – para a estigmatização de certo *tipo de autores*⁴² – os abusadores sexuais que se tornarão *visíveis* numa lógica de *reintegração*

⁴² Desta forma é contrariada a proposição político-criminal, fundada tanto na vertente social como na vertente liberal da ideia de Estado de direito material, de que a pena constitua um instrumento liberto, em toda a medida possível, de efeito estigmatizante. Assim, FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 43, 1983, p. 33 e ss. Com razão, JOSÉ DE FARIA COSTA, *ob. cit.*, nota 31, p. 8 assinala que, neste caso, “o que está aqui em causa não é sequer o efeito estigmatizante da pena é muito mais, muitíssimo mais do que isso. É coisa diferente. É a estigmatização que está para lá da pena”.

por via da humilhação⁴³ – e para a proteção de certo tipo de vítimas – crianças e jovens, numa lógica de maximização da segurança que só aparentemente deixa espaço para uma ideia de reinserção social⁴⁴. Não obstante ser apregoado pelo legislador que, além de auxiliar a investigação criminal, o sistema de registo visa o acompanhamento da *reinserção do agente na sociedade*, obedecendo ao *princípio do interesse superior das crianças e jovens*, em ordem à concretização do interesse destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso (artigo 3.º). Numa confusão manifesta entre *reinserção do agente na sociedade* e *vigilância do agente em sociedade*, tornando-o *visível*⁴⁵.

4. É neste contexto que é já identificável jurisprudência constitucional significativa.

4.1. Em 2 de março de 2004, o Conselho Constitucional decidiu, relativamente ao ficheiro judicial automático de autores de crimes sexuais e de crimes violentos, que entrou depois em vigor em 30 de junho de 2005, que a obrigação de dar a conhecer periodicamente o local de domicílio ou residência não é uma sanção, mas sim uma medida de polícia destinada a prevenir a reiteração criminosa e a facilitar a identificação dos autores dos crimes em causa; que a finalidade do ficheiro torna necessário o controlo continuado da residência dos inscritos; e que a obrigação que impende sobre os inscritos não constitui um rigor não necessário no sentido do que dispõe o artigo 9.º da Declaração

⁴³ Pedimos de empréstimo a John Braithwaite a expressão “reintegrative shaming”. Sobre isto, no contexto da justiça restaurativa, CLÁUDIA SANTOS, *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, 2014, p. 365 e ss.

⁴⁴ Neste sentido, ALBERTO ALONSO RIMO, “La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito (a propósito de los registros públicos de maltratadores y de delincuentes sexuales)”, in *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, pp. 562 e s. e 568 e ss.

⁴⁵ Sobre os diferentes caminhos que têm sido defendidos e seguidos para tornar o sistema criminal e os agentes da prática dos crimes mais visíveis para o público, particularmente no que toca à divulgação das condenações junto da comunidade, TERRY THOMAS/DAVID THOMPSON, “Making offenders visible”, *The Howard Journal Crime and Justice*, vol. 49, 4, september, 2010, p. 340 e ss.

Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O Conselho Constitucional ponderou a natureza e a gravidade das infrações, as garantias quanto à utilização e consulta do ficheiro e a exigência de intervenção de autoridade judicial e concluiu no sentido de as normas em questão não serem manifestamente desproporcionadas, assegurando o respeito pela vida privada e a salvaguarda da ordem pública⁴⁶.

Em 21 de fevereiro de 2008, o mesmo Conselho Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade da *Lei sobre a prisão de segurança e a declaração de irresponsabilidade penal por perturbação mental* de 25 de fevereiro de 2008. E decidiu então que eram contrárias à Constituição as normas que permitiam a aplicação da prisão de segurança aos que foram condenados antes da publicação da lei e aos que seriam condenados já depois, relativamente a factos praticados anteriormente. A prisão de segurança não é uma pena nem tão pouco uma sanção com caráter de punição. Não pode, porém, ser aplicada retroativamente, atendendo à sua natureza privativa da liberdade, ao tempo que pode durar, à possibilidade de ser prolongada ilimitadamente e à circunstância de ser imposta já depois do tribunal ter proferido a condenação⁴⁷.

4.2. Em 4 de maio de 2011, o Tribunal Constitucional alemão decidiu quatro queixas, incidindo todas elas sobre o regime legal da medida de segurança de internamento que acresce à condenação em pena, aplicável no âmbito de um sistema sancionatório dualista.

Contrariando o decidido em 2004, o Tribunal decidiu que o § 67d.3 do Código Penal, ao não prever qualquer limite máximo de duração do internamento, por o mesmo ter sido eliminado pela lei de 1998, e a norma que permitia a aplicação da lei nova aos crimes praticados antes

⁴⁶ Cf. Decisão n.º 2004-492 DC, disponível em www.conseil-constitutionnel.fr, concretamente os considerandos 72. e ss. É a Lei n.º 2004-204 que cria o *fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*, aditando os artigos 706-53-1 a 706-53-12 ao Código de Processo Penal.

⁴⁷ Cf. Decisão n.º 2008-562 DC, disponível em www.conseil-constitutionnel.fr, concretamente os considerandos 2. a 10.

da sua entrada em vigor violavam o artigo 2.º, n.º 2, segunda parte, em conjugação com o artigo 104.º, n.º 1, da Lei Fundamental – violação do direito à liberdade pessoal – e o artigo 2.º, n.º 2, segunda parte, em conjugação com o artigo 20.º, n.º 3, da Lei Fundamental – violação da proteção da confiança (*Vertrauensschutz*). Decidiu, ainda, que o § 66b.2 do Código Penal, ao prever a imposição retroativa, *a posteriori*, da medida de segurança de internamento (*Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*), e a norma que a permitia a aplicação deste tipo de medida aos crimes praticados antes da entrada em vigor da lei nova violavam, de igual modo, o direito à liberdade pessoal e a proteção da confiança⁴⁸.

A fundamentação da decisão de 4 de maio de 2011 alicerça-se em cinco linhas essenciais: a medida de segurança de internamento constitui uma restrição grave do direito à liberdade que só o princípio da proporcionalidade pode justificar por referência à necessidade de segurança da sociedade; a legitimação constitucional das penas e das medidas de segurança é distinta – de um lado, o princípio da culpa fundado na dignidade da pessoa humana e, de outro, o princípio do interesse preponderante, segundo o qual a medida de segurança só é legítima se o interesse público na segurança superar o direito à liberdade da pessoa; o legislador tem de cumprir o imperativo constitucional de diferenciação destas duas sanções, diferenciando-as também na fase de execução; o regime legal da medida de segurança de internamento deve ter um objetivo claramente terapêutico – diminuir ou eliminar a perigosidade do condenado – reduzindo desta forma ao mínimo necessário o período de privação da liberdade; a confiança constitucionalmente protegida é abalada com a aplicação retroativa da lei nova que elimina o prazo máximo de duração da medida de segurança, por ser excedido o limite máximo de dez anos de duração da privação da liberdade previsto no momento da condenação, bem como com a aplicação da lei nova que

⁴⁸ Cf. BVerfG, 2 BvR 2365/09, disponível em www.bundesverfassungsgericht.de.

cria a medida de segurança retrospectiva, *a posteriori*, por a privação da liberdade não cessar afinal com o cumprimento da pena.

5. Os novos desafios da jurisdição constitucional passam por incriminações novas (e outras já antigas) que testam os parâmetros de controlo que têm vindo a ser identificados; por consequências jurídicas novas, quantas vezes fruto da falta de rigor dogmático do legislador, que testam o âmbito da denominada constituição penal, por voltar a ser pertinente traçar a fronteira entre medidas de polícia e medidas de segurança; pelo retorno à opção por um sistema sancionatório dualista, que ao reintroduzir o tema da diferenciação entre pena e medida de segurança, testa a legitimidade dual da intervenção penal; e por regras de aplicação da lei penal no tempo que testam princípios estruturantes do Estado de direito como o princípio da confiança e o princípio da legalidade.

Face a estes novos desafios, da jurisdição constitucional de um Estado de direito deve continuar a esperar-se que o cidadão seja protegido não apenas *através* do direito penal, mas também *perante* o direito penal⁴⁹.

⁴⁹ Assim, CLAUS ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 1992, p. 67.

Novos Rumos na Prevenção e Repressão da Corrupção (das novidades no direito penal aos problemas para o processo penal)

Cláudia Cruz Santos

Universidade de Coimbra, Portugal¹

Resumo: A crescente compreensão da danosidade social da corrupção, num contexto de crise económica, pressiona a justiça penal no sentido de garantir uma resposta punitiva mais eficaz. Daqui pode resultar, porém, uma excessiva desprotecção dos direitos fundamentais dos intervenientes no processo, com prejuízo para a concordância prática das finalidades conflituantes do processo penal.

Palavras Chave: Corrupção; finalidades do processo penal; investigação; prazos; prisão preventiva.

Abstract: The social alarm associated with crimes of corruption, in a context of economic crisis, is pressing criminal justice towards a more effective punitive response. Here may result in excessive compression of fundamental rights, which causes damage to due process.

Keywords: Corruption; due process; investigation; deadlines; preventive detention.

1. Notas preliminares sobre o alargamento das margens de punibilidade da corrupção (ou as novidades no direito penal)

Temos assistido nos últimos anos, em Portugal, a sucessivas alterações legislativas no domínio das incriminações da corrupção. De facto, para além das alterações de regime vertidas na modificação de

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Perita do Grupo de Estados contra a Corrupção, do Conselho da Europa, entre 2007 e 2013. Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

normas já existentes, surgiram verdadeiras neocriminalizações. Assim, à incriminação da corrupção de agentes públicos *nacionais* – funcionários e titulares de cargos políticos – vieram juntar-se vários outros tipos legais de crime (atinentes à corrupção de agentes públicos *estrangeiros*, à corrupção no *sector privado* ou à corrupção no *fenómeno desportivo*), que não são compreensíveis na perspectiva – velha de tantos e tantos lustres – da corrupção como *criminalidade no Estado e contra o Estado*.

A primeira imagem que se tem quando se olha para os novos regimes penais da corrupção é a de *extensão das margens incriminadoras* ou de endurecimento do sistema repressivo *no plano legal* – o que não significa necessariamente, note-se, um aumento da eficácia na detecção e na punição dos crimes de corrupção existentes a que possa associar-se o pretendido efeito preventivo orientado para a diminuição da mancha daquela criminalidade.

Aquele endurecimento do sistema punitivo penal da corrupção – revelado sobretudo nas neocriminalizações, na agravação das molduras penais ou na adopção de técnicas de construção do tipo legal que alargam as margens da punibilidade – é justificável a partir de vários vectores. Existem, porém, dois segmentos explicativos que se julgam fundamentais: (I) a crescente compreensão comunitária da danosidade da corrupção e a conseqüente demanda de maior eficácia na sua repressão; (II) as imposições em matéria de combate à corrupção geradas por instrumentos internacionais.

Durante muito tempo, os danos inerentes à corrupção foram desvalorizados por força da atribuição daquela criminalidade essencialmente à realidade dos países subdesenvolvidos. Sob esta perspectiva, “a corrupção era associada a formas de imaturidade política e económica que o progresso educacional e social iria ultrapassar”². Esta concepção entrou no mais absoluto declínio quando muitos dos mais

² Cfr. ROBERT WILLIAMS, *Explaining Corruption*, An Elgar Reference Collection, p. ix, 2000.

desenvolvidos países do mundo ocidental começaram a ser abalados por sucessivos escândalos ligados a fenómenos de corrupção. Passou a aceitar-se, pela força de tais manifestações criminais, a existência de significativas imperfeições nos sistemas democráticos³ e a questionar-se aquela que seria a sua alegada “marcha triunfal” posterior à queda do muro de Berlim⁴.

Com força crescente a partir dos anos oitenta do século passado, entrou definitivamente em crise a ideia de que a corrupção podia não ser desvantajosa, sob o ponto de vista económico, na medida em que seria necessária como “motor de arranque” para os sistemas administrativos dos países menos desenvolvidos, imobilizados pela burocracia e outros tradicionais factores de inércia. Na mais próxima contemporaneidade,

³ Parecem, porém, dever continuar a afirmar-se as vantagens da democracia no que respeita à menor incidência da corrupção. Nesse sentido – procurando demonstrar que mais democracia equivale, regra geral, a menos corrupção –, vejam-se, a título de exemplo, os estudos de DANIEL TREISMAN [“The causes of corruption: a cross-national study”, in *Journal of Public Economics*, 76, 3, (2000) p. 399 ss] ou de TORSTEN PERSSON/GUIDO TABELLINI (*The economic effects of Constitutions*, Cambridge, MA: MIT Press, 2005). Todavia, com interesse para o aprofundamento deste ponto, LUÍS DE SOUSA/JOÃO TRIÃES (*Corrupção e os portugueses – atitudes, práticas e valores*, RCP Edições, 2008, ps. 13-14) entendem que “o optimismo das teorias da modernização, que defendiam uma gradual redução do fenómeno à medida que as instituições do Estado de Direito se vão consolidando e os detentores de cargos públicos/eleitos, assim como os cidadãos em geral, vão interiorizando *standards* de ética que definem e regulam o exercício de funções públicas, não parece ter correspondência com a realidade observável na Europa. Não existe automaticidade neste processo. De facto, as teorias da Democracia parecem indicar que à medida que os regimes democráticos se consolidam e as práticas e procedimentos se tornam rotineiros, os cidadãos podem finalmente seguir com as suas vidas, tornando-se mais confiantes na actuação das suas instituições. Até que ponto essa confiança desinteressada não se torna disfuncional para o próprio desempenho das instituições, tornando os cidadãos demasiado permissivos e pouco responsáveis, é algo que nos compete analisar”.

⁴ A expressão é usada por DONATELLA DELLA PORTA/YVES MÉNY, em *Démocratie et corruption en Europe*, Éditions la Découverte, Paris: 1995, p. 9. Também com interesse sob este ponto de vista, cfr. ROBERT WILLIAMS/JONATHAN MORAN/RACHEL FLANARY, *Corruption in the Developed World*, An Elgar Reference Collection, 2000.

inversamente, florescem os estudos vocacionados para a demonstração do enorme *desvalor económico da corrupção*.

Em 2001, houve uma alteração legislativa muito significativa do regime da corrupção de agentes públicos em Portugal⁵. Com essa alteração legislativa procurou-se assegurar mais eficácia à repressão da corrupção, eliminando algumas dificuldades probatórias. Para isso:

- a. eliminou-se da letra da lei a referência a “contrapartida”;
- b. criminalizou-se expressamente a corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido;
- c. equiparou-se quase totalmente o regime da corrupção aplicável a políticos e a funcionários.

Este regime jurídico da corrupção sem prova do acto (introduzido quer para os funcionários quer para os políticos e que hoje se denomina crime de *Recebimento Indevido de Vantagem*) colocou-nos na frente do pelotão dos países com soluções mais punitivas da corrupção, na medida em que a legislação penal da maioria dos países continua a exigir um certo grau de prova quanto ao acto concreto pretendido pelo corruptor e mercadejado pelo corrupto.

Posteriormente, em 2010, os regimes jurídicos da corrupção de agentes públicos – funcionários e titulares de cargos políticos – foram objecto das alterações introduzidas, respectivamente, pela Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e pela Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro, que entraram em vigor no início de Março de 2011⁶. Apesar de inexistirem

⁵ Sobre esta alteração, vd. Cláudia SANTOS, “A Corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns distintos entendimentos da Doutrina, da Jurisprudência e do Legislador”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁶ Sobre o assunto, cfr. Cláudia SANTOS, “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma”)), *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*”, Coord. Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra Editora/CEJ, 2011, p. 9 ss.

alterações significativas ao nível da conformação estrutural dos tipos de ilícito de corrupção e da subsistência da possibilidade de se continuarem a autonomizar as três modalidades de corrupção (própria, imprópria e sem demonstração do acto pretendido) isso não significa que não haja nenhuma novidade no regime jurídico resultante da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro. Tais novidades têm, porém, dimensão muito menor do que a um primeiro olhar se poderia supor.

Em primeiro lugar, salta à vista uma mudança ao nível da sistemática. De forma coerente com a estrutura adoptada em outros capítulos e secções do Código Penal, o legislador opta pela previsão em primeiro lugar da incriminação simples ou matricial, que no caso é o recebimento indevido de vantagem (ou, como se julga preferível, a corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido), logo no artigo 372.º, descrevendo-se no seu n.º 1 a forma passiva e no seu n.º 2 a forma activa. A corrupção passiva com demonstração do acto concreto pretendido passa a estar prevista no artigo 373.º, referindo-se o n.º 1 à corrupção passiva própria e o n.º 2 à corrupção passiva imprópria. A corrupção activa permanece tratada no artigo 374.º, a própria no n.º 1 e a imprópria no n.º 2.

Não obstante o facto de se ter mantido a diferenciação daquelas modalidade de corrupção, reconhece-se que a importância prática dessa diferenciação se atenuou, tendo em conta a agravação das molduras penais da corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido (a partir de 2010, “recebimento indevido de vantagem”) e da corrupção imprópria.

Uma outra novidade é a de que todas as molduras penais foram agravadas – mesmo a da corrupção passiva própria, cujo limite máximo se manteve nos 8 anos de prisão – em função do disposto no artigo 374.º-A, que remete para os conceitos de “valor elevado” e de “valor consideravelmente elevado” do artigo 202.º do CP. O legislador parece ter querido distinguir, através desta agravante geral, as hipóteses das

denominadas “pequena”, “média” e “grande” corrupção.

O reconhecimento de que a relevância prática da distinção entre corrupção própria e imprópria se atenuou (tendo em conta a aproximação das molduras penais) não significa, porém, que o aplicador possa eliminar as exigências específicas de cada uma delas, nomeadamente através do muitíssimo questionável entendimento de que a corrupção seria para acto ilícito sempre que o agente público fosse determinado pela vantagem (opinião que vingou em algumas decisões condenatórias por corrupção, ainda que viesse depois a ser contrariada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, nomeadamente no Acórdão de 18.04.2013 – Processo 180/05.9JACBR.C1.S1). Em tal entendimento (aquele que neste Acórdão, fundadamente, se rejeitou) ia implícita a desconsideração de que na corrupção passiva própria se exige um *plus*: *o acto ou omissão mercadejados, em si mesmos desconformes com os deveres do cargo*. Aquilo que se deve vincar é que, inerente àquela linha de pensamento segundo a qual haveria corrupção passiva *para acto ilícito* sempre que o agente, mesmo que no âmbito legítimo da sua actuação, se deixasse determinar pelo suborno, existia um vício inultrapassável. Este consistia em assim “fazer caber” logo na corrupção mais grave toda e qualquer situação de corrupção, na medida em que lhe é sempre inerente uma determinação do agente público pela vantagem, para si ou para terceiro. Aquilo que se quer significar é que é intrínseco a qualquer corrupção passiva que o agente público que mercadeja com o cargo esteja “determinado pela vantagem”. Não se pode, portanto, eleger como critério que determina a subsunção na norma incriminadora mais grave — a corrupção passiva própria — um elemento que, à partida, é *comum* a toda a corrupção passiva. Sendo, por isso, insusceptível de ser erigido em critério diferenciador das suas várias modalidades. Dito da forma simples: a adoptar-se como critério para a existência de *corrupção para acto ilícito* o facto de o agente público se ter determinado pela vantagem, tal obrigaria a concluir que toda e qualquer corrupção para acto determinado seria para acto ilícito. Precisamente porque é inerente a toda a corrupção

– e não apenas à mais grave – o facto de o agente ser determinado pela vantagem que o leva a mercadejar com o seu cargo. Aquele tratava-se, portanto, de entendimento que não podia ser sufragado. Considerar o contrário — considerar que a corrupção era para acto ilícito sempre que o agente público fosse determinado pela vantagem — significava, além do mais, uma confusão entre distintos elementos típicos, uns de índole objectiva e outros de natureza subjectiva.

Retornando, porém, à enunciação das novidades no regime jurídico da corrupção de agentes públicos em Portugal, há um outro aspecto que cumpre evidenciar, até porque ainda a ele se retornará a propósito de um outro segmento da reflexão: *alargou-se* com a Lei n.º 32/2010 *para 15 anos o prazo de prescrição do procedimento criminal relativo a todos estes crimes de corrupção*, ainda que o limite máximo da sua moldura penal não seja superior a 10 anos de prisão⁷.

2. A reacção da justiça penal à corrupção (o direito processual penal entre a necessidade de descoberta da verdade e o imperativo de não desprotecção excessiva dos direitos fundamentais do arguido)

Em Portugal, mas também no Brasil, a existência de processos em que se investigam crimes de corrupção imputados a agentes especialmente poderosos (no plano económico e/ou no plano político) fez com que os meios de comunicação social tivessem passado a outorgar grande espaço a este tema. Simultaneamente, em tempos que têm sido de crises (também económico-financeiras), os cidadãos tornam-se sensíveis ao argumento de que a corrupção é a catástrofe social responsável pelas maiores dificuldades do seu dia-a-dia. A justiça penal, confrontada com o desapontamento das pessoas potenciado por

⁷ Cfr. a redacção dada ao artigo 118.º, n.º 1, al.) do CP. Compreende-se mal a inclusão do artigo 374.º-A no catálogo dos crimes cujo prazo de prescrição do procedimento criminal é de 15 anos, já que não se pode considerar prevista nesse artigo uma verdadeira norma incriminadora.

tais dificuldades e “espicaçada” por aquela comunicação social que exige que se “cortem cabeças” para que se faça justiça, começa a correr riscos. Um dos principais é o risco de querer responder às demandas dos cidadãos e da comunicação social (que se vão potenciando numa espiral sempre crescente) garantindo uma eficácia da resposta punitiva mesmo que à custa de um esbatimento da protecção dos direitos fundamentais dos arguidos (e não só).

Confrontadas com a generalização de um discurso que responsabiliza os agentes públicos corruptos pela subida dos impostos ou pela existência de menos escolas e hospitais públicos, as instâncias formais de controlo contam ademais com uma fonte de legitimação para certas medidas excepcionais. A ideia forte é a seguinte: se os crimes de corrupção têm especificidades que causam dificuldades acrescidas à investigação, será porventura de se admitir uma investigação também especial. Ou seja: se queremos investigar a corrupção com a maior eficácia possível, poder-se-ão admitir alguns procedimentos excepcionais. Mas, considerando-se que a resposta possa ser pelo menos parcialmente positiva, que procedimentos são esses e que limites deverão ter? Procurarei evidenciar algumas dessas especificidades dos crimes de corrupção para depois olhar para algumas tendências justificadas pela necessidade de enfrentar de modo eficiente as dificuldades causadas por tais especificidades.

Sob o ponto de vista criminológico, a corrupção pode ser classificada como crime sem vítima (na modalidade de crime de vítima abstracta), na medida da existência frequente de um pacto entre o corrupto e o corruptor, desconhecido por outros, sendo que ninguém se identifica como vítima⁸. Acontece, ademais, em espaços de privacidade e reserva. Ora, é sabido que a actuação das instâncias formais de controlo é em regra mais reactiva do que pró-activa. Na corrupção não há, em regra, ninguém que reclame uma resposta punitiva do Estado. Ou seja: impõe-se uma actuação mais pró-activa, sob pena de não se compreender

⁸ Cfr. Edwin SCHUR, *Crimes without victims*, New Jersey: Aspectrum Books, 1965.

sequer que existe algo a justificar uma investigação.

A natureza subtil da corrupção é evidenciada no excerto de um conto de Carlos Eduardo Magalhães chamado “Futuro”: “Manuel (...) tem apenas uma vaga noção do que lhe aconteceria se tivesse ido ao encontro. Tivesse ido e conheceria a mulher estonteante que Carlos contratara. Teria tomado do melhor champanhe, comido da melhor comida. Riria muito das piadas de Carlos, sujeito simpático à beça. Sorriaria um pouco sem graça dos elogios endereçados a ele (...). E quando Carlos o convidasse para jogar bola em seu sítio, com cantor sertanejo famoso, com ex-jogador da selecção, não conseguiria recusar. Jogando tênis, num sábado, perguntaria o porquê do abatimento do amigo. Carlos, hesitante, diria que precisava de um favor, porém não achava certo incomodá-lo, fazer que se arriscasse. Dois dias de insistências para Carlos revelar: precisava de cópias das propostas das outras empresas”⁹.

A isto acrescem outras dificuldades específicas, relacionadas com a técnica legislativa adoptada: a descoberta do crime é com frequência muito posterior à consumação, na medida em que se prescinde, como elementos típicos indispensáveis, da prática do acto mercadejado ou da efectiva transferência da vantagem. A corrupção passiva consuma-se com o pedido ou a aceitação do suborno pelo agente público e a corrupção activa com a promessa ou a entrega da vantagem (chegando, tais manifestações de vontade, ao conhecimento dos seus destinatários)¹⁰. Esta antecipação da tutela, justificada pelo intuito de eliminar dificuldades

⁹ Cfr. “Futuro”, Carlos Eduardo Magalhães, *Corrupção – 18 contos*, org. Rodrigo Pentead, Ateliê Editorial/Transparência Brasil, 2002.

¹⁰ Cfr., por todos, António Manuel de Almeida COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 683. No que respeita à corrupção passiva, afirma-se que ela “só se consuma no momento em que a solicitação ou a aceitação do suborno, por parte daquele último (o funcionário) chegam ao conhecimento do destinatário”. Quanto à corrupção activa, exige-se para a sua consumação que “a proposta de suborno ou a anuência à sua prévia solicitação cheguem ao conhecimento do funcionário”.

probatórias, suscita porém alguns engulhos quando existam actos muito posteriores ao pacto mas que desencadeiam a investigação. Estará essa investigação ainda em prazo?

Elencadas algumas das dificuldades invocadas para defender a excepcionalidade da investigação dos crimes de corrupção, importa que sejam sujeitas a uma reflexão problematizadora algumas tendências que, diz-se, visam ultrapassar tais engulhos, favorecendo a almejada eficácia.

3. A descoberta do crime e o início da investigação: soluções tendentes ao seu favorecimento (Como descobrir o crime?)

Uma das primeiras medidas orientadas para facilitar a descoberta do crime é a protecção dos denunciantes.

Com esse propósito, alterou-se recentemente a Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril através da Lei 30/2015, de 22 de Abril, passando a dispor-se no seu artigo 4.º que: “1. *Os trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado, assim como os trabalhadores do sector privado, que denunciem o cometimento de infracções de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas não podem, sob qualquer forma, incluindo a transferência não voluntária ou o despedimento, ser prejudicados.(...) 3.—c) Beneficiar, com as devidas adaptações, das medidas previstas na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, que regula as medidas para a protecção de testemunhas em processo penal*”.

Por outro lado, foram criadas (ainda que com uma redacção que suscita muitas dúvidas) as normas de direito premial constantes do artigo 374.º - B do Código Penal, que contemplam com a dispensa ou a atenuação das pena várias hipóteses de colaboração.

Sob outra perspectiva, uma certa ideia de favorecimento do processo, com um alargamento da participação mesmo daqueles que se não podem considerar ofendidos em sentido estrito, resulta da possibilidade de constituição de assistente, nos termos do art. 68.º, n.º 1,

alínea e) do Código de Processo Penal.

Finalmente, a admissibilidade das investigações criminais encobertas – nos termos da Lei n.º 101/2001, art. 2.º, al. n) – constitui um outro vector de limitação dos direitos fundamentais do arguido em nome da eficácia da realização da justiça. E o mesmo sucede com a aplicabilidade dos regimes especiais de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado previstos na Lei n.º 5/2002, de 11.01. A excepcionalidade deste regime particularmente severo é dificilmente compatível com a sua admissão no âmbito dos processos atinentes a crimes de corrupção activa e passiva que não sejam manifestação de uma criminalidade organizada. Este é um problema suscitado pelo n.º 2 do artigo 1.º, cujo teor literal é passível de dúvidas interpretativas, ainda que mal se compreenda a admissibilidade de expedientes tão gravosos e excepcionais mesmo para as formas de corrupção menos graves e não praticadas de forma organizada.

4. Os problemas do tempo para a investigação

A afirmação da complexidade e da opacidade dos crimes de corrupção surge com frequência associada ao entendimento de que as instâncias formais de controlo carecem de mais tempo para os investigar. O problema dos limites temporais para a investigação põe-se, porém, sobretudo em dois planos: o do prazo de prescrição do procedimento criminal; o da duração máxima da fase de investigação (em Portugal, a fase de inquérito do processo penal).

4.1. O momento da consumação e o prazo de prescrição do procedimento criminal

O primeiro aspecto do qual ressalta a aceitação de um tempo excepcionalmente longo durante o qual se pode iniciar a investigação de crimes de corrupção prende-se com o regime da prescrição do procedimento criminal. Como antes se já afirmou, *alargou-se* com a Lei n.º 32/2010 *para 15 anos o prazo de prescrição do procedimento criminal relativo*

a todos os crimes de corrupção, ainda que o limite máximo da sua moldura penal nunca seja superior a 10 anos de prisão

Adopta-se este prazo máximo de prescrição, sublinhe-se, mesmo para aquelas modalidades menos graves de corrupção. O legislador parece ter tido em conta o carácter residual destas normas, por um lado (um processo iniciado com base numa suspeita de corrupção própria pode desembocar na demonstração apenas de uma solicitação indevida de vantagem, sendo que as instâncias formais de controlo geriram o tempo do processo na suposição da existência de uma forma de corrupção mais grave e mais severamente punida). Por outro lado, reconhece-se que o facto de a consumação ocorrer com o mero pedido ou a mera oferta da vantagem conhecidos pelos seus destinatários, porventura em momento muito anterior à prática do acto ou à transferência da vantagem que com frequência desencadeiam a suspeita e originam o inquérito, poderia, em alguns casos, tornar já prescrito o procedimento pelo crime que só agora se descobriu. Estes argumentos pareciam convergir na conclusão da necessidade de alargamento dos prazos prescricionais, conclusão essa que o legislador de 2010 terá assumido.

Ainda que se admita tal solução – o que já é, por si só, bastante questionável, parecendo difícil a justificação de que o prazo de prescrição do procedimento criminal seja o mesmo num crime de homicídio qualificado ou num crime de corrupção activa para acto lícito, sendo que ademais, relativamente a esta, aquele prazo de prescrição é muitíssimo superior ao limite máximo da pena aplicável –, aquilo com que se já não pode transigir é com a ideia de que afinal os crimes de corrupção não se consumariam com o pedido ou a oferta da vantagem conhecidos pelos destinatários, tratando-se antes de um “*crime de consumação continuada*”. Esta foi a posição sustentada no Acórdão do STJ de 30.10.1997 (relativo a um caso de corrupção no desporto), no qual se entendeu que apesar de a corrupção ser um “*crime de natureza formal ou de consumação antecipada*”, naqueles casos em que “*a promessa se concretiza passado certo tempo, é correcto,*

do ponto de vista teleológico e normativo-naturalístico, dizer-se que o crime se consuma continuamente até à entrega da vantagem indevida”. De forma simplificada, aquilo que nesta decisão se sustenta é o seguinte: se só houver pedido ou aceitação da vantagem, há consumação nesse momento do crime de corrupção passiva. Se depois disso se derem outros acontecimentos, como a prática do acto mercadejado ou o recebimento da vantagem, o crime continua a consumir-se, sempre e continuamente até ao último desses momentos.

Um tal entendimento é inaceitável por várias razões¹¹. Em primeiro lugar, corresponde, sem fundamento dogmático e, porventura pior, sem fundamento legal, à criação de uma nova categoria (a do crime de consumação continuada) que desfavorece o arguido, em manifesta violação desde logo do princípio da legalidade. Se não temos aqui, manifestamente, nenhuma hipótese de crime continuado¹² nem de crime duradouro¹³, como pode criar-se *ex novo* uma categoria que retarda

¹¹ Para uma crítica de tal entendimento, já em 2003, cfr. Cláudia SANTOS, “A Corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns distintos entendimentos da Doutrina, da Jurisprudência e do Legislador”, *Libet Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 979 ss.

¹² A definição de crime continuado, dada desde logo no artigo 30.º, n.º 2 do CP (“*Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente*”) não permite dúvidas quanto à insusceptibilidade de, a este propósito, ser invocado.

¹³ Na clara definição de Jorge de FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 314), o crime duradouro, “também chamado, embora com menor correcção, *permanente*”, existe “quando a consumação se prolongue no tempo, por vontade do autor. Assim, se um estado antijurídico típico tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal for vontade do agente, que tem a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas, o crime será duradouro”. O Autor acrescenta que “nestes crimes a consumação, anote-se, ocorre logo que se cria o estado antijurídico: só que ela *persiste* (ou *dura*) até que um tal estado tenha cessado”. Não é, como parece claro, o caso da corrupção, antes subsumível nos crimes instantâneos (aqueles em que, ainda segundo FIGUEIREDO DIAS, “a consumação (...) se traduz na realização de um acto ou na produção de um evento cuja duração seja instantânea”).

o momento da consumação do crime? Pior, que o retarda contra a letra da lei, na medida em que a mais singela análise dos tipos incriminadores da corrupção faz concluir pela existência de crimes instantâneos? O que nos remete para o segundo argumento: ao limitar ao mínimo os elementos do tipo objectivo dos crimes de corrupção, o legislador fê-lo seguramente para facilitar a punição, alargando o âmbito de aplicação da norma. Ou seja: deixou claro que, para eliminar dificuldades probatórias, não se exige a ocorrência efectiva do acto mercadejado ou a transferência da vantagem para se considerar consumado um crime de corrupção. Se assim é porque convém à realização da justiça, não pode depois entender-se que assim já não é quando, por força de outras circunstâncias, já não convém. Em terceiro lugar, cumpre sublinhar que só essa antecipação do momento da consumação justifica o prazo excepcionalmente longo de prescrição do procedimento criminal (quinze anos) admitido para os crimes de corrupção. Não pode, portanto, justificar-se um prazo tão excepcionalmente longo de prescrição do procedimento criminal invocando-se a antecipação da consumação relativamente a actos posteriores e vir depois sustentar-se que, afinal, enquanto tais actos ocorrerem se vai prolongando a consumação. Em síntese: esta nova categoria do “crime de consumação continuada” no contexto dos crimes de corrupção, felizmente não generalizada na jurisprudência, poderia contribuir, em muitos casos (porventura aqueles em que algumas instâncias de controlo o achassem útil) para que se pudessem investigar, a todo o tempo e portanto sem tempo, crimes de corrupção já sujeitos ao impressionante prazo de prescrição do procedimento criminal de 15 (quinze!) anos. E assim seria, repita-se, sem um qualquer fundamento legal ou doutrinário.

4.2. A contagem do prazo do inquérito e os efeitos associados ao seu termo

Os prazos de duração máxima do inquérito estão previstos no art. 276.º CPP e a sua existência justifica-se plenamente à luz de duas das principais finalidades do direito processual penal: o restabelecimento da paz jurídica, que não é compatível com a indefinição prolongada da resposta punitiva; a não desprotecção em medida insuportável de direitos fundamentais dos envolvidos no processo, sobretudo o arguido. O “apagamento” desses prazos de duração do inquérito significa, portanto, um inaceitável “apagamento” destas duas finalidades do processo, o que não pode justificar-se, num sistema em que a procura da concordância prática é imposta logo no plano constitucional, nem sequer pela invocação de uma outra finalidade que é a descoberta da verdade. O que está em causa é, portanto, saber-se durante quanto tempo se admite a limitação de direitos fundamentais dos investigados no âmbito do processo penal e de que tempo dispõem, portanto, as autoridades judiciárias (sobretudo o Ministério Público) para desempenharem a sua função na fase de investigação.

Uma resposta adequada pressupõe, naturalmente, a afirmação daquele que é o pilar do direito processual penal em qualquer Estado que se pretenda de Direito: a descoberta da verdade não é finalidade que se possa perseguir a qualquer preço; as autoridades judiciárias estão vinculadas na sua actuação também pelo respeito pelos direitos fundamentais; a comunidade sobrevive mesmo que alguma criminalidade real não seja objecto de punição (como o confirmam a existência de “cifras negras”); o papel do Ministério Público é tanto acusar caso existam indícios suficientes da prática do crime e de quem é o seu agente como é arquivar quando tais indícios não sejam obtidos no prazo para tal legalmente admitido.

Na corrupção, havendo arguidos presos, o prazo de duração máxima do inquérito é de 8 meses (art. 276, n.º 2, al. a) ou de 12 meses

caso seja determinada a especial complexidade (art. 276.º, n.º 2, al. c). Não havendo arguidos presos, a duração máxima do inquérito é de 14 meses (art. 276.º, n.º 3, al. a) ou de 18 meses nas hipóteses de especial complexidade (art. 276.º, n.º 3, al. c).

Quando queremos saber em que momento termina um prazo, a primeira questão para a qual precisamos de encontrar resposta prende-se com o momento a partir do qual se inicia a sua contagem. Nos termos do art. 276.º, n.º 4 do CPP: “o prazo conta-se a partir do momento em que o inquérito tiver passado a correr contra pessoa determinada ou em que se tiver verificado a constituição de arguido”. Este “ou” não pode, naturalmente, ser interpretado como conferindo à autoridade judiciária o poder de escolher quando começa a contar o prazo, permitindo o alargamento do prazo à custa de um retardamento na constituição de arguido. Se antes da constituição de arguido já correr inquérito contra pessoa determinada (art. 58.º, n.º 1, al. a do CPP), é a partir do momento em que há inquérito contra pessoa determinada que se começa a contar o prazo. Se houver imediata constituição de arguido o prazo conta-se, naturalmente, a partir desse momento. *Se o legislador tivesse querido admitir o início da contagem do prazo só com a constituição de arguido, teria dito que o prazo se conta a partir do momento em que se tiver verificado a constituição de arguido.* A razão pela qual autonomizou a hipótese de o processo correr contra pessoa determinada é precisamente esclarecer que a contagem do prazo se inicia aí mesmo que haja um retardamento da constituição de arguido.

Definido com clareza este momento a partir do qual se começa a contar o prazo de duração do inquérito, deve ser simples (e quando o não é está-se a fazer perigar a própria teleologia do processo que o impede de ser por tempo indeterminado) a conclusão sobre aquele que é o tempo para o seu fim. A partir daqui suscita-se uma outra questão: o que sucede quando esse fim já chegou, quando já terminou o prazo de duração do inquérito, sem que o Ministério Público tenha acusado, arquivado, optado pelo arquivamento em caso de dispensa de pena ou

pela suspensão provisória do processo? Tendo em conta as finalidades que presidem à existência daquele prazo, a resposta deveria ser apenas uma: em nome da paz jurídica e da não desprotecção de direitos fundamentais do arguido, dever-se-ia considerar extinta a pretensão punitiva do Estado relativamente àqueles factos, arquivando-se o inquérito. De forma inequívoca, dispõe-se no artigo 277.º, n.º 2 do CPP que “*o inquérito é igualmente arquivado se não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação do crime ou de quem foram os seus agentes*”. Este arquivamento não impede, cumpre também sublinhá-lo, uma posterior reabertura do inquérito, desde que surjam “*novos elementos de prova que invalidem os fundamentos invocados pelo Ministério Público no despacho de arquivamento*” (cfr. o art. 279.º, n.º 1 do CPP).

Existem, porém, outras normas que podem suscitar algumas dúvidas quanto à conclusão de que, atingido aquele prazo limite para o inquérito, inexistente alternativa ao despacho de arquivamento. Assim, nos termos do artigo 108.º do CPP (*Aceleração de processos atrasados*): “1. *Quando tiverem sido excedidos os prazos previstos na lei para a duração de cada fase do processo, podem o Ministério Público, o arguido, o assistente ou as partes civis requerer a aceleração processual. 2. O pedido é decidido pelo Procurador-Geral da República, se o processo estiver sob a direcção do Ministério Público*”. No Artigo 276.º, n.º 6 do CPP, por seu turno, dispõe-se que em caso de atraso do inquérito, o magistrado titular do processo tem de comunicar ao superior hierárquico. E prevê-se no n.º 7 do mesmo artigo que este superior hierárquico pode avocar o processo e dá sempre conhecimento ao Procurador-Geral da República, ao arguido e ao assistente “*da violação do prazo e do período necessário para concluir o inquérito*”. Acrescenta-se no n.º 8 que, recebida aquela comunicação, pode o Procurador-Geral da República determinar a aceleração processual.

Destas normas pode resultar a convicção – contrária à solução antes esboçada e que se julga a única coerente com a existência de um prazo para a investigação que é imposto pela própria teleologia do processo –

de que é possível prolongar-se o tempo da investigação para além dos prazos legalmente fixados. Em defesa de tal entendimento, poder-se-ia invocar a jurisprudência obrigatória fixada pelo Acórdão n.º 5/2010, de 15.04, segundo o qual “*o prazo de prorrogação do adiamento do acesso aos autos a que se refere a segunda parte do artigo 89.º, n.º 6, do Código de Processo Penal, é fixado pelo juiz de instrução pelo período de tempo que se mostrar objectivamente indispensável à conclusão da investigação, sem estar limitado pelo prazo máximo de três meses, referido na mesma norma*”. Esta é, porém, posição que se não pode aceitar. Em primeiro lugar, cumpre notar que o prazo aqui referido não é, de forma imediata, o prazo de duração do inquérito, mas sim o prazo durante o qual estaria ainda vedado o acesso aos autos. Em segundo lugar, com maior relevância, deve registar-se a ideia já manifestada por José Damiano da CUNHA de que “*implicitamente o legislador terá revogado esta Jurisprudência. Com efeito, as razões ou os fundamentos que estiveram na base da pronúncia do Acórdão – de que se destacam naturalmente os exíguos prazos previstos e o facto de não haver circunstâncias de “suspensão” do inquérito – são exactamente as razões que justificam a intervenção do legislador, consagrando estas alterações (...). Ora, cremos assim que, por força destas “novidades” legislativas, este Acórdão ou deve ser considerado revogado ou, então, será susceptível de ser “desafiado”, face as estes novos elementos legais*”¹⁴. Ou seja: a revisão do CPP de 2010, ao consagrar aquilo a que Damiano da CUNHA chama “generosos” alargamentos dos prazos de duração do inquérito, além da possibilidade da sua suspensão caso existam “cartas rogatórias em execução”, torna irrazoável a jurisprudência antes fixada num contexto em que os prazos eram muito mais curtos e não se admitia aquela suspensão. Com grande interesse para a questão em apreço, escreveu ainda o Autor: “*uma das interpretações, ou uma das qualificações, que predominantemente se atribuiu ao prazo de encerramento de inquérito era a de que este se deveria conceber como meramente*

¹⁴ Cfr. José Damiano da CUNHA, “Prazos de encerramento do inquérito, segredo de justiça e publicidade do processo”, *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coord. Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra Editora/CEJ, 2011, ps. 136-137.

ordenador. Após a revisão de 2007, não se pode continuar a caracterizar, por forma tão evidente (ou tão acrítica) o prazo de encerramento como meramente “ordenador”; sem que, por oposição (e por paradoxal que pareça esta afirmação), se possa afirmar que nos encontremos, agora, perante um prazo “sancionatório” ou peremptório, estabelecido sob pena de uma qualquer “caducidade””¹⁵.

No sentido de considerar que o decurso do prazo estabelecido para a duração do inquérito determina necessariamente o arquivamento (ainda que provisório porque condicionado à reabertura em caso da descoberta de novos elementos de prova), decidiu-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09.07.2015 (processo 213/12.2TELSB-FL1-) que *“o prazo de conclusão do inquérito é um prazo de caducidade. Ora, se em sede de direitos disponíveis os prazos para o exercício de direitos são de caducidade mal se compreenderia que em sede de processo penal, em que estão em causa direitos, liberdades e garantias, maxime o direito fundamental à liberdade, se não entendesse serem os prazos de caducidade”*.

Este é, pelas razões antes elencadas e que se prendem com as próprias finalidades do direito processual penal, o entendimento que se julga correcto. Se o legislador fixa um tempo durante o qual se pode investigar a prática de um crime, fá-lo em nome da protecção de direitos fundamentais e da obtenção da paz jurídica. Não se pode, portanto, sob pena de se impedir a concordância prática das finalidades conflituantes do processo penal, admitir que a descoberta da verdade justifique a desconsideração daqueles dois outros vectores. E a história encarregase de nos recordar o que significa, o que sempre significou, a excessiva orientação do processo pela finalidade de descoberta da verdade, pedra de toque dos sistemas inquisitórios e não democráticos.

Assim sendo, uma interpretação teleológica das normas antes convocadas (*e que já vai o mais longe que se julga possível para favorecer a descoberta da verdade*) deve conduzir a que se não admita qualquer alargamento do período de inquérito a não ser que: (i) tenha havido

¹⁵ Cfr. ob. cit., p. 122, 125-126

imediate comunicação por parte do magistrado titular do processo ao seu superior hierárquico, justificando o atraso; (ii) exigindo-se ainda que este superior hierárquico defina o curtíssimo período de tempo necessário para a conclusão do inquérito e (iii) dê disso conhecimento ao Procurador-Geral da República, ao arguido e ao assistente.

O que equivale a afirmar que a regra é, naturalmente, a de que decorrido o prazo para o inquérito sem que haja prova suficiente para sustentar uma acusação, o inquérito deve ser de imediato arquivado. Só se admite que assim não seja, nos termos dos números 6 e 7 do artigo 276.º do CPP, verificado o procedimento antes descrito e justificada a excepcionalidade da medida, em princípio associada à existência de uma diligência probatória muito relevante, ainda em curso e na iminência de ser concluída. Repita-se: *trata-se de entendimento que já vai o mais longe que se julga possível para favorecer a descoberta da verdade*; crê-se que, *de lege ferenda*, dever-se-ia ponderar a eliminação deste regime excepcional para que não subsistam quaisquer dúvidas de que, terminado o prazo sem que exista prova suficiente para sustentar uma acusação, o inquérito deve ser de imediato arquivado.

5. A aplicação de medidas de coacção privativas da liberdade e o modo de reagir a elas

Não constituindo propósito deste estudo uma qualquer reflexão autónoma sobre as medidas de coacção, aquilo que da forma mais resumida possível se quer enfatizar prende-se com o risco de, no contexto social antes descrito, se favorecer uma espécie de retorno (ainda que “disfarçado”) à ideia da corrupção como um dos “delitos incaucionáveis”. É conhecido de todos o abandono desse regime, que levava a que os arguidos investigados em processos atinentes a crimes mais graves vissem ser-lhes aplicada, como regra, a medida de coacção de prisão preventiva.

Sendo hoje pacífica a inconstitucionalidade de tal solução – desde

logo por força da sua incompatibilidade com a presunção de inocência – fica-se, porém, por vezes com a ideia de que pode subsistir uma tendência para a aplicação da prisão preventiva (ou da obrigação da medida de permanência na habitação) no âmbito de inquéritos por crimes que causam um especial “clamor social”, à custa de uma interpretação pouco exigente das necessidades cautelares elencadas no artigo 204.º do CPP.

Entre essas interpretações muito amplas dos perigos referidos no artigo 204.º CPP e que são o fundamento da medida de coacção, darei como exemplo apenas duas.

Não creio, em primeiro lugar, que possa admitir-se que o mero clamor público seja usado como argumento para afirmar a existência de perigo de perturbação grave da ordem e da tranquilidade públicas. Se assim fosse, estar-se-ia, para mais, a prejudicar o arguido com base em situação a que é alheia a sua responsabilidade e de que pode, aliás, ser quase uma vítima. O elemento literal na interpretação da norma é, a este propósito, aquele que primeiramente confirma o que se vem de dizer: o que legitima a aplicação da medida de coacção não é uma qualquer perturbação grave da ordem e da tranquilidade públicas, antes se exigindo que o *arguido perturbe* gravemente a ordem e a tranquilidade públicas. A perturbação tem, portanto, que lhe ser imputável a ele, a um seu comportamento. E, à luz do argumento teleológico alicerçado no próprio sentido das medidas de coacção (na finalidade que têm de evitar um perigo), esse comportamento não pode ser passado (não pode ser o crime objecto da investigação), antes tem de ser um comportamento futuro e provável. Ou seja: só a forte probabilidade de que o arguido venha a adoptar um comportamento que perturbe de forma grave a ordem e a tranquilidade públicas justifica a aplicação de uma medida de coacção¹⁶.

¹⁶ Sobre este assunto, vd., com muito interesse, o HC 87.041/PA do Supremo Tribunal Federal (29.06.2006), de que foi relator o Ministro Cezar Peluso, constando da sua ementa a referência à função meramente instrumental da prisão preventiva e evidenciando-se a “garantia constitucional da proibição de juízo precário de culpabilidade”.

Por outro lado, também não creio que se possa afirmar, sem mais, a existência de “perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova” (art. 204.º, al. b) naqueles casos em que o arguido “esconde as provas”. Esconderem-se documentos num cofre ou na casa de uma pessoa amiga, por exemplo, comprova a existência da necessidade cautelar que torna justificada a prisão preventiva ou a obrigação de permanência na habitação? Eis aquilo que me suscita as maiores dúvidas, tendo em conta o direito que o arguido tem a não contribuir para a sua incriminação. O arguido tem o direito de não mostrar as provas que podem prejudicá-lo. Se o arguido falsifica provas, as destrói ou prejudica definitivamente a sua descoberta, talvez exista uma necessidade cautelar que justifica a medida de coacção. Mas já não creio que, por exemplo, dificultar o acesso a documentos seja fundamento, num Estado de Direito que almeja alguma paridade de armas no processo penal, para a aplicação das medidas de coacção mais graves.

A facilidade com que a prisão preventiva pode ser aplicada caso se faça uma interpretação demasiado ampla das necessidades cautelares que a legitimam não é – e este trata-se já de problema cronologicamente posterior – contrabalançada pelo uso que deveria ser dado ao *habeas corpus*. Em Portugal, contam-se pelos dedos das mãos os casos de deferimento de pedidos de *habeas corpus* (e, em alguns anos, pelos números de uma só mão). O problema parece estar na interpretação muito restritiva que o Supremo Tribunal de Justiça faz deste instituto: quando se exige a estabilização da matéria de facto para se deferir um pedido de *habeas corpus* em caso de prisão preventiva ilegal, inviabiliza-se a aplicação do instituto. A prisão preventiva, como medida de coacção sempre aplicada antes do trânsito em julgado, nunca existe num contexto de total estabilização da matéria de facto. Por outro lado, invocar-se a existência de controvérsia sobre uma questão de direito para se não considerar também o pedido de *habeas corpus* parece incoerente com

aquele que é o sentido da própria intervenção do Supremo Tribunal de Justiça. Permite, ademais, que uma errada qualificação jurídica dos factos feita pelo Ministério Público no inquérito (através da subsunção num tipo legal de crime mais grave ou da apresentação como efectivo de um concurso que é meramente aparente) torne insindicação uma prisão preventiva aplicada com base em facto que a não admite¹⁷.

6. Uma tentativa de síntese

A danosidade social da corrupção é inegável e a necessidade de a prevenir e reprimir é igualmente inquestionável. Por essa razão, o legislador penal e processual penal português foi já muito longe no alargamento das normas penais incriminadoras e na criação de mecanismos que visam facilitar a descoberta e a investigação destes crimes. A necessidade de prevenção da corrupção não pode, porém, ser usada como discurso legitimador para a desprotecção em medida insuportável dos direitos fundamentais do arguido, sob pena de assim se contribuir não para o aperfeiçoamento da nossa justiça penal (a justiça penal própria de um Estado de Direito) mas porventura para o seu deslizamento em um sentido contrário àquele que deve ser o dos ponteiros do relógio da História.

¹⁷ O Acórdão do STJ de 1 de Fevereiro de 2007 constitui exemplo desta orientação jurisprudencial com a qual se não concorda. Em sentido mais próximo do entendimento que se julga correcto, veja-se o voto de vencido do Conselheiro Santos Carvalho.

Bases dogmáticas para delitos de corrupción pública

Fernando M. Machado Pelloni

Universidad Católica de Salta, Argentina¹

*A mi casa de pós-doutorado PUCRS y sus profesores;
con una saudosa mirada desde un balcón porteño, con lluvia estival por caer.*

Resumen: Aquí se presenta y se defiende a los delitos contra la administración pública como infracción de obligación. En efecto, el acceso a la función estatal exige y espera de los agentes que ellos sigan las palabras de la ley, a la que se comprometen *ex ante* cuando ingresan al cargo. Esta postura es idónea para las dos posturas que se esperan en la defensa de los derechos humanos: el compromiso de obrar hasta un límite que no los traspasa, cuando se defiende la libertad ciudadana y el de intervenir cuando la autonomía no alcanza para la realización del plan de vida. Desde la teoría del Estado y constitucional, se está de acuerdo con normas extrapenales y elementos de la teoría de la imputación que condiciona la acreditación del hecho punible.

¹ Abogado (1997) y Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales (2011), U. del Salvador, BsAs., Argentina. Con actual estancia de pós-doutorado en PUCRS, Porto Alegre, Brasil. Quiero agradecerle a mi orientador, el Prof. Dr. Fabio D'AVILA, porque con él mantener la fe en la dogmática del derecho penal es fácil, en verdad. También porque además me demuestra que la amistad puede ser infinitamente generosa y la genialidad en extremo humilde. Quiero sumar a la Profsa. Dra. Ruth GAUER, por hacer que PUCRS sea lo más parecido a un hogar y tenerme tanta confianza. Por último, al diligente becario Daniel SANTOS que hace mi estancia simple y me ayuda, a pesar de ser tan joven, con sus maduros y agudos puntos de vista. El presente refleja, con más detalle, lo que fue mi intervención en setiembre 24 de 2015 en el 6° Congresso Int. de Ciencias Criminais, XV Congresso Transdisciplinar de ITEC/RS y II Congresso Eduardo Correia/IEC.

Palabras clave: Derechos humanos. Constitución. Moral. Libertad. Estado. Crímenes contra la administración pública. Infracción de deber.

Abstract: Here it presents and defends the crimes against public administration like a breach of duty. Indeed, access to the required function and expected of the state agents that they follow the words of the law, which ex ante they enter to the position must undertake. This point of view is ideal for both sides expected in the defense of human rights: the commitment to work up to a limit that not transferred when the citizen defends freedom and to intervene when autonomy is not enough for the realization of life plan. Since the state and constitutional theory, it will agree with the extrapenal standards and to elements of the theory of imputation that determines the accreditation of the offense.

Keywords: Human rights. Constitution. Moral. Liberty. State. Crimes against public administration. Breach of duty.

Sumario: I.- Marco referencial. Precisiones conceptuales. - II.- Regla de libertad en toda persona. Presupuestos básicos. - II.I.- Mínima relación entre derecho y moral en una racionalidad instrumental orientada - II.II.- Concepción del bien jurídico y derechos humanos: visión limitadora - III.- Excepción a la anterior. Génesis de la obligación en el funcionario por la función pública. - III.I.- Ética pública en derecho penal - III.II.- Concepción del bien jurídico y derechos humanos: (re) visión aseguradora - IV.- Recepción en la imputación - a) Concepto, pre-tipo y tipo delictivo: ámbito de protección - b) Gravitación en presupuestos - b1) Adecuación social - b2) Riesgo permitido - b3) Principio de confianza - b4) Prohibición de regreso - V.- Cierre

I.- Marco referencial. Precisiones conceptuales.

La convocatoria se ha establecido en orden a la Constitución, la corrupción y el derecho penal. En este sendero se impone señalar algunas precisiones capaces de ordenar la intervención, habida cuenta

que en la actualidad, el lenguaje de los juristas le destina al tema *un sentido restringido*, acoplado a organizaciones privadas y estructuras estatales, con protagonistas particulares y funcionarios públicos, que se aventajan económicamente o de otra manera según los supuestos, aunque siempre al margen del territorio de la ley. No está mal advertir que, comparado, cuanto menos, con lo que se puede predicar de otras disciplinas, el marco hermenéutico no deja de resultar estrecho.² La filosofía o la teología, cuando aluden al tema desde sus propios ángulos, están abiertas a la consideración de la alteración o depravación de una persona -la que se corrompe- en sendos juicios morales respecto de las razones de la (supuesta) degradación, los que se formulan desde la ética o desde la profesión de una determinada fe.³ Ambas aproximaciones son ajenas y

² Hago alusión que el idioma del derecho penal va a excluir a quienes se presenten e intenten dialogar por otros temas, marginados a él. A partir de la ley penal y la constelación de los tipos delictivos, se asistirá a las condiciones bajo las cuales se desarrollará su propia comprensión; véase SCHROTH, Ulrich „Hermeneutik, Normeninterpretation und richterliche Normanwendung”, en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtsbeorie der Gegenwart*, KAUFMANN, A.-HASSEMER, W.-NEUMANN, U. (Hrsg.), 2011, p. 270ss.

³ Hay objeciones que pueden suscitar cuestionamientos desde estas áreas y que, sin embargo, no suscitan atención desde el barrido *actual* del radar del derecho penal. Memoro, para no intentar demasiados recorridos ni llegar tan lejos, el caso de la autodeterminación sexual. Lord DEVLIN señalaba, en favor de la intervención punitiva, que: *“toda inmoralidad sexual implica la explotación de la debilidad humana. La prostituta explota la lascivia de su cliente y éste la fragilidad moral de la prostituta. Si se considera la debilidad humana constitutiva de una circunstancia especial, no existe virtualmente ningún ámbito de moralidad que pueda definirse de manera que excluya la actuación del derecho. Creo, por tanto, que no es posible poner límites teóricos a la potestad del Estado de legislar contra la inmoralidad”* (*All sexual immorality involves the exploitation of human weaknesses. The prostitute exploits the lust of her customers and the customer the moral weakness of the prostitute. If the exploitation of human weaknesses is considered to create a special circumstance, there is virtually no field of morality which can be defined in such a way to exclude the law. I think, therefore, that is not possible to set theoretical limits to the power or the State to legislate against morality*); cfr. “Morals and the Criminal Law”, en *The Philosophy of Law*, ed. DWORKIN, R. M., Oxford U. Press, Oxford-Hong Kong, 1977, p. 76. Sin embargo, ello ha sido dejado a un lado sobre la base de que es altamente conveniente limitar el *ius puniendi* estatal. En respuesta, HART se opuso a propósito de ello: *“...no significa que todos los hechos a que corresponden los vetos morales de la moralidad aceptada tengan la misma importancia para la sociedad; ni hay la menor razón para considerar*

están marginadas de las reflexiones que aquí se intentan.

Después de la salvedad anterior, resta enunciar que en la mirada del orden jurídico-penal, coexisten enfoques que suscitan atención en cuanto a *corrupción como desviación en propio provecho*, pero apenas uno es el que me ocupará y guiará mi atención en lo sucesivo. En efecto, sería admisible llegar a afirmar que un individuo, previamente designado según estatutos al frente de una persona ideal, lejos de gestionar y administrar con fidelidad los intereses que se le confiaran, los relega dándole prioridad a los propios y que tal acto *corrompe por vía del abuso de confianza, la gestión que se le encomendara*.⁴ También sería por igual aceptable sostener que si el sujeto, ahora seleccionado según procedimientos *constitutive o lege data*, ha resultado escogido -y ello porque lo ha querido- para manejar recursos estatales y los desatiende, a la vez que atiende o persigue otros beneficios, el hecho en cuestión también *envicia por infracción de deber* (u *obligación*, mejor tal y como más adelante se abordará), *el mandato que se buscara y más tarde se asumiera*.⁵

Ahora, si bien puede decirse que, en general, los dos supuestos reflejados no hacen más que a un incumplimiento de *deberes especiales*, no

que la moralidad es una red inconsútil, que se haría pedazos, arrastrando consigo a la sociedad, a no ser que todas sus enfáticas prohibiciones fueran impuestas por la ley (...it does not follow that everything to which the moral vetoes of accepted morality attach is of equal importance to society; nor is there the slightest reason for thinking of morality as a seamless web: one which will fall to pieces carrying society with it, unless all its emphatic vetoes are enforced by law); cfr. “Inmorality and Treason”, en *The Philosophy of Law*, op. cit., p. 85. Véase también a propósito de ambos autores recién citados, NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, BsAs., 1980, p. 176ss, 282.

⁴ Sobre el particular, el art. 173.7 CPA -libro segundo, título VI, capítulo IV “estafas-recoge: “El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”, recibirá de un (1) mes a seis (6) años.

⁵ En ello el art. 174.5 CPA postula: “El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública”, recibirá de dos (2) a seis (6) años y si fuere funcionario o empleado público recibirá inhabilitación especial perpetua para el ejercicio.

se sigue que se los aborde pareja e igualitariamente; en efecto, mientras aquél plantea un problema (incluso penal por estar prohibido, si se lo persiguiera) para la sociedad desde el lado privado, el último lo hace *desde y para el Estado* desde el sector público.⁶ El conjunto fáctico atrapado en el segundo lugar y lo que toca al *por qué* del interés penal y al *cómo* de su tratamiento, es lo que intentaré a continuación.

II.- Regla de libertad en toda persona. Presupuestos básicos.

II.I.- Mínima relación entre derecho y moral en una racionalidad instrumental orientada

La autonomía personal es una piedra de toque para la construcción de cualquier sistema penal y de su entendimiento y comprensión resultará un modelo de orden jurídico-penal. Esta idea explica que, en realidad, todo análisis sobre el último se extiende e involucra, sin remedio, todo cuanto subyace respecto de los márgenes para la autodeterminación humana y su realización en la sociedad a la que está convocada o ha buscado para coexistir. También arrastra el reflejo del espejo estatal. El monopolio de la coerción punitiva está reservada para instituciones por delegación y en virtud de un pacto entre los asociados. La atención delicada a ello describe un modelo de Estado en su relación básica. Ocurre que el desenvolvimiento o las idas y las vueltas entre poder y libertad como *ius puniendi*, es la viva expresión de los principios y de las reglas en el *ius poenale*.

Según se advierte, se suscitan entonces unos vínculos múltiples, que

⁶ Sobre el particular, se advierte que no sería asimilable al caso de *deberes especiales*, porque requiere justamente al campo de los funcionarios, una necesaria aclaración la naturaleza de la relación de aquéllos. Al respecto, ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal (Täterschaft und Tatherrschaft*, trads. Cuello Contreras, J.-Serrano González del Murillo, J.L.), Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 384ss. Ahí cobra importancia del rol institucional, que va más allá de un círculo de sujetos activos como portadores de mandatos normativos puntuales. Desde el enfoque dogmático sobre las conexiones en autoría y participación, no obstante, hay mucho y notablemente bien fundamentado, aunque supera el techo para este trabajo.

informan y condicionan la interacción entre Estado, sociedad y persona. En los términos de MARXEN, una de las notas estatales a rescatar es su concentración ante actos, en lugar de que la atención se detenga en la personalidad de los (presuntos) autores; aquél se revela en clave liberal y el otro en señal totalitaria.⁷ Esta cuestión, que apenas es un comienzo, transporta a la necesidad de distinguir cuales hechos van a traspasar el umbral de la moral al del derecho penal.

Hay una posición abierta a defender que la distancia entre el campo moral y el orden jurídico-penal viene dado mediante una concepción generalizada u objetivada del primero, lo suficiente como para conformar al segundo. Según WELZEL, partidario de la relación anterior, una de los más delicados conflictos que ello encierra, es que la autoridad delegada para la determinación de las acciones u omisiones punibles avance sobre la autonomía personal e impida manifestaciones de la libertad que para nada rocen las áreas del derecho punitivo.⁸ Con todo, sus reflexiones -no son exclusivas- al final de cuentas abonan para una expansión del catálogo de punibilidad. En efecto, él incluso -de máxima- está muy dispuesto a identificar aquella cristalización que será ética con derecho penal, de modo que una inmoralidad a su vez sea delictiva;⁹ o confía -de mínima- en que el Estado individualice y determine apropiadamente los hechos punibles como postulados imperativos, a partir de un continente

⁷ Para un detalle del tránsito alemán hacia el nacionalsocialismo alemán, MARXEN, Klaus, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, Duncker&Humblot, Berlin, 1975, p. 76ss.

⁸ Más puntualmente, señalaba su disconformidad en los siguientes términos: "... aquellos que quieren utilizarla para la imposición violenta de una determinada concepción del mundo... ¡Un Estado que quiera seriamente proteger la conciencia no debe tolerar la intolerancia!" (... die Gesetzgebung in die Hand derer fallen zu lassen, die sie zur gewaltsamen Durchsetzung einer bestimmten Weltanschauung -gleichgültig welcher- benutzen wollen. Ein Staat, dem es um den Schutz des Gewissens Ernst ist, darf nicht die Intoleranz tolerieren!"); cfr. WELZEL, Hans, „Gesetz und Gewissen”, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975, p. 313.

⁹ Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho y ética (Recht und Sinlichkeit*, trad. E. R. Zaffaroni), en AAVV., *Revista Argentina de Ciencias Penales* 5, Plus Ultra, Bs. As., 1977, ps. 15-16.

indubitable en el territorio de la esfera individual, lo que es decir que los lógicos condicionamientos heterónomos dependen -según él- de la correspondencia con las imposiciones de una autonomía legislada desde afuera de un sujeto.¹⁰

Hay quienes, en cambio, no pueden pacíficamente acordar la coexistencia entre la aludida objetivización desde un plano superior (natural, cultural, etc.) y las disposiciones normativas del ámbito jurídico. Uno de los objetores ha sido RADBRUCH que puso en disputa esa relación, al cuestionar que la heteronomía marcada a través de la ley no podría depender sin más de la autonomía personal, en un punto dependiente apenas de la conciencia.¹¹ Para él, entonces, se abrían un sinfín de posibilidades, pues una determinación podría ser liberal, divergente de otra socialista, tanto como una concentración laica iba a diferir de otra católica.¹² Estas modulaciones, insatisfactorias, lo corrían

¹⁰ Según sus palabras: “...la validez y obligatoriedad de un orden de deber ser descansa en una calidad interna de éste (como orden de razón, de sentido o valor) y no depende del consentimiento de la conciencia de cada uno. En virtud de esta categoría interna, un orden de deber ser de este tipo obliga al individuo también en su conciencia; pero la obligatoriedad es independiente del hecho de que el individuo la confirme en su conciencia o la niegue en virtud de corrupción o error de su conciencia” („Die Geltung und Verpflichtungskraft einer Sollenordnung beruht auf einer ihr selbst innewohnenden Qualität (als Vernunftordnung, Sinnordnung, Wertordnung) und ist nicht von der Gewinnsensbilligung des Einzelnen abhängig. Kraft der ihr innewohnenden Qualität verpflichtet eine solche Sollenordnung den Einzelnen auch im Gewissen, aber die Verpflichtungskraft ist unabhängig davon, ob der Einzelne sie in seinem Gewissen bejaht oder ob er sie infolge Verderbtheit oder Gewissensirrtum verneint”); cfr. WELZEL, Hans „Gesetz und Gewissen” en *Abhandlungen...*, op. cit., p. 306; sobre que el Estado -por sus instituciones- materialice el derecho penal apropiadamente a partir de la procedimentalización formal con acuse de valores a través de la dogmática y de la política criminal, como manifestación del Estado de Derecho; véase JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General (Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil* trad. Olmedo Cardenete, M.), Ed. Comares, Granada, 2002, p. 10, 28.

¹¹ Así, RADBRUCH, Gustav „Einführung in die Rechtswissenschaft”, en *Rechtsphilosophie*, I, Müller, Heidelberg, 1987, p. 96ss, 99: „...Recht und Sitte unterwerfen den Menschen „heteronom” äußeren Gesetzen, in der Sittlichkeit ist er „autonom”, nur dem eigenen Gewissen untertan” (“...Ley y costumbre someten a seres humanos a medida “heterónoma” mientras las leyes de la moralidad lo hacen vía “autónoma”, con sujeción únicamente a la propia conciencia”).

¹² Cfr. RADBRUCH, Gustav „Einführung in die Rechtswissenschaft”, en *Rechtsphilosophie*,

hacia una postura más crítica, capaz de autorizar una separación del derecho con todo lo demás, como también para aislarlo de un país a otro o situarlo en un momento temporal, que luego difiera para otro.¹³ En definitiva, las incidencias que reconoce el autor también le hacen ver la problemática para el libre albedrío, en la incidencia práctica de la autodeterminación.¹⁴ Como ya estaba aclarado por la historia que el poder soberano podría declarar *L'État c'est Moi*, seguramente uno de los mejores contrapesos que podría erigirse era la consagración del acto punible por la ley y ello sería lo suficiente para obrar como garantía objetiva de la libertad.¹⁵

La tercera vía se erige ante la falta de convicción entre la plena identidad entre moral y derecho penal y la total separación, desvinculación o relativización entre ellos, cuanto menos por la sola existencia correcta del delito formalmente determinado. Ni la primera ni la segunda han sido lo bastante consistentes, para una construcción penal de donde salga robustecida la libertad personal.

El caso inicial porque la aprehensión de la objetivización es demasiado etérea, siendo perfectamente posible la extracción de mandatos a partir de un *a priori* muy vaporoso. Obsérvese que HEGEL ya pronunciaba que la autonomía consistía en la identificación y en la orientación hacia el valor, que el derecho recogería; la autodeterminación no es escoger, sino la obligación de seguir los mandatos externos.¹⁶ Por ello el delito

sophie, op. cit., p. 103ss.

¹³ Cfr. RADBRUCH, Gustav „Einführung in die Rechtswissenschaft“, en *Rechtssophie*, op. cit., p. 109ss.

¹⁴ Cfr. RADBRUCH, Gustav „Einführung in die Rechtswissenschaft“, en *Rechtssophie*, op. cit., p. 134, 136.

¹⁵ Cfr. RADBRUCH, Gustav „Einführung in die Rechtswissenschaft“, en *Rechtssophie*, op. cit., p. 141ss, tras los pasos de von LISZT y su reformulada *Magna Charta* con el alabado *Legalitätsprinzip*.

¹⁶ Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Philosophy of right*, en AA.VV, *The great Legal Philosophers* (edited by Clarence Morris), U. of Pennsylvania, Philadelphia, 1997, p. 303ss.

desnuda un apartamiento del libre albedrío (siempre favorable al orden jurídico) y la consecuencia jurídica lo reencausa (conciliándose el no querer, con el querer que es deber y por ello exigible);¹⁷ y es de ahí que JAKOBS se anima a articular que el constructivismo social se hace por fuera de la persona o sea, *no por cuanto ésta desee, sino antes por lo que de ella se espera*.¹⁸

El siguiente caso está abierto al seguimiento del mandato normativo impuesto por la ley. Para BINDING el incumplimiento de la última pone en jaque su eficacia e importa un apartamiento que no puede justificarse en la subjetividad por anárquica.¹⁹ En su análisis, el contrato con el Estado para que éste cuente con el monopolio de la coacción punitiva y la aplicación de la pena resulta elemental a la hora de evaluar las colisiones entre lo público y lo privado, por lo que cometer un delito es enfrentarlo y cuestionar la autoridad confiada.²⁰ Están así afanzados los roles, o sea que el individuo no está en el lugar de proponer su visión sobre la vida, porque cuenta con más legitimación el aparato estatal que está llamada a la consideración de un análisis omnicompreensivo de todos y cada uno de los asociados. Ese contractualismo positivista pone en jaque hasta qué punto se respeta la convivencia por acatar las órdenes dictadas, si también admite la variable que sean las últimas las que la

¹⁷ Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Philosophy of right*, en AA.VV, *The great Legal Philosophers...*, op. cit., p. 309, 311. Véase Amenguan Coll, Gabriel, *La moral como derecho. Estudios sobre la moralidad en la filosofía del derecho en Hegel*, Trotta, Madrid, 2001, 144, 154, 155ss.

¹⁸ Cfr. JAKOBS, Gunther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal fundacional (Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipien-denken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen Strafrechts?')*, trads. Cancio Melia-Feijoo Sánchez), en *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Palestra editores, Lima, 2000, p. 38, 39; también Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Cuaderno 13, Bogotá, 1996, p. 23ss.

¹⁹ Cfr. BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band 1 *Normen und Strafgesetze*, Scientia Verlag Aalen, Hamburg, 1991, p. 293, 294.

²⁰ Cfr. BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, op. cit., p. 334.

tornen difícil y hasta imposible.²¹

Intento por ello un *tertium* a partir del trazado de KAUFMANN, quien alerta que la fijación de los contenidos del derecho (penal) es mucho más complejo que la mera deducción lógico-formal, con una presente dosis de razón ante la historia como producción dialéctica; por ello privilegia el reconocimiento del ser humano como fuente y límite del orden jurídico, *lo que le autoriza a ver la sustancia como dinámica en lugar de estática*.²² Puede no ser demasiado concluyente -acaso no lo sea, porque no debe serlo- pero implica una base de conocimiento y hasta de reconocimiento y lo sujeta por su implicancia a un mecanismo democrático, orientado personalmente a la libertad. Este lugar de lanzamiento construye un área consensual cuyo traspasamiento se vuelve argumentalmente complejo de defender. En verdad, si la intervención coactiva estatal comprime y achica la esfera de autonomía por vía de la amenaza punitiva y lo hace maximizándola, que es igual a minimizar su propia expresión, se construirá un pilar de heteronomía con contenidos poco discutibles y por tanto intersubjetivamente oponibles ante amenazas concretas a la convivencia colectiva.

Lo anterior luce como una solución preferente ante alternativas demasiado abstractas, transportadas por sueños que, dependiendo de los soñadores, pueden abrigar pesadillas a la libertad, como también de cara a ideas puras, cuyo apartamiento de una observación comprometida ante la valoración en el derecho, puede arrojar un orden jurídico-penal desvinculado de la naturaleza e historia humana.²³ Si esto no es

²¹ Cfr. BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, op. cit., p. 343ss, 347, en especial donde cobra cuerpo que el Estado cuente con un derecho subjetivo como suerte de síntesis de los intereses jurídico-penales contra los que lo quebranten, dándose por fin una silueta peligrosa próxima a un argumento cómodo al autoritarismo.

²² Véase KAUFMANN, Arthur, „Problemgeschichte der Rechtsphilosophie“, en AA.VV. *Einführung in die Rechtsphilosophie der Gegenwart* (Kaufmann, A.-Hasssemer, W.-Neumann, U. Hrsg.), Müller, Heidelberg, 2011, p. 61ss en donde el eje kantiano es central a una suerte de base en los derechos humanos como técnica procedimental.

²³ Al respecto, viene a relación las agudas palabras de advertencia soltadas a inicio de

aceptado -que no debe serlo- nos queda, en una medida que tiende a juntar adhesiones antes que rechazos, el marco racional instrumental para reglas jurídicas sujetas a constante adaptación, aunque siempre orientadas sobre una afirmación o respeto por la dignidad personal. Ello con un valor agregado, habida cuenta que esa variabilidad corre la suerte de la dinámica de la propia moral individual, una línea de avanzada que, acaso como la tierra le puede ganar espacio al mar, adelanta el territorio de la autodeterminación al de la prohibición.²⁴

La fragmentaria erosión del derecho penal a las zonas costeras de la moral en su determinación, se constata como un fenómeno intersticial -una regla auténtica de libertad- cuya validez y oponibilidad, dependerá de la baraja de reflexiones que a continuación reconsideraré.

la década del treinta en la centuria pasada, cuando se anticipaba que la visión social desde el Estado no podría asimilarse a la del último, ni éste a su turno a la de un determinado liderazgo. En efecto, podría privilegiarse una mirada de un sector, por sobre otro, lo que terminaría -legalidad y tipicidad mediante- por afectar a la persona como sujeto de derecho y siquiera podría decirse que un orden jurídico-penal así concebido pudiera ser representativo como lo justificara BINDING; cfr. RADBRUCH, Gustav „Autoritäres oder soziale Strafrecht?“, en *Strafrecht II*, Müller, Heidelberg, 1998, p. 228-229. Por otro lado, se puede hallar en la indagación pretérita del derecho penal, leyes que bien sentaron las bases para el terror penal; así se memora el art. 2 StGB -reforma de junio 28 de 1935- que castigaba a quien cometiera un acto que mereciera sanción según la idea fundamental de una ley penal y el sano sentir del pueblo, trastocándose el *nulla poena, nullum crimen sine lege* por el *nullum crimen sine poena*; lo que prueba un punto: no es que no se recojan valores en la ley, es más discutir si los últimos son conformes -o no- a una idea racional de una expresión cuyo objeto sea consensuadamente justo. Está claro que palabras de textura tan abierta se ponen del lado de una disciplina *Magna Carta* de los intereses estatales; a favor de ella, cfr. DAHM, Georg-SCHAFFSTEIN, ¿Derecho Penal liberal o derecho penal autoritario? (*Liberales oder autoritäres Strafrecht?* trad. Brond, L.), Ediar, BsAs, 2011, p. 84. Una explicación sobre los fines del derecho en base a la libertad y la dignidad que, desligados, formalizan apenas un control social en NAUCKE, Wolfgang, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Steiner, Wiesbaden, 1985, p. 23.

²⁴ Cfr. ELLSCHEID, Günter „Recht und Moral“, en AA.VV. *Einführung in die Rechtsphilosophie der Gegenwart* (Kaufmann, A.-Hassmer, W.-Neumann, U. Hrsg.), op. cit., p. 220-221.

II.II.- Concepción del bien jurídico y derechos humanos: visión limitadora

La autonomía moral se detiene cuando su defensa no se sigue como una máxima de los derechos humanos. Esto difiere significativamente de que su barrera provenga de la propia dogmática e incluso de la política criminal. En un caso, porque la construcción del sistema del delito puede hacerse, aunque no debe, a contramano de aquéllos; en el otro, porque la flexibilización o elasticidad de los elementos que cimientan al hecho punible teleológicamente ordenado a hacer frente al crimen y aún a sus causas, también puede hacerse, por más que tampoco deba, fuera del paraguas humanista protector. Veamos.

In primis, se puede predicar el delito por ampliaciones de la intervención penal que no resisten la intersección con los presupuestos de los atributos básicos, lo que se sigue de la observación de aproximaciones que postulan una identificación o una desvinculación -siempre total- entre derecho y moral, las dos con aptitud para ir por una expansión punitiva desconectada de la protección de las personas, en miras a su pacífica y ordenada coexistencia. Tomemos por caso palabras combativas en el marco de diferentes protestas y huelgas por razones económicas y políticas hacia un gobierno y que éste, a su vez, acuse al manifestante o a un grupo de ellos de terrorismo:²⁵ si acaso pudiera

²⁵ El Código Penal argentino está abierto a un juego que deposita su abominable peso sobre la autoridad judicial, especialmente ante la delicada temática de terrorismo. Así, el art. 41 *quinquies* -art. 3º de la ley 26.734 del año 2011- recoge: “*Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.*” Es crucial y relevante distinguir que no puede oponerse el ejercicio de una facultad inherente a toda persona si no puede maximizarse su horizonte de libertad. De ahí la justificación del hecho punible contra la autoterminación a la huelga, art. 158 del Código Penal: “*Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o*

deducirse que aquello es objetivamente injusto y, según WELZEL bien podría, la libertad de conciencia y expresión en su núcleo esencial se vería comprometida. Recuérdese que el libre albedrío es -según su punto de vista- la capacidad para poderse determinar conforme a sentido; de modo que la libertad no es, por eso, la posibilidad de poder elegir discrecionalmente entre el sentido y el (contra)sentido, entre valor y (des)valor; de ahí que la culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a rectitud (estatalmente objetivada) en un sujeto que exhibe ser capaz y por lo tanto reprochable.²⁶ No difiere en los efectos, cuando por

boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada". Por igual, no es admisible que se castigue el acto que contenga tal conformidad con los fundamentos del derecho internacional de los derechos humanos -arts. 18, 19, 20, 23.4 DUDH; arts. 13.1, 15 y 16 CADH, entre nosotros constitucionalizado *ex ante* arts. 14, 14bis y 19 CN y *ex post* el año 1994- y se lo prohíba por afectar un interés del Estado, que impide entonces el caracterológico reclamo salarial del constitucionalismo social. Si se irradian a partir del ordenamiento jurídico estatal, la intervención penal marcará un umbral en la que la defensa de la autonomía no tenga relación directa e inmediata con el ejercicio, que acaso por lo último puede -no necesariamente debe- ser imputado; véase SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Einführung in das Strafrecht*, Rowoholt, Hamburg, 1972, p. 39, 49; NAUCKE, Wolfgang *Strafrecht - Eine Einführung*, Verlag GmbH & Co. K.U., Berlin, 1991, p. 97. Así las cosas, cualquier alteración pretendida para desentenderse de esta cuestión, tocará el perfil estatal entre las bandas del modelo democrático y uno autoritario, en la medida que pase por alto la condición de persona como sujeto de derecho y no use la ley como garantía para la última; cfr. NEUMANN, Franz, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario (The Democratic and the Authoritarian State* trad. Giordano Sivini), Società editrici il Mulino, Bologna, 1957, p. 53, 343-344; o exhibirá el rostro como derecho de opresión, MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 2015, p. XXXIV. Sobre la huelga como derecho y la ejecución de un acto punible en ella, se rescata: "No sería posible negar que el derecho de huelga se ejerce abusivamente cuando se lo lleva a efecto mediante violencias o medios delictuosos. Pero en estos casos no se podrá decir que las violencias o delitos vuelven ilícita y punible la huelga en sí. La ilicitud y la punibilidad alcanzarán sólo a los participantes en los actos violentos o delictuosos, y no a todos los demás huelguistas que ejercen su derecho sin abuso o exceso"; cfr. NUÑEZ, Ricardo C., "¿Es punible la huelga?", *La Ley*. 50-1169, Sec. Doctrina. Por cierto todo ello hace parte de una discusión mayor y a propósito de ella, MACHADO PELLONI, Fernando M., *Libertad y Delito. ¿Desobediencia en democracia?*, Palestra, Lima, 2015.

²⁶ Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán, (Deutsche Strafrecht*, trad. Bustos Ramí-

sus bases, JAKOBS acusa como presupuesto de convivencia la *fidelidad al derecho*.²⁷ Son los fundamentos los que acechan a la determinación objetiva de una “incorrección” frente a la norma, cuando prescinde de una idea de lesión o perturbación a la paz social.²⁸ Estas cuestiones afectan, más tarde, el área de la imputación: las expectativas pasan a constituir el eje rector del sistema y en el proceso de estabilización de aquéllas paga caro precio la libertad, sobre riesgos que se permiten y confianzas que se depositan.²⁹ Su visión es en extremo amplia; cuanto mucho, rectificadas, podría reconsiderársela. Regresaré *ut-infra* III.I.

A consecuencia a la insatisfactoria situación descrita, se puede decir como bien lo hiciera WOLTER, que no es una restricción sino que no puede tener lugar alguno un *ius puniendi* asociado a un *ius poenale* contrario a los derechos fundamentales.³⁰ Es decir, no se podrían

rez-Yañez Pérez), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 176-177: “No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por impulsos contrarios al valor. [...] La culpabilidad no es un acto libre de autodeterminación, sino justamente la falta de autodeterminación de acuerdo a sentido en un sujeto responsable...”.

²⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación (Strafrecht - Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 51.

²⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 173.

²⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 244, 254. Sobre esto, especialmente, MOCCIA, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales” (*dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, trad. Ragués Vallé, R.), en AAVV, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, ed. Silva Sánchez, J. M., Bosch, Barcelona, 1997, p. 113, 118. Sobre una visión ante expansiones de la imputación en estos aspectos, aún más allá del comportamiento típico, FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación de resultado (Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* trads. Cuello Contreras, J.-Serrano González de Murillo, J.L.), Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 86, 97.

³⁰ Cfr. WOLTER, Jürgen, “Derechos Humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho Penal” (trad. Baldó Lavilla, F) en AAVV, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, J. M. Silva-Schünemann y De Figueiredo Dias coords., Bosch, Barcelona, 1995, p. 40-41.

recortar las elecciones que impliquen una deliberada negación de la libre circulación, de la profesión de una religión (o de ninguna), o de conciencia y expresión como en el *exemplo docit* reciente, dado que con tanta latitud, *nada resiente la universalización de la libertad sino todo lo contrario*.³¹ De ello se sigue que la determinación racional del ejercicio como goce de los derechos, pone al legislador -con la judicatura vigilante o así debería ser- en la encrucijada de señalar cuando concurren presupuestos que señalan la intervención coactiva por inoponibilidad de la autonomía, merced al estricto seguimiento de reglas para su irrupción, me refiero a la *selectividad, necesidad, subsidiaridad y lesividad* para los fundamentos de valores realmente importantes para el tejido social, lo que lo prioriza como destinatario y apuntala la exigencia convencional y constitucional de su tarea.³² De ahí que no es punible protestar y hacer huelgas en contra de políticas económicas, tanto como resulta justificada la intervención penal si en su nombre se condiciona al que elige trabajar, prohibiéndosele su libertad en tal sentido por dar un caso. Y viceversa.³³

³¹ Cfr. MARINUCCI, Giorgio.-DOLCINI, Emilio, *Corso de Diritto Penale 1*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 488-489; distinto porque analiza conjuntamente la norma de conducta con la norma de sanción, BÖSE, Martín, “Derechos Fundamentales y Derecho Penal como ‘derecho coactivo’” (Grundrechte und Strafrecht als ‘Zwangsrecht’, trads. Lorenzo, M. M.-Valle Mariscal de Gante, M.) en AAVV. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos*, Hefendehl, R. ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 137, 140. Para una revisión del estrangulamiento a la libertad, AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1972, p. 214ss; también STELLA, Federico, *La Giustizia e le ingiustizie*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2006, p. 77ss.

³² Cfr. KÄLIN, Walter-KÜNZLI, Jörg, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford U. Press, Oxford, 2010, p. 98ss, especialmente 101ss; DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law*, Cambridge U. Press, Cambridge, 2010, p. 313. Por cierto, esto condicionará el análisis regulatorio del delito ya que determinados ejercicios pueden castigarse y no se conectarán con la maximización de la libertad como derecho humano fundamental, pero también la intervención del legislador podría exceder la razonable contención de una expresión y por tanto ser desautorizada; cfr. MARINUCCI, Giorgio.-DOLCINI, Emilio, *Corso de Diritto Penale 1*, op. cit., p. 489.

³³ Así lo advierte merced a tipos delictivos el art. 160 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita,

In secundis, la política criminal puede torcer el rumbo de un derecho mínimo a expensas de la ausencia estatal prolongada frente a fenómenos criminales, merced a respuestas irracionales, espasmódicas e incluso contradictorias. Me explico. Si merced a un creciente y progresivo testimonio de manifestaciones de personas, sectores o grupos sociales, en distintas exposiciones y reclamos frente a políticas públicas que juzgan perjudiciales a sus intereses, se dieran cita distintos hechos punibles, la articulación de la respuesta estatal tampoco podría atacar el propio corazón del derecho a pensar y expresarse que lo atraviesa, con recaudos de imposible cumplimiento -contar con autorización gubernamental- o con una formulación típica que les convierta en una infracción de deber -intimación a cesar una marcha pacífica-.³⁴ No puede meterse la cuchara de la prevención general positiva para evitar *ex ante* o reaccionar *ex post* ante actos dañosos, en el núcleo libertario en que se disparan.³⁵ Sin embargo ello no se desentiende de la seguridad pública; ella va ínsita en un doble circuito fuerzas y contrafuerzas, desde que se vaya a la inevitable sanción de comportamientos ofensivos, tanto como se restrinja la extensión a otros presupuestos de la propia diversidad

con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto”.

³⁴ Para el ejemplo de la manifestación quejosa de la huelga, vale la aprehensión de los fenómenos delictivos detectados en la vía de protesta, entonces: “*El Estado puede reglamentar todo aquello que no sea una ‘acción privada’ (art. 19 de la Constitución), pero no está igualmente autorizado a castigarlo. Para que el castigo criminal de un hecho sea legítimo, es necesario que se satisfagan dos condiciones. Una jurídica y otra política. La primera que representa la objetividad jurídica del delito, consiste en que el hecho lesione o ponga en peligro un derecho individual o social de los ciudadanos. La segunda, que la coacción civil no sea suficiente para infundir confianza a la sociedad”*; cfr. NUÑEZ, Ricardo C., “¿Es punible la huelga?”, op. cit. Al respecto de la problemática los ensayos no convencen ya que la intimación judicial a cesar un entorpecimiento de la vía pública *ex ante* no supone el estudio de razones morales y su traslado al área jurídico-penal por las que llegan a la manifestación y para eso es que están las categorías pertinentes del sistema de la teoría del delito; remito a Anteproyecto de CPA, art. 190, ediciones infojus, BsAs, 2014, p. 237 exposición de Zaffaroni y p. 323 de Pinedo.

³⁵ Cfr. WOLTER, Jürgen, “Derechos Humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho Penal”, op. cit., p. 57-58.

democrática.³⁶

El bien jurídico cobra interés, en atención a la calzada resbaladiza de las previas alternativas revisadas a velocidad *express*, porque bajo su órbita cabe la mejorada ordenación de un derecho penal cuyo catálogo orientado a la tutela de los derechos humanos, sea -y ello porque debe serlo- una óptima medida de movilización de los intereses vitales del individuo en la comunidad, *aunque no sea el orden jurídico su creador, sino propiamente la experiencia e historia como trayectoria de la libertad*.³⁷ A todo evento, la protección del derecho eleva a su punto más alto aquél reclamo a bien jurídico, porque tal y como precisara von LISZT las exigencias para convivir aparecen de las relaciones entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad establecida en Estado.³⁸ Ahora ni la dogmática en sí, como tampoco la política criminal pueden desentenderse de la significación de que ellos dominen las órbitas en las que transcurren los tipos delictivos, sin afectar la materialidad del *ius poenali*, perdido en su propia formalidad justificante, ni legitimar el *ius puniendi* desafinado con el anterior. En efecto, los atributos básicos al ser humano condicionan la convivencia a la lesión personal que impone el abuso en la determinación de una libertad y en la valoración

³⁶ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, BsAs, 2012, p. 134-135.

³⁷ A mayor profundidad de reflexiones, DE FARIA COSTA, José, *Nocoes fundamentais de Direito Penal*, Coimbra ed., Coimbra, 2009, p. 23ss. A mi modo de ver es uno de los más contundentes puntos sobre el contenido material de tutela, siempre discutibles; a propósito de una enunciación de todos ellos, remito a POLAINO NAVARRETE, Miguel „Rechtsgut und Strafrechtsreform”, en *Estudios Penales*, Córdoba, 1988, p. 59ss.

³⁸ Cfr. von LISZT, Franz, *Deutsche Strafrecht*, J. Guttentag, Berlin, 1897, p. 134. Para dudas sobre las posibilidades de legitimación, porque los márgenes de cuestionamientos son estrechos, aunque acepta que existen, LAGODNY, Otto, “El Derecho Penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” (Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, trads. Ortiz de Urbina Gimeno, I.) en AAVV. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos*, op. cit., p. 132ss, 135.

intersubjetiva en la que se sostiene el constructivismo democrático.³⁹

A partir de lo anterior, se teje un ámbito en donde la libertad y la construcción de un derecho penal dialoguen, convivan y sean capaces de generar sino adhesión, cuanto menos una aptitud de reconocimiento. Las contenciones normativas que concreten esta tarea servirán, en definitiva, como garantías próximas a un justo ideal respecto del contenido material de la ley, al tiempo de objetar como rechazo la proliferación y el desarrollo de la cuestiones de autoridad, contra la que la autonomía moral podría alzarse.⁴⁰ El caso opuesto, es decir, no atender a la problematización de la última y a partir de un orden normativo interno que la desconozca (como si acaso pudiera), no me anuncia más que su desaparición y fundadamente también la de la aplicación de soluciones compatibles con aquella, *un derecho penal total y masivamente violatorio de los derechos fundamentales*.⁴¹

³⁹ Para mayor referencia gráfica, MARINUCCI, Giorgio.-DOLCINI, Emilio, *Corso de Diritto Penale 1*, op. cit., p. 453. También tomar el esfuerzo del puente entre el harm principle y el bien jurídico en von HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’” (*Das Rechtsgutbegriff un das ‘Harm Principle’* trad. Alcácer Guirao, R.) en AAVV. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos*, op. cit., p. 43ss.

⁴⁰ Cfr. AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz...*, op. cit., p. 319-320; STELLA, Federico, *La Giustizia e le ingiustizie*, op. cit., p. 162ss. Igualmente, en el sentido que los derechos fundamentales vinculan legislación, jurisprudencia y administración (poder ejecutivo), NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht...*, op. cit., p. 97.

⁴¹ Cfr. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, op. cit., p. XXXIV; también D’AVILA, Fabio R., *Ofensividade em Direito Penal*, livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 68. Por otro lado, los derechos construyen, desde la libertad, un área destinada a avanzar, no a retroceder; de ahí la dificultad para su desconocimiento ulterior. En el sistema convencional regional de protección de los derechos humanos en Argentina existe una dominación de la idea libertaria a partir del circuito entre derechos implícitos del ámbito interno parejamente relacionados con los del ámbito externo. Esto es así en la medida que la propia Norma Fundamental argentina reconoce que hay más horizonte para la libertad que la explícitamente reconocida -art. 33 CN- y que la Convención Americana de Derechos Humanos tiene una guía hermenéutica que también la aumenta, si acaso las disposiciones de un Estado parte u otro instrumento internacional que hace ingreso a un sistema positivo, reconoce más volumen de tutela -art. 29.b-. Véase además, Cançado Trindade, Antonio, *El Derecho*

III.- Excepción a la anterior. Génesis de la obligación en el funcionario por la función pública.

III.I.- Ética pública en derecho penal

La regla de la libertad, reconocida y trasladada al área de los derechos humanos, rige indiscutiblemente para todas las personas, sin mayores distinciones, en especial cuando se las relaciona con categorías sospechosas a la igualdad entre los seres humanos. No obstante, ella no aplica para aquéllas que deliberadamente asumen un compromiso con la función pública y cuyo costo, por propia autodeterminación acaso en la única zona de contacto, es el ingreso a un mundo reglado.⁴² Profundizo.

La aseguración de la regla depende de una estricta vigilancia sobre el contrato depositado sobre la Ley Mayor, por lo que la última depara otra significación.⁴³ No es más que una idea plantear la sustracción de aquélla -en rigor, la excepción-; es apenas una contracara, el otro lado

Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 23-25.

⁴² Todo el campo del sector público está minado de reglas; el sector privado tiene una porción mucho menor de ellas. Desde el último agente hasta quien asuma el enorme compromiso de ejercer la función ejecutiva de gobierno están sometidos a ellas, pareja y proporcionalmente, menos quien ingresa y más el que llegue a acceder como primer mandatario (no mandante, léase bien). El legislador no puede hacer las leyes como quiera ni el juez aplicarlas -o dejar de hacerlo- a su entero gusto. Especialmente las misiones del poder estatal están *constitucione data* condicionadas a pautas para asumir y *constitucione ferenda* para continuar o mantener el cargo; *exemplo docit*, un diputado debe ser electo como representante del pueblo -art. 45- y un senador también, aunque además contar con la idoneidad idealizada en la Norma Fundamental -arts. 54 y 55-, y solamente así canalizar la expresión popular y de los miembros de la federación -arts. 22 en función del 1-. Así se lo interpreta en uno de los modelos constitucionales de referencia para Argentina: “*el gobierno procede directamente del pueblo; está ordenado y establecido en el nombre del pueblo... es, enfática, y verdaderamente, un gobierno del pueblo. En forma y sustancia emana de él. Sus poderes son garantía para él, y han de ejercitarse sobre él, y para su beneficio*”; cfr. MARSHALL *in re “McCulloch v. Maryland”*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 404-405 (1819). Para más profundidad y relación de ello con el derecho penal, MACHADO PELLONI, Fernando M., *Libertad y Delito. ¿Desobediencia en democracia?*, op. cit.

⁴³ Sobre fundamentos a ello, ELLSCHEID, Günter „Recht und Moral”, en AA.VV. *Einführung in die Rechtsphilosophie der Gegenwart*, op. cit., p. 228ss.

del imperio de la maximización de la autonomía moral, que aquí se reprograma. El rumbo contractual se asegura -según sugiere MAYER-⁴⁴ a través de la predicación de la función pública como *una obligación a obedecer el derecho*, en la medida que es y debe ser una herramienta para asegurar los derechos de libertad: en este conjunto, el delito durante su ejercicio es la infracción de aquella y, *cuando no lesiona personalmente, cuanto menos introduce un significativo peligro para los atributos básicos*. Ello es así, insisto, desde sus términos y, parejamente, se opone a concepciones del orden jurídico-penal en sentidos moralmente perfeccionistas o políticamente autoritarios por la dominación social a través del empleo de instrumentos punitivos, porque los actores tienen reglas que condicionan muy particularmente el rol que les toca desempeñar. *Tienen prohibido desatar un derecho penal total* a partir del seguimiento de la fuente de producción normativa, que amén de impedirselo, plantea con apego al marco relacional histórico, una *test* orientativo acerca de cómo, cuándo y hasta dónde intervenir coactivamente.

La contribución de MAYER condiciona en cuanto a que el orden jurídico e institucional opere como una declaración unitaria de voluntad estatal y en tal caso sujeta en sus mandatos normativos a quienes ocupen los órganos, para obrar en sus propios términos (porque las reglas se dan para el funcionamiento del Estado).⁴⁵ Los contratantes cuentan con eso o, dicho mejor, lo descuentan de cara a la adopción de sus propios planes de vida.⁴⁶ Ello así, el incumplimiento de la obligación pone en

⁴⁴ Estas bases han sido muy bien introducidas por MAYER, Max Ernst, *Filosofía del Derecho* (*Rechtsphilosophie*, trad Legaz Lacambra, L.), Labor, Barcelona, 1937, p. 122 y mejor desarrolladas en *Normas jurídicas y normas de cultura* (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, trad. José Luis Guzmán Dálbora), Hammurabi, BsAs., 2000, p. 41ss.

⁴⁵ Cfr. MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, op. cit., p. 89: “Las normas jurídicas obran hacia el exterior, no como normas, sino como garantías. *La garantía consiste en que el Estado empeña su palabra frente al ciudadano de que reconocerá determinados intereses y deberes en cuanto tales, y de que pondrá su poder a disposición para la salvaguarda de éstos*” (destacado en el original).

⁴⁶ Cfr. MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, op. cit., p. 91.

riesgo la propia sobrevivencia del contrato y sus fines, el aseguramiento de la regla de libertad, porque cae un bastión que ha sido ideado como garantía para poder hacerlo.⁴⁷

Hay destacables lugares para posiciones menos exigentes, aunque inconsistentes para la manutención del contrato, cuanto menos, en los términos irrenunciables de la regla de libertad. Si, en efecto, se disminuyera la atención y tensión sobre la contraparte de aquélla, que es la obligación por quien encarne la función pública, podría suceder, como pasa, que se confunda al soberano como súbdito, como pensaba FEUERBACH.⁴⁸ El mayor problema que ello encierra es aparte de la propia infracción de los agentes, que ello temprano o tarde toca a los asociados, lo cual no tiene -ni debería contener- márgenes de negociación.⁴⁹ Además introduce confusiones inaceptables desde la visión del pacto. Si reconoce, como lo hace el autor del histórico código bávaro, que la autoridad se introduce para el bienestar -hoy consensuado en el respeto y como se verá *ut-infra*, también la promoción de los derechos humanos- la concesión unilateral de pequeñas o significativas novaciones no es consecuente con la finalidad.⁵⁰ FEUERBACH únicamente está dispuesto a reaccionar ante situaciones insostenibles, pero la libertad ahí ya sucumbió;⁵¹ todo lo que se haga en adelante hace parte de una ingeniería restauradora, no como corrección del rumbo verdadero hacia el Estado social y democrático.

Se puede decir, sin reservas, que la recíproca relación entre regla de libertad con su excepción hace parte de una razonable (acaso inevitable)

⁴⁷ Cfr. MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, op. cit., p. 92.

⁴⁸ Cfr. von Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter, *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano (Antihobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, trad. L. G. Brond), BsAs, Hammurabi, 2010, p. 74.

⁴⁹ Cfr. von Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter, *Anti-Hobbes...* op. cit., p. 72-73.

⁵⁰ Cfr. von Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter, *Anti-Hobbes...* op. cit., p. 115.

⁵¹ Cfr. von Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter, *Anti-Hobbes...* op. cit., p. 118-119, 122, 126-127.

técnica estatal y se adecúa a influencias *ad extra* que, desde la inyección que el derecho internacional público, se aplica hacia el orden jurídico constitucional e infra-constitucional, así también como interpreta las manifestaciones *ad intra* el derecho positivo argentino. Si se confronta entre alternativas contractuales, FRANKENBERG no vacilaría en encasillar mi enfoque como lockeano, puntualmente del aseguramiento de la regla de libertad, bajo la vigilancia de gobierno por imperio de la ley.⁵² Yo creo que el presunto fracaso de esta proposición y su abandono o reemplazo por otra, está más emparentada por su incumplimiento que por su impotencia o insuficiencia. A lo que voy es que la sustitución por modelos de excepción, arbitrariamente limitadores de la regla *ut-supra* introducida, es resultante, como en un punto concede el autor *in commento*, en la pérdida del control sobre las bases normales de este vínculo de doble circuito, con contracarriles.⁵³

Por cierto debe por igual despejarse y, en consecuencia, desecharse que esta irradiación importe una manifestación de la función pública como enemiga; todo lo contrario, por varias buenas razones. Encabeza el argumento de que aquí *no se combate una amenaza ni se persigue su eliminación*: el Estado social y democrático, sus bases o los valores en los que la sociedad deposita su confianza, cuenta o descuenta la existencia necesaria de agentes a su servicio. Muy lejos de ello están los términos de JAKOBS que se pronuncia generalmente para amenazas que comprometen la subsistencia estatal, un ataque más significativo y contundente que la simple inobservancia o acaso un defecto cognitivo de quien ejecuta un delito.⁵⁴ Como convenientemente se defendiera,

⁵² Se remite al estimulante trabajo de FRANKENBERG, Günter, *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción (Staatstechnik: Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmestand* trad. Lucero, P. G.), Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2014, p. 39ss.

⁵³ Cfr. FRANKENBERG, Günter, *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, op. cit., p. 48; también puede consultarse del autor, “De volta ao assunto: medo no Estado de Direito” (trads. Saavedra, G.-Möller, U.-Lippert, M.), en AAVV, *Revista de Estudos Criminais*, N° 55, Notadez, Porto Alegre, 2014, p. 17ss, 19.

⁵⁴ Cfr. JAKOBS, Günther „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, *hrss-strafrecht*, de,

la libertad de los asociados deposita una confianza en los actores públicos para la consecución de los planes que ideen las personas, por tal razón ellos carecen de amplitud de maniobra.⁵⁵ Sin ellos no sería configurable la protección de los derechos fundamentales. Esta es otra importante diferencia, habida cuenta que al margen que los últimos no son el objeto material de intervención penal para sus bocetos, él no advierte la significativa trascendencia que tiene asignarle dignidad a los hechos punibles que afecten a la administración, cuya lesión o puesta en peligro toca el nervio conductor del modelo estatal.⁵⁶ Como asenté previamente, ello descoloca al contrato, a mi modo de ver, más concreta y claramente acaso que las causas -terrorismo u otras alarmas- ante las que se orienta el propio JAKOBS. Por último, tampoco hidrata una política criminal expansiva, marcadamente de prevención u orientada a funciones, ni impacta en inusitadas injerencias documentadas por el procedimiento de investigación o enjuiciamiento.⁵⁷ Ello así por cuanto,

März-2004; también „Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit“, *hrss-strafrecht*, Aug-Sep-2006 (última visita octubre 16, 2015). Alternativamente puede ampliarse en POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo. Desmistificación de un concepto*, Grijley, Lima, 2006, p. 77ss, 102. Tampoco la hermenéutica construye un enemigo desde la constelación de normas que controlan la función pública, a lo sumo configuran líderes, ejemplos, de los que justamente escapan los que están bajo la regla de libertad. Por último no quiebra la igualdad ante la ley, no es por un enfoque contra funcionarios, sino por la condición de la función y roza solamente a los que la que la persiguen y la consiguen ejercer.

⁵⁵ Cfr. ELLSCHEID, Günter „Recht und Moral“, en AA.VV. *Einführung in die Rechtsphilosophie der Gegenwart*, p. 233. Lo que aquí se adelanta es que la libertad puede valer diferente y en efecto, es así entre gobierno y asociados.

⁵⁶ La seguridad pública concentra casi toda su atención, contra el terrorismo que la acecha; cfr. JAKOBS, Günther „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, op. cit. y „Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit“, op. cit.; un análisis sobre el fenómeno, cuestionándolo como a Carl SCHMITT, véase FRANKENBERG, Günter, *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, op. cit., p. 163ss y “De volta ao assunto: medo no Estado de Direito”, op. cit., p. 27.

⁵⁷ En esto resulta característico una creciente cautelarización del individuo (ni digo persona), JAKOBS, Günther, „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, op. cit. y „Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit“, op. cit.; un

al proponerse como un contrapeso lógico a la esfera libertaria, debe estar a su altura. No más aunque tampoco menos.

Tampoco se ajusta al sistema de imputación. En esto, para no volver a innecesarias reiteraciones -conforme *ut-supra* II.II-, solamente hay que decir que la obligación no puede generalizarse y es correlativa a otro régimen, el de libertad; apenas se trata de un ajuste a una fracción, a una parte del contrato y no a ambas, cuestión en la que JAKOBS compromete su oferta teórica: él asume la existencia de infracción de deber -para el suscripto de obligación- que les incumbe a algunos por una situación especial en sentido estricto, pareja a la de todos por la inevitabilidad de lesionar o acaso por ámbitos de organización.⁵⁸

Despejado cualquier equívoco, adelanté que esto tenía contextos normativos externos e internos. Sobre el primer grupo sobresale la Convención Interamericana contra la Corrupción.⁵⁹ Hay que enfatizar que el preámbulo que sirve de ingreso al instrumento no desmiente sino

inventario sobre rasgos comunes sustantivos, como ser adelanto punitivo, defensa de normas sin lesión, ausencia del principio de proporcionalidad y una nueva orientación del *ius puniendi*, POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo. Desmistificación de un concepto*, op. cit., p. 27ss, especialmente 40.

⁵⁸ Esto se ve en el apartado específico de realización del tipo, en imputación objetiva y posición de garante, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 266-267 y antes, cuando se analiza la incumbencia en la organización, p. 258: “*El fundamento de la responsabilidad en los supuestos básicos de los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas...El problema de determinar estos deberes de garante a veces, es decir, en las posiciones de garante en virtud de la responsabilidad por organización..., ha de resolverse determinando los casos en los que el autor ya no es causante activamente, pero su ámbito de organización aún tiene efectos externos..*”. Así también del autor, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Frankfurt am Mein, 2012, p. 83ss. Un estudio aplicado sobre tales bases y enfocado en infracción de deber, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; Javier, “Delitos de infracción de deber”, en AAVV. *El funcionalismo en Derecho Penal*, Montealegre Lynett, E. coordinador, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 271ss y nota 2.

⁵⁹ El instrumento se aprobó en Caracas en marzo 29 de 1996; se incorporó como en Argentina como ley 24.759, sancionada 4-12-1996, promulgada 13-1-1997, BO. 17-1-1997.

que, al contrario, reafirma las ideas que vinculan la regla inicial con esta otra que la condiciona o excluye. En efecto, *ab initio*, se traza una directa recta, segmentada entre la (i) *legitimidad de las autoridades, aquéllos que cometen actos que se desvían de la correcta administración y los atentados que ellos suponen a la sociedad, como así y muy especialmente, contra el desarrollo integral de los pueblos.* Sin perjuicio de volver *ut-infra* sobre ello, subrayo y me detengo en que se delinea un pasaje con libertades y derechos que van más alto y más lejos que la no interferencia en la autodeterminación personal, clave al entendimiento limitador al que me referí.⁶⁰ Esto viene a significar, en sintonización hermenéutica, que el Tratado viene a dar su aporte para la preservación del acceso y sostenimiento de un agente en un cargo, reforzándose así las seguridades que procuraba -y todavía lo hace- el modelo de contrato que posiciona a los que ocupan la función pública como garantía para la ciudadanía: *esto tiene una fuerza suficiente como para analizar la lesión o el peligro de que ella tenga lugar, que supone la sustracción a la obligación.*⁶¹

Sobre el segundo agrupamiento, para llegar a la parte especial del Código Penal, hay que tomar en cuenta, que más allá de las indicaciones constitucionales del texto reformado en 1994 en orden a la obligación, la Norma Fundamental tiene ahora un obvio rechazo a la corrupción pública.⁶² La derivación en una ética pública informa de una orientación que difiere de la que lo hace con una persona ajena a niveles de la

⁶⁰ En sentido similar, SEVERO CAVALLERO, José, “La Convención Interamericana contra la corrupción y la legislación penal argentina”, *Diario LL*, 1997-E-1153.

⁶¹ Cfr. SEVERO CAVALLERO, José, “La Convención Interamericana contra la corrupción y la legislación penal argentina”, *op. cit.*

⁶² Al respecto, los párrafos 5° y 6° del art. 36 CN., que dice: “*Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función*”. El marco contextual no es menor, esta disposición analiza los atentados que golpean la base de la democracia por golpes funcionales, al margen de la organización institucional.

administración.⁶³ También que los tipos delictivos se hacen cargo -y esto porque deben- de recoger esta imposición de obrar de conformidad con los presupuestos constitucionales, legales y reglamentarios sin áreas grisáceas o dubitables, acaso como pueden -y esto también porque sin remedio a veces deben- los individuos que coexisten en convivencia social.⁶⁴ A ello, como inequívoco cumplimiento del mandato normativo superior, colaciona la respectiva ley que se destina al mapa moral de los agentes en la actividad. Sobre lo último debo decir que los niveles en los que ella interviene, a mi ver, necesariamente impacta a la hora de interpretar la ley penal y en especial al momento del análisis de considerar la imputación en sí detrás de un fenómeno fáctico. Es inevitable, a partir de su origen, subir la exigencia en la autoridad -toda- que no puede fallarle a los contratantes, a partir de la probidad y una actividad hacia los demás en lugar de una focalización respecto de los fines propios.⁶⁵ Las

⁶³ Como posibilidad de diferencia entre ética pública y privada, EKMEKDJIAN, Miguel, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. III, Depalma, BsAs., 1995, p. 419. Equivocadamente plantea una idea más pareja, asociando el techo moral entre ambos contratantes y el art. 19 CN. -buenas costumbres-, cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado de Derecho Constitucional argentino*, T. VI, Ediar, BsAs., 1995, p. 268.

⁶⁴ Los hechos punibles contra la administración expresan ética pública según EKMEKDJIAN, Miguel, *Tratado de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 418. Una amplia concepción, también SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T.V, TEA, BsAs., 1992, p. 122.

⁶⁵ La ley de Ética Pública N° 25.188, BO. 1-11-1999 hace grandes contribuciones a la dogmática desde el punto de vista hermenéutico, así el art. 2: “a) *Cumplir y hacer cumplir estrictamente Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno;* b) *Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana;* c) *Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular;* d) *No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello;* e) *Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan;* f) *Proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados.* g) *Abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa;* h) *Observar*

únicas licencias, en definitiva, son -así ha de ser- las vacaciones.

III.II.- Concepción del bien jurídico y derechos humanos: (re)visión aseguradora

Este punto implica que el derecho penal en la actualidad no solamente tiene un dique de contención por los derechos humanos sino que, también como *necesario complemento*, además cuenta con una función legitimadora de necesaria intervención. En efecto, si bien la prohibición de intervenir coactivamente para conculcar atributos básicos es un punto (casi) indisputable, todavía puede correr mucha tinta respecto de una mirada aseguradora por vía de la pena e igual en su sostenimiento: esto supone también regresar para hacerse cargo de los interrogantes iniciales.

Los derechos fundamentales son limitadores del poder coactivo confiado al Estado, sin embargo, a su vez asumen como tales una irrupción; de un lado, porque suponen un ámbito que quien abuse o aproveche su autodeterminación más allá del ámbito de reconocimiento, se expone a una consecuencia jurídica como sanción; del otro, porque sin que eso tenga lugar, si los asociados no se atacaran en (el falso) nombre de la libertad, la desigualdad entre ellos exige por contrato que la función pública por sus agentes la achique. Por eso escojo decir que *no hay una obligación de punir -que siempre abrirá la puerta a usos inconfesables- sino que existirá un ámbito inobjetable al interés penal*.

Lo anterior va más allá del caso de la corrupción aunque, sin dudas, la comprende. Se trata de ataques *indirectos pero inequívocamente personales*.⁶⁶

en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad; i) Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil”.

⁶⁶ Esta posición la he llevado hacia la fundamentación y legitimación de hechos punibles para el orden económico estatal, parte del *Nebenstrafrecht* o *dereito penal secundario*; cfr. MACHADO PELLONI, Fernando, “Derecho Penal Económico: su legitimación para la defensa de los derechos fundamentales”, en AAVV., *Revista de Estudos Criminais*, N° 32, Notadez, Porto Alegre, 2009, p. 15ss, reproducido en AAVV., *Derecho Penal*

Una persona sin educación, que no tiene vivienda, que no cuenta con agua y arrastra un déficit alimentario puede sufrir arrebatos a su libertad por un abuso de otro; sucede -debería minimizárselo- sin más remedio. Ahora si aquella escogiera formarse, intentar alcanzar un hogar, con red sanitaria y perseguir una mejor calidad y expectativa de vida, demanda un aseguramiento a su autodeterminación; ocurre -debería maximizárselo- sin parar.⁶⁷

A partir de lo recorrido, la invocación de los derechos humanos con la categoría del bien jurídico contribuye a una dogmática apropiada para la verificación de la tipicidad en clave del injusto, como también orienta a la política criminal, para evaluar y preparar respuestas ante la subversión del contrato por agentes en la función pública, que no sirven a la ciudadanía. Quiero poner de resalto la cuestión acaso más trascendente de esto último y es que se cierre un círculo ante el deliberado apartamiento de la manda del pacto, en la medida que cada hecho punible que perjudica al Estado, afecta el interés de todos, cuando debería suceder lo opuesto.⁶⁸ Se dijo entonces y se reitera aquí. Todo

Económico, T. I., Marcial Pons, BsAs., p. 120. Para unos, la postura no es más que un argumento dramático, que hace a una expansión punitiva, un paraguas que termina por ayudar a defender cualquier manifestación penal, cosa que no se compecede pues un análisis de aprobación determinado (con inicio y fin en la libertad), supone el rechazo para los otros -cualquiera sean- que no se conforman a él; la crítica, superficial, VIRGOLINI, J.-SILVESTRONI, M. *Derecho Penal tributario*, Hammurabi, BsAs., 2014, p. 91, incluso contradictoria, en mi concepto, con quien concilia el delito únicamente como ofensa, como si la evasión o el contrabando no la hicieran, véase SILVESTRONI, M., *Teoría constitucional del delito*, Del Puerto, BsAs., 2007, p. 165ss. Para otros, en verdad no hay ninguna otra salida para apoyar la intervención penal y que cuente con respaldo; con adhesión, RIQUERT, Marcelo A., *Régimen penal tributario y previsional*, Hammurabi, BsAs., 2012, p. 28ss. Ambas citas, acaso es su mayor testimonio, prueban que la discusión está todavía abierta. Otros autores están dispuestos a recoger la pluriofensividad en el ADN de los hechos que aquí se recogen, cfr. FIANDACA, G.-MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2016, p. XXVI.

⁶⁷ Esta idea ha venido de la mano de RAZ, Joseph, *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Oxford U. Press, Oxford, 1995, p. 44ss, 50.

⁶⁸ Las personas siguen la ley de acuerdo a sus propias autodeterminaciones y no necesariamente porque se sienten obligados por ella, asunto que ya discutimos; el gobierno

funcionario está forzado a renovar mecanismos de tutela e intervención activa ante cuadros de insuficiencia, descriptivos de una autonomía sin esperanza en el goce de aquellos. Cuando tiene lugar, difícil imaginar mejor conformidad con los Tratados de derechos.⁶⁹ Ello así, al menos en esta inteligencia, al detenernos únicamente en la *aseguración prestación estatal activa*; es decir, en el corredor por el cual las personas, *por medio del Estado*, ven posibilitadas, ampliadas o mejoradas las coordenadas del goce de su libertad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y, de nuevo, en detalle para la tarea aquí cumplida, la sanción por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales son formalmente obligatorios *ad extra* y *ad intra* dentro del ordenamiento, a los que se le ha de agregar el compromiso de la Convención Americana de Derechos Humanos, como otra regional, terminan por darle mayor sentido a la prevención o reacción ante desvíos del contrato, a instancias de funcionarios.⁷⁰ El rol prestacional minimiza la inhumanidad de un modelo estatal policial -una técnica que no contará con adhesión por conducir a un derecho penal total- y neutraliza la desigualdad social, al tiempo en que además optimiza la función pública para el bienestar económico, social y cultural.⁷¹

tiene su propio sello moral, por vía del contrato; así RAZ, Joseph, *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, op. cit., p. 344-345.

⁶⁹ O también se lo puede decir de conformidad a principios de justicia, RAZ, Joseph, *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, op. cit., p. 356.

⁷⁰ Vamos más allá del entendimiento clásico de ellos; la visión tradicional por ejemplo, CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 380ss, especialmente 386ss; también DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law*, op. cit., p. 19ss. El aporte de proyección, con dosis de prudencia, VIGANÓ, Francesco, “Obblighi convenzionali di tutela penale?”, en AAVV., *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano* (a cura di Manes, V.-Zagrebel'sky, V.), Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 244ss.

⁷¹ Ampliar una mirada prestacional en HÄBERLE, Peter, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem: Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Berlin, Berliner Wissens-

En lo que aquí cuenta, se asocian los principios de eficacia -en y para la actuación funcional- con el de humanidad, uno que orienta los medios para conseguir los recursos, la organización y distribución para el aseguramiento de la libertad; el otro para limitar, a propósito, el sentido de la interferencia estatal. Ambos se complementan con los componentes materiales y personales. Los primeros apuntalan -gestión e imputación del gasto al fin- que para distribuir, el Estado prestacional debe hacerse de bienes, recaudar o recibir; los segundos, se ordenan para posibilitar la realización del fin estatal, que engloba a los asociados.⁷² A mitad de ese circuito están los servidores públicos, mandatarios y auxiliares que deben trabajar, merced a una renuncia a la regla amplia, paradójicamente en pos de ella.

La focalización de los hechos punibles contra la administración bajo esta idea rectora es historiográfica. Los agentes estatales como comisionados internos de los derechos humanos universales, son los primeros encomendados en respetarlos -mirada limitadora- como en promoverlos -observación aseguradora- en “casa”, con un sentido práctico. Como recuerda TOMUSCHAT, el pasado contribuyó a su aparición como mecanismo de protección ante abusos e incumplimientos del contrato.⁷³ Ello así, en especial, contra el propio Estado. Ahí hay que distinguir, pues ello resulta por denunciar violaciones ante la expansión irracional del poder encarnizado, por vía de recortes a la regla de libertad, como parejamente cuando se pide el bisturí para hacer una disección

chafts-Verlag, 2006, p. 39ss. Es inconciliable, en mi opinión, tal perspectiva con una técnica estatal más emparentada con una maximización penal, que cuenta con alterar la regla de libertad. No debe confundirse un perfil estricto sobre el control del contrato, con dimensiones de riesgo con hipervínculos transversales a la sociedad, capaz de reemplazar libertad por seguridad. Nada que ver. Remito a FRANKENBERG, Günter, *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, op. cit., p. 128ss y “De volta ao assunto: medo no Estado de Direito”, op. cit., p. 24ss.

⁷² A más consideraciones, cfr. HÄBERLE, Peter, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königsstein, Athenäum, 1980, p. 160ss.

⁷³ Cfr. TOMUSCHAT, Christian, *Human Rights between idealism and realism*, Oxford U. Press, Oxford, 2010, p. 97.

en el cuerpo social y balancear necesidades humanas esenciales e insatisfechas, imposibilitadas por sustracciones a la obligación, indirecta o groseramente directa consecuencia de la corrupción pública. Lo pongo en perspectiva.

Por un lado, hay que observar el contexto de un apartamiento en el contrato. En uno de gestión, la recepción de dinero u otro objeto de valor para hacer u omitir una tarea específica, e incluso influir en otro funcionario -tipos objetivos del cohecho-, puede afectar o poner en peligro la libertad de otros, si no se es riguroso con la obra pública, su planificación y ejecución;⁷⁴ si se la confía a principiantes es altamente riesgoso para la sociedad, tanto o igual como si se sobrefacturaran materiales y se utilizaran otros de menor resistencia a la fatiga del natural desgaste. No es que no lleguen los efectos a las personas que los usen, asunto que lamentable y fatal, en ocasiones, directamente los alcanza; se trata de haber frustrado, lejos de cuanto se debía, que se les brinde la mejor adjudicación, que es la que el Estado tiene -y ello porque debe-brindar, para que no se tome ningún atajo indirecto a un estrago. La sujeción a la obligación es un anticuerpo para esa infección.⁷⁵

⁷⁴ Artículo 256, según la ley N° 25.188 de Ética Pública: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”. La ley aludida también incorpora a quien *influya y persuada* para casos como la disposición anterior, según el art. 256bis: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años”.

⁷⁵ Muchas reformas ha recibido el código español de 1995 y su actualidad no es bien recibida por, así me parece, la unánime doctrina. No puedo extenderme en esto aquí y ahora, aunque sus muy buenas y correctas razones tiene de ser así. No obstante, quiero decir que tender a precisar los hechos punibles que hacen a la desviación del contrato como infracción de deber -para mí, obligación-, no deja de ser un (acaso único) gran

En cambio si fuera en el ámbito institucional como es la magistratura, una recepción de dinero desencadena dos reacciones frente al contrato.⁷⁶ Una es que, si ocurre por ejemplo en un proceso criminal, o bien un atentado a la libertad, por quien carecía de derecho a actuar como lo hizo e invocarlo en su favor, puede quedar impune, aunque no debe; o que una consecuencia jurídico-penal se aplique ante un supuesto que no corresponde, dándose lugar entonces a persecución ilegal. Ambas son un cáncer a la regla e indirectamente, más tarde o más temprano, matan la convivencia que el mandato de excepción está obligado a asegurar. Tal asunto escapa a una falla humana.

Las situaciones bajo estudio están controladas por la relación del bien jurídico protector de la administración estatal en tanto aseguradora y a partir de entonces con los tipos, profundizándose la observación en el distingo entre los últimos respecto de aquél y sobre la unión teleológica entre ellos: hago mención a la constelación de los elementos que definen al delito en el obrar de una persona -aquí en la labor pública-, en vinculación con los valores -transpersonales u oblicuos, conectados desde el individuo al Estado prestacional-, los que resultan explícitamente recogidos por el ordenamiento.⁷⁷

acierto, como cuando ahora el art. 419 del cohecho pasivo propio reza: *“Para realizar en el ejercicio de su cargo una acción contraria a los deberes del cargo u omisión o retardo injustificado...”*. En un reciente comentario, se ha señalado que ello resulta consecuencia de una política criminal internacional y regionalmente orientada hacia el control y sanción de la corrupción, bien que con reparos por una presunto pérdida de objetividad cuanto injusto, cuestión que no me parece; cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Cohecho (arts. 419 y ss)”, en AAVV. *Comentarios a la Reforma del Código Penal*, González Cussac, J. L. -director-, Matallín Evangelio, A.-Górriz Rojo, E. -coordinadoras-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1157.

⁷⁶ El art. 257 según la ley N° 25.188 dice: *“Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”*.

⁷⁷ Cfr. DE FARIA COSTA, José, *Nocoes fundamentais de Direito Penal*, op. cit., p. 177. También ha dicho ORTS BERENGUER que la subversión del correcto funciona-

En mi repaso, tal y como lo creo, con acentuada inclinación hacia la recuperación o preservación del pacto lockeano, tomando en consideración las reglas para y por las personas, la excepción para funcionarios y agentes públicos como necesario complemento de la libertad en la sociedad, dará acuerdo al pronóstico de la tesis de RAZ, que se muestra creyente -y yo como él- en la capacidad de generar más consentimiento, o posibilidad de reconocimiento en la obra de un gobierno, cualquiera que sea su color.⁷⁸

IV.- Recepción en la imputación

Hay marco para el establecimiento de violaciones de obligación. Al momento de ingresar advertía, tras las huellas de ROXIN, que se hacía necesaria la delimitación teórica para convenientemente apuntalar el fenómeno de los hechos punibles que dan sentido a la prevención y respuesta de la corrupción pública.⁷⁹ Así entonces se pasa a revisar el marco del objeto de la infracción de la obligación.⁸⁰

a) Concepto, pre-tipo y tipo delictivo: ámbito de protección

Por orden me apresuro a anticipar que el contrato, con ambas reglas, acondiciona la configuración penal de la función pública e irradia

miento de la administración debe ser matizada de que la tutela penal tenga el fin de que aquella rinda a la comunidad los servicios a que viene *obligada* y que justifica su propia existencia; en VIVES ANTÓN, T.-ORTS BERENGUER, E.-CARBONELL MATEU, J.C.-GÓNZALEZ CUSSAC, J.L.-MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C., *Derecho Penal Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 698. Es el único modo de evitar la dispersión de valores protegidos por los mandatos normativos más variados, que recoge y en cierto modo crítica, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 825ss. Una enunciación que compatibiliza con el enfoque, remito a FIANDACA, G.-MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, op. cit., p. 156.

⁷⁸ Ampliamente RAZ, Joseph, *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, op. cit., p. 355ss, 360.

⁷⁹ Véase en este sentido *ut-supra* I in fine.

⁸⁰ Para abundar, remito a ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, op. cit., p. 432ss.

forzosamente a quien la desenvuelve. Prosigo. Coexisten planos, uno objetivo y otro subjetivo que por buenas razones entronizan al Estado como núcleo de tutela.⁸¹ De aquél, ya que los agentes de la administración que -por la comisión de hechos punibles- fallan en su función administrativa cualquiera que sea, en cierta forma -inevitable concluirlo- la estorban, que es algo similar a un impedimento parcial y acumulativo del aseguramiento de la regla de libertad. El esmero presupuesto en su propio y ordenado funcionamiento se comprende con *que la voluntad estatal cuenta con hacerlo bien en lugar de mal o muy mal*, tal el peso de su obligación. Por otra parte, a instancias de lo que recién se dijera, aparece como directa interesada en prevenir antes y repeler después, los actos que puedan malograrlo, no en lo que hace a su ingeniería organizacional de tono institucional; antes en clave operativa.⁸²

Se sigue de lo precedente que, antes que una dialéctica inconciliable entre un *concepto* objetivo o subjetivo sobre la función y transitivamente sobre el agente, el microscopio del laboratorio que la estudie está llamado a ver las muestras existentes sobre el cumplimiento o ruptura de la obligación y la actuación del funcionario sobre la ejecución de la anterior. Así se tendrá el resultado conveniente de atender el área que hace las veces de epicentro del movimiento penal, con la ventaja de evitar disputas sobre los perímetros de intervención y de abstención. FIANDACA y MUSCO denominan a esta perspectiva funcional-objetiva, en la creencia que ya no todo depende de la titularidad ni, también, de todo y cuanto califique la relación de dependencia entre el sujeto y el organismo, sino de los componentes de la actividad ejercitada.⁸³ Si se hace la suficiente vinculación, en rigor y más allá del título que se le pueda o quiera asignar, lo que se define y defiende es una

⁸¹ Cfr. Pagliaro, A.-Parodi Giusino, M., *Principi di Diritto Penale. Parte Speciale I. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 4ss.

⁸² Cfr. Pagliaro, A.-Parodi Giusino, M., *Principi di Diritto Penale. Parte Speciale I. Delitti contro la pubblica amministrazione*, op. cit., p. 5.

⁸³ Cfr. FIANDACA, G.-MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, op. cit., p. 171.

recuperación para la coacción penal en la afectación significativa de la tarea por los que están convocados a cumplirla.⁸⁴

Los caracteres o elementos de la función pública aportan datos para la evaluación e informan el ejercicio de un agente. Ello es determinante porque hacen parte necesaria de la tipicidad, puesto que son al final de cuentas pre-típicas para alcanzar -no siempre ni en todos los casos- el cargo o para guiar la nave -esto es indefectible, al no haber regla de libertad- acaso como un compás magnético o las estrellas, en el rumbo verdadero y sostenerlo, con las correcciones que el desempeño razonablemente demande.⁸⁵

La configuración se sirve de un reenvío que el orden jurídico-penal, en lo que hace a la salvaguarda de la actuación estatal, hace a otras esferas del derecho público. La Norma Fundamental como punto de lanzamiento aunque indudablemente, con los seguimientos de los mecanismos de producción, especialmente son las leyes de organización, gestión y control propias y específicas de la administración, reglamentos y actos administrativos, las que se cierran sobre el esclarecimiento de lo

⁸⁴ Hace a otra encuesta lo que pueda -y también lo que ¡deba!- suceder con otros modos de intervenir en el control del poder estatal: político, institucional, intraorgánico o extraorgánico, de una función u otra del propio Estado. Sobre este muy importante tema, de imprescindible consulta, VALADÉS, Diego, *El control del Poder*, Ediar, BsAs, 2005, p. 11, 16, 32ss. Basta aquí asentar que es un registro común en algunos países que se deposita todo en la intervención penal, maguer que sea -y ello porque ¡debe!- la última *ratio*, lo que no está en disputa. Así se adelanta la intervención de la judicatura, en una suerte de suplencia ante el déficit de las previas supervisiones estatales. Una crónica en FIANDACA, G.-MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, op. cit., p. 157, 159.

⁸⁵ Esta cualidad que es tan distintiva, sobresale en el injusto, lo que es compatible con la infracción de la obligación, es por lo general por un sector de la dogmática bajo el argumento de que no es aceptable que la singularidad punitiva venga *ad extra* a la rama jurídica en foco. Para mí, ahí está la justificación. Una posición a favor, ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Beck, München, 2003, p. 106: "...figura central es quien infringe el deber pretípico que le incumbe y de ese modo contribuye por acción u omisión al resultado...", énfasis propio („...Zentralgestalt des Geschehens, wer die ihn treffende vortatbestandliche Pflicht verletzt und auf diese Weise durch Tun oder Unterlassen zum Erfolge beiträgt...").

que es la obligación del agente.⁸⁶

El marco que rodea a la actuación de la administración pública es en un punto el que viene a completar la fundamentación de la intervención penal, porque la puntillosidad de la obligación única capaz de legitimar reclamos punibles, no es, por lo general, definida a través de los puntos mayores, muy bien definidos en el contrato constitucional y presupuestos en el compromiso convencional del Estado respetuoso y promotor de los derechos humanos. El pacto tiene así, en los pormenores, el círculo cerrado y compacto de la exigibilidad correspondiente a la excepción.⁸⁷ De ahí se hace evidencia su condición de pre-típicos, como ya está dicho, aunque terminan por ser después decisivos. Aquí, en particular, sí tienen sentido las palabras de JAKOBS, cuando describe que la latitud en consideraciones para la parte general de la imputación, es más tarde dirimente en el hecho individual, lo que quiere decir que cabe sumar regulaciones, en tanto y cuanto solamente no contradigan la posición del agente en su función, garante de ella. Apenas, en cuanto condición, deben tratarse de reglas existentes.⁸⁸

La constelación de normas, pre-típicas, de ser seguidas *ex ante*, minimiza la desviación en el estricto seguimiento de la obligación por parte de uno o muchos en la función pública. Ellas guardan un rol eminentemente preventivo, con el que asoman adecuadamente a

⁸⁶ La doctrina puede denominarlo de otro modo, como ser delimitación “externa”, cfr. FIANDACA, G.-MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, op. cit., p. 173-174. A contracara, es “interna” cuando no es resultado de otra producción normativa, o no supone un reenvío.

⁸⁷ Esta cuestión es un tema natural a la teoría de deber (obligación aquí) especial en JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 214.

⁸⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 91. El autor luego hace distinciones, por ejemplo la punibilidad no es una materia que requiera cumplir y adecuarse a la *lex previa*, cuestión que desde ya no se comparte; para la posición tradicional, a la que sí se adhiere, por ejemplo, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I (*Strafrecht AT*, B. I trad. Luzón Peña, D.-Díaz y García Conlledo, M.-De Vicente Remesal, J.), Civitas, Madrid, 1999, p. 140.

disuadir la frustración del contrato.⁸⁹ Así llegan a incidir *ex post* en el horizonte penal, porque resulta que a éste le interesa que se reconozcan y se sigan las otras normas.⁹⁰ Esto impacta en el ámbito de protección.

b) Gravitación en presupuestos

La escena del contrato y sus rupturas por agentes en la función pública, como he aclarado, no es más que un ajuste respecto de un acuerdo, que hay que defender ante la amenaza de ser sustituido: no hay novaciones unilaterales, no caben por la propia excepción. Un incumplimiento y una reacción ante tal situación, con previa advertencia de la existencia del tipo y de la sanción, exige una recuperación dogmática de los elementos que inciden para dar por comprobado un injusto punible, por corrupción -en el limitado campo que se abordó-⁹¹ y en el contexto de las relaciones normativas *ad intra* y *ad extra* del área penal. La autonomía es (muy) poca o nula, pertenece a otra regla y el que la quiere, como su derecho, está en el lado equivocado del acuerdo fundamental.

b1) Adecuación social

La infracción por quebrantamiento de la obligación tiene una total inadecuación social, en mérito a los puntos mayores que se destacan. Ello tiene todo su sentido desde que implica, mayormente, un perjuicio indirecto e incluso directo a la propia sociedad. En efecto, si todo acto humano que concentra la atención del *ius puniendi* estatal, es relacional e involucra un entorno, aquí más porque *es pluriofensivo, personalmente impersonal*.⁹²

⁸⁹ Esto ya lo dice alguna doctrina para delitos de resultado, aunque luego ingresa en casos de deberes especiales, así FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación de resultado*, op. cit., p. 122ss, 123, no obstante no cree que ello sirva para verificar el tipo objetivo en 124 (lo que sería compatible con la regla de libertad).

⁹⁰ Cfr. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación de resultado*, op. cit., p. 128.

⁹¹ Remito a la nota inicial y a la introducción *in extenso*.

⁹² Un compendio sobre la acción en sentido social, JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 238ss, 239.

El lugar que se le ha tendido al estudio de la adecuación social es correcto, a mi modo de ver, en la medida que es preexistente al que le corresponde al sistema del hecho punible. Tiene así la robustez de reconocer cualquier enfoque en torno del último, la consideración del ámbito en donde viene a discriminar, más allá de otros límites posibles, el más delicado entre libertad y punibilidad.⁹³ De ahí proviene, desde el contractualismo constitucional -hoy potenciado convencionalmente-, el indiscutible lugar que la función pública reglada y orientada hacia la prestación del conjunto de ciudadanos y habitantes, no puede aguantar la permeabilidad de una dualidad que es su negación o contradicción. No es imaginable como se pudiera acaso llegar a predicarla al revés.

Está descontada la gravitación que los bienes jurídicos desempeñan para la explicación y la justificación del derecho penal.⁹⁴ No obstante, es aquí más que en cualquier otra parte en donde resalta la ofensividad del comportamiento. Si bien todo acto u omisión individual genera un eco en el radar penal desde lo que revela tal manifestación, esto es como expresión contraria a intereses intersubjetivos -eso los hace merecedores de los tipos delictivos según la fundamentación positiva de ellos-, la corrupción en la administración pública asume tal magnitud por su perfil caracterológico. Mientras que ante un supuesto contra la libertad de vivir, el sujeto A interfiere arbitrariamente en la autonomía de B y la convivencia no puede costearlo sin una merma en la confianza de la protección de los derechos personales, el abandono del seguimiento de la obligación en la función comporta un atentado social sin atajos, sin pausa a la exposición de una puntual sepultura de los valores de

⁹³ Con matices entre los que exploran la adecuación como reconocimiento, está WELZEL, Hans, *das neue Bild des Strafrechtssystems*, Otto Schwartz&Co, Gotingen, 1961, p. 25ss; aunque es cierto que puede variar su posicionamiento sistemático entre tipo y antijuricidad, HIRSCH, Hans-Joachim, “Adecuación social y teoría del injusto” („Soziale adäquanz und Unrechtslehre”, trad. Cancio Meliá, M.) en *Obras Completas*, TIII, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2002, p. 9ss.

⁹⁴ Cfr. NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht...*, op. cit., p. 100.

relevancia penal.⁹⁵

Este factor es muy significativo, porque el seguimiento de la función en los términos de la obligación, colabora en la distinción entre lo que cuenta -o deja de contar- socialmente y ello va a condicionar el análisis sobre el ejercicio o el desempeño en aquélla: la normalidad es actuar según se espera de los agentes, pero no pocas veces pueden configurarse anormalidades que no desentonan con la injerencia penal en el sistema del injusto. Igual se conecta con lo que sigue.⁹⁶

b2) Riesgo permitido

Se sigue de la idea rectora que la obligación asume una sujeción a la ley. Antes fue destacado y se reitera que ello presupone un conjunto de reglas que guían y condicionan la actuación de la función pública y que, en rigor, el interés penal está también detrás del reconocimiento y respeto de las disposiciones. Sin embargo, no se sigue que, *por necesario que resulta el acatamiento de normas, la inobservancia sea suficiente para dar sin más comprobado un injusto*. Acaso lo sea -porque deba serlo- para otras áreas del derecho aunque, vale aclararlo, siendo parte del ámbito de la excepción no lo es del derecho penal.

Si bien el abandono de reglas prefijadas es opuesto a lo que se espera de quienes ejercen una tarea que tiene por destinatarios a los miembros del tejido social, se podría llevar la excepción a niveles absurdos: en parte, porque se asumiría la intervención penal ante la más minúscula falta; por la otra, porque el amontonamiento de infracciones -más allá de la saturación judicial- podría ensuciar la claridad de la atención sobre el control del poder, cuestión cualitativa de la correcta defensa del

⁹⁵ Por lo general esto emprende una separación clásica entre objeto material de la acción y objeto jurídico de protección; cfr. FIANDACA, G.-MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 232.

⁹⁶ Para lazos, puede consultarse ROXIN, Claus, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht” en AAVV., *Festschrift zur Ulrich Klug im 70 Geburtstag*, Kohlmann hrsg., Deubner, Köln, 1983, p. 310ss.

contrato por una equivocada concentración cuantitativa. En este lugar va a limitarse que no siempre *un apartamento, como infracción, será un riesgo no permitido al ámbito penal.*⁹⁷

Se ha señalado en la idea rectora que persigue la contribución que la defensa de los derechos humanos exige una visión conjunta entre la limitación del poder como límite protector de la libertad y la intervención estatal para la ampliación del horizonte de la autodeterminación personal. Sobre esta última, la dinámica de la vida social muchas reclama una intensidad en el hallazgo de soluciones a problemas derivados de contingencias no previstas o, si acaso estudiadas, mayores de las estipuladas. Muchas veces las mencionadas circunstancias hacen cometer errores en la observancia de las reglas, sin que resulte un perjuicio social penalmente desaprobado. Otras, aún sin momentos apremiantes, tampoco, condicionado por la demanda prestacional y los déficits que puedan advertirse. La función pública depende de personas y, con todo, el ajuste de ellas encaminándose a las exigencias propias de la excepción no puede escapar de equivocaciones.

Ahora que ningún yerro o afán en atender las propias demandas de gestión resiste la intersección de un ejercicio que, por fuera de los ámbitos reglados, exige o recepta una prestación por hacer -u omitir- algo inherente a la posición que ocupa. Por igual, desatender la función al servicio de los demás y afectarla en propio beneficio, como lo anterior, inapelablemente expresado por comportamientos violatorios al enfoque funcional, toma su lugar entre *riesgos directamente prohibidos.*⁹⁸

⁹⁷ No rindo comparación a la inobservancia de normas para la imputación, hay diferencia entre aquél que tenga como regla la libertad y quien, en cambio, tenga la excepción. Lo que aquí se dice es que si una inobservancia no configura por sí un injusto, no lo hace en quien puede violar una regla de circulación de tránsito -porque se requiere más que eso-, ni basta con un apartamento en un reglamento administrativo. En este sentido, comparto que el último supuesto es más grave, pero está fuera de discusión que *si se trata de una directa traición o una simulación al acatamiento normativo, ello sería un riesgo prohibido.* Acaso los ejemplos de la nota siguiente sean gráficos.

⁹⁸ Se relaciona con lo antes expresado y que está fuera de discusión, esto es separar

A diverso del conjunto que reunía desatenciones normativas, por abuso doloso, incumplimiento imprudente e incluso cumplimiento deficiente -tardío, inidóneo para expresar el obrar de la administración, etc.- que *ex ante* pueden -porque deben- subsumirse en tipos delictivos y que *ex post* resultan no configurar ningún injusto en atención a la constelación de datos fácticos que las rodean, en la medida que las últimas no se sigan por orientarse hacia la excepción siempre, cualquier conducta de oposición es desautorizada por antijurídica.⁹⁹

la progresión con más o menos elastización normativa, de la propia concepción de la función pública como destrucción del contrato con hechos punibles. Más allá de la subsunción legal, intuitivamente es distinguible el agente que, a sabiendas de tratar con una persona que recibía un subsidio de asistencia y que dejó de hacerse efectivo por alguna constancia no presentada a tiempo -certificado de supervivencia-, inmediatamente lo autoriza sin seguir pasos de control que pueden llevar algunos días o semanas más, del que afecta recursos de libre disposición para gastos corrientes a su beneficio. Por ello también, la imputación de un recurso disponible a un fin diferente para un funcionario sanitario que agiliza una respuesta en salud no se compara con su transformación para un uso protocolar como ser almuerzos o cenas de los agentes o mucho menos para su utilización en propaganda de gestión. Podría decirse, entonces, que el adelanto de fondos a los fines específicos, *entra dentro de riesgos permitidos por las características de la gestión*, habida cuenta que no resultaron peligros reales; cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, op. cit., p. 363, 366, 375; en literatura portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, Jorge De, *Direito Penal. Parte Geral*, T. I., Coimbra ed., Coimbra, 2007, p. 331. De acuerdo, las palabras acomodadas bajo una autorización para obrar, antes que una facultad en sentido propio, siempre bajo un examen cuidadoso del marco del hecho, así especialmente JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 430ss.

⁹⁹ A diverso de las figuras de corrupción que tienden al enriquecimiento en sentido constitucional, las infracciones por incumplimiento de la obligación (de seguir el ejercicio de la función pública según el mandamiento de excepción), podrían llegar a no imputarse por riesgo permitido. Pienso en los siguientes delitos; por caso el art. 248 CP: “*Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere*”. O bien el receptado en el art. 249 CP: “*Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio*”. Sin embargo, como se dijera sin fisuras, nada podría llegar a los tipos especialmente abordados por la ley de Ética Pública 25.188.

b3) Principio de confianza

Esta parte del análisis, que continúa con el estudio de las guías para la correcta imputación, engarza además en la presente temática con la teoría general de la concepción del Estado y su actuación por los agentes que exteriorizan su voluntad. La ciudadanía descansa en la existencia de leyes y en su aplicación por parte de las autoridades.¹⁰⁰ Las últimas también cuentan con que los distintos funcionarios hagan lo que se aguarda de ellos, que es seguir las reglas.

Tal escenario puede provenir de diversos campos; la costumbre puede ser una de ellas, generada a partir de tradiciones morales, no pocas veces -tesis de MAYER- resulta reconocida en leyes de tráfico; ceder lugares en determinados espacios públicos, por caso, puede llevar a aguardar una determinada maniobra y no otra.¹⁰¹ Pienso que las propias autoridades pueden esperar por los que están obligados, por un leal y franco acatamiento, como también saben que conviven con errores humanos e incluso con aquellos que, aún de buena fe, creen tomar correctas decisiones en base a juicios por fuera de lo indicado por las normas de aplicación y sin mayores consecuencias. Así las cosas, una incorrecta solución de una normal situación de gestión común a la administración no vuelve punibles a los agentes intervinientes, sea que tengan riguroso -o no en extremo- seguimiento normativo; pero, todo lo contrario, cuando asuman como regla, que aquello se traslada a

¹⁰⁰ Por eso la jurisprudencia constitucional alemana ha identificado la seguridad jurídica como una cuestión a proteger, por la confianza depositada por la ciudadanía; BVerfGE 3, 261/271; 15, 313/32, recogido en BVerfGE 25, 269. Esto apenas podría discutirse desde el derecho internacional penal, pero es, analíticamente, un problema de análisis muy diferente. Por cierto, si las normas son desechadas por mecanismos institucionales de control de constitucionalidad, su acatamiento hasta que tal cosa acontezca difícil imaginarlo punible; como error cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T.V, op. cit., p. 185.

¹⁰¹ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 626 nota 16.

problemas mayúsculos, fuera de lo ordinario.¹⁰²

Lo que se aguarda de los agentes de la administración es que *controlen con competencia lo que están indelegablemente obligados a verificar*, en particular las más delicadas de la organización en orden a la jerarquía y competencia entre ellos, con énfasis sobre lo que no está dividido con otros funcionarios. De lo contrario sería inimaginable que la gestión estatal se manifieste pues es imposible el total control de todo.¹⁰³

b4) Prohibición de regreso

Aquí, una vez más, se suma otra variable, para ajustar el tiro en la imputación. El eje aquí está en la aptitud para afectar un curso causal ajeno, especialmente en virtud de la organización. Se revela como especialmente gravitante que quien actúa según su obligación, aunque sea un presupuesto de la conducción ajena, no puede ser responsabilizado por el quebrantamiento de lo que está más allá de su incumbencia.¹⁰⁴

Bajo esa rosa de los vientos, hay que dedicar especial atención a todo lo que cae bajo lo que enunciara y abordara como pre-típico -*supra* IV.A-, de ahí habrá buenos y sabios indicadores de por dónde abrirse paso. Asentado ello, la mediación de la pretensión normativa con las fácticas, podrá alumbrar hasta el alcance de las obligaciones propias en

¹⁰² Para profundizar casos hipotéticos que intentan servir de ejemplos, un beneficio de la seguridad social interrumpido por la constatación de que el titular continúa vivo para percibirlo y la correspondiente reanudación del pago estatal, tiene menos presión de control que el escrutinio que deben merecer nuevas solicitudes; es clave que en un caso ya se habrían verificado los presupuestos para proceder, en tanto en otro todo está por verse (¡por cierto nadie puede cubrirse por librar gastos para una persona de 120 años!). Quien autorice la liberación de un pago trabado, no puede responder quien lo había concedido sin estar acreditados los extremos para haberlo percibido desde el primer día. El manejo de fondos para gastos corrientes lleva una circulación y un control que no se pueden transportar para los extraordinarios, por lo que la confianza en los canales de administración generan niveles de confianza disímiles.

¹⁰³ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 254-255.

¹⁰⁴ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 260.

la frontera con las de los terceros.¹⁰⁵ Por cierto, de acreditar o acercarse a ver que existe una desviación causal que configura o podría asumir la verdadera existencia de un hecho punible, en principio, si correspondería su denuncia, como interrupción de un crimen cuya continuidad debiera cesar. Caso contrario, autónomamente se atestiguaría un favorecimiento, admisible cuanto mucho en la regla de libertad.

Por supuesto, directamente está convocado a actuar si surge que es garante de la evitabilidad, pero ello debería surgir de modo incuestionable (y dejaríamos de evacuar la oponibilidad de una prohibición de regreso). Como no lo estaría aquél que pudo autoexcluirse por salidas admisibles: jornada de tarea reducida aún con un cargo relevante merced a una prescripción médica.

Ante incumplimientos de la obligación -infracción de deber, salvo para mí aquí-, se ha sugerido no distinguir comisión de omisión.¹⁰⁶ No es lugar para ahondar en la incorrección de la proposición, pero el marco de actuación de los agentes públicos está bien distinguido entre mandatos de intervención positiva y negativa y aunque no resultan siempre exactas reglas de transferencias, siguen siendo la luz de las huellas para encontrar el camino de la imputación, amén del fin normativo como prevención y sanción más tarde de fenómenos de corrupción.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Puede ser cambiante y por ello diferente, la competencia entre un agente experimentado que toca un papel inferior del nuevo que es asignado a uno superior, por cuyas funciones *ex ante* no está llamado a responder. Sin embargo, si la función es encomendada por quien todavía está por encima del anterior, quien lo designa a pesar de la inexperiencia, el resultado de una mala administración no es asunto del colaborador inferior. Esto puede ocurrir, por cierto, en el marco de los más altos niveles de organización federal en contacto con Estados parte de la federación. Así un adelanto del tesoro federal para una inversión de común interés entre los últimos, el incumplimiento del pago a una prestataria por apropiación indebida, no es reclamable sino a los agentes locales intermediarios, si así lo establecía el acuerdo.

¹⁰⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Pte. Gral. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 266.

¹⁰⁷ Muchas veces una comisión puede tener algo de omisión y viceversa, lo que no puede discutirse es el gobierno normado del funcionario público. Para un ablandamiento

V.- Cierre

Las reflexiones que quedaron reflejadas en el presente trabajo autorizan hacer una reunión final de las principales ideas concentradas. Una de ellas ha sido la justificación material de los delitos de corrupción pública como una parte mayúscula de los crímenes contra la administración, a partir de la recuperación del sentido constitucional y convencional del contrato social. Este último tiene dos partes, por un lado la ciudadanía en general y, por el otro, las autoridades. A los primeros les corresponde el aseguramiento de la libertad y a los segundos la obligación *-porque asumen la función a sabiendas-* de hacerlo, lo cual se hace por distintas conductas pues hay derechos que no pueden trasponerse y otros que requieren comportamiento comisivo del Estado.

Así expuesto, los actos por los que la actuación pública de agentes se manifieste como opuesta o contraria a la obligación *ex ante* comprometida, son en sí una infracción del cumplimiento *ex post* del pacto. En tal sentido, el ámbito de protección de las normas penales, orientado a la tutela de los derechos fundamentales, descuenta la sujeción a la Constitución, leyes y reglamentos de parte de los funcionarios públicos, que configuran la constelación de los pormenores que reglan el ejercicio de actuación de los últimos. La técnica del derecho penal, aunque no es patrimonio exclusivo de esta temática, hace un reenvío hacia ellos que, por esta razón, son pre-típicos y en extremo relevantes para la subsunción típica y la acreditación del injusto.

Por demás, si bien el escenario precedente es necesario, todavía no es lo bastante para la imputación. En efecto, está dicho que el derecho penal en este campo persigue de los servidores públicos el cumplimiento de las leyes a los que están obligados, no asume *per se* que una inobservancia o desatención -aunque grave- sea punible. Para ello

de semejante rigor dogmático, HASSEMER, Winfried „Rechtssystem und Kodifikation: die Bindung des Richter an das Gesetz“, en AA.VV. *Einführung in die Rechtsphilosophie der Gegenwart* (Kaufmann, A.-Hassemer, W.-Neumann, U. Hrsg.), op. cit., p. 251ss.

vuelve a tener importancia, la acreditación de los elementos con los que la dogmática se nutre para una correcta adscripción de un injusto a su autor: en definitiva, procura la valoración de los presupuestos recogidos en los tipos delictivos, más allá de la correspondiente adecuación típica.

No se me escapa que no he puesto fin a ninguna discusión, ni presumí de ello. Además estoy alertado por interrogantes que recibí que se suscitan o disparan otros.¹⁰⁸ La única certeza que tengo es que, según mis intuiciones, se comprende a la función pública con una regla que es inherente al llano. Así estamos.

¹⁰⁸ Acuerdo con el Prof. Dr. Andrei ZENKNER SCHMIDT, buen e ilustrado amigo, que estaba interesado por los *extraneus* que interactuaban con los *intraneus* y la preocupación por una extensión hacia aquéllos. Yo tengo un parecer, a él adelantado, aunque corra inconsistencia la construcción de un delito de posición especial (en especial para los que siguen a ROXIN, pues serían hechos cometidos por dominio). Sin embargo, aunque sin duda talla en la corrupción de los funcionarios públicos, no es igual discusión. Queda para mejor ocasión.

Reflexões sobre algumas inquietações do mundo atual

Alberto Silva Franco

*Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*¹

Resumo. Trata-se de palestra que propõe algumas reflexões sobre temas preocupantes do mundo presente entre os quais se incluem o capitalismo no processo globalizador, a crise da laicidade do Direito e do próprio Estado e a denominada violência sacrificial, o posicionamento do Brasil no mundo globalizado, o medo com suas formas de propagação e as consequências penais daí advindas e a realidade inescapável do mundo digital.

Palavras-chave: Capitalismo - Laicidade - Brasil na globalização - Medo - Mundo digital

Abstract: It is lecture that discusses certain issues of concern of the present world among which include capitalism in the globalizing process, the crisis of the secular nature of the law and the state itself and the so-called sacrificial violence, Brazil's position in a globalized world, fear and their forms of propagation and criminal consequences arising therefrom and the inescapable reality of the digital world.

Keywords: Capitalism - Secularism -Brazil in the globalism globalization -Fear - Digital World

Dizia Norberto Bobbio, ao chegar na quarta idade, no seu famoso livro *O Tempo da Memória (De Senectute)*², que “o mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória. Dizemos, afinal, somos aquilo que pensamos, amamos,

¹ Vice-Presidente e Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

² BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*, Rio de Janeiro, Editorial Campus, 1997, p.30.

realizamos. E eu acrescentaria: somos aquilo de que lembramos. Além dos afetos que alimentamos, a nossa riqueza são os pensamentos que pensamos, as ações que cumprimos, as lembranças que conservamos e não deixamos apagar e das quais somos o único guardião. Que nos seja permitido viver enquanto as lembranças não nos abandonarem e enquanto, de nossa parte, pudermos nos entregar a elas. A dimensão na qual o velho vive é o passado”.

Dirirjo, em parte, do pensamento de Norberto Bobbio. Não obstante vivenciar a quarta idade – já estou na beira dos oitenta e quatro anos – não consigo, por maior esforço que faça, sentir-me prisioneiro inescapável do passado. Acredito, como ele, que o passado constitui uma dimensão temporal de alta influência para qualquer pessoa de idade mais avançada, mas me recuso, de forma talvez um pouco exasperante, a abandonar o presente e, por maior que seja a força do tempo a empurrar-me para fora da vida, não consigo deixar de projetar um futuro, por mais curto que possa ser.

Não nego que as recordações são importantes porque fazem parte de mim e porque me dão identidade na medida em que representam fatos, trechos, momentos, felizes ou tristes – pouco importa – de minha existência. Eu as deixo guardadas em cápsulas no armário da minha memória e, não raro, elas não me atendem ao primeiro apelo. Escondem-se, por vezes, em recantos escuros daquele armário porque não querem aflorar na medida em que sabem que me devolvem situações pessoais que não podem ser mais recompostas ou porque têm consciência de que são duras e desgastantes.

Eu não as desprezo, de modo algum, mas não procuro incomodá-las. Entre chamá-las ou deixá-las de lado, prefiro que fiquem quietas e caladas porque quero viver o presente, porque acho que devo acompanhar ainda que de modo, por vezes, canhestro ou demasiadamente crítico, o que se passa no momento presente, na realidade na qual estou ainda inserido. Isto me dá a chance de pensar num futuro, em algo que ainda

possa ser, para mim, motivo de sonhos e que possa ser minimamente realizável. Para quem sempre viveu no inebriante mundo da utopia, o tempo continua a ser medido à moda de Eduardo Galeano, como os passos dados na direção de um horizonte que não para de deslocar-se.

Por tudo isso que já lhes disse, é que tomo a liberdade, não de fazer uma conferência, nos moldes e na importância dogmática das que já foram proferidas neste 6º Congresso Internacional de Ciências Criminais, XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Penais do ITEC e II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia - Brasil/Portugal, mas de expor algumas inquietações que o mundo presente a todos provoca – tanto a jovens quanto a idosos – o que, portanto, não constitui privilégio apenas para os que já viveram uma carga maior de anos ou já vivenciaram outras tantas experiências embaraçosas.

Por certo, não direi “palavras que inventaram seu percurso”, nem “palavras que amanhecem”, como recomenda Marina Colasanti³ num belo poema. Não teria seguramente sucesso se tentasse procurá-las. Irei abordar, sem oferecer palavras novas, alguns temas e, na medida do possível, extrair as reflexões que eles comportariam.

Creio que o primeiro tema perturbador diz respeito ao sistema capitalista que entrou em crise no ano de 2008. Não há nada de original nesse fato porque o capitalismo é gerador de contradições internas aptas a provocar graves crises, máxime com a concentração de capitais numa economia cada vez mais globalizada. Mas tal crise continha no seu âmago a oportunidade de uma reformulação mais profunda do próprio regime com a colocação de freios nos mercados financeiros totalmente desregulados. Ledo engano. Nada foi realizado nessa direção.

A crise instalada nas economias dos países mais desenvolvidos espalhou-se pelo mundo afora e quando a arquitetura financeira

³ COLASANTI, Marina. *Fino Sangue*, Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2005, p. 12.

internacional se mostrou incapaz de revertê-la, o sistema financeiro – aí incluído o sistema bancário, hipotecário, securitário e empresarial – correu, de pronto, a pedir ajuda ao Estado que até então a globalização dizia ser o problema e não a solução. Durante amplo tempo, o mercado havia afirmado que tinha a razão a seu lado, que a globalização era sinônimo da felicidade plena e que o capitalismo tinha atingido o seu apogeu. Mas, em 2008, a história registrou que o mercado, em nível de globalidade, não tinha respostas adequadas aos problemas que ele próprio criara. Naquele momento, mais do que nunca era o Estado que deveria ser a tábua de salvação dos ganhos exorbitantes, das invenções irresponsáveis e da falta de freios do mercado global. E o Estado veio de pronto em socorro do capitalismo agônico, socializando suas perdas.

Não causa, portanto, estranheza que, com o emprego da fórmula mágica da austeridade fiscal, com a conseqüente destruição do Estado do Bem-Estar, o sistema capitalista se recompôs e continuou a vigor com a mesma indiferença para com os direitos sociais, para com o crescimento das desigualdades e da pobreza e para com a destruição do meio ambiente. Recuperado com o sacrifício imposto a todos – menos aos mercados financeiros– não faltou quem dissesse que já era oportuno “liberá-los da influência estatal”. (...) “Os Estados são como os bombeiros que devem apagar o fogo e voltar para seus postos”⁴. Nunca ficou tão escancarada a porta-giratória entre a estrutura do Estado e as leis do mercado. Com razão, Luigi Ferrajoli enfatizou que se produziu “uma inversão da relação entre política e economia: já não são os Estados, com suas políticas, os que controlam o mundo dos negócios, regulam e governam a vida econômica e social em função dos interesses públicos e gerais, mas sim são os poderes incontrolados dos mercados que impõem aos Estados políticas antidemocráticas e antissociais, para vantagem dos interesses privados de maximização de lucros e de saque

⁴ DUPIN, Eric. *Os liberais diante da crise*, Le Monde Diplomatique Brasil, n. 39, fev. 2009, p.32/33.

de bens coletivos⁵”.

Eis a primeira reflexão que se mostra aqui pertinente. A crise de 2008 não foi um golpe mortal em relação ao regime capitalista, nem, ao menos, um conjunto de ações restritivas aos desmandos dos mercados financeiros que continuaram a agir indiferentes às políticas nacionais. Sete anos depois, em pleno 2015, o Estado viu-se na contingência de adaptar-se, de novo, às necessidades impostas pelo processo de globalização. “As alavancas das políticas nacionais não levantam praticamente mais nada. Pensar que o crescimento depende do Ministério da Fazenda é risível, e isso, por uma razão fundamental: nossas políticas permaneceram estado-nacionais, enquanto o mercado se tornou mundial, de modo que, insisto, as alavancas das políticas tradicionais giram, na maior parte do tempo, no vazio.⁶”. Bem por isso, o Estado-Nação está outra vez fragilizado por seu esforço inglório de salvar os mercados financeiros; a teologia do mercado não morreu: teve apenas um ataque cataléptico; a ideia do pleno emprego foi para o espaço; o Estado social não tem condições de ser reconstruído; a desigualdade social cresce; a concentração de riqueza se torna maior e a pobreza se espalha pelo mundo.

A segunda questão que me angustia é o abalo que está sofrendo, na atualidade, a denominada laicidade do Direito e do próprio Estado, na medida em que se põe em xeque “o pluralismo cultural, a liberdade de consciência e de religião, a convivência pacífica e o respeito às diferentes identidades – naturais, religiosas, políticas e culturais – numa sociedade complexa e diferenciada⁷”. Um fato surgiu há algumas décadas atrás e passou, nos últimos tempos, a ter influência regressiva: a interferência da religião, que deixou a esfera da vida privada e se projetou, de novo, com força acentuada, na vida pública, tornando-se cada vez mais poderosa

⁵ FERRAJOLI, Luigi/RUIZ MANERO, Juan. *Dos modelos de Constitucionalismo. Una conversación*, Madrid: Editorial Trotta, 2012, p. 146.

⁶ FERRY, Luc. *A inovação destruidora*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p.32.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v.2, Bari: Editori Laterza, 2007, p. 312.

e visível. “Tanto na versão hegemónica da modernidade ocidental, a globalização neoliberal, como nas teologias políticas fundamentalistas, o autoritarismo alimenta-se do encolhimento do espaço público e da crise do Estado, reforçando-os. Resignação mais do que consenso politicamente negociado, conversão tomando prioridade em relação à conversação.

De novo, apesar das muitas diferenças que os separam, a globalização neoliberal e as teologias fundamentalistas islâmicas ou cristãs revelam dinâmicas destrutivas que se manifestam através de novos extremismos”⁸. Há um rol imenso e significativo desses novos extremismos. O mercado, através da indústria armamentista, cada vez mais sofisticada, fabrica guerras preventivas como emprego de mísseis à longa distância e de “drones” não tripulados, capazes de matar aleatoriamente pessoas que nada tenham a ver com fins nitidamente políticos ou econômicos. E sob o pretexto da guerra ao terror, formulam-se leis antiterrorismo, padronizadas pelo Patriot Act; criminalizam-se os movimentos sociais ou enquadram-se penalmente réus como se fossem inimigos; criam-se barreiras para imigrantes ou refugiados; coloca-se a segurança nacional bem acima da própria segurança do ser humano.

Por outro lado, o terrorismo não é retratado apenas com homens bombas ou mártires, ou grupos de fanáticos idôneos a provocar um temor generalizado, assassinando indistintamente inimigos ou pessoas inocentes. O terrorismo ocupa, hoje, dimensão territorial, com o Estado Islâmico, sob o império da shari’a, “isto é, do ideal transcendental que encarna a justiça do Islão e o espírito das revelações corânicas”⁹. E, em nome desse ideal, com absoluto desrespeito às diferenças entre os seres humanos, opositores são degolados e monumentos históricos de centenas e centenas de anos são inexoravelmente destruídos. E as armas,

⁸ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Se Deus fosse um activista dos direitos humanos*, Coimbra: Almedina, 2013, p.88.

⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Op. cit.* p.62.

em poder do Estado Islâmico, procedem da indústria armamentista produzida no mercado global... Tais modelos de extremismos enquadram-se, segundo Boaventura de Sousa Santos, na chamada *violência sacrificial* que nada mais é do que “imolação do que é mais precioso sob o pretexto ou o propósito de o salvar. No caso do fundamentalismo islâmico, a violência sacrificial é levada a cabo contra o que é considerado como uma humilhação e opressão intoleráveis do capitalismo ocidental e dos interesses imperialistas. No tocante às formas mais agressivas da globalização neoliberal (imperialismo e neocolonialismo), destrói-se a vida para “salvar” a vida; violam-se os direitos humanos para “defender” os direitos humanos; eliminam-se as condições para a democracia de modo a “salvaguardá-la”¹⁰.

Esta segunda questão permite uma particular reflexão. O fator *religião* explodiu a segurança e a tranquilidade que a laicidade atribuíra, de um modo geral, na modernidade, aos países do Ocidente e se infiltrou, sobretudo, em países islâmicos que se tornaram palco da violência sacrificial. De um lado, países ocupados por largo tempo por potências do neoliberalismo (tal como ocorreu no Iraque, na Líbia, no Afeganistão); de outro, países atormentados por guerras civis, de caráter fundamentalmente religiosa, como acontece até a presente data no Iraque, no Iemen e na Síria; por fim, partes territoriais sírias e iraquianas passaram a dar suporte físico ao atual Estado Islâmico. É evidente que, em todos lugares, nos quais os novos extremismos tomaram conta, as minorias procuraram um destino, familiar ou pessoal, de sobrevivência e de segurança.

E o mundo de hoje tem presente a multidão de refugiados, explorados por traficantes de pessoas, que procedem das áreas em conflito e buscam atingir, em barcos infláveis, arrostando todos os perigos do mar, os países da União Europeia, sobretudo, a Itália e a Grécia. As dificuldades são muitas vezes insuperáveis e grande número

¹⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura. Op. cit. p.88/89.

de refugiados morre antes de atingir seu destino. A imagem do pequeno corpo de Aylan Kurdi com o rosto emborcado na areia da praia de Bodrum retrata o profundo drama daqueles que fogem aos magotes da fome e dos conflitos sangrentos consequentes da guerra, na busca, sem volta, de um lugar onde possam simplesmente trabalhar e viver. Se não bastassem os obstáculos apresentados pelo mar, alguns membros da União Europeia se esqueceram da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e sem a menor sensibilidade humana, tratam os refugiados – não como pessoas, mas como mercadorias sem valor – com agressões, humilhações, ofensas e todo tipo de entraves. O chamado humanismo cosmopolita falhou em alguns países europeus e, em lugar de dar liberdade de circulação e direito ao refúgio, fechou fronteiras.

Com total propriedade, Valter Hugo Mãe, no seu artigo *O menino na areia*¹¹ acentua que “o medo vai inventar todos os horrores para atribuir aos refugiados. O recato das famílias vai temer de que o desespero de quem procura sobreviver destrua os valores, partilhe a fome. Estamos pouco habituados à verdadeira solidariedade. Somos genericamente melhores agressores do que cuidadores. Quando falhamos no cuidado, estamos a falhar contra nós mesmos também”. E conclui, de forma comovente: “À consciência de cada um, fica o sentido das lágrimas vertidas pelo menino na areia, por todos os meninos e toda a gente que no resto da conta, apenas procuravam o contrário, viver. Se alguém puder acusar outrem da obscenidade de querer viver, algo estará, por definição, doentamente errado”.

O terceiro assunto a provocar questionamentos é a situação do Brasil, nesse mundo globalizado. É evidente que o Brasil esteve e continua imerso nos domínios da interação global e, certamente, não passou ao largo da crise de 2008, como se tivesse de enfrentar uma “marolinha”... Mas, aqui, como em quase todo mundo, nada foi

¹¹ MÃE, Walter Hugo. *O menino na areia*, <http://www.publico.pt/mundo/noticiario/o-menino-na-areia-1707201>

transformado, em profundidade, na esfera do capitalismo neoliberal. Enquanto o poderio econômico chinês não sofreu, em seu ritmo acelerado de crescimento, nenhuma queda significativa, o Brasil efetuou ampla exportação de *commodities* – soja e minério de ferro, em particular – sem nenhuma preocupação de construir, apesar da montanha de dólares recebidos – a infraestrutura que lhe permitisse dar sustentação ao seu desenvolvimento: malha ferroviária e rodoviária em condições de unir um país continental; portos que desafogassem a produção nacional, seja agrícola como industrial; escolas, creches e hospitais que cuidassem do ensino, da infância e da saúde da grande massa da população brasileira e rede de saneamento básico de que são carecedores os moradores das casas em mais de 50% delas. Bastou, no entanto, que a crise mundial atingisse também a China – os Estados Unidos e a União Europeia continuam num processo longo e custoso de reconstrução econômica – para que o Brasil sentisse mais de perto as consequências da crise econômico-financeira mundial.

Diante da contenção da economia chinesa, o governo brasileiro privilegiou o mercado interno nele buscando sua base de apoio. Alguns setores industriais – em especial, os de fabricação de automóveis e de eletrodomésticos, da chamada linha branca – foram desonerados de encargos das mais variadas naturezas para que continuassem a produzir, evitando o desemprego. Às desonerações, agregou-se a possibilidade de financiamento a longuíssimo prazo e tal política econômica acarretou, de um lado, uma invasão irrefreável de veículos nas vias públicas das grandes cidades brasileiras – não preparadas, nem aparelhadas para tráfego de tal magnitude – o que tornou a mobilidade urbana exasperante e cansativa e, de outro, uma aquisição em quantidade absurda de eletrodomésticos, o que deu causa a um consumo desenfreado de energia elétrica. Já, em relação aos financiamentos, a taxa de inadimplemento cresceu em grande proporção.

Em 2013/2014, a famosa “nova matriz econômica” já dava

mostras de sua exaustão. Como deram ênfase os economistas Bernard Appy, Marcos de Barros Lisboa, Marcos Mendes e Sérgio Lazzarini¹² o crescimento foi sacrificado “por políticas de proteção setorial, favorecendo empresas ou setores selecionados, quase sempre sem metas de desempenho, e escassa avaliação do custo de oportunidade dos recursos alocados. Esses benefícios – como concessão de empréstimos subsidiados, reserva de mercado e incentivos tributários – destinam recursos a setores ineficientes ou que não precisam de proteção pública, prejudicando a produtividade dos setores à frente na cadeia produtiva”. Não seria motivo de causar surpresa o que passou a ocorrer no ano de 2015: despesas que aumentaram significativamente e receitas que baixaram desordenadamente. Há, portanto, hoje, um buraco profundo na economia brasileira que foi reconhecido – embora alguns considerem ainda maquiado – um déficit de mais de 30 bilhões de reais para o orçamento do próximo ano. Ao mesmo tempo, a inflação rompeu todas as metas previsíveis, aumentou rapidamente (quase 10% ao ano) aproximando-se de um verdadeiro descontrole. O real sofreu um desgaste terrível apequenando-se diante do dólar. O desemprego subiu velozmente e direitos dos trabalhadores ou estão em jogo, ou foram restringidos. Agora, já não são suficientes cortes das despesas, mas são indispensáveis a recriação do CPMF e os aumentos percentuais de tributos existentes. Este é o Brasil do momento, no seu enfoque econômico.

Por outro lado, a governabilidade continuou a ser exercida por meio de uma fórmula consagrada historicamente e que consiste em governos que resultam de acordos espúrios entre partidos políticos que partilham, com total desfaçatez, o poder e seus cargos, dando margem ao surgimento da corrupção. A Operação “Lava-Jato”, com todas as restrições políticas ou jurídicas que se lhe possam fazer, é o exemplo flagrante de uma corrupção endêmica, que atinge verticalmente os

¹² APPY, Bernard, LISBOA, Marcos de Barros, MENDES, Marcos, LAZZARINI, Sérgio, *Os desafios para sair da crise*, O Estado de São Paulo, E&N, B 10, 13.09.2015

poderes da República.

Ao lado disso, os partidos políticos perderam todo e qualquer significado: são armações desprovidas de suporte ideológico e existem apenas para pregar a baixa política onde o único foco de interesse e atração é o poder. Não causaria espécie que, nesse ambiente, começasse a grassar políticos e bancadas de deputados e senadores contra a laicidade do Direito e do Estado e que se tentasse, numa postura regressiva, reintroduzir a religião, qualquer que ela fosse. Projetos como o Estatuto do Nascituro, do Estatuto da Família, contra o Aborto, contra o casamento de pessoas do mesmo sexo, deixam as marcas transparentes de um movimento teológico fundamentalista, idôneo a pôr fim à convivência pacífica e o respeito às diferentes identidades e, portanto, em luta aberta contra o pluralismo cultural ou religioso. Este é o Brasil do momento no seu enfoque político, cultural e religioso.

Estas duas perspectivas da realidade atual (o Brasil, enquanto economia e o Brasil, enquanto política, cultura e religião) recomendam uma reflexão no sentido de que cada um dentro de si – e em conjunto – repense o Brasil e se ponha à disposição para superar os entraves que lhe dificulta ocupar um lugar de respeito na comunidade internacional. Nenhum avanço, no entanto, será possível sem uma diminuição transparente das desigualdades econômicas e sociais e sem uma profunda reforma política na qual se ponha em discussão a validade de uma democracia representativa posta exclusivamente a serviço do poder econômico ou do poder religioso.

Isto não significa que se pleiteie construir uma democracia direta. “A democracia é o fruto de uma constante tensão entre o poder político-representativo que se identifica com o estado e o poder social-direto que se identifica com o exercício das liberdades em função de permanente alteridade e oposição. Entendidas nesse sentido, *democracia representativa* e *democracia direta* não constituem dois modelos alternativos de democracia, mas sim uma é suporte da outra. Na ausência da democracia direta,

com efeito, a democracia representativa unicamente pode valer-se de um consenso vazio e passivo e se acha exposta a todas as aventuras e perversões possíveis. Na ausência da democracia representativa, a democracia direta está destinada a desdobrar-se sobre si mesma, reproduzindo em seu interior as formas da representação e sucumbindo a longo prazo por falta de garantias jurídicas e políticas¹³”.

O quarto assunto que me atormenta – apesar de, com ele, alimentar o fastio e o cansaço que já lhes impus – relaciona-se ao medo, às suas formas de propagação e às consequências penais daí advindas. O medo é uma emoção que convive com o ser humano e o acompanha *pari passu*. Mais do que isto “é o nome que damos a nossa *incerteza*; nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser *feito* – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance”.(...) “É mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço, sem motivos claros.¹⁴”(...) E uma pessoa que tenha interiorizado uma visão do mundo que inclua a insegurança e a vulnerabilidade “recorrerá, rotineiramente, mesmo na ausência de ameaça genuína às reações adequadas a um encontro imediato com o perigo; o *medo derivado* adquire a capacidade de autopropulsão”¹⁵.

E como o ser humano é potencialmente gregário e não eremita, o medo pode superar os limites emocionais de uma pessoa para transferir-se a outras. É possível, portanto, falar-se de *medo compartilhado*, ou melhor, de *medo social*, gerador de intranquilidade coletiva. É óbvio que o mundo na modernidade propiciou o alastramento do medo social, através de instrumentos comunicativos, como o rádio, o cinema, a televisão, o computador, o celular, a internet e os aparelhos eletrônicos multifuncionais, num crescendo tecnológico que não parece ter fim. A

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho e Razón*, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.947/948.

¹⁴ BAUMANN, Zygmunt. *Medo líquido*, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.8.

¹⁵ BAUMANN, Zygmunt. *Op. cit.* p.9.

mídia incumbiu-se, portanto, dessa tarefa, ou seja, a da criação de uma realidade, seja sob a forma da informação, da meia-informação ou da desinformação. E tal realidade não é mais construída sobre palavras, mas por força da imagem.

Já no final do século passado, Giovanni Sartori chamava a atenção para o domínio da imagem em relação à palavra, e se referia, tendo em conta a televisão, a uma sociedade teledirigida. “A palavra é um *símbolo* que se resume no que significa, no que nos faz entender. E entendemos a palavra somente se pusermos, quer dizer, se conhecermos a língua a que pertence; caso contrário, é letra morta, um sinal ou um som qualquer. Ao contrário, a imagem é pura e simples representação visual. A imagem vê-se e isto é suficiente. E para vê-la basta possuir o sentido da visão, basta não ser cego. A imagem não se vê em chinês, árabe ou inglês, como já foi dito, vê-se e é suficiente” (...). Destarte, a televisão não era apenas um instrumento de comunicação. Era muito mais: “um *medium* que gera um novo *anthropos* um novo tipo de ser humano¹⁶”. (...) O *homo sapiens* “cujo vocabulário cognoscitivo e teórico consiste em palavras abstratas que não tem nenhum correlato em coisas visíveis e cujo significado não se pode trasladar nem traduzir em imagens”, (...) sofre um processo de atrofia e passa a ser suplantado pelo *homo videns* que “é infinitamente mais pobre não somente quanto a palavras (ao número de palavras) mas sobretudo na riqueza dos significados¹⁷”.

De acréscimo, pode-se afirmar que a transmissão por imagem – qualquer que seja o instrumento tecnológico criado além da televisão e após seu invento – vincula-se a fato concreto, único que pode ser exibido por imagem e isso acarreta para quem vê a imagem um pensamento também concreto, o que o afasta do pensamento abstrato que é próprio do *homo sapiens*. Além disso, a imagem provoca efeitos no campo emocional na medida em que se concentra na transmissão de fatos catastróficos

¹⁶ SARTORI, Giovanni. *La sociedade teledirigida*, Madrid: Taurus, 1998, p. 35.

¹⁷ SARTORI, Giovanni. Op. cit. p.45

ou de fatos criminosos capazes de produzir fortes impressões no *homo videns* o que lhe obsta uma reflexão sobre a imagem transmitida. Ademais, a enorme quantificação das imagens impede tal reflexão para a qual são sempre necessários tempo maior e mais explicações. Desta forma, a tecnologia comunicacional invade a mente dos receptores de imagens e se mostra capaz de criar a insegurança e a vulnerabilidade. As notícias criminais constituem, sem nenhuma margem de dúvida, um produto de inestimável valia para as empresas midiáticas. Trata-se de “algo interessante (dramatizado, novelizado, etc), de baixo custo e que proporciona bom retorno financeiro¹⁸”. Destarte, tais notícias na televisão, no celular e nos aparelhos eletrônicos multifuncionais “são inesgotáveis fontes de imagens e, portanto, bons produtos, de modo que – adotando-se a premissa de quanto mais negativa a notícia, mais interesse ela causa” – “as notícias criminais têm um espaço reservado nas agendas temáticas da mídia¹⁹”. E, como parece indesmentível que, no mundo globalizado, a economia e a política andam de mãos dadas e, portanto, se mostram como vasos comunicantes, os aparatos da tecnologia comunicacional estão sob o domínio de grupos econômicos poderosos, que não se subordinam ao poder normativo do Estado e que estão franqueados ao poder político. Os políticos – principalmente os maus políticos – exercem o papel de protagonistas nesses meios comunicacionais, em especial, na televisão, e se colocam à disposição do poder econômico para atendê-lo em suas demandas e, em particular na montagem de esquemas legais de proteção ou de segurança contra o que denominam de consumidores inúteis ou de excluídos sociais. Daí a importância de tê-los como legisladores penais oportunistas.

Com inteira propriedade, em recente livro, Eugenio Raul Zaffaroni enfatiza que na América Latina, “tem lugar uma mortalidade violenta superior a de todo mundo e só comparável com a bélica porque os

¹⁸ SOUZA LIRA, Rafael de. *Mídia Sensacionalista*, Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2014, p.96.

¹⁹ SOUZA LIRA, Rafael de. Op. cit. p.97.

meios monopólicos a ocultam e normalizam, ao mesmo tempo em que a inventam na parte em que esta violência não existe, sempre com o único e claro objetivo de montar um aparato repressivo regido por uma legislação pré-moderna, que segundo os ideólogos colonialistas, no seu projeto de sociedade excludente, serviria para conter os marginais²⁰”. Como resultado final desse jogo o poder econômico, associado ao poder político, põe em prática sua extraordinária máquina de fabricação de leis penais que formam uma tessitura punitiva idônea a apenar desenfreadamente as camadas menos favorecidas da sociedade brasileira. Desde 1990, o número de crimes hediondos – denominação delitiva sem qualquer definição legal – cresceu assustadoramente, não importando se o fato produtor do tipo penal seja verdadeiro ou falso. O que, realmente, interessa é que o fato seja dado como certo, pela mídia, para que produza efeitos reais.

Há, a respeito, vários exemplos, mas, sem dúvida, um dos mais significativos foi a Lei 13.142, de 6 de julho de 2015 que considera crime hediondo o homicídio qualificado, lesão corporal seguida de morte e a lesão corporal dolosa de natureza gravíssima quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição”. Por mais incrível que possa parecer, a nova lei penal deu proteção rigorosa a todo integrante das várias polícias do país, seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau contra qualquer ação que lhe acarrete a morte ou lesão corporal seguida de morte ou gravíssima. Mas deixou sem nenhum amparo as vítimas – que crescem desmedidamente – das ações praticadas pelos policiais. Dados estatísticos, de caráter estatal, dão conta de que, no ano de 2014, oitocentas e treze pessoas foram mortas em confronto com

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Derecho Latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo/, 2015, p. 64

a Polícia Civil e Militar e, no corrente ano, até agosto, foram mortas quinhentas e setenta e uma pessoas. Como salienta Zaffaroni, “Não é hoje a ação direta do poder repressivo estatal a principal causa dos homicídios, apesar de seu alto grau de letalidade (esquadrões da morte, desaparecimentos forçados, execuções sem processo, gatilho fácil, conluio com grupos criminosos violentos, torturas) de forma que se identifique e se confunda a ação estatal com a criminal, de modo perigosamente deslegitimante de toda autoridade e do poder estatal em geral, o que também é funcional ao capital financeiro internacional²¹”.

Todo tópico acima permite algumas reflexões. A primeira delas diz respeito ao próprio medo. Ninguém desconhece que todo comportamento humano é emocionalmente motivado e que as emoções básicas, segundo a neurociência, são “medo, aversão, surpresa, tristeza, felicidade e raiva²²”. A simples menção a estas emoções revela, de pronto, que a raiva faz contraponto ao medo, seja ele pessoal ou social. “A teoria da inteligência afetiva em comunicação política argumenta que o gatilho é a raiva, e o repressor, o medo. A raiva aumenta com a percepção de uma ação injusta e com a identificação do agente por ela responsável. O medo desencadeia a ansiedade, associada à evitação do perigo. Ele é superado pelo compartilhamento e pela identificação com outros num processo de ação comunicativa. Então a raiva assume o controle levando ao comportamento de assumir os riscos²³”.

Destarte, o medo não se constitui numa emoção congelada da qual a pessoa não consegue liberar-se. A raiva, diante de ações injustas, com identificação de seus responsáveis, é capaz de ocupar o lugar do medo. São comuns, em algumas cidades, como o Rio de Janeiro ou São Paulo que diante da morte injusta de uma pessoa, por ação policial,

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 52.

²² CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*, trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p.158.

²³ CASTELLS, Manuel. Op.Cit. p.158.

mobilizem-se outras que passam a protestar contra o autor – ou autores – do fato criminoso. Aí, sem dúvida, o medo foi dominado pela raiva e, nessa situação, nem os meios comunicacionais são suficientes para reinstalá-lo. Uma segunda reflexão diz respeito aos próprios meios de comunicação. Correta é a conclusão de Zaffaroni no sentido de que, “no atual momento de revolução tecnológica comunicacional, é inconcebível uma democracia com meios massivos audiovisuais monopolizados ou oligopólicos, como também seria com qualquer outra tecnologia comunicacional que vá surgindo ou impondo-se²⁴”. O § 4º do art. 173 da Constituição Federal não apresenta a clareza absoluta sobre tal temática e, sem dúvida, um dispositivo constitucional específico deveria proibir, de forma candente, o monopólio ou o oligopólio dos meios comunicacionais. Por fim, a última reflexão diz respeito à necessidade de que a legislação penal não se escravize ao mundo comunicacional e que os políticos que defendem modelos inclusivos na sociedade atual devem atuar como polos de resistência à atuação dos fantoches da política-espetáculo.

Outro assunto que me aflige – e gostaria de transmitir tal inquietação a todos os presentes no evento – diz respeito à avaliação crítica do mundo digital no qual todos estamos imersos e, em particular, no que tange às redes de comunicação que se fazem hoje presentes na vida de cada pessoa. As redes sociais, como o Facebook, o Twitter, o My Space, o Skype, o Instagran, etc., o intercâmbio de vídeos através do You Tube, os telefones celulares com seus aplicativos, e, em especial, o WhatsApp e outros dispositivos móveis encontraram tal nível de popularização que se pode afirmar, sem medo de errar, que provocaram transformações não apenas na nossa vida cultural, mas também no modo de relacionamento entre as pessoas, produzindo uma subjetividade típica do mundo do século XXI.

Vargas Llosa, ao referir-se à internet, com base no livro de Nicholas

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 117.

Carr²⁵, observa que não se trata de mera ferramenta. “É um utensílio que passa a ser um prolongamento de nosso corpo, de nosso próprio cérebro, que também de maneira discreta, vai se adaptando pouco a pouco a esse novo sistema de informar-se e de pensar, renunciando devagar as funções que esse sistema desempenha por ele e, às vezes, melhor que ele. Não é uma metáfora poética dizer que a *inteligência artificial* que está a seu serviço suborna e sensualiza nossos órgãos pensantes, que, de maneira paulatina, vão se tornando dependentes dessas ferramentas e, por fim, seus escravos”. (...). As pessoas, “acostumadas a pescar informações nos computadores, sem precisarem fazer esforços prolongados de concentração, foram perdendo o hábito e até a faculdade de se concentrar e se condicionaram a contentar-se com esse borboleteio cognitivo a que a rede os acostuma, com suas infinitas conexões e saltos para acréscimos e complementos, de modo que ficaram de certa forma vacinados contra o tipo de atenção, reflexão, paciência e prolongada dedicação a àquilo que se lê”.²⁶

Bauman, em recente palestra no Rio de Janeiro, asseverou que “concentrar-se e se dedicar por um longo tempo é uma questão importante. Somos cada vez menos capazes de fazer isso da forma correta” e acrescentou “é preciso ter determinadas qualidades se você deseja construir conhecimento e não só agregá-lo: paciência, atenção e habilidade para ocupar esse local estável, sólido, no mundo que está em constante movimento. É preciso trabalhar a capacidade de se manter focado²⁷”. O teledirigido *homovideos* de que falava Giovanni Sartori, aludindo a superposição da imagem à palavra, em razão do televisor, foi substituído na segunda década do século XXI pelo *homo connectus* totalmente preso aos aparatos das novas tecnologias: a internet,

²⁵ CARR, Nicolas. *A geração superficial – o que a internet está fazendo com os nossos cérebros*, trad. Mônica Gagliotti Fortunato Friaça, Rio de Janeiro: Agir, 2011.

²⁶ VARGAS LLOSA, Mario. *A civilização do espetáculo*, Trad. Ivone Benedetti, Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 190-192.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Há uma crise de atenção*, O Globo, Sociedade, 13.09.2015, p. 41.

como o seu centro de ligação com o mundo e as pessoas; o celular, como extensão inseparável da mão, e as mensagens que correm entre múltiplos aparelhos com palavras onomatopáicas ou signos ridículos, numa linguística irreconhecível.

A conexão com o universo tecnológico provocou também a mudança no modo de relacionamento humano. “O primeiro lugar na tabela de valores vigentes é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal”. “A diferença essencial entre a cultura do passado e o entretenimento de hoje é que os produtos daquela pretendiam transcender o tempo presente, durar, continuar vivos nas gerações futuras ao passo que os produtos deste são fabricados para serem consumidos no momento e desaparecer tais como biscoitos ou pipoca. Cultura é diversão e o que não é divertido não é cultura”²⁸.

Tal banalização, tal liquefação de valores que se projetam na literatura, no cinema, na arte, na religião, na política, no sexo, no jornalismo, etc., constitui, sem dúvida, um empobrecimento das ideias e “propaga o conformismo através de suas piores manifestações: a complacência e a autossatisfação”²⁹. Não seria estranhável a partir deste modo de pensar que cada pessoa diante das novas tecnologias objetivasse transformar sua vida e o seu eu num espetáculo. Bem por isso se “abrem cada vez mais espaços nos quais o que conta é se mostrar o que se é, exibir um eu atrativo e supostamente real ou autêntico. Ou algo que assim lhe pareça: um eu verossímil e espetacular (...) Milhões de pessoas de todo mundo escrevem sobre elas próprias, relatam suas vidas com a ajuda de fotos e vídeos e se constroem como personagens nessa confissão cotidiana³⁰”. Vive-se o tempo dos selfies “que não quer fixar nada, senão uma informação fugaz sobre o momento vivido e compartilhá-la com o

²⁸ VARGAS LLOSA, Mario. Op.cit. p. 29

²⁹ VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit. p. 32.

³⁰ SIBILIA, Paula. El eclipse de la interioridad moderna y a búsqueda de una felicidad espectacular, *La vida que viene*, Madrid: La Oficina Ediciones, 2011, p.88.

maior número de pessoas”(...). “É um exercício lúdico e narcísico, cujo destino é ser deletado ou, com sorte, fazer um imprevisível caminho na rede³¹”. O importante não é o que se diz, o que se mostra ou o que se fotografa: o fundamental é o mero fato de fazer-se visível, de expor-se e estar nas telas (...) ou seja, a glória de ser visto e notado, o prazer de ganhar acesso à cobiçada visibilidade midiática e, desse modo, ser alguém³²”. O que tem importância é o *espetáculo do eu*. E na medida em que se atribui tanto valor ao sucesso midiático, afugentam-se os fantasmas da solidão. Como enfatiza Paula Sibília, “essa fascinação pelo exibicionismo e o desejo de ser famoso, de converter-se numa celebridade visível, finca suas raízes numa sociedade cada vez mais atomizada por um tipo de individualismo com características narcísicas que necessita ver a imagem refletida no olhar alheio para poder ser. Não se cuida mais de encerrar-se nem muito menos de ocultar-se no quarto próprio, como dizia Virgínia Wolf, para desenvolver sua interioridade num diálogo intimista, com as próprias profundezas como ocorria quando o ideal de *cultura letrada* estava ainda em vigor. Na atual cultura audiovisual e espetacular, para poder ter o direito de ser alguém, há que tornar-se visível e construir nesse campo uma boa imagem. Não mais ocultar-se ou fechar-se, mas sim mostrar-se e projetar-se. É indispensável saber manejar os novos recursos multimídia e interativos para poder sobreviver num mercado das aparências cada vez mais competitivo³³”.

Todas estas considerações sugerem algumas reflexões. Antes de tudo, é mister que não se imagine que se possa viver em sociedade, no momento atual, sem levar na devida conta a existência de uma cultura tecnológica. Isto não significa, contudo, que o ser humano deva tornar-se um dependente, um subordinado total dos aparatos do mundo digital. Em lugar de ser dominado, deve exercer, com inteligência e vontade, o

³¹ OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. *O tempo dos selfies*, O Globo, Opinião, 23.05.2015, p. 14.

³² SIBILIA, Paula. Op. cit. p.91.

³³ SIBILIA, Paula. Op. cit. p. 102.

manejo desses aparatos.

Além disso, como as redes sociais constituem um instrumento poderoso de transmissão de comportamentos, é indispensável que se tenha sempre presente que não se pode transformá-las num veículo de ódio: a disputa entre nós e eles. É necessário ainda que se evite o mau uso da tecnologia— não há tecnologia neutra – máxime quando seu emprego atinge a vida, a liberdade, a integridade ou os direitos fundamentais do ser humano. Não há espaço para drones, com fins letais, acessíveis ao militar e ao homem comum, nem soldados robôs, treinados dia e noite, para matar. Se não se traçar limites aos artefatos tecnológicos, por certo, a humanidade corre risco de sua própria destruição. Por outro lado, o usuário não pode perder de vista também que a infraestrutura “das redes pode ter donos, o acesso a elas pode ser controlado e seu uso pode ser influenciado, se não monopolizado por interesses comerciais, ideológicos e políticos. À medida que a internet se torna a infraestrutura onipresente de nossas vidas, a questão de quem possui e controla o acesso a ela dá lugar a uma batalha essencial pela liberdade³⁴”.

E aqui, novamente, se mostra presente a relação entre o poder econômico e o poder político. Ninguém pode desconhecer que os aparatos tecnológicos armazenam todos os dados que cada um coloca no mundo digital e isto pode constituir um acervo de altíssimo valor econômico, traduzindo-se, ao mesmo tempo, se utilizados, numa invasão afrontosa à vida privada do cidadão. Ademais, torna-se evidente o risco da exploração ideológica e política do arquivo de informações. Se cada um tiver consciência de que as tecnologias são meios e não fins em si mesmas, de que não são confessionários, nem instrumentos para alcance de maior visibilidade pessoal, nem meios para expandir ódios ou sentimentos negativos, é bem, possível que tais tecnologias possam tornar-se transmissoras de indignação contra as injustiças e mobilizadoras de movimentos sociais em prol da igualdade e dos direitos

³⁴ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 225.

humanos e de que, não obstante sua existência, ainda há margem para o diálogo, para a troca de palavras, olho no olho. Assim, o mundo digital não será mais um beco sem saída, mas um novo caminho a ser trilhado. Poderão alguns dizer que tal pensamento não tem futuro por ser utópico demais. Mas o sonho é o *leit motiv* da vida e “quando se sonha grande, a realidade aprende³⁵”.

Por derradeiro, tentarei regressar às minhas palavras iniciais. Em contraste com o pensamento de Norberto Bobbio, afirmei que me recusava abandonar o presente e ainda alimentava a ideia do futuro, por mais curto que fosse. Fiz um grande esforço – embora possa não ter tido sucesso – para deixar evidente que me sinto vivendo o mundo presente e que faço um esforço maior para que possa, enquanto houver tempo, viver outros momentos nos quais as pessoas – sobretudo os jovens – possam ter a sensação de que são capazes de mudar o mundo. Recordo-me sempre de uma frase de Machado de Assis quando se referia ao revezamento das gerações: “Vão os hóspedes saindo do banquete à proporção que outros chegam e ocupam o seu lugar; é a perpétua substituição dos convivas”. Peço desculpas a Machado de Assis porque sou favorável ao revezamento tardio e porque sou uma pessoa sem grandes nostalgias, mas carregada de esperanças: só saio da mesa do banquete da vida, onde tudo se discute e se planeja, não quando o novo convida chegar ao salão, mas somente no momento em que me bater levemente nas costas e me lembrar que está na hora de ir embora.

³⁵ MÃE. Valter Hugo. O filho de mil homens, São Paulo: Cosac Naify, 2012. p.13

Natureza jurídica da Lei Anticorrupção e o papel do *compliance*

Davi de Paiva Costa Tangerino

Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Escola de Direito de São Paulo (FGV)¹

Resumo. O poder punitivo está em constante expansão. Mais recentemente, deu-se uma nova onda de poder punitivo, direcionada às pessoas jurídicas, por meio da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), cuja natureza jurídica ainda é controvertida. Sendo, porém, poder punitivo, há de submeter-se ao pacote semântico penal. No presente trabalho, discute-se a culpabilidade das pessoas jurídicas nesse novo modelo punitivo e o papel que o *compliance* pode exercer.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Culpabilidade. Poder punitivo. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Compliance*.

Abstract. The power to punish is steadily expanding. More recently, Brazil faced a new wave of such power, aimed at legal entities, through the Clean Company Act (Law no. 12.846/2013), which legal nature is yet open to debates. Because it is a form of punitive power, such new form must comply with the other rights deriving from its punitive nature. In this work it will be discussed the *mens rea* of legal entities vis-à-vis the new model and the role the compliance programs may play in this scenario.

Keywords: Clean Company Act. *Mens rea*. Power to punish. Criminal liability of legal entities. *Compliance*.

¹ Mestre e doutor em Direito penal pela USP, com bolsas de doutorado e pós-doutorado na Alemanha. Professor de Direito penal da UERJ e da Escola de Direito de São Paulo (FGV). Sócio de Trench, Rossi e Watanabe.

1. Considerações iniciais

Tão logo promulgada a Lei n. 12.846/2013 respeitáveis vozes da academia denunciaram seu caráter penal, a exemplo Fernando Scaff, Renato Silveira,² e Pierpaolo Bottino e Pierpaolo Bottino.³

A nomenclatura do quanto seja penal depende, por óbvio, da definição que se dê de penal e essa tarefa não é nada simples.

Uma saída é vincular a definição à sanção: se se administra pena privativa de liberdade, então cuida-se de Direito penal. Essa alternativa oferece um horizonte analítico muito limitado, fazendo preponderar a forma sobre a substância. O porte de drogas para uso próprio, sob esse viés, não seria penal, muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha considerado que a prática do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 sirva para fins de reincidência. De mais a mais, reforça a percepção de que só é penal a administração de sanção afliativa, com todos os inconvenientes político-criminais dela decorrentes.

Não menos complicada seria uma definição substancial. Para recortar-se o debate ao século XX, James Goldschmit, em 1902, queria traçar uma linha distintiva entre o que se poderia traduzir por Direito administrativo-sancionador e o penal; Hungria, na década de 1940, resistia à empreitada, afirmando que cuidava-se sempre de exercício de poder punitivo, com diferenças de escalas apenas. A perspectiva de Hungria permite que assumam-se que o exercício do poder estatal em impor sanções-castigo, assim entendidas aquelas desvinculadas diretamente do dano causado, porém calcada na expectativa de prevenção de condutas indesejadas, seja poder punitivo.

² Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>, consultado em 4 de janeiro de 2016.

³ A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>, consultado em 4 de janeiro de 2016.

A gradação do exercício em diversas categorias escapa do escopo do presente trabalho.

Isso não impede, todavia, que se denomine de Penal, de maneira provisória, um conjunto de coisas, um pacote semântico: menos importante do que a sanção em si, ou seja, menos importante do que taxonomia, é a compreensão de que o exercício do poder punitivo por meio do Direito penal implica um conjunto de ideias, tal como uma corrente.

Só é penal a criação de infrações e sanções por meio de lei em sentido estrito, com ofensividade a bens jurídicos relevantes, por meio de conduta humana culpável (em sentido amplo), punível apenas como fruto do devido processo legal, de maneira proporcional e humana.

2. Poder punitivo na Lei Anticorrupção

A Nova Lei Anticorrupção afirma ter criado responsabilidade civil e administrativa ex vi determinados “atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Tais atos, conforme a tabela abaixo, são todos tipificados como crimes:

Atos lesivos contra a administração pública cf. a Nova Lei Anticorrupção	Tipos penais
I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;	Corrupção ativa, ¹ inclusive em transação comercial internacional; c/c artigo 29 do Código penal, ² então corrupção passiva privilegiada ³ e prevaricação, ⁴ sem prejuízo de tipos da legislação extravagante.
II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;	Alcançável, em tese, aos tipos acima por meio das regras de concurso de agentes
III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;	De forma genérica, a omissão dolosa de informação que deveria constar de documento público ou privado dá corpo ao delito de falsidade ideológica ⁵ (ou a um de seus congêneres); o manejo de pessoas jurídicas interpostas pode, ainda, ser meio para a prática do delito de lavagem de capitais.

<p>IV - no tocante a licitações e contratos:</p> <ul style="list-style-type: none">a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; oug) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;	<p>Tais condutas encontram-se, de modo geral, incriminadas pelos tipos contidos na Lei n. 8.666/93, ⁶ sem prejuízo de, particularmente nas alíneas “f” e “g” incidirem figuras mencionadas acima (crimes contra a administração pública)</p>
---	---

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional	Resistência, ⁷ desobediência, em suas diversas figuras ⁸
---	--

Como se vê, não se cuida de figuras administrativas autônomas, porém desnaturações de tipos penais em novas figuras, com ampliação do poder punitivo, inclusive. Atenha-se ao inciso I: se cotejada com o delito de corrupção essa figura é muito mais abrangente, pois não requer (i) nem a quebra de dever de ofício, (ii) tampouco o especial fim de agir.

É curioso, ainda, perceber como o nomen juris “atos lesivos contra a administração pública” (artigo 1º) se altera ao longo da lei, tornando-se “infração” no artigo 7º e “atos ilícitos” no artigo 9º.

Não há nada de novo no uso de sanções penais com conteúdo de normas administrativas, como bem o apontava há tempos Alessandro Baratta.

Há, porém, uma particularidade interessante na Lei Anticorrupção: espelha-se a lógica do componente subjetivo do injusto, seja para punir, seja para criar uma porta dos fundos ao exercício do poder punitivo.w

Na Lei dos Crimes Ambientais, a *mens rea* das pessoas jurídicas (ou culpabilidade, de modo amplo) se corporifica em uma decisão do representante legal ou contratual, de órgão colegiado da pessoa jurídica, desde que no interesse ou benefício da entidade (cf. artigo 3º). A sanção será modulada a partir de três variáveis: (i) “a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente”; (ii) “os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental”; e (iii) “a situação econômica do infrator, no caso de multa” (cf. artigo 6º).

Na Lei Anticorrupção não seria de se esperar nenhuma régua de culpabilidade, já que “esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil” (cf. artigo 1º).

A fantasia que recobre a nova lei, deixa entrever o que parece ser sua verdadeira natureza: como conciliar a responsabilidade objetiva com as seguintes infrações nela previstas: “comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei” e “comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”?

“Comprovadamente” sugere que não é bastante o nexo de causalidade entre a infração e a lesão à Administração, porém requer algum nível de conhecimento da ilicitude do ato pelo agente.

Mais eloquente do que isso, porém, é a existência de régua de culpabilidade: atenuará a pena da pessoa jurídica “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (artigo 7º, VIII).

Como graduar sanção dita como fruto de responsabilidade objetiva, se, nesse modelo de imputação, tudo o que se requer é ação, nexo causal e dano? ⁴

Indo mais a fundo, tal expressão, conhecida mais reduzidamente como programa efetivo de *compliance*, pode ser entendida como antônimo do defeito de organização que Tiedeman construiu como base para um

⁴ Ensina o professor Caio Mário sobre a responsabilidade objetiva: “com a abstração da ideia de culpa, estabelecendo *ex lege* a obrigação de reparar o dano, desde que fique positivada a autoria de um comportamento, sem necessidade de se indagar se foi ou não foi contrário à predeterminação de uma norma. Uma vez apurada a existência do fato danoso, caberá indenização por parte do ofensor ou de seu preponente” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. vol. III, p. 539).

fundamento de incriminação das pessoas jurídicas que não solapasse de vez com o elemento subjetivo do Direito penal de empresa.⁵

Dito de outro modo: a dita responsabilidade objetiva administrativa comporta gradação de sanção para aquelas empresas que demonstrarem ter um efetivo programa de *compliance*, já que isso demonstraria uma organização empresarial voltada para a observância do Direito; uma *mens rea* fiel ao Direito, portanto.

Se os fatos que fazem nascer as sanções não distinguem com clareza a Lei Anticorrupção das normas penais, melhor destino não resta às sanções, elemento que classicamente difere o Direito penal dos demais ramos do Direito. Isso porque, se se toma como referência a Lei dos Crimes Ambientais, única que declaradamente impõe sanções penais às pessoas jurídicas, a zona cinzenta não dissipará, como mostra a tabela abaixo:

Sanção	Lei dos Crimes Ambientais	Lei Anticorrupção
multa	Art. 21, I, de até 5400 salários mínimos (cf. art. 18 c/c 49 do Código Penal)	De 0,1 a 20% do faturamento bruto do exercício anterior, excluídos os tributos, nunca menor do que a vantagem auferida
suspensão parcial ou total das atividades	Art. 22, I	Cf. art. 10, § 2º, pode-se se dar a suspensão cautelar dos efeitos do ato sob investigação; a suspensão e a interdição estão previstas no artigo 19
interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade	Art. 22, II	

⁵ Die ‚Beußung‘ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. In: Neue Juristische Wochenschrift, Heft 19, 1988, p. 1172.

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

proibição de contratar com o poder público ou dele receber subsídios, subvenções ou doações.	Por até 10 dez anos (cf. art. 22, § 3º)	Por até 5 anos (cf. art. 19, IV)
prestação de serviços à comunidade	Art. 23	Inexistente
liquidação forçada	Art. 24	Art. 19, § 1º
publicação extraordinária de sentença condenatória	Inexistente	Art. 6, II
perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé	Art. 91, II, do Código Penal	Art. 19, I

A multa, sanção por excelência das pessoas jurídicas, revela que R\$ 4.752.000,00⁶ é o máximo que a lei penal pode impor a uma empresa pela prática de um delito; considerada, na Nova Lei Anticorrupção, a multa máxima como 20% do faturamento, tem-se que a sanção dita administrativa será mais onerosa para toda aquela empresa que fature mais do que R\$ 23.760.000,00. Segundo o Banco Nacional para o Desenvolvimento, é média a empresa que fature entre 16 e 90 milhões de reais por ano, média-grande, entre 90 e 300 milhões e grande aquelas que faturam mais de 300 milhões de reais por ano.⁷alç Como se vê, a esmagadora maioria das empresas médias e a totalidade das médias-grandes e grande faturam mais do que R\$ 23.760.000,00

Para quem entende que a sanção penal deve ter caráter infamante,

⁶ Obtido por meio da multiplicação de 5400 dias-multa ao valor unitário de R\$ 788,00, salário mínimo vigente em 2015.

⁷ http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/porte.html, consultado em 22 de dezembro de 2015.

a Nova Lei Anticorrupção prevê a publicação, em jornal de grande circulação, da sentença condenatória (art. 6º, II).

É, porém, a previsão da delação premiada que aproxima o modelo punitivo sobremodo ao que se entende por Direito penal.

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) trouxe causa especial de redução de pena de um a dois terços para o co-autor do crime de extorsão mediante sequestro e para o “participante ou associado” da forma qualificada do então delito de quadrilha ou bando qualificado que denunciasse o crime à autoridade, permitindo a liberação do sequestrado ou o desmantelamento do banco, conforme o caso. Previsão muito semelhante constou da Lei do Crime Organizado, de 1995 (revogada pela Lei n. 12.850/2013) ⁸ e na Lei de Drogas (Lei 11.343/06). ⁹ No campo do dito direito penal econômico, o réu colaborador no delito de lavagem de dinheiro terá a pena “reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime” (cf. redação dada ao parágrafo quinto do artigo 1º da Lei n. 9.613/98 pela Lei n. 12.683/2012).

A confissão pelo réu, nos crimes de autoria coletiva, também geraria a mesma redução para os crimes econômicos previstos nas Leis

⁸ Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

⁹ Art. 41: O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

n. 7.492/86 (art. 25, § 4º, incluído em 1995) ¹⁰ e n. 8.137/90 (art. 16). ¹¹

Foi, porém, a dita Lei do CADE (Lei n. 8.884/94, alterada pela Lei n. 10.149/2000) ¹² que trouxe o instituto da leniência ao ordenamento jurídico brasileiro: em matéria de crime concorrencial, se as pessoas física e a jurídica em cujo nome agiram, alinhadas, identificarem os demais membros envolvidos na infração e possibilitarem “a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”, colaborando com o procedimento administrativo, serão premiadas ao final, com enorme redução de sanções administrativas e com a extinção da punibilidade das pessoas físicas.

Em 2013 sobreveio a Lei n. 12.850 introduzindo a colaboração premiada (afinal, o nome delação não ficava bem para os intentos da máquina punitiva), ou seja, o perdão judicial (ou redução de pena, ou substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos), àquele que “tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles

¹⁰ Art. 25, § 2º: Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

¹¹ Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

¹² Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”. Em determinadas circunstâncias (não ser o líder da organização criminosa e ser o primeiro a colaborar), pode até deixar de ser denunciado.

Promulgada apenas um dia antes da Lei n. 12.850, batizada de Lei de Organização Criminosa, a Nova Lei Anticorrupção também previu acordo de leniência para as pessoas jurídicas.¹³ Para gozar de isenção da publicação extraordinária da decisão condenatória, “das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos”, e da redução da multa em até dois terços (quando não sua completa remissão, se for a primeira a celebrar o acordo), a pessoa jurídica deverá (i) identificar os demais envolvidos na infração, quando houver; (ii) obter “informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”; (iii) cooperação com as investigações; e (iv) comprometer-se em implementar ou em melhorar seus mecanismos internos de integridade.

Contém *mutatis mutandis* todos os elementos de uma delação típica de Direito penal; mais importante: não há outro caso no Direito administrativo-sancionador brasileiro de delação premiada.

2.1. Conclusão parcial

Cuida-se de lei que (i) protege bens jurídicos relevantes - já que estão, inclusive, severamente “protegidos” no Código Penal; (ii) por meio de sanções tão ou mais graves que as reconhecidas como penais, inclusive infamantes; (iii) por meio de procedimento legalmente definido; (iv)

¹³ Com a redação dada pela Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015.

com regras típicas de cálculo de sanção; (v) inclusive com parâmetros de culpabilidade.

É lei substancialmente penal, portanto.

O que se extrai dessa conclusão: de maneira direta de que tudo quanto seja ínsito ao Direito penal há de ser transposto ao exercício punitivo por meio da Lei Anticorrupção, no que for compatível com as pessoas jurídicas.

Há um enorme campo de pesquisa aberto como decorrência dessas reflexões, havendo hoje mais perguntas do que respostas.

Bis in idem, auto-incriminação, territorialidade, jurisdição, cooperação internacional, garantias do acusado são apenas exemplos de temas que merecerão o devido cuidado da dogmática frente a essa nova forma de exercício do poder punitivo.

Cuidar-se-á, brevemente, da culpabilidade das pessoas jurídicas.

3. Culpabilidade das pessoas jurídicas

3.1. O caso italiano

A Constituição da República Italiana em vigor traz em seu artigo 27 que: “a responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado culpado sem condenação definitiva. As penas não podem consistir em tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem tender à reeducação do condenado. Não se admite a pena de morte”.

Ocorre que a Itália aderiu a incontáveis tratados internacionais em cujo bojo os Estados se comprometiam a incriminar as pessoas jurídicas, salvo quando a Constituição não o permitisse.¹⁴ Nessa esteira, a Lei n.

¹⁴ Lista dos principais compromissos internacionais assumidos pela Itália encontra-

300, de 29 de setembro de 2000, ao permitir que o Presidente ratifique tais tratados (art. 1º), delega ao Governo da República o poder de emanar “um decreto legislativo com objeto de disciplinar a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas e das sociedades, associações ou entes privados de personalidade jurídica que não desenvolvam funções de relevo constitucional, com a observância” de determinados princípios e critérios diretivos, entre eles prever a responsabilidade em relação ao cometimento de um grande número de delitos (art. 11). Referido decreto legislativo, n. 231, sobreveio em 8 de junho de 2001, posteriormente modificado pelo decreto-lei n. 92, de 2008, e pelo decreto-lei 93, de 2013.

Leandro Sarcedo, com apoio em Marinucci e Dolcini,¹⁵ noticia que a jurisprudência italiana ampliou o alcance da norma para sociedades com capital misto que exerçam atividade econômica, entes coletivos estrangeiros, bem assim fixou a responsabilidade, no grupo econômico, que a sociedade líder possa ter em face das atividades realizadas por outras empresas do grupo (desde que tenha havido concurso com pessoa física que tenha agido no interesse da *holding company*). Até mesmo as empresas individuais, inicialmente excluídas da previsão, foram novamente alcançadas pela novel interpretação dada a partir de 2011.

A pessoa jurídica, segundo o artigo 5º do decreto-lei n. 92 (DL 92),¹⁶ é responsável pelos delitos cometidos no seu interesse ou em

-se nas considerações introdutórias à Lei n. 300, de 29 de setembro de 2000, disponível para consulta em <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2000-09-29;300>, consultada em 5 de janeiro de 2016.

¹⁵ Manuale di diritto penale, parte generale, pp. 702-703 apud SARCEDO, p. 177.

¹⁶ Art. 5. Responsabilità dell'ente 1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). 2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

sua vantagem, quando praticados: a) por pessoa revestida de funções de representação, de administração ou de direção da pessoa jurídica ou por uma de suas unidades organizativas dotadas de autonomia financeira e funcional, assim como por pessoas que exercem, ainda que de fato, a gestão e controle do mesmo; ou b) por pessoa subordinada sob a direção ou vigilância de um dos sujeitos mencionados na letra “a”. A pessoa jurídica não responde se as pessoas indicadas tiverem agido em seu interesse exclusivo ou de terceiros.

A responsabilidade da pessoa jurídica pela ação entre os sujeitos elencados no artigo 5º não é vicariante, haja vista que o artigo 6º aponta as hipóteses em que o ente moral não é responsabilizado pelos atos de seus dirigentes (para empregar um termo genérico): a) o órgão de direção adotou e implementou eficazmente, antes da prática do delito, modelos de organização e de gestão idôneos para prevenir delitos da espécie daquele ocorrido; b) o dever de vigiar o funcionamento e observância dos modelos de melhoria foi confiado a um ente dotado de autonomia e poderes de iniciativa e de controle; c) as pessoas cometeram o delito iludindo fraudulentamente os modelos de organização e de gestão; e d) não houve omissão ou vigilância insuficiente por parte do organismo mencionado no item “b”.

O artigo sexto prossegue estabelecendo e descrevendo como devem ser tais modelos de organização e de gestão, muito semelhantes ao que se convencionou chamar de programas de *compliance*, calcados em análise de risco, modelos de conduta para evitar os riscos, meios necessários para a implementação da política, deveres de informar atividades e de vigiar subordinados, e sistema disciplinar para os desvios encontrados, com alteração posterior do modelo (melhoria continuada).

Conclua-se com a descrição das sanções aplicáveis aos entes

coletivos: pecuniária, ¹⁷interdição temporária, ¹⁸ interdição definitiva, confisco ¹⁹ e publicação da sentença condenatória.

De se indagar desde logo se a nova responsabilidade das pessoas jurídicas *ex vi* a prática dos delitos arrolados tem natureza administrativa, penal ou se seria um *tertium genus*.

As principais posições vêm sintetizadas por Leandro Sarcedo em sua tese de doutorado “*Compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um modelo de imputação na culpabilidade corporativa”.²⁰

¹⁷ Segundo o artigo 10 do Decreto 231/01, a sanção pecuniária será fixada em quotas (entre 1 e 1000), ao valor unitário mínimo de 150 mil reais e máximo de três milhões de reais; já no artigo 11, fixa-se que a quantidade de quotas dependerá da gravidade do ilícito, do grau de responsabilidade da pessoa jurídica, assim como as atividades desenvolvidas para atenuar as consequências do fato e para prevenir a prática de delitos ulteriores. O valor da quota dependerá da condição econômica e patrimonial da pessoa jurídica. Cuidando-se de sanção castigo, há fatores que reduzem a sanção pecuniária, conforme artigo 12: (1) a sanção se reduz à metade e não pode superar 200 milhões de reais quando (i) o autor cometeu o delito preponderando o seu interesse ou de terceiros; (ii) o dano patrimonial não for relevante. (2) A sanção será ainda reduzida de um terço à metade se a pessoa jurídica ressarcir o dano e eliminar as consequências danosas de sua ação antes de ter início procedimento administrativo, e tiver adotado, em síntese, programas de *compliance*. (3) Havendo concorrência das hipóteses, a pena será reduzida de metade à dois terços. (4) Nunca poderá, porém, ser menor do que vinte milhões de reais.

¹⁸ As sanções interditivas estão previstas nos artigos 13 e 14 e incidem quando o ato gerou ganho relevante e praticado por pessoas do alto escalão (ou, ainda, quando de escalão imediatamente inferior, porém como decorrência de falha organizativa da empresa) e em casos de reiteração delitiva. Não podem durar menos do que três meses, nem mais do que dois anos. A interdição definitiva não poderá ser aplicada se presentes as condições do artigo 12 (1), cf. nota de rodapé antecedente. Estabelece o artigo 16 que na segunda reiteração em sete anos, pode-se interditar de vez a empresa.

¹⁹ Artigo 19: “ 1. Nei confronti dell’ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. 2. Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato”.

²⁰ 2014, Faculdade de Direito da USP.

Alessandro Traversi e Sara Gennai representam o grupo que entende cuidar-se de Direito administrativo, já que: (i) “é impossível vislumbrar na pessoa jurídica a determinação psíquica, a vontade criminosa, nem mesmo os componentes da conduta culposa, pois não é ela dotada de liberdade moral e de capacidade de autodeterminação”;²¹ (ii) na Itália é verdadeiro o *brocardo societas delinquere non potest*; (iii) vedação constitucional de responsabilidade penal de pessoas jurídicas; (iv) o Decreto fala em “responsabilidade administrativa”, ou seja, por um argumento gramatical e sistemático.

Sergio Shecaira, por sua vez, situa a questão como penal-administrativa, “uma zona de proteção intermediária entre essas duas esferas de proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Estado”. Em suas palavras: “se não é um direito penal, por não se fazer um juízo ético sobre a atividade da pessoa jurídica, também não é mais um puro direito administrativo, por delegar a uma jurisdição penal, com os direitos e garantias a ele inerentes, a persecução desses ilícitos”.²²

Marinuci e Dolcini, por fim, entendem que é penal a nova figura, já que: (i) presentes as garantias tipicamente penais da legalidade estrita, irretroatividade da lei penal desfavorável e retroatividade da lei penal mais benéfica (artigos 2 e 3 do Decreto Legislativo 231/2001), (ii) instituição de responsabilidade por fato próprio culpável; (iii) resolução por meio da justiça criminal, aplicando-se as garantias penais das pessoas físicas, sempre que possível.

Em que pese a posição adotada nesse trabalho de que toda aplicação de sanção-castigo pelo Estado é exercício de poder punitivo, os argumentos invocados para sustentar a natureza jurídica dessa nova figura jogam luzes ao debate quanto aos efeitos penais do *compliance* no Brasil, principalmente quando se traz à colação a posição da Suprema

²¹ Diritto penale commerciale. 2. ed. Milão: CEDAM, 2012, apud SARCEDO, Leandro, op. cit, p. 178.

²² SHECAIRA, S. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 53.

Corte de Cassação no sentido de cuidar-se de um *tertium genus*.

Ao analisar, em sede de recurso, a decisão do Tribunal de Sciacca que aplicou à Jolly Mediterraneo a medida cautelar de interdição prevista no artigo do Decreto-lei 231 pela prática do delito contido no artigo 640, bis, do Código Penal,²³ decidiu a Corte que:

(i) “é notório que o Decreto-lei n. 231, de 2001, sancionando a pessoa jurídica de modo autônomo e direto com as formas do processo penal se diferencia das sanções pré-existentes aplicáveis aos entes, de modo a confirmar a morte do dogma “*societas delinquere non potest*”;²⁴

(ii) a nova responsabilidade, batizada de administrativa, é substancialmente penal, quem sabe “para não abrir conflitos delicados com os dogmas personalíssimos da imputação criminal, de estatuto constitucional”;

(iii) há de ser, pois, interpretada restritivamente “como proibição de

²³ 640-bis. Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (1). La pena è della reclusione da uno a sei anni e si procede d’ufficio se il fatto di cui all’articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee (2) (3). (1) Le pene stabilite per i delitti previsti in questo articolo sono aumentate da un terzo alla metà se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l’esecuzione (art. 7, L. 31 maggio 1965, n. 575, recante disposizioni contro la mafia, come modificato dall’art. 7, L. 11 agosto 2003, n. 228). (2) Articolo aggiunto dall’art. 22, L. 19 marzo 1990, n. 55, sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso. La condanna per il delitto previsto in questo articolo, se commesso in danno o a vantaggio di una attività imprenditoriale, o comunque in relazione ad essa, importa l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 32-quater c.p.). (3) Per l’aumento della pena per i delitti non colposi di cui al presente titolo commessi in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale, vedi l’art. 36, comma 1, L. 5 febbraio 1992, n. 104, come sostituito dal comma 1 dell’art. 3, L. 15 luglio 2009, n. 94.

²⁴ E’ noto che il D.Lgs. n. 231 del 2001, sanzionando la persona giuridica in via autonoma e diretta con le forme del processo penale si differenzia dalle preesistenti sanzioni irrogabili agli enti, così da sancire la morte del dogma “*societas delinquere non potest*”

responsabilidade por fato de terceiro, ou, em versão mais ampla, como vedação de responsabilidade por fato inculpável”.

(iv) Ainda que se deva considerar a responsabilidade criada pela norma como um *tertium genus* nascente do cruzamento entre a responsabilidade administrativa com princípios e conceitos próprios da esfera penal, a sanção destinada à pessoa jurídica requer sobretudo o pressuposto objetivo de que o delito tenha sido cometido no interesse da pessoa jurídica por pessoas físicas que ajam em seu seio (artigo 5, citado): com exclusão, pois, dos fatos ilícitos executados em seus interesses exclusivos, para fim personalíssimo ou de terceiros. Em resumo, com condutas estranhas à política da empresa.

(v) na norma delegada, houve, ainda o acréscimo de um requisito de natureza subjetiva, semelhante à *culpa in vigilando*, “consistente na inexistência de um modelo de organização, gestão ou controle idôneos para prevenir delitos - em consonância com os modelos estadunidenses dos *compliance programmes*”, conforme artigo 11, “e”, do Decreto.

(vi) “não se reproduziu, pois, na Lei n. 231/2001, o princípio da automática derivação da responsabilidade da pessoa jurídica pelo fato ilícito de seu administrador (diferentemente, por exemplo, na França onde vige a responsabilidade reflexa, *par ricochet*), uma exceção ao princípio da identificação, embora inato à natureza orgânica, válido, em tese, para todas as relações, negociais e processuais”.

Independente de como a Corte julgou o mérito do recurso, interessa a reafirmação de que mesmo para aplicação de sanções-castigo híbridas às pessoas jurídicas é preciso haver um mínimo de culpabilidade, ainda que uma forma desnaturada de *culpa in vigilando*, modelo preferível à responsabilidade vicariante francesa.

O *tertium genus*, para ser conforme ao artigo 27 da Constituição italiana, não poderia abdicar, infere-se das razões acima, de uma responsabilidade própria da pessoa jurídica. Nessa esteira, Adan Nieto Martin afirma

que o modelo italiano de imputação “baseia-se na responsabilidade por ato de terceiro acrescida do conceito de culpabilidade de empresa, tudo contido num sistema penal e processual penal bastante detalhado, assemelhando-se a uma espécie de mini-código da responsabilização das pessoas jurídicas”.²⁵

Em que pesem outras experiências internacionais nessa matéria, o caso italiano guarda muitas semelhanças com a Lei Anticorrupção, sobretudo em matéria de hibridismo administrativo-penal, motivo pelo qual serve bem como estudo de caso.

3.2. Um possível papel do compliance na aferição de culpabilidade das pessoas jurídicas na Lei Anticorrupção

Segundo o artigo 7º, inciso VIII, da referida lei, será levada em consideração “na aplicação das sanções”: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

A regulamentação desse inciso, em âmbito federal, deu-se por meio do Decreto n. 8.420, de 2015, em seus incisos 41 e seguintes, conforme já explicitado anteriormente.

Segundo o artigo 15 da Lei, as pessoas jurídicas estão sujeitas às seguintes sanções: multa e publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora, sem prejuízo daquelas previstas na Lei n. 8.666/93 quando os atos lesivos envolverem infração a licitações e contratos públicos (a saber, multa, advertência, suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos, conforme artigos 86 e 87).

O cálculo da multa se inicia com a soma de percentuais do

²⁵ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 195-196 *apud* SARCEDO, op. cit., p. 184.

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

faturamento bruto da pessoa jurídica no anterior à instauração do procedimento administrativo sancionador, excluídos os tributos (cf. artigo 17 da Nova Lei):

continuidade dos atos lesivos no tempo	1 a 2,5%
tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica	1 a 2,5%
interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada	1 a 4%
situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo	1%
reincidência ⁹	5%
no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo	
acima de R\$ 1.500.000,00	1%
acima de R\$ 10.000.000,00	2%
acima de R\$ 50.000.000,00	3%
acima de R\$ 250.000.000,00	4%
acima de R\$ 1.000.000.000,00	5%

Em seguida, consideram-se os fatores que subtraem percentuais, a saber:

não consumação da infração	1%
comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa	1,5%
grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência	1 a 1,5%
comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo	2%

comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade	4%
---	----

Há, porém, um mínimo de sanção a ser imposta, ainda que a soma dos percentuais seja igual ou menor a zero: 0,1% do faturamento, nos termos já explicitados, ou caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, não menos do que R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Assim, aquela pessoa jurídica que tiver implementado um excelente programa de *compliance* e, mesmo assim, em seu seio detectar uma ato lesivo à Administração Pública, sofrerá uma sanção não inferior a R\$ 6.000,00.

Tal arranjo, porém, é incompatível com o exercício do poder punitivo, na medida em que viola a garantia constitucional à culpabilidade, conforme já explicitado anteriormente.

Resta, ao intérprete, a seguinte alternativa: em primeiro lugar, ainda no plano da adequação dos fatos à norma que prevê os atos lesivos, submetê-los também ao crivo da culpabilidade, afastando a própria infração nos casos de mera responsabilidade objetiva.

Para além de empregar o *compliance* como régua de culpabilidade, nada obsta que a existência em si de um programa efetivo de integridade funcione como a *defense* da tradição de *Common Law*. E nada impressiona o fato de que se queira usar aqui arranjo dogmático que lá não vingou: o *Common Law* funciona bem com a figura da responsabilidade penal objetiva (*strict liability*), o que não se admite no Brasil.

No campo do Direito administrativo-sancionador, indaga-se Fabio Medina Osório: “ficaria o princípio da culpabilidade adstrito, na produção de seus efeitos e reflexos, ao campo penal, diante da fundamentação preliminar que ostenta?”, ao que responde: “Parece-me evidente que não”. Isso porque, na linha do sustentado acima, “tal princípio não tem natureza essencialmente penal, mas constitucional. Os dispositivos

dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direito Punitivo como um todo”.²⁶

Evidente que não se cuida de empregar, no campo administrativo, dos mesmos contornos da culpabilidade penal, como bem adverte Alejandro Nieto, para quem, por exemplo, a criação do risco,²⁷ ao contrário do penal, não é juízo da ação, porém contido na própria norma administrativa, *ex ante*.²⁸ Dolo ou culpa, de um lado, e inevitabilidade da infração, de outro, são elementos que Osório adscrive à culpabilidade administrativa.²⁹

Julgado recente do Superior Tribunal de Justiça reforça a posição aqui defendida (Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 62.584/RJ, j. 7.10.2015). Eis a *vexata quaestio*: pode o contratante de serviço de transporte de produto poluente ser responsabilizado (aplicação de multa) por infração ambiental cometida pelo transportador?, em outras palavras: existe responsabilidade objetiva, vicariante, no Direito ambiental?

O Relator negava provimento, já que a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao afirmar a responsabilidade objetiva, mostra-se alinhada ao precedente na matéria (Recurso Especial n. 1.318.051/RJ). A Ministra Regina Helena Costa abriu divergência nos seguintes termos: “que a responsabilidade objetiva, em matéria ambiental, não se transmite a terceiro, uma vez que este integra outra relação jurídica; nessa hipótese, a sua responsabilidade é subjetiva. Somente aquele que é o direto agente causador do dano pode ser responsabilizado objetivamente pela degradação ambiental, nesse caso o transportador

²⁶ OSORIO, Fabio. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 430.

²⁷ Claro está que só se poderia inserir o debate do risco permitido na culpabilidade quando esta última é entendida como vedação de responsabilidade objetiva e não como categoria do delito, particularmente nos arranjos finalistas e pós-finalistas.

²⁸ *Derecho administrativo sancionador*. 3 ed. Madri: Editorial Tecnos, 2002, p. 352.

²⁹ OSORIO, op. cit, pp. 436 e ss.

do produto. O terceiro, proprietário da carga transportada, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, é responsabilizado subjetivamente pela lesão pelo transportador”.

A resolução do problema, porém, está mais bem colocada no voto do Desembargador Convocado Olindo Menezes, para quem a questão não é se a responsabilidade pelos danos ambientais é ou não objetiva, já que os artigos 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981 e 927, parágrafo único, do Código Civil fixam com clareza a natureza objetiva; porém se a responsabilidade pela infração, que gerou a multa em discussão é ou não objetiva. Invocou, pois, outro precedente, em que o Ministro Relator Mauro Campbell Marques diz que a responsabilidade administrativa ambiental: “não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera civil (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.” (Recurso Especial n. 1.251.697/PR).

Outro campo do Direito Punitivo não formalmente penal em que está presente a discussão da culpabilidade *lato sensu* é o das improbidades administrativas. A Lei n. 8.492/92, chamada de Lei de Improbidade Administrativa, traz três grupos de atos ímprobos: (i) os que geram enriquecimento ilícito (art. 9º), (ii) os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e (iii) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Há relativo dissenso quanto à natureza da responsabilidade na improbidade, isto é, se e quais figuras demandariam dolo ou culpa. José Arnaldo da Costa, no que toca ao artigo 9º, sustenta que “o elemento subjetivo dessa figura delitual genérica é o dolo do agente público, ou, pelo menos, a sua voluntariedade”, até porque, prossegue, “não vemos chances para que tal infração comporte modalidade culposa, pois não é credível, nem verossímil, que possa alguém ser corrupto ou desonesto

por negligência, imperícia ou imprudência”.³⁰

A necessidade de culpabilidade vem expressa no artigo 10: “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei (...)”.

Por fim, no campo dos atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, Pazzagli Filho, ao defender a necessidade “de consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador (dolo), sob pena de “qualquer ação ou omissão do agente público contrária à lei” ser “alçada à categoria de improbidade administrativa, independentemente de sua natureza, gravidade ou disposição de espírito que levou o agente público a praticá-la”.³¹

Nada há de diferente na Lei Anticorrupção que justifique o uso de responsabilidade administrativa objetiva. Como bem apontou Pedro Serrano: uma vez que a lei “é destinada especificamente às pessoas jurídicas de direito privado que, portanto, têm sua responsabilidade vinculada aos atos ilícitos, é imprescindível a aferição de culpa para sua responsabilização”.³²

O *compliance* efetivo, adaptando-se os institutos debatidos para as pessoas jurídicas, pode ser uma fonte de aferição de culpabilidade administrativa, já que mostraria a *mens rea* da pessoa jurídica.³³ Pierpaolo Bottini, no assunto, afirma que “o intérprete deverá ajustar tal preceito,

³⁰ Contorno jurídico da improbidade administrativa. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 68. No mesmo sentido, PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 63.

³¹ PAZZAGLINO FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 110

³² SERRANO, Pedro. *A responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Advogados, n. 125, 2014, p. 111.

³³ Sobre o tema, confira-se GÓMEZ-JARA, Carlos (org). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Cizur Menor: Editorial Arranzadi: 2006.

que não importa em grandes exercícios. Basta conferir uma abrangência maior ao parágrafo 1º do artigo 6º, admitindo que o *compliance* efetivo, completo e funcional possa, em determinados casos, exonerar a empresa de pena. Com isso, incentiva-se a adoção de políticas comprometidas com a integridade e ajusta-se a punição ao princípio constitucional da *culpabilidade*".³⁴

Conforme sustentado acima, pode, ainda, ser usado como medição da sanção imposta, quando for o caso. Segundo essa perspectiva, o *compliance* seria empregado duas vezes: primeiro para aferir a *mens rea* da pessoa jurídica (ou seja, há ou não o mínimo de culpabilidade exigido pelo marco constitucional), e, depois, como régua de *mens rea*, na quantificação da sanção.

O primeiro passo é a escolha entre as sanções administrativas previstas, isto é, multa e publicação extraordinária da sentença condenatória. Não cuida o artigo 6º da Nova Lei de cúmulo de sanções; o mero fato de entre os incisos I (referente à multa) e II (referente à publicação extraordinária) conter a conjunção aditiva “e” não implica cúmulo.

Colha-se um exemplo do Código Civil, cujo artigo 1.225 enumera os direitos reais: o inciso XII (concessão de direito real de uso) vem separado do XIII (os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas e respectiva cessão e promessa de cessão) pela conjunção aditiva “e”, sem que ninguém cogitasse interpretar as figuras de maneira cumulativa. De outro lado, as condições do *sursis* são listadas no artigo 77 do Código Penal sem a conjunção “e”, sendo certo preponderar a interpretação de que todas as condições devem estar presentes para a concessão da referida suspensão

³⁴ *A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção*. Conjur, 9 de dezembro de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorruptao>.

condicional da pena (cf. STJ, HC 305.463/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 4.11.2015).

Do contrário, não faria sentido a ressalva ao parágrafo primeiro do artigo sexto: “as sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações”.

O mesmo vale para a imposição de sanções pela via judicial, previstas no artigo 19, a saber: “I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”.

Também nesse caso a lei determina a dosimetria: art. 19, § 3º, “as sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa”.

Fabio Osório entende que também no cálculo da sanção a culpabilidade desempenha papel relevante: “culpabilidade também significa medição de pena, embora outros princípios igualmente aqui incidam, como é o caso da proporcionalidade, razoabilidade, motivação, interdição de arbitrariedade”.³⁵

4. Conclusão

A Lei Anticorrupção é essencialmente punitiva, o que faz incidir aos acusados uma séria de garantias constitucionais e legais decorrentes desse exercício. No campo das pessoas jurídicas, restrita a análise à Lei Anticorrupção, garantia à culpabilidade impõe a vedação de responsabilidade objetiva e, curiosamente, a própria Lei oferece o

³⁵ *Op. cit.*, p. 443.

antídoto: os programas efetivos de integridade (*compliance*) podem e devem ser usados como régua de *mens rea* (culpabilidade) das pessoas jurídicas. Tal raciocínio pode, inclusive, observadas particularidade, ser extrapolado a outros âmbitos sujeitos às políticas de *compliance*, notadamente o sistema financeiro nacional e outros ramos sujeito à Lei de Lavagem de Dinheiro.

Verdade, certeza e dúvida: as questões em torno da cadeia de custódia das provas no processo penal¹

Geraldo Prado

*Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)*²

Resumo: O presente artigo trata da questão da fiabilidade probatória no âmbito do processo penal. O argumento central consiste no reconhecimento da relevância jurídico-penal do esquema de ingresso dos elementos probatórios, em um procedimento no qual, posteriormente, estes elementos deverão ser objeto de avaliação, e se refere, especificamente, à questão dos controles epistêmicos compreendidos nesta etapa como “controles de entrada”. O artigo examina a “prova sobre a prova”.

Palavras-chave: Prova. Direito probatório. Verdade, certeza e dúvida.

Abstract: This article explores the issue of probative reliability within the framework of criminal procedure. The central argument is the recognition of criminal legal relevance on the proof entrance structure (evidence) in a criminal case under which these evidences shall be assessed, and refers, specifically to the evidence’s chain of custody. Examines the “proof of evidence” [or “proof under evidence”].

¹ Texto base da comunicação do autor no âmbito do VI Congresso Internacional de Ciências Criminais, XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais (TTEC) e II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia (IEC) realizado em 25 de setembro de 2015. Trata-se da versão ampliada da comunicação apresentada originalmente em espanhol, no I Seminário Internacional sobre Perspectivas y retos del Proceso Penal: *in memoriam, Francesco Carnelutti*, organizada pela Universidad Pontificia Bolivariana em Medellín, Colombia, no dia 17 de setembro de 2015.

² Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Advogado criminal.

Keywords: evidence; law of evidence; truth, certainty and doubt.

1. Introdução

Minhas palavras iniciais são de agradecimento à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul pelo convite para participar deste Seminário Internacional de Ciências Criminais.

Recentemente estive em Medellín, Colômbia, onde apresentei, em linhas gerais, o estado da pesquisa que desenvolvo no Brasil acerca de temas de direito probatório que estão um tanto deslocados para a periferia do campo jurídico-penal. Trata-se de questões acerca da fiabilidade probatória e da aplicação de um sistema de controles epistêmicos que vise reduzir a arbitrariedade do processo de decisão, em uma perspectiva mais condizente com o estado de direito.

Creio ser útil inscrever este debate no marco do pensamento de Francesco Carnelutti, que faleceu há exatos cinquenta anos, dada a nítida e persistente influência de seus ensinamentos no Brasil, como de resto na América Latina.

Este é, pois, o contexto acadêmico em que esta comunicação é apresentada, e que tem por escopo contribuir para o aperfeiçoamento das práticas penais em sua dupla dimensão: assegurar a dignidade das pessoas envolvidas na persecução penal e melhorar a qualidade epistêmica das atividades de persecução penal.

Durante a exposição oral, no âmbito do Seminário promovido pela PUC, explicitarei os fundamentos da minha opção teórica e me comprometi a oferecer ao leitor o presente texto no qual defendo a aplicação das mencionadas ideias ao cenário do processo penal brasileiro na atualidade, em contraste com o que julgo ser a persistente opinião de inspiração Carneluttiana, no tema da prova penal, que ainda está fortemente arraigada.

Reitero que esta presença é visível em um domínio de crença na

busca da verdade material, malgrado o ensaio intitulado “Verità, dubbio e certezza”, publicado em 1965, na Rivista di Diritto Processuale, editada pela Cedam, em seu volume XX (II Série), p. 4-9, tenha procurado ser uma espécie de acerto de contas do mestre com um passado de crença em uma verdade perscrutável com tal precisão no processo criminal, que terminou por condicionar a própria concepção de processo penal defendida por Carnelutti.

Sua conclusão, de que “a verdade está no todo, não na parte, e o todo é demais para nós”, que o motiva a declarar-se disposto a substituir o escopo do processo, de “busca da verdade” por “busca da certeza” parece chocar-se com a sólida convicção, muito bem percebida por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, no prólogo à tradução para o espanhol do clássico “Lecciones sobre el Proceso Penal”³, de que a finalidade do processo penal de conhecimento é o “acertamiento” do delito.

Com efeito, era o que sustentava Carnelutti, no Título Primeiro (“De la declaración de certeza en cuanto al delito”, itens 55 e seguintes) e que, em alguma medida ele próprio resolveu questionar em um de seus últimos escritos.

O aspecto parcial do tema, de que me ocuparei, trata justamente de negar as posições extremadas, de confiança absoluta no atingimento de uma verdade material pelo processo e de negação das “virtudes” operativas da ideia de verdade, em um sedutor diálogo com posições céticas, para focar no que me parece fundamental: no estado de direito o processo de arbitramento da responsabilidade penal de alguém deve estar condicionado por regras que são regras jurídicas, por evidente, mas também epistemológicas, de tal maneira que a sentença emitida exprima uma qualidade de verdade que legitime o exercício do poder punitivo.

Entre os extremos a que se pode chegar, contemplando a posição de Carnelutti, há posições intermediárias, que valorizam o processo

³ Buenos Aires: El Foro, 2002. Vol. 1. P. 14.

como método racional-legal de resolução de casos penais, limitando o arbítrio que os extremos são capazes de proporcionar.

A questão talvez passe por compreender, como sublinhou Alcalá-Zamora y Castillo, no referido prólogo, que para Carnelutti o processo penal era antes um “direito penal processual”, isto é, um método orientado a determinar a punição de autores de crimes, que não poderiam ficar impunes, enquanto pelo ângulo do estado de direito o processo penal visa conter os abusos inerentes à repressão penal, ainda que ao custo de não punir todos os agentes culpados.

A maneira como imagino se possa controlar a volúpia por punição, que inspira ideologicamente muitos que exercem a jurisdição penal, na América Latina, passa por tecnicamente separar as atividades concernentes à prova penal e distinguir aquelas relativas à fiabilidade probatória das que se referem à avaliação da prova.

A fiabilidade probatória refere-se ao esquema de ingresso dos elementos probatórios no procedimento em cujo âmbito, posteriormente, estes elementos poderão ser objeto de avaliação. O tema está enquadrado no horizonte dos controles epistêmicos, compreendidos como “controles de entrada” dos elementos probatórios.

Apenas quando superados de maneira satisfatória estes controles é possível passar à etapa da avaliação da prova.

Os controles epistêmicos tendem a funcionar como antídotos contra o decisionismo e obstáculos ao retorno inquisitorial da “verdade real” ao processo penal latino-americano.

Por isso o tema: a importância da preservação da cadeia de custódia das provas no processo penal.

Difícilmente o processo penal chegaria ao nível de qualidade técnica, sem a preciosa contribuição do mestre Francesco Carnelutti.

Como o dever das gerações futuras consiste em avançar “a partir

daí”, creio que está justificada a forma da homenagem.

2. O vínculo entre verdade e prova como condição de possibilidade do processo penal no estado de direito.

2.1. O ponto de partida é garantista. A existência de uma liga entre verdade, prova e processo penal configura condição de possibilidade de um processo penal conformado aos mandamentos do estado de direito e nestes termos a presunção de inocência constitui o princípio reitor do processo penal.

A presunção de inocência rege o processo penal no estado de direito e apenas por meio do processo considerar-se-á válida a condenação de alguém.⁴

Neste sentido, a proibição de desautorização do processo, efeito direto da presunção de inocência, encontra perfeita tradução no axioma “não há pena sem processo”, máxima garantista que Luigi Ferrajoli designa como fundamental, em uma perspectiva de estrita jurisdicionalidade do castigo. A obrigatoriedade do processo, no entanto, não é algo que possua valor por si, a ponto de dispensar o trabalho intelectual de redução de sua complexidade por intermédio da captação das funções do próprio processo penal.

⁴ Sobre o conceito construído a partir do consenso dogmático acerca do papel funcional da presunção de inocência: “Frente a todo lo anterior, el mejor entendimiento del principio de la presunción de inocencia ha sido desarrollado de forma monográfica por Stuckenberg – quien habla significativamente del <<valor normativista de la presunción de inocencia >> -, concepto al que Roxin y otros se han adherido. Dicho *nuevo* concepto no pasa tanto por una suerte de realidad procesal de un encausado todavía inocente, sino por la existencia misma del proceso. Es en la superveniencia del proceso como tal, donde el principio de la presunción de inocencia hunde sus raíces y encuentra su fundamento; exclusivamente. A través del concepto de proceso y de su subsistencia se logra superar la sensación de que la presunción de inocencia es una mera fórmula ampulosa vacía de contenido. La función del proceso penal reside en fundamentar la obligatoriedad de la decisión que sea adoptada.” SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier. Variaciones sobre la presunción de inocencia, Análisis funcional desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 35.

“Processo” neste caso não significa qualquer tipo de processo. A condição de método de definição da responsabilidade penal da pessoa acusada da prática de uma infração penal reclama que o “processo” seja concebido a partir de uma perspectiva analítica que considere sua função e finalidade.

Assim, se o juízo de partida de toda investigação penal é a incerteza, afirmada pela presunção de inocência, e a punição apenas estará legitimada quando superado este estado de incerteza, o tipo de “processo” adequado constitucionalmente é aquele que se caracteriza por viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria em um esquema lógico e jurídico que esteja apto a apoiar a decisão em um determinado contexto de “verdade”.

Luigi Ferrajoli ressalta, portanto, a força jurídico-política do esquema epistemológico e normativo que, a partir do nexos entre verdade e legitimidade, definirá “a natureza específica da jurisdição no moderno estado de direito”.⁵

Com efeito, a definição do *nulla poena sine iudicio* requisita que se compreenda a função (re)cognitiva do processo, assumido como condição para fundamentar a obrigatoriedade da decisão que seja adotada⁶, de modo a cobrar que o processo esteja estruturado e seja capaz de se constituir em terreno jurídico de verificação e refutação das teses antagônicas deduzidas pela acusação e defesa.

2.2. A configuração do processo penal como método de verificação de uma determinada verdade – ou melhor, da constatação do caráter verdadeiro da acusação – leva em consideração o fato de que a verdade perseguida no curso do processo penal, como meta na ultrapassagem de um estado de incerteza para o de certeza, não tem uma “natureza

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 36/97 (particularmente na p. 95). Obra citada, p. 69.

⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, obra citada, p. 37.

ontológica”, tampouco encontra-se acessível para, como em um passe de mágica, conduzir os sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passado, para perceber os fatos como na realidade ocorreram.

O denunciado aspecto complexo do recorte da realidade que se torna objeto do processo penal está associado, como salienta Winfried Hassemer, a elementos normativos de ordem penal (particularidades de uma realidade maior), e ao interesse jurídico de que os sujeitos são titulares, no sentido de demonstrar ou refutar a existência destes fatos específicos (tipo de injusto penal ou o *álibi*), extraídos de um complexo maior (a realidade), operação realizada consoante parâmetros de respeito aos direitos humanos que demarcam o estado de direito.⁷

Michele Taruffo assinala que “o processo constitui um contexto jurídico”⁸. Não se trata, pois, de pesquisar quaisquer fatos, ainda que possam ter relevância política, econômica, cultural etc. O contexto que delimita a investigação é jurídico e, como menciona Taruffo, “no processo os fatos em relação aos quais há de se estabelecer a verdade são identificados sobre a base de critérios jurídicos, representados essencialmente por normas que se consideram aplicáveis para decidir a controvérsia específica”.⁹

2.3. Neste terreno a “verdade” cumpre a função de indicador epistêmico e serve ao propósito de distinguir – teoricamente e em relação às suas consequências práticas – um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração dos fatos penalmente relevantes, sob a inspiração de limites éticos, daquele fundado na determinação da responsabilidade penal a partir do consenso ou em bases caprichosas, insondáveis por meio de critérios de aferição adequados.

A adoção da categoria “verdade” como indicador epistêmico

⁷ HASSEMER, WINFRIED. *La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal: la medida de la Constitución*. México: Ubijus Editorial, 2009, p. 18.

⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 90.

⁹ Tradução livre. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, obra citada, p. 91.

revela-se, pois, funcional ao fim de dotar o processo de uma meta e simultaneamente definir os limites éticos, políticos e jurídicos da atividade de investigação da verdade material.¹⁰

O contexto jurídico do processo resulta da eleição política do estado de direito que é por si fruto de uma escolha ética.

Para compreender a opção teórica releva notar, pois que se recorre à categoria oriunda do rico pensamento de Michel Foucault, que este autor caminhou da “arqueologia do saber”, e, portanto, da *episteme* como objeto de “descrição arqueológica”, para a genealogia do poder, com a introdução do “dispositivo” como categoria central de uma nova perspectiva analítica que, notando as limitações da enunciação dos discursos das diferentes *epistemes*, incapazes de descrever as mudanças, mas somente apontar para o resultado delas, cobrou de si a postura de análise do poder e de suas relações entre o “discursivo e o não discursivo”.¹¹

2.4. O caráter original da abordagem da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro procura beneficiar-se dessa “dobra”, que não significa exatamente ruptura, mas revela-se um olhar diferente para o velho problema categorial da prova penal e sua relação com a verdade material.

Observadas as devidas proporções, a trajetória intelectual de Michel Foucault serve, portanto, como metáfora do estado de espírito das ciências criminais no Brasil, levando-se em conta que não há uma correlação direta entre a sofisticação teórica do autor de “A arqueologia do saber” e da “Microfísica do poder” e o aparato metodológico que

¹⁰ Perspectiva complementar, em minha opinião, é a de Ronald Dworkin, que joga com o critério binário de conceito criterial e conceito interpretativo para elucidar a função da “verdade” no discurso moral. DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 262-265.

¹¹ CASTRO, Edgardo. Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Tradução de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 124.

inspira o pensamento conservador brasileiro.

Mesmo assim, cabe ressaltar que enquanto boa parte dos juristas brasileiros com influência no cenário político e presença na comunicação social – diga-se, dominada monopolisticamente por algumas poucas famílias em um sistema oligárquico – pauta sua produção intelectual por uma “arqueologia do saber jurídico-penal”, ainda que impropriamente e às vezes de maneira vulgar, os pensadores jurídico-penais com formação crítica seguem relegados ao plano secundário, com notável perda de espaço nas instituições universitárias.¹²

No campo do processo penal, mais enfraquecido porque não tem no Brasil uma tradição fundada na crítica, isso é bastante evidente.

A própria tentativa de compreensão das tarefas probatórias no campo processual penal esgota-se em descrições imprecisas do que se supõe ser o desenho normativo que pode ser extraído de uma leitura da Constituição de 1988. As explicações sobre os excessos judiciais anotados no cotidiano forense, por sua vez, são debitadas às imperfeições técnicas que resultam de duas ordens de fatores: uma genética autoritária intuída da própria história das nossas instituições políticas, entre as quais o Poder Judiciário; e o débil preparo teórico dos juízes, que em sua maioria não saberiam aplicar a Constituição ao caso concreto.

A análise nestes termos é pobre, incompleta e em alguma medida incorreta.

Parece pouco provável, no entanto, que o quadro mude se não forem alteradas as condições de investigação da realidade.

¹² Aqui cabe o registro da aposentadoria por idade dos prof. Nilo Batista, Juarez Tavares e Juarez Cirino dos Santos e a recusa das universidades públicas em mantê-los em seus quadros, em regime especial previsto em lei, como ocorreu, por exemplo, com Juarez Cirino dos Santos. Os episódios que cercam o concurso público para professor de Direito Penal e Criminologia, do qual participou o prof. Salo de Carvalho, no fim de 2013, na UFRGS, igualmente dão a medida das dificuldades concretas enfrentadas pelos pensadores críticos. O citado concurso, no qual foi prejudicado o prof. Salo de Carvalho, referência do pensamento crítico, foi anulado neste ano de 2014.

Questões relacionadas à proteção do interesse vital de indivíduos que vivem sob o estigma incriminador, e que sob tal estigma estão sujeitos a uma “acomodação funcional” aos estratos sociais mais vulneráveis, colocando-se em relevo questões como a proteção de seu domicílio, a garantia de sua integridade física e psicológica contra a tortura, e a preservação das condições de sua autodeterminação informativa, além do direito de participar ativamente de um procedimento penal que não esteja codificado linguisticamente a ponto de necessitarem de “decifração” [“não participo ativamente daquilo que não consigo compreender”] são passíveis de serem formuladas apenas se as relações de poder que o fenômeno penal expressa puderem ser capturadas por meio de ferramentas teóricas adequadas.

E “captura” aqui tem sentido menos descritivo da realidade e mais abrangente, pois que os rigores metodológicos da analítica tradicional tendem a classificar os objetos de análise e reuni-los conforme identidades ou afinidades que lhes conferem certa homogeneidade.

O desafio que a expansão do encarceramento propõe ao cientista social e ao jurista crítico do processo penal – com dados que falam claramente de seletividade e manipulação do poder penal¹³ – consiste em dar um salto metodológico do homogêneo para o heterogêneo e perceber “a natureza do nexo que pode existir entre esses elementos heterogêneos”.¹⁴

3. O processo penal como dispositivo. Contribuição de Rui Cunha Martins.

3.1. Este salto consiste no emprego da ferramenta teórica do dispositivo, de inspiração em Foucault.

¹³ Sobre o tema, relativamente à realidade norte-americana, com dados que não discrepam proporcionalmente dos que se referem à experiência brasileira: HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: Los límites del Derecho penal*, tradução de Rocío Lorca Ferreccio. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

¹⁴ CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*: obra citada, p. 124.

Segundo Rui Cunha Martins, o estatuto do “dispositivo” irá se caracterizar pelas “cadeias de variáveis relacionadas entre si, produzindo, nessa interpenetração, determinadas linhas de força e determinadas linhas de fratura mas resistindo a apresentar-se como entidades dotadas de contornos bem definidos”.¹⁵

O “dispositivo” é o guia ou buscador no qual está inserida a atividade probatória.

Interessante observar que Foucault, segundo Giorgio Agamben, se valerá do “dispositivo” estrategicamente, no curso de seu pensamento, ao se ocupar das questões de “governabilidade” ou de “governo dos homens”.¹⁶

De acordo com Agamben, o termo técnico “dispositivo” serve para designar:

“a. ... um conjunto heterogêneo, linguístico e não-linguístico, que inclui virtualmente qualquer coisa no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de polícia, proposições filosóficas etc. O dispositivo em si mesmo é a rede que se estabelece entre esses elementos.

b. O dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre numa relação de poder.

c. Como tal, resulta do cruzamento de relações de poder e de relações de saber.”¹⁷

A introdução de uma categoria estratégica dessa ordem para analisar o modo como no Brasil são articuladas as práticas jurídicas que arbitram responsabilidade penal projeta um ganho de qualidade que reflete,

¹⁵ MARTINS, Rui Cunha. O método da fronteira. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

¹⁶ AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo & O que é um amigo, tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2014, p. 24.

¹⁷ AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo... obra citada, p. 25.

por exemplo, na percepção das engrenagens inquisitoriais que estão presentes no Sistema Penal brasileiro, cujo rastro, fundado na hipótese de um domínio inquisitivo do processo penal, não se deixa apagar ou esconder por estratégias discursivas de ocultação.

Como o “dispositivo” é composto por elementos “discursivos” e “não discursivos”, a apreensão dos elementos não discursivos revela as franjas por onde as práticas repressivas escapam de qualquer espécie de controle democrático.

O grau de operatividade das categorias da “verdade” e da “prova” é desnudado. Os baixos índices de revisão das condenações com fundamento em aplicação prática de novas técnicas – como por exemplo o exame de DNA – denuncia o predomínio dos elementos não discursivos no campo do processo penal.

A prova penal conforme é tratada cotidianamente, na maioria dos casos, nada mais serve do que de pretexto para justificar discursivamente condenações que parecem cumprir o vaticínio dos oráculos da mídia tradicional ou da retórica do senso comum.

As condenações fundamentam-se em provas *apesar* de não estarem fundamentadas em provas!

Constata-se com facilidade o alto grau de colonização inquisitorial do processo penal brasileiro quando percebem-se as permanências inquisitoriais no dispositivo processual. O convencimento judicial é elevado à categoria superior e a sua liberdade – o “livre convencimento” – configura dogma protegido dos avanços técnicos e científicos orientados à comprovação da existência dos fatos penalmente relevantes.

A consciência da predominância de elementos discursivos mais próximos da “vontade de poder” do que do propósito de justificação pela comprovação dos fatos constitui condição prévia para a ruptura com o dispositivo inquisitorial.

3.2. A reorientação do dispositivo processual requisita uma nova elaboração teórico-prática das atividades probatórias que remete ao início da persecução penal, com a valorização concreta da análise dos elementos probatórios. O êxito dessa tarefa, fundamental para a operatividade da categoria “verdade” no âmbito do processo penal, como indicador epistêmico, demanda a introdução de métodos e práticas probatórios de verificação dos fatos que possam ser efetivamente confrontados em contraditório e testados relativamente ao seu potencial de explicação da realidade.

Com efeito, Taruffo adverte que o *como* na determinação dos fatos juridicamente relevantes sempre é constitutivo do juízo sobre o fato¹⁸. Afinal, que meios foram empregados e que resultados cognitivos decorrem do emprego destes meios são aspectos decisivos na determinação da existência de um fato como ocorrência do mundo extrajurídico. Na base da aplicação de uma norma deverá haver sempre um fato histórico.¹⁹

O conhecimento de circunstâncias relevantes para a decisão cobra do dispositivo processual que se beneficie, quando possível, do emprego de meios científicos, de modo a “reduzir a área na qual o juízo sobre os fatos pode ser formulado somente sobre bases cognitivas não científicas”.²⁰

Esta é a contribuição que a exigência de manutenção da cadeia de custódia das provas pode oferecer à adequação do processo penal aos princípios do estado de direito.

3.3. O argumento central da relevância jurídico-penal da manutenção da cadeia de custódia das provas foi desenvolvido no livro

¹⁸ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos, obra citada, p. 103 e 111.

¹⁹ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos, obra citada, p. 112.

²⁰ TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial, In: *Proceso, prueba y estándar*. Santiago Ortega Gómero. Director. Lima: ARA, 2009, p. 34-5.

intitulado *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos,²¹ que abordou a tese enfrentada pela 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *habeas corpus* n° 160.662/-RJ.

Em votos dos Ministros Assusete Magalhães²² e Rogério Schiatti a questão da preservação da cadeia de custódia das provas mereceu talvez a primeira análise sistemática no âmbito dos tribunais brasileiros.

No direito brasileiro praticamente não há referências doutrinárias à cadeia de custódia, designação pela qual é conhecido o dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios, não obstante o seu significado em termos de redução de complexidade da garantia constitucional contra a prova ilícita.

Ainda assim, a bibliografia sobre perícia criminal não ignora o tema. Vale a reprodução das lições de Alberi Espindula:

“Finalidade da cadeia de custódia

Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial.

Importante esclarecer que a cadeia de custódia não está restrita só ao âmbito da perícia criminal, mas envolve desde a delegacia policial, quando apreende algum objeto e já deve observar com rigor tais procedimentos da cadeia de custódia. Podemos voltar mais ainda: qualquer policial, seja ele civil ou militar, que for receptor de algum

²¹ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

²² Sobre o tema a Ministra Assusete Magalhães (STJ) publicou o belíssimo artigo: quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte de prova. Edição Comemorativa dos 25 anos do Superior Tribunal de Justiça – abril de 2014. Brasília, p. 507-534.

objeto material que possa estar relacionado a alguma ocorrência, deve também - já no seu recebimento ou achado – proceder com os cuidados da aplicação da cadeia de custódia. E essas preocupações vão além da polícia e da perícia, estendendo-se aos momentos de trâmites desses objetos da fase do processo criminal, tanto no ministério público quanto na própria justiça. Os procedimentos da cadeia de custódia devem continuar até o processo ter transitado em julgado.

Muitas situações já são conhecidas sobre fatos dessa natureza, nas quais é levantada a suspeição sobre as condições de determinado objeto ou sobre a própria certeza de ser aquele o material que de fato foi apreendido ou periciado. Assim, o valor probatório de uma evidência ou documento será válido se não tiver sua origem e tramitação questionada. Qualquer questionamento acarretará prejuízo para processo como um todo”.²³

3.4. A matéria, no entanto, não é desconhecida dos sistemas jurídicos que mais recentemente aperfeiçoaram os procedimentos criminais em busca da melhor qualidade da prestação jurisdicional.

No fim dos anos 1990 e início deste século, na América do Sul, o Chile deu um salto quântico de um processo penal de clara e aberta adesão ao modelo inquisitorial para outro, fundado em um paradigma acusatório, mais condizente com as exigências do estado de direito, mas também mais preocupado com o acerto da decisão judicial.

No campo das provas uma das questões sensíveis consistiu em estabelecer critérios de um sistema de controles epistêmicos que seja, o sistema, por si, capaz de assegurar a “autenticidade” de determinados elementos probatórios, documentos e objetos, empregados como base dos argumentos das partes para convencer o juiz acerca da existência de fatos penalmente relevantes.

²³ ESPINDULA, Alberi. Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3ª Ed. Campinas: Millenium, 2009. p. 165.

Sobre a matéria ressaltam os juristas chilenos Andrés Baytelman e Mauricio Duce²⁴ que documentos e objetos têm a cada dia maior importância na decisão das causas penais, no lugar da antes preponderante prova testemunhal e, como estes elementos probatórios se prestam a indicar a veracidade dos argumentos manejados pelas partes, resulta fundamental preservar-lhes as condições de credibilidade.

Destacam os cultos professores chilenos que “armas, contratos, vídeos”, têm em comum, como elementos probatórios, o fato de: (a) serem produzidos, por definição, sem intermediação, isto é, a sua existência autônoma, relativamente ao juiz, diferentemente do depoimento da testemunha por este colhido, não está cercada da garantia da presença do juiz no momento de formação da prova; (b) não há contraditório no ato de formação da prova. O contraditório operará, com exclusividade, por ocasião do ingresso do elemento probatório no processo.²⁵

No contexto do processo penal colombiano a previsão de métodos de “autenticação” da prova remonta ao Decreto nº 786, de 16.04. de abril de 1990, mas apenas com os Códigos de Processo Penal de 2000 e 2004 (capítulo IV, denominado “Da Cadeia de Custódia”) a matéria mereceu tratamento sistemático.²⁶

Comentando o assunto Juan Carlos Urazán Bautista salienta que “a autenticidade do elemento [probatório] constitui segurança para a administração da justiça, pois esta se desenvolve com fundamento na realidade, não em meios de conhecimento que não a reproduzem”.²⁷

Daí, sublinha o Diretor do Centro de Estudos da Fundação Lux

²⁴ BAYTELMAN A., Andrés; y DUCE J., Mauricio. Litigación penal: juicio oral y prueba. México: FCE, 2005. p. 283.

²⁵ *Idem*, *ibidem*.

²⁶ BAUTISTA, Juan Carlos Urazá. La Cadena de Custodia em el Nuevo Codigo de Procedimiento Penal. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

²⁷ *Idem*, *ibidem*.

Mundi, em Bogotá, a cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de “autenticidade da prova”, definido como “lei da *mesmidade*”, isto é, o princípio pelo qual se determina que “o «mesmo» que se encontrou na cena [do crime] é o «mesmo» que se está utilizando para tomar a decisão judicial”.²⁸

3.5. Compreende-se, pois, que a formação e preservação do elemento probatório sejam cercadas de cuidados, independentemente da previsão expressa de regras processuais penais no direito ordinário.

Trata-se de uma questão epistêmica, que se traduz, com precisão, nas palavras dos autores chilenos Baytelman e Duce,²⁹ por um princípio processual de desconfiança:

“Estas características traen como consecuencia que el mero objeto o documento no sea, en sí mismo, información de calidad suficiente, al menos porque no podemos estar seguros de que sean lo que efectivamente la parte que los presenta dice que son. Nadie, incluidos los jueces, tiene por qué depositar ninguna confianza especial en dicha parte. Ésa es toda la gracia del juicio: no hay confianzas preestablecidas. El fiscal tiene una carga probatoria, el defensor puede jugar a desacreditar el caso del fiscal hasta hacerlo caer por debajo del estándar, o bien puede acreditar su propia defensa afirmativa; pero, en todo caso, todo se remite al lenguaje de la prueba y de la credibilidad concreta de la misma; fuera del mundo de la prueba, no tiene por qué haber concesiones para nadie (tanto al fiscal como al defensor les pagan para decir lo que están diciendo), y eso incluye también a las proposiciones fácticas que dicen ‘este objeto (o documento) es aquello que yo afirmo que es’”.

O cuidado que envolve o tema da formação da prova leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de

²⁸ Idem.

²⁹ BAYTELMAN A., Andrés; y DUCE J., Mauricio. Op. cit., p. 284.

incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e, também interroga, no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial. Em outras palavras, trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria.

Essa é a razão pela qual as ordens jurídico-processuais, que se ajustaram constitucionalmente ao modelo acusatório de processo, regulam o procedimento probatório e cuidam não apenas de assegurar a produção do elemento probatório – neste sentido existe pouca diferença em relação ao modelo inquisitorial reformado – mas também as condições para a demonstração de que estes elementos estão preservados para a perícia e eventual exibição em audiência.

Releva notar que os princípios da “mesmidade”³⁰ e da “desconfiança” são fundamentais para garantir o juízo mediante a redução dos riscos de erro judiciário.

A experiência contemporânea de preservação da «cadeia de custódia» impõe que “a cadeia de custódia deve estar conformada pelo menor número de custódios possível; o menor número faz com que o elemento seja menos manipulado; a menor manipulação o expõe menos; ao expor-se menos, se está protegendo o elemento, se lhe está defendendo”.³¹

4. Considerações finais.

Últimas palavras destas breves considerações.

A consequência da quebra da cadeia de custódia das provas:

No direito anglo-americano “a supressão, pela acusação, de evidências

³⁰ Emprego o termo em sua forma aproximada à em língua espanhola, porque não há correspondente adequado em português, não se tratando de “mesmice”, pois que em português o uso coloquial desta palavra remete a outro significado. O uso do termo “identidade” igualmente não resolveria a questão, embora talvez seja mais propício que “mesmice”.

³¹ BAUTISTA, Juan Carlos Urazá. Op. cit., p. 3. Tradução livre.

favoráveis ao acusado, mediante pedido, viola o devido processo legal quando a prova é material para culpar ou punir, independentemente da boa-fé ou má-fé da acusação. (Case Brady v Maryland, 1963)”.³²

No caso de quebra da cadeia de custódia não se cogita de perquirir sobre a boa ou má-fé dos agentes policiais que manusearam o produto da atividade de investigação dos meios de prova.

A destruição dos elementos informativos, comprovada por perícia no processo, inviabiliza o exercício do direito de defesa e a própria fiscalização judicial, relativamente ao caráter de confiabilidade dos demais elementos, pois que elimina qualquer possibilidade de se ter acesso a informações que, *a priori*, justificaram a intervenção de natureza cautelar e que poderiam relacionar, de diversas maneiras, os múltiplos elementos probatórios colhidos.

Com efeito, em um processo penal que se legitima a partir da verdade processual, não de vigorar providências que resguardem de fato o caráter cognitivo da persecução penal, que não se justifica juridicamente quando fundada em impressões pessoais, sentimentos ou valores pré-concebidos, a dispensar a incidência e operação de elementos informativos obtidos de modo lícito.

Por esse motivo, a supressão indevida de elementos informativos opera efeito impeditivo de emprego das informações remanescentes, que carecem de “suficiência probatória”. Em geral, o material probatório remanescente termina afetado pela referida quebra e configura prova ilícita, pois não há como sujeitá-lo, adequadamente, aos procedimentos de comprovação e refutação.

A decisão política que proscreve provas ilícitas escuda-se em experiência de “preenchimentos posteriores de lacunas” relacionadas aos requisitos legais para as providências cautelares.

³² Case Brady v Maryland, 1963. Disponível em < <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>>. Acesso em 05 de agosto de 2013, (tradução livre).

Trata-se de algo equivalente à “lavagem de provas ilícitas”, que em concreto sabota o sistema normativo de controles epistêmicos do processo.

A rigor, além de escavar lacunas nos elementos probatórios e torna-los porosos e carentes de dados capazes de orientar em outra direção a conclusão judicial acerca dos fatos penalmente relevantes, a quebra da cadeia de custódia indicia a perversão dos fins da cautelar: no lugar da “aquisição” e “preservação” de elementos informativos, a medida tende a instrumentalizar ações abusivas de supressão de alguns destes elementos, esgrimindo os remanescentes com apoio no efeito alucinatório das evidências.

Em um processo penal que não se quer ver instrumentalizado para perseguir indivíduos que vivem sob o estigma incriminador, em um terreno político de “acomodação funcional” dos estratos sociais mais vulneráveis à condição de criminosos, mas que, ao revés, esteja dotado do potencial de tutela dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o dispositivo processual e o dispositivo probatório são dependentes da cadeia de custódia das provas.

A exigência da preservação da cadeia de custódia das provas configura elemento fundamental de adequação do processo penal ao estado de direito.

Bibliografia:

AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo & O que é um amigo, tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2014.

BAYTELMAN A., Andrés; y DUCE J., Mauricio. Litigación penal: juicio oral y prueba. México: FCE, 2005.

BAUTISTA, Juan Carlos Urazá. La Cadena de Custodia *en* el Nuevo Código de Procedimiento Penal. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Buenos Aires: El Foro, 2012.

_____. *Verità, dubbio e certezza*, in: Rivista di Diritto Processuale, Padova: Cedam, XX (II Série), 1965.

CASTRO, Edgardo. Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Tradução de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESPINDULA, Alberi. Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3ª Ed. Campinas: Millenium, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

HASSEMER, WINFRIED. La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal: la medida de la Constitución. México: Ubijus Editorial, 2009.

MAGALHÃES, Assusete. Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte de prova. Edição Comemorativa dos 25 anos do Superior Tribunal de Justiça – abril de 2014. Brasília.

MARTINS, Rui Cunha. O método da fronteira. Coimbra: Almedina, 2007.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier. Variaciones sobre la presunción de inocencia, Análisis funcional desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2002.

_____. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: *Proceso, prueba y estándar*. Santiago Ortega Gomero. Director. Lima: ARA, 2009.

Compliance na Área da Saúde

Giovani Agostini Saavedra

*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCCrim/PUCRS)*¹

Resumo: O presente artigo analisa criticamente o conceito de Compliance e sua aplicação na área da saúde. Em especial, procura-se compreender e delinear as contribuições das mudanças legislativas para consolidação da institucionalização do *Compliance* na área da saúde no Brasil, bem como contribuir para o debate nacional, ainda incipiente, acerca do conceito de *Criminal Compliance*.

Palavras-chave: Compliance, Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro.

Abstract: This paper analyses critically the concept of Compliance and its application in the health care sector. Specially, it aims to comprehend how the new legislation contributed to the institutionalization of Compliance in Brasil and to the still incipient national debate about Criminal Compliance.

¹ Giovani Agostini Saavedra é Doutor em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main (Alemanha), mestre em direito e graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. É professor de Direito Penal, Compliance e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito PUCRS, professor e coordenador da Especialização em Compliance da PUCRS, professor dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Criminais e em Direito da PUCRS (Mestrado e Doutorado), no âmbito dos quais ministra disciplina de *Compliance* para os alunos dos dois programas em nível de mestrado e doutorado. Além disso, é professor convidado em diversos cursos de pós-graduação lato sensu, pesquisador do Institut für Sozialforschung (Alemanha, Frankfurt am Main) no período de 2005 a 2008, Secretário-Geral do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Compliance, Governança Corporativa & Inovação e Coordenador da Comissão Científica da Faculdade de Direito da PUCRS.

Keywords: Compliance, Criminal Compliance and Money Laundering.

Não é exagero afirmar, que, em que pese *Compliance* exista no Brasil desde a década de noventa, somente nos últimos dois anos ele passou a chamar a atenção da vida acadêmica e do mundo empresarial de forma mais consistente. As razões desse interesse são conhecidas: de um lado, a Lei 12.683 de 09 de Julho de 2012, que modificou a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613 de 03 de Março de 1998), ampliou consideravelmente os setores obrigados a ter programas de Compliance, assim considerados como o conjunto de políticas, procedimentos e controles internos com vistas à prevenção à lavagem de dinheiro²; além disso, a APn 470 (o caso do Mensalão) acabou também chamando a atenção de todos para o debate sobre a responsabilidade penal dos *Compliance Officers*³, bem como para o debate sobre a teoria do domínio do fato⁴. A Lei 12.846 de 01 de Agosto de 2013 (também chamada de “Lei Anticorrupção”, “Lei da Empresa Limpa”, “Lei da Probidade Administrativa” ou “Lei da Probidade Empresarial”) completou esse ciclo. Ela veio em grande medida implantar no Brasil medidas que já eram conhecidas e aplicadas em países como os Estados Unidos da América. Inovação maior na área de *Compliance* foi a possibilidade de a existência de programas de *Compliance* ter um impacto positivo na aplicação das penalidades da lei, bem como a criação de hipótese de responsabilização objetiva da

² Sobre as mudanças da nova lei, ver: Saavedra, Giovani Agostini. *Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro*. In: *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*. Ano XIII. No. 75. Ago-Set. 2012. Pp. 22-30 e Saavedra, Giovani Agostini. *Compliance e Prevenção à Lavagem de Dinheiro: sobre os reflexos da Lei no. 12.683/2012 no Mercado de Seguros*. In: *Revista de Estudos Criminais*. No. 54. Jul./Set. 2014. Pp. 165-180.

³ Ver, a esse respeito: Costa, Helena Regina Loba da; Araújo, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22. No. 106. Janeiro-Fevereiro/2014. Pp. 215-230.

⁴ Leite, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22. No. 106. Janeiro-Fevereiro/2014. Pp. 47-90.

empresa no caso de atos de corrupção praticados em seu interesse ou benefício. Também essa lei acabou tendo sua importância ressaltada por um caso prático: a chamada “Operação Lava-Jato”. Essa operação desencadeou uma onda de investigações nacionais e internacionais correlatas, em alguns casos fundamentadas em leis anticorrupção, o que contribuiu sobremaneira para o início de criação de uma consciência acerca da importância e do papel da nova lei.

Nesse contexto, vale ainda ressaltar, a excelente e oportuna iniciativa do Deputado Thiago Simon, que regulamenta, no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei 12.846 de 01 de Agosto de 2013, a Lei Anticorrupção. Essa lei tem vários méritos, mas o mais importante é tornar obrigatórios os avanços implementados pela Lei Anticorrupção em âmbito federal, também no Rio Grande do Sul.

Mais recentemente, uma reportagem do Fantástico acabou desencadeando também a abertura de uma série de CPIs, dentre as quais destaca-se aquela realizada pela Câmara dos Deputados, pelo Senado e, com especial relevância, aquela promovida pela Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul e que têm chamado à atenção para um esquema de corrupção, no setor público e privado, no âmbito da saúde. Sem diminuir a importância dos fenômenos anteriormente descritos, não há a menor dúvida, que essas CPIs e essas distorções no mercado de saúde assumem um lugar de destaque, porque as fraudes ali descritas atingem diretamente os bens mais importantes do ser humano: sua integridade física, sua saúde e, em última instância sua vida.

Esse fenômeno, porém, não é exclusivo do Brasil: na Europa e nos Estados Unidos houve escândalos de igual escala e o caminho encontrado para o enfrentamento desses problemas também se concentrou no Compliance. Essas medidas hoje estão concentradas no *Código de Ética da Advamed*⁵. No Brasil, um documento similar foi divulgado em 2015, trata-se do *Ética Saúde – Acordo Setorial de Dispositivos Médicos*. Este acordo

⁵ Ver: <http://advamed.org/issues/1/code-of-ethics>.

consiste em um acordo setorial de Compliance para a área da Saúde e pretende concentrar e adaptar para o Brasil as melhores práticas e todas as medidas mais modernas de combate à corrupção no mercado de dispositivos médicos.

Essas e outras iniciativas mostram que o caminho adotado internacionalmente não se limita à repressão apenas, mas visa à prevenção. Especialmente porque, no mercado de saúde, o mais importante não é reprimir um fato que já causou um dano, mas garantir que o sistema como um todo funcione adequadamente. Pois bem, para que se realize esse desiderato é necessário institucionalizar medidas, que mudem sistemicamente o mercado como um todo e que não se limitem a punições pontuais de ações localizadas. O melhor meio para se atingir esse objetivo é, sem dúvida nenhuma, a criação de uma regulamentação de Compliance para a área da saúde no Brasil. O presente artigo pretende, portanto, abordar os principais avanços na área de Compliance buscando justificar as sugestões de projeto de lei, que sistematizam medidas de Compliance, que tem a vocação para corrigir as falhas do mercado de saúde.

I – Compliance: delimitando o fenômeno

Em grande medida, não seria errado afirmar que o surgimento do *Compliance Criminal* no Brasil é fruto de um processo complexo de expansão do Direito Penal. No Brasil, à primeira vista, parece não haver a menor dúvida dessa relação: o termo surgiu na década de noventa, década que, inegavelmente, marcou o início do processo de expansão do direito penal brasileiro⁶. Na verdade, o conceito de *Compliance* surgiu, no Brasil, na década de 90, mas apenas nos últimos anos ele também passou a ser objeto de estudos jurídicos. Formalmente, o conceito passou a ter relevância jurídico-penal, principalmente, com a entrada em vigor da Lei 9.613 de 03.03.1998 e da Resolução n. 2.554 de 24.09.1998 do Conselho

⁶ Campos, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Estadual: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Pp. 188 e ss.

Monetário Nacional. Desde então, as instituições financeiras e, logo após, também as empresas do mercado de seguros em geral, passaram a ter o dever de, respectivamente, comunicar operações suspeitas, que pudessem implicar na prática do delito de lavagem de dinheiro (os chamados Deveres de *Compliance*) e de criar sistemas de controles internos, que previnam a prática de lavagem de dinheiro, que promovam o combate ao terrorismo, dentre outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro.

Porém, o desenvolvimento do *Compliance* no Brasil não está apenas vinculado ao desenvolvimento de políticas de prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao terrorismo, típicas do mercado financeiro, mas também ao surgimento da Governança Corporativa. De fato, no Brasil, *Compliance* por muito tempo foi compreendido, de um lado, como parte da implementação das “boas práticas” da “Corporate Governance”. Neste caso, *Compliance* era entendido como um “mandamento ético” que deveria melhorar o relacionamento da empresa com os *stakeholders* e com o mercado⁷.

A palavra *Compliance* significa em tradução literal “estar em conformidade”. Esta simples tradução, porém, esconde uma das maiores dificuldades da conceituação do termo: trata-se de um conceito relacional⁸, cujo significado só acaba por ser descoberto, portanto, através de uma análise do objeto com o qual se relaciona, dado que, por óbvio, quem está “em conformidade”, está “em conformidade” com

⁷ Ver, a esse respeito: ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais; FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos, Cartilha *Função de Compliance*, Agosto 2003 com atualização em Julho de 2009 (Verfügbar in: www.febraban.com.br); Coimbra, Marcelo de Aguiar; Manzi, Vanessa Alessi, *Manual de Compliance, Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*, São Paulo: Atlas, 2010, pp. 12 e ss.; Manzi, Vanessa Alessi, *Compliance no Brasil. Consolidação e perspectivas*, São Paulo: Saint Paul, 2008, pp. 64 e ss.; Andrade, Adriana; Rossetti, José Paschoal, *Governança Corporativa. Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências*. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 183 e ss..

⁸ Rotsch, Thomas. *Grundlagen*. In: Rotsch, Thomas (Org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2015. P. 37.

“algo”. *Compliance* estabelece uma relação, portanto, entre um “estado de conformidade” e uma determinada “orientação de comportamento”. Se esta “orientação de comportamento” é uma norma jurídica, está-se diante de *Compliance* jurídico, cuja designação varia conforme a área do direito, na qual a norma a ser seguida se insere. Essa reflexão à primeira vista simples procura explicitar alguns dos problemas de sua delimitação conceitual: é necessário definir o significado de (1) “estado de conformidade” e qual é a natureza normativa da (2) “orientação de comportamento”, para que se possa, de forma minimamente plausível, iniciar uma reflexão sobre *Compliance*.

(ad 1) Já há algum tempo pode-se encontrar na literatura internacional diversas e difundidas críticas à pura e simples definição de *Compliance* como estado de conformidade com as leis. Ora, a crítica é relativamente simples: se *Compliance* significa apenas estar em conformidade com as leis, o que há de novo? Não temos todos que estar em conformidade com as leis? Por que é necessária toda uma nova área do direito, toda uma nova teoria para tratar do óbvio: que temos de seguir leis? De fato, se *Compliance* fosse apenas isso, esta seria uma área do conhecimento fadada ao fracasso.

No nosso entendimento, “estado de conformidade” adquire, na área de *Compliance*, um completo e novo sentido: trata-se aqui de um estado “dinâmico” de conformidade, ou seja, o “estado de conformidade” significa aqui mais do que uma forma de estar no mundo, mas implica o “compromisso” com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa ou organização está buscando “garantir”, que se mantenha em um estado de *Compliance*. Portanto, *Compliance* é a área do conhecimento, que busca definir qual é esse conjunto complexo de medidas que permite, face a um cenário futuro “x” de risco, garantir “hoje”, com a máxima eficácia, um estado de conformidade de todos os colaboradores de uma determinada organização com uma determinada “orientação de

comportamento”.

(*ad 2*) Delimitar a “orientação de comportamento” é a segunda das dificuldades típicas do *Compliance*. Essa dificuldade está diretamente ligada àquela de definição da natureza jurídica das normas a serem seguidas, afinal, o *Compliance* refere-se somente a “normas jurídicas”? Se se responde afirmativamente a essa pergunta, a primeira objeção que se poderia apresentar seria: “qual é, então, a natureza jurídica de um Código de Ética ou de um Código de Conduta?” Tratam-se aqui de normas jurídicas? A princípio não e, mesmo assim, nenhum estudioso ou especialista da área diria que *Compliance* não implica seguir essas normas de comportamento. Nesse sentido, um dos problemas do *Compliance* é que ele lida com fenômenos diversos de autorregulação, desde a autorregulação tradicional à chamada “autorregulação regulada”. Tratam-se de normas de orientação de comportamento, que não tem natureza jurídica, mas que passam a ter “relevância jurídica” ou por força de contrato (através das conhecidas “cláusulas contratuais de *Compliance*”) ou por força de lei (como, por exemplo, a Lei Anticorrupção que atribuem explicitamente consequências jurídicas para aquelas empresas que tiverem Códigos de Ética e Códigos de Conduta, ou seja, deixa claro que a existência dessas normas internas passa a ter impacto na forma como será aplicada a pena no caso concreto).

Portanto, *Compliance* consiste em um estado dinâmico de conformidade a uma orientação normativa de comportamento com relevância jurídica por força de contrato ou lei, que é caracterizado pelo compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa está buscando “garantir”, que se mantenha em um estado de *Compliance*.

Portanto, a primeira característica atribuída ao termo *Compliance* é a prevenção. Diferentemente do Direito Penal ou Administrativo sancionador tradicionais, que trabalham na análise *ex post* de ilícitos, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já

violaram de forma direta ou indireta algum bem jurídico digno de tutela do Estado, o *Compliance* trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira. Exatamente por isso, o objetivo do *Compliance* tem sido descrito como a “diminuição ou prevenção de riscos compliance”⁹. Segundo posição dominante, portanto, as empresas e organizações deveriam criar os chamados *Compliance Officers* que teriam a responsabilidade de avaliar os riscos *compliance* e criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de sua responsabilização penal.

Por outro lado, os *Compliance Officers* têm sido criados também com o objetivo de investigar “potenciais criminosos” no âmbito de atuação da empresa. No âmbito do debate internacional, muito se tem discutido acerca dos deveres de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes pelos *Compliance Officers* e de sua responsabilização penal. Recentemente, na Alemanha, por exemplo, o *BGH (Bundesgerichtshof)* condenou um *Compliance Officer* por entender que este, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, assume também uma posição de garante e, portanto, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado, por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância e, no caso concreto, não ter criado um programa de *Compliance* capaz de cumprido esse dever, dado que, no caso, concreto esse programa não se mostrou eficaz e permitiu, que a empresa fosse utilizada para a prática de crimes¹⁰.

Como se pode ver, o desenvolvimento do *Compliance* parece

⁹ Ver, a esse respeito: Coimbra, Marcelo de Aguiar; Manzi, Vanessa Alessi, *Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*, São Paulo: Atlas, 2010, pp. 35 e ss.

¹⁰ A decisão referida é a *BGH Entscheidung von 17.07.2009-5 StR 394/08*. Para um panorama sobre a discussão sobre esta decisão na Alemanha, ver a bibliografia citada na nota 3 do presente artigo.

implicar em um paradoxo¹¹. O objetivo de *Compliance* é claro: a partir de uma série de controles internos se pretende prevenir a responsabilização penal. A sua concretização, porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização penal, cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, identifique-se uma cadeia de responsabilização penal, pois a forma como os *Compliance Officers* tem sido constituídos acaba por coloca-los na posição de garante. Com isso, as chances de responsabilização penal aumentam ou invés de diminuir, ou seja, a criação de *Compliance Officers*, que deveria zelar pela diminuição de riscos *compliance* acaba, paradoxalmente, por aumentá-los, principalmente, porque os *Compliance Officers*, por sua vez, segundo doutrina majoritária, devem ser supervisionados diretamente pelo Conselho de Administração (ou órgão similar de gerência da empresa) fato que, obviamente, coloca em risco de persecução penal toda a administração da empresa.

Como já introduzimos acima, o termo *Compliance* tem origem na língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto. No âmbito empresarial e, principalmente, das instituições financeiras o termo tem sido conceituado da seguinte forma: “*Compliance é o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal*”¹².

A partir desse conceito, pode-se apreender um problema que precisa ser enfrentado por todo aquele que quiser tratar seriamente do tema: a abrangência do fenômeno. Entendido dessa forma, o termo *Compliance* abarcaria quase todo o tipo de regulações, ou seja, os *Compliance Officers* teriam como obrigação avaliar constantemente os procedimentos

¹¹ O conceito de paradoxo é empregado aqui no sentido dado por: Hartmann, Martin; Honneth, Axel. *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersuchungsprogram*, in: *Berliner Debatte Initial* 15 (2004) 1, S. 9.

¹² COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. *Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

da empresa com vistas a garantir que ela estivesse em conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tivessem influência ou fossem aplicáveis à sua atividade, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, ambientais, penais etc. De fato, nos EUA e nos países da Europa ocidental, especialmente na Alemanha, os *Compliance Officers* têm essa função abrangente. Nesses países, não são apenas instituições financeiras que têm os chamados “*deveres de Compliance*”,¹³ mas todas as empresas, sejam elas sociedades anônimas, empresas de grande porte ou mesmo pequenas e médias empresas¹⁴.

Nesse sentido, os *Compliance Officers* funcionam, portanto, como um guardião da empresa que teria por principal função garantir que a empresa permanecesse dentro dos limites da legalidade. Porém, se esse é o significado do termo *Compliance*, surge um segundo problema: o caráter “*quase-tautológico*” do termo, dado que simplesmente afirmar que a empresa tem de se adequar às leis é uma *trivialidade*. Afinal, não só as empresas, mas todos os cidadãos de um país devem respeitar as leis e agir dentro de seus limites. Portanto, se há alguma novidade no fenômeno do *Compliance*, ela não pode ser buscada nesse seu aspecto. Na verdade, parece que a originalidade do fenômeno somente pode ser captada se o procuramos analisar do ponto de vista do direito penal e da criminologia.

¹³ Ver, a esse respeito: BARBOSA, Daniel Marchionatti. *Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2, p. 489-510.

¹⁴ Para um panorama sobre a discussão sobre *Compliance* na Alemanha, ver: ROTSCHE, Thomas. *Criminal Compliance*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, S. 614; HAUSCHKA, Christoph E. *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: C.H. Beck, 2010; GÖRLING, Herlmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta. *Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche*, München: C.H. Beck, 2010; ROTSCHE, Thomas. *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erik Samson zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2010.

A primeira pergunta relevante para quem analisa os deveres de *Compliance* é: qual seria a consequência do descumprimento dos deveres de *Compliance*? Na prática das varas federais e na doutrina encontram-se três correntes. A primeira entende que se deve recorrer aos artigos da Lei 7.492/86 para coibir o descumprimento dos deveres de colaboração, especialmente, aos arts. 16 e 22 e, eventualmente, ao art. 4º. Contra essa posição, argumenta-se que as Leis 7.492/86 e 9.613/98 regulam fenômenos diferentes, sendo que só a segunda trata dos deveres de *Compliance*. Portanto, os deveres de *Compliance* não se destinariam à tutela do sistema financeiro, mas, somente, à identificação de movimentações financeiras que indicariam a possibilidade de se estar diante do crime de lavagem de capitais. Nesse caso, portanto, seria necessária a criação de um tipo específico, que ainda não foi criado, nem mesmo pela nova lei de *lavagem*¹⁵.

Uma segunda corrente defende que a responsabilidade pela inobservância das obrigações de *Compliance* seria meramente administrativa, nos termos dos arts. 12 e 13 da Lei 9.613/98, sendo punível com sanções de advertência ou multa pelo órgão regulador da respectiva instituição ou, em sua ausência, pelo COAF.¹⁶ A nova lei de *lavagem* reforçou esse entendimento, pois deixou claro que se aplica multa às pessoas referidas no art. 9º.

Por fim, em outro artigo, também publicado no *Boletim do IBCCRIM*,¹⁷ já se havia sinalizado para o risco de, em breve, o

¹⁵ Essa é a crítica e a sugestão de Daniel Marchionatti Barbosa em: *Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2, p. 489-510.

¹⁶ Essa é a posição, por exemplo, de Carlos Fernando Lima em: *O Sistema Estadual Antilavagem de Dinheiro: as obrigações de Compliance*. In: CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro. Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 84.

¹⁷ SAAVEDRA, Giovanni A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011.

descumprimento dos deveres de *Compliance* serem associados à posição de garante. Um primeiro sinal nesse sentido foi dado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em novembro de 2010: “(...) *Desse modo, é forçoso reconhecer que as operações marginais de mero ingresso de valores no país por parte dos clientes das instituições financeiras são atípicas, remanescendo apenas a possibilidade de eventual prática de sonegação fiscal, que, como é cediço, pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, o que não é o caso, ou ainda a punição dos gestores da instituição financeira clandestina pelo delito do artigo 16 e pelo crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de compliance, quando perpetrado no âmbito da instituição financeira autorizada*”¹⁸.

¹⁸ Apelação Criminal n. 5008326-03.2010.404.7100/RS, relator Paulo Afonso Brum Vaz, data de publicação: 19.11.2010 (grifo nosso). Há também julgados que já começam a discutir a possibilidade de se exigir deveres de *Compliance* de contadores e advogados. Ver, por exemplo: “EMENTA: PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. LAVAGEM DE DINHEIRO. RESPONSABILIDADE PENAL DO ADVOGADO E DO CONTADOR. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE COLABORAÇÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FACTUAIS OBJETIVAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Os artigos 9º e 10 da Lei 9.613/98 não incluem o contador e o advogado entre os profissionais que possuem dever de colaboração (*compliance*) com a repressão à lavagem de dinheiro (identificação de clientes, manutenção de registros e comunicação de operações financeiras com sérios indícios de lavagem de dinheiro). 2. O próprio Conselho Estadual de Contabilidade não exige do contador a obrigação de fiscalizar a veracidade das informações que lhe são repassadas pelos seus clientes, conforme muito bem observou o ilustre Juiz Estadual Eduardo Gomes Philippsen na sentença proferida na AP nº 2007.71.04.004606-0/RS. Evidentemente, isso não significa que um profissional da contabilidade jamais poderá ser responsabilizado criminalmente. Por ocasião do julgamento da ACR nº 2004.04.01.025529-6, Rel. Juíza Estadual ELOY BERNST JUSTO, D.E. 28-06-2007, a Oitava Turma da Corte teve a oportunidade de manter a condenação por sonegação fiscal de um contador que trabalhava em um departamento de contabilidade exclusivo da aludida escola de informática, o qual controlava diretamente todas as falsidades fiscais que propiciaram vultoso crime contra a ordem tributária. 3. Ademais, a simples prestação de serviços advocatícios pelo acusado (contador e advogado) por ocasião da constituição da empresa utilizada para a ocultação de capital proveniente de tráfico interEstadual de drogas não é, por si só, suficiente para justificar a sua condenação, porque a acusação não logrou êxito em indicar na denúncia e comprovar ao longo da instrução que o réu teria incorrido no tipo penal do artigo 1º, inciso I, § 2º, I e II da Lei 9.613/98, isto é, que sabia dos propósitos obscuros da aludida pessoa jurídica. 4. Portanto, se é verdade que advogados e contadores também podem praticar o branqueamento de

Recentemente, em função da Ação Penal 470 (Mensalão), a utilização da forma omissiva imprópria para responsabilização dos *Compliance Officers* parece estar se consolidando na jurisprudência. Porém, ao contrário do que se seria esperado, ainda não se logrou êxito em definir adequadamente os critérios materiais dessa forma de responsabilização criminal¹⁹.

II – Compliance na Área de Saúde

Normalmente, na literatura especializada, os requisitos básicos do programa de compliance são considerados os seguintes²⁰:

1. Normas, Regras e Padrões de ética, de conduta e política e procedimentos escritos;
2. Designação de um Diretor de Compliance e criação de um

capitais quando as circunstâncias factuais objetivas preconizadas pelo artigo 6º, item 2, “f”, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado TransEstadual (v.g. pagamento de honorários em espécie, valores fracionados, em joias) demonstrarem que houve subversão da sua atuação profissional, orientando e auxiliando, direta ou indiretamente, seus clientes no desiderato de ocultar ou dissimular valores provenientes dos delitos precedentes, também é certo que esses profissionais liberais não podem ser incriminados pelo simples contato que tiveram com os autores dos crimes antecedentes quando o órgão acusatório deixar de demonstrar, com segurança, como no caso em tela, os aspectos que denotam a ciência dos fins ilícitos da assessoria prestada. 5. Embargos infringentes providos. (TRF4, ENUL 2007.70.00.026565-0, Quarta Seção, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 24/06/2011)”. Porém, os julgados que existem acerca do tema são todos anteriores à nova resolução do Conselho Estadual de Contabilidade, que regula os deveres de *Compliance* da classe. Portanto, fica a dúvida se as decisões teriam sido diferentes, se os julgadores tivessem à sua disposição essa resolução.

¹⁹ SAAVEDRA, Giovanni A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBC-CRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011; Silveira, Renato de Mello Jorge; Saad-Diniz, Eduardo. *Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. In: *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. Vol. 56. Abril. São Paulo: RT, 2012. Costa, Helena Regina Loba da; Araújo, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22. No. 106. Janeiro-Fevereiro/2014. Pp. 215-230.

²⁰ Coimbra, Marcelo de Aguiar; Manzi, Vanessa A. *Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37 e ss.

Comitê de Compliance;

3. Educação e treinamento para fornecer conhecimento de forma efetiva;
4. Canal de comunicação anônima de eventuais problemas de Compliance;
5. Monitoramento proativo de processos específicos e documentados para fins de compliance e ajuda na redução de problemas identificados;

Comunicação efetiva e ações disciplinares e corretivas.

Ainda, para ser considerado efetivo, um programa de Compliance precisa ser implementado obedecendo às seguintes fases:

Avaliação de Risco (risk assessment);

Elaboração de Projeto de Implementação, que seja adequado ao tamanho, à cultura e às especificidades da empresa e que seja estruturado com base nos parâmetros desenvolvidos na avaliação de risco e

Implementação do projeto.

Na área da saúde, porém, o foco do Compliance está na promoção de interações éticas entre Empresas e os indivíduos ou entidades que estão envolvidos na provisão de serviços de saúde aos pacientes e que compram, alugam, recomendam, usam ou encaminham a compra ou aluguel de Tecnologias Médicas das Empresas, ou seja, dos chamados Profissionais da Saúde²¹. Isso porque:

“o desenvolvimento das Tecnologias Médicas depende muitas vezes de alto grau de interação directa com os Profissionais de Saúde - ao contrário dos medicamentos, que agem no corpo humano por meios farmacológicos, imunológicos e metabólicos. Por exemplo, as

²¹ Código de Ética da Advamed, p. 1-2. Disponível em: : <http://advamed.org/issues/1/code-of-ethics> (acessado em 22.01.2016).

Tecnologias Médicas implantáveis muitas vezes são aplicadas no corpo humano para repor ou fortalecer uma parte corporal. As Tecnologias Médicas Cirúrgicas muitas vezes servem como extensões das mãos do médico. Em outras circunstâncias, as Tecnologias Médicas são reagentes não invasivos, instrumentação e/ou software que auxiliam as decisões de diagnóstico, monitorização e tratamento feitas pelos Profissionais de Saúde. Algumas Tecnologias Médicas trabalham em sinergia com outras tecnologias, ou são acopladas com outros produtos que empregam dispositivos da maneira mais segura e eficaz. Muitas Tecnologias Médicas exigem apoio técnico durante e após o seu uso”²².

Em função disso, o Compliance na área da saúde, além dos elementos acima deve contemplar ainda os seguintes mais específicos:²³

- comprometimento da liderança gerencial sênior e uma política anticorrupção claramente articulada e que aborde não só as interações com o poder público, mas também as interações com profissionais da saúde;
- implementação de políticas e procedimentos por escrito, os quais visam dar publicidade e transparência as relações estabelecidas entre empresas e profissionais da saúde;
- políticas, procedimentos e controles internos formalizados, escritos e manualizados, que visem a garantir a interação ética e legítima da empresa com profissionais da saúde no caso de celebração de contratos de consultoria ou de prestação de serviços;
- políticas, procedimentos e controles internos formalizados, escritos e manualizados, que disciplinem despesas e a

²² Ibidem, p. 1-2.

²³ Ética Saúde, Guia de Implementação (<http://www.etिकासुदे.com.br/implementacao.html>, acessado em 22.01.2016).

concessão de patrocínios, especialmente quando estes envolverem profissionais da saúde;

- políticas, procedimentos e controles internos formalizados, escritos e manualizados, que garantam a não concessão de incentivos a profissionais da saúde e que, portanto, estabeleçam internamente a proibição da patrocínio de entretenimento e recreação a esses profissionais e seus familiares;
- políticas, procedimentos e controles internos formalizados, escritos e manualizados, que garantam uma interação ética e em conformidade com a legalidade de empresas com profissionais da saúde, no que diz respeito a almoços de negócios, concessão de brindes e presentes, itens de demonstração e doações para instituições, organizações, institutos ou hospitais;
- designação de um oficial de compliance e/ou um comitê de compliance, com supervisão, autonomia e recursos necessários; responsáveis por analisar e fazer cumprir as provisões prescritas;
- realização de treinamentos e educação eficazes de funcionários e profissionais vinculados a empresa;
- desenvolvimento de linhas eficazes de comunicação (incluindo uma opção para realizar relatos anônimos);
- realização de avaliações de riscos, monitoramento e auditoria internas;
- padrões de execução do programa, através de normas disciplinares amplamente divulgadas;
- ação rápida quando problemas forem detectados e a realização de ações corretivas e/ou sanções disciplinares;
- realização de devida diligência (*due diligence*) em suas relações com terceiros.

- Educação e treinamento efetivos;
- Linhas de comunicação, incluindo um canal para recebimento de comunicações e denúncias anônimas acerca de violação de regras do programa;
- Auditorias e monitoramentos internos;
- Medidas disciplinares aplicáveis no caso de violação comprovada de regras de Compliance, que deverão ser amplamente divulgadas;
- Procedimentos de punição;

Como se pode ver, o Compliance na área da saúde envolve um comprometimento completo da empresa e acaba mudando de forma integral os mecanismos de gestão das empresas. Ele acaba por criar normas e regras éticas e de conduta, políticas, procedimentos e controles internos, que são capazes de garantir, que a empresa previna, em todos os seus âmbitos de atuação, a prática de ilícitos, em especial aqueles de corrupção. Nesse sentido, seria importante que essas medidas, hoje existentes apenas como mecanismo de autoregulação, fossem formalizadas por meio de uma legislação consistente, que torne obrigatória a exigência de um programa de Compliance para todas as pessoas jurídicas, que se envolverem direta ou indiretamente com a área da saúde. Somente assim se estará dando um passo concreto no enfrentamento sistemático das distorções no mercado de saúde no Brasil.

Desafios aos princípios da legalidade e da culpabilidade diante das alterações jurisprudenciais no direito penal¹

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

*Universidade de São Paulo (USP)*²

Resumo: O artigo trata, inicialmente, da garantia expressa pelo princípio da legalidade no direito penal e sua relação com o princípio da culpabilidade, de modo a identificar a íntima relação entre ambos e a importância em assegurar ao cidadão o conhecimento da norma penal. Em seguida, sob a ótica do princípio da taxatividade penal, são analisadas hipóteses em que se verifica a importância da interpretação judicial para a delimitação do conteúdo das normas, voltando-se as atenções para os problemas decorrentes das alterações jurisprudenciais, especialmente a questão da desigualdade gerada. Nesse contexto, devem ser buscadas soluções a fim de proporcionar as efetivas garantias do princípio da legalidade, e são propostos os institutos da irretroatividade da norma penal e o erro de proibição diante da nova jurisprudência desfavorável ao réu.

Palavras-Chave: Princípio da legalidade; Princípio da culpabilidade;

¹ Texto referente à palestra proferida em 24 de setembro de 2015, no 6º Congresso Internacional de Ciências Criminais - **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – PPGCCrim – da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. As ideias aqui expressas são parte da tese de doutorado defendida em maio de 2007 na Faculdade de Direito da USP, e publicada no livro *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*, São Paulo: Atlas, 2008.

² Professora Associada de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP.

Jurisprudência; Interpretação; Irretroatividade da norma penal; Erro de proibição.

Abstract: The paper deals initially with the assurance expressed by the principle of legality in criminal law and its relationship with the principle of culpability, in order to identify the close relationship between them and the importance of ensuring the citizens' knowledge of the criminal standard. Then, from the perspective of the principle of law's determination, some examples of the importance of judicial interpretation to the definition of the content of standards are analyzed, turning attention to the problems arising from the jurisprudential changes, especially the issue of inequality generated. In this context, solutions must be sought to provide the effective guarantees the principle of legality, specially the institutes of non-retroactivity of criminal law and the mistake of law on the new jurisprudence unfavorable to the defendant.

Keywords: Principle of legality; Principle of culpability; Jurisprudence; Interpretation; Retroactivity of criminal law; mistake of law.

Sumário: 1. Introdução: a importância do princípio constitucional da legalidade na delimitação do direito de punir; 2. Legalidade, culpabilidade e a garantia do acesso à norma penal; 3. O papel da interpretação na definição da norma penal; 4. Casos de participação do juiz na determinação do conteúdo das normas penais; 5. Da ausência das garantias decorrentes da legalidade e da culpabilidade diante das alterações jurisprudenciais; 6. Da busca por soluções; 6.1. Da impossibilidade de retroatividade da nova jurisprudência; 6.2. O reconhecimento do erro de proibição; 7. Conclusões; 8. Bibliografia.

1. Introdução: a importância do princípio constitucional da legalidade na delimitação do direito de punir

O princípio da legalidade, caracterizado pela clareza de seus

conceitos, precisa determinação típica e aplicação taxativa, não surgiu vinculado a uma dimensão técnica, mas a exigências político-jurídicas vinculadas ao Estado Liberal: de alcance mais amplo, pode-se falar na defesa do cidadão frente ao poder estatal, com a consequente definição de limites precisos ao poder público e com a submissão do próprio soberano à lei; de caráter mais político-criminal, há a noção da função de prevenção geral da pena, uma vez que, se o significado da sanção penal consiste principalmente no efeito de intimidação relacionado à pena cominada, e sua concreta aplicação presta-se a reforçar a eficácia da ameaça, poderá e deverá, então, ser aplicada somente a sanção que estava prevista na lei, nos limites também ali delineados³.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou expressamente, no inciso XXXIX do seu artigo 5º, a garantia de que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. Significa que, em nosso ordenamento, ninguém terá sua liberdade restringida senão quando, anteriormente à prática da conduta ilícita, houver uma lei (em sentido formal) que estabeleça, de forma clara e precisa, aquilo que se proíbe.

Na referida fórmula, três são as garantias contidas, representadas pelos princípios da reserva legal, taxatividade e anterioridade da lei penal. Esses, por sua vez, não são apenas consequência do princípio da legalidade, mas constituem sua própria essência, não sendo possível haver princípio da legalidade sem as garantias que o integram⁴. Observa-se, ainda, que os princípios ou garantias implícitos na fórmula da legalidade não são autônomos nem independentes, mas diferentes aspectos da mesma garantia comum; é possível afirmar, inclusive, que são interligadas e interdependentes: não é possível conceber umas sem

³ Moccia, La 'promessa non mantenuta' – Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, op. cit., p. 15.

⁴ Polaino Navarrete, Derecho Penal: parte general - Tomo I: Fundamentos Científicos del Derecho Penal, 4ª ed., Barcelona: Bosch, 2001, op. cit., p. 399.

as outras e, se na prática uma das garantias não tiver efetividade, as outras, automaticamente, também deixam de ter. Daí se conclui que sua separação é mais metodológica do que real, mais sistemática do que substantiva⁵.

Ainda quanto ao conteúdo desse princípio, é possível visualizar dois diferentes aspectos da legalidade: ao mesmo tempo em que diz respeito à *legitimidade das fontes* utilizadas na produção do direito penal, também significa a possibilidade de *acesso à norma penal* por parte do cidadão. Essas duas funções são complementares entre si, sendo que, sob o aspecto da legitimidade das fontes (que atua pela reserva legal), a legalidade garante o respeito à forma do direito penal, ao passo que, sob o aspecto do acesso à norma penal (por meio do respeito à taxatividade e à anterioridade da lei penal), observa-se uma garantia material quanto ao seu conteúdo⁶.

De acordo com Madrid Conesa, o princípio da legalidade pode ser qualificado como um princípio externo ao sistema penal, que o informa e o caracteriza num sentido determinado; é um princípio político que confere seu mais puro sentido garantista a tal sistema. A vigência real e efetiva do princípio da legalidade na esfera punitiva é o que faz com que este braço do direito deixe de ser um grosseiro meio de repressão e coação para se converter num direito democrático, chegando-se, nesse

⁵ Polaino Navarrete, op. cit., p. 400. No mesmo sentido é a observação de Padovani, quando afirma que os três aspectos funcionais da legalidade aparecem estruturalmente coordenados de modo a formar um único baluarte para a tutela da liberdade, e o comprometimento de um prejudica a inteira estrutura. Por exemplo, uma norma com conteúdo indeterminado acaba violando a irretroatividade, na medida em que o conteúdo do preceito somente se torna determinado no momento da aplicação do direito pelo juiz, ou seja, num momento posterior à realização da conduta, uma vez que no ato da conduta os limites entre lícito e ilícito não estão claramente e objetivamente determinados. Padovani, *Le Fonti del Diritto Italiano - Codice Penale*, Milano: Giuffrè, 2005, p. 5.

⁶ Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, p. 199.

sentido, a afirmar que o princípio da legalidade não é só a Magna Carta do cidadão livre frente à arbitrariedade do poder estatal, mas também a Magna Carta do direito penal como direito⁷.

2. Legalidade, culpabilidade e a garantia do acesso à norma penal

Na sua função de garantia do cidadão frente ao abusivo uso do instrumento penal, o princípio da legalidade guarda uma intrínseca relação com o princípio da culpabilidade. Este, além de constituir limite à pena, também se caracteriza por ser seu fundamento, como juízo de reprovação⁸.

A culpabilidade traz em si a exigência de que a pena não seja imposta senão quando a conduta do sujeito, ainda que associada casualmente a um resultado, lhe seja reprovável⁹. É que não basta a prática de uma conduta que se amolde a um tipo incriminador, sendo imprescindível, para a imposição da sanção, que recaia sobre o agente um juízo de reprovação penal. Trata-se, portanto, da inadmissibilidade da responsabilidade penal objetiva; somente a interação entre taxatividade e anterioridade da lei penal garante ao indivíduo a certeza de escolhas livres, sendo imprescindível que qualquer sujeito seja chamado a responder pessoalmente somente por ações que podia controlar¹⁰.

Essa garantia, de índole constitucional, é inerente ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que entre seus valores fundamentais está a dignidade da pessoa humana, que coloca no centro do direito penal o

⁷ Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, Universidad de Valencia, 1983, p. 37.

⁸ Reale Jr., *Instituições de direito penal – Parte Geral*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002, op. cit., p. 191.

⁹ Batista, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 103.

¹⁰ Nesse sentido, Bricola, *La Discrezionalità nel Diritto Penale*, volume I – *Nozione e Aspetti Costituzionali*, Milano: Giuffrè, 1965, p. 293, e Moccia, op. cit., p. 85.

homem, visto como um ser livre, capaz de se autodeterminar¹¹. Nesse sentido, os princípios da taxatividade e da irretroatividade das normas penais traduzem a garantia da possibilidade de conhecimento da norma, o que viabiliza a livre escolha das condutas a serem praticadas.

O prévio conhecimento do direito, viabilizado pela existência de normas redigidas de modo claro e preciso, numa linguagem próxima àquela do cidadão comum, e aplicada de modo unívoco e sem oscilações, garante que o indivíduo não será objeto de instrumentalização por parte do Estado, para a finalidade de prevenção geral a partir da mera intimidação dos outros¹².

Se as ações humanas são frutos da razão, é justo que aos homens seja dada a possibilidade de calcular exatamente, ou com boa aproximação, as consequências de seus atos. Enquanto no plano naturalístico e social os homens aprendem a prever as consequências das suas condutas, no âmbito jurídico resta o problema das possíveis qualificações de tais comportamentos, e das sanções a eles conexas. Aqui, a experiência não basta, e é o ordenamento jurídico que deve dar ao cidadão a possibilidade de conhecer antecipadamente a lei e, assim, prever as consequências sancionatórias. E isso é particularmente importante em matéria penal, tendo em vista a especial relevância social dos preceitos e a gravidade das sanções¹³.

Dessa forma, para que de fato haja liberdade, não apenas é preciso consciência de si, mas também conhecimento da regra, lei ou princípio que há de reger a vontade. Quem ignora como há de atuar, como há de conduzir-se, não pode se conduzir nem atuar livremente. Significa, portanto, que não há liberdade sem inteligência, ou seja, sem consciência

¹¹ Luisi, Os princípios Constitucionais Penais, 2 ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 38.

¹² Moccia, op. cit., p. 84.

¹³ Cadoppi, Il valore del precedente nel diritto penale – Uno studio sulla dimensione *in action* della legalità, Torino: Giappichelli, 1999, p. 69 e 70.

atual da lei¹⁴.

No Estado Democrático de Direito, portanto, não cabe castigar quem não se motivou porque não pôde fazê-lo. Somente quando o indivíduo tem a possibilidade de se orientar pela norma e assim não faz é que é possível reprová-lo, pois apenas nesta hipótese ele era livre para decidir e optou por se comportar de forma oposta ao que diz a norma¹⁵.

Tanto o princípio da taxatividade como o da anterioridade penal expressam a exigência lógica de que o preceito constitua um *prius* em relação à conduta ilícita. Apresentam, também, uma idêntica razão no que diz respeito à certeza do direito, ou seja, à exigência de máxima predeterminação não apenas da lei, mas também de seu conteúdo e da decisão judicial nele baseada¹⁶. É nesse sentido que tais princípios apresentam-se como complementares e dirigidos ao objetivo de garantir o cidadão frente ao arbítrio estatal, seja do Poder Judiciário, seja do Legislativo; é a certeza do direito o que possibilita a confiança na lei em vigor no momento em que decide agir, consciente da licitude ou ilicitude do próprio comportamento. De acordo com sua origem iluminista, somente a lei taxativa e não retroativa permite ao cidadão a possibilidade de conhecimento da linha divisória entre o lícito e o ilícito, e assim orientar suas escolhas¹⁷.

Nesse contexto, o juízo de reprovação encontra-se também vinculado ao conhecimento (ou, ao menos, à possibilidade de conhecimento) por parte do indivíduo do desvalor penal do fato cometido. Dessa forma, a possibilidade de conhecimento da norma penal constitui autônomo

¹⁴ Silvela *apud* Madrid Conesa, op. cit., p. 11.

¹⁵ Carbonell Mateu, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 2ª ed. Adaptada al Código Penal de 1995, Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 212.

¹⁶ Segundo Palazzo, Il principio di determinatezza nel diritto penale, Padova: CEDAM, 1979, p. 33 a 35.

¹⁷ Cadoppi, Il principio di irretroattività, *in* Introduzione al sistema penale (*a cura di* Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti), vol. I, Torino: Giappichelli Editore, 1997, p. 167.

requisito da culpabilidade com relação a cada tipo penal, tanto doloso quanto culposo¹⁸.

Em decisão que se tornou histórica (Sentença 364, de 1988), a Corte Constitucional italiana individualizou o fundamento do princípio da culpabilidade na exigência de garantir ao cidadão a “certeza de livres escolhas de ação”. Fez-se, portanto, uma leitura do princípio da culpabilidade relacionado ao princípio da taxatividade, ao menos no sentido que o primeiro pressupõe o segundo; somente com um direito penal respeitoso do princípio da taxatividade é possível realizar o *nulla poena sine culpa*, principalmente na dimensão da culpabilidade que diz respeito à relação do agente com o conhecimento (ou possibilidade de conhecimento) da lei penal por ele violada¹⁹. De forma sintética, nos termos da decisão, o princípio da culpabilidade, mais do que completar, constitui o segundo aspecto do princípio da legalidade²⁰.

Segundo aquela corte, a culpabilidade subjetiva reflete o poder ou controle do agente sobre o fato que constitui crime, o que lhe assegura a livre programação de ações futuras na medida em que o sujeito não será chamado a responder por fatos que são subtraídos da sua capacidade de previsão antecipada e de controle finalístico²¹. Ao mesmo tempo em que as normas constitucionais penais garantem ao cidadão a segurança jurídica de não serem punidos quando realizarem comportamentos penalmente irrelevantes, elas também cumprem a função de orientação cultural e de determinação psicológica operada pelas leis penais. No Estado Democrático de Direito, portanto, também o princípio da reserva legal é expressão da contrapartida que

¹⁸ Fiandaca, Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88, *in* Foro Italiano, 1988, p. 1390.

¹⁹ Cadoppi, *Il valore...*, op. cit., p. 129.

²⁰ Pulitanò, Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza, *in* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1988, p. 691.

²¹ Fiandaca, op. cit., p. 1394.

é oferecida em troca da obrigatoriedade da lei penal: o Estado assegura ao cidadão que não o punirá sem previamente lhe informar sobre o que é vetado ou permitido, mas exige dos indivíduos o cumprimento dos deveres particulares voltados à realização dos valores relativos aos fatos penalmente relevantes²².

3. O papel da interpretação na definição da norma penal

Para que seja apreendido o importante papel desempenhado pela jurisprudência na concretização do direito, há que se partir do pressuposto de que as normas expressas nos documentos legislativos não ostentam um unívoco significado normativo, preexistente às atividades de conceituação, sistematização, interpretação e aplicação pelos juízes. Ao contrário! A grande gama de possíveis significados do texto legal, acrescida das constantes modificações nos valores da sociedade e do fato de que a técnica utilizada pelo legislador não é apta a apresentar soluções para todos os problemas que na vida possam surgir, faz com que só no momento em que o juiz aplica o direito à situação concreta seja possível apreender o significado que a norma contém. Se é somente nessa hora que se torna possível conhecer o “verdadeiro” significado da norma, verifica-se que ao intérprete é atribuída a função não apenas exegética, mas também crítica na tarefa de “construção” das normas²³.

²² Cadoppi, *Il valore...*, p. 58 e 59. Camaioni, *Successione di leggi penali*, Padova: CEDAM, 2003, p. 26 e 27. No mesmo sentido, a recente jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem também interpreta o art. 7, que prevê o princípio da legalidade, enfatizando a possibilidade de conhecimento, também enquanto possibilidade de acesso à lei e às suas consequências sancionatórias, por parte dos indivíduos no momento da ação. Cadoppi, *Il valore...*, op. cit., p. 70.

²³ Cadoppi, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Studi coordinati da Alberto Cadoppi, Padova: Cedam, 1996, p. 18. Aponta Cadoppi, ainda, que a prática judiciária mostra que os juízes são, ao invés de atentos “leitores” da lei, *criadores* do direito, ou ao menos do “direito vivo”, que, segundo ele, é o único direito “verdadeiro”. Op. cit., p. 27. No mesmo sentido, Orrù, *Le definizioni del legislatore e le redefinizioni della giurisprudenza*, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Studi coordinati da Alberto Cadoppi, Padova: Cedam, 1996, p. 149, e Domingues de Andrade, *apud* Dotti, *Curso de*

Mesmo nos sistemas marcados pela mais rigorosa legalidade, a interpretação da norma não se reduz a uma simples operação de “reconhecimento”; visualiza-se nela, hoje, uma insuprimível margem de criatividade, ajudando a construir, na realidade do momento histórico, a “norma” a partir das proposições de lei²⁴. Não é por outra razão que Castanheira Neves afirma que toda interpretação jurídica possui um caráter juridicamente constitutivo, e a atividade jurisprudencial, mesmo tendo o direito positivo como seu decisivo fundamento normativo-jurídico, revela-se, nos seus resultados, verdadeiramente criadora de uma normatividade jurídica extralegal²⁵.

Assim, interpretar o direito não é diferente de criá-lo. Como aponta Cappelletti, o verdadeiro problema diz respeito ao *grau de criatividade* e aos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra do Poder Judiciário. Veja-se, por exemplo, que uma decisão baseada na equidade proporciona um grau de criatividade mais elevado do que a baseada e vinculada a precisos precedentes judiciais ou detalhadas prescrições legislativas²⁶.

Dessa forma, o ato do magistrado que consiste na aplicação da norma ao caso concreto constitui, também no âmbito penal, o momento em que, de fato, o direito é revelado. É somente por meio da atividade judicial, que se caracteriza pela inserção da lei escrita no contexto social em que será aplicada (e da consequente apreensão do valor que socialmente ela contém), que é possível compreender o sentido

Direito Penal: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 235.

²⁴ Mantovani, *Diritto Penale*, 4ª ed., Padova: Cedam, 2001, p. 68 e 69, e Reale Jr., *Razão e subjetividade no direito penal*, in *Ciências Penais*, vol. 0, p. 229.

²⁵ Castanheira Neves, *O princípio da legalidade criminal (O seu problema jurídico e o seu critério dogmático)*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, p. 321, nota 41.

²⁶ Cappelletti, *Juizes legisladores?*, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 25.

e o alcance da norma que, verdadeiramente, vai governar a ação²⁷. É, portanto, da mediação entre as leis (inacabadas) e a concretização dos fatos que nasce o direito – o que impõe a necessidade de superação da concepção estática das normas²⁸.

A atividade de interpretação da lei, então, pode claramente ser entendida como o momento em que o juiz estabelece o seu conteúdo, ou seja, o seu significado e o seu alcance²⁹, sendo possível afirmar que o que decidem os tribunais é o que significa o direito para determinada sociedade³⁰ – o que demonstra não ser por acaso que na Roma antiga a função de “dizer o direito” era reservada aos *interpretes*³¹. Nesse contexto insere-se a observação de Camargo, quando afirma que “o direito realmente importante para a vida é aquele que se realiza na sentença judicial”³².

Da mesma forma, constata Perez Luño que a tendência, hoje, é no sentido de substituir a noção de norma jurídica como formulação promulgada pelo legislador, pela de “norma resultado”, que supõe o momento completo e culminante para a elaboração normativa pelos operadores do direito. Sob essa ótica, a norma não é o pressuposto, mas o resultado do processo de sua interpretação e aplicação³³.

Deve aqui ser feita a ressalva de que, embora seja incontestável que

²⁷ Orrù, *op. cit.*, p. 149.

²⁸ Andreucci, *Direito penal e criação judicial*, Tese de titulariedade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1988, p. 63.

²⁹ Fiandaca e Musco, *Diritto penale Parte generale*, 3ª ed., Bologna: Zanichelli Editore, 1995, p. 99.

³⁰ Gálvez, *La importancia de la jurisprudencia en el derecho nacional*, in *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año II, enero-junio 1994, n° 3, Editora Jurídica Grijley, p. 304.

³¹ Viola e Zaccaria, *Diritto e interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 5ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 138.

³² Camargo, *Tipo penal e linguagem*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 80.

³³ Perez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1991, p. 100.

a atividade judicial de certa forma relativiza a supremacia absoluta da lei na função de dizer o direito³⁴, isso não autoriza desconsiderá-la. O enunciado legislativo continua desempenhando a importante função de ponto de partida para a construção da norma, e o significado de seu conteúdo deve estar circunscrito ao que diz o texto legal – que é a baliza da sua concretização possível³⁵. Há que ser ressaltado que, embora a norma jurídica como base decisória não possa ser dada exclusivamente pelo texto legal, a importância da lei reside justamente na função de delimitar o âmbito dentro do qual ao juiz é permitido criar, de maneira que a decisão do juiz deve ser “subsumível” ao texto da norma criada pelo legislador³⁶.

Assim, ainda que a objetividade no ato interpretativo não seja comparável à objetividade existente, por exemplo, nos domínios das ciências naturais ou exatas, o intérprete não tem diante de si algo que pode ser objetivado de forma indefinida, mas algo que pode ser representado apenas dentro dos limites daquilo que já se tornou objetivo pelo ato de outrem. Dessa forma, por mais que o intérprete possa desempenhar uma função criadora no ato de interpretar, como efetivamente se dá, a sua “criação” jamais pode ir além do “desenho intencional” ou do horizonte daquilo que lhe cabe compreender e expressar. A liberdade do intérprete, portanto, fica sempre contida nos limites de uma “estrutura objetivada”³⁷.

4. Casos de participação do juiz na determinação do conteúdo das normas penais

A complementariedade que a magistratura exerce em relação às

³⁴ Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, 3 ed., trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 166.

³⁵ Müller *apud* Larenz, op. cit., p. 183 e 184.

³⁶ Christensen, *apud* Larenz, op. cit., p. 185 e 186.

³⁷ Reale, O Direito como Experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica), São Paulo: Saraiva, 1968, p. 242 e 243.

funções do Poder Legislativo nem sempre é percebida com clareza, não obstante seja possível afirmar ser ela imprescindível para a compreensão do direito penal. Assim, na grande maioria das situações vivenciadas na prática cotidiana, é devido ao trabalho realizado pela jurisprudência (e também pela doutrina) que o profissional tem condições de saber o que deve esperar em relação às definições de conduta punível e em relação à sanção em caso de condenação; tem condições de saber o que significa “dano patrimonial” no estelionato e o que significa “violência” no sequestro ou estupro, por exemplo. Apreende-se, então, que mesmo diante das mais simples expressões e termos jurídicos a legislação penal é insuficiente para propiciar o conhecimento do direito, de tal modo que quem não é aconselhado por um profissional que trabalha na área, em muitos casos, não é apto a prever o que o espera³⁸.

Tanto no direito nacional como no estrangeiro, não são poucos os exemplos que podem ser buscados para ilustrar a importância da atividade judicial na delimitação dos contornos do direito penal. Além de clarificar termos e restringir o alcance de expressões contidas na legislação, a jurisprudência também cumpre a função de manter o ordenamento jurídico atrelado aos valores sociais de cada época. Não obstante certas normas tenham se mantido inalteradas, do ponto de vista literal, o significado jurídico atribuído a algumas delas sofreu atualizações que vieram atender a necessidade de adequação do direito à sociedade. Nesse sentido, entre outros, pode-se falar na descriminalização branca de condutas como a manutenção de casa de prostituição e na mudança na interpretação acerca do significado de mulher honesta (presente no *caput* do artigo 216 do código penal, revogado pela Lei nº 11.106/05)³⁹.

Além de atualizar e adequar o direito à sociedade, aos magistrados acaba sendo atribuída, também, a função de neutralizar os efeitos

³⁸ Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?* – Sul divieto di analogia nel diritto penale, in *Ars Interpretandi*, 1997, p. 185.

³⁹ Dotti, *op. cit.*, p. 230.

da imprecisão da lei, por meio da definição de conceitos vagos ou ambíguos. Isso evidencia que, no direito penal, também a jurisprudência acaba sendo fundamental para o aumento da certeza e da igualdade na aplicação da lei⁴⁰, o que se verifica, por exemplo, na aplicação do tipo incriminador que proíbe “fazer justiça com as próprias mãos” (art. 345 do código penal brasileiro).

Assim, embora haja situações em que a norma não se encontra suficientemente determinada – o que poderia ser objeto de crítica sob o prisma constitucional –, é comum que, quando da sua aplicação, o órgão judicial acabe atribuindo-lhe um específico significado e, com isso, determinando-a. Apesar de questionável do ponto de vista do princípio da legalidade, é o que o Tribunal Constitucional Espanhol chamou de “salvar” uma lei insuficientemente taxativa⁴¹. Na Itália, por sua vez, diante de uma norma pouco determinada, a própria Corte Constitucional pode dar-lhe uma interpretação e, assim, torná-la taxativa, ou pode consultar a jurisprudência formada sobre o ponto em discussão e dar crédito à interpretação majoritária, ainda que não uniforme. O que aquele tribunal considera importante não é o fato de a lei, em si, ser determinada, posto que a existência de uma interpretação dominante já lhe confere legitimidade⁴².

Observa-se, desse modo, que a jurisprudência acaba admitindo que a ambiguidade e a indeterminação do sentido das palavras – que deveriam dar certeza e servir como limite à interpretação – podem ser superadas por uma *determinação interpretativa*⁴³. Isso significa que a clareza dos tipos penais deixa de ser objeto apenas da função legislativa, mas também

⁴⁰ Ferreres Comella, El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional), Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 156 e 157.

⁴¹ Ferreres Comella, op cit., p. 156 e 157.

⁴² Cadoppi, *Il valore...*, op. cit., p. 157.

⁴³ Castanheira Neves, op. cit., p. 416.

da atividade judiciária, da qual se espera que clarifique as normas por meio da sua interpretação e aplicação⁴⁴. Trata-se, na verdade, de um risco ao qual o princípio da legalidade é exposto a partir da constatação das limitações da linguagem legislativa: passa-se a aceitar a utilização de critérios como o da “suficiente taxatividade”, onde a reserva legal, originariamente tida como absoluta, torna-se relativizada⁴⁵.

Ao julgar um caso em que se discutia a aplicação do artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (posteriormente revogado pela Lei nº 9.455/97 – Lei de Tortura), o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional o tipo penal que incriminava a conduta de “submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura”. Segundo aquela Corte, “o crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura – por comportar formas múltiplas de execução – caracteriza-se pela inflição de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral e psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade – A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). (...) A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua

⁴⁴ D’Amico, Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale, *in* Giurisprudenza Costituzionale, gen. – feb. 1998, ano XLIII, p. 340 e 341.

⁴⁵ Palazzo, *Il principio...*, op cit., p. 44.

prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo”⁴⁶.

Outra discussão que se deu no ordenamento jurídico brasileiro diz respeito ao conceito de racismo. É que, em primeiro lugar, enquanto a Constituição Federal trata o racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, a Lei nº 7.716, que versa sobre “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, não prevê um tipo incriminador como *nomen juris* “racismo”. Em sede de *habeas corpus*, o impetrante argumentou que a expressão “racismo”, utilizada pela Constituição ao conferir-lhe imprescritibilidade, deve ser limitada à discriminação decorrente de raça negra ou amarela, assim caracterizada por sinais físicos ou biológicos. E como, nos estritos limites científicos, os judeus não podem ser considerados uma raça, o delito praticado por meio das ofensas contundentes e da inferiorização atribuída ao povo judeu não estaria abarcado pelo termo “racismo”. Por outro lado, a acusação sustentou, sinteticamente, que “interpretar que o racismo referido no artigo 5º, XLII, limita-se às discriminações por diferenças físicas e biológicas, cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, é afrontar o princípio fundamental da igualdade”, e ainda, que “seria admitir que a Constituição cataloga inferiores e discriminados de graus diferentes, a desigualdade na desigualdade”⁴⁷. Ao decidir e considerar imprescritível o tipo penal constante do artigo 20 da Lei nº 7.716/89, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “o racismo é antes de tudo

⁴⁶ *Habeas Corpus* nº 70.389/SP, Pleno, rel. p/ acórdão min. Celso de Mello, j. 23.06.94, v.m., DJU 10.08.01, p. 3.

⁴⁷ Reale Jr., Anti-semitismo é racismo, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 11, nº 43, abr/jun de 2003, p. 343.

uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas⁴⁸.

Há, também, situações em que o intérprete é chamado para suprir uma lacuna da lei, como se verifica na ausência de parâmetros para a fixação de pena nas hipóteses de tentativa, de concurso formal de crimes e de crime continuado⁴⁹. Ilustrativo é o exemplo apresentado por Boschi, quanto à fixação de critérios para a aplicação da pena, especificamente no crime de roubo qualificado. É que, embora a regra relativa à majoração tenha incidência obrigatória na terceira fase da aplicação da pena, em nenhum momento a lei forneceu parâmetros ou indicativos aos magistrados aos quais eles pudessem se socorrer para melhor individualizar a sanção penal (dentro do limite mínimo de aumento de um terço e máximo da metade). Desse modo, foi a jurisprudência que, na ausência de regulamentação legislativa, fixou critérios para o aumento preconizado, assentando, por exemplo, que para o aumento de pena em decorrência do emprego de arma nos crimes de roubo, deveria ser levada em conta a espécie de armamento utilizada pelo agente, assim como estabeleceu, para a majoração da pena decorrente do reconhecimento do concurso formal ou do crime continuado, a necessidade de serem considerados o número de vítimas ou o número de crimes praticados⁵⁰.

⁴⁸ STF, HC n° 82.424/RS, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 17.09.03, DJU 19.03.04.

⁴⁹ Outro exemplo citado pelo autor diz respeito aos parágrafos 2° e 3° do artigo 157 do código penal, que, devido à sua localização topográfica, propiciam dúvidas quanto à aplicação decorrente do reconhecimento das qualificadoras do roubo, à sua forma mais intensamente reprimida, na qual sucede lesão grave à vítima. Andreucci, op. cit., ps. 18 a 23.

⁵⁰ Boschi, Da retroatividade da jurisprudência penal mais benigna, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 137 e 138.

Afere-se, assim, ser importante o trabalho que os tribunais têm realizado no âmbito do estabelecimento do alcance do direito punitivo do Estado; negar o efetivo valor de colaboração do Poder Judiciário na construção dos institutos da parte geral e dos tipos incriminadores, por sua vez, é não reconhecer que existem limitações intransponíveis ao legislador quando se trata de delimitar, taxativamente, os limites do *ius puniendi*. E a jurisprudência, portanto, ao lhe ser atribuído esse indispensável papel, adquire valor de norma jurídica e contribui significativamente para a orientação da coletividade acerca daquilo que é penalmente ilícito.

5. Da ausência das garantias decorrentes da legalidade e da culpabilidade diante das alterações jurisprudenciais

Parece ser intuitivo, a essa altura, que a participação da jurisprudência na delimitação do direito penal pode levar a questionamentos sobre a efetividade das garantias derivadas do princípio da legalidade no que diz respeito à contenção do arbítrio punitivo do Estado e da previsibilidade da reação estatal que deve orientar os comportamentos das pessoas.

Constatada essa realidade, emerge a questão atinente às consequências das eventuais mudanças dos entendimentos judiciais, especialmente quando se considera que a necessária evolução da jurisprudência (que pela própria essência do ato judicial somente pode ser conhecida no momento em que o juiz profere a decisão) pode surpreender o cidadão que agiu de acordo com a forma como o direito vinha sendo interpretado.

Como se sabe, o princípio da anterioridade da lei penal atua de maneira que o novo texto normativo somente pode ser aplicado aos comportamentos praticados após sua entrada em vigor, e a razão disso está na garantia de certeza e previsibilidade do direito como empecilho à aplicação arbitrária de leis *ad hoc*. Uma vez reconhecida a importância da jurisprudência na definição dos contornos punitivos do Estado,

impõe-se a existência de diretiva semelhante no que diz respeito às modificações nos entendimentos judiciais, caso o objetivo de Estado seja, verdadeiramente, dar cumprimento aos valores e garantias penais propagados a partir do século XVIII.

Assim, a fim de zelar pela liberdade do cidadão que é ameaçada com a mudança na orientação jurisprudencial, é possível sustentar a necessidade de um mecanismo formalizado de controle também para a mudança jurisprudencial, que, embora diverso, seja parecido com aquele previsto para a formação de uma nova lei. Isso porque há uma semelhança efetiva entre a disciplina da mudança jurisprudencial e aquela prevista no código penal para a mudança legislativa, em matéria de sucessão de leis penais no tempo⁵¹.

Em primeiro lugar, cabe questionar se, quando a jurisprudência rompe com uma orientação anteriormente firmada e continuamente reiterada, conferindo à lei uma interpretação mais restritiva da liberdade, tal situação pode ser equiparada àquela em que o legislador criminaliza uma conduta cometida em tempo anterior ao da vigência dessa nova lei, pois em ambos os casos o cidadão pode ver frustrada a sua expectativa, formada no momento da prática do fato, de que este seria lícito, e se surpreender por uma decisão com que não poderia contar no momento em que atuou, uma vez que lhe era dado claro sinal de licitude pela ordem jurídica, considerada como um todo⁵².

Uma vez que a sujeição do juiz somente à lei tem um valor puramente teórico, inegável que, quando os entendimentos são pacíficos, estes se aproximam muito a um mandado de caráter geral⁵³. Significa,

⁵¹ Cadoppi, *Il valore...*, op. cit., p. 263.

⁵² Brandão, Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1302 e 1303.

⁵³ Sanguiné, Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal, in *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 31, p. 158.

portanto, que eventual mudança na orientação jurisprudencial pode trair a confiança dos cidadãos que realizaram suas condutas antes da modificação, que se aplicará não apenas ao futuro, mas também àquela conduta em julgamento, que constitui passado⁵⁴.

Ainda que se sustente tratar de uma nova decisão e não de uma nova norma, importa observar que essa distinção é irrelevante para quem será julgado retroativamente de acordo com o novo entendimento, assim como se daria no caso de uma lei penal retroativa, com as mesmas consequências negativas⁵⁵.

Aliás, a evolução jurisprudencial tem tanta importância para os indivíduos implicados como uma modificação do teor literal do tipo penal – sendo que a evolução atua naturalmente com efeito retroativo, uma vez que foi fundamentada somente em relação ao caso respectivo⁵⁶. Nesse sentido é a anotação de Oliveira Ascensão, segundo a qual se o tribunal criasse o direito, a sentença teria sempre efeito retroativo, uma vez que o tribunal que decide hoje o caso de ontem, iria aplicar àquele caso o direito que criaria hoje⁵⁷.

Paradigmático exemplo de novo entendimento judicial em prejuízo do réu deu-se na Alemanha, quando da sentença do BGH (*Bundesgerichtshof*) de 9 de dezembro de 1966. Naquele julgamento, o Tribunal Supremo de Karlsruhe decidiu abandonar a jurisprudência constante de mais de dez anos que estabelecia o limite da absoluta incapacidade para a condução de veículo de forma segura a partir de 1,5 g/1% de álcool no sangue, excluindo toda a prova em contrário. Segundo o novo critério, fundado nas críticas provenientes do campo da medicina e, sobretudo, com base no informe da Oficina Federal para a Saúde (*Bundesgesundheitsamt*) de 1966, a jurisprudência baixou esse limite

⁵⁴ Cadoppi, *Il valore...*, op. cit., p. 315.

⁵⁵ Cadoppi, *Il valore...*, op. cit., p. 317.

⁵⁶ Sanguiné, op. cit., p. 147.

⁵⁷ *Apud* Andreucci, op. cit., p. 66 nota 27.

para 1,3 g/1%. Quanto à questão da possibilidade de ser aplicado o novo critério a fatos ocorridos na vigência do entendimento anterior, a decisão de 5 de outubro de 1967 foi afirmativa, adentrando a tese de que os tribunais podem, mediante a redução no limite de alcoolemia, punir fatos que, segundo a anterior interpretação jurisprudencial (consolidada no momento da conduta), eram impunes⁵⁸.

De forma semelhante, o Poder Judiciário alemão também equiparou, para fins de aplicação da lei penal incriminadora, conceitos distantes do ponto de vista semântico, tais como automóvel e trenó, definiu o punho de um pugilista como instrumento perigoso e uma cópia não autenticada como documento probatório apto a ser objeto de falsificação, considerou desleal o homicídio de uma pessoa tranquilamente adormecida. Nesses casos, Hassemer chama a atenção para o fato de que tais comparações diferenciam-se entre si apenas pelo nível de distância semântica entre termos legais e o caso concreto percebido pela (presumida) sensibilidade linguística da maior parte da população⁵⁹.

Outro exemplo pode ser observado na França, onde o Poder Judiciário, remetendo-se a um texto legal contemporâneo ao fato ajuizado, emprestou-lhe um significado novo violador da garantia da irretroatividade penal. Assim, sendo possível que na interpretação da lei sejam utilizadas sempre as mesmas palavras e as mesmas fórmulas, embora com um sentido flagrantemente diferente, uma decisão de uma Câmara Criminal da *Cour de Cassation*, de 1º de abril de 1965, redefiniu o conceito de barco, originariamente remetido somente ao barco a vapor, para entender que a expressão se aplicava, também, ao barco movido à diesel⁶⁰.

Na Espanha, o Tribunal Supremo qualificou de modo diferente

⁵⁸ Sanguiné, op cit., p. 145, nota 2, e Ferreres Comella, op cit., p. 187.

⁵⁹ Hassemer, op. cit., p. 192.

⁶⁰ In Cunha, O caráter retórico do princípio da legalidade, Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 103.

o latrocínio, na hipótese de um roubo com pluralidade de homicídios. Num momento inicial, considerou que se tratava de um único latrocínio, sem considerar o número de vítimas fatais; mais tarde, passou a qualificar este mesmo fato como constitutivo de vários delitos, de modo que em um roubo com homicídio, em que se computava uma das vítimas, restava caracterizado um latrocínio, sendo que a este somavam-se os demais homicídios; posteriormente a Sentença de 7 de abril de 1951 produziu um endurecimento ainda maior na jurisprudência, que passou a considerar o número de latrocínios a partir do número de pessoas que haviam sido mortas⁶¹.

Entre nós, importante mudança se deu no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 1964, no sentido de que não caracterizava crime a manutenção de casa de prostituição (artigo 299 do código penal) na zona de meretrício se ela estivesse licenciada pelo Poder Público, que lhe concedera alvará de funcionamento e lhe cobrava impostos, e também porque esse fato era tolerado e fiscalizado pelo polícia. Sob esses argumentos, aquele tribunal decidiu que tal conduta não constituía crime contra os costumes, mas fato tolerado e até mesmo imposto pelos costumes⁶². No entanto, esse posicionamento foi alterado de repente, quando a mesma corte considerou tal conduta como criminosa com fundamento na irrelevância do licenciamento e tolerância policial⁶³.

Outro caso diz respeito à expressão “sequestro”, que tem um significado específico e referido à privação da liberdade individual. No entanto, quando ocorreu no Brasil o primeiro apoderamento ilícito de aeronave (8.10.69), socorrendo-se da vagueza e ambiguidade da expressão “sequestro”, entenderam os julgadores de redefini-la, nela abarcando

⁶¹ Fierro, *Legalidad y retroactividad de las normas penales*, Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 267.

⁶² Por exemplo, HC 40.161, rel. Min. Ribeiro Costa, e HC 40.124, rel. Min. Vilas Boas.

⁶³ Por exemplo, as decisões publicadas nas RTJ 60/104 e 85/487. *In Sanguiné*, op cit., p. 146 e 147.

também a situação de apoderamento e desvio ilegal de aeronave. Deste modo criou-se uma norma distinta da prevista no artigo 28 do Decreto-lei n° 898/69, tipo invocado, aplicando-se retroativamente a nova norma em prejuízo dos direitos do acusado. De outra parte, criava-se por analogia uma incriminação diversa da estabelecida, enquanto se assimilava o apoderamento ilícito ao sequestro, sob a alegação de que na hipótese houvera privação da liberdade de passageiros e tripulantes por tempo juridicamente relevante⁶⁴.

Ainda no ordenamento jurídico pátrio, a partir de 1964 foi estabelecida a seguinte interpretação para o art. 108, VIII, do Código Penal, expressa na Súmula 388 do SMT: O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade de seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e perempção. Em sessão plenária de 16.10.1975, no julgamento do *habeas corpus* n° 53.777, a referida Súmula foi revogada, passando-se a entender que o casamento da ofendida com terceiro não faz cessar a qualidade de seu representante legal, e aplicando-se retroativamente o novo entendimento em prejuízo do acusado⁶⁵.

Essas fórmulas dissimuladas de criar tipos penais não diferem daquilo que se dá em ordenamentos da *common law*, onde expressamente é reconhecida tal possibilidade e, a partir do reconhecimento dessa realidade, são buscadas soluções para garantir o indivíduo frente ao arbítrio estatal. Sem aprofundar a comparação, mas, a partir dos casos acima descritos e trazendo à baila dois exemplos de criação de crimes pela jurisprudência escocesa, basta dizer que não é diferente alargar o conceito do que seja “sequestro” de alargar o conceito de “estupro” (na Escócia, passou-se a considerar como tal a conduta de manter relações sexuais com mulher semi-adormentada, fazendo-se passar por

⁶⁴ Exemplo citado por Cunha, op. cit., p. 84.

⁶⁵ Cunha, op. cit., p. 103 e 104.

seu marido, quando tradicionalmente exigia-se a existência de violência ou grave ameaça para a caracterização do crime), assim como não é substancialmente diferente passar, do dia para a noite, a considerar criminosa a manutenção de casa de prostituição quando assentado o entendimento contrário, e passar a considerar, também de repente, o furto de uso como ilícito penal, quando a própria definição do delito, no ordenamento escocês, exigia a intenção de se apropriar definitivamente do bem subtraído⁶⁶.

Observa-se, contudo, que não só em hipóteses tão claras como as anteriormente referidas verifica-se a retroatividade prejudicial ao acusado, a criação analógica de normas incriminadoras ou o recurso a outras fontes senão a própria lei escrita. Sempre que o juiz empresta novos sentidos às expressões que integram a descrição típica – e o faz desfavoravelmente ao réu, ou se baseia em critérios ambientais –, ocorre importante afronta ao princípio da legalidade⁶⁷. Torna-se claro, então, que as novas interpretações sempre encobrem uma lei retroativa; se uma lei interpretativa não modifica nada, então carece de utilidade, e se modifica algo, traz uma novidade e, portanto, é uma lei nova posterior que deve ser tratada como tal⁶⁸.

A segurança jurídica fica profundamente afetada quando a modificação jurisprudencial dá lugar à aplicação da lei de modo mais gravoso, como nos casos citados. Não deve ser desconsiderado que irretroatividade e segurança jurídica são duas ideias estreitamente relacionadas, já que a garantia de segurança jurídica traz consigo o pensamento de um prévio cálculo do conteúdo das decisões judiciais conforme o critério reiterado e constante⁶⁹.

⁶⁶ Cadoppi, *La genesi delle fattispecie penali – Una comparazione tra civil law e common law*, in *Sistema Penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di Giovanni Fiandaca, Padova: CEDAM, 1997, p. 158 e 159.

⁶⁷ Cunha, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁸ Fierro, *op. cit.*, p. 269.

⁶⁹ Sanguiné, *op. cit.*, p. 163.

Percebe-se do exposto que, se a imprecisão da lei constitui grave afronta à certeza jurídica, é ainda mais grave a aplicação retroativa de uma nova interpretação desfavorável ao réu. No primeiro caso, a imprecisão da lei “avisa” o cidadão acerca da possibilidade de que certas condutas sejam consideradas puníveis; na segunda hipótese, quando à lei já fora atribuída determinada interpretação considerando lícita certa conduta, são frustradas as expectativas se essa mudança jurisprudencial assumir caráter retroativo⁷⁰.

Na doutrina, a possibilidade de mudança jurisprudencial agravadora da situação do réu provoca, via de regra, três tipos de soluções. Ao lado daqueles que não vislumbram nesse fato a necessidade de conferir ao cidadão as garantias ínsitas ao princípio da legalidade, existem outros que reconhecem os efeitos nefastos da repentina modificação da interpretação legal, sendo que, entre eles, há duas posições que se destacam: sustenta-se a aplicação da garantia da proibição da retroatividade às modificações jurisprudenciais desfavoráveis, ou a possibilidade de ser invocado, pelo acusado, o benefício do erro de proibição⁷¹.

Por exemplo, o entendimento que prevaleceu na Espanha, quando da sentença de 03.10.90, relativa à caracterização do latrocínio a partir do número de pessoas assassinadas, foi no sentido de não submeter a jurisprudência ao mesmo tratamento conferido à lei em termos de garantia da irretroatividade. Segundo aquele ordenamento jurídico, as mudanças na jurisprudência são admissíveis sempre que significarem uma nova interpretação razoável e não arbitrária, sendo incabível submeter os entendimentos judiciais a um critério de irretroatividade, pois este impossibilitaria os processos evolutivos⁷².

No direito alemão, especificamente frente à modificação no nível de álcool no sangue apto a apontar para absoluta incapacidade para a

⁷⁰ Ferreres Comella, op cit., p. 190 e 191.

⁷¹ Sanguiné, op cit., p. 147 e 148.

⁷² Fierro, op. cit., p. 267, nota 33.

condução segura de veículo, os debates se deram de modo diferente. Enquanto alguns autores entendiam que a proibição constitucional da retroatividade das leis desfavoráveis se estendia também às mudanças na jurisprudência – o que levou Günter Kohlmann a propor a introdução no sistema jurídico de uma nova modalidade de sentença, semelhante ao *prospective overruling* do direito norte-americano –, outros propuseram resolver o problema a partir do reconhecimento do erro de proibição por parte do autor do fato – solução que recebeu grande acolhida pela doutrina e jurisprudência daquele país⁷³.

6. Da busca por soluções

6.1. Da impossibilidade de retroatividade da nova jurisprudência

Embora tradicionalmente a jurisprudência não seja considerada verdadeira fonte formal de direito, a desconsideração acerca da exigência de irretroatividade das variações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu merece ser revisada. Isso porque, uma vez que a lei e sua interpretação possuem um vínculo necessário de complementação, a realidade jurídica do princípio da legalidade somente será entendida quando, para um determinado tipo penal, vigore a mesma interpretação que lhe era dada à época do cometimento do fato⁷⁴.

Veja-se, por exemplo, o que se passou em dois julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ao julgar os casos *C. R. v. Reino Unido* e *S. W. v. Reino Unido*, aquela corte pareceu aceitar a aplicação retroativa de um novo critério jurisprudencial desfavorável aos réus que tinham forçado suas esposas a manter relações sexuais contra sua

⁷³ Ferreres Comella, op cit., p. 187 e 188.

⁷⁴ Sanguiné, op cit., p. 157 a 162. Partindo da mesma premissa, Tozzini constata a derrogação prática da vigência do princípio da irretroatividade no direito penal quando a situação mais gravosa origina-se numa decisão judicial, especialmente quando a jurisprudência é reconhecida como fonte do direito sem, contudo, ser equiparada à lei penal para essa finalidade de garantia. Tozzini, La retroactividad de los fallos plenarios penales, en particular del caso “Barbas”, in *Doctrina Penal*, 1982, p. 722.

vontade. Até então, a interpretação tradicional dos tribunais ingleses era no sentido de que o marido não cometia crime com tal conduta, uma vez que se entendia que, ao contrair matrimônio, a mulher dava seu consentimento para manter relações sexuais com o marido a qualquer tempo. A jurisprudência havia introduzido exceções, tais como a possibilidade do consentimento ser revogado por uma ordem judicial (de separação ou divórcio) ou por acordo entre as partes, que podia ser implícito. A regra, no entanto, era de imunidade ao marido.

Na sessão de julgamento perante a Câmara dos Lordes, no dia 22 de novembro de 1995, foi julgado o primeiro caso, em que C. R. forçou sua mulher a manter relações sexuais quando ela já havia voltado a morar na casa de seus pais e os cônjuges já tinham iniciado o processo de separação judicial. Nesse caso, cabia a tese de que não havia imunidade. Na fundamentação da decisão, a Corte de Apelação entendeu que a regra da imunidade marital estava sendo objeto de exceções cada vez mais amplas por parte dos tribunais, a tal ponto que não havia mais sentido manter tal regra, que já não se adaptava às atuais concepções valorativas da sociedade. A Câmara dos Lordes confirmou a tese da Corte de Apelação, e concluiu que, de fato, a regra da imunidade deveria ser entendida como definitivamente abolida.

No julgamento do segundo caso, no mesmo dia (22 de novembro de 1995), mas este perante a Corte de Apelação, foi julgado S. W., acusado de ter forçado relações sexuais com a esposa, após um desentendimento, mas não tinha havido uma situação de separação de fato do casal. O órgão de primeiro grau o condenou, aplicando a nova regra jurisprudencial mencionada acima, que considerava totalmente abolida a regra da imunidade. A Corte de Apelação confirmou a sentença, e os advogados convenceram o condenado a não recorrer da decisão à Câmara dos Lordes, posto não haver possibilidade de ganhar.

Verifica-se que, em ambos os casos, o novo critério jurisprudencial foi aplicado a casos que, quando ocorreram, estavam regidos por uma

interpretação diferente. No primeiro caso, é possível sustentar que os fatos se subsumiam a uma das exceções à regra, mas isso não se deu no segundo. Ao analisá-los, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou não ter havido violação ao princípio da legalidade penal em nenhum dos dois julgamentos. Aquele tribunal partiu da premissa de que o princípio da irretroatividade refere-se unicamente à lei e não à jurisprudência. Justificou a decisão, ainda, dizendo que o novo critério jurisprudencial poderia ser aplicado a ambos os casos tendo em vista que as exceções que os tribunais ingleses já vinham introduzindo progressivamente tornavam “razoavelmente previsível” o abandono total da regra da imunidade marital⁷⁵.

Frente a situações como essa, patente a necessidade de se disciplinar a proibição de aplicação jurisprudencial retroativa das novas incriminações; não faria sentido a garantia da legalidade atuar apenas na esfera legislativa e não orientar também o operador do direito, posto que este poderia interpretar a norma de maneira a trazer para o campo dos ilícitos penais situações anteriormente pacíficas⁷⁶. A função de garantia do princípio da irretroatividade não seria totalmente eficaz se viesse aplicado *in abstracto* e não *in concreto*. Observa-se, inclusive, que se a exigência de lei penal predeterminada nasceu para atuar como limite ao Poder Judiciário, por meio da vinculação ao máximo da atividade interpretativa do juiz à lei positiva, a garantia contida nesse postulado somente ocorrerá por meio da atividade judicial⁷⁷.

Aliás, seria absolutamente contraditório permitir aos juízes o que se proíbe ao legislador: a aplicação retroativa de regras penais desfavoráveis ao réu. E mesmo diante do argumento segundo o qual impedir a aplicação retroativa da jurisprudência implica impedi-la de evoluir, o que deve ser garantido é que a condenação penal seja previsível de acordo com o

⁷⁵ Ferreres Comella, op. cit., p. 188 a 190.

⁷⁶ Camaioni, op cit., p. 29.

⁷⁷ Sanguiné, op cit., p. 155.

direito vigente no momento dos fatos, e não que seja previsível que o direito vá mudar⁷⁸. Nesse sentido, por exemplo, é o entendimento da Suprema Corte norte-americana, que não exclui a aplicação do princípio da irretroatividade às mudanças jurisprudenciais. No caso *Bonnie v. City of Columbia*, 378 US 347 (1964), a Suprema Corte dos Estados Unidos estatuiu que as cláusulas constitucionais que proíbem as leis *ex post facto*, ainda que dirigidas formalmente ao legislador, protegem um princípio mais geral, a segurança jurídica, que deve operar também com relação às mudanças jurisprudenciais. Segundo a Corte, se um legislador estatal não pode aprovar uma lei *ex post facto* em razão da cláusula que proíbe esse tipo de norma, então, em razão da cláusula do devido processo legal, a Suprema Corte de um Estado também não pode alcançar exatamente o mesmo resultado através da interpretação judicial⁷⁹.

Na Alemanha, a doutrina majoritária entende que o princípio da irretroatividade se aplica também às mudanças jurisprudenciais. Embasa-se esse entendimento no fato de que, de um lado, as fronteiras entre o permitido e o proibido são estabelecidas tanto pela lei como por sua aplicação que, juntas, formam uma unidade, e de outro lado, tem-se como pressuposto que o princípio da legalidade, no que tange especificamente à proibição de retroatividade das leis, visa a proteger não a lei em si, mas a confiança que os cidadãos depositam no direito, sendo absolutamente possível que esta seja atingida por modificação tanto na lei como na jurisprudência⁸⁰.

Não pode ser desconsiderado, nesse contexto, que garantias como a igualdade, a reserva legal, a taxatividade dos tipos penais, a culpabilidade e a consequente vedação da responsabilidade objetiva, a vedação da prova ilícita e outros tantos são princípios de limitação das

⁷⁸ Scalia, *apud* Ferreres Comella, op cit., p. 193.

⁷⁹ Ferreres Comella, op. cit., p. 190 e 191.

⁸⁰ Eser, Comentários ao parágrafo 2, *in* Sshönke, Adolf e Schröder, Horst, Strafgesetzbuch: Kommentar, München: Beck, 1997, p. 53.

esferas de poder e de atuação do Estado, e não do alargamento de seu âmbito afliitivo. Significa, por isso, que admitir a retroatividade da lei e até mesmo das mudanças jurisprudenciais desfavoráveis aos réus é ir contra a razão de ser dos princípios constitucionais cunhados durante séculos, instituindo-se, justamente, o que deles não se espera: a expansão da carga afliitiva do direito penal⁸¹.

Com fundamento no princípio constitucional da irretroatividade da lei mais severa, também cabe falar numa proibição de serem feitas interpretações mais severas da norma penal, não admitidas à época do fato criminoso e desenvolvidas posteriormente em razão da evolução natural do direito⁸². Assim, é possível afirmar a regra da irretroatividade não apenas quando for introduzida uma nova figura de crime, mas também quando, de qualquer forma, a nova lei possibilitar a punição de um comportamento concreto anteriormente tido como lícito⁸³.

Na prática dos tribunais, a não aplicação retroativa de uma nova interpretação mais gravosa pode ser problemática na medida em que poderia impossibilitar a própria alteração jurisprudencial, já que a interpretação, se não fosse também aplicada ao caso *sub judice*, também não poderia sê-lo aos posteriores, pelo fato de não poder extrapolar os limites da coisa julgada⁸⁴.

A fim de conciliar as exigências de atualização da jurisprudência e de confiança do cidadão no ordenamento jurídico, o *prospective overruling*

⁸¹ Boschi, op. cit., p. 135 e 136.

⁸² Mauro Leone, *apud* Sanguiné, op cit., p. 156.

⁸³ Camaioni, op cit., p. 30 e 31. Entre nós, e com relação à matéria não penal, Muscari pondera que, em caso de alteração do entendimento outrora adotado, “a incidência imediata do novo precedente vinculante representaria intolerável surpresa aos jurisdicionados, que supunham legitimamente que a conduta ‘correta’ era aquela que se compatibilizava com o *decisum* anterior”. Muscari, Súmula vinculante, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 90.

⁸⁴ Schmidt, O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 235, nota 427.

constitui uma técnica utilizada nos ordenamentos da *common law* que permite ao juiz aplicar o precedente em um caso, mas já alertando que os casos futuros serão decididos de outra maneira. Esse expediente algumas vezes usado pelos tribunais é caracterizado por, ao mesmo tempo, assegurar a aplicação do direito do mesmo modo como o era no momento da prática delituosa, sem com isso deixar de permitir que a jurisprudência evolua de acordo com as novas valorações. Assim, no momento em que o caso está sendo julgado, na hipótese dos magistrados entenderem que o precedente precisa ser modificado, a modificação será feita; de acordo com as garantias do princípio da legalidade, no entanto, o novo entendimento, desfavorável ao réu se comparado àquele existente no momento da infração, não será aplicado a ele, mas somente aos acusados que praticarem a infração a partir da nova orientação jurisprudencial. Com isso, a corte avisa sobre a iminente mudança de critério jurídico, evitando o trauma da quebra da segurança jurídica no caso em julgamento⁸⁵.

Trata-se, portanto, de um diferente estilo de decisão de que resultaria uma aplicação analógica do princípio da irretroatividade, pois através desses critérios o tribunal que concluísse por uma justificada alteração da jurisprudência até então seguida não deixaria de aplicar tal solução ao caso *sub judice*, mas anunciaria outra diferente, no sentido da alteração que entendesse justificada, para os casos análogos a serem decididos no futuro.

⁸⁵ Importa observar que o *prospective overruling*, tal como descrito, é uma evolução de uma outra técnica que existiu na *common law*. Embora tivesse a mesma denominação, o primeiro conceito de *prospective overruling* dizia respeito à decisão judicial em que o juiz, a fim de não frustrar as expectativas que no caso concreto apresentavam-se merecedoras de tutela, estabelecia que a nova solução valeria apenas para o caso em julgamento e para os casos futuros, mas não para os demais casos ocorridos na vigência do precedente recém superado. As principais críticas a essa solução estavam relacionadas à diferença de tratamento entre o caso *sub judice* e os demais casos ocorridos sob a jurisprudência superada: não havia razões que justificasse tal disparidade de tratamento. Bin, Il precedente giudiziario – Valore e interpretazione, Padova: CEDAM, 1995, p. 134 e 135.

6.2. O reconhecimento do erro de proibição

No contexto descrito, a exclusão da culpabilidade a partir do reconhecimento do erro de proibição apresenta-se como importante alternativa na busca por uma solução harmônica ao significado valorativo dos princípios da legalidade e da culpabilidade no direito penal. Diante da constatação de que diversas interpretações de uma lei dão lugar a diversas leis, o erro induzido pelas diversas interpretações de uma mesma lei penal pode ser considerado equivalente a um erro sobre a lei penal⁸⁶.

Nesse sentido já se manifestava Bricola, ao dizer que a taxatividade do tipo penal impõe-se, também, sob o aspecto da incidência do erro. Segundo este autor, quando a norma exige valoração judicial, não pode ser excluída a possibilidade de o agente incorrer em erro, pelo simples fato da norma precisar ser interpretada pelo juiz⁸⁷.

Romano, por sua vez, embora guardasse restrições à total equiparação entre modificações legislativas e jurisprudenciais, também se manifestou no sentido de que um ordenamento atento materialmente às exigências garantísticas da legalidade não pode desconsiderar a hipótese em que o cidadão assume um comportamento que parecia possível, ou seja, lícito, com base no entendimento da jurisprudência. Nestes casos, a brusca passagem a uma interpretação nova e mais rigorosa da mesma lei poderia ser compensada por uma ou mais causas subjetivas de exclusão ou atenuação da culpabilidade, de modo a serem reconhecidos o erro de proibição e a ignorância da lei penal⁸⁸.

⁸⁶ Cadoppi, *Il valore...*, op. cit., p. 266. Observa esse autor não ser absurdo um cidadão se informar se a sua ação é penalmente lícita ou ilícita; em certos casos é ténue o limite entre o lícito e o ilícito, de modo que é plausível que a pessoa se informe sobre a licitude da conduta que pretende praticar – o que ocorre especialmente no âmbito das atividades econômicas, ou ligadas ao direito penal da economia. Cadoppi, *Il valore...*, op. cit., p. 319 e 320.

⁸⁷ Bricola, *Discrezionalità...*, op. cit., p. 47, 48 e 296.

⁸⁸ Romano, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, volume I, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 2004, p. 46 e 47.

Com a mesma ressalva, Roxin observa que pode haver situações em que o agente confiou em determinada orientação jurisprudencial de maneira não reprovável, tendo inclusive tido assessoria jurídica para tanto; nesses casos, não seria justo castigar o sujeito pela sua confiança no direito, mas a absolvição deve ser creditada a um erro de proibição não culpável, sem que para isso seja preciso alargar a proibição de retroatividade à jurisprudência⁸⁹.

Também Castanheira Neves entende que a possível influência da jurisprudência estabilizada no comportamento do agente impõe o reconhecimento da excludente de culpabilidade. Essa solução, segundo ele, afasta a aplicação pura e simples do princípio da irretroatividade às possíveis alterações da jurisprudência criminal, embora não deixe de dar cumprimento razoável ao seu sentido essencial, preservando os agentes submetidos a julgamento de decisões incriminadoras imprevisíveis⁹⁰.

Deve ser ressaltado, no entanto, que somente num sistema em que os contrastes sincrônicos são muito raros faz sentido aventar a hipótese de exclusão da culpabilidade em razão do erro de proibição diante de verdadeiras mudanças jurisprudenciais consequentes a contrastes diacrônicos; nesses casos, pode-se dizer que o cidadão de fato confiou (ou tinha a possibilidade de confiar) numa consolidada interpretação de licitude do fato por ele realizado, e a mudança jurisprudencial não era previsível. Já num sistema caracterizado por contemplar maior número de contrastes sincrônicos é mais difícil definir o erro como inevitável, porque ao menos o sujeito podia ter dúvida sobre a ilicitude da sua conduta, tendo em vista a presença na jurisprudência de decisões também contrárias⁹¹.

Há que ser considerado, no entanto, que o instituto do erro

⁸⁹ Roxin, *Derecho Penal – Parte General Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 165 e 166.

⁹⁰ Castanheira Neves, *op. cit.*, p. 332 e 333.

⁹¹ Cadoppi, *Il valore...*, *op. cit.*, p. 321.

de proibição representa uma espécie de “válvula de segurança” do ordenamento penal em vista da realização do princípio da culpabilidade, não devendo ser considerado como um instituto jurídico fisiológico dentro do sistema. Essa forma de exclusão da culpabilidade deve atuar somente quando o ordenamento tiver falido na sua tarefa e, portanto, não tenha havido a possibilidade de conhecimento dos ilícitos penais que representa um aspecto inquestionável da ciência da legislação penal; ou quando diante de uma norma objetivamente reconhecível, o sujeito encontra-se numa condição subjetiva em que não lhe pode ser reprovada a ignorância da lei⁹². Em suma, deve ser aplicado em casos excepcionais, e não ser tido como uma regra.

7. Conclusões

Nos ordenamentos jurídicos em que está constitucionalmente previsto, o princípio da legalidade cumpre a importante função de assegurar a todos os destinatários das normas penais a possibilidade efetiva de conhecê-las antes de optarem pela conduta a ser praticada. Essa garantia, portanto, além de representar o reconhecimento da função de prevenção geral, também é uma forma de manifestação da racionalidade que deve existir no modo como o Estado exerce o seu direito de punir, já que impede que haja com arbitrariedade ou capricho.

Há situações em que a garantia almejada pelos princípios da taxatividade e da anterioridade da lei penal pode ficar sem efeito, já que, frente às diferentes interpretações possíveis, nem sempre a existência de uma norma predeterminada assegura ao cidadão o prévio conhecimento do direito que concretamente será aplicado. Assim, não é suficiente a existência de um texto legal claro e preciso, sendo necessário, também, que daquilo que está escrito no diploma legislativo seja claramente aferido o modo como a norma será aplicada.

Dessa forma, considerando que a jurisprudência desenvolve

⁹² Cadoppi, *Il valore...*, op. cit., p. 266.

importante e insubstituível participação na delimitação do alcance das normas penais, devem ser buscadas formas de proteger o cidadão frente às oscilações interpretativas, conferindo-lhe segurança jurídica. Nesse contexto, a aplicação da irretroatividade dos entendimentos jurisprudenciais prejudiciais ao réu ou o reconhecimento do erro de proibição nessas hipóteses mostra-se destacadamente essencial para que não se perca o valor de garantia do princípio da legalidade penal.

8. Bibliografia

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito penal e criação judicial, Tese de titulariedade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1988.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, 4ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BIN, Marino. Il precedente giudiziario – Valore e interpretazione, Padova: CEDAM, 1995.

BOSCHI, Marcus Vinícius. Da retroatividade da jurisprudência penal mais benigna, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BRANDÃO, Nuno. Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1289 a 1314.

BRICOLA, Franco. La Discrezionalità nel Diritto Penale, volume I – Nozione e Aspetti Costituzionali, Milano: Giuffrè, 1965.

CADOPPI, Alberto. Il valore del precedente nel diritto penale – Uno studio sulla dimensione *in action* della legalità, Torino: Giappichelli, 1999.

----- Il principio di irretroatività, in *Introduzione al sistema penale (a cura di Insolera, Mazzacava, Pavarini, Zanotti)*, vol. I, Torino: Giappichelli Editore, 1997, p. 154 a 191.

----- Il problema delle definizioni legali nel diritto penale, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Studi coordinati da Alberto Cadoppi, Padova: Cedam, 1996, p. 1 a 30.

----- La genesi delle fattispecie penali – Una comparazione tra civil law e common law, in *Sistema Penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di Giovanni Fiandaca, Padova: CEDAM, 1997, p. 146 a 184.

CAMAIONI, Salvatore. Successione di leggi penali, Padova: CEDAM, 2003.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Tipo penal e linguagem, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 2ª ed. Adaptada al Código Penal de 1995, Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

CASTANHEIRA NEVES, A. O princípio da legalidade criminal (O seu problema jurídico e o seu critério dogmático), *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, p. 307 a 469.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. O caráter retórico do princípio da legalidade, Porto Alegre: Síntese, 1979.

D'AMICO, Marilisa. Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale, *in* Giurisprudenza Costituzionale, gen. – feb. 1998, ano XLIII, p. 315 a 376.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ESER, Albin. Comentários ao parágrafo 2, *in* Sshönke, Adolf e Schröder, Horst, Strafgesetzbuch: Kommentar, München: Beck, 1997, p. 53.

FERRERES COMELLA, Víctor. El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional), Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

FIANDACA, Giovanni. Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88, *in* Foro Italiano, 1988, p. 1385 a 1395.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. Diritto penale Parte generale, 3ª ed., Bologna: Zanichelli Editore, 1995.

FIERRO, Guillermo J.. Legalidad y retroactividad de las normas penales, Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

GÁLVEZ, Juan Monroy. La importancia de la jurisprudencia en el derecho nacional, *in* Revista Peruana de Ciencias Penales, año II, enero-junio 1994, nº 3, Editora Jurídica Grijley, p. 301 a 305.

HASSEMER, Winfried. Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? – Sul divieto di analogia nel diritto penale, *in* Ars Interpretandi, 1997.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 3 ed., trad. José Lamego,

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUIZI, Luiz. Os princípios Constitucionais Penais, 2 ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MADRID CONESA, Fulgencio. La legalidad del delito, Universidad de Valencia, 1983.

MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale, 4ª ed., Padova: Cedam, 2001.

MOCCIA, Sergio. La 'promessa non mantenuta' – Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. Súmula vinculante, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

ORRÙ, Giovanni. Le definizioni del legislatore e le redefinzioni della giurisprudenza, *in* Il problema delle definizioni legali nel diritto penale, Studi coordinati da Alberto Cadoppi, Padova: Cedam, 1996, p. 147 a 161.

PADOVANI, Tullio. Le Fonti del Diritto Italiano - Codice Penale, Milano: Giuffrè, 2005.

PALAZZO, Francesco. Introduzione ai principi del diritto penale, Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

----- Il principio di determinatezza nel diritto penale, Padova: CEDAM, 1979.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La seguridad jurídica, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1991.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal: parte general - Tomo I: Fundamentos Científicos del Derecho Penal, 4ª ed., Barcelona: Bosch, 2001.

PULITANÒ, Domenico. Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza, *in* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1988, p. 686 a 731.

REALE, Miguel. O Direito como Experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica), São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal – Parte Geral, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

----- Razão e subjetividade no direito penal, *in* Ciências Penais, vol. 0, p. 226 a 249.

----- Anti-semitismo é racismo, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 11, nº 43, abr/jun de 2003, p. 323 a 348.

ROMANO, Mario. *Commentario Sistematico del Codice Penale*, volume I, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal, *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 31, p. 144 a 169.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOZZINI, Carlos A.. La retroactividad de los fallos plenarios penales, en particular del caso “Barbas”, *in Doctrina Penal*, 1982, p. 719 a 724.

VIOLA, Francesco e ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 5ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004.

Garantias, consenso e justiça no processo penal

Miguel Tedesco Wedy

*Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)*¹

Resumo: As ideias de garantia e justiça estão presentes no processo penal. Para afirma-las, contudo, impõe-se um elemento de ligação. Esse elemento, para nós, é a eficiência. Não aquela eficiência utilitária, mas uma eficiência que irrompa de outra base, preocupada com a pessoa humana e com os direitos fundamentais. Essa ideia de processo poderia trabalhar com o instituto da barganha, em situações pontuais e delimitadas.

Palavras-Chave: Garantias, Justiça, Eficiência e Barganha.

Abstract: The guarantee and justice ideas are present in criminal proceedings. For these states, however, it must be a connecting element. This element for us is efficiency. Not that utilitarian efficiency, but an efficiency that break out of another base, concerned about the human person and fundamental rights. This process could work with the idea of plea bargaining, in specific and defined situations. Keywords: Guarantees, Justice, Efficiency and Plea Bargaining.

Introdução

O convite que me foi formulado pelo Professor Doutor Fabio Roberto D'ávila para falar nesse evento, por certo, provém da reconhecida veneração que ambos temos pela Casa comum do nosso Doutorado, a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Aquele lugar de retidão, integridade e saudade, muita saudade.

Mas, sob outro aspecto, o convite me impôs refrear uma outra

¹ Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela FDUC (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Advogado Criminalista.

saudade, ainda mais longínqua na memória afetiva, que é a saudade da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, onde cursei a graduação e o mestrado, com mestres cujos nomes eu registro com inolvidável admiração: Ney Fayet Júnior, Aury Lopes Júnior, Alberto Rufino de Sousa, Ruth Gauer, Gabriel Gauer, Hélio Silva, Alfredo Cataldo, Salo de Carvalho.

Foi aqui, em primeiro lugar, onde comecei a refletir criticamente acerca do direito penal e do processo penal. Que direito penal e processo penal eram aqueles que eu via todos os dias nas varas criminais, cheias de pobres e de desvalidos?

Onde estavam aqueles direitos e garantias, brandidos tão brilhantemente nas salas de aula? Eles ainda eram vistos num velho Tribunal de Justiça, onde havia uma Quinta Câmara Criminal, tão atacada, tão fustigada, mas tão amiga da Constituição e das leis e dos direitos humanos.

Eu imaginava, na minha inocência, que tudo haveria de melhorar naqueles tempos. Já lá se vão vinte anos. Acreditava que as leis e a Constituição seriam cumpridas, as garantias respeitadas, que o direito penal faria um movimento de inflexão e seria reduzido ao mínimo essencial e, também, que a ideia do consenso, trazida especialmente pela Lei 9099/95, haveria de humanizar o direito penal!

Imaginava que institutos como a Transação penal, isto é, a aplicação antecipada de penas restritivas de direitos aos crimes com pena máxima até 1 ano, depois alargada para os crimes com penas máximas até dois anos, e a suspensão condicional do processo, para os crimes com penas mínimas até 1 ano, trazidos pela lei 9099/95, formariam uma nova era de diminuição do Estado penal e de afirmação das garantias!

...Foi um engano!

Na verdade, os Juizados Especiais Criminais ressuscitaram contravenções e pequenos delitos que já estavam em estado de

putrefação.² Ou seja, aquilo que não deveria mais ser direito penal, manteve-se como direito penal, graças ao consenso e aos juizados especiais criminais. Foi a ideia de consenso e de simplificação da Justiça que deu sobrevida para o que já deveria estar enterrado em direito penal ou para o que não é mais direito penal. Foi a ideia de encerrar demandas, sem uma maior preocupação com a ideia de Justiça, que fez o fracasso dos Juizados Especiais Criminais, enfim, os Juizados expandiram um direito penal que deveria, em grande parte, ter sido extinto.

De lá para cá a população brasileira aumentou 30% e o número de presos aumentou mais de 300%!!!

Ademais, houve uma profusão de leis penais incriminadoras e normas processuais restritivas de direitos fundamentais, em todas as áreas, com a introdução de novos mecanismos de investigação como as interceptações telefônicas, as infiltrações, normas que flexibilizaram a refutação da prova derivada da ilícita, as escutas ambientais e, por fim, a delação premiada, sim a delação premiada, não uma colaboração, mas a delação, a delação, esse instrumento tão útil, tão eficiente, como temos visto nos últimos tempos, e, ao mesmo tempo, tão imoral e desprovido de ética.

Por óbvio que o Direito não é a moral e a moral não é o Direito, mas um Direito que se aparta por completo da moral é um direito relativizado e que se despega, inclusive, dos valores que estão na própria Constituição. A delação premiada ou colaboração premiada não nos pode entorpecer, fazendo com que esqueçamos o quão deletério é esse instrumento do ponto de vista da moral.

Todo delator, é, de fato, desprezível, ele delata, como regra, por estratégia de custo benefício, uma estratégia que lhe permite falar a verdade, mas também mentir, aumentar e inventar responsabilidades

² Fundamental ler o trabalho de AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da Justiça Penal Brasileira.”, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 16, nº 47, out/2001, p. 97-110.

alheias, construir meias verdades.

Sinto, pois, uma dor indizível, no meu desiderato de aumentar as garantias e proteger as liberdades. O que resta, pois, é lutar, lutar com todas as forças para formar melhores juristas, mais preocupados com o outro e com a Constituição, lutar nas tribunas e nos pretórios contra uma visão midiática e política que vê nas garantias um empecilho para a afirmação da Justiça, lutar, pois, para que a ideia do consenso se modifique, e não seja apenas um instrumento de expansão do direito penal e de destruição do devido processo, do direito ao silêncio, do direito de não fazer prova contra si, da presunção de inocência e do princípio acusatório, ao entregar um poder aos delegados e membros do Ministério Público, que os tornam verdadeiros juízes, ao fixarem penas e limites desses consensos, tantas vezes espúrios.

II) a necessidade de uma base para o consenso

Vejam, pois, o que deveríamos fazer para enfrentar os riscos e as oportunidades que decorrem da ideia de consenso no processo penal.

O primeiro erro que temos cometido, todos nós, processualistas e penalistas, é desprezar a ideia de eficiência. Ou melhor, desprezar uma certa ideia de eficiência.

Pelo que se tem visto e lido, de maneira amplamente majoritária, tem-se atacado a eficiência, como um valor não aceitável no âmbito do direito, algo desprezível na nossa tão desgastada ciência prática. Isso é um grande erro, pelo qual estamos pagando caro.

Ela, a eficiência, é importante para o homem atual, para o ser-pessoa do presente. Assim, como afirmou, certa feita, Baptista Machado, parece um destino do homem essa permeabilidade da consciência a certa verdade ou valor em cada época histórica, o que se depreende como “um facto radical e irradicável”.³

³ MACHADO, J. Baptista. “Antropologia, existencialismo e direito.” *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano 11, p. 62, 1960.

A eficiência é valorada pela sociedade, pelo povo, pelas pessoas comuns, que erigiram esse valor em algo relevante. Não é uma criação cerebrina de intelectuais da análise econômica. É algo que a sociedade atual, falo aqui no mundo ocidental, no qual vivemos e estamos inseridos, erigiu como um valor relevante. Não está lá na Constituição Federal, no art. 37, *caput*, como princípio da administração pública?? Não esteve lá, na exposição de motivos do Código de Processo Penal português, item 8, no tópico “*eficiência da administração da justiça penal*”, ressaltando que a eficiência processual não deve se render a “*uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela dos bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos*”.

Portanto, não sejamos arrogantes, soberbos, para dizer que não tem valor aquilo que a sociedade valora de fato! É natural que as sociedades, de tempos em tempos, tragam à ribalta novos valores. Se desprezarmos isso que ciência estaremos fazendo? Que acadêmicos seremos??

Tenhamos, assim, a humildade de reconhecer que a ideia de repelir qualquer ideia de eficiência no direito penal e no processo penal está fazendo com que a academia seja atropelada pela *práxis*!! Todas as reformas que temos visto estão encharcadas de eficiência.

A questão é: que eficiência queremos em matéria de processo penal e em matéria de Consenso???

Nessa *epochè*, como refere Galimberti, o pensamento ocidental, já afastado daquele pensamento cósmico dos gregos, estrutura uma razão utilitarista e eficientista.⁴ Um pensamento caracterizado, e aí Galimberti refere Heidegger, pela potência científica e tecnológica, que almeja, pela

⁴ GALIMBERTI, Umberto. *Heidegger, Jaspers e il tramonto dell'occidente*. Milano: EST, 1996. p. 47 e ss.

planificação, pelo cálculo, dominar e controlar todas as coisas.⁵ Uma razão como capacidade de previsão, de cálculo prevencionista. Como refere Galimberti, “La misura della ragione è quella dell’efficienza”, modifica aquela pergunta metafísica de natureza essencial “Che cos’è”, pela pergunta prática de tipo funcional: “A che serve”.⁶ E esse universal utilitarismo é que hoje quer dominar, se já não domina, o pensamento penalístico ocidental. Uma racionalidade de fins e meios que traduz os valores em fins e os fins em causas eficientes de um processo efficientístico.⁷ E, ao contrário de diminuir, com tal postura, os riscos se potencializam.⁸ Há como que uma exigência efficientista que perpassa o pensamento atual.⁹

Por certo que a eficiência não pode ser só aquela da análise econômica ou ainda uma eficiência meramente utilitária. Essas que estão aí, como referimos, brandidas na realidade pretoriana.

Essas “eficiências”, próprias de uma visão utilitária, seriam uma categoria estratégica e utilizada “para pensar a realização dos objectivos num certo complexo de realidade, num certo contexto de circunstâncias com que se tem de contar pelo seu relevo já potenciador, já desviante, já impeditivo, e que, por isso, exigirá, a definição de um ‘princípio de optimização’, i. é, a intenção da melhor ou da máxima realização dos objectivos naquele contexto circunstancial em referência aos efeitos aí possíveis. Se a eficácia é uma categoria comum a qualquer funcional instrumentalização, a eficiência é principalmente invocada nos domínios estratégicos, razão por que a reencontramos sobretudo no funcionalismo jurídico social-económico.”¹⁰

⁵ Ibid., p. 79.

⁶ GALIMBERTI, Umberto. *Heidegger, Jaspers e il tramonto dell’occidente*. Milano: EST, 1996. p. 153.

⁷ Ibid., p. 155.

⁸ Ibid., p. 163

⁹ Semelhante à ponderação de GALIMBERTI, Ibid., p. 164.

¹⁰ NEVES, António Castanheira. “O funcionalismo jurídico: caracterização fun-

Valendo-nos das palavras de Castanheira Neves, aceitá-las seria a conversão do direito, em “*técnica de gestão que visa promover o desenvolvimento económico e social óptimo da cidade*”, tudo embasado na “*ideologia tecnocrática*” e na sua “*legitimação pela performance ou a eficiência: uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim prosseguido e este fim é ele próprio desejável se produz resultados que satisfaçam uma finalidade mais geral.*”¹¹

Trata-se, portanto, de uma necessária refutação, a fim de repelir um certo tipo de racionalidade, pois, de um lado, temos “*a validade, do outro, a oportunidade; de um lado, o fundamento, do outro, a estratégia; de um lado, a justiça, do outro a eficácia; de um lado, o juízo (a fundamentante conclusiva discursiva), do outro a decisão (a volitiva escolha entre possibilidades); de um lado, o direito como uma categoria ética; do outro, o direito como uma categoria técnica*”.¹²

Na trilha que referimos, a eficiência serviria para expandir o direito penal, fragilizar as garantias do direito ao silêncio, do *nemo tenetur*, da presunção de inocência e, fundamentalmente, tornaria o processo um luxo ou uma batalha para os valentes, que tivessem a ousadia de não aceitar as transações, as suspensões do processo e as barganhas, isto é, a aplicação antecipada de pena privativa de liberdade, sem processo!!

Esse é o consenso que teremos, caso continuemos a repelir o enfrentamento desse tema.

Mas, afinal, que eficiência queremos?

Essa ideia de eficiência que acabamos de referir está expandindo o direito penal e destruindo garantias, essa ideia pode acabar com o direito

damental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade.” In: _____, *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 232.

¹¹ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 60.

¹² NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 63.

ao processo penal em nome da utilidade e, impõe-se dizer, esquece da justiça para ficar com aquilo que se chama de “eficácia para a resolução de demandas”.

Olhemos, pois, para a realidade que se vê no direito americano em matéria de consenso¹³, decorrente do *plea bargaining*, com a expansão do Direito Penal (mais de 90% dos processos são resolvidos por acordos entre acusação e defesa, o que permite aumentar o estado penal, como se vê no número de presos, com quase 2,2 milhões de presos), coação e condenação de inocentes (há inocentes que se dizem culpados em razão do medo, das pressões ou para não gastar com processos), desigualdade das partes (imagine negociar um acordo no qual o outro lhe propõe prisão perpétua), morte do processo e violação do devido processo (o direito ao processo vira um luxo para os ricos e para os valentes, com todos os riscos inerentes) .

Por óbvio que uma visão assim se deve repelir.

Trata-se de uma fortíssima e sedutora ideia que credita à eficiência a redução da criminalidade e a celeridade processual. Na verdade, a realidade demonstra que, de forma paralela e, talvez, mais forte, o que se diminui é a plethora de garantias. O que se vê, de fato, é uma explosão da intervenção penal em certas áreas, com a contínua despreocupação penal em outras áreas, tudo agravado pela utilização do processo penal como um mecanismo sem densidade valorativa, sem cerne, de forma fraca e pobre do ponto de vista das garantias fundamentais.

Essa ideia de processo penal acaba por gerar um conflito pontual dentro das controvérsias judiciais, expondo a ausência de densidade das discussões jurídicas, posto que não se aplica muitas vezes o conteúdo de garantias constitucionais e, tampouco, enfrenta-se com veemência as violações de normas legais e o déficit de aplicação do texto

¹³ Sobre o tema a dissertação de mestrado de Vinícius Gomes de Vasconcellos. Barganha e Justiça Criminal Negocial. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. São Paulo, IBCCRIM, 2015.

constitucional. Via de regra, quanto mais esse discurso está impregnado na atividade jurisdicional, mais garantias são violadas, principalmente nas instâncias iniciais de julgamento, por magistrados mais sensíveis aos apelos populares e mediáticos. Como resultado, o que se tem é um *déficit* de garantias. Um *déficit* que resulta em processos expeditos e prontos, mas que não se legitimam do ponto de vista dos princípios e da Constituição, motivo pelo qual acabam anulados ou extintos, em determinadas situações. E isso acaba por resultar num aumento da sensação de impunidade, ao menos para o senso geral comum, pois se tem a sensação de que os tribunais superiores julgam de forma mais tênue e fraca, quando, na verdade, estão a cumprir a sua razão de existência, de zelar pela uniformidade da jurisprudência e pelo respeito à Constituição. O papel que se lhes cabe não é o de realizar “justiçamentos” ou de atender ao clamor popular, muitas vezes, os maiores inimigos da Justiça e da Eficiência. Mas, sim, o de fazer justiça dentro dos limites da Constituição. E tudo isso é deletério para a democracia, pois se passa a ver o conteúdo das garantias fundamentais como um mecanismo de impedimento da aplicação da justiça, quando o que ocorre é justamente o contrário, o conteúdo das garantias existe para dar legitimidade e eficiência à justiça e a sua aplicação.

A ideia que entendemos relevante no atual contexto histórico é uma ideia que observa a eficiência sob outro prisma.

A nossa ideia é a verificação da eficiência como numa unidade de sentido, a partir de um fundamento (a relação onto-antropológica referida por Faria Costa), de uma função (a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes) e de uma finalidade (o alcance da justiça e da paz jurídica).¹⁴ A partir daí, com o equilíbrio e a presença

¹⁴ Ideia desenvolvida em “*Eficiência como Critério de Otimização da Legitimidade do Direito Penal e Seus Desdobramentos em Processo Penal*”. Tese de Doutoramento na Universidade de Coimbra (2013). Sobre a ideia onto-antropológica em direito penal nos estribamos em COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007 e COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em direito penal*.

desses requisitos, poder-se-ia falar de eficiência legítima em direito penal. E, por conseguinte, poder-se-ia falar também da repercussão da eficiência em processo penal.

Mas, aqui, isso ocorreria pela ligação fundamental entre essa hélice tríplice, formada pelas ideias de garantia, de justiça e de eficiência. Quando em processo penal estivermos diante da conjunção desses predicados, que não se podem separar, sob pena da perda de legitimidade e densidade axiológicas, poder-se-á falar em maior eficiência do processo penal.

Isso em razão de que não há justiça sem garantias. Uma decisão justa sem o respeito pelas garantias perde a legitimidade. E, aqui, não falamos da legitimidade popular, o anseio do povo, a fome e a sede de Justiça. Não. Essa justiça, desprovida de forma, de ponderação e de racionalidade, não raro é a própria vingança travestida de ideário nobre. Num Estado Constitucional e Democrático de Direito, a justiça judicial não se há de fazer sem formas. A forma é garantia, a garantia é liberdade, a liberdade se confunde com o Estado de Direito. O contrário é a burla e a opressão.

Assim, para que um processo seja eficiente e justo, ele não poderá prescindir de garantias. Falamos, assim, da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da intimidade e da privacidade e do sigilo profissional, do direito ao silêncio, da oralidade, da publicidade, garantias que o consenso viola quase sempre no paradigma americano.

Tais garantias não devem ser desprezadas sob o pretexto de alcançar a verdade e a justiça a qualquer preço. Na realidade jurisdicional, entretanto, não é raro que, sob a afirmação da “proporcionalidade”, boa parte dessas garantias estejam a ser violadas e diminuídas concretamente. Aí

Coimbra: Coimbra Editora, 1992. E também em D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

se dá um contrasenso, pois justamente pela ideia de “proporcionalidade e ponderação” se está a decidir de forma não razoável e imponderada, fragilizando-se garantias em nome da comodidade da investigação, numa inversão absoluta dos valores processuais, ficando o conteúdo das garantias fundamentais em segundo plano.

A realidade que nenhum sistema é capaz de esconder é que vem sendo uma constante, em vários ordenamentos jurídicos, um certo desfalecimento dessas garantias, em razão de um incremento acentuado das prisões cautelares (especialmente no Brasil), das interceptações telefônicas, das quebras de sigilo, da introdução de meios de investigação invasivos, bem como da ideia forte de inexistência de nulidades sem o reconhecimento de prejuízos concretos.

E esses desfalecimentos vêm gerando mais e mais impunidade, em razão da insegurança jurídica decorrente da restrição desarrazoada de garantias. Estamos a tratar, pois, do ponto mais saliente e relevante dessa tríade, sem o qual justiça e eficiência não subsistem. Importa, pois, mostrar que num contexto assim, de um sistema que objetiva a justiça e a paz jurídica de forma eficiente, impõe-se como fundamental e preponderante, a ideia de garantias.

A garantia dá estabilidade ao sistema. Por seu maior peso, a garantia há de ser preservada num patamar mais altaneiro, ainda que uma decisão que a preserve custe uma postergação da justiça, da verdade e da paz. Isso em razão de que não haverá paz e justiça sem o respeito pela formalidade racional e essencial das garantias. Com isso, não estamos a propor o absolutismo de princípios constitucionais. Não. O que estamos a propor é a refutação da relativização absoluta dos princípios como se tem visto na prática judicial desses países, o que está expresso na relativização da presunção de inocência (basta ver a quantidade de prisões em nome da ordem pública, um argumento não cautelar), da intimidade (basta ver a quantidade de interceptações e a sua dilatação no tempo, durante meses e anos), do contraditório (com provas e perícias produzidas no inquérito,

sem contraditório e ampla defesa, não repetidas em juízo), da ampla defesa (basta ver a jurisprudência absurda de que a defesa deficiente não gera nulidade, exceto se houver prejuízo, ora, se a defesa é deficiente houve prejuízo e não houve ampla defesa), do devido processo. Só desse modo é que os direitos e garantias fundamentais serão preservadas.

Na atualidade, uma certa compreensão de compensação e sopesamento dos princípios vem esgaçando o conteúdo das garantias, mormente em razão de um tremendo apelo da mídia e de uma tendência populista do legislador penal e dos muitos juízes, que capitularam. As garantias, assim, passam de uma condição de estabilizadoras do sistema, para meros obstáculos. Numa perspectiva psicológica, o *superego* representado pelas garantias vem sendo esmagado pelo *id* da justiça, num desequilíbrio que vem se estabilizando no sentido da refutação e da fragilização de princípios fundamentais. Um caminho que se sabe como começa, mas não se sabe onde poderá terminar, ainda mais numa sociedade esquecida dos sacrifícios do passado para o alcance dessas mesmas garantias.

Mas, se tudo isso é verdade, não se pode esquecer de que o sistema penal e processual penal deverá ter uma eficiência mínima e republicana, com órgãos de investigação e acusação independentes e equidistantes, com magistrados que preservem a sua imparcialidade e distribuam a justiça num tratamento igualitário das partes.

Assim, um sistema ineficiente, que esqueça a busca da justiça e da paz jurídica, que descambe pela ausência de proteção dos bens jurídicos mais relevantes na seara penal, não é um sistema legítimo, pois não encontrará nem respaldo democrático e popular para se manter hígido e tampouco resguardo constitucional, já que a justiça é um fim fundamental de um direito democrático.

Da mesma forma, esse processo penal deverá ter sempre no seu norte a busca da justiça e da paz jurídica, sem desconsiderar das

garantias, da relevância e da densidade dos bens jurídicos, da relação onto-antropológica de cuidado de perigo. Haverá, assim, eficiência nesse sistema. Ou, ao menos, uma prática que se alberga também numa eficiência legítima, com um fundamento claro, uma função específica e uma finalidade íntegra. Portanto, o fim do processo também é alcançar a justiça e a paz jurídica.

Afastando-se por completo dessa ideia, o processo passa a ser também um instrumento de proteção de determinadas parcelas da sociedade, capazes de construir uma plêiade de leis processuais penais que impossibilitem ou obstaculizem, por completo, a realização da justiça. E isso também não se pode permitir, pois então se deixa escapar a ideia de justiça e de paz jurídica, decaindo a eficiência do próprio sistema processual.

Por fim, a justiça se apresenta como um fim absolutamente necessário e legítimo do direito penal e do próprio processo penal. Mas não uma justiça a qualquer preço. Uma justiça desabrida, demagógica, populista, eleitoreira e esquecida da razão. Uma justiça que não é justiça, mas mero “justiçamento”. Não se fará justiça, como já se referiu, sem respeito pela garantias e tampouco será fácil alcançar a justiça sem eficiência. A justiça, aquela ideia de decisão razoável, ponderada, equilibrada, serena, construída de forma equitativa, não se realiza sem um processo com garantias plenas, asseguradas na Lei e na prática judicial.

Por certo que, aqui e ali, a busca da justiça obrigará a restrição de garantias, mas que isso não seja uma carta branca para a generalização das restrições da liberdade antes do trânsito em julgado, para a introdução de meios invasivos de prova como regra, para a perversão absoluta da intimidade como primeiro mecanismo da investigação, muitas vezes, com base em depoimentos anônimos e muito menos para a adoção de interpretações redutoras das garantias conquistadas com sacrifícios históricos. Que a justiça se alcance num processo eficiente, respeitador das garantias, ponderado e racional.

Como ficará o consenso se aceitarmos essa ideia???

Não podemos negar que a ideia de consenso e de direito premial é muito forte ao longo da história.

Inicialmente, importa dizer que a ideia de um “direito premial” não é nova, como aponta Mário Pisani.¹⁵ Recompensa e prêmio, faz muito tempo, acabaram por compor o mundo do Direito. Segundo Mario Pisani, as obras de Melchiorre Gioia (*Del merito e delle ricompense*), de Giacinto Dragonetti (*Delle virtù e de'premio*), Diderot (*Essai sur le mérite et la vertu*), Bentham (*Teoria delle pene e delle ricompense*), bem como de Jiménez de Asúa (*La recompensa como prevención general. El Derecho Premial*), passando ainda por Serenella Armellini (*Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*) e Norberto Bobbio, atestam que a ideia de introdução de um direito premial compõe um cenário possível com o tradicional direito penal. Jiménez de Asúa chega a colocar o direito premial como “*contrepartie nécessaire du droit penal*”, numa espécie de direito complementar ao direito penal, inclusive como meio preventivo geral na luta contra o crime, afirmando que “La ciencia penal clásica y represiva se va retirando poco a poco y lleva em alma la conciencia del fracaso; hoy se lucha primeramente contra el crimen con médios preventivos, por qué no ensayar la recompensa como médio de profilaxis general? Nada hay en la justicia laudativa que haga suponer malos resultados; por ensayarla nada se pierde y puede ganarse mucho”.¹⁶

¹⁵ PISANI, Mario. *Studi di Diritto Premiale*. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010, p. 262/263. E, ainda como exemplo histórico de direito premial, veja-se o caso referido por Pisani, do General Giuseppe Garibaldi, que recebeu uma pensão do governo italiano, em razão dos serviços prestados para a Unificação Italiana. Sem esquecer que, antes disso, há um precedente de direito premial que envolve o mesmo Garibaldi, fato não referido por Mario Pisani: o fato de Garibaldi ter recebido um rebanho de 500 reses ao deixar o exército rio-grandense, durante a Revolução Farroupilha, por ato do Presidente da República Rio-Grandense, o general Bento Gonçalves da Silva. CAPUANO, Yvonne. *Garibaldi*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007. p. 170-173.

¹⁶ PISANI, Mario. *Studi di Diritto Premiale*. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010, p. 262/263.

Desse modo, por mais críticos que sejamos da ideia de consenso, que se conecta com um direito premial, essa ideia é um dado histórico que não nos parece possível afastar.

O que nos cabe, então, é circunscrever a ideia de consenso, ao menos no Brasil. Quais seriam, pois, as nossas propostas:

- descriminalização das contravenções e redução do direito penal, com a aplicação do consenso só após a comprovação de indícios suficientes de autoria e materialidade, em investigação prévia ou com a entrega de elementos prévios, o que não se vê nos dias de hoje nos juizados especiais criminais;

- as delações premiadas e a barganhas com a exclusiva iniciativa do suspeito, voluntárias e espontâneas, devidamente apresentadas em juízo e formuladas inicialmente por escrito, com limites claros para a obtenção de benefícios, sob controle judicial, por um juiz que não poderá julgar o feito, com a gravação de todos os encontros entre delatores, seus advogados, delegados ou acusadores, para que não tenhamos os chamados acertos e encontros informais, que podem limitar a verdade processualmente válida e a efetiva aplicação da Justiça;

- por óbvio, que todo esse material fosse também acessível aos investigados e processados, prejudicados pelas delações e barganhas, a fim de se respeitar o contraditório e a ampla defesa;

Assim, não seria aceitável a ideia da barganha *a la americana*. Ela é, de fato, um convite ao crime. Eu a imagino no Brasil. Seria como afirmar: delinquí, cometam delitos, corrompam, se forem pegos poderão fazer um acordo com o Estado. Façam um acordo! O sujeito desvia mais de 100 milhões de reais oriundos da corrupção, mas poderia receber 12 anos de prisão em regime domiciliar, sem previsão, legal, numa clara ofensa à legalidade, tudo em razão do “acordo”, que tudo pode e tudo prevê, ao arrepio da Constituição e de seus princípios!! Será que uma decisão assim se aproxima ou afirma uma ideia de Justiça? Isso é Justiça?

Disse ao início, que sentia uma dor indizível por não conseguir mudar a realidade! Estou lutando! Só está derrotado quem desiste de lutar e não desistiremos. Foi isso que aprendi nessa Casa, onde me formei. Lutaremos na academia, lutaremos nos pretórios, lutaremos onde estivermos e, um dia, afirmaremos, de fato, aquelas garantias que estão na Constituição e que nos foram legadas, literalmente, com sangue, suor e lágrimas!!! Não deixemos que o tempo apague esse legado !!! Nós passaremos, mas vamos legar essas garantias para as futuras gerações!!!

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da Justiça Penal Brasileira.”, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 16, nº 47, out/2001, p. 97-110.

CAPUANO, Yvonne. *Garibaldi*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007.

COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

GALIMBERTI, Umberto. *Heidegger, Jaspers e il tramonto dell’occidente*. Milano: EST, 1996.

MACHADO, J. Baptista. “Antropologia, existencialismo e direito.” *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano 11, p. 62, 1960.

NEVES, António Castanheira. “O funcionalismo jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade.” In: _____. *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 232.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PISANI, Mario. *Studi di Diritto Premiale*. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

Paulo, IBCCRIM, 2015.

WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência como Critério de Otimização da Legitimidade do Direito Penal e Seus Desdobramentos em Processo Penal*. Tese de Doutorado na Universidade de Coimbra (2013).

O direito fundamental a uma justa acusação¹

Néviton Guedes

Professor do Uniceub²

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar que, na ordem constitucional brasileira, existe um evidente “direito a uma acusação justa”, o que implica dizer: uma acusação precisa e clara no que se refere à descrição dos fatos, coerente no que se refere à acusação inicial e, além de tudo, juridicamente fundamentada. Além do mais, os órgãos do Poder Judiciário devem, especialmente, em caso de condenação, de demonstrar que o seu raciocínio manteve absoluta congruência com os motivos de fato e fundamentos jurídicos apresentados pelo agente do Ministério Público. Por fim, em suas decisões, os juízes estão, especialmente, obrigados a tomar a sério os argumentos, defesa e provas apresentados pelo acusado (direito fundamental a ser ouvido).

Palavras-chave: “direitos fundamentais”, “acusação justa”, “congruência”, “raciocínio jurídico” e “direito a ser ouvido”.

Abstract: This paper argues that in the Brazilian constitutional order, there is an undeniable “right to a fair accusation”, which implies: a clear and precise accusation concerning the description of the facts, coherent concerning the initial charge and, after all, legally justified. Moreover, the judiciary bodies must, especially, on conviction, demonstrate that the reasoning for such a result was completely congruent with the facts and legal arguments presented by the prosecutor. Finally, in their decisions, judges are especially obliged to take the arguments, the defense, and the

¹ Essa palestra teve como base e inspiração idéias por mim divulgadas em dois artigos que tinha publicado na coluna **Constituição e Poder**, que mantenho na Revista Eletrônica **Conjur**, respectivamente, em 8 de setembro de 2014 e 23 de setembro de 2014.

² Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Doutor pela Universidade de Coimbra e Professor do Uniceub.

evidence presented by the accused seriously (right to be heard).

Keywords: “fundamental rights”, “fair accusation”, “congruence”, “legal reasoning” and “right to be heard”.

Sumário: **I.** *O âmbito de proteção do direito fundamental a uma acusação justa.* **II.** *Não existem fatos para o direito que não sejam qualificados pelas normas.* **III.** *O acusado sempre se defende de fatos qualificados por normas.* **IV.** *O direito de ser ouvido (adequadamente) pelos tribunais*

I. O âmbito de proteção do direito fundamental a uma acusação justa

O Estado Democrático e a sociedade que ele representa têm que lutar com todas as suas forças contra o obscurantismo advindo de apelos irracionais daqueles que acreditam que, nos tempos que correm, para saciar nosso desejo de justiça, como na inesquecível canção de Cole Porter, qualquer coisa serve, “qualquer coisa vai” (*anything goes*).

O que se pretende demonstrar com o presente texto é que, diversamente do que sugerem as melhores intenções dessa audiência mais punitiva, numa democracia, nem tudo pode, nem tudo serve. Ainda que a impunidade nos confronte com desenvoltura, também aí, para lembrar a célebre frase de um admirado Ministro do STF, “a democracia cobra o seu preço”. Em verdade, muito do que a Constituição faz é insistir nesta ideia prosaica: nenhuma punição se legitima sem os predicados do devido processo legal. Vejamos.

Ninguém tem o desejo e muito menos a pretensão de ser acusado. Por isso, a afirmação de que o indivíduo teria “direito a uma boa acusação” poderá – para muitos – encerrar verdadeiro paradoxo. Superada a surpresa inicial, entretanto, o fato é que, se ainda somos uma sociedade governada por leis, e não pelo humor da opinião pública, facilmente se conclui que, na nossa ordem constitucional, **existe um induvidoso direito fundamental a uma acusação justa**, o que implica dizer: uma acusação precisa e clara quanto à narração dos fatos, coerente quanto a

sua conclusão (pedido) e, além de tudo, juridicamente fundamentada. Mais do que isso, também os órgãos do Poder Judiciário não estão livres, nas decisões que proferem, especialmente, em caso de condenação, de demonstrar que a conclusão de seu raciocínio manteve absoluta *congruência* com os fundamentos, o pedido e as provas deduzidos pelo autor da demanda inicial, mas também e sobretudo, em total respeito e consideração pelo que lhes foi submetido, no curso do processo, *sob* o crivo do contraditório e da ampla defesa, pelo acusado.

O jurista experiente poderia objetar que uma acusação genérica na narrativa dos fatos, inconsistente em seus fundamentos jurídicos e incoerente no pedido apresentado, acabaria sempre por favorecer o acusado, já que a acusação mal construída, seja pela imprecisão, generalidade e incerteza dos fatos descritos, ou pela incongruência lógica entre motivos e conclusão (pedido), deveria resultar sempre em julgamento favorável daquele contra quem se levantou o poder acusatório do Estado. Infelizmente, contudo, cuidando-se da justiça dos homens, nem sempre a lógica e o bom senso prevalecem como resultado de seus julgamentos.

Numa época como nossa, em que a sensação de impunidade estimula a presunção de que todos são culpados até que provem o contrário, quando se passa a admitir acusações deduzidas de forma genérica, onde fatos imprecisos se cruzam com provas aceitas de forma aberta e indeterminada (predispostas a provar tudo e nada), pode-se demandar qualquer coisa sobre qualquer coisa, pois, ao final, restará sempre uma certeza difusa no órgão julgador de que, por entre aquela maranha de fatos e provas e diante do apelo público contra a impunidade, alguma condenação *pode* e até mesmo *deve* ser imposta.

Não é raro que a *ausência de precisão*, ou a *inexistência de congruência* lógica entre fatos e pedido, na peça acusatória, acabe por favorecer um ambiente já turvado pelo anseio difuso de quem pretende “fazer justiça a qualquer preço”, não importando para tanto que, numa ou noutra ação,

sejam atropelados os postulados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Aqui os tribunais nunca poderiam recusar um pouco mais de cuidado e prudência na análise e interlocução lógica dos fatos e do pedido, especialmente, considerando o que se permitiu ao acusado, diante da delimitação promovida na própria inicial, apresentar como defesa e contraditório.

Processo justo, não apenas para o acusado, mas também para a acusação e até mesmo para a vítima, é, antes e sobretudo, numa democracia constitucional, o processo legalmente devido, nomeadamente o processo em que se respeita e garante os postulados do contraditório e da ampla defesa. Diversamente do que corriqueiramente se insinua, o contraditório e a ampla defesa, características essenciais ao devido processo legal, para muito além de interessarem apenas ao acusado, precisamente, por propiciarem o único itinerário em que *o processo de desvelamento da verdade* pode desenvolver-se sob o signo da racionalidade, e não da violência e do arbítrio, acabam por interessar também e em grande medida ao próprio Estado e à vítima, que obviamente não querem a condenação de um indivíduo qualquer em cujo castigo, obtido não importa como, possam saciar um mal explicado desejo primitivo de vingança. Ao contrário, é de se esperar, o Estado e a vítima almejam justiça verdadeira e plena, isto é, aquela que resulta de decisões que se suportam em procedimentos e impulsos oficiais que, por se submeterem ao permanente confronto e à sindicância da ampla defesa e do contraditório, podem, a qualquer momento, justificar-se racionalmente.

No âmbito de nossa mais elevada jurisprudência, lembra o Min. Gilmar Mendes que o Supremo Tribunal Federal, em processos acusatórios, tem emprestado especial homenagem ao princípio do devido processo legal, ao ponto de *exigir* respeito à ampla defesa e ao contraditório *já ao início da demanda*, ao censurar e proscrever como juridicamente inadmissíveis as *chamadas denúncias genéricas ou imprecisas* (cito):

“Outra questão relevante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito ao contraditório e à ampla defesa exercida em face de denúncia genérica ou que não descreve de maneira adequada os fatos imputados ao denunciado. É substancial a jurisprudência do Tribunal, que considera atentatório ao direito do contraditório o oferecimento de denúncia vaga ou imprecisa, por impedir ou dificultar o exercício do direito de defesa.”³

O que o Supremo está a afirmar é que, mais do que o antigo dogma que sustenta a ideia de que o acusado se defende apenas dos fatos, devemos tomar a sério a conclusão de que, bem observado o contraditório e a ampla defesa, na exigência de uma denúncia precisa, revestida de densidade e coerência, resulta a conclusão de que *o acusado, em verdade, apenas tem o ônus de defender-se daquela específica parcela ou conjunto de fatos que, da profusão de circunstâncias eventualmente contidas nos autos, o autor resolveu delimitar na peça inaugural para imputar-lhe a responsabilidade pela prática, e mesmo assim quando tais fatos foram e na medida em que foram – pela lei - juridicamente qualificados com ilícitos.*

Em outras palavras, ainda que a denúncia, ou acusação, possa ser sucinta, não se pode esquecer que o acusado se defende dos fatos a ele imputados (com precisão e coerência), ou seja, ele se defende não do universo de fatos eventualmente constantes dos autos, mas *dos fatos que, desse universo, o órgão acusador resolveu, com precisão, destacar e imputar-lhe a autoria.*

De nada valeria a exigência de precisão e certeza da narrativa dos fatos, se além daqueles fatos a ele imputados, o acusado tivesse que se defender e pudesse ser condenado por fatos não destacados – repito, com precisão - na denúncia ou peça acusatória (no caso da ação de

³ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. SP: Saraiva, 6ª ed., 2011, p. 499.

improbidade). Infelizmente, em denúncias genéricas, nem sempre tais distinções serão percebidas e muito menos respeitadas. Para quem se interessa pelo tema, na sequência de sua sempre iluminada retórica e argumentação, o Min. Gilmar Mendes refere uma sequência de expressivos precedentes que deram corpo a essa verdadeira jurisprudência de promoção da liberdade⁴.

Neste passo, devo insistir: o dever de imputações precisas, certas, densas e coerentes, como exigido pelo Supremo, impõe-se e estende-se a todos os processos dos quais possam resultar restrições aos mais caros direitos fundamentais do acusado, como são as restrições ao direito fundamental de ir e vir (no caso do processo penal), assim como limitações aos direitos políticos e aos demais direitos de liberdade (caso da ação de improbidade e qualquer outro processo que tenha, direta ou indiretamente, a eficácia da inelegibilidade).

Bem observados os fatos, o que aqui se verifica é a exigência de transposição do plano da *tipicidade cerrada* (prévia, escrita, certa e estrita), *antes restrito ao âmbito da abstração da lei, para a esfera concreta do processo*. De fato, se, pelas sérias consequências para os direitos fundamentais do cidadão, as acusações por prática de crimes, de atos de improbidade ou que impliquem inelegibilidade, exigem, *no âmbito abstrato da lei*, a prescrição e certeza de condutas hipoteticamente conformadas (*Tatbestand*) sob o signo do princípio da *tipicidade cerrada*, com mais razão ainda, *na concretização do processo*, a necessidade de garantia eficiente dos direitos do cidadão há de exigir acusações precisas, coerentes e fundamentadas, assim como decisões judiciais *congruentes* com o que proposto e apurado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Em resumo, como se sabe, a exigência de *tipicidade fechada* (1) não consente com retroatividade de leis incriminadoras, (2) proíbe a

⁴ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. SP: Saraiva, 6ª ed., 2011, p. 499.

criminalização de condutas com fundamento em humores e costumes sociais (postulado da norma escrita), (3) não aceita a indeterminação da norma incriminadora (que deve ser certa) e (4) não admite a analogia para prejudicar o acusado (postulado da norma estrita). Contudo, não basta a esse conjunto de garantias que a proteção ao cidadão seja apenas promovida na abstração da norma incriminadora; nada disso teria valor, se, no momento de acusar, a denúncia criminal ou petição inicial de um ação de improbidade pudesse ser genérica ou imprecisa quanto à narrativa dos fatos e incoerente com a sua conclusão (pedido). Além disso, todas essas garantias também estariam irremediavelmente comprometidas se, depois de desenvolvida a defesa e o contraditório, pudesse o magistrado desconectar-se dos fundamentos e/ou do pedido, como então desenvolvidos nos autos, para, com violação ao *princípio da congruência*, proferir decisão logicamente incoerente com o que as partes afirmaram, provaram e pediram nos autos.

II. Não existem fatos para o direito que não sejam qualificados pelas normas

Em conjugação com tudo o que acabou de ser dito, uma advertência de máxima importância: não existem, para as autoridades judiciárias, que devem decidir segundo a lei e mediante o devido processo legal, algo como “fatos puros”. “Fatos”, juridicamente falando, são sempre, de alguma forma “fatos qualificados pelo direito”, isto é, fatos observados, delimitados e compreendidos sempre pelas normas neles incidentes. Portanto, há que se questionar com seriedade antigo dogma existente entre nós, inclusive consagrado em lei (art. 383, do CPP), segundo o qual o acusado não se defende das normas, isto é, da capitulação normativa deduzida pela acusação, mas sim dos fatos a ele imputados.

Afinal de contas é possível, quando se cuida de aplicar o direito, essa separação: defender-se de fatos, mas não da qualificação ou capitulação jurídica desses mesmos fatos?

Na verdade, o que é que realmente *se quer* e *se pode dizer* quando se afirma esse postulado: de que o acusado se defende de fatos, e não do direito?

Em primeiro lugar, deve-ser guardar essa ideia incontornável: nenhum fato ingressa o mundo do direito sem se qualificar, ou distinguir, por sua linguagem, isto é, nenhum fato pode ser observado, ou mesmo existir, no âmbito do processo e do sistema jurídico, senão pelo filtro das normas jurídicas que o compõe.

Também na esfera do direito, que é essencialmente linguagem, valem as palavras do Evangelho: “*No princípio era o Verbo (...). Nele estava a vida, e a vida era a luz dos homens.*” (João 1:1-4). De fato, em qualquer dos aspectos das atividades humanas, e também no direito, *sempre estará o verbo*, pois o ser humano apenas apreende, delimita, interpreta e consegue organizar o caos em que se apresentam os fatos da vida através da linguagem. “Ser que pode ser compreendido é linguagem” (Gadamer).

No direito, contudo, não obstante a imanente vinculação entre normas e fatos, isto é, entre *linguagem normativa* e *realidade*, muitas decisões e julgamentos que são desenvolvidos pelos tribunais pressupõem, como se fosse possível, uma clara e indiscutível separação entre os juízos de direito e juízos de fatos. A questão mais importante do presente texto está, precisamente, em discutir a correção ou falibilidade dessa premissa, que tem, notadamente em processos acusatórios, especial importância.

Quando se cuida de *conhecer a vida pelo olhar do direito*, não é difícil demonstrar, há uma indefectível relação entre fatos e normas. Se, por um lado, não há como destacar, na ordem jurídica, *as normas* que aplicaremos ao caso concreto sem uma prévia consideração dos *fatos* que foram entendidos como importantes para a questão a ser decidida, por outro, também não é possível destacar do caos — que é a realidade — *os fatos* que julgamos elementares ao caso concreto, sem anteciparmos,

ainda que abstratamente, *as normas* que — pressupomos — deverão ser aplicadas à situação da vida tornada litigiosa.

Explicando um pouco mais, o jurista apenas pode aproximar-se *juridicamente* dos fatos a partir da classificação ou descrição jurídica que, certo ou errado, entenda por bem imputar-lhes. No mundo do direito, não há possibilidade de conhecer fatos — distingui-los da realidade total — sem a intermediação das normas jurídicas, como também não há possibilidade de conhecer as normas — distingui-las da ordem jurídica total — sem a intermediação dos fatos que, num juízo de antecipação, consideramos importantes para a nossa decisão. Um concorre para a distinção cognoscitiva do outro.

É de todo questionável, é certo, que possamos, em alguma circunstância, tomar conhecimento de “fatos puros” — “fatos puros” que, de todo modo, bem observados, não passam de distinção e filtragem cognoscitiva que fazemos em nossa mente sempre *por intermédio* da nossa linguagem comum, ou da linguagem especializada de alguma ciência. No caso do direito, se desejarmos pensar ou descrever *juridicamente* “os fatos”, apenas podemos fazê-lo à *consideração simultânea* da linguagem absolutamente específica do direito, que são as normas que utilizamos como premissa de descrição/distinção jurídica dos fatos que observamos; de outra mão, em verdadeiro *círculo hermenêutico* (H-G Gadamer e Konrad Hesse), apenas conseguimos destacar essas premissas normativas do emaranhado que é a ordem jurídica total, porque, em simultâneo processo, nos valem dos fatos que destacamos – abstratamente – da realidade. É, simplificando, o *contínuo ir do fato à norma e da norma ao fato* de que falava K. Engisch⁵.

Não obstante essas considerações, no direito brasileiro, especialmente nos processos acusatórios — na ação penal e de

⁵ K. Engisch. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, p. 15, cfe. nota de rodapé em Robert Alexy. **Elemente einer juristischen Begründungslehre**, p. 115.

improbidade administrativa —, tem-se admitido a condenação do acusado com base em dispositivo diverso do que foi proposto na petição inicial; tudo sob a consideração de que *o acusado se defende dos fatos, não da norma com o autor os qualifica (capitula)*, partindo-se da premissa de que a sua condenação com base em norma diversa da apontada na inicial não lhe prepara qualquer prejuízo, nomeadamente, diante dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O que fundamenta essa orientação jurisprudencial, contudo, agora podemos dizê-lo, é a crença de que haveria sempre uma *clara distinção* entre a atividade de delimitar e observar os fatos e aquela outra em que eles são classificados ou definidos juridicamente. Ou seja, persiste a crença, divulgada sem contestação, de que o juízo sobre os fatos não compromete o juízo sobre a sua qualificação jurídica (juízo sobre normas), e vice-versa.

À luz, entretanto, do que se registrou acima, deve-se tomar a sério essa antiga orientação de nossos tribunais de que, em nenhuma circunstância, o acusado sairá prejudicado pelo fato de o magistrado, ao final do processo, conferir aos fatos que lhe são imputados uma *classificação jurídica diferente* daquela que foi expressamente indicada (sugeria) na inicial e que, o que é mais grave, muito provavelmente, foi tomada em consideração pelo acusado durante toda a instrução do processo. Confrontemos essas questões de forma analítica.

III. O acusado sempre se defende de fatos qualificados por normas

Consoante antiga jurisprudência, no Brasil, não se pode negar, tanto nas ações penais como nas ações de improbidade administrativa, costuma-se ressaltar a possibilidade de o órgão judicial conferir aos fatos qualificação diversa daquela constante da inicial acusatória, para, inclusive, condenar o acusado em sanção mais grave do que a sugerida

pelo acusado. Aliás, o Código de Processo Penal veicula comando expresso sobre o tema, ao dispor no seu art. 383 que “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. No artigo 384, do CPP, permite-se, mais do que isso, a possibilidade de novo enquadramento, inclusive para incluir elementar não contida na ação penal (*mutatio libelli*), exigindo-se, nesse caso, entretanto, que a petição acusatória seja emendada com o fim de propiciar o contraditório⁶.

No processo civil, o tratamento é diferenciado, já que conjugados os artigos 264 e 294 do CPC, conclui-se que o autor poderá aditar livremente o pedido, apenas até a citação do acusado (artigo 264), mas, após esse momento processual, só poderá alterar o pedido ou a causa de pedir com o consentimento do réu (artigo 294). Entretanto, não obstante os limites expressos do artigo 293 e artigo 460, do CPC, que estabelecem, respectivamente, a interpretação restritiva do pedido bem como a vinculação da decisão judicial aos limites do pedido e dos seus fundamentos, a jurisprudência, seguindo orientação do STJ, tem entendido que também na ação de improbidade administrativa, à similitude do que ocorre no processo penal, o magistrado poderá conferir qualificação/classificação jurídica aos fatos diversa daquela que foi proposta na petição inicial, com base na teoria da substanciação (veja o REsp 439.280/RS)⁷.

Como se sabe, numa como noutra esfera, na ação penal como na ação de improbidade administrativa, a conduta do magistrado orienta-se pela máxima de que o réu se defende dos fatos, e não da qualificação jurídica (capitulação) eventualmente proposta pelo acusador. Portanto, exaurida a instrução probatória, onde se certificariam os fatos, não implicaria

⁶ Veja-se por todos o excepcional estudo de Calil Simão. *Improbidade Administrativa. Teoria e Prática*. 2ª ed., J.H. Mizuno, 2014, p. 662.

⁷ Calil Simão. *Improbidade Administrativa. Teoria e Prática*. 2ª ed., J.H. Mizuno, 2014, p. 661 e seguintes.

qualquer dificuldade ou prejuízo aos direitos do réu a circunstância de o magistrado conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da proposta na inicial. Nós estamos acostumados, portanto, a acreditar que o magistrado apenas confere aos fatos — que seriam trazidos puros pelas partes — a correta qualificação jurídica, não alterando com isso *a substância* dos fatos que lhe foram trazidos a consideração (*da mihi factum, dabo tibi jus*), ou seja, na nossa tradição hermenêutica, acredita-se que há uma clara distinção entre a atividade de delimitar os fatos e aquela outra de lhes qualificar juridicamente.

Contudo, como dizíamos, mais contemporaneamente, a partir de H-G Gadamer, juristas – a exemplo de Konrad Hesse - têm acentuado que, na atividade de qualificação dos fatos, o mais certo é que ocorra um verdadeiro *círculo hermenêutico*, em que o intérprete seleciona a norma a partir do fato colhido na realidade, mas, da mesma forma, *o fato é selecionado tendo em consideração uma prévia antecipação da norma que se pretende aplicar*. Se isso é verdade, não é difícil perceber que, no mais das vezes, o acusado tenderá — em todas as oportunidades em que participar do processo e durante toda a instrução probatória — a defender-se *não dos fatos puros, mas dos fatos como foram qualificados pelo autor*. Em processo judicial e no âmbito do direito, repita-se, não existem *fatos puros*, mas fatos qualificados por uma ou outra norma.

O autor não imputa “fatos puros” (*seja lá o que isso possa significar*) ao acusado. Diversamente, são-lhe imputados fatos previamente destacados da realidade sempre à luz de abstrata consideração ou qualificação normativa. Descrição de fatos no direito é, em primeiro lugar, *descrição ou imputação jurídica* de fatos.

Ao jurista hoje não representa qualquer novidade afirmar-se que *a relação entre fatos e normas nem sempre é de fácil concretização*. Se não fosse por outras razões, lembra R. Alexy, uma dificuldade imanente encontra-se presente em qualquer submissão de fatos concretos a normas jurídicas: enquanto as normas se revelam, em regra, com considerável índice

de abstração e generalidade, contendo poucos caracteres distintivos (*Merkmale*), os fatos são individuais e concretos, apresentando-se ao mundo com infinitos indícios e marcas distintivas que os podem separar no universo de acontecimentos que os cercam. Na verdade, são essas infinitas marcas distintivas que individualizam um fato e o distinguem dos restantes fatos que o rodeiam⁸.

Entretanto, no que tange ao fato ao qual se dirige uma norma, para que se possa isolá-lo do mundo da vida com as características que têm importância para a aplicação do direito, há de se perceber e descrevê-lo com a ajuda do *Tatbestand* hipotético da norma. De outro lado, na exata dedução de Alexy, essas características relevantes do fato podem oferecer motivo para, no caso concreto, não se aplicar a norma que inicialmente se tinha *diantes dos olhos*, assim como para precisar, ou rejeitar algumas marcas distintivas do próprio *Tatbestand* normativo, ou mesmo para acrescentar-lhe alguns indícios antes considerados como não relevantes⁹. Dá-se aqui o instrutivo *ir e vir de perspectiva* de que nos falava K. Engisch, isto é, para compreender e delimitar o caso concreto, carecemos da perspectiva da norma; para compreender a norma, precisamos da perspectiva no fato¹⁰.

Assim, não obstante se reconheça que o acusado deva se defender dos fatos, essa afirmação só guarda algum sentido jurídico quando se acrescenta que o acusado *se defenderá dos fatos, sim, mas sempre fatos qualificados juridicamente*. Se é assim, só muito excepcionalmente o acusado tenderá a produzir defesa em desconsideração à capitulação normativa indicada/sugerida na peça de acusação. Com efeito, a não ser na raríssima situação em que, desde o início, o júízo deixe claro que recebe a peça acusatória,

⁸ Robert Alexy. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, 115.

⁹ Robert Alexy. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, p. 115/116.

¹⁰ K. Engisch. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, p. 15, cfe. nota de rodapé em Robert Alexy. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, p. 115.

mas com capitulação diversa da que foi indicada pelo autor, dificilmente, o acusado correrá o risco de defender-se dos fatos, dando-lhe uma classificação diversa daquela deduzida pelo autor.

A exceção de classificação normativa abertamente indevida e teratológica, o mais certo é que o acusado se defenderá, durante toda a instrução probatória, dos fatos *como juridicamente descritos e qualificados pelo autor*.

Atento a isso, em posição contrária à nossa jurisprudência, tem o Tribunal Constitucional alemão emprestado especial homenagem ao *princípio da não-surpresa processual*, não aceitando que qualquer condenação seja imposta ao acusado sem que antes ele possa falar dos motivos de fato e de direito que, ao final, concretamente servirão de base à sua condenação. Cumpre ao Tribunal, portanto, *não lhe surpreender* com condenação baseada em fatos, ou normas de direito, que não foram precisamente indicados na ação inicialmente admitida pelo órgão julgador. Caso contrário, haveria aqui outro grave problema: em tais situações o órgão do Poder Judiciário estaria condenando o acusado sem, entretanto, ouvi-lo sobre aspecto essencial da motivação que serviu de base para condená-lo.

IV. O direito de ser ouvido (adequadamente) pelos tribunais

Compõe um dos mais antigos direitos que qualificam as democracias ocidentais a exigência de que, em processos acusatórios, os acusados sejam adequadamente ouvidos pelos tribunais. Fala-se na verdade em três níveis ou estágios de realização do direito à audiência perante os Tribunais (*das Recht auf rechtliches Gehör*): (1) num primeiro nível, *obrigam-se os Tribunais a proporcionar à parte conhecimento completo sobre todas as manifestações da outra parte*, o que abrange todos os fatos e meios de prova apresentados e indicados pela parte contrária; mas envolve também as opiniões jurídicas com base nas quais o próprio Tribunal pretende tomar sua decisão, além de informar a parte sobre aquelas opiniões sobre as quais elas não precisam contar (*direito a não se surpreender*); (2) no outro

nível, implica a possibilidade efetiva de a parte poder se manifestar por escrito sobre as questões de fato e de direito; (3) e, por fim, no terceiro nível, o direito a que os Tribunais considerem nas suas decisões os argumentos essenciais apresentados pelas partes¹¹.

Aliás, ainda em consideração ao direito comparado, anote-se que o Código de Processo Penal alemão (StPO) é absolutamente rígido quanto à impossibilidade de mudança nos fundamentos legais de uma decisão, ao ponto de estabelecer no seu parágrafo 265, (1), que o acusado não pode ser condenado com base em uma lei diferente daquela que foi indicada na ação inicialmente admitida pelo tribunal, sem que antes seja comunicado dessa mudança de posição e sem que seja dada a ele oportunidade de defesa¹². Na mesma direção, o art. 6º, 3, da Convenção Européia dos Direitos Humanos.

Para concluir, no Brasil, também já encontra repercussão entre ilustradas vozes o princípio da não surpresa em matéria de processo acusatório. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero acentuam o direito à segurança do cidadão, precisamente, nas suas relações com o poder judiciário, especialmente, em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa. De fato, “por força dessa nova conformação da ideia de contraditório, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes. Em outras palavras, veda o juízo de ‘terça via’. Há proibição de decisões surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*)¹³”. É isso.

¹¹ BodoPieroth/Bernhard Schlink. Grundrechte – Staatsrecht II. 16ª ed., Heidelberg, 2000, p. 274/275.

¹² StPO - § 265 (1) *Der Angeklagte darf nicht auf Grund eines anderen als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten Strafgesetzes verurteilt werden, ohne daß er zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes besonders hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist.*

¹³ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. SP: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2013, p. 732.

Opiniões acerca da escola de Coimbra no Brasil

Ruth Maria Chittó Gauer

*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCCrim/PUCRS)*¹

Resumo: O texto aborda alguns aspectos sobre a formação da elite letrada brasileira egressa da Universidade de Coimbra e a relação entre a formação dessa elite e a montagem da estrutura de Estado no Brasil. O tema foi elucidado sob várias interpretações o que motivou muitas publicações historicamente conhecidas, em face disso me limitarei a citar referências que considero emblemáticas para pensar o impacto que a formação da elite letrada brasileira, oriunda de Coimbra, configurou na interpretação que vários intelectuais fizeram sobre o Brasil. Tais interpretações estruturaram o pensamento sobre o atraso brasileiro, podendo ser verificado por meio do grande número de escritos acerca do tema publicados no Brasil ao longo de quase dois séculos. Há várias teses que defendem a relevância da formação em Coimbra para o desenvolvimento do pensamento ilustrado em nosso país, entretanto encontramos outras tantas teses que responsabilizam essa elite letrada pelo atraso nacional.

Palavras-Chave: formação da elite letrada brasileira; Universidade de Coimbra; estrutura de Estado no Brasil.

Abstract: This paper addresses some aspects about the formation of the Brazilian literate elite that came from Coimbra University and the relation between the formation of that elite and the structural composition of the State in Brazil. The topic was elucidated under various

¹ Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Doutora em História Moderna e Contemporânea pela Universidade de Coimbra.

interpretations, which led to many historically known publications, reason why I only quoted references that I consider emblematic to think about the impact that the formation of the Brazilian literate elite, coming from Coimbra, caused to the interpretation that many intellectual have done about Brazil. This interpretation structured the thought about the Brazil's delay, which can be found in a large number of writings about the subject published in Brazil over nearly two centuries. There are many theses that defend the relevancy of the formation in Coimbra to the development of the illustrated thought in our country, however we can find others that blame that literate elite for the national delay.

Keywords: formation of the Brazilian literate elite; Coimbra University; State structural in Brazil.

Há mais de sessenta anos, Gilberto Freyre expressava sua opinião em conferência lida na sala dos Capelos, Universidade de Coimbra, em janeiro de 1952². Ao se dirigir à Instituição Universitária afirmou: “*Coimbra marcou o Brasil de muitas virtudes, de alguns defeitos visíveis a olho nu no caráter brasileiro.*” Na mesma conferência, Freyre explicitou como “*sem os bacharéis ou doutores de Coimbra não se imaginaria a vitória esplêndida da unidade da cultura predominantemente latina e lusitana sobre o espaço vasto: tão física e socialmente vasto, que compreende a nação brasileira*”. Os bacharéis formados por Coimbra, depois por Recife e São Paulo, mas, ainda aí, segundo o autor, *a sombra das tradições de Coimbra tivera no Brasil uma função de unificadores da cultura e da sociedade em formação*”. A ser assim, pergunto qual a fonte de inspiração que construiu tal opinião. Avaliando alguns indicadores, penso que a afirmativa do Sociólogo estava baseada em escritos que formaram a memória construída por muitos historiadores, juristas e médicos acerca da atuação dos egressos de Coimbra nascidos no Brasil durante o período colonial, portadores das ideias que impactaram a situação política e cultural do Brasil de então.

² FREYRE, Gilberto. Em Torno de um Novo Conceito de Tropicalismo. In: *Um Brasileiro em Terras Portuguesas*. Lisboa: Coleção Livros do Brasil, s.d. p. 130-2.

No entanto Freyre³ adverte sobre como Coimbra também influenciou negativamente o Brasil, com um excesso de “*academicismo ou um bizantinismo jurídico-literário às vezes prejudicial à formação luso-americana. Todo o excesso de academicismo, através da magistratura, da advocacia, do magistério, das procuradorias, da imprensa, aquela função difícil, e às vezes até heróica, de unificador da sociedade e da cultura, em terras e entre populações ainda novas ou ainda indecisas*”. Importante salientar que Freyre deveria estar se referindo àqueles egressos cujas ocupações profissionais operaram como ativistas políticos, elaboradores de projetos que influenciaram políticas e decisões de governo. O impacto da atuação dessa elite na estrutura do estado, assim como na construção das instituições durante o processo de independência.

Em 1847, Pereira da Silva⁴, na primeira edição de seu livro *Plutarco Brasileiro*⁵, manifestou-se a respeito da formação dos brasileiros: “*Não lhe fornecia Portugal o menor alimento intelectual, vinham procurá-lo ao reino europeu para enobrecer-se. Atravessaram os mares para se aperfeiçoarem nos estudos literários ou científicos. Confundiam-se com os nascidos na metrópole para formarem uma só pleiade de engenbos selectos.*”

O *Dicionário de Sacramento Blake*⁶ enfatiza o papel dos brasileiros formados na “antiga” Universidade. Os sete volumes do referido dicionário apresentam alguns dados biográficos dos brasileiros que mais contribuíram para a formação dos cursos superiores em nosso país assim, como a configuração inicial de um campo científico. No conjunto dos indicados por Blake, há um número significativo de *Egressos* de Coimbra.

³ FREYRE, Gilberto. Op cit p 132, 133.

⁴ SILVA, J.M. Pereira da. *Os Varões Ilustres do Brasil durante o Tempo Colonial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria de B. Garnier, 1868. tomo I. p. 27, 32-3.

⁵ A segunda edição, de 1865, foi publicada sob o título *Os Varões Ilustres do Brasil*.

⁶ BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. *Dicionário Bibliográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1883. v. I-VII.

Para Sodré⁷, mesmo após a expulsão dos jesuítas, a cultura transmitida pela Universidade de Coimbra obedecia aos padrões ainda moldados pelos jesuítas, cujo conhecimento era desinteressado, preso a rígidas fórmulas dogmáticas, retóricas e vazias. O autor refere-se aos brasileiros Egressos de Coimbra formados após a segunda metade do século XVIII emitindo o seguinte parecer: *“Os brasileiros que, na segunda metade de século XVIII, por isso mesmo, alcançaram algum destaque nos domínios do conhecimento especializado no campo científico, são muito poucos”*.

As opiniões de Sodré remetem à interpretação de que o dilema dos intelectuais dessa época passara pela formação vazia dada pela Universidade e pela dicotomia entre as ideias consideradas por ele como radicais em relação ao que denominou atraso do meio.

Opinião semelhante a de Sodré foi divulgada por Carvalho⁸ quando escreveu a afirmativa, *“a manutenção da unidade da ex-colônia, a construção de um governo civil estável foi em boa parte consequência do tipo de elite política existente à época da independência, gerado pela política colonial portuguesa. Essa elite se caracterizara pela homogeneidade, particularmente no que se refere à ideologia e ao treinamento. (...) A homogeneidade ideológica e de treinamento é que iria reduzir os conflitos intra-elite e fornecer a concepção e a capacidade de implementar um determinado modelo de dominação política. Essa homogeneidade era fornecida principalmente pela socialização de elite, que será examinada através da educação formal Universitária. (...) Os juristas e magistrados exerciam um papel de maior importância na política e na administração portuguesa e posteriormente brasileira. Tratara-se de uma elite sistematicamente treinada, principalmente através do ensino do direito na Universidade de Coimbra, a homogeneidade ideológica e o treinamento seriam características marcantes da elite política portuguesa, criatura e criadora do Estado absolutista. A elite brasileira, particularmente da primeira metade do século*

⁷ SODRÉ, Nelson Werneck. *Síntese da História da Cultura Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981. p. 29, 30, 40.

⁸ CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem*. A Elite Política Imperial. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, Coleção Temas Brasileiros, 1981. v. 4, p. 21, 23, 34, 38, 100, 178.

XIX teria treinamento em Coimbra, concentrando na formação jurídica. O objetivo de manutenção da unidade da ex-colônia raramente seria posto em dúvida por elementos da elite nacional. (...) José Bonifácio, por exemplo, voltaria para o Brasil com a ideia formada de criar na América um grande Império. Ao longo de três capítulos procuramos demonstrar que a elite política que tomou o poder no Brasil após a Independência apresentava característica básica de unidade ideológica e de treinamento que, pelas informações disponíveis, não estavam presentes nas elites dos outros países. Atribuímos o fato principalmente à política de formação da elite do Estado português, típico de um país de desenvolvimento capitalista frustrado. O núcleo da elite brasileira, pelo menos até um pouco além da metade do século, era formado de burocratas treinados nas tradições do mercantilismo e absolutismo portugueses, particularmente de magistrados. Por sua educação, pela ocupação, pelo treinamento, a elite brasileira era totalmente não-representativa da população do país. Era mesmo não-representativa das divergências ou da ausência de articulação dos diversos setores da classe dominante embora não representasse interesses que fossem a eles radicalmente opostos”. A afirmativa que a elite intelectual não representava a população remete à ideia de que essa intelectualidade era alienígena à sua própria cultura.

Schwartzman⁹ manifesta-se acerca da formação da comunidade científica no Brasil dizendo: “O desfecho de semelhante predomínio (dos jesuítas), como se sabe, consistiu em estabelecer um círculo de ferro em torno de Portugal, isolando-o de modo completo da cultura moderna”. Na visão do autor, Portugal estaria totalmente desligado das inovações modernas, isto é, o espírito moderno não teria penetrado em Portugal e, por extensão, no Brasil devido ao papel dos jesuítas.

Com enfoque semelhante, Buarque de Holanda¹⁰ não diferencia dos autores acima citados. Em sua opinião, pode-se constatar que

⁹ SCHWARTZMAN, Simon. *Formação da Comunidade Científica no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1979, p. 43.

¹⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque. “-A herança colonial-sua desagregação”- O Brasil Monárquico, 1- O processo de emancipação, *História Geral da Civilização Brasileira*, II (1). São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. p. 27.

a elite letrada brasileira formada pela Universidade de Coimbra era desatualizada. A exemplo, podemos citar as referências que faz acerca da obra de Silva Lisboa, em sua análise assim se expressa: “*Lisboa divulgou as ideias de Adam Smith em numerosos trabalhos: Curso de Direito Mercantil – 1801 -Princípios de Economia Política -1804 - Princípio de Direito Mercantil 1801-1808*”. Há ainda que salientar outra afirmativa de Buarque de Holanda sobre Silva Lisboa, quando afirma: “*Silva Lisboa foi um autor desatualizado ainda em 1819*”.

A obra de Lisboa vai muito além do que citamos. Torna-se fundamental salientar que o quadro colonial, do final do século XVIII e início do século XIX, despertava para os novos princípios do liberalismo. Essas novas ideias trazidas da Europa, majoritariamente via Coimbra, estimulavam a oposição contra os detentores dos monopólios, principalmente dos comerciantes e produtores portugueses, contrariando, em última instância, os interesses da Coroa. Por outro lado, a ilustração portuguesa por sua matriz na forma das luzes possuía particularidades, sem, no entanto, representar o pensamento moderno. O compromisso com a ideia de verdade científica e com a defesa do que acreditavam ser justiça e com o recurso imprescindível da razão pautaram os princípios dos currículos construídos pelos reformadores do ensino português após 1772.

As afirmativas sobre o atraso da elite letrada formada em Coimbra levaram ao surgimento da ideia de que o atraso da elite letrada nacional foi responsável pelo atraso brasileiro. É interessante observar que, para os autores acima citados, há em comum a afirmativa do papel desempenhado pelos Egressos de Coimbra na construção da nacionalidade e na construção do Estado brasileiro. Tal tese, defendida pelos historiadores citados, é facilmente desmontada pelo exame das fontes primárias que consultamos, da mesma forma que podemos constatar essa atuação por meio da análise assim das funções políticas como pela atuação política desenvolvida pela elite letrada que atuou no

processo de independência durante a primeira metade do século XIX no Brasil¹¹.

A geração de brasileiros formada em Coimbra após a implantação da Reforma Pombalina foi a geração que atuou no processo de independência e que introduziu o pensamento e as aspirações do mundo letrado do período das Luzes no Brasil. A elite letrada teve, no âmbito do estado, por ocasião do processo de independência e da elaboração da Constituição do Império, assim como dos primeiros códigos, um papel determinante na construção da estrutura de Estado, vale dizer, das instituições do Império. O patrimônio das ideias herdadas pela formação superior dessa elite é revelado pelo conteúdo que compõe os grandes códigos construídos na primeira metade do século XIX. Foram os juristas egressos de Coimbra os responsáveis pela construção da transformação do país em estado nacional. É possível, com Max Weber¹², identificar no intelectual a tarefa precípua de desencantamento do mundo: uma retirada progressiva e metódica das variantes de explicações míticas, mágicas; uma busca de apreensão da realidade pelo instrumento humano da razão. Os juristas universitários foram o segmento social que transformou a empresa política em estados racionalizados. Foram

¹¹ Indico apenas algumas das fontes primárias, das centenas que se encontram nos arquivos e bibliotecas da Universidade de Coimbra, assim como uma série de publicações editadas no Brasil as quais podem comprovar que a formação dessa geração estava inserida no plano da produção científica das universidades do mundo ocidental da época. Lemos, Francisco. *Relação Geral do Estado da Universidade de Coimbra*. Coimbra, edição de 1977. VERNEY, Luís António. *O Verdadeiro Método de estudar*. Lisboa: Verboed. 1965. *COMPÊNDIO Histórico do Estado da Universidade de Coimbra. (1771)* Coimbra: Universidade de Coimbra, Edição de 1972. R.B.G.U.C. *Estatutos da Universidade de Coimbra 1772*. Edição de 1972, Livro II, Capítulo III, Universidade de Coimbra. *Documentos da Reforma Pombalina Publicados por M. Lopes de Almeida (1771-1782)*. Marcos Carneiro de Mendonça. Anais do Parlamento Brasileiro. Assembléi Constituinte de 1823. Rio de Janeiro, (1786-18840). 6 tomos. B G U C O Brasileiro em Coimbra. S. M. Fs. 96. *O século XVIII século Pombalino no Brasil*. Rio de Janeiro, Xerox do Brasil, 1989. CÓDIGO Criminal do Império do Brasil. In: *Códigos Penais do Brasil*. Evolução Histórica. Coordenado por José Henrique Pieranguelli. Bauru, Jalovi, 1980. p. 167-265.

¹² WEBER, Max. *O cientista e o Político*. 3ª edição, Lisboa, Presença, 1979, p. 30, 42.

os juristas e os cientistas do estado que garantiram a implantação dos estados constitucionais. No Brasil, a tradição de Coimbra permitiu instituir essa razão de estado referida pelo autor.

No primeiro Código do Império, a Presença dos Egressos de Coimbra

A Constituição de 1824 abriu caminho para o Código Criminal. No artigo 179, nº 18, determinava-se: “*Organizar-se-á, quanto antes, um código civil e um código criminal, fundado nas sólidas bases de justiça e equidade*”. Três anos após, iniciou-se a elaboração do Código Penal, que foi concluído em 1830. Foram inicialmente apresentados dois projetos: um de José Clemente Pereira e outro de Bernardo Pereira de Vasconcelos, ambos Egressos de Coimbra. Os projetos foram apresentados à Câmara Legislativa, e a comissão incumbida de examiná-los deu preferência ao projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos. Criou-se na Câmara outra comissão mista de deputados e senadores; a comissão trabalhou sobre o projeto, que foi aceito e aprovado, como Código Criminal do Império, sendo sancionado por decreto em 16 de dezembro de 1830 e mandado executar pela carta-lei de 8 de janeiro de 1831.

A própria Constituição já determinara, no artigo 179, a igualdade de todos perante a lei, a não-retroatividade da lei penal e a aplicação da pena somente à pessoa do delinquente. A base do projeto de Bernardo de Vasconcelos não foi alterada pela comissão mista que nele trabalhou. Na opinião do autor¹³, “(...) assentaram-se ao projeto alguns aspectos que com base no projeto inicial, constituiu-se numa obra que mereceu louvores dos penalistas de seu tempo. Penalistas como Haus e Mittermayer aprenderam português para lê-lo no original. Nesse Código estão as ideias de Bentham, que também influenciou na elaboração do Código Francês de 1810 e Napolitano de 1819, com os quais guarda, em muitas passagens, grande proximidade. O nosso Código Criminal do Império influiu poderosamente na elaboração do Código Penal

¹³ . CÓDIGO Criminal do Império do Brasil. op. cit. p. 8-11.

espanhol de 1848 e, através deste, em vários códigos penais de países da América Latina.

A opinião de que o Código Criminal influenciou enormemente o Código espanhol de 1848 não é apenas emitida por juristas brasileiros. José Cerezomir¹⁴, reconhecido jurista espanhol diz: “(...) *En el código Penal de 1848 se advierte la influencia del Código Penal francés de 1810, del código brasileño de 1830, del napolitano de 1819 e del Código Penal español de 1822.*” Na opinião de um grande número de juristas, o Código Penal francês foi o melhor do século passado, no entanto, tecnicamente o Código Penal brasileiro foi o mais perfeito, e sua originalidade é enfatizada por Roberto Lyra¹⁵: “*No esboço da indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplado já os motivos do crime, só meio século depois na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega; na fórmula de cumplicidade (codelinquência como agravante) com traços do que viria a ser a teoria positiva a respeito; na revisão da circunstância atenuante da menoridade desconhecida, até então, das legislações francesa, napolitana e adotada muito tempo após; no arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 anos; na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio da imprensa antes da lei belga, e, portanto, esse sistema é brasileiro e não belga, como é conhecido; a indenização do dano ex-delicto como o instituto de direito público, também antevisão positivista; na imprescritibilidade da condenação*”. Conforme Bitencourt¹⁶: “(...) *o tão decantado sistema dias-multa também foi criação deste código, em art. 55*”. O referido artigo pode ser considerado um dos mais democráticos ainda em nossos dias. Essa imposição do cumprimento das penas previa que: “*A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificadamente*

¹⁴ CEREZOMIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. 3. ed. Parte General, Madrid, Tecnos, 1990. p. 107.

¹⁵ LYRA, Roberto. *Introdução ao Estudo do Direito Criminal*. Rio de Janeiro, Nacional, 1946. p. 81.

¹⁶ BITENCOURT, César. *Lições de Direito Penal*. 2ª ed. Porto Alegre, Livraria Editora Acadêmica Ltda., 1993, p. 212.

a não designar de outro modo". As críticas por parte de outros juristas, na época, centraram-se principalmente no fato de não haver definição da culpa, referindo-se tão somente ao dolo. O grande crítico dessa lacuna foi Tobias Barreto.

O responsável direto pelo Código Penal do Império formou-se em Leis em 1818, em Coimbra. Segundo o autor, “(...) *ele fora aluno de Melo Freire que ensinava Beccaria. Melo Freire que já havia elaborado um Código Penal não aceito por ser muito avançado, teria influenciado Bernardo de Vasconcelos, que utilizou, no Código de 1830, muitos preceitos de Beccaria e até o ultrapassou*”. A modernização que o Código de 1830 trouxe foi fundamental para o Brasil. Após a sua promulgação, fez-se necessário disciplinar o processo criminal. O projeto do Código de Processo Criminal foi redigido em 1831 por uma comissão mista do senado e da câmara, sendo redator Alves Branco, formado em Leis por Coimbra, em 1823. A modernização na estrutura das instituições brasileiras possibilitou reformas administrativas que desenharam um novo perfil em nossa sociedade.

A experiência dos primeiros anos do Império demonstrou a capacidade dos brasileiros em ordenar juridicamente o Estado. Essa ordenação foi concedida e aplicada com a grande contribuição dos Egressos de Coimbra. A estrutura jurídica do Estado foi legitimada através de uma concepção moderna do Direito natural. Os juristas formados em Coimbra trouxeram, além do direito natural, a tradição das teorias jusnaturalistas nascidas no pensamento cristão e secularizado. Foram eles os grandes representantes desse racionalismo jurídico no Brasil. Sua função, no processo político nacional, não se limitou a conduzir a administração pública, desempenharam duplo papel: o de administradores políticos e o de construtores do Estado.

Analisando os discursos dos parlamentares nas *Falas do Trono*, constatamos claramente o interesse em criar uma representação nacional em um país que, embora centralizado, pudesse produzir condições sócio-políticas com origens modernas. Constatamos, por exemplo, nos

discursos, uma clara concepção da igualdade de direitos e da liberdade individual. Os códigos que nasceram no Brasil no início do século XIX demonstram uma fusão do iluminismo com o jusnaturalismo com uma profunda influência que a Reforma de 1772 teve na formação dos Egressos de Coimbra. É visível a influência liberal nos códigos econômicos do início do século XIX, assim como também é notória na Constituição de 1824 a influência do individualismo e do jusnaturalismo. O Estado é o verdadeiro promotor do direito, cabe a ele a tarefa de assegurar a manutenção de vários equilíbrios para que se garanta o desenvolvimento social em harmonia. Deve assegurar-se ao cidadão a realização de seu destino individual como um direito natural. No âmbito das atividades, vemos a Constituição de 1824 designar um papel tutelar ao Estado com a finalidade de harmonizar o indivíduo e o coletivo. O direito de propriedade reflete o verdadeiro direito natural: ele resulta da relação do homem com a natureza, a natureza como um conjunto de condições que o homem utiliza individualmente para o seu bem. A essência racionalista da propriedade consiste na iniciativa que toca ao homem como ser racional em sua determinação efetiva com relação à propriedade - direito de propriedade como verdadeiro direito natural.

O processo de constituição da nacionalidade fundamentou-se em ações e interpretações que foram negociadas e renegociadas, por um lado, segundo os interesses dos diferentes segmentos sociais representados na Assembleia Constituinte e nos Ministérios que assessoravam o Imperador. Por outro lado, os interesses da Casa de Bragança, representada pelo Imperador, também foram motivo de negociações e de pactos políticos. O jogo das propostas para a construção de um Estado-nação com hegemonia política e unidade nacional não transmutou todos os valores e representou antes uma ambiguidade de valores retratada pela combinação generalizada do discurso e da prática mais avançada, com o discurso e a prática tradicionais. A racionalidade burocrática do Estado e a racionalidade dos interesses privados localizados na abstração do Estado marcaram o início do Estado-nação brasileiro. No campo

da política e dos sistemas de organização, a hegemonia investiu-se em todos os setores da vida através da racionalidade. A hegemonia política do Estado-nação não pode ser confundida com a ação dos Egressos de Coimbra. Eles atuaram no processo político da organização do Estado através de múltiplas ações que estão longe de se caracterizarem como homogêneas e atrasadas. As intervenções desses intelectuais representaram um conhecimento da ciência moderna e do cotidiano, demonstraram a perspectiva de mudança e inovação mesmo sob a inquietude e a instabilidade política vivida naquele momento histórico.

A análise do papel dos brasileiros Egressos de Coimbra na organização do Estado nos possibilita pensar no ponto de aproximação entre a modernidade portuguesa implantada pela Reforma de 1772 como um discurso científico de vanguarda e uma prática educativa e na forma esse discurso e essa prática romperam com as representações medievais no campo político e científico. Os discursos dos Egressos de Coimbra realizados quando da participação no processo de independência, na Constituinte de 1823 e na construção dos Grandes Códigos do Império demonstram um profundo conhecimento da ciência moderna. O panorama aqui exposto representa as modalidades e configurações através das quais o projeto moderno se implantou no Brasil. A construção das instituições políticas do império teve, com a presença desses brasileiros, um fio condutor que implantou um sistema oficial, moderno, individualista, modelado e inspirado na ciência moderna.

As instituições políticas foram, portanto, moldadas pelo conhecimento adquirido na Universidade de Coimbra, herdado através da formação do corpo técnico da Colônia na Metrópole. Na instalação do império, tivemos a ação de um significativo número de juristas que demonstraram um elevado ponto de consciência jurídica. No entanto, durante os debates realizados na Assembleia Constituinte de 1823, procurou-se dar uma identidade ao povo brasileiro ora como “pacifista, generoso, moderado, cordial e ordeiro”, ora como “heroico”.

Por outro lado, debita-se a possibilidade de não se reconhecer a cidadania aos negros livres numa clara demonstração de ambiguidade no entendimento de nossa formação social. Foi Silva Lisboa quem proferiu o discurso na defesa, não apenas da cidadania aos negros livres, mas também da necessidade da abolição. Além de Silva Lisboa, a defesa da abolição foi feita por José Bonifácio

No processo de construção do Estado-nação, José Bonifácio é apontado pela historiografia nacional¹⁷ como um político habilidoso, honesto, patriota, profundo conhecedor das questões políticas, sendo atribuída a ele a consolidação do Estado-nação. José Bonifácio, colocado como herói nacional, tem, ao seu lado, outra figura heróica que aparece nos manuais didáticos, D. Pedro I. No imaginário social, eles aparecem como símbolos do heroísmo nacional. Os mitos da história nacional foram criados a partir de um contexto específico: José Bonifácio e D. Pedro I foram os modelos lógicos que resolveram as contradições do contexto histórico. D. Pedro I deu ao Estado a possibilidade de criarmos uma monarquia hereditária, embora não possuíssemos reis. José Bonifácio possibilitou criar o modelo de homem público nacional e, embora tivesse sido um dos principais articuladores da independência, sofreu perseguições políticas que lhe ocasionaram o exílio, tornando-o uma vítima e, o seu retorno ao Brasil, tornou-o um herói. Esse herói voltaria em 1831, como todos os heróis que, ao voltarem, cumprem seus destinos, no caso de José Bonifácio, voltou para ser o tutor do herdeiro do trono. Na lógica moderna, o mito não se defronta com a realidade e sua coerência pode ser vista como meramente formal; na ciência, a teoria deve submeter-se à prova da experiência; na filosofia, ao

¹⁷ Sobre a historiografia dos Andradas ver RODRIGUES, José Honório. *Vida e História*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1966. p. 24-47. Do mesmo autor, a introdução das *Obras científicas, políticas e sociais de José Bonifácio de Andrada e Silva*. Coligidas e reproduzidas por FALCON, Edgar de Cerqueira. São Paulo, 1965. SOUZA, Otávio Tarquínio de. *José Bonifácio (1763-1838)*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1945. p. 112. FONSECA, Godin da. *A Revolução Francesa e a vida de José Bonifácio, uma interpretação incômoda*. São Paulo, Livraria Editora Ltda., 1968. p. 83-127.

pensamento crítico.

Devemos considerar o esforço realizado pelos Egressos de Coimbra para racionalizar as instituições e a legislação nacional, cuja singularidade demonstrava uma complexa influência do tradicional e do moderno. Os direitos do cidadão garantidos pela Constituição de 1824 demonstram valores de impessoalidade e racionalidade funcional. A distinção entre o público e o privado explicita-se nas *Falas do Trono* como uma constante no discurso dos parlamentares.

Tomando as colocações acima, interessa-nos examinar como se compatibilizaram os valores de impessoalidade e racionalidade modernos, explícitos nos princípios que nortearam o início da administração pública brasileira através dos preceitos constitucionais e da legislação ordinária, com os valores tradicionais. A igualdade perante a lei, no sentido funcional e pessoal, que garante a impessoalidade e a ausência de privilégios - racionalidade -, esteve presente, como podemos ler nas *Falas do Trono*, nos preceitos constitucionais e nos preceitos do Código Criminal do Império. Se os resíduos patrimonialistas ainda hoje se fazem sentir na sociedade brasileira, convém registrar que esse fato não se deve ao atraso dos legisladores responsáveis pela organização do Estado, mas às estruturas que reproduzem um sistema cuja lógica retrata faces indissociáveis de uma mesma estrutura, do mesmo caleidoscópio.

A heterogeneidade brasileira permitiu a coexistência de elementos modernos e antigos, do urbano e do rural e de múltiplos estilos de vida. Esses aspectos geraram uma superposição de funções - administrativas, políticas, econômicas e sociais - executadas por “uma só unidade social”. A interferência de critérios familiares na administração, assim como o condicionamento da economia e da política por fatores alheios ao seu domínio próprio, são algumas das causas da permanência de resíduos patrimonialistas - poder formal e poder efetivo. A monarquia portuguesa - precursora do capitalismo de Estado - constituía um regime patrimonial assentado sobre um estamento político poderoso.

O mundo político dominava a vida econômica. Os descobrimentos e a colonização eram empresas da Coroa, de resto, a maior empreendedora do país. O Estado, portanto, antecipara-se a qualquer desenvolvimento da Colônia, a fim de moldar-lhe a feição e aprumar o seu rumo. Com a emergência do fenômeno, o estamento se burocratiza, mas mantém o caráter aristocrático com um formalismo cuja ética é caracterizada por um estilo particularizado. Esse tipo de burocracia patrimonial, que dominara a Colônia, constituiu-se num aspecto da estrutura brasileira. O formalismo foi incorporado a tradição nacional como uma modalidade de estratégia de dominação que se verifica na história brasileira. Por outro lado, é preciso ter presente que o patrimonialismo português, ao ser transplantado, foi adequado à outra realidade e não moldou de todo a identidade nacional; a ambiência tropical tem demonstrado que nem mesmo o capitalismo se reproduz da mesma forma - diversidade de valores culturais. No processo histórico, verificamos que a ação concreta dos Egressos de Coimbra, procurando racionalizar os aspectos tradicionais, chocou-se com interesses tradicionais de certos setores da sociedade brasileira da época. A proposta dos Egressos de Coimbra contemplou um modelo de instituições e de legislação onde a jurisdição fixa e oficial deveriam ser ordenadas por regulamentos distribuídos de forma estável, com princípios de hierarquia, sendo rigorosamente delimitadas pelas leis e quando necessário pela coerção. Dessa proposta, resultaria a impessoalização e a desumanização do sistema, próprias de uma sociedade moderna norteadas pela igualdade - individualismo.

A sociedade igualitária, isto é, a regularidade abstrata da execução da autoridade, que por sua vez resulta da procura de igualdade perante a lei no sentido pessoal e funcional e, daí, o *“horror ao privilégio”*, foi implantada no Brasil. Porém a horizontalização dos indivíduos não eliminou por completo os elos personalizados da verticalização tradicional. A heterogeneidade estrutural da sociedade brasileira reage à inflexibilidade. O impessoal e a racionalidade funcional remetem à neutralização igualitária. A verticalização torna-se uma tentativa de

fugir aos rigores e padrões de igualdade social. Essa prática social dos brasileiros constituiu-se em uma tentativa de transformar as regras gerais em particularidades, dando passagem à flexibilidade e à predominância do tratamento personalizado.

O poder conquistado pelo instrumento legal, o voto, por ocasião da montagem do Estado brasileiro, passou a ter um poder direto e sua legitimidade repousou na representatividade, os súditos tornaram-se cidadãos, a sociedade civil como algo unificado, como um projeto político, participava, através dos cidadãos da comunidade nacional e pela representação dos deputados que compuseram a Assembleia Constituinte de 1823, criou-se, assim, a racionalização da naturalidade que se completou com a delimitação das fronteiras geopolíticas e com a demarcação de seus espaços culturais dando assim uma imagem a comunidade nacional que se formava.

BIBLIOGRAFIA

B G U C O Brasileiro em Coimbra. S. M. Fs. 96.

BITENCOURT, César. *Lições de Direito Penal*. 2ª ed. Porto Alegre, Livraria Editora Acadêmica Ltda., 1993.

BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. *Dicionário Bibliográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1883. v. I-VII.

CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem*. A Elite Política Imperial. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, Coleção Temas Brasileiros, 1981. v. 4.

CERZOMIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. 3. ed. Parte Genera, Madrid, Tecnos, 1990.

CÓDIGO Criminal do Império do Brasil. In: *Códigos Penais do Brasil*.

COMPÊNDIO *Histórico do Estado da Universidade de Coimbra*. (1771) Coimbra: Universidade de Coimbra, Edição de 1972..

Evolução Histórica. Coordenado por José Henrique Pieranguelli. Bauru, Jalovi, 1980.

FREYRE, Gilberto. Em Torno de um Novo Conceito de Tropicalismo. In: *Um*

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

Brasileiro em Terras Portuguesas. Lisboa: Coleção Livros do Brasil, s.d.

HOLANDA, Sérgio Buarque. “-A herança colonial-sua desagregação”- O Brasil Monárquico, 1- O processo de emancipação, *História Geral da Civilização Brasileira*, II (1). São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

LEMOS, Francisco. *Relação Geral do Estado da Universidade de Coimbra*. Coimbra, edição de 1977

LYRA, Roberto. *Introdução ao Estudo do Direito Criminal*. Rio de Janeiro, Nacional, 1946.

MENDONÇA, Marcos Carneiro de. Anais do Parlamento Brasileiro. Assembléi Constituinte de 1823. Rio de Janeiro, (1786-18840. 6 tomos

RODRIGUES, José Honório *Obras científicas, políticas e sociais de José Bonifácio de Andrada e Silva*. Coligidas e reproduzidas por FALCON, Edgar de Cerqueira. São Paulo, 1965.

RODRIGUES, José Honório. *Vida e História*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1966. R.B.G.U.C *Estatutos da Universidade de Coimbra 1772*. Edição de 1972, Livro II, Capítulo III, Universidade de Coimbra. *Documentos da Reforma Pombalina Publicados por M. Lopes de Almeida (1771-1782)*.

R.B.G.U.C. *O século XVIII século Pombalino no Brasil*. Rio de Janeiro, Xerox do Brasil, 1989.

SCHWARTZMAN, Simon. *Formação da Comunidade Científica no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1979.

SILVA, J.M. Pereira da. *Os Varões Ilustres do Brasil durante o Tempo Colonial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria de B. Garnier, 1868. tomo I.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Síntese da História da Cultura Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.

SOUZA, Otávio Tarquínio de. *José Bonifácio (1763-1838)*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1945. FONSECA, Godin da. *A Revolução Francesa e a vida de José Bonifácio, uma interpretação incômoda*. São Paulo, Livraria Editora Ltda., 1968. .

VERNEY, Luís António. *O Verdadeiro Método de estudar*. Lisboa: Verboed. 1965.

WEBER, Max. *O cientista e o Político*. 3 edição, Lisboa, Presença, 1979.

Diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal

Marcelo Almeida Ruivo

Faculdade de Direito do Instituto Porto Alegre (IPA), Faculdade de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA)¹

Resumo: As ciências criminais (criminologia, direito penal e política criminal) têm assumido distintas configurações desde a proposta de Franz von Liszt. O direito penal já foi a principal ciência que tinha o auxílio de ciências assessorias (Escola Clássica alemã). Mais adiante, transformou-se no instrumento jurídico da política-criminal (Funcionalismo Penal). Atualmente existe a tendência a ver as disciplinas numa condição de igualdade com autonomia científica. Todavia, por vezes, as qualidades científicas próprias da criminologia e do direito penal restam insuficientemente sublinhadas, impedindo o melhor funcionamento complementar para o entendimento e o tratamento do fenômeno desviante. O presente estudo busca identificar e descrever quatro diferenças essenciais entre a criminologia e o direito penal.

Palavras-chave: criminologia – direito penal – política criminal – ciências criminais – objeto científico – metodologia – funções

Abstract: The criminal science (criminology, criminal law and criminal policy) has assumed distinct configuration since the proposal of Franz von Liszt. The criminal law has been the main science that had the assistance of advisory sciences (German classic school). Later it turned into a legal instrument of criminal policy (criminal functionalism). Now a days it exists the tendency to see the criminal science disciplines an

¹ Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, bolsista da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT-Portugal, 2009-2013) e do *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD-Alemanha, 2014); Pesquisador convidado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (2009, 2011-2012, 2014 e 2016);

equal condition with scientific autonomy. However, sometimes the very scientific qualities of criminology and criminal law remain insufficiently underlined, impeding the best complementary operation to the understanding and treatment of deviant phenomenon. This study aimed to identify and describe four essential differences between criminology and criminal law.

Keywords: criminology – criminal law – criminal policy – criminal science – scientific object – methodology – functions

Os discursos político-criminal e acadêmico brasileiros têm confundido, por vezes, os conhecimentos próprios da criminologia e do direito penal. Ambas as ciências são convocadas sem que rigorosamente se atente para as qualidades essenciais de cada uma delas. A proposta de tutela de direitos fundamentais e de direitos humanos demonstra-se abrangente de intenções que variam desde a diminuição até o incremento da intervenção do direito penal. O objetivo deste estudo consiste em destacar alguns pontos de afastamento entre a criminologia e o direito penal, bem como refletir sobre a legitimidade de conceitos criminológicos serem prontamente utilizados na dogmática penal como se fossem categorias jurídico-penais.

1. Introdução ao desafio de diferenciação científica das disciplinas das ciências criminais

O direito penal e a criminologia compõem – igualmente com a política criminal – o que é tradicionalmente conhecido como Ciências Criminais ou como “ciência conjunta do direito penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), expressão de Franz von Liszt (v. LISZT, 1905, p. 285), igualmente encontrada em vários autores (ROXIN, 1970, p. 1; BARATTA, 1983, p. 29; DIAS; ANDRADE, 1997, p. 93; GROPP, 2005, p. 30; ROXIN, 2006, p. 4 e 6-7; DIAS, 2007, p. 20; COSTA, 2012, p. 28; D’AVILA, 2009, p. 18; MOURA, 2010, p. 723; SCALCON, 2013, p. 56-57; FIANDACA; MUSCO, 2014, p. XXX). As três disciplinas formam o

conjunto a partir dos interesses, verificados em diferentes intensidades, pelos fenômenos do crime e da punição e pela pessoa do criminoso. Cada disciplina manifesta autonomia científica na determinação do seu objeto, metodologia, função primordial, bem como em relação aos princípios fundamentais, axiologia e finalidades.

Na concepção de v. Liszt, a primazia científica era do direito penal, como guardião da liberdade individual diante do poder interventivo do Estado, pois entendia que o limite da legalidade jurídica poderia impor uma barreira à pontual restrição da liberdade individual levada a cabo pela variação dos interesses político-criminais (v. LISZT, 1905, p. 80). Mais adiante, o funcionalismo penal, com alegação da necessidade de superar o positivismo reinante no liberalismo jurídico do direito penal, apresentou uma nova configuração às ciências criminais (ROXIN, 1970, p. 7 e 10; DIAS, 2007, p. 33-35). O direito penal perdeu a primazia diante das outras ciências e tornou-se um mero instrumento da política criminal que, por sua vez, ganha uma “posição de domínio” (DIAS, 2007, p. 33). Com isso, deixou de ter capacidade de crítica jurídica à legislação criminal (NAUCKE, 1979, p. 32), bem como enfraqueceu as garantias penais e a limitação dos influxos político-criminais (D’AVILA, 2009, p. 18; MOURA, 2010, p. 722). Na atualidade, a diferenciação dos papéis de cada uma das matérias pode ser definida sem apelar à noção de hierarquia entre as ciências (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 161; CARVALHO, 2008, p. 19-21; D’AVILA, 2009, p. 18 e 33; MOURA, 2010, p.723).

Não raramente, a manifestação de opinião sobre temas penais, no debate público e acadêmico, excede os limites conferidos pela prescrição dos espaços disciplinares. A argumentação utiliza saberes de diferentes ordens na estruturação dos enunciados, como são os casos dos temas contemporâneos da corrupção, *criminal compliance*, terrorismo, pedofilia, descriminalização do uso de drogas leves e da interrupção da gravidez,

crimes informáticos, justiça de transição e justiça restaurativa.²

Aliás, a própria classificação das monografias e dos artigos das ciências criminais nem sempre é feita com clareza e univocidade, seja em razão do estímulo a construções transdisciplinares, seja em razão da larga disseminação de estudos criminológicos teóricos – afastados da pesquisa empírica quantitativa e qualitativa –, seja em virtude de uma certa mitigação da relevância analítico-conceitual do fazer acadêmico contemporâneo. É feita, num espaço de ampla convergência das três disciplinas, misturam-se opiniões críticas, de valor criminológico, e propositivas, de natureza jurídica, deixando que se perca a oportunidade de obtenção de melhores resultados científicos advindos da sinergia dos elementos. Para além disso, coloca-se mesmo em perigo o cumprimento das tarefas essenciais de cada um dos saberes.

No âmbito das faculdades de direito brasileiras, criminólogos lecionam disciplinas do direito e do processo penal, assim como penalistas de formação lecionam as matérias da criminologia e da política criminal. Essa realidade assume tamanha dimensão e intensidade a ponto de tornar questionável a afirmação – supostamente indiscutível – feita por Figueiredo Dias e Costa Andrade de que “não se afigura, por exemplo, normal que um penalista tenha quaisquer dificuldades em autoidentificar-se como tal, distinguindo-se claramente o seu labor do criminólogo e vice-versa” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 96-97). Vale lembrar que os autores já admitiam a dificuldade epistemológica de traçar nitidamente a diferença entre as duas ciências (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 97 e 99).

Decerto a específica e necessária produção de saberes por cada uma delas, capaz de oferecer um panorama compreensivo mais rico e completo da realidade, depende da observância das suas válidas aptidões

² Especificamente sobre a justiça restaurativa observa-se argumentos criminológicos e jurídico-penais debatidos, respectivamente, em SANTOS, 2014, p. 39-44 e 413-416, diferentemente, da abordagem criminológica e político-criminal do tema nas propostas encontradas em ACHUTTI, 2014, p. 251.

elucidativas. Não se deve esperar que o jurista – com base nos casos pontuais que chegam ao seu conhecimento – tenha condições de afirmar categoricamente que determinada espécie de pena é suficiente na orientação de condutas a fim de proteger o bem jurídico ou se efetivamente cumpre uma certa finalidade ressocializadora (BARATTA, 1983, p. 21). Trata-se de verificações de rigor empírico que exige a ampla análise de casos e a metodologia criminológica (RUIVO, 2011, p. 199). Igualmente é irrazoável almejar que o criminólogo possa oferecer a melhor definição categorial e localização sistemática dos elementos da doutrina do crime, *v.g.*, se a agressão em legítima defesa exclui a previsão legal da proibição ou apenas justifica a conduta ilícita. Essa é uma tarefa analítica característica do estudo normativo do penalista.

A diferença ontológica entre os saberes justifica o esforço definitório com intuito de aprimoramento da compreensão das capacidades particulares e da qualificação da complementaridade.

2. Aproximação aos conceitos das disciplinas das ciências criminais

A criminologia é uma ciência transdisciplinar (ou “interdisciplinar”, como apresentam GARCÍA-PABLOS; GOMES, 1997, p. 33; QUEIROZ, 2009, p. 21; MANTOVANI, 2011, p. XXX, PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2015, p. 69), que reúne conhecimentos de várias outras, assumindo um novo objeto, método e finalidades autônomas (FARIAS JÚNIOR, 1996, p. 22; DIAS; ANDRADE, 1997, p. 93 e 94; GARCÍA-PABLOS; GOMES, 1997, p. 49). Tem como preocupação a identificação dos mais graves fenômenos ofensivos a valores comunitários – crimes –, a narração e a sugestão conceitual da melhor forma de tratamento dos fenômenos. Para isso, a criminologia reúne informações da sociologia criminal, antropologia criminal, psiquiatria forense, psicologia social, filosofia, administração, estatística, economia, contabilidade *e etc.* (GROPP, 2005, p. 31; MANTOVANI,

2011, p. XXX). É a fenomenologia dos fatos em questão que indica os conhecimentos essenciais e assessórios em cada situação. Veja-se que a contribuição oferecida pela psiquiatria forense e a contabilidade possuem importâncias distintas na compreensão e enfrentamento dos casos de pedofilia e dos de crimes econômicos.

O direito penal *lato sensu* abrange o direito material e o processual penal, que se conforma numa ordem de princípios, regras, categorias, valores e finalidades articulados para a realização da justiça penal em determinada sociedade, segundo a tradição cultural de certo tempo. O direito penal estabelece critérios dogmáticos para o reconhecimento analítico dos comportamentos insuportavelmente ofensivos a valores relevantes e para a indicação se deve haver a resposta sancionatória. Todavia não é o direito penal que, no primeiro momento, levanta as hipóteses dos valores comunitários que devem ser submetidos ao teste dogmático e político-criminal para fins de criminalização. A sua tarefa restringe-se à indicação das etapas e dos critérios que se consolidam nos juízos de merecimento, carência e dignidade penal (RUIVO, 2012, p. 43-44).

A política criminal é a disciplina que estuda os princípios fundamentais, os conceitos e a narrativa dos fenômenos oriundos da criminologia (SANTOS, 2006, p. 693; DIVAN, 2015, p. 88 e 97) e do direito penal para traçar as estratégias práticas de tratamento de significativos conflitos sociais. Trata-se da dimensão prática da política de gestão de conflitos, que, assim como toda política, assenta-se numa visão do homem e espelha uma ideologia (DIVAN, 2015, p. 58-59). Faz isso por meio da mobilização e do aprimoramento do funcionamento das instâncias repressivas penais e pela busca de outros meios diversos do direito penal. A política criminal orienta ou exerce influência na realização do direito em diferentes momentos, quer na incriminação de condutas (v.g. criação de crimes informáticos) e na introdução de meios consensuais de tratamento jurídico-processual dos crimes (*u.g.*,

delação premiada e acordos de leniência), quer no estabelecimento de prioridades persecutórias (*n.g.*, criação de varas e delegacias com profissionais especializados em determinado tipo de criminalidade) e de práticas adotadas pelas instâncias de controle do poder executivo e judicial (*n.g.*, criação de rede de proteção para evitar a vulnerabilidade de eventuais vítimas futuras).

3. Quatro pontos de diferenciação entre a criminologia e o direito penal

3.1. O objeto

Existe uma distinta forma de delimitação do objeto da criminologia e do direito penal diante da complexidade do fenômeno criminal.³ Desde a criação da disciplina da criminologia, o objeto científico tem-se alargado, passando a abranger não apenas o crime em si, mas também o fenômeno da criminalidade (LYRA, 1995, p. 4 e 6). Atualmente, compreende o estudo do crime – como problema individual e social –, das pessoas do infrator e da vítima e igualmente do controle social – programas de prevenção e de responsabilização do delinquente (GARCÍA-PABLOS; GOMES, 1997, p. 33; KILLIAS, 2002, p.1; QUEIROZ, 2009, p. 22).

A verdade é que a criminologia possui ampla liberdade na escolha da dimensão que pretende investigar os conflitos sociais e os seus respectivos tratamentos. Opta, seja em âmbito geral, pela totalidade do fenômeno, seja segundo particularidade específica, pela perspectiva axiológica, econômica, psicológica, da relação interpessoal dos envolvidos e etc. Costuma-se apresentar atualmente a criminologia como divisível em, ao menos, dois conjuntos teóricos principais – Criminologia Etiológica e Criminologia Crítica – que se distinguem em relação aos pressupostos filosóficos, métodos, objetos e finalidades (SANTOS, 2006, p. 693;

³ Ao contrário, entendendo ser “o mesmo objeto” tanto para o direito penal, quanto para a criminologia, PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2015, p. 70.

MANTOVANI, 2011, p. XXX).

Portanto, quando se enfoca os objetos e deveres científicos da criminologia, fala-se, no geral, tanto aqueles próprios da Criminologia Etiológica, quanto os da Criminologia Crítica. Isto é, reunir, avaliar e classificar os conhecimentos a respeito do crime e das suas consequências sociais negativas, do criminoso, das formas de controle da criminalidade (BAUMANN; WEBER; MITTSCH, 2003. p. 54; KINDHÄUSER, 2011, p. 31) e, eventualmente, dos modos de aprimoramento desse controle, bem como de outras condutas significativamente conflituais que mereceriam e careceriam de intervenção penal.

É dever da criminologia elucidar quais são as predisposições e condições ambientais – empiricamente verificáveis – promotoras (KAUFMANN, 1962, p. 198) e características de determinado comportamento, de forma a qualificar o entendimento comunitário e os meios de evitar a sua ocorrência. Nesse sentido é a compreensão de Juarez Cirino, quando identifica um objeto comum dos “juristas e criminólogos críticos” que “pesquisam um referente material de definição do crime, capaz de exprimir a negatividade social das situações conflituais da vida coletiva nas sociedades modernas e de indicar hipóteses merecedoras de criminalização” (SANTOS, 2006, p. 14). Conforme foi dito, o interesse da pesquisa autoriza a focar os sujeitos presentes na relação interpessoal, permitindo o reconhecimento de perfis tanto de criminosos (*v.g.*, o agente de colarinho branco, o pedófilo, o terrorista, o corrupto), quanto de vítimas (*v.g.*, mulheres em situação de coabitação, crianças em condição de alta vulnerabilidade).

Na orientação teórica da Criminologia Crítica, investiga-se as “instâncias oficiais” de controle e os “mecanismos que constituem a realidade global do sistema penal”, incluindo até a própria dogmática jurídica (BARATTA, 1983, p. 29). É sabido que a dogmática, para além de ser um “importante fator de formação profissional”, fornece os “instrumentos conceituais adequados, necessários para converter as

decisões do legislador nas decisões programadas do juiz” (BARATTA, 1983, p. 29).

O objeto da ciência do direito penal é mais restrito, abrange os princípios e categorias da ciência do direito penal e as bases legais do direito positivo. Os princípios e categorias jurídico-penais são criados a partir da seleção valorativa de realidades ontológicas prévias ao reconhecimento do direito penal. Quando se fala em ontologia, entende-se tanto a ontologia natural das leis de causa e efeito, quanto a ontologia cultural que qualifica certos valores e estabelece os sentidos sociais. O direito penal não tem como principal enfoque o fenômeno da criminalidade em geral, mas, sim, o concreto “fato individual” – como já constava claramente na *Introdução à Sociologia Criminal* de Filippo Grispigni (GRISPIGNI, 1928, p. 2) – realizado por um sujeito passível de sanção penal. Isto é, ocupa-se do fato concreto em particular que é analisado se caracteriza algum crime apenável ou algum fato típico e ilícito que permita a responsabilização penal dos seus causadores, segundo os valores e critérios jurídico-penais.

Ao fim, caso fosse perguntado qual das ciências – criminologia e direito penal – efetivamente cria o seu objeto teórico, dever-se-ia responder que ambas. E, assim o fazem, sempre aplicando uma valoração sobre uma realidade ontológica que as precede. Há elementos que não podem ser absolutamente desconsiderados nem pela criminologia etiológica, nem pelo direito penal, sob pena de uma construção teórica perder a sua conexão com a realidade prática. Por exemplo é verdade que as noções de conduta e resultado decorrem de um processo valorativo, no qual a redação legal e a doutrina do direito possuem grande relevância. Agora, nem o legislador, nem o penalista possuem irrestrita autonomia para alternar radicalmente a natureza das coisas, ou seja, não se pode dizer que uma pessoa causa determinado resultado – considerado ofensivo a algum valor jurídico – quando a pessoa nem sequer participou da cadeia causal. A noção de causalidade não pode ser alongada ou criada

pelo direito como ficção jurídica, o que não é o mesmo que o eventual reconhecimento parcial que também costuma acontecer em relação aos valores.

É exatamente nessa função descritiva da complexidade do fenômeno desviante e identificadora da melhor forma de tratamento do conflito que a criminologia manifesta uma das suas importâncias científica e política.

3.2. A metodologia

A criminologia é uma ciência empírica que tem dois encargos bem definidos. O primeiro é o de investigar as predisposições e condições ambientais que acarretam a ocorrência de crimes (MARTINS, 1974, p. 6; RODRIGUEZ DEVESA, 1981, p. 80; JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 46; GROPP, 2005, p. 31; QUEIROZ, 2009, p. 21; KINDHÄUSER, 2011, p. 31; PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2015, p. 70-71). Por exemplo, a verificação se o consumo de álcool nos estádios aumenta o número de casos de dano ao patrimônio e de lesões corporais entre torcedores demanda uma avaliação fática. Igualmente é obrigação da criminologia constatar se determinadas finalidades da pena podem ser efetivamente alcançadas ou são apenas idealmente supostas, como é o caso do fim preventivo especial positivo (ressocialização), mediante a aplicação da pena privativa de liberdade no sistema prisional brasileiro.

O segundo manifesta-se na dimensão teórica da Criminologia Crítica. O criminólogo vê-se preocupado com a elucidação da forma de funcionamento do sistema criminal e na identificação de específicos segundos códigos (*second codes*) de conduta (BARATTA, 1983, p. 34) – não escritos e não jurídicos –, utilizados pelas instâncias de controle que fazem resultar a efetiva criminalização de algumas condutas. Tais pesquisas geralmente mobilizam categoriais como, por exemplo, a seletividade do sistema, códigos de conduta não jurídicos e cifras negras.

Uma única investigação criminológica pode utilizar referenciais de

base próprios da Criminologia Etiológica e da Criminologia Crítica na elaboração do seu conhecimento. Veja-se que, um estudo criminológico sobre a corrupção no serviço público brasileiro poderá identificar quais são os tipos de conduta realizadas, quais são os valores ofendidos por elas, quais são os responsáveis pela realização dessas condutas, quais são as consequências sociais negativas decorrentes, conforme os conceitos e a abordagem da Criminologia Etiológica. Já, segundo a abordagem da Criminologia Crítica será capaz de identificar e descrever como ocorre efetivamente o controle da corrupção, quais são as eventuais desigualdades regionais, pessoais e setoriais nos três poderes no que diz respeito à tolerância à corrupção e qual a sensação social do fenômeno.

Diante disso, o método da criminologia revela-se interdisciplinar (GARCÍA-PABLOS; GOMES, 1997, p. 33; MANTOVANI, 2011, p. XXX), no sentido de que não pode prescindir de saberes de outras áreas, que são organizados, sopesados e contrastados para superarem contradições e permitirem uma melhor compreensão dos fenômenos (MARTINS, 1974, p. 8). Essa melhora cognitiva apresenta-se como conhecimento criminológico de natureza transdisciplinar.

O direito penal é uma disciplina normativa que segue a metodologia jurídica adequada para cumprir a sua tarefa prática de fornecer referências e critérios para avaliar a viabilidade da criminalização e descriminalização de condutas e guiar a realização da justiça criminal. Para isso é necessário conhecer profundamente os saberes produzidos por outras ciências no que diz respeito à descrição dos fenômenos. A correta compreensão do fenômeno orienta o reconhecimento daquilo que é realmente relevante para o direito. Entre os afazeres específicos, está, por exemplo, a definição dos conceitos jurídico-penais de embriaguez, de dano ao patrimônio, de lesão corporal presentes na redação legal dos ilícitos. A respeito da punição do fato ofensivo ao bem jurídico, é o direito penal que – com base na filosofia, na sociologia, na psicologia – deve identificar qual é o fundamento da pena e saber distingui-lo das suas

finalidades e consequências, empiricamente verificáveis. Em outras palavras, determinar qual a exata importância das finalidades preventivas diante do fundamento retributivo da pena na teoria da pena criminal brasileira (RUIVO, 2012, p.197).

Certamente, o direito penal depende de outras ciências, pois utiliza como referenciais conceitos das ciências naturais e do espírito, assim como intervém em áreas da vida compostas por conceitos criados pelo direito, como no direito administrativo, tributário, empresarial e etc. (BEVILAQUA, 1896, p. 12-13). Mesmo assim, isso não é o suficiente para dizer que o direito penal constitui-se como interdisciplinar (DIAS, 2007, p. 19), pois segue vincado na única e autônoma tarefa: a realização da justiça criminal.

3.3. A função primordial

A criminologia tem como principal tarefa a explicação da realidade social, dos seus conflitos e suas respectivas consequências, assim como das formas de tratamento dos conflitos. É por isso que a criminologia que já foi qualificada – em oposição ao caráter dogmático do direito penal – como uma ciência zetética (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 101). A nomeação da função primordial não supõe o exaurimento da criminologia no puro entendimento da realidade, como se fosse uma filosofia especulativa. Ao contrário, a designação primordial indica que junto com a função primeira, também existe outra secundária, relacionada à prescrição de linhas de comportamento aos agentes públicos das instâncias de controle e à comunidade legitimadora da intervenção estatal. Sem o conhecimento produzido pela criminologia não é possível a científica orientação da política criminal (KINDHÄUSER, 2011, p. 31), nem mesmo a constituição de um direito penal capaz de efetivamente cumprir os seus fins de proteção do bem jurídico e garantir os direitos do cidadão. Mesmo assim, arrisca-se que o problema criticado persista a se reproduzir diante da ausência de meios alternativos viáveis e soluções “teoricamente suficientes” (BARATTA, 1983, p. 22 e 23-24).

A função do direito penal é a proteção de bens jurídicos (COSTA, 2012, p. 23) e a da ciência do direito penal, oferecer melhor orientação à produção legislativa e maior segurança e controle à realização prática do direito penal. Trata-se da função da ciência do direito penal a proposição e a depuração das categorias aptas a orientar a realização da “justiça penal historicamente situada” (COSTA, 2012, p. 23), quer na fundamentação categorial de legislações, quer no julgamento de fatos criminais. Muitas vezes, faz isso aproveitando enunciados e descrições de outros saberes e ciências, como é o caso da criminologia.

3.4. A suficiência da crítica e a necessidade da propositividade

A título de consequência em relação às diferenças de objeto, método e função, encontra-se mais um traço diferenciador dos tipos de produção científica. É correto que o trabalho criminológico e o jurídico-penal podem se manifestar críticos, no sentido do acolhimento de princípios, premissas e valores de algumas orientações e, por conseguinte, da inevitável rejeição de uma série de outros. Também é verdadeiro que a criminologia e o direito penal diferem-se no que diz respeito à suficiência da criticidade.

Se há uma dimensão do fazer criminológico que pode ser qualificada lididamente como crítica – como ocorre, por exemplo, com o heterogêneo “movimento da criminologia crítica” (BARATTA, 2002, p. 159-161; BARATTA, 1983, p. 22) –, porque se apresenta historicamente como oposição à determinada forma de tratamento desigual do fenômeno criminal, existem significativas dúvidas se o mesmo é passível de ocorrer com o direito penal. Em verdade, conforme já se adiantou, mesmo o pensamento de Baratta não se sustentaria racionalmente sem partir de uma série de premissas as quais o autor aderiu sem criticar. Isto é, a crítica sempre se dirige a algo com base em certos fundamentos, que, especificamente no caso da Criminologia Crítica, foram expressamente denominados por Baratta como a “base teórica e ideológica” (BARATTA, 1983, p. 23).

O mais relevante aqui está em apontar que as duas ciências revelam-se críticas, todavia apenas uma dimensão da criminologia pode cumprir a sua função com a pura criticidade. Uma boa tese criminológica pode ostentar dignidade científica ao elucidar e criticar determinado fenômeno sem avançar suficientemente na indicação de como corrigi-lo. Por exemplo, a denúncia de tratamentos desiguais no modo de repressão do crime pelas instâncias em controle – mediante a utilização de perfis como “cidadão de bem”, “boa pessoa”, “má pessoa” e etc. – que não estão de acordo com o debate público democrático e racional.

A realidade científica do direito penal é diversa. O apogeu da crítica a determinadas compreensões somente se consuma quando ultrapassa a mera desconstrução das premissas e dos argumentos da doutrina penal, do direito positivo ou da orientação jurisprudencial. Mesmo porque a função essencial do direito penal é cumprida na proposição da resolução justa para o caso e tecnicamente adequada ao ordenamento penal ou, ao menos, no realce dos princípios e critérios fundamentais a serem observados na construção da solução.

A finalidade da dogmática consiste em oferecer maior segurança, estabilidade, controle e uniformidade à realização do direito (BRONZE, 2006, p. 662), por meio da oferta de capacidade analítica ao entendimento do problema e à proposição da justiça penal. Portanto, a pesquisa jurídico-penal – quando desprovida do encaminhamento de uma solução justa e viável para o caso – tende a manter inalterado o estado de coisas criticado. O direito penal, mais do que meramente desconstrutivo, é uma ciência normativa propositiva de orientações dos limites e fundamentos da criação legislativa e da realização jurisdicional do direito penal.

O pensamento crítico é parte essencial do trabalho acadêmico dogmático, que somente se completa com a proposição categorial. O penalista que se desonera, ainda que pontualmente, da obrigação de guiar a resolução do caso, tomando para si apenas o exercício crítico e desconstrutivo de outras orientações, acaba por sobrecarregar outros

intervenientes na realização da justiça, em razão do parcial cumprimento da sua função.

Sem qualquer dúvida, o legislador, o delegado, o promotor e o juiz – diante da exigência de resposta tempestiva aos anseios comunitários – não desfrutam das mesmas condições para a reflexão do acadêmico. O jurista é o único realizador do direito que dispõe do tempo e das condições necessárias para cumprir profunda e satisfatoriamente a tarefa de investigação, classificação jurídica e sistematização dos crimes. É exatamente nessa razão que se funda e manifesta o dever comunitário do jurista e a legitimidade do trabalho acadêmico.

Dito isso, reúne-se condições para a melhor avaliação da eventual pretensão de criação de uma “dogmática crítica” do direito penal (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 104). A primeira questão aponta para o que exatamente deveria ser coberto pela crítica: outras doutrinas, o sentido da legislação e dos projetos de leis, ou conteúdo das decisões judiciais? A segunda pergunta buscaria descobrir – caso essa doutrina efetivamente se constituísse universalmente crítica, a ponto de justificar o nome – quem cumpriria o papel normativo da dogmática penal? E, por fim, se a dogmática permanecesse a cumprir o caráter normativo, qual seria verdadeiramente a razão da qualificação de crítica? Tenta-se uma resposta sintética para as três perguntas numa só formulação. Conforme ficou estabelecido, a dogmática do direito penal somente apresenta razão de existir quando for capaz de limitar e fundamentar a realização da justiça penal, indicando as categorias necessárias para a análise jurídica do fato criminoso.

4. Conclusão

A preocupação com a tutela de direitos fundamentais por meio do ordenamento penal concretiza-se na criminologia e na ciência do direito penal de maneira distinta e complementar. À criminologia, é permitida a preocupação subjetivista com os direitos fundamentais da vítima e

dos causadores dos fenômenos antes da ocorrência do fato e diante da persecução penal. Ao direito penal, é requerida a análise objetiva do fato para fins estritos de realização da justiça.

Portanto, a questão do aproveitamento pronto e imediato dos conceitos criminológicos no direito e no processo penal exige uma resposta em conformidade com o objeto científico, a metodologia e a função disciplinar da ciência penal. Tais elementos indicam a imprescindibilidade de uma integração valorativa, vocacionada a adaptar aquela descrição criminológica, aos fundamentos à função e finalidade democráticos do direito penal. Vale lembrar que não se trata de uma valoração jurídica absolutamente originária, pois o direito reconhece realidades ontológicas naturais e culturais prévias a sua intervenção social.

É defeso exceder determinados limites jurídico-penais de objetividade, característicos do direito penal do fato – que são concretizações de princípios como a ofensividade, materialidade, causalidade e igualdade –, ensaiando a subjetivação própria do direito penal do autor. Esse é o caso da ausência de operacionalidade dogmático-penal de certos conceitos – *n.g.* criminoso de colarinho branco (RUIVO, 2006, p. 1210-1212), terrorista, corrupto, estuprador, traficante, inimigo-público – que se apresentam como afloramentos e polos agregadores de movimentos de política criminal.

Os princípios e critérios da ciência do direito penal não se tratam apenas de uma opção político-criminal – baseada na utilidade –, mas antes o reconhecimento da conformação ontológica – fundada na axiologia – da construção cultural jurídico-democrática do direito penal que precisa ser reconhecida e aprimorada.

Bibliografia

ACHUTTI, Daniel, *Justiça restaurativa e abolicionismo penal, contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2014.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht*,

Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11º ed., Bielefeld: Gieseking, 2003.

BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do direito penal, introdução à sociologia do direito penal*, Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3ºed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

_____, «Dogmática penal e criminologia – o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal», Trad. Teresa Pizarro Beleza, *Revista Jurídica*, Lisboa, Revista jurídica, 1983, n.2. p.11-43.

BEVILAQUA, Clovis, «Criminologia e direito» In: BEVILAQUA, Clovis, *Criminologia e direito*, Salvador: Livraria Magalhães, 1896, p. 9-21.

BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CARVALHO, Salo de, *Antimanual de criminologia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis*, 3º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2º ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007, t. I.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia, O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra editora, 1997.

DIVAN, Gabriel Antinolfi, *Processo penal e política criminal, uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*, Porto Alegre: Elegância Juris, 2015.

FARIAS JÚNIOR, João, *Manual de criminologia*, 2º ed., Curitiba: Juruá Editora, 1996.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna: Zanichelli, 6º ed., 2014.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio, *Criminologia*, 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRISPIGNI, Filippo, *Introduzione alla sociologia criminale, oggetto e natura della sociologia criminale, il método, il concetto sociologico della criminalità*, Torino: Unione tipográfica editrice torinese, 1928.

GROPP, Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3º ed., Berlin: Heidelberg: Springer, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*,

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

Allgemeiner Teil, 5^oed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, Hilde, «Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig», *Juristenzeitung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1962, p. 193-199.

KILLIAS, Martin, *Grundriss der Kriminologie, eine europäische Perspektive*, Bern: Stämpfli, 2002.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5^oed., Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gessellschaft, 2011.

v. LISZT, Franz, «Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts» In: v. LISZT, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (1892-1904)*, Berlin: J. Guttentag, 1905, v. II, p. 75-93.

_____, «Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft» In: v. LISZT, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (1892-1904)*, Berlin: J. Guttentag, 1905, v. II, p. 284-298.

LYRA, Roberto; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de, *Criminologia*, 4^oed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale, Parte generale*, 7^o ed., Padova: Cedam, 2011.

MARTINS, José Salgado, *Direito penal, introdução e parte geral*, São Paulo: Saraiva, 1974.

MOURA, Bruno, «Normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo?», *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Coimbra editora, 2010, v. 86, p. 709-749.

NAUCKE, Wolfgang, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre*, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1979.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes, *Curso de Direito Penal brasileiro, Parte geral e Parte Especial*, 14^o ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

QUEIROZ, Paulo, *Direito penal, parte geral*, 5^o ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

RODRIGUEZ DEVESA, José Maria, *Derecho penal español, Parte general*, 8^o ed., Madrid: Artes Gráficas Carasa, 1981.

ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Vortrag am 13. Mai 1970*, Berlin: De Gruyter, 1970.

_____, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4^oed., München: CH. Beck Verlag, 2006, v. 1.

RUIVO, Marcelo Almeida, «*Criminalidade Fiscal e Colarinho Branco: a fuga ao fisco é exclusividade do White-Collar?*» In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-brasileira*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1177-1215.

_____, *Criminalidade financeira, contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011.

_____, «O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra editora, 2012, v. 22, p. 175-199.

SANTOS, Cláudia Cruz, *A justiça restaurativa, um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê? Para quê e como?*, Coimbra: Coimbra editora, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino, *Direito penal, Parte geral*, Curitiba: Lumen juris, 2006.

SCALCON, Raquel Lima, *Ilícito e pena, modelos opostos de fundamentação no direito penal contemporâneo*, Rio de Janeiro: GZ editora, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro, parte geral, 2º ed.*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Tipo, Ilícito e Valor. Notas conceituais e sistemáticas

Fabio Roberto D'Avila

*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCrim/PUCRS)*¹

Resumo: Os conceitos de tipo e ilícito não se confundem. Todavia, em termos materiais, tipo e ilícito desfrutam do mesmo *fundamento* e da mesma *função*, constituindo uma unidade, uma *única categoria sistemática*: o ilícito-típico. Categoria essa que, se adequadamente compreendida, propõe uma inversão de perspectiva sobre a antiga controvérsia em torno das teorias indiciária (*ratio cognoscendi*) ou fundamentadora (*ratio essendi*) da ilicitude: não é (e não deve ser) o tipo a *ratio essendi* da ilicitude, mas sim o seu exato oposto. É a *ilicitude a ratio essendi da tipicidade*, é o *ilícito a razão de ser do tipo, o seu fundamento*. Assertiva da qual advêm importantes consequências em termos de imputação e de delimitação do *tipo em sentido estrito*.

Palavras-chave: tipo penal, ilícito penal, ilícito-típico, bem jurídico, desvalor da ação, desvalor de resultado.

Abstract: The *Tatbestand* (*actus reus*) and *Unrecht* (wrongdoing) concepts should not be confused. However, in material terms, *Tatbestand* and *Unrecht* enjoy the same basis and the same function, constituting a unit, a single systematic category: *Unrechtstatbestand*. A category which, if properly understood, proposes a reversal of perspective on the old

¹ Pós-doutor em Ciências Criminais pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt am Main, Alemanha. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Presidente do Instituto Eduardo Correia (IEC). Advogado criminal em Porto Alegre.

controversy surrounding the *ratio cognoscendi* and the *ratio essendi* theories: it is not (and it should not be) the *Tatbestand* the *ratio essendi* of the *Unrecht*, but its exact opposite. It is the *Unrecht* the *ratio essendi* of the *Tatbestand*; it is the *Unrecht* the reason of the *Tatbestand*, its foundation. From this assertive important consequences in terms of attribution and delimitation of the *Tatbestand*, in the strict sense, arise.

Keywords: *Tatbestand*, *actus reus*, wrongdoing, legal good, criminal offense.

Sumário: 1. Introdução: 1.1. Tipo legal de crime (*gesetzlicher Tatbestand*) e tipo em sentido estrito; 1.2. Os elementos do tipo legal de crime – 2. O tipo de ilícito: 2.1. O ilícito como *ratio essendi* da tipicidade. O primado ontológico da ilicitude; 2.2. Os núcleos de desvalor do ilícito-típico: 2.2.1. Desvalor da ação e desvalor de resultado; 2.2.2. Antecedentes históricos; 2.3. Norma penal e os níveis de valoração – 3. Considerações finais

1. Introdução

1.1. Tipo legal de crime (*gesetzlicher Tatbestand*) e tipo em sentido estrito

O tipo legal de crime (*praeceptum legis*), ou simplesmente tipo penal, consiste na *descrição do fato criminoso pela lei penal*, por meio da qual é delimitada a matéria de proibição. No homicídio simples (art. 121 *caput* CP), “matar alguém”; na lesão corporal (art. 129 *caput* CP), “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” etc. Pode ser adequadamente compreendido como parcial² concretização do princípio da legalidade, em atenção ao prescrito pelo art. 1.º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Essa precisa forma de conceber o tipo penal, ainda hoje de grande valia para a teoria do delito, remonta aos escritos de Ernst Beling,

² É preciso ter em conta que *tipo legal* e *tipo de garantia* não são categorias coincidentes (*vide infra*).

nomeadamente à sua *Doutrina do Crime* (*Die Lehre von Verbrechen*) de 1906. Antes dele, a noção de tipo (*Tatbestand*) era já conhecida, mas como conceito muito próximo ao de crime como um todo.³ Beling, em contrapartida, propôs uma concepção bem mais estreita, não mais como sinônimo de crime, mas como um fundamental “momento do conceito de crime”, a partir do qual a teoria do crime deveria ser construída.⁴ Tipo, propunha o autor, é o “conjunto dos elementos que revelam o crime de que se está a tratar em termos típicos, isto é, para o § 303 StGB, ‘o dano ou a destruição de coisa alheia’, para o § 211 StGB, o ‘matar uma pessoa’, e assim por diante”.⁵ A esse conceito assinalava Beling não só uma *função sistemática*, mas também uma *função de garantia*, enquanto expressão do princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), além de uma específica *função dogmática atinente ao erro*, consistente na delimitação dos elementos cujo desconhecimento teria como consequência a exclusão do dolo.⁶

Estudos posteriores, contudo, passaram a desdobrar o conceito de tipo a partir da atribuição de conteúdo e funções diversos, levando

³ Em termos históricos – observam Stratenwerth e Kuhlen –, o conceito de tipo (*Tatbestand*) remete ao de *corpus delicti*, presente já na obra de Farinacius de 1581. Nessa altura, correspondia ao conjunto dos elementos exteriores de um concreto fato criminoso. Só a partir do século 18, o conceito de tipo passaria a representar o conjunto dos elementos constitutivos de um determinado crime (STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., Köln; Berlin; München: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 74). Ver também KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Baden-Baden : Nomos, 2008, p. 65.

⁴ BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen : J.C.B. Mohr, 1906, p. 1.

⁵ BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 3; definição também destacada por Roxin (ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Vol. I*, 4ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 280). O conceito de tipo na obra de Beling foi objeto de posteriores desenvolvimentos, os quais podem ser observados na sua *Doutrina do Tipo*, publicada em 1930 (BELING, Ernst. *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930). Tais desdobramentos, contudo, não se fazem importantes para o presente escrito. Para maiores detalhes sobre o pensamento de Beling, ver, entre nós, a cuidadosa exposição de ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal. Uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 44 ss.

⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht, AT*, 2006, p. 281.

a um afastamento do conceito unitário de Beling. Ilustrativo mostra-se, nesse contexto, o conhecido escrito de Engisch, de 1954, acerca dos elementos normativos do tipo. Nele o autor já identificava, com precisão, cinco diferentes conceitos de tipo, organizados do mais amplo ao mais restrito: (i) *Tipo no sentido da teoria do direito*, atinente ao conjunto de todos os pressupostos materiais necessários à aplicação da pena, incluindo as condições objetivas de punibilidade e deixando de fora apenas as condições de procedibilidade (*Strafverfolgungsbedingungen*); (ii) *tipo de crime (Verbrechenstatbestand)*, formado pelo conjunto de todos os elementos do crime (“gerais e especiais, positivos ou negativos, escritos ou não”), deixando de fora as condições de procedibilidade (*Strafverfolgungsbedingungen*) e as “condições externas de punibilidade”, como, *v.g.*, a ausência de indulto, na medida em que elas não interferem na existência do crime em si; (iii) *tipo de garantia (Garantietatbestand)*, a compreender todos os elementos do crime sob a perspectiva do princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), dentre os quais elementos da ilicitude e da culpabilidade; (iv) *tipo de ilícito (Unrechtstatbestand)*, constituído pelo conjunto dos elementos (“gerais ou especiais, positivos ou negativos, escritos ou não, objetivos ou subjetivos”) que constituem o “conteúdo objetivo do ilícito” penal (“lesão a interesses, danosidade social etc.”) e que, nesta medida, apresenta-se como “*ratio essendi* da ilicitude” – o tipo de ilícito não compreende elementos da culpabilidade –; e, finalmente, o (e) *tipo legal (gesetzlicher Tatbestand)*, correspondente ao “conceito reitor” (*Leitbild*) de Beling, nos termos já acima expostos. De todos é este o conceito mais restrito. Não alcança os elementos da culpabilidade e, no que tange às causas de justificação, coloca-se na dependência de se aceitar ou não a controvertida teoria dos elementos negativos do tipo.⁷

Esses são, todavia, apenas alguns exemplos da variedade de formas assumidas pelo conceito de tipo na doutrina penal, às quais se pode ainda acrescentar as denominações “tipo de ação”, “tipo total”, “tipo de

⁷ ENGISCH, Karl. Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. In: *Festschrift für Edmund Mezger zum 70^o Geburtstag*, München; Berlin : 1954, p. 130 ss.

erro” e “tipo de culpabilidade”, dentre outras.

É bem verdade que essa multiplicidade de conceitos envolvendo a noção de tipo, ainda que aspire a uma maior clareza e exatidão, não raramente dão margem ao seu exato oposto, dificultando o consenso terminológico e levando a equívocos no emprego das suas variadas acepções. O que não impede de reconhecer, em contrapartida, que algumas distinções são, de fato, absolutamente essenciais e delas não se pode prescindir. Quanto a nós, e naquilo que interessa ao presente escrito, o problema coloca-se em relação ao conteúdo do denominado *tipo em sentido estrito*,⁸ é dizer, em relação ao *conceito de tipo* que deve ser tomado como *referência ao processo de subsunção*, a revelar a tipicidade ou atipicidade de um determinado fato. O que, aliás, ganha em importância, quando se tem em conta, entre nós, i.e., na prática penal brasileira, o recorrente uso, para esse fim, de uma compreensão muito próxima – senão mesmo coincidente, em termos essenciais – da formulação originária de Beling.

A proposição belingniana, contudo, e como melhor se verá adiante, partia de uma concepção de tipo neutra e descritiva, hoje sabidamente superada. Aliás, nessa seara, é esse um dos poucos pontos de consenso. Uma formulação típica desprovida de valoração é algo absolutamente insustentável. E se isso é assim, se o tipo não existe desprovido de um juízo de valor, a defesa de uma tipicidade estritamente formal, na linha do vetusto *gesetzlicher Tatbestand*, faz-se igualmente insustentável no estado atual da teoria do crime.

⁸ Ver WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 30ª ed., C. F. Müller, 2000, p. 37; STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht. AT*, 2004, p. 75 ss.; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª, München : Verlag C. H. Beck, 2013, p. 44. Em sentido semelhante, mas fazendo referência a tipo em *sentido técnico* (FUCHS, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 8ª ed., Wien : Springer, 2012, p. 90 s.) e a tipo *em sentido dogmático* (STEININGER, Einhard. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung*, 2ª ed., Wien : Linde, 2013, p. 97).

É preciso reconhecer que a inviabilidade categorial deste *fantasma exangue*⁹ belingniano – ainda que sujeito à atualização possível nos limites de uma descrição típica desprovida de dimensão material – não reside, propriamente, na sua inutilidade prática.¹⁰ Não é disso que se está a tratar, mas, sim, da sua manifesta insuficiência para os fins sistemáticos e dogmáticos a que se propõe. E isso, inclusive no que tange à função de garantia que lhe é tradicionalmente assinalada.¹¹ Não se nega que, na ausência de referencial material, ainda pode o tipo resguardar alguma pretensão de segurança, delimitando, por linhas grossas, a matéria de incriminação. Mas mesmo essa é aqui exercida apenas precariamente. Desprovido da sua dimensão substancial, o tipo abre-se demasiadamente à manipulação hermenêutica, dando margem, não raramente, a uma insuportável perda de racionalidade.

Isso por um lado. Por outro, é preciso ter conta que a categoria de *tipo em sentido estrito* deve corresponder, em termos dogmáticos, à violação do preceito normativo que lhe subjaz, seja ele preceptivo ou proibitivo.¹² A bem da verdade, ele *é* a própria descrição legal dessa precisa violação e, portanto, *expressão legislativa da “negação de valores”*¹³ *que a norma penal busca resguardar*. O que, se bem entendido, faz do tipo uma

⁹ Esta expressão, “fantasma exangue”, remonta à célebre crítica de Beling ao conceito de ação (ver BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 17) e que, por ironia, pode ser agora aplicada ao seu conceito de tipo.

¹⁰ O seu reiterado uso pela prática penal faz prova disso. O que, aliás, não é surpresa alguma. Como bem lembra Castanheira Neves, “as sobrevivências são um fenómeno conhecido e há mortos que morrem devagar” (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, *Boletim da Faculdade de Direito* 74, 1998, Coimbra, p. 22).

¹¹ Não se deve confundir *função de garantia* com *tipo de garantia*. Como já observado, o tipo de garantia corresponde a uma categoria mais ampla e mais rica do que a de tipo em sentido estrito, o que, todavia, não impede esse último de exercer uma função fundamental no sentido da concretização da exigência de legalidade.

¹² STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*. AT, 2004, p. 75.

¹³ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, 1999 (reimpressão), p. 273 ss.

formulação essencialmente normativa e teleologicamente orientada. Formulação essa que guarda na dimensão material a sua mais profunda *ratio*.

As linhas que seguem buscam demonstrar a inexorável imbricação entre as denominadas dimensões formal e material na constituição do tipo *stricto sensu*. Imbricação, aliás, que se mostra exuberante sob os mais diversos pontos de vista. Tudo a atestar a insuficiência do *tipo legal* de crime como parâmetro de subsunção. Em seu lugar, ao invés de uma tentativa de ressignificação do conceito de tipo legal, propõe-se o conceito de *tipo de ilícito*. Tem-se que qualquer esforço apto a atualizar a categoria de tipo legal implicaria um resultado demasiadamente próximo do já reconhecido conceito de tipo de ilícito. Conceito esse que vem aqui concebido como *conjunto dos elementos materiais e formais, escritos ou não, que constituem a matéria de incriminação*.¹⁴ Propõe-se, em síntese, não mais o tipo legal, mas sim *o tipo de ilícito como parâmetro de subsunção típica e, assim, como tipo stricto sensu*.¹⁵

Para tanto, comecemos com um breve lançar de olhos sobre a usual classificação das elementares constitutivas do tipo legal.

¹⁴ O que irá resultar em uma combinação de elementos típicos e juízo de desvalor (FUCHS, Helmut. *Strafrecht*. AT, 2012, p. 90). Afinal, bem observa Jescheck e Weigend, no estado atual da teoria do crime, o tipo deve compreender todos aqueles elementos que fundamentam o “conteúdo material do injusto do fato punível” (JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 245). Ver, também, WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht*. AT, 2000, p. 37 s.; e STEININGER, Einhard. *Strafrecht*. AT, 2013, p. 97; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht*. AT, 2013, p. 44; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 3ª ed., München : Verlag Franz Vahlen, 2000, p. 17 ss.

¹⁵ Conquanto haja pontos de coincidência, preferimos a denominação *tipo em sentido estrito* à de *tipo sistemático (Systematbestand)*, usada, p. ex., por Roxin (ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 280 ss.). Isso porque o conceito aqui proposto, como se verá, busca atender tanto a uma exigência sistemática, como a uma fundamental função dogmática. Daí correta a observação de Steininger: “o tipo em sentido dogmático é por isso um tipo de ilícito” (STEININGER, Einhard. *Strafrecht*. AT, 2013, p. 97).

1.2. Os elementos do tipo legal de crime

No que tange à sua constituição, o tipo legal de crime é tradicionalmente decomposto em elementos de três diferentes grupos: descritivos, normativos e subjetivos.

Os *elementos descritivos* correspondem àqueles que podem ser conhecidos por meio da experiência sensível,¹⁶ não sendo para tanto necessário um juízo de valor.¹⁷ Fala-se em um mero “juízo de existência”¹⁸ ou ainda em “uma atividade intelectual de verificação”¹⁹. Como exemplo, costuma-se mencionar os elementos “pessoa”, “coisa”, “mulher”, “subtrair”, “matar”, entre outros.

Os *elementos normativos*, em contrapartida, não são acessíveis pela simples atividade sensorial. O seu conhecimento somente é alcançado por meio de um *juízo de valor*, cuja referência pode ser encontrada nas normas em geral, penais ou não, ou mesmo em outras dimensões axiológicas não jurídicas, como a cultura. Esse é o caso das elementares “alheia”, no crime de furto (art.155 CP), “falsamente” no delito de calúnia (art. 138 CP) ou “ilícita” no estelionato (art. 171 CP). Esse juízo de valor, por sua vez, nem sempre estará aberto ao intérprete, como ocorre nos exemplos já referidos. Em determinadas situações, o legislador antecipa-se, definindo ou delimitando o conteúdo da elementar, sem com isso retirar-lhe a natureza normativa. Veja-se, por exemplo, a elementar “funcionário público” no delito de peculato (art. 312 CP), definida no art. 327 CP, bem como a elementar “casa” no

¹⁶ MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Lehrbuch, 2ª ed., Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923, p. 183.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte geral, 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa, São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 288; Frago-so, *Lições de direito penal*, PG, 2003, p. 194.

¹⁸ FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*, 4.ª ed., Coimbra : Coimbra Editora, 2015, p. 213.

¹⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Coimbra: Almedina, 1999 (reimpressão), p. 283.

delito de violação de domicílio (art. 150 CP), delimitada (o que não é o mesmo que definida) nos §§ 4º e 5º do referido dispositivo.

Os *elementos subjetivos*, por fim, dizem respeito a determinadas intenções que não apenas marcam o direcionamento da conduta, mas são indispensáveis para a correta compreensão e delimitação da matéria de proibição. O exemplo mais comum é a elementar “para si ou para outrem” no tipo legal de furto (art. 155 CP), sem a qual o tipo não se perfectibiliza, dando margem a figuras atípicas como o impropriamente denominado *furto de uso* (subtração sem a pretensão de apropriação, mas apenas de fazer breve uso da coisa). Outros exemplos ainda podem ser encontrados no tipo de extorsão mediante sequestro, art. 159 CP (“com o fim de obter, para si ou para outrem”) e no tipo de associação criminosa, art. 288 CP (“para o fim específico de cometer crimes”).

Essa usual sistematização, por outro lado, nem sempre se mostrou assim, e não necessariamente precisa ser exatamente assim. Pelo contrário, os elementos do tipo e a sua história estão diretamente imbricados com os diferentes papéis já assumidos pela tipicidade e com a subjacente relação entre tipo e ilicitude, refletindo, em grande parte, a própria dinâmica desta relação.

Em sua primeira formulação por Beling, como já tivemos a oportunidade de adiantar, o tipo legal era proposto como algo “puramente descritivo”, neutro, incapaz de adiantar qualquer juízo de valor sobre o fato praticado.²⁰ No tipo, afirmava Beling, “não reside qualquer juízo de valor”.²¹ A valoração do fato típico era tarefa que competia exclusivamente à ilicitude.²² Logo, como é fácil de perceber, nessa precisa compreensão de tipicidade, não havia lugar senão para elementos estritamente descritivos.

²⁰ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 112 e 147.

²¹ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 147.

²² BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 145 ss.

Conquanto possa denotar alguma ingenuidade aos olhos de hoje, é certo que, concebido nesses termos, o tipo de Beling alcançaria o patamar máximo de clareza e objetividade, resultando em níveis ideais de segurança jurídica. O trabalho do magistrado no âmbito da tipicidade estaria restrito a um mero juízo cognitivo acerca da subsunção do fato ao tipo legal de crime, a um simples processo silógico de adequação, em perfeita harmonia com o ideário positivista da época: o juiz seria apenas a “boca da lei”.

Essa concepção, porém, não resistiria muito. O reconhecimento de elementos normativos e subjetivos no tipo legal mudou substancialmente a forma de perceber a tipicidade, com consequências de relevo para a sua relação com a ilicitude penal.

Max Ernst Mayer, a quem é normalmente atribuída a descoberta dos elementos normativos do tipo, percebe no tipo legal a existência de elementos carentes de valoração e, assim, próprios da ilicitude; uma espécie de “corpo estranho” dentre os elementos descritivos do tipo, denominando-os, por essa razão, de “elementos impróprios da tipicidade”.²³ Valendo-se, para fins de ilustração, dos elementos “alheio” e “falso”, observa Mayer que os *elementos próprios da ilicitude*, diferentes dos elementos da tipicidade, seriam não apenas indiciários da ilicitude (*ratio cognoscendi*), mas sim o seu próprio fundamento (*ratio essendi*), e que essa precisa característica se faria presente nos elementos normativos do tipo.²⁴ À parte disso, na linha do que teria sido inicialmente observado por Fischer,²⁵ autores como Mayer e Mezger passam a reconhecer na tipicidade também elementos de natureza psicológica, provenientes de uma dimensão interna do autor.²⁶ Tais elementos, em que pese

²³ MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, p. 184.

²⁴ MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, p. 184 s.

²⁵ Segundo Mezger, H. A. Fischer foi o primeiro a tratar da matéria (MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Ein Lehrbuch, 2ª ed., München; Leipzig: Duncker und Humblot, 1933, p. 168).

²⁶ MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, p. 7 s. e 185 ss.;

sua natureza subjetiva, não se confundiriam com os elementos da culpabilidade, onde, na época, estavam localizados o dolo e a culpa, e, portanto, o conteúdo subjetivo do crime.

O contínuo estudo sobre os elementos do tipo, porém, acabou por levar a uma quase inversão da premissa inicial de Beling. É dizer. O que antes se mostrava como exceção, hoje parece ter se convertido à regra.

Inicialmente identificados em apenas alguns elementos do tipo legal – tão excepcionais que chegaram a receber, como vimos, a designação de “corpos estranhos” e de “elementos impróprios” da tipicidade –, os elementos normativos foram ganhando cada vez mais espaço, a ponto não só de se sobrepor aos elementos descritivos, mas até mesmo de colocar dúvidas acerca da efetiva existência de elementos verdadeiramente descritivos.

Eduardo Correia, em célebre passagem, já considerava correto afirmar que “todos os elementos do ‘Tatbestand’ são normativos”, na medida em que “todos concorrem para a expressão do integral juízo de desvalor que ele traduz”.²⁷ Roxin, por sua vez, no seguimento de E. Wolf, reconhece o tipo como figura “totalmente normativa”, uma estrutura na qual se “entrelaçam elementos de valor e elementos do ser”.²⁸ Salienta que, em casos difíceis, mesmo conceitos como “subtrair” ou “edifício” devem ser interpretados a partir do fim de proteção da norma penal, da mesma forma que as noções de “pessoa” ou “coisa” carecem, também elas, de um nível valorativo. A maior parte dos elementos, conclui o autor, seriam, em realidade, um misto de elementos descritivos e normativos, não se fazendo relevante a sua distinção.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*, 1933, p. 168 ss. e 190.

²⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, 1999 (reimpressão), p. 283.

²⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 285.

Com efeito, a se levar a sério o conceito de elemento descritivo como realidade apreensível por um *puro juízo de cognição não valorativo*, muito pouco resta dentre os elementos típicos apto a atender a tal designação. Mesmo os mais tradicionais exemplos de elementos descritivos (“matar”, “homem”, “coisa” etc.) mostram-se hoje detentores de uma indesmentível carga valorativa, ainda que visível, por vezes, apenas em situações-limite.²⁹ O conceito de matar, p. ex., imbrica-se com a problemática questão do início e do fim da vida que, cada vez mais, encontra assento em limites fortemente normativos. Do mesmo modo, as noções de homem e mulher já não encontram definição por critérios puramente biológicos, senão também normativos, a partir de uma lógica de reconhecimento de gênero. E diferente não é o conceito de coisa que, para além de remeter o intérprete ao âmbito da normatividade civil, pode compreender até mesmo animais e é, inclusive, no crime de furto, por força do art. 155 §3 do CP, equiparado à energia, elétrica ou não, detentora de valor econômico.

Logo, ainda que não seja razoável negar a reminiscência de todo e qualquer elemento descritivo, a sua muito eventual ocorrência já não parece mais justificar a distinção entre elementos normativos e descritivos. O que há são elementos de maior ou menor abertura à valoração, a depender, dentre outras coisas, da sua vinculação a realidades sensíveis. Não há dúvida de que a abertura permitida por elementares como “matar” e “mulher”, conquanto haja, não é equiparável à amplitude das elementares “falsamente” e “ilícita”. Daí a exigência de cuidado na seleção das elementares a compor o tipo, de modo a evitar que uma demasiada abertura possa defraudar a exigência de *legalidade estrita*, como, aliás, tão bem ilustra o “praticar ato obsceno” da amplíssima e, também por isso (embora não só), inconstitucional descrição típica do art. 233 CP.

²⁹ Falando em uma “zona periférica normativa”, ver KIENAPFEL, Diethelm; HÖPFEL, Frank; KERT, Robert. *Grundriss des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 14^a ed., Wien : Manzsche, 2012, p. 37.

De outra parte, haveria, segundo Roxin, um caminho possível para a manutenção da distinção entre elementos normativos e descritivos – se, por razões terminológicas, se desejar mantê-la –. Para tanto, seria necessário fazer uso de uma concepção mais estreita de “elemento normativo”, considerando por tal apenas aqueles cuja representação só se torna possível sob o “pressuposto lógico de uma norma”; como então proposto por Engisch.³⁰ “Alheio” e “documento” seriam, nessa medida, elementos normativos, enquanto que “pessoa” e “coisa”, elementos descritivos.³¹ Quanto a nós, todavia, nem mesmo esse recurso se mostraria suficientemente apto a socorrer a terminologia em questão. Basta considerar que mesmo o conceito de pessoa, profundamente ligado ao de vida, tem hoje como referencial valorativo a Lei de Transplantes (Lei 9.434/1997), a qual toma por fim da vida a morte encefálica (art.3º). Vale dizer, que a sua representação, ainda que apenas em momentos extremos, só será possível sob o pressuposto de uma norma, tornando-se, assim, mesmo a partir de um normatividade mais estrita, também um elemento normativo.

A ser tudo isso verdade – é dizer, a ser o tipo penal constituído, fundamentalmente, por elementos normativos e, eventualmente, subjetivos –, é inarredável a conclusão de que o tipo, ainda que na sua conformação mais restrita, expressa no conceito de *tipo legal de crime* (*praeceptum legis*), consiste em uma *formulação essencialmente normativa*. E, se assim é, igualmente inarredável mostra-se a pergunta acerca do seu conteúdo material ou, o que é o mesmo, acerca do núcleo de (des)valor que lhe subjaz e conforma, e que, em igual medida, irá revelar a sua orientação teleológica.

³⁰ ENGISCH, Karl. Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, 1954, p. 146 s.

³¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 309.

2. O tipo de ilícito

2.1. O ilícito como *ratio essendi* da tipicidade. O primado ontológico da ilicitude

Em termos estritamente lógico-analíticos,³² a tipicidade corresponde ao primeiro *juízo de valor* da estrutura analítica do crime. Assertiva que é válida mesmo para aqueles que, diferente de nós,³³ defendem a manutenção de um conceito de ação como *Oberbegriff* da estrutura do crime. Isso porque o conceito pré-típico de conduta não é (ou, ao menos, não deve ser) resultado de juízos de natureza jurídico-penal.³⁴

Essa privilegiada posição da tipicidade no âmbito do conceito analítico é indispensável para o atendimento das funções atribuídas ao tipo, muito especialmente da função de garantia. Contudo, o fato da tipicidade ocupar o marco zero do método escalonado de valoração jurídico-penal nada tem a ver com a questão que ora se coloca, a questão acerca do primado ontológico no âmbito do ilícito penal.

Em termos ontológicos, o tipo penal não é um *prius*, mas um *posterius*. É nada mais do que o resultado da intervenção legislativa sobre um estado de coisas já valorado negativamente e cujo (des)valor, para além de o preceder, lhe motiva e confere fundamento. O tipo é, pois, apenas o “portador da valoração jurídico-penal que o juízo da ilicitude exprime”.³⁵ Ao tipificar o homicídio, o Estado não inaugura o desvalor

³² Assim, FÁRIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*, 2015, p. 217.

³³ Ver D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções, *Revista de Estudos Criminais* 54, 2014, p. 135 ss.

³⁴ Sobre a questão ver MARINUCCI, Giorgio. *Il reato come “azione”*. Critica di un dogma, Milano: Giuffrè, 1971, *passim*; D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime, 2014, p. 135 ss.

³⁵ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, 1999 (reimpressão), p. 281; MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, 1933, p. 176. Sobre a teoria do tipo de ilícito na doutrina portuguesa, ver HÜNERFELD, Peter. *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*. Ein rechtsver-

do ato de matar, como também não, por meio do tipo de ofensas corporais, o desvalor da ofensa à integridade corporal de outrem. O que há é o reconhecimento, pelo direito penal, do prévio desvalor de tais comportamentos, a partir de referenciais penais de natureza trans-sistemática, dentre os quais, muito particularmente, embora não só, *a ofensa a bens jurídico-penais*. Não de um qualquer desvalor, por certo, mas de um desvalor que se mostra intolerável, verdadeiramente insuportável para a vida em comunidade, pois, só assim, diante dessa especial gravidade, poderá o direito penal elevá-los à mais alta categoria de ilicitude, à ilicitude de natureza penal, o que se dá, por sua vez, única e exclusivamente a partir do processo de tipificação.³⁶

O tipo constitui, nessa medida, a porta de entrada da ilicitude no mundo penal, mas também, e principalmente, a expressão legislativa do ilícito material que o precede e fundamenta. É o resultado da difícil tarefa de traduzir em palavras o fragmento de realidade que se deseja proibir; daí a sua inerente complexidade. Quanto mais nítidos forem os contornos da matéria de incriminação, mais precisos serão os limites do tipo legal de crime e mais claro o seu fundamento, carregando, assim, de forma exuberante, a sua dimensão material. Por outro lado, quanto mais complexa for a matéria de incriminação, mais imprecisos serão os contornos do tipo legal e obscuro o seu fundamento, dando perigosa margem a tentativas equivocadas de autonomização do tipo em relação ao ilícito e, por consequência, não raramente, também à perda de sua legitimidade.

Tipo e ilícito não se confundem.³⁷ Isso é certo. O que está aqui em

gleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihrer Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang, Baden-Baden, Nomos, 1981, p. 176 ss.

³⁶ Ver D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, *passim*; e, do mesmo autor, *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, *passim*.

³⁷ FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2015, p. 216.

questão não é a *autonomia conceitual* de tais categorias, mas a profunda e imbricada relação de interdependência entre elas. E isso de tal modo que não pode haver ilícito penal sem tipicidade – todo ilícito penal é *ilícito-típico* –, como, também não, tipo desprovido de ilícito – todo tipo é *tipo de ilícito*. E aqui reside o que há de mais relevante. Nem um nem outro possui, isoladamente, autonomia em *termos materiais*. Tipicidade e ilicitude desfrutam do mesmo *fundamento* e do mesmo *sentido*, constituindo, em termos substanciais, uma unidade, uma única categoria sistemática: o ilícito-típico.³⁸

Algumas precisões, entretanto, tornam-se ainda necessárias.

A questão em análise em nada coincide com a denominada *teoria dos elementos negativos do tipo* – nesse sentido, a precisa lição de Figueiredo Dias³⁹ – e não encontra perfeita correspondência com a discussão em torno das teorias do *tipo-indiciador* (*ratio cognoscendī*) e do *tipo-fundamentador* (*ratio essendī*) da ilicitude.

Com a descoberta dos elementos normativos do tipo, já acima considerada, a concepção belingniana de um tipo neutro em relação à ilicitude perdeu força e deu azo a inúmeras contribuições no sentido de uma nova perspectiva acerca da relação entre tipo e ilícito. M. E. Mayer, ainda influenciado pela concepção de Beling, propôs a tipicidade como *mera razão de conhecer*, como simples indício da existência de ilicitude (*ratio cognoscendī*) a ser verificada fora do espaço próprio da tipicidade e a partir

³⁸ Com razão Faria Costa, ao afirmar que “a concepção de conduta punível é, pois, uma concepção bi-partida, integrando, por um lado, o ilícito-típico – enquanto unidade de sentido em primeira linha objetivamente desvalioso – e, por outro, a culpa” (FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2015, p.179). Também assim, no essencial, Figueiredo Dias: “a conclusão a retirar do que fica dito é a de que, num sistema teleológico funcional da doutrina do crime, não há lugar a uma construção que separe, em categorias autónomas, a tipicidade e a ilicitude. Categoria sistemática, com autonomia conferida por uma teleologia e uma função específica, é só a categoria do ilícito-típico ou do tipo de ilícito” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, 2007, p. 270).

³⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, 2007, p. 266.

da inexistência de causas justificantes. Uma relação comparável a da fumaça com o fogo. A ilicitude não seria parte da tipicidade, mas apenas um juízo de valor sobre ela.⁴⁰ Perspectiva essa que se tornou conhecida como teoria indiciária da ilicitude e que encontra, ainda hoje, qualificada representação na literatura nacional.⁴¹ Mezger, em contrapartida, via na tipicidade bem mais do que mero indício de ilicitude. “Quem age tipicamente, age ilicitamente, desde que não esteja presente uma causa de exclusão do ilícito”. E, se isso é correto, teria de ser a tipicidade muito mais relevante para a ilicitude do que um simples juízo indiciário. A tipicidade torna-se, nesse horizonte, o próprio fundamento da ilicitude, a sua *ratio essendi*.⁴²

O essencial, todavia, de uma forma ou de outra, acaba por perder-se. Quer na doutrina indiciadora, quer na doutrina fundamentadora, o ilícito típico é visto sob a perspectiva do tipo, e não do ilícito. Embora haja importantes diferenças também entre os teóricos de uma mesma orientação – Sauer, *v.g.*, chega a falar de uma “antijuridicidade tipificada” (*vertyppte Rechtswidrigkeit*) –⁴³ o problema coloca-se mais em saber o *quanto o tipo antecipa do sentido de ilicitude*, mantendo-o, todavia, nas palavras de Figueiredo Dias, “lógica e ontologicamente ‘antes’ da ilicitude”.⁴⁴ Trata-se, assim, do límpido primado da tipicidade. Nos quadros da doutrina do teleológico-funcional, p. ex., sustenta Roxin a “prioridade teleológico-

⁴⁰ MAYER, Max Ernst. Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, p. 10.

⁴¹ Ver BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral, 21.^a ed., São Paulo : Saraiva, 2015, p. 346 s.; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo : Atlas, 2015, p. 263; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral, 4.^a ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 454; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, 16.^a ed., atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 191.

⁴² MEZGER, Edmund. *Strafrecht*, 1933, p. 182.

⁴³ SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Strafrechtslehre*. Eine lehrbuchmässige Darstellung, 3.^a ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1955, p. 63.

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 91.

funcional [do tipo] na construção do sistema”,⁴⁵ o que faz por razões de natureza político-criminal.⁴⁶

A teoria dos elementos negativos do tipo, por seu turno, remete suas primeiras linhas aos escritos de Adolf Merkel, de 1889.⁴⁷ Essa orientação defende a pertença das causas de justificação ao próprio tipo legal, na forma de elementos negativos do tipo. A separação, na lei penal, entre tipos incriminadores e causas justificantes teria razão meramente técnico-legislativa; em termos materiais, pertenceriam à mesma realidade. Deste modo, o tipo penal de homicídio (art. 121 CP), p. ex., seria algo como “matar alguém, fora dos casos de legítima defesa, estado de necessidade etc.”.⁴⁸ Essa teoria, conquanto anterior à disputa entre as doutrinas indiciária e fundamentadora da ilicitude, ganhou novos ares nos quadros da teoria fundamentadora, deslocando o debate para o âmbito da estrutura do crime, mais precisamente para o confronto entre as concepções tripartida (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) e bipartida de crime (ilícito-típico e culpabilidade). Tal deslocamento, contudo, apenas obscureceu ainda mais o problema ora em análise. Como bem observa Figueiredo Dias, “a questão dos elementos negativos do tipo constitui um problema sem significado material”. Numa ou noutra sistematização o tipo permanece como “o substantivo, a causa, o *prius*, e a ilicitude apenas a predicação, a consequência, o *posterius*. Por isso, uma tal discussão falha o essencial”.⁴⁹ O que, aliás, deixa suficientemente claro o fato de que aqui não está em questão a *dimensão “negativa”* da ilicitude, expressa na forma de causas de justificação – e que coloca problemas de outra ordem, impossíveis de serem versados nos estreitos

⁴⁵ Na expressão de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. 2007, p. 266.

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 289.

⁴⁷ MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1889, p. 35.

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 286.

⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, 2007, p.266.

limites deste texto⁵⁰ –, mas sim a sua *dimensão “positiva”*, a sua dimensão fundamentadora.

A relação entre tipo e ilícito é, portanto, no horizonte que aqui se propõe, melhor percebida e explicada por meio de uma inversão de perspectiva. Embora a ideia de tipo como *ratio essendi* da ilicitude possa comportar uma leitura a partir do ilícito, a terminologia estará sempre a privilegiar o tipo e a tornar equívoca a sua compreensão. Ao se aceitar a premissa da qual partimos, não é (e não deve ser) o tipo a *ratio essendi* da ilicitude, mas sim o seu exato oposto. É a *ilicitude a ratio essendi da tipicidade*; é o *ilícito a razão de ser do tipo, o seu fundamento*.

O tipo, por sua vez, enquanto concretização do princípio da tipicidade, assume a posição, nobre e irrenunciável posição – na feliz expressão de Faria Costa – de *ratio relevans* da ilicitude.⁵¹ Linha de corte entre o relevante e o irrelevante para o direito penal⁵² e, portanto, “a relevância que abrange, por inteiro e em unidade, o ilícito-típico”.⁵³

⁵⁰ Sobre a questão, ver STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*. AT, 2004, p. 76 ss.; e KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*. AT, 2008, p. 57 s., o qual, após comparar os modelos bipartido e tripartido, adota este último em suas lições, valendo-se, para tanto, de razões didáticas e por considerar que, dessa antiga contenda, quase não advém consequências práticas. Não chega, todavia, a afirmar uma diferença objetiva entre tipicidade e ilicitude.

⁵¹ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas, Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 435 ss.; FÁRIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2015, p. 217. É verdade que não acompanhamos o autor quando, a partir dessa premissa, dá passos no sentido da doutrina do tipo como *ratio essendi* da ilicitude (ver FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*, 1992, p. 435 e 437). Todavia, e por tudo até aqui exposto, pensamos que isso em nada prejudica a recepção do tipo como *ratio relevans*, nos estritos termos em que essa ideia é aqui exposta. Pelo contrário. Se bem vemos, essa forma de perceber o tipo mostra-se ainda mais exuberante no horizonte de coisas ora proposto.

⁵² Afinal, como bem observa Faria Costa, a “antijuridicidade penalmente relevante não está fora do tipo, mas sempre se expressa dentro dos contornos dogmáticos definidos por ele” (FÁRIA COSTA, José de, *Noções fundamentais de direito penal*, p. 217).

⁵³ FÁRIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*, 1992, p. 435.

2.2. Os núcleos de desvalor do ilícito-típico

2.2.1. Desvalor da ação e desvalor de resultado

O conteúdo material do ilícito penal é constituído por dois centros de desvalor indispensáveis e insubstituíveis: o desvalor de ação e o desvalor de resultado⁵⁴. Juntos eles formam uma *unidade de sentido* que, conquanto tenha no desvalor de resultado o seu núcleo fundamental, na medida em que consubstancia o referencial teleológico da norma, somente na presença e convergência de ambos (desvalor de ação e de resultado) pode alcançar dignidade penal e, assim, fundar o ilícito-típico.

O *desvalor de ação* deve abranger todos os diferentes aspectos da conduta em si, sejam eles subjetivos ou objetivos, de modo a expressá-la adequadamente em termos axiológicos. Compreende, por um lado, o (i) *desvalor subjetivo da conduta*, isto é, a vontade que preside a realização da conduta. O homicídio doloso é, por isso, mais grave que o culposos, muito embora o resultado da ação seja exatamente o mesmo. Por outro lado, tem-se o (ii) *desvalor objetivo da conduta em si*, compreensivo do modo e da forma através dos quais a ação é praticada. Ex.: sempre que o homicídio for cometido “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima” (art.121, IV CP) ele torna-se mais grave, dando azo à sua forma qualificada. Por fim, também os (iii) *elementos objetivos da autoria* exercem um relevante papel na formação do desvalor de ação. Ex.: a apropriação indébita apresenta-se mais reprovável quando o sujeito ativo é funcionário público, resultando inclusive em delito diverso (art. 312 CP, peculato) daquele praticado por quem não possui esta qualificação (art. 168 CP, apropriação indébita).

Não há dúvida de que, no desvalor de ação, encontra-se não só o dolo como os elementos subjetivos do tipo (desvalor subjetivo da

⁵⁴ Ver JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. AT, 1996, p. 238 ss.; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*. AT, 2000, p. 18.

conduta). Mas o mesmo não pode ser dito no que tange à localização dos elementos referentes à forma ou ao modo de execução (desvalor objetivo da conduta), bem como dos elementos objetivos da autoria.

O problema não se coloca, observa Roxin, se for aplicada a concepção por ele defendida do desvalor de ação como “unidade de sentido objetivo-subjetiva”, uma vez que, sob essa perspectiva, até mesmo o resultado está incluído no desvalor de ação. Contudo, prossegue Roxin, se adotada uma concepção de desvalor de ação exclusivamente subjetiva, esses elementos teriam que ser incluídos no desvalor de resultado ou, então, em uma “terceira” categoria de desvalor.⁵⁵

O nosso entendimento, porém, é outro.

Como já acima avançado, acreditamos mais adequada a absorção desses elementos pelo desvalor de ação, em oposição ao desvalor de resultado, como específico desvalor de ofensividade, na linha de Jescheck e Weigend;⁵⁶ o que, ao nosso sentir, em nada prejudica, mas sim reforça, a compreensão de ambos como uma unidade de sentido. Esse entendimento mostra-se, inclusive, particularmente útil na análise de crimes cujo desvalor de ação, em termos subjetivos, é muito fraco ou mesmo inexistente, como ocorre, *n. g.*, nos crimes por negligência.⁵⁷

A partir dessa concepção, coloca-se fora do desvalor de ação apenas a forma e a intensidade com que a conduta atinge o objeto de proteção da norma, âmbito próprio do desvalor de resultado. O *desvalor de resultado* é aqui *desvalor de ofensa*. Não se confunde com o resultado em uma perspectiva natural, entendido como modificação do mundo exterior, e tampouco com o objeto da ação. Trata-se do *desvalor expresso pela ofensa a bens jurídico-penais, pela lesão ou perigo de lesão ao objeto de tutela*

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 327 s.

⁵⁶ JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. AT, 1996, p. 240.

⁵⁷ Sobre a questão, MAZZACUVA, Nicola. *Il disvalore di evento nell'illecito penale*. L'illecito commissivo doloso e colposo, Milano : Giuffrè, 1983, p. 64 ss.

da norma. Núcleo de desvalor que, ao exprimir, por meio das categorias penais que lhe são próprias (bem jurídico e ofensividade), a ruptura da relação originária de cuidado de perigo, assume-se como pedra angular do ilícito penal, expressão da contrariedade não só à intencionalidade jurídico-normativa, mas à própria função do direito penal.⁵⁸

2.2.2. Antecedentes históricos

Essa precisa conformação do ilícito penal, é importante que se diga, longe está de ser pacífica.

Conquanto haja certo consenso sobre a relevância de ambos os referenciais de desvalor (ação e resultado) na constituição do ilícito, não se pode dizer o mesmo acerca da sua indispensabilidade – i.e., da possibilidade de haver um ilícito penal desprovido de desvalor de resultado ou de ação –, como também não da prevalência do desvalor de resultado sobre o desvalor da ação. A sua trajetória, em realidade, está fortemente marcada por avanços e retrocessos explicáveis, em grande medida, pelo fato de estar o ilícito penal diretamente imbricado com o fundamento, o sentido e a função que são assinalados ao direito penal.

Em termos históricos, mais precisamente no *modelo clássico de crime*, o injusto era concebido em termos exclusivamente objetivos. Na medida em que os elementos subjetivos do crime, em sua totalidade, estavam adstritos à culpabilidade, o injusto detinha como referencial forte de desvalor o resultado. Mas, se por um lado, como vimos, o surgimento dos elementos normativos do tipo acaba por romper a defendida

⁵⁸ Como se pode notar, partimos de uma concepção do ilícito-típico fundada na dimensão onto-antropológica de cuidado de perigo, proposta por Faria Costa (FARIA COSTA, José de. *Ilícito típico, resultado e hermenêutica*. Ou o retorno à limpidez do essencial, *Seminário internacional de direito penal*, Universidade Lusíada, Lisboa : Universidade Lusíada, março de 2000, p. 16 ss.). É, pois, neste horizonte compreensivo que concebemos o desvalor de resultado como categoria erigida a partir da violação dessa mesma relação originária. Daí tornar-se evidente que o desvalor de resultado não se esgota nos limites de um dano/violação. Deve, ao contrário, ser compreendido na riqueza de significação que expressa, isto é, no mais puro e límpido desvalor de cuidado.

neutralidade do tipo legal, abrindo caminho para a atual concepção de tipo de ilícito, por outro, o surgimento dos *elementos subjetivos do tipo* permite semelhante desdobramento no que tange ao referencial de desvalor do injusto. Embora de modo ainda tênue, os elementos subjetivos do tipo dão o primeiro passo no sentido da afirmação do desvalor de ação na composição do ilícito penal.

O segundo e decisivo passo é dado pela teoria finalista de Welzel. A passagem do dolo e da culpa, antes na culpabilidade, para a tipicidade inaugura uma nova forma de ver o ilícito penal. O ilícito torna-se *ilícito pessoal*. Não mais a causação de um resultado desvinculada do seu autor, mas apenas a “ação como obra de um determinado autor” deve alcançar o designativo de ilícita. Ao lado da eventual lesão ao bem jurídico na constituição do injusto, Welzel destaca a importância da *finalidade* que preside a conduta, como também da *atitude* (*Einstellung*) por meio da qual ela é cometida e dos *deveres* que incidem sobre o autor. O injusto torna-se, nas palavras de Welzel, “injusto da ação referido ao autor”, torna-se “injusto pessoal”.⁵⁹

O contributo prestado pela noção de ilícito pessoal é incontestável. A sua afirmação tanto na Alemanha como no Brasil independe da recepção da teoria finalista da ação como tal. Fundamenta-se principalmente em razões sistemáticas, referentes à admissão do dolo e dos elementos subjetivos do tipo na tipicidade, com implicações diretas na compreensão do ilícito.⁶⁰ Expressa, em essência, a ideia simples, mas fundamental, de que o acontecimento jurídico-penalmente relevante deixa-se descrever adequadamente não como um simples processo causal, mas como comportamento de uma *pessoa*,⁶¹ não como um simples

⁵⁹ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung, 11ª ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1969, p. 62.

⁶⁰ MAIWALD, Manfred. Criteri-guida per una teoria generale del reato. In: *Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Milenio*, org. por Stefano Canestrari, Torino : Giappichelli, 1998, p. 242; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 321 s.

⁶¹ STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*. AT, 2004, p. 121 s.

resultado, mas como *obra de um autor*, como resultado a ele atribuível por dolo ou culpa. O que, como se percebe, não implica supressão ou redução da importância da ofensa a bens jurídicos na constituição do ilícito.

A proposta de Welzel, porém, não se esgota na simples defesa do desvalor de ação como constitutivo do ilícito, agora na forma de um ilícito pessoal. Nesse novo horizonte de coisas, o desvalor de resultado deixa de ter o protagonismo de outrora, dando lugar ao desvalor de ação na posição de centro e fundamento do ilícito penal. Embora Welzel reconheça importância ao desvalor de resultado e acredite que a sua ocorrência pode ser evitada através da punição do desvalor de ação, a tarefa primária do direito penal não é, para ele, a proteção de bens jurídicos, mas sim a garantia da “real vigência (observância) dos valores do ato (*Aktwerte*) da consciência jurídica”.⁶² Em seu entender, “os valores do ato como a fidelidade, a obediência, o respeito à pessoa, etc., possuem maior fôlego e visão mais ampla que a mera proteção de bens”,⁶³ o que o leva a defender uma noção de ilícito centrada eminentemente no desvalor de ação, uma concepção na qual o resultado aparece como um elemento até mesmo dispensável em alguns casos: “o desvalor objetivo [a lesão ou perigo ao bem jurídico] pode faltar no caso concreto sem que desapareça o desvalor de ação como, por exemplo, ocorre na tentativa inidônea”.⁶⁴

O passo “extremo” em prol do desvalor de ação e de uma exata inversão do *status quo* é dado, posteriormente, por Diethart Zielinski. Zielinski leva a concepção finalista do ilícito ao seu mais extremo limite. Em seu entender, “o desvalor de ação, fundamentado na direção do comportamento a um objetivo contrário ao valor, constitui o ilícito. E apenas ele preenche-o de conteúdo”. E conclui: “ilícito é o ato

⁶² WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 1 ss.

⁶³ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 4.

⁶⁴ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 62.

final contrário ao dever – e apenas isto”.⁶⁵ O desvalor de resultado é absolutamente irrelevante no âmbito do ilícito penal, não havendo qualquer sentido em distinguir o crime consumado do crime tentado.⁶⁶ Caminha, pois, no sentido de propor a tentativa inidônea como paradigma do ilícito penal.

À elaboração de Zielinski levantaram-se inúmeras críticas mesmo dentre os adeptos do finalismo. Stratenwerth, *ng.*, destaca a importância do desvalor de resultado como ponto de equilíbrio para uma correta compreensão do ilícito-típico.⁶⁷ Observa que a eliminação do desvalor de resultado da teoria do ilícito opõe-se, dentre outras coisas, a princípios elementares de imputação penal, não havendo razão que justifique uma leitura do ilícito através de um modelo estabelecido a partir da tentativa inidônea.⁶⁸

Com efeito, no atual estágio da doutrina do crime, já não é possível reconhecer qualquer razão a orientações envoltas por tamanho radicalismo. É inegável que o desvalor de ação constitui um elemento indispensável para uma correta compreensão do ilícito-típico, mas não é o único, e também não o primeiro. Valendo-nos da passagem de Welzel na qual afirma que “a lesão ao bem jurídico (o desvalor de resultado) tem significação jurídico-penal apenas dentro de uma ação

⁶⁵ ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Untersuchung zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, Berlin: Duncker e Humblot, 1973, p. 143.

⁶⁶ ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 144. Para Zielinski, bem observa Mylonopoulos, a diferença não está entre consumação e tentativa (acabada), mas sim entre tentativa acabada e inacabada, pois, nestas, seria possível apreciar um distinto desvalor e ação (MYLONOPOULOS, Christos. *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*. Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren, Köln: Heymann, 1981, p. 36 ss.).

⁶⁷ STRATENWERTH, Günter. Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht. In: *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Schwartz, 1975, p. 177 ss.

⁶⁸ STRATENWERTH, Günter. Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, 1975, p.192. Ver ainda, do mesmo autor, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, *SchwZStR* 79, 1963, p. 233 ss.

pessoal antijurídica (dentro do ilícito de ação)”,⁶⁹ diríamos que a nossa forma de compreender as coisas encontra-se na exata inversão desta afirmativa: o *desvalor de ação tem relevância no direito penal somente dentre as condutas ofensivas a bens jurídicos e, assim, detentoras de desvalor de resultado*. O desvalor de resultado é, ao nosso sentir, o fundamento, a pedra de toque de um direito penal⁷⁰ que se pretende legítimo – e, portanto, em oposição a uma ordem penal moral, erigida sobre “deveres ‘categóricos’ de fidelidade a valores”⁷¹ – sobre a qual então recairá o juízo de desvalor de ação. Desta conjunção, e somente a partir dessa conjunção, é que poderemos obter uma correta compreensão do ilícito-típico.

2.3. Norma penal e os níveis de valoração

O que temos até aqui observado, no que tange ao conteúdo material do ilícito, torna-se ainda mais evidente quando considerado em uma perspectiva normológica, em uma leitura a partir da **norma penal** e dos denominados **níveis de valoração**.

As normas penais consistem em mandamentos que podem assumir a forma de uma proibição de agir (ex.: “*é proibido matar*” – art. 121 CP) ou de uma determinação/obrigação de agir (ex.: “*é obrigado a salvar*” – art. 135 CP), teleologicamente orientados à tutela de bens jurídico-penais. Logo, possuem uma dimensão valorativa e outra prescritiva. Elas precedem, em termos lógicos, o tipo incriminador. Encontram-se pressupostas no tipo legal de crime e são deduzidas a partir dele. O tipo legal é, nessa perspectiva, como já adiantado, a descrição da sua violação, a descrição da violação da norma penal.⁷²

Não há aqui nada de novo. Já a seu tempo, observava Binding que

⁶⁹ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 75.

⁷⁰ FARIA COSTA, José de. *Ilícito típico, resultado e hermenêutica*, 2000, p.22 s.

⁷¹ MARINUCCI, Giorgio. “Relazione di sintesi”. In: *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, org. por Afonso M. Stile, Napoli : Jovene, 1985, p. 345.

⁷² Ver KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie*. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1954, p. 17 ss.

o infrator, ao cometer um crime, não viola o tipo penal, mas o preenche. O tipo penal do furto, *n.g.*, dispõe simplesmente que “*subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*” dará lugar a uma pena de “*reclusão, de um a quatro anos, e multa*” (art. 155 *caput* CP). Logo, ao furtar alguém, o autor estaria, em realidade, realizando precisamente o que dispõe o tipo, e não contrariando/violando o tipo legal de crime.⁷³ E, se a isso se resumisse o crime, seria possível argumentar, ainda que absurdamente, que a conduta típica estaria disponível ao cidadão, desde que concordasse com a respectiva sanção. Algo como: se furtar, deves aceitar as respectivas penas de reclusão e multa; o que é logicamente inaceitável.

Em verdade, há algo que precede o tipo em termos conceituais e que é necessariamente violado pelo autor, aquilo que Binding chamou de *norma*.⁷⁴ A norma, assim denominada em razão de prescrever comportamentos,⁷⁵ assumiria sempre a forma de um mandamento (*Befehl*) que, em termos de conteúdo, encontraria expressão em uma proibição (*Verbot*) de agir ou em uma determinação (*Gebot*) de agir.⁷⁶

Naquilo que aqui interessa, eis que muitos são os desdobramentos possíveis dessa premissa, está a relação entre *norma* e *valor*, da qual se pode deduzir níveis de valoração especialmente relevantes no que tange à formação do conteúdo material do ilícito.⁷⁷

⁷³ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, vol. I, 3ª ed., Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1916, p. 4; KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 3.

⁷⁴ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 1916, p. 4 e 7; KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 3.

⁷⁵ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 1916, p. 7.

⁷⁶ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 1916, p. 51. Ver, também, STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*. AT, 2004, p. 75.

⁷⁷ A referência a “níveis de valoração” é aqui feita no sentido da sequência escalonada de valoração de que nos fala Armin Kaufmann em obra dedicado ao pensamento de Binding (KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 69 ss.). Conquanto já presente na teoria das normas de Binding (KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 67), a relação entre norma

O *primeiro nível de valoração*. Partindo da premissa de que a norma, por uma exigência lógica, é precedida de um juízo de valor, é preciso admitir que o momento primeiro da construção normativa parte, invariavelmente, de um juízo positivo de valor, de uma valoração positiva. “A primeira valoração”, bem observa A. Kaufmann, “é sempre positiva, pois uma valoração negativa pressupõe sempre uma positiva que a precede, por mais que ambas possam coincidir no tempo”.⁷⁸ Valoração que não é outra coisa senão o original momento jurídico de reconhecimento, ainda que a traços grossos, da concepção jurídico-penal de bem jurídico.

O bem jurídico, nesse horizonte compreensivo, é o valor primeiro da norma. É ele o valor irradiante e simultaneamente condensador da intencionalidade normativa. Elementar axiológico que permite, através da tensão entre sua afirmação e negação, as diferentes formas de aparição do ilícito-típico nos níveis subsequentes de valoração.

Embora se possa afirmar, como o faz A. Kaufmann,⁷⁹ que a antiga “teoria da lesão a bens jurídicos” encontra o seu ponto de partida em uma vinculação imediata da norma ao objeto jurídico, terminando por excluir outras fontes axiológicas, como, *n.g.*, os valores ético-sociais da ação, sustentados pela doutrina finalista (esta crítica tem como especial objeto a doutrina de von Hippel, em que o direito penal é compreendido e limitado à proteção de bens jurídicos),⁸⁰ não nos parece que esta seja uma antinomia que se possa dizer intrínseca a essas ideias. Um vínculo imediato do bem jurídico com a norma não impede a recepção de

e valor encontra particular destaque no estudo de A. Kaufmann. A análise que segue, porém, embora coincidente em alguns aspectos, não possui qualquer pretensão de fidelidade ao pensamento destes autores, muito pelo contrário, há pontos de assumida discordância.

⁷⁸ KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 69.

⁷⁹ KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 69.

⁸⁰ HIPPEL, Robert v., *Deutsches Strafrecht*, 1. vol., Berlin : Springer, 1925, p.10 ss., em especial, 11 s.

valores outros que não aqueles emanados pelo próprio valor primário, ao contrário, revela-se absolutamente adequado e, até mesmo, necessário.

O *segundo nível de valoração*. Ao considerar o bem jurídico um valor positivo, os fatos que lhe são ofensivos passam, enquanto negação de um valor positivo juridicamente reconhecido, a expressar um conteúdo de valor negativo. Encontram-se entre os acontecimentos que, relacionados com o valor situacional do bem jurídico, manifestam-se como positivos ou negativos, como afirmação ou negação. E que, nessa exata medida, permitem o que se pode denominar de segundo nível de valoração.

O segundo nível corresponde ao *conteúdo objetivo de desvalor do fato* e, nessa medida, é o lugar por excelência do desvalor de resultado (desvalor de ofensa). Mas é também o lugar dos referenciais objetivos de desvalor da conduta. Compreende tanto o desvalor objetivo da conduta em si, como os elementos objetivos da autoria (*vide supra*), abrindo-se, por essa razão, também a referenciais ético-sociais de grande relevo para a constituição do ilícito-típico.

O “dever de agir”, p. ex., constituinte do ilícito omissivo, nada mais é do que resultado da adesão de valores positivos ético-sociais em um segundo nível de valoração e, por esse exato motivo, não pode ser confundido, nem mesmo substituir a existência de um valor primário. É, pois, um valor recepcionado pela norma e a ser agregado ao valor primário, na constituição do ilícito-típico. Daí poder-se entender a própria formação do crime de omissão de auxílio, no qual há uma combinação de um dever de solidariedade, voltado à proteção dos bens jurídicos individuais, como a vida e a integridade física. E, em contrapartida, pode-se perceber o equívoco de uma leitura da omissão em termos de mera violação do dever. Estaria, aqui, como é óbvio, desprezando a própria essência protetora da norma penal.

Dessa interessante questão, e sob a perspectiva dos crimes omissivos próprios e seus limites, ocupou-se também Bricola. Segundo

bem observa, à luz da Constituição, um critério limite poderia ser obtido não tanto circunscrevendo a omissão penalmente relevante aos “deveres de solidariedade explicitamente sancionados pela Constituição, mas sim estendendo-a a deveres de solidariedade funcionalmente conexos a (e necessários para a tutela de) um valor constitucional”.⁸¹

O terceiro nível de valoração: por fim, é preciso considerar um último nível de valoração no qual este “acontecer” possa ser tomado não mais como um mero processo causal, mas como “obra humana”, em si mesma objeto de valoração. Nesse terceiro nível, situa A. Kaufmann, à luz do pensamento finalista, o juízo de valoração da “composição teleológica da intencionalidade do homem”, que tornaria possível a passagem do simples acontecer para uma “obra da vontade”, na linha do denominado ilícito pessoal.⁸² Em outras palavras ainda, é nesse exato nível de valoração que se coloca o desvalor subjetivo da conduta, em contrapartida aos dois primeiros níveis detentores do desvalor objetivo do fato.

Disso tudo resulta que a norma penal, conquanto efetivamente vinculada ao bem jurídico, não está adstrita a esse valor, em uma espécie de monismo axiológico. É, antes, o resultado de uma rica conjugação de valores, que encontra a sua razão de ser na função protetora do valor primário. O bem jurídico não é, pois, a única fonte de valor do ilícito-típico, mas é a sua matriz axiológica fundamental, é o elemento que faz possível esta conjugação e confere unidade de sentido a todos os demais vetores.

3. Considerações finais

As categorias de tipo e ilícito não se confundem e a sua autonomia conceitual é hoje inegável. Todavia, em termos materiais, tipo e ilícito

⁸¹ BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: *Scritti di Diritto Penale*, vol.1, Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, tomo 1, org. por Stefano Canestrari e Alessandro Melchionda, Milano : Giuffrè, 1997, p.570

⁸² KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 71.

desfrutam do mesmo *fundamento* e do mesmo *sentido*, constituindo uma unidade, uma *única categoria sistemática*: o ilícito-típico. Essa precisa formulação em medida alguma busca expressar uma tomada de posição acerca da antiga controvérsia em torno das teorias indiciária ou fundamentadora da ilicitude, ou mesmo acerca da teoria dos elementos negativos do tipo. Pelo contrário. Resulta de interrogação de outra ordem, acerca do primado ontológico na constituição do injusto, a qual vem aqui respondida em prol da ilicitude penal. A relação entre tipo e ilícito, no horizonte que aqui se propõe, é melhor percebida e explicada por meio de uma inversão da perspectiva tradicional: não é (e não deve ser) o tipo a *ratio essendi* da ilicitude, mas sim o seu exato oposto. É a *ilicitude a ratio essendi da tipicidade*, é o *ilícito a razão de ser do tipo*, o *seu fundamento*. Ilícito esse cuja conformação dependerá da convergência de dois centros de desvalor *indispensáveis e insubstituíveis*, o desvalor de ação e o desvalor de resultado, em estrita correspondência com uma leitura da norma penal, a partir dos níveis de valoração que lhe são constitutivos. E, se isso é assim, o tipo de ilícito, e não o tipo legal, assume a posição de parâmetro de subsunção típica, de *típo stricto sensu*.

Bibliografia

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal*. Uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen : J.C.B. Mohr, 1906.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, vol. I, 3ª ed., Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1916.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: *Scritti di Diritto Penale*, vol.1, Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, tomo 1, org. por Stefano Canestrari e Alessandro Melchionda, Milano : Giuffrè, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral, 21.ª ed., São Paulo : Saraiva, 2015.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o

“juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito, *Boletim da Faculdade de Direito* 74, 1998, Coimbra, p. 1 ss.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Coimbra: Almedina, 1999 (reimpressão).

D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções, *Revista de Estudos Criminais* 54, 2014, p. 135-163.

ENGISCH, Karl. Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. In: *Festschrift für Edmund Mezger zum 70^o Geburtstag*, München; Berlin : 1954.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*, 4.^a ed., Coimbra : Coimbra Editora, 2015.

_____. Ilícito típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial, *Seminário internacional de direito penal*, Universidade Lusíada, Lisboa : Universidade Lusíada, março de 2000.

_____. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas, Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte geral, 1.^a ed. brasileira, 2.^a ed. portuguesa, São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007.

_____. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, 16.^a ed., atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro : Forense, 2003.

FUCHS, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat, 8.^a ed., Wien : Springer, 2012.

HIPPEL, Robert v., *Deutsches Strafrecht*, 1. vol., Berlin : Springer, 1925.

HÜNERFELD, Peter. *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihrer Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang, Baden-Baden, Nomos, 1981.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 5.^a ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1954.

KIENAPFEL, Diethelm; HÖPFEL, Frank; KERT, Robert. *Grundriss des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 14.^a ed., Wien : Manzsche, 2012.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 3.^a ed., Baden-Baden :

Nomos, 2008.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 3ª ed., München : Verlag Franz Vahlen, 2000.

MAIWALD, Manfred. Criteri-guida per una teoria generale del reato. In: *Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millennio*, org. por Stefano Canestrari, Torino : Giappichelli, 1998.

MARINUCCI, Giorgio. *Il reato come "azione"*. Critica di un dogma, Milano: Giuffrè, 1971.

_____. "Relazione di sintesi". In: *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, org. por Afonso M. Stile, Napoli : Jovene, 1985

MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Lehrbuch, 2ª ed., Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923.

MAZZACUVA, Nicola. *Il disvalore di evento nell'illecito penale*. L'illecito commissivo doloso e colposo, Milano : Giuffrè, 1983.

MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1889.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Ein Lehrbuch, 2ª ed., München; Leipzig: Duncker und Humblot, 1933.

MYLONOPOULOS, Christos. *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*. Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren, Köln : Heymann, 1981.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo : Atlas, 2015.

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 5ª, München : Verlag C. H. Beck, 2013.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Vol. I, 4ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2006.

SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Strafrechtslehre*. Eine lehrbuchmässige Darstellung, 3ª ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1955.

STEININGER, Einhard. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Eine Einführung, 2ª ed., Wien : Linde, 2013.

STRATENWERTH, Günter. Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, *SchwZStR* 79, 1963, p. 233 ss.

_____. Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht. In: *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Schwartz, 1975.

___; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil I, 5ª ed., Köln; Berlin; München: Carl Heymanns Verlag, 2004.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 30ª ed., C. F. Müller, 2000.

WELZEL, Han. *Das deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung, 11ª ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral, 4.ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*. Untersuchung zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, Berlin: Duncker e Humblot, 1973.

A proporcionalidade como vetor para a expansão qualitativa do direito penal: releitura dos direitos fundamentais no século XXI

The proportionality as vector for the qualitative expansion of criminal law: rereading of fundamental rights in the 21st century

Américo Braga Júnior¹

Resumo: Não há dúvida de que, no Estado Liberal de Direito, o Direito Penal liberal exerceu papel imprescindível na efetivação de direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão. A indagação que deve ser respondida é: A quem e para quem tem servido o Direito Penal? O Estado Social de Direito no Brasil ainda não foi vivido de modo efetivo. Um rol extenso de direitos fundamentais sociais não passou de uma promessa vazia, de um sonho não vivido. A sociedade mudou, o mundo mudou. A sociedade atual caracteriza-se por uma intensa complexidade, na qual a criminalidade se modernizou, novos interesses relevantes surgiram, enfim, as características da atualidade são completamente diversas das características do momento histórico em que se estruturou o Direito Penal liberal ou garantista. Por que o Direito Penal deve permanecer atrelado ao paradigma liberal-individualista e não deve modernizar-se, adequando-se à nova sociedade para buscar combater com eficiência a nova criminalidade? Entendemos que o Direito Penal extrai sua legitimação não na teoria do bem jurídico, mas

¹ Aprovado no Concurso Público para Promotor de Justiça do Estado do Piauí. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/UCAM/RJ. Pós-Graduado em Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/PUC/ACADEPOL. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais/FESMP. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG/Diamantina e da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/FAC. Autor das obras *Teoria da Imputação Objetiva nas visões de Claus Roxin e Gunther Jakobs* e *A (I)legítima Expansão do Direito Penal e colisão de direitos fundamentais*.

sim na teoria da *prevenção geral positiva*, isto é, a função a ser exercida pelo Direito Penal seria negar a negação gerada pelo comportamento infrator da norma, restabelecendo a validade e a credibilidade da mesma, atuando, portando, contrafaticamente. Em uma sociedade complexa, deve o sistema jurídico-penal contribuir para reduzir a complexidade social. Para que ocorra a modernização ou expansão do Direito Penal, se adequando às peculiaridades da sociedade e da criminalidade na atualidade, torna-se necessária a limitação de determinados direitos e garantias fundamentais individuais. Tal limitação sempre pautada pelo postulado normativo da proporcionalidade, tendo sempre como parâmetro o ganho que será conquistado na efetivação de outros direitos e garantias fundamentais, porém, na atual quadra da história, de conteúdo social. Não compactuamos com a supressão de direitos e garantias fundamentais individuais, mas sim, valendo-se do postulado da proporcionalidade, da realização de uma moderna, atual e necessária releitura dos direitos e garantias fundamentais individuais, cotejando as mesmas com a também necessária efetivação do direito fundamental a segurança pública, assim como com a efetivação de inúmeros outros direitos fundamentais sociais. Por que tanta resistência no reconhecimento da legitimidade da modernização ou expansão do Direito Penal? No tema modernização ou expansão do Direito Penal a essência da discussão é a colisão entre direitos e garantias fundamentais individuais e direitos e garantias fundamentais sociais. A legitimidade ou a ilegitimidade da modernização do Direito Penal deverá ser inferida no caso concreto, tendo como método a proporcionalidade, essência da ponderação de Robert Alexy. É imprescindível que o Direito Penal supere o paradigma liberal-individualista, altere seu instrumental material de combate à criminalidade, contribua decisivamente na efetivação de direitos fundamentais sociais, resgate a credibilidade da vontade geral contida na norma violada e reduza a complexidade da sociedade atual. Em qual sociedade queremos viver? Quais os objetivos da República Federativa do Brasil?

Palavras-chave: Direito Penal. Expansão. Inimigo.

Abstract: There is no doubt that in the liberal state of law, liberal criminal law played essential role in the realization of fundamental rights and guarantees of the first dimension. The question that must be answered is: Who and who has served the criminal law? The social state of law in Brazil has not been lived effectively. An extensive list of fundamental social rights was only an empty promise, a dream not lived. Society has changed, the world changed. Today's society is characterized by intense complexity, in which the crime was modernized, new relevant interests emerged, finally, the current characteristics are completely different from the characteristics of the historical moment in which it is structured liberal or protector Criminal Law. Why the criminal law should remain tied to the liberal-individualist paradigm and should not modernize, adapting to the new company to seek combat effectively the new crime? We believe that the criminal law draws its legitimacy not in the theory of legal right, but the theory of positive general prevention, that is, the function to be exercised by the criminal law would negate the negation generated by the offending behavior the norm, re-establishing the validity and the credibility of it, working, carrying, counterfactually. In a complex society, should the legal and penal system contribute to reduce social complexity. To occur the modernization or expansion of criminal law, adapting to the peculiarities of society and crime at the present time, it is necessary to limit certain individual rights and fundamental guarantees. Such limitation always guided by legal principle of proportionality, having as parameter the gain to be achieved in the realization of other rights and guarantees, however, in the current block from the history of social content. We not agree with the suppression of individual fundamental rights and guarantees; rather, taking advantage of the principle of proportionality, the realization of a modern, current and necessary reinterpretation of individual fundamental rights and guarantees, comparing the same with the also required realization of the right essential to public safety, as well as the realization of many

other fundamental social rights. Why so much resistance in recognizing the legitimacy of the modernization or expansion of criminal law? The theme modernization or expansion of criminal law the essence of the discussion is the collision between rights and individual and social rights and fundamental guarantees fundamental guarantees. The legitimacy or illegitimacy of the modernization of the Criminal Law should be inferred in this case, with the method proportionality, essence of weighting Robert Alexy. It is imperative that the criminal law outweighs the liberal-individualist paradigm change their instrumental material combating crime, decisively contribute in the realization of fundamental social rights, rescue the credibility of the general will contained in the rule breached and reduce the complexity of today's society. In what society we want to live? What are the objectives of the Federative Republic of Brazil?

Keywords: Criminal Law. Expansion. Enemy.

1. O bem jurídico-penal. 2. Finalidade da pena. 3. Mínima segurança cognitiva. 4. Direito Penal do Inimigo e Velocidades do Direito Penal. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

O BEM JURÍDICO-PENAL

Qual a legitimação da intervenção jurídico-penal em nossas vidas? Buscando ser um instrumento limitador da atuação do Direito Penal, a teoria da proteção do bem jurídico pretende responder tal indagação no sentido de que, inexistindo bem jurídico relevante a ser protegido pela norma penal, ilegítima será a respectiva intervenção. Observa-se, assim, o caráter limitado do direito penal² sob duplo aspecto: “[...] o primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade

² Importante frisar que nem todo bem é um bem jurídico. Nem todo bem jurídico como tal se coloca sob a tutela do direito criminal.

da lesão, real ou potencial.”³. CLAUS ROXIN, HASSEMER e tantos outros⁴ são adeptos de tal concepção. HASSEMER, há mais de 30 anos, é protagonista de um conceito de bem jurídico denominado por ele “crítico ao sistema”, tendo afirmado recentemente que a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal, ou seja, a premissa legitimante da intervenção jurídico-penal seria a existência de um bem jurídico a ser tutelado pela norma penal.

Não obstante a repercussão e a aceitação mundial da teoria do bem jurídico, GUNTHER JAKOBS, HIRSCH, STRATENWERTH e outros não compactuam com a mesma. Tais doutrinadores entendem ser um equívoco a redução da atuação do Direito Criminal à mera proteção de bens jurídicos, bem como argumentam no sentido da ausência de parâmetros democráticos e racionais a definir bem jurídico, assim como a escolha de quais bens serão merecedores da atuação do Direito Penal. HIRSCH afirma que não existe um conceito de bem jurídico predeterminado para o legislador. “O conceito de bem jurídico não é um princípio idôneo para limitar o Direito Penal”. STRATENWERTH remete às múltiplas e variadas definições do bem jurídico na literatura para logo afirmar que “uma definição material universal de bem jurídico” equivaleria a “deixar o círculo quadrado”, o que seria inadmissível. Ademais, ele sustenta que o motivo para a elaboração de um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento. JAKOBS observa, desde o princípio, que a função do Direito Criminal é a confirmação da vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos, não obstante ocorrer tal proteção em decorrência do resgate da credibilidade da norma, sendo tal efeito mero reflexo gerado pelo fim precípua do Direito Criminal. Destaca-se que

³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14.

⁴ A teoria do bem jurídico como instrumento legitimador da intervenção jurídico-penal é o paradigma atual nas legislações penais em todo mundo.

quando JAKOBS se refere ao fim primeiro do Direito Criminal, fator legitimador do mesmo, o jurista alemão está apontando para o bem jurídico denominado “norma”⁵, isto é, o Direito Criminal visa a tutelar o citado bem jurídico (norma), atuando a pena como instrumento para o alcance da negação da negação comunicada pelo agente, estabilizando as expectativas normativas e, assim, cumprindo o seu desiderato.⁶ O fato punível é a negação da norma pelo autor, e a pena tem como significado que “a afirmação do autor não é determinante e que a norma segue vigendo inalteradamente”. Importante pontuar que o texto legislativo elaborado com a observância do devido processo concentra a vontade da coletividade e, por isso, legítimo para irradiar seus efeitos. A inobservância do texto legal por uma pessoa significa a desautorização da vontade coletiva, fazendo com que a vontade individual se sobreponha à vontade geral contida no mesmo. O núcleo da discussão reside na reflexão acerca da democracia e da legitimidade. Não há dúvida de que a produção legislativa que defini tipos penais incriminadores tendo por premissa a tutela de bens jurídicos também concentra a vontade

⁵ *La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal.* JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corr. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Ediciones Juridicas, 1997, p. 45.

⁶ *Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y da la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia e reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la conciencia de que la norma es infringida, la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. Em todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo um modelo de orientación idóneo. Resumiendo: Nissión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma. Id., p. 13-14.*

da coletividade. Entretanto, atribuir a legitimação da intervenção do Direito Penal à proteção de bens jurídicos nos parece algo destituído de fundamentação racional, em outras palavras, argumentação inerente a um momento histórico autoritário, no qual a vontade da coletividade não era refletida na legislação.

CLAUS ROXIN, expressando seu entendimento acerca da concepção de GUNTHER JAKOBS, no sentido de que a função do Direito Penal não seria a proteção de bens jurídicos, mas a de evitar uma diminuição da vigência da norma (legitimação da intervenção jurídico-penal), assim se manifesta:

[...] Isto é uma construção teórico-social cuja semelhança com a teoria da pena de Hegel (a pena como negação da negação do Direito), salta aos olhos. Sem embargo, não compartilho com este pensamento. Um sistema social, segundo meu entendimento, não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo⁷, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento. Mesmo que isso fosse de outra forma, este sistema social não se manteria através de atribuições sem sentido, mas somente pela efetividade real de suas medidas de controle, as quais pertencem a ameaça e a execução das penas. Além destas objeções, a norma não pode pretender somente a obediência dos cidadãos. Esta sempre se deve dirigir a uma ação ou omissão, isto é, ao estabelecimento de um estado determinado. Mas, em um Estado Democrático de Direito, do qual parto como ideia diretriz, este estado só pode consistir em um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos

⁷ Similar a crítica de Mir Puig nos seguintes termos: “De um instrumento que deve ser legitimado através de seu fim, a norma se converte em um fim legitimando em si mesmo”. MIR PUIG, *Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit, Goldammer's Archiv fur Strafrecht*, 2003, nota n. 28, p. 886.

membros da sociedade. Jakobs evita conscientemente, ao contrário, toda declaração sobre a legitimidade ou ilegitimidade de conteúdos da norma, assinalando tais declarações como não-científicas. Tratando-se da proteção da norma, pode-se optar politicamente por normas para a regulação da vida livre de pessoas opina Jakobs, tendo então o mesmo ponto de partida crítico do qual se vangloria a teoria da proteção de bens jurídicos, mas se trata de um ponto de partida político, não científico. Não há nada mais que dizer a respeito. Aqui me dá a impressão de quem um conceito estreito de ciência conduz à entrega do jurista à discricionariedade e à arbitrariedade legislativa. A política criminal como tal não é certamente uma ciência; sem embargo, o desenvolvimento das fronteiras do processo legislativo, quanto ao conteúdo, desde as diretrizes político-criminais de um ordenamento constitucional liberal e de Estado de Direito, pertence perfeitamente às tarefas científicas da jurisprudência, independentemente da questão de se este desenvolvimento se dá no marco da doutrina ou da judicatura constitucional. Jakobs pensa que o conceito de bem jurídico não tem um conteúdo genuinamente liberal. Assim, por exemplo, a punibilidade da homossexualidade em uma sociedade configurada pela hierarquia de homens, como o exército prussiano, buscava proteger bens jurídicos, já que as relações sexuais que em princípio tem caráter de quebrar as hierarquias haviam surtido efeitos sociais danosos. Igualmente, o incesto lesionou, em épocas passadas, o bem da clara estruturação da família. É indiferente se, partindo destas teses audazes, pode-se fundamentar que no passado distante as regulações mencionadas protegeram sequer um bem jurídico. Os bens jurídicos não tem uma validade natural infinita;

preferencialmente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais. Em todo caso, hoje em dia, não se trata mais de bens jurídicos como Jakobs admite quando diz que estes bens se enfraqueceram ou perderam o vigor. O fundo da minha concepção de bem jurídico é unicamente o Direito Penal atual em uma democracia parlamentar de Estado de Direito. Então, ao final, Jakobs aproxima-se perfeitamente da concepção aqui defendida quando recomenda a renúncia a normas sem vigor.

O professor espanhol LUIS GRACIA MARTÍN⁸, manifesta-se em sentido contrário à perspectiva político-jurídica da teoria do bem jurídico, nos seguintes termos:

[...] Ademais, desde que BIRNBAUM, entre 1834 e 1836, contrapôs a FEUERBACH a ideia de que o Direito penal tinha que proteger “bens”, e não direitos subjetivos como sustentava este último de modo coerente com as concepções políticas da Ilustração⁹,

⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Apresentação do prof. Dr. Bernd Schunemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 92.

⁹ Sobretudo na literatura espanhola converteu-se já em lugar comum a discutível afirmação – a meu ver errônea – de que o princípio de proteção de bens jurídicos, devido a Birnbaum, teve o valor de uma limitação do poder punitivo do Estado conforme os postulados e exigências liberais, mas o certo é que aquele, inspirado sem dúvida por seu mestre Mittermaier, formulou a ideia de proteção de bens como ideólogo da restauração da Monarquia absoluta, e, portanto, como uma tese reacionária contra o Estado Liberal e o Direito penal ilustrado. Ainda que seja conveniente levar em conta este comprometedor início da ideia de bem jurídico, isso não deve impedir reconhecer sua plena validade política; ao contrário, na atual conjuntura histórica parece-me uma ideia completamente irrenunciável. Id., p. 93.

a Ciência do Direito penal vem formulando sem cessar múltiplos enunciados discursivos sobre o objeto de proteção jurídico-penal, os quais, não obstante sua aparente diversidade, constituem especificações e desenvolvimentos do axioma, geralmente reconhecido, e até hoje quase nunca questionado seriamente, do caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal, conforme o qual esta seria legítima exclusivamente para a proteção de bens jurídicos.

Temos, portanto, uma divergência sobre a função a ser exercida pelo Direito Criminal e não o papel a ser exercido pela pena, não obstante tais finalidades estarem indiscutivelmente interligadas, em outras palavras, não há como analisar os fins do Direito Criminal de modo independente e descolado da reflexão acerca das finalidades a serem exercidas pela pena no Estado Democrático e Social de Direito.

FINALIDADE DA PENA

No tocante à finalidade da pena criminal, o senso comum doutrinário ensina que a pena deve exercer as funções de retribuição (teorias absolutas) e de prevenção (teorias relativas). As *teorias absolutas*¹⁰, *punitur, quia peccatum est*, sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores, *malum propter malum, bonum propter bonum*. Acentuam na pena o seu caráter retributivo de mal justo que a ordem de Direito opõe à injustiça do mal praticado pelo delinqüente. Domina essa interpretação uma exigência absoluta de justiça.¹¹ Tal concepção de pena encontra

¹⁰ Os primeiros a levantar o problema da justificação racional da pena, vamos encontrar o pensamento da retribuição, que Platão expôs no *Górgias*, embora no *Protágoras*, e certamente com idéias desse mesmo sofista, e nas *Leis*, defendesse a finalidade emendativa da medida penal. BRUNO, Aníbal. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969. p. 15.

¹¹ Esta concepção da pena, para além da indiscutível dignidade histórica que lhe assiste e da correspondência a sentimentos profundamente ancorados na comunidade,

eco em KANT¹² e HEGEL.

KANT elevava a expiação do criminoso pelo seu crime, através da pena, à categoria de um imperativo categórico. ¹³ “Era preciso punir, embora pela aplicação da pena não se alcançasse outro objetivo qualquer senão aquele de servir a justiça.”¹⁴ Em Kant, o que orientava a concepção da pena era a exigência ética dominante no seu sistema. Por acreditar no livre arbítrio, naturalmente identificou a pena como retribuição, imposição de ordem moral, que ele sugeriu fosse medida pelo

pode legitimamente reivindicar-se da fundamentação que desde sempre lhe foi oferecida por um certo pensamento filosófico. Arrancando do princípio de talião – “olho por olho, dente por dente” – tendo-se deixando penetrar durante a Idade Antiga de representações mitológicas e durante a Idade Média de racionalizações religiosas, as teorias da retribuição, louvam-se basicamente na ideia de que a realização da Justiça no mundo, como mandamento de Deus, conduz à legitimação da aplicação da pena retributiva pelo juiz como representante terreno da Justiça divina. Na Idade Moderna e Contemporânea o sustentáculo desta doutrina vai sobretudo buscar-se na filosofia do idealismo alemão. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 46.

¹² O maior esforço para negar à pena um fim qualquer foi empreendido em Kant, que não pôde entretanto evitar que seu conceito de pena estivesse permeado pela necessidade de conservar um estado ético no ser humano: sendo a ética pauta de convivência social, qualquer que seja o nome que se queira dar-lhe, a pena assim concebida também ganha cores de defesa social. As teorias absolutas (cujo modelo é Kant) tendem a a) retribuir; b) para garantir externamente a eticidade; c) quando uma ação objetivamente a contradiga; d) infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião). ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 115.

¹³ *La legitimidad de la definición más bien la presupone Kant al exponer que la ley penal es un imperativo categórico. Si el problema de legitimación se soluciona en sentido absoluto, es decir, en favor de las normas que no vienen proporcionadas por una situación social concreta, estas normas, en el caso que Kant pone como ejemplode la disolución de la sociedad, por definición no perderían ya nada de su legitimación, de modo que lo extremadamente categórico de la teoría absoluta sería ineludible para toda teoría relativa: la norma que tras la disolución de la sociedad signiera siendo necesaria debería seguir sendo estabilizada.* JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general. fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corr. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Ediciones Juridicas, 1997. p. 22).

¹⁴ BRUNO, Anibal. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969. p. 11-13

talião. Combateu a ideia de se conferir à pena uma função preventiva, negando que se pudesse utilizá-la como meio para se atingir um fim vantajoso para a sociedade ou para o próprio condenado. A razão de ser da pena estaria somente na retribuição de ordem moral a que ela serviria de instrumento.

HEGEL transportou o problema para o campo do Direito, transformando em retribuição jurídica a retribuição ética de KANT. O fim da retribuição promovida pela pena seria a reafirmação da norma jurídica violada pelo crime, reafirmação necessária para a manutenção da ordem de Direito e que, assim, serviria de justificação da medida penal.¹⁵ O relevante na infração penal não seria a lesão do bem jurídico, ou a exposição à lesão do mesmo, mas o ilícito que é o seu conteúdo e que é necessário que a pena venha a negar. A relevância dessa retribuição não pode ser atenuada por nenhum efeito secundário imputado à sanção penal, como o da prevenção ou o da ressocialização do infrator.

Contrariamente às teorias absolutas, as teorias relativas são teorias de fins. As *teorias relativas*, *punitur, ne peccetur*, também chamadas *finalistas*, surgiram em oposição às *teorias absolutas*, concebendo a pena como meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Para tais teorias a justificação da pena está na sua necessidade social, no fim de manutenção e segurança da ordem de Direito, pela prevenção do crime. A sua função é de instrumento de defesa da sociedade.

Nos países que levam os direitos a sério, não há que se falar, em tempo de paz, em pena de morte e prisão perpétua. O condenado, após cumprir a sanção criminal, retornará ao convívio social inevitavelmente, queiram ou não queiram os membros da sociedade. É por isso que a pena deve exercer outras funções além da mera retribuição, tendo em

¹⁵ Id., p. 13. Identificamos o núcleo da noção do fim do Direito Penal de Gunther Jakobs com o fim da pena de Hegel, ou seja, a necessária intervenção do direito penal através da pena para reafirmar a vigência da norma violada pelo sujeito ativo, negando a comunicação realizada por este, e, conseqüentemente, estabilizando as expectativas normativas.

vista que o apenado participa e participará ativamente na observância ou não do contrato social.

As teorias relativas se subdividem em teorias relativas da *prevenção geral* e da *prevenção especial*: na *prevenção geral* a pena irradia seus efeitos sobre os membros da comunidade jurídica que não delinqüiram, enquanto na *prevenção especial* os efeitos se irradiam sobre o autor ou partícipe da infração penal, ou seja, sobre o apenado.

O denominador comum das doutrinas da *prevenção geral* radica na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) “sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça da sanção penal cominada pela lei, da realidade de sua aplicação e da efectividade de sua execução.”¹⁶ A prevenção geral se subdivide em prevenção geral positiva e negativa. A dimensão positiva da prevenção geral significa o restabelecendo da credibilidade da norma penal violada, no sentido de negar a comunicação gerada pelo ato violador da mesma, em outras palavras, negando a negação. Já a dimensão negativa da prevenção geral significa o desestímulo, a desmotivação que a intervenção do Direito Penal e da pena geram no psicológico das pessoas que ainda não ingressaram na criminalidade. Por outro lado, a prevenção especial atua na pessoa do condenado, no sentido da ressocialização (prevenção especial positiva) e na inocuidade (prevenção especial negativa). Será que um número considerável de pessoas deixa de praticar infração penal em virtude da ameaça da sanção penal? Será que o sistema penal tem ressocializado os condenados? Será que a pena de multa exerce ou tem potencial para exercer o papel de prevenção especial negativa? São inúmeras reflexões nas quais as respostas já são conhecidas por todos nós. Entendemos que, nos termos do senso comum doutrinário, a única

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime, p. 50.

função da pena que subsiste é a prevenção geral positiva.

GUNTHER JAKOBS é um dos penalistas mais prestigiados na atualidade, é defensor da prevenção geral positiva como função da pena criminal. Partindo do conceito de sistema elaborado por NIKLAS LUHMANN, JAKOBS entende que as normas jurídicas visam a estabilizar e a institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como orientação de comportamento que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a violação de uma norma penal, é importante deixar claro que a mesma permanece em vigor, que a obrigatoriedade da observância da mesma continua existindo, apesar da existência da infração penal, vale dizer, a pena serve para resgatar o valor da norma, para negar o tipo de mundo comunicado pelo infrator. Assim, como o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.

ALESSANDRO BARATTA¹⁷, em um exame crítico apresenta objeções sob o ponto de vista interno e externo da teoria:

[...] Afirma ele que, sob o ponto de vista interno, a teoria em exame não explica por que a estabilização de expectativas deve ocorrer por meio da imposição de um castigo e não por outros meios menos graves e funcionalmente equivalentes. Logo, sob a perspectiva extra-sistemática, a crítica de BARATTA dirige-se à tese de JAKOBS, rotulando-a de conservadora e legitimadora da atual tendência de expansão e intensificação da resposta penal diante dos problemas sociais.

Em oposição à *prevenção geral* fundamentadora, parcela relevante

¹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto de Criminologia, 1999.

da doutrina sustenta uma *prevenção geral positiva* limitadora¹⁸. Tal base teórica parte da premissa de que a *prevenção geral positiva* deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo estatal. O Estado é detentor da legitimidade para sancionar o infrator, porém encontra limites no próprio ordenamento jurídico como também em princípios morais, resgatando o mundo prático. HASSEMER afirma que “através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito¹⁹”.

GUNTHER JAKOBS, professor e doutrinador alemão, desenvolve a estrutura de seu sistema jurídico-penal partindo da premissa na qual a função a ser exercida pela intervenção do Direito Penal na vida dos cidadãos não seria, precipuamente, a proteção ou tutela dos bens jurídico-penais²⁰ em determinado momento histórico. O entendimento de JAKOBS, não obstante ser minoritário entre os estudiosos do tema, a cada dia vem conquistando adeptos por todo o mundo. Tal entendimento

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996, p. 54. Os seguintes doutrinadores alemães podem ser tidos como seguidores da teoria da prevenção geral positiva limitadora: W. Hassemer. *Los fines de la pena*, in *Derecho Penal y ciencias sociales*, p. 132. Do mesmo autor, *Fundamentos de derecho penal*, p. 300; Claus Roxin, *La determinación de la pena*, in *Culpabilidad y prevención em Derecho Penal*, p. 93 e s apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 150.

¹⁹ W. Hassemer, *Los fines de la pena*, in *Derecho Penal y ciencias sociales apud BITENCOURT*, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 150.

²⁰ Os bens jurídico-penais clássicos, objeto de tutela pelo Direito Penal, de que Gunther Jakobs discorda que seja papel precípua do Direito Penal tutelar, são os bens jurídicos surgidos no Estado Liberal de Direito, tais como a vida, o patrimônio, a honra, a integridade corpórea e tantos outros. Conforme desenvolvido no item n. 1.3, a Teoria do bem jurídico teve por escopo principal limitar, restringir a intervenção jurídico-penal estatal nas esferas de conveniência das classes sociais privilegiadas, e como lado outro de tal teoria, deixar de criminalizar comportamentos corriqueiramente praticados por tais classes. A teoria do bem jurídico constitui-se sim em verdadeira e efetiva garantia fundamental individual em face do arbítrio estatal, tutelando, de modo irrefutável, os interesses das classes detentoras de poder, e vulnerando, ainda mais, as classes sociais marginalizadas pelo Estado.

vem sendo denominado como *prevenção geral positiva*. A teoria da *prevenção geral positiva* parte do paradigma de que vivemos em uma sociedade globalizada e bastante complexa. Em uma sociedade complexa, a norma jurídica exerce papel fundamental no sentido de reduzir tal complexidade, propiciando a regularidade do desenvolvimento pessoal e da própria sociedade. Segundo JAKOBS, cada papel social exercido por uma pessoa é gerador de inúmeras expectativas legítimas por parte dos demais integrantes da sociedade. A defraudação de tais expectativas propicia uma desorganização social, intensificando a complexidade da sociedade globalizada, podendo redundar num caos social. Nesse sentido, o bem jurídico-penal merecedor e legitimador da intervenção do Direito Penal seria a *norma penal*, e não os bens jurídicos clássicos, individuais, surgidos no Estado Liberal de Direito, como a vida, o patrimônio etc. Importante destacar que JAKOBS não desconsidera que, com a intervenção jurídico-penal, reflexamente, haveria sim a tutela ou proteção de tais bens jurídicos, porém esta não seria a função precípua do Direito Penal. Para a teoria da *prevenção geral positiva*, violada a norma penal, é defraudada a expectativa normativa no sentido de que a norma seria observada, produzindo comunicação social no sentido de que a norma não deva ser observada, o que enseja uma importante desorganização social. Violada a norma penal, a função principal do Direito Penal seria intervir, objetivando negar a negação da norma gerada pela prática da infração penal. Com a intervenção do Direito Penal, tal intervenção, bem como a pena aplicada, atuariam contrafaticamente, resgatando a credibilidade e a validade da norma jurídica violada pelo comportamento delituoso. Para que a intervenção jurídico-penal cumpra o desiderato de resgatar a crença da necessidade de observância da norma violada, o sujeito ativo do ato em tese criminoso deve possuir uma mínima segurança cognitiva capaz de permitir que a comunicação pretendida pela intervenção e pela penal criminal seja efetiva. Ausente tal mínima segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente

susceptível de ser vivida. Esta estrutura construída por GUNTHER JAKOBS é a base de todo o seu sistema jurídico-penal.

MÍNIMA SEGURANÇA COGNITIVA

Na esteira do raciocínio e coerência de GUNTHER JAKOBS no tocante à teoria da pena, precisamente desde a teoria da *prevenção geral positiva*, afloram as perspectivas da pena como contradição ou como segurança. Quando alguém viola o bem jurídico norma penal, transcende à lesão de um mero bem jurídico clássico, como a vida, a honra, a dignidade sexual etc., produzindo uma comunicação perante os membros sociais no sentido de que a norma violada não necessita ser observada, ou seja, expressa um esboço de mundo no qual a norma não vige, gerando, em última instância, uma frustração das expectativas normativas, desestabilizando-as. A sanção criminal também produz uma comunicação social, no sentido de ser portadora de um significado, portadora da resposta ao fato; o fato como ato de uma pessoa racional significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo, significa que a afirmação contida no ato violador da norma é irrelevante e que a norma permanece vigente inalteradamente. Deste modo são reforçadas as expectativas normativas bem como a configuração social, na medida em que o fato delituoso, assim como a coação penal são meios de interação simbólica. Importante destacar que, com fulcro na dialética infração penal e pena, o autor é considerado pessoa, pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.

Ocorre que, em virtude de não possuírem uma segurança cognitiva mínima, alguns indivíduos não possibilitam a irradiação da comunicação da pena, o que, para eles a perspectiva da sanção em uma dialeticidade contrafática é ineficaz, necessitando da intervenção penal em outra perspectiva para que o Estado consiga produzir segurança em um nível minimamente aceitável. Nesta medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa

em Direito, mas contra o indivíduo perigoso. Surge, assim, a noção do inimigo para o Direito Penal. A ausência de uma segurança cognitiva mínima constitui a premissa imprescindível e o fator irradiador das características do denominado direito penal do inimigo. Importante destacar a inexorável vinculação entre a teoria da prevenção geral positiva, a ausência de segurança cognitiva mínima e o Direito Penal do Inimigo.

DIREITO PENAL DO INIMIGO E VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

O ato jurídico de furtar uma bicicleta não tem a potencialidade de sucumbir o Estado. O ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições. Por isso, o Estado moderno vislumbra no autor de uma infração penal o cometimento de um ato normal, diferentemente do que ocorre nos teóricos do contratualismo de ROSSEUAU e de FICHTE, não um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, através da externalização de sua personalidade, tem danificado a vigência da norma e que, em virtude do respectivo comportamento, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão – a equilibrar o dano, na vigência da norma.

Pretendendo-se que a norma determine a configuração de uma sociedade, o comportamento em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperado em sua totalidade. Isso significa que as pessoas, em suas interações sociais, confiam que os demais irão atuar com observância ao ordenamento jurídico, possibilitando, assim, a vida em uma sociedade complexa. Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se desborda e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida.²¹ Como desdobramento da ausência de segurança

²¹ JAKOBS, Gunther; CÁNCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 33-34.

cognitiva mínima necessária ao convívio social na qual a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, as legislações penais dos países, principalmente dos países ocidentais, diminui a disposição de dialogar com o delinqüente como pessoa.

O Estado, portanto, pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que cometem um equívoco, não colocando o Estado e suas instituições numa posição de vulnerabilidade, isto é, que tais condutas não se dirigem contra a estrutura estatal; ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, para as quais o Estado atuaria mediante mera coação. Segundo GUNTHER JAKOBS²²,

[...] Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Importante destacar que, em princípio, nem todos que infringem a norma penal são considerados um adversário do ordenamento jurídico e, portanto, são titulares do direito fundamental de responderem a um processo penal com ausência de fragmentos do Direito Penal do Inimigo. Fechar os olhos para a realidade do Direito Penal do Inimigo é o maior dos equívocos que podemos cometer. Delinear quando será legítima a intervenção do Direito Penal do inimigo é fundamental para afastarmos a sua incidência, ainda que discreta e inconsciente, na *persecutio criminis* em face daqueles que não pretendem destruir o ordenamento jurídico, ou seja, protagonistas de condutas que não vulneram o Estado e suas instituições. Chegada a hora de aprofundarmos nas características do denominado Direito Penal do Inimigo.

²² Id., p. 42.

Segundo JAKOBS²³, o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: a) constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, a intervenção jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido); b) as sanções penais cominadas desbordam de uma proporcionalidade clássica: especialmente a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena em abstrato cominada ao tipo penal incriminador e c) determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. Não obstante as características do Direito Penal do Inimigo desbordarem de uma proporcionalidade denominada clássica ou tradicional, talvez liberal, as balizas desse modo de atuação do Direito Penal podem ser fundamentadas e legitimadas no postulado da proporcionalidade, cujo conteúdo e vetor hermenêutico devem ser cotejados com as peculiaridades da sociedade e da criminalidade do século XXI. O professor espanhol, JESUS MARIA SILVA SÁNCHEZ, estrutura os modos de atuação do Direito Penal valendo-se das denominadas velocidades do Direito Penal. De modo materialmente equivalente ao Direito penal do inimigo, SILVA SÁNCHEZ tem fundamentado as concepções político-criminais em velocidades. De

²³ Quem, como se tem assinalado, introduziu – em duas fases em 1985 e 1999-2000 – o conceito na discussão mais recente (Jakobs, *Estudios de Derecho judicial* 20 (nota 1), p. 137 e ss.; idem, em ESER-HASSEMER-BURKHARDT (ed), *Strafrechtswissenschaft* (nota 1), p. 47 e ss., 51 e ss.; idem, *ZStW*, 97 (1985), p. 753 e ss.; idem, *AT2*, 2-25.c). Certamente se poderia identificar – como sublinha SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades pos industriales*, Montevideo; Buenos Aires: Ibdéf, 2006, (nota 2), p. 165 com nota 388 – muitos antecedentes materiais da noção de Direito penal do inimigo, em particular, em determinadas orientações da prevenção especial anteriores à segunda guerra mundial; cfr. MUNOZ CONDE, *DOXA* 15-16 (1994), p. 1031 e ss. Desde uma perspectiva temporal mais ampla, e com orientação filosófica, *vid.*, a análise correspondente de PÉREZ DEL VALLE (CPC 75 – 2001, p. 597 e ss.), relativamente às teorias do Direito penal contidas nas obras de ROSSEAU e HOBBS. Em todo caso, é possível pensar que este aspecto – os antecedentes históricos – pode ser deixado de lado desde o ponto de vista da política-criminal atual – não no plano global-conceitual, claro – considerando as diferenças estruturais entre os sistemas políticos daqueles momentos históricos e o atual.

acordo com sua posição, no momento atual estão se diferenciando duas velocidades no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo SILVA SÁNCHEZ, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações penais em que, ao impor-se somente penas restritivas de direitos ou pecuniárias, seria legítima a flexibilização de modo proporcional desses princípios e regras clássicos. No tocante ao Direito penal do inimigo, em que coexistem pena privativa de liberdade e relativização das garantias do Direito penal liberal, o professor espanhol denomina tal tendência político-criminal de terceira velocidade do Direito penal. Importante destacar que SÁNCHEZ vislumbra a possibilidade e legitimidade do Direito Penal de segunda velocidade. No Brasil podemos destacar o procedimento sumaríssimo aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo como exemplo de Direito Penal de segunda velocidade, isto é, os institutos descarcerizadores da suspensão condicional do processo e da transação penal (artigos 89 e 76 respectivamente da Lei n. 9099/95)²⁴

²⁴ O instituto jurídico da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei n. 9099/95, significa, nos crimes e que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, abrangidas ou não pela citada Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por 2 a 4 anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizem a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo-se o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: a)reparação do dano, salvo impossibilidade fazê-lo; b)proibição de frequentar determinados lugares; c)proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; d)comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; e)o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. O instituto da transação penal, regulamento no art. 76 da Lei n. 9099/95, normatiza que, havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de

afastam a possibilidade da fixação em concreto de pena privativa de liberdade em contrapartida a flexibilização de princípios clássicos como os do contraditório, ampla defesa e estado de inocência (artigo 5, incisos LV e LVII, da Constituição da República). Além da relativização ou flexibilização de direitos e garantias fundamentais de conteúdo liberal, o Direito Penal de segunda velocidade se caracterizaria pela permanência da judicialização – e conseqüente imparcialidade – assim como com a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena privativa de liberdade. Não é possível aderir ao entendimento de que a construção da fundamentação do Direito Penal de segunda velocidade de Silva Sánchez seja a mais adequada, não obstante ser forçosa a identificação da presença dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade na essência da respectiva fundamentação. Não é porque o Direito Penal valesse de sanções diversas da pena privativa de liberdade que seria legítima a relativização ou flexibilização de direitos e garantias fundamentais. Pedindo a máxima licença ao professor SILVA SÁNCHEZ e aos que aderem ao seu entendimento, entendemos que o paradigma legitimador da relativização ou flexibilização dos direitos e garantias do Direito Penal liberal seja o ganho na efetivação de outros direitos e garantias fundamentais, precipuamente os de conteúdo social. Não discordamos que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade constituem-se condição de possibilidade para a realização legítima de tal análise,

direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: a) ter sido o autor da infração condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos do art 76; c) não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 anos.

muito pelo contrário.

A terceira velocidade do Direito Penal possui como principal característica a presença da pena de prisão concomitantemente com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Não há dúvida que o Direito Penal de terceira velocidade tem permeado as legislações penais de todos os países. Muitos estudiosos do Direito Penal, na linha desenvolvida pelo professor Silva Sánchez, defendem a urgente necessidade do Direito Penal de terceira velocidade se adequar, ou ao Direito Penal de primeira ou ao Direito Penal de segunda velocidades. Mas a indagação a ser respondida é: O Direito Penal de terceira velocidade possui um espaço legítimo de atuação? Não obstante a intensidade das críticas ao Direito Penal de terceira velocidade, defendemos que há sim um espaço legítimo de atuação. A existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal de primeira velocidade é, em alguns momentos, legítima e necessária, porém deve ser uma resposta estatal excepcional e absolutamente imprescindível na efetivação de determinados direitos e garantias fundamentais. O Direito Penal do inimigo, identificado e estruturado por GUNTHER JAKOBS, guarda relação próxima com o Direito Penal de terceira velocidade desenvolvido por SILVA SÁNCHEZ. Segundo SILVA SÁNCHEZ²⁵:

[...] Se nos restringirmos à definição desse autor (Jakobs), o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cog-

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 194.

nítiva de seu comportamento pessoal e manifesta-se esse déficit por meio de sua conduta. As características do Direito Penal do inimigo seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a vim porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais.

O professor GUNTHER JAKOBS jamais foi partidário de arbitrariedades por parte do Estado, como a tortura ou qualquer outra espécie de violência no combate à criminalidade. A antecipação da proteção penal, a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação e a flexibilização de alguns princípios e garantias fundamentais individuais seriam providências excepcionais, porém necessárias, para que outros direitos e outras garantias fundamentais fossem efetivados. Todo esse arcabouço normativo do denominado Direito Penal do Inimigo estaria orientado pelos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade. Os fundamentos da República Federativa do Brasil – artigo 1^a da CR/88 -, bem como os objetivos a serem atingidos pelo Brasil – artigo 3^a da CR/88 -, atuarão de modo cogente na definição dos limites da mitigação de direitos e garantias fundamentais individuais e, conseqüentemente, no grau de efetivação dos direitos fundamentais à segurança pública e à paz. Assim sendo, não é possível, em abstrato, concluir pela ausência de espaço legítimo de atuação do denominado Direito Penal do Inimigo ou, na estrutura desenvolvida por Silva Sánchez, do Direito Penal de terceira velocidade, pedindo licença aos que pensam em contrário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências

opostas em um só contexto jurídico-penal. O Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta grave para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade e, por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estágio prévio, a quem se combate por sua periculosidade. O Direito Penal da sociedade globalizada e complexa deve combater as novas espécies de delito valendo-se de novos instrumentos jurídico-penais. O Direito Penal do inimigo caracteriza-se como algo excepcional, porém muitas vezes imprescindível para a efetivação dos direitos fundamentais à segurança pública, à paz e à regularidade das instituições democráticas. É preciso afastar o preconceito com a expressão Direito Penal do inimigo e buscar compreender a sua essência, bem como todo o sistema penal elaborado pelo professor GUNTHER JAKOBS.

As características do Direito Penal do inimigo traçadas por JAKOBS permeiam todas as legislações mundiais pelo simples fato de que o Estado possui o dever constitucional de propiciar segurança pública. A grande discussão, peço licença para os que pensam em contrário, não seria sobre a legitimação do Direito Penal do inimigo, mas sim quando e em qual intensidade o mesmo deveria ser aplicado. Quando poderíamos afirmar a inexistência da mínima segurança cognitiva a legitimar a intervenção jurídico-penal nos termos do Direito Penal do inimigo? O postulado normativo da proporcionalidade substanciaria a metodologia para se definir a legitimidade ou não do Estado se valer das características do Direito Penal do Inimigo no combate à criminalidade com potencial de vulnerar os pilares dos fundamentos da República Federativa do Brasil bem como obstaculizar a efetivação dos objetivos da República brasileira. Não há dúvida que a tendência da Política Criminal mundial é no sentido da expansão ou modernização do Direito Penal. A expansão em sua intensidade máxima redundaria no Direito Penal do Inimigo. Ao mesmo tempo em que o espaço legítimo das características do Direito Penal do Inimigo deve ser extraído da estrutura constitucional e principiológica,

a mesma estrutura constitucional e principiológica deve limitar e frear a denominada expansão do Direito Penal, bem como o Direito Penal do Inimigo. Por fim, voltemos ao início com a seguinte indagação: Há um espaço legítimo para a expansão do Direito Penal? A expansão em sua intensidade máxima encontra legitimidade constitucional para redundar no denominado Direito Penal do Inimigo? Qual a função do Direito Penal no século XXI?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto de Criminologia, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRUNO, Aníbal. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969.

CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In CALLEGARI, André Luís. *Política criminal, Estado e democracia: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís. Direito. In: GIACOMOLLI, Nereu José; KALIL, Lúcia. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALLEGARI, André Luís. *Política criminal, Estado e democracia: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel; RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. *Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo - Brasil, Espanha e Colômbia*. Porto Alegre: Livraria

do Advogado, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do prof. Dr. Bernd Schunemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corr. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Ediciones Juridicas, 1997.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira; Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008a.

JAKOBS, Gunther; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

JAKOBS, Gunther; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996.

MIR PUIG, Santiago. *Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit*. Goldammer's Archiv fur Strafrecht, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993. t. 4.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Thomson Civitas, 2006b. t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo; Buenos Aires: Ibbef, 2006.

Movimentos feministas, direito penal, lei n.º 11.340/2006: a escalada da esquerda punitiva

Feminists movements, penal law, decree n.º 11.340/2006: the climb of left punitive

Anna Tereza de Oliveira Santos¹

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de colocar em xeque a estratégia dos movimentos feministas que elegem o poder punitivo como forma de emancipação, dando corpo à chamada *esquerda punitiva*. Nesse sentido, utiliza-se a Lei nº 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, como exemplo privilegiado dessa tática política. Para tanto, o trabalho vem dividido em três partes: uma primeira, que expõe a relação entre os movimentos feministas e a criminologia crítica, refazendo o contexto histórico e os pontos em que se tocam. Um segundo, onde se realiza uma breve análise dogmática da Lei Maria da Penha. Por fim, um terceiro, onde se tenta colocar em evidência o fracasso do aparato punitivo no trato das questões feministas, as quais, ao verem nesse aparato possibilidade de mudança de suas opressões enraizadas em uma cultura patriarcal, entregam sua liberdade em troca de uma suposta segurança e acabam por expandir cada vez mais o sistema penal.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Feminismo; Esquerda Punitiva.

Abstract: The present study aims to question the strategy of feminist movements that elect the punitive power as a form of emancipation,

¹ Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada.

building the called “punitive left”. In this sense, the Law 11.340/2006, also known as Maria da Penha Law, is used as a prime example of this political tactic. Thus, the work is divided in three parts: the first one exposes the relationship between feminist movements and critical criminology, retracing the historical context with them and the common grounds. The second part held a brief dogmatic analysis of the Maria da Penha Law. Finally, the third one tries to highlight the failure of the punitive apparatus when dealing with feminist issues, which, seeing on this apparatus the possibility of changing their oppressions rooted in a patriarchal culture, deliver their freedom in exchange for a supposed safety, leading to the penal system increasingly expansion.

Keywords: Maria da Penha Law; Feminism; Left Punitive.

Sumário: Introdução. 1. Criminologia crítica e criminologia feminista; 2. Lei n.º 11.340 de 2006 – alguns aspectos dogmáticos; 3. O aparato punitivo como instrumento simbólico e a consolidação de uma esquerda punitiva; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que a promulgação da Lei 11.340/06 – também conhecida como Lei Maria da Penha – representou um avanço no que se refere à visibilidade e ao reconhecimento por parte do Estado das questões relativas à violência doméstica sofrida pela mulher no Brasil.

No entanto, a referida lei não teve grandes repercussões no que se refere à sensação de proteção das mulheres, o que confirma os discursos proferidos pela criminologia feminista de que o sistema de justiça criminal não se estruturou para tratar de mulheres vítimas dos mais diversos tipos de violência.

O objetivo da referida lei foi dar maior eficácia ao sistema para combater e prevenir a violência doméstica e familiar, no entanto, sabe-se que na prática tão somente auxilia a aumentar a desproporção entre o formal e o real, o que desemboca, novamente, na utilização meramente

simbólica do direito penal.

Nesta senda, considera-se não ser o sistema penal lugar ideal para lidar com estes conflitos, não só porque a vitimização duplica a violência sofrida pela mulher, como também, porque ele é incapaz de dar soluções flexíveis e no mínimo agregadoras ao problema.

Diante do exposto, o objetivo do presente trabalho é, através do exemplo privilegiado da Lei n.º 11.340/06, tratar da escalada de uma esquerda punitiva por parte de movimentos feministas, os quais veem no aparato punitivo um meio de emancipação, embora reproduzam apenas mais dor e sofrimento aos vulneráveis desse mesmo sistema.

1 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Depois de longo tempo de dominação do chamado paradigma etiológico, ou criminologia positivista² – centrado na busca das causas e do porque as pessoas cometem delitos – entendeu-se que este foi superado pela chamada criminologia crítica.

Nesta perspectiva, Salo de Carvalho³, ao analisar os elementos que propiciaram o surgimento da criminologia crítica, aponta:

Se o *labeling approach* havia superado o causalismo (determinismo) e colocado em perspectiva a *dimensão da definição*, as teorias do conflito põem em cena a *dimensão do poder*. Ocorre, portanto, o segundo salto qualitativo que cria o ambiente teórico para a emergência da criminologia crítica [...].

² Para uma análise mais profunda acerca desse paradigma, conferir ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar* – 1ª ed. 1ª reimp. – Buenos Aires: Ediar, 2011.

³ CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2013. RBCCrim 104, p. 283

Muito embora, a introdução do paradigma da reação social em criminologia ter sido contemporânea ao aparecimento do feminismo, estes pouco usufruíram um do outro⁴. Apesar dos avanços da criminologia crítica e da sua preocupação com o uso alternativo do direito, esta foi alvo de críticas por parte dos grupos feministas, sob a acusação de ter sido indiferente as questões da mulher⁵.

Conforme Larrauri⁶ na década de oitenta a criminologia crítica passou por uma crise, uma certa confusão e divisão, decorrente do surgimento de tendências mais ou menos distintas (realistas de esquerda, abolicionistas, minimalistas). Neste período de crise surge para a criminologia crítica a preocupação com as vítimas, preocupação esta decorrente dos diversos movimentos sociais, dentre eles o feminismo, que passaram a denunciar vulnerabilidades específicas⁷.

A vitimologia que antes tinha tido um caráter conservador, acaba questionando o papel do direito penal e do processo penal na proteção das vítimas. As reflexões sobre o tema apontavam caminhos divergentes dentro da criminologia e já demonstravam no tocante as mulheres um sistema seletivo e vitimizante.

Para uns os estudos vitimológicos apontavam que as vítimas recorriam a policia não pelo interesse em iniciar um processo penal, mas tão somente por falta de opção, por ser este o único meio existente, ou, ainda, por obrigação, como um meio de alcançar outro resultado.

⁴ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.) **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 43.

⁵ BATISTA, Nilo. **Só Carolina não viu. Violência doméstica e políticas criminais no Brasil. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**, 2007. p. 04.

⁶ LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia critica**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000. P. 231.

⁷ CAMPOS, Carmen Hein de. **Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s) : estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil**. Porto Alegre, 2013. p. 58.

Outros demonstravam que ao recorrer ao sistema as vítimas não estavam necessariamente interessadas na punição, mas tão somente na solução de seus conflitos. No caso das vítimas de violência doméstica, estas estavam em busca da proteção contra ataques de seus maridos⁸.

Em suma, os estudos já demonstravam a existência de problemas no sistema penal para lidar com as necessidades das vítimas. Todavia, ao contrário do que se pensa atualmente – que o sistema penal subtrai o conflito das partes – defendia-se a necessidade de recuperar a atividade policial para combater o delito⁹.

Para além desses apontamentos, os estudos apontavam que as mulheres não procuravam o sistema penal, pois a falta de poder as impedia. Tal conclusão para a criminologia feminista se deve em virtude da falha da criminologia crítica, a qual deixou de incluir o paradigma do gênero.

Como ressalta Baratta¹⁰ é preciso reconhecer que as formas de pensamento, de linguagem e as instituições possuem uma implicação estrutural com o gênero, ou seja, com a dicotomia *masculino-feminino*. Ademais, os gêneros não são naturais, não dependem do sexo biológico, são resultado de uma construção social e, ainda, os pares de qualidades contrapostas atribuídas aos dois sexos são instrumentos simbólicos da distribuição de recursos entre homens e mulheres e das relações de poder existentes entre eles.

Dessa forma, sustenta o referido autor a importância da inclusão do paradigma do gênero no direito e na criminologia como condição

⁸ LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia critica**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000. p. 232.

⁹ LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia critica**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000. p. 231.

¹⁰ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.) **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 23.

necessária para a luta emancipatória das mulheres no campo do direito. Todavia a adoção do paradigma de gênero à criminologia pode levar a diferentes análises e interpretações quanto ao uso do sistema penal nos casos de violência doméstica.

2 LEI N.º 11.340 DE 2006 – ALGUNS ASPECTOS DOGMÁTICOS

Inspirada na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – trouxe uma nova forma de tratamento da violência de gênero no ambiente doméstico.

De início, cabe mencionar que tal legislação tem origem no caso da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, a qual foi vítima de duas tentativas de homicídio e restou paraplégica. O episódio, inclusive, chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo o Estado Brasileiro sido condenado devido à omissão e negligência frente ao acontecido.

Nesse sentido, destacam-se os elementos da Lei n.º 11.340/06 que se consideram mais importantes e que tocam à justiça penal, a fim de se ter um panorama completo das novas instrumentalizações trazidas por essa legislação.

Por essa via, o artigo 5º da referida Lei define a violência doméstica contra a mulher, como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Além disso, traz os locais e momentos em que podem ocorrer, sendo no (I) âmbito doméstico, compreendido como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, (II) no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram

aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, e ainda (III) em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A fim de dar maior celeridade aos processos originados por esse tipo de violência, a Lei 11.340/2006 garante, também, que sejam instalados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher pelo país com competência cível e criminal.

No que se refere a atuação da polícia, garante às mulheres algumas providências no momento de atendimento, dentre elas, a possibilidade de encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal, fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida e, se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar.

Ainda, estabelece as chamadas Medidas Protetivas de Urgências, as quais servirão como instrumento célere de proteção às mulheres, estabelecendo obrigações imediatas aos agressores como, por exemplo, o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, a proibição de determinadas condutas e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Diante do descumprimento de tais medidas pelo agressor, o artigo 20 da Lei n.º 11.340/2006 prevê a possibilidade de prisão preventiva, seja na fase policial ou na processual, sendo decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Ainda, podem ser estabelecidas Medidas Protetivas de Urgência para a vítima, como, por exemplo, determinando a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor e determinando a proibição temporária para a celebração de

atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial.

Por último, importante referir que a Lei n.º 11.340/2006 inseriu ao artigo 129 do Código Penal – lesão corporal - a qualificadora da violência doméstica, determinando pena de detenção de 03 (três) meses a 03 (três) anos, para os casos de lesão praticada prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Diante dessa breve análise, vê-se que a Lei 11.340/2006 busca dar subsídios às mulheres vítimas de violência doméstica, instrumentalizando o sistema penal para que efetive uma integral proteção da mulher, indo desde a mudança na estrutura da administração da justiça penal até a elevação de penas para determinado crime, passando pela busca de celeridade tanto nas fases policial quanto processual.

Todavia, a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)¹¹ demonstrou que a proporção de feminicídios por 100 mil mulheres em 2011 era de 5,43, superando o patamar visto em 2001 – antes da Lei Maria da Penha – que era de 5,41.

Por esse e outros motivos, passa-se a pensar não ter sido a Lei Maria da Penha a melhor proposta a se consolidar em favor dos movimentos feministas e da proteção da mulher, a qual se considera fundamental para o aperfeiçoamento do Estado democrático de direito.

Dito isso, passa-se à análise de tal opção, focando nas características intrínsecas do poder punitivo, o qual tende a expandir-se sobre a promessa de emancipação de determinados grupos, muito embora esteja apenas captando legitimidade a fim de propagar mais dor e sofrimento.

¹¹ **TEXTO PARA DISCUSSÃO / INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA.** Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf.

3 O APARATO PUNITIVO COMO INSTRUMENTO SIMBÓLICO E A CONSOLIDAÇÃO DE UMA ESQUERDA PUNITIVA

O movimento feminista foi quem mais elaborou a necessidade de utilização do Direito Penal de forma simbólica, com o objetivo de por meio da criminalização das condutas relativas a violência contra mulher tornar pública a discussão, conscientizar e mudar a percepção do público quanto a estas condutas¹².

Todavia, chama-se a atenção para a presença de uma ambiguidade vivida pelo movimento feminista, vez que sua luta está centrada não só na criminalização de certas condutas, mas também na descriminalização de condutas, como o aborto, o adultério e a sedução¹³.

Neste sentido, para Maria Lucia Karam¹⁴ ao recorrer ao sistema penal, e ao maior rigor penal, como se estes fossem a solução para todos os problemas, o feminismo torna-se cúmplice da violação de princípios e normas constitucionais de proteção aos direitos fundamentais.

A autora denomina esses movimentos, como o feminismo, tradicionalmente ligados a perspectivas progressistas e que visam a emancipação de determinados grupos dentro da sociedade, e que agora clamam pelo rigor penal como “esquerda punitiva”.¹⁵

Segundo Maria Lúcia Karam¹⁶, tal fenômeno trata-se de uma:

¹² LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000. p. 219.

¹³ ANDRADE, Vera de. **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** Sequência: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, Ano 17, n. 33, p. 87-144. 1996, p. 106.

¹⁴ KARAM, Maria Lúcia. **A violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 168, p. 6-7, nov. 2006, p. 6.

¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Discursos sediosos: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, ano I, p. 79-92, jan./jun. 1996, p. 79.

¹⁶ KARAM, Maria Lúcia. “A esquerda punitiva”. In: **Discursos Sediosos: crime, direito e sociedade**, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996, p. 79.

[...] reivindicação de extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, surgindo fundamentalmente com a atuação de movimentos populares, portadores de aspirações de grupos sociais específicos, como os movimentos feministas, que, notadamente a partir dos anos 70, incluíram em suas plataformas de luta a busca de punições exemplares para autores de atos violentos contra mulheres [...].

Sem dúvidas que a Lei 11.340/06 ampliou o debate quanto ao tema no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, os referidos esforços de tal legislação não geraram nas mulheres a sensação de proteção, talvez em função de o sistema não estar estruturado para receber as mulheres, sendo ineficaz para sua proteção contra a violência, vez que, inclusive, não dá voz aos distintos interesses das vítimas.

Nesse mesmo sentido, Karam¹⁷ aponta:

A brasileira lei 11340/2006, assim como sua inspiradora espanhola *Ley Orgánica 1/2004* e leis de outros países igualmente centradas na opção criminalizadora, constitui mais um lamentável exemplo da cega adesão de movimentos feministas ao sistema penal; mais um exemplo de seu paradoxal entusiasmo pela punição.

A maioria das mulheres vítimas de violência doméstica quando procuram o sistema, estão em busca de uma solução que faça cessar a violência, que mude sua situação, todavia, o castigo – punição – é a única resposta dada pelo sistema ao conflito e como se sabe, este não cumpre com nenhuma de suas funções, intimidatória e ressocializadora.¹⁸

¹⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas**. Justificando, 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>

¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Seqüência: Estudos Jurídicos

Sobre o tema, leciona Nilo Batista¹⁹:

A lei n.º 11.340, de 7.ago.06., inspirada diretamente na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, tem como principal característica político-criminal exprimir uma demanda clara por sofrimento penal físico. Quando veda a aplicação do que coloquialmente chama de “*penas de cesta básica*”, bem como de “*prestação pecuniária*” e de multa substitutiva (art. 17), ou quando declara inaplicável a lei n.º 9.099, de 26.set.95 (art. 41), ou quando eleva a pena máxima da lesão corporal doméstica (para retirar-lhe a condição de menor potencial ofensivo – art. 44), a lei faz uma opção retributivista-afitiva que recusa o sofrimento penal moral ou patrimonial na sanção dirigida ao autor de delito caracterizável como violência doméstica.

Por isso, aponta Elena Larrauri²⁰ que “esta discrepância entre lo que quieren las víctimas y lo que puede ofrecerles el sistema es en parte responsable de la frustración que experimentan los profesionales que trabajan en este ámbito”.

O sistema está mais interessado em servir sua própria lógica interna do que servir as vítimas, isto porque não só não é capaz de apresentar uma solução flexível para o conflito, como também, enxerga a mulher como alguém que não sabe o que quer, o que acaba aumentando a sensação de inutilidade da mulher e a falta de confiança no sistema penal.

Tal situação resta clara no exemplo do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4424 de 2012, em que o maior tribunal do país decidiu sobre a regra contida no artigo 16 da Lei n.º 11.340/06, que trata a questão da

dicos e Políticos, v. 26, n. 50, p. 71-102, 2005.

¹⁹ BATISTA, Nilo. **Só Carolina não viu. Violência doméstica e políticas criminais no Brasil. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**, 2007. p. 11.

²⁰ LARRAURI, Elena. ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? Revista de derecho penal y criminología. 2 época, n 12, 2003, pp. 271-307. p. 272.

iniciativa da ação penal nos casos de lesões corporais leves praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher – a qual se tratava de ação penal condicionada.

No caso, o STF, aclamado pela maioria dos movimentos feministas, e substituindo o Poder Legislativo, negou vigência à tal regra, afastando a exigência de representação da mulher para que o Ministério Público exerça a ação penal – passando, assim, a ser ação penal incondicionada.

Por essa via, Maria Lúcia Karam²¹, em sua permanente postura crítica, aponta:

Emoldurada por discursos pretensamente voltados para a proclamação da dignidade da mulher, tal decisão do Supremo Tribunal Federal constituiu, na realidade, uma clara reafirmação da supostamente combatida ideologia patriarcal e um exemplo cabal de discriminação contra a mulher. No afã de propiciar, a qualquer custo, condenações de apontados agressores, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal retirou qualquer possibilidade de protagonismo da mulher no processo, reservando-lhe uma posição passiva e vitimizante; inferiorizando-a; considerando-a incapaz de tomar decisões por si própria; colocando-a em situação de desigualdade com todos os demais ofendidos a quem é garantido o poder de vontade em relação à instauração do processo penal.

Para Vera de Andrade o sistema penal não é o instrumento ideal para lidar com as questões relativas à violência doméstica, pois transformar um problema social em penal é uma trajetória de grande risco.

²¹ KARAM, Maria Lúcia. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas**. Justificando, 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>

Acredita que o sistema penal em vez de proteger a mulher ele duplica a vitimação feminina, pois além da violência sofrida, a mulher torna-se vítima da *violência institucional plurifacetada do sistema*, que reproduz dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: violência das relações sociais capitalistas (desigualdade de classes) e a violência das relações sociais patriarcais (desigualdade de gênero)²².

O sistema penal hoje intervém nas relações por meio das agências judiciais estipulando de forma abstrata qual será a resposta dada a uma conduta, adotando uma linha de reação uniforme, desprezando a complexidade humana e enxergando o crime como um ato isolado, fora do contexto em que se passaram, o que acaba por não apresentar soluções justas e humanas.

Para além, a funcionalidade do sistema de justiça criminal é marcada por uma série de contradições entre suas funções declaradas e suas funções latentes, por uma “eficácia instrumental invertida”²³.

Ou seja, função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça)²⁴.

Por essa via, justificada a larga citação, Vera Andrade²⁵ expõe:

²² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 26, n. 50, p. 71-102, 2005. p. 75.

²³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia - O controle penal para além da (des)ilusão**. Florianópolis: Revan, 2012. p. 136.

²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia - O controle penal para além da (des)ilusão**. Florianópolis: Revan, 2012. p. 136.

²⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia - O controle penal para além da (des)ilusão**. Florianópolis: Revan, 2012. p. 137.

Toda a mecânica de controle (enraizada nas estruturas sociais) é constitutiva, reprodutora das profundas assimetrias de que se engendra, e se alimentam, afinal, os estereótipos, os preconceitos e as discriminações, sacralizando hierarquias. E nós interagimos, cotidianamente na mecânica (inseridos que estamos em relações de poder nem sempre percebidas, sendo sujeitos constituídos e constituintes, controlados e controladores), particularmente na dimensão simbólica da construção social da criminalidade/vitimação, representada por nosso microssistema ideológico que procede a microseleções cotidianas, ao associar, estereotipadamente: criminosos com homens pobres; desempregados de rua com perigosos; estupradores com homens de lascívia desenfreada; vítimas com mulheres frágeis, entre outros. Essa é, pois, a funcionalidade que movimenta e reproduz o sistema penal.

Como bem ressalta a autora, estamos diante de uma ideologia extremamente sedutora, como se à edição de cada lei penal fosse mecanicamente sendo cumprido o pacto mudo que opera o traslado da barbárie ao paraíso²⁶.

Como já referido, sem dúvida que a promulgação da lei estimulou o debate e deu maior visibilidade à temática da violência sofrida pela mulher, no entanto limitou a solução a intervenção punitiva, ou seja, toda a complexidade da discussão, do conflito da mulher, desaparece perante o conveniente simplismo de caracterizar legalmente a violência doméstica e mandar para a prisão o agressor²⁷ – contribuindo, inclusive,

²⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 26, n. 50, p. 71-102, 2005. p. 78.

²⁷ BATISTA, Nilo. **Só Carolina não viu. Violência doméstica e políticas criminais no Brasil. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**, 2007. p. 15-16.

no fenômeno do encarceramento em massa.

Nesta senda, sobre a Lei Maria da Penha, Maria Lúcia Karam²⁸ comenta que a superação das discriminações não se dará através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal, como acreditam muitas mulheres e homens que apoiam o maior rigor penal introduzido nas legislações como a Lei n.º 11.340/06. Ainda, critica o feminismo por este acreditar ser o direito penal a solução para todos os problemas e por legitimar o maior rigor penal, contribuindo para a desmedida expansão do poder punitivo.

Neste sentido, Karam²⁹, sempre pontual no assunto, destaca:

A adesão ao sistema penal e o entusiasmo pela punição vêm de longe. Já há algum tempo, uma significativa porção de ativistas e movimentos feministas, bem como outros ativistas e movimentos de direitos humanos, têm se feito corresponsáveis pela desmedida expansão do poder punitivo, globalmente registrada a partir das últimas décadas do século XX. Movidos pelo desejo de punir seus apontados ‘inimigos’, têm contribuído decisivamente para o maior rigor penal que se faz acompanhar exatamente pela crescente supressão de direitos humanos fundamentais; pela sistemática violação a princípios garantidores inscritos nas normas assentadas nas declarações internacionais de direitos e constituições democráticas; pela intensificação da violência, dos danos e das dores inerentes ao exercício do poder punitivo.

²⁸ KARAM, Maria Lúcia. **A violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 168, p. 6-7, nov. 2006, p. 6.

²⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas**. Justificando, 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>

No entanto, existem diferentes posições por parte da criminologia feminista quanto à legitimidade da adoção do sistema penal como instrumento de combate à violência. Para Carmen Hein de Campos³⁰ no campo simbólico a Lei Maria da Penha está operando uma mudança social e cultural importante, muito embora a percepção social da violência doméstica como um ato errado não mude de imediato os comportamentos violentos, ela demonstra uma importante mudança cultural em curso.

Concorda a autora que a Lei não é suficiente para alterar comportamentos socialmente enraizados, contudo acredita que no campo do direito uma mudança começa a ser operacionalizada, pois até então a violência doméstica contra a mulher era aceita jurídica e socialmente³¹.

Para Zaffaroni o uso do sistema penal pelo feminismo pode ser legítimo como tática, inserida na estratégia política do feminismo. Contudo, chama atenção de que o discurso feminista, antidiscriminatório por excelência, corre o risco de ver-se preso a um insuficiente discurso legitimante do poder punitivo, o qual se alimenta da discriminação. Ele não só seleciona as pessoas mais vulneráveis da sociedade, como a fragmenta através da exclusão, reforçando os estereótipos e agindo de forma extremamente violenta³².

Assim, Karam³³, mais uma vez, esclarece:

³⁰ CAMPOS, Carmen Hein de. **Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s) : estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil**. Porto Alegre, 2013. p. 208.

³¹ CAMPOS, Carmen Hein de. **Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s) : estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil**. Porto Alegre, 2013. p. 208.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In PIÉRANGELI, José Henrique (coord.). **Direito Criminal** - Coleção Jus Aeternum, vol. 3, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47-84.

³³ KARAM, Maria Lúcia. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e mo-**

Descriminalizar ou não criminalizar uma conduta está longe de significar sua aprovação. Há muitos outros modos mais efetivos e não danosos de enfrentar situações negativas ou comportamentos indesejados, seja através de leis não penais, seja através de outras intervenções políticas e/ou sociais. Ainda mais eficazes são as antes mencionadas intervenções positivas criadoras de condições materiais para a efetiva realização de direitos, efetivamente ordenadas pelos dispositivos garantidores da proteção de direitos humanos fundamentais, assentados nas declarações universais de direitos e nas constituições democráticas. Por exemplo, o reconhecimento legal e social das uniões de pessoas do mesmo sexo é muito mais eficaz na promoção de direitos LGBT do que a criminalização da homofobia, que, além de ineficaz, causa todos os danos e dores inerentes a qualquer intervenção do sistema penal.

Por isso, resta claro que opção punitiva não é a melhor solução para a questão do gênero no direito penal, dessa forma, sobretudo nos casos de violência doméstica, ressalta-se a importância de se pensar em novas formas de administração de conflitos não punitivas e voltadas ao restabelecimento de vínculos sociais solapados pela violência, tendo como principais objetivos a resolução do conflito, a reconstrução dos laços rompidos pelo delito e a prevenção da reincidência.

Nesta via, Augusto Jobim do Amaral³⁴ alerta:

vimentos feministas. Justificando, 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>

³⁴ AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo.** São Paulo: Almedina, 2014, p. 358.

O discurso penal é lugar, pois, onde rapidamente são revelados os mais profundos anseios, inclusive aqueles de emancipação. A linguagem da punição, mesmo podendo muito bem estar associada às melhores intenções, seduz profundamente, pois sabemos desde tempos que o *discurso* não é simplesmente aquilo que manifesta ou oculta o *desejo*, mas é o próprio *desejo*, traduz não somente as lutas ou os sistemas de dominação, mas revela aquilo porque se luta, pelo que se luta – o poder, enfim, do qual queremos nos apoderar.

Além disso, cabe frisar que ao entregar nas mãos do poder punitivo sua emancipação, esse acaba por expandir-se cada vez mais, inobstante a história já ter demonstrado de forma cabal sua real (e invertida) funcionalidade. A expansão do direito penal não é assunto novo e está longe de se concretizar uma contenção ao seu crescimento.

Já tendo consolidado movimentos de *lei e ordem* e de *tolerância zero*, não se pode pensar que movimentos ligados aos direitos humanos também legitimem um aparato que só traz dor, sofrimento, estigmatização e, inclusive, morte, revelando um *consenso* em torno de sua atuação³⁵. É inegável a necessidade de se constituir um dique à sua expansão.

Diante do exposto, tal percepção, de contenção do poder punitivo, deve partir principalmente dos movimentos que se alinham aos direitos humanos, invertendo a escalada da *esquerda punitiva* em nosso país e eliminando o desejo de punir intrínseco na utilização do direito penal para emancipação de grupos oprimidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou claro que recorrer ao uso do direito penal e ao maior rigor punitivo não se mostra o meio mais eficaz para resolver um problema socialmente enraizado. Como se pode concluir da Lei Maria da Penha, apesar da maior visibilidade que proporcionou as questões relativas à

³⁵ SILVA-SANCHÉZ, Jesús Maria. **A expansão do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

violência sofrida pela mulher, funcionou e funciona somente no plano simbólico.

Os efeitos práticos da referida lei demonstram que pouca coisa mudou quanto a superação das discriminações e os resquícios do sistema patriarcal. Para além, a lei só confirma que a intervenção do sistema penal e a expansão do poder punitivo não cumprem com a promessa de segurança jurídica e tão pouco alteram os comportamentos violentos.

Nesta senda, cabe a criminologia feminista, e aos movimentos feministas, como movimentos progressistas, buscarem na criminologia crítica novas formas de resolução de conflitos, evitando reproduzir o discurso legitimador do sistema penal que vai no sentido contrário aos seus discursos antidiscriminatórios por excelência, com vistas a introduzir definitivamente o paradigma do gênero no direito.

Essa tendência é necessária também para conter a expansão do poder punitivo, o qual tem se revelado um aparato de retroalimentação em torno do consenso de punição que a sociedade, e como visto, os movimentos ligados aos direitos humanos, tendem a reproduzir, causando mais dor e sofrimento àqueles que a ele são submetidos e colocando de lado as discussões de fundo e capazes de alterar a estrutura da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo.** São Paulo: Almedina, 2014.

ANDRADE, Vera de. **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** Sequência: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, Ano 17, n. 33, p. 87-144. 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 26, n. 50, p. 71-102, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia - O controle penal para além da (dê)ilusão.* Florianópolis: Revan, 2012. p. 136.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.) **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BATISTA, Nilo. **Só Carolina não viu. Violência doméstica e políticas criminais no Brasil. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**, 2007.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s) : estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil**. Porto Alegre, 2013.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2013. RBCCrim 104.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos sediosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, ano I, p. 79-92, jan./jun. 1996, p. 79.

KARAM, Maria Lúcia. **A violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 168, p. 6-7, nov. 2006, p. 6.

KARAM, Maria Lúcia. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas**. Justificando, 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia critica**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

LARRAURI, Elena. **¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?** Revista de derecho penal y criminologia. 2 época, n 12, 2003, pp. 271-307.

SILVA-SANCHÉZ, Jesús Maria. **A expansão do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In PIERANGELI, José Henrique (coord.). **Direito Criminal - Coleção Jus Aeternum**, vol. 3, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar* – 1ª ed. 1ª reimp. – Buenos Aires: Ediar, 2011.

O prazo máximo de duração da medida de interceptação das comunicações: uma visada constitucional

The maximum duration of the communications interception measure: a constitutional sight

Antonio Eduardo Ramires Santoro¹

Resumo: O artigo apresenta uma pesquisa sobre o problema da indefinição legal do prazo máximo de duração da medida de interceptação das comunicações. A Lei nº 9.296/96, no seu artigo 5º regula o prazo, mas o faz de forma lacônica. A jurisprudência se encontra dividida entre a posição majoritária do STF, que admite sejam realizadas prorrogações ilimitadamente, e a posição firmada pela sexta turma do STJ, que restringe apenas à possibilidade de uma única renovação, estando pendente o julgamento deste precedente pelo STF. Além da análise jurisprudencial, realizou-se uma pesquisa sobre os debates parlamentares sobre o texto do projeto de lei que deu origem à lei em comento. Analisou-se os projetos de lei em andamento nas casas do Congresso que visam por um fim a essa discussão. Comparou-se a regulação existente em outros países que se submetem à jurisdição de tribunais internacionais de proteção de direitos humanos. Por fim, realizou-se um estudo da doutrina mais atual sobre o tema, incluindo-se a análise da compatibilidade hermenêutica da norma em comento com

¹ Professor Adjunto de Direito Processual Penal da FND/UFRJ – Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Adjunto do Programa de Pós-graduação em Direito da UCP – Universidade Católica de Petrópolis. Pós Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidade de La Matanza – Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Penal Internacional em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada – Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra.

os limites às restrições dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: interceptação, comunicações, duração

Abstract: The paper presents a survey of the problem of legal uncertainty the maximum duration of the communications interception measure. The Law 9,296, in its Article 5 concerns the term, but does tersely. Brazilian Courts are divided between the majority position of the STF, which allows unlimited extensions and the position of the sixth class of the STJ, which restricts the possibility of a single renewal, pending the judgment of this precedent by the Supreme Court. In addition to the jurisprudential analysis, carried out a research on the parliamentary debates that gave rise to the law under discussion. We analyzed the bills in progress in the houses of Congress that seek to put an end to this discussion. We compared the existing regulations in other countries that submit themselves to the jurisdiction of international courts of human rights protection. Finally, there was a study of the most current literature on the subject, including the analysis of hermeneutics compatibility with the limits to the restrictions of fundamental rights.

Keywords: interception, communications, durations

Sumário: 1 Introdução; 2 A redação do artigo 5º da Lei nº 9.296/96; 3 A tramitação do Projeto de Lei nº 1156/1995 e as discussões políticas de relevância; 4 Breve esboço sobre a evolução jurisprudencial; 5 Projetos de Lei que tratam do prazo das medidas de interceptação das comunicações em tramitação no Congresso Nacional; 6 Comparação aos sistemas jurídicos estrangeiros; 7 A atual posição da doutrina brasileira; 8 Conclusão; 9 Referências.

1 Introdução

A interceptação das comunicações telefônicas e de dados se situa, na geografia axiológica do ordenamento jurídico, em um ponto limite de uma tensão representativa do paradoxo que vive o sistema penal brasileiro: de um lado uma expansão punitivista, de outro um garantismo

humanitário.

A expansão punitivista do sistema penal se apresenta como discurso conservador para contenção e redução da criminalidade. Essa tendência se apresenta na prática, sob o aspecto penal material com o aumento da atividade legislativa penal, criando novos delitos, aumentando penas ou o rigor do seu cumprimento, entre outras medidas, como as principais estratégias de controle social. Todavia, há igualmente no âmbito processual penal uma série de medidas que se espraiam para além da criação legislativa, invadindo a atividade das demais agências penais, como a seleção criminalizante policial dirigida a certos agentes sociais, bem como a assunção de uma atitude judicial ativa e pretensamente comprometida com a redução da criminalidade pela utilização de institutos processuais como formas antecipadoras da sanção penal, como é o caso das prisões cautelares.

O garantismo humanitário aqui não será tratado especificamente como a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, de matiz positivista, mas referido a todas as teorias que se fundamentam na prevalência dos direitos humanos sobre a violência institucional estatal. Essas teorias garantistas que se manifestam no direito material por um abolicionismo ou por um direito penal mínimo, ganham forma no direito processual penal com a adoção do sistema processual firme no compromisso de realizar uma interpretação à luz dos direitos fundamentais, sejam aqueles inseridos no texto da Constituição, seja nas previsões insertas nas Convenções e Tratados internacionais de direitos humanos.

A estratégia expansionista penal, no discurso político conservador da mídia de massa, é capaz de mobilizar a opinião pública e levar a aprovações de medidas legislativas político-eleitorais, tais como a redução da maioria penal e a criação de um rol de crimes hediondos, no âmbito penal, ou a implantação de métodos de produção de prova invasivos da intimidade e da privacidade do cidadão como a interceptação das comunicações telefônicas, no âmbito processual.

Há ainda uma intensa cobrança das agências penais por punição aos etiquetados como criminosos, o que leva a um constante confronto entre a polícia judiciária e o poder Judiciário. Não raro a imprensa divulga entrevistas de autoridades policiais que afirmam de maneira populista que a polícia faz o seu trabalho, prende os “bandidos” e o Judiciário solta, ampliando a pressão para que o magistrado deixe seu papel de julgador passivo, próprio do sistema acusatório, e assuma uma postura ativa no combate à criminalidade, uma atitude claramente inquisitória.

Com isso, as interpretações judiciais sobre o alcance de medidas que afastam os direitos fundamentais dos cidadãos vão se ampliando, reduzindo o espectro de garantias e aumentando a invasão do Estado na vida e liberdade da população.

A interceptação das comunicações telefônicas e de dados, que está situada na tensão entre a garantia de liberdades clássicas como o direito ao sigilo das comunicações e à intimidade e os interesses na repressão de atividades criminosas, tem sua aplicação prática pautada por esse embate de natureza política na admissão e interpretação de sua extensão.

Sabe-se que a Constituição de 1988, no mesmo dispositivo em que garantiu a inviolabilidade das comunicações, relativizou esta proteção com a previsão da possibilidade de interceptação para fins de investigação penal ou instrução processual penal, na forma que a lei estabelecesse.

Em 24 de julho de 1996 entrou em vigor a Lei nº 9.296 que regulamentou a parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição e dispôs sobre a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas. O artigo 5º da referida lei estabelece um prazo de 15 (quinze) dias para a execução da medida de interceptação e prevê a possibilidade de renovação. Todavia, não há qualquer clareza quanto à quantidade de renovações possíveis, tendo restado à doutrina e aos tribunais interpretar o referido dispositivo.

A jurisprudência havia firmado entendimento segundo o qual

seria possível ao magistrado competente autorizar tantas prorrogações quantas entendeu necessárias, desde que preenchidos os requisitos para o deferimento da medida. Todavia, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 76.686, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Nilson Naves, no julgamento realizado no dia 09 de setembro de 2008, alterou seu entendimento e reacendeu a discussão sobre o assunto.

O Ministério Público recorreu dessa decisão paradigmática e o Supremo Tribunal Federal admitiu a repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário 62.563 em 13 de junho de 2013, em decisão cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes.

Dessa forma, o problema que se coloca é efetivamente como interpretar a redação do art. 5º da Lei nº 9.296/96? É constitucionalmente adequado admitir a prorrogação da medida de interceptação telefônica e de dados por mais de uma vez? Há limites temporais para a autorização de uma medida invasiva que excepcione direitos fundamentais ao sigilo das comunicações e à intimidade?

Trabalhamos a hipótese de que a existência de uma norma processual penal lacônica não autoriza o Poder Judiciário a afastar ilimitadamente o direito fundamental ao sigilo das comunicações.

Para responder à problematização e avaliar a viabilidade da hipótese foram colhidos dados referentes aos diversos âmbitos que envolvem a norma, desde sua criação com a análise das discussões no âmbito legislativo, a interpretação que vem sendo dada pela jurisprudência dos tribunais superiores, bem como uma revisão doutrinária atual sobre o tema.

2 A redação do artigo 5º da Lei nº 9.296/96

O legislador ordinário foi gramaticalmente infeliz na redação do artigo 5º da Lei 9.296/96. Redigiu o dispositivo sem uma vírgula

esclarecedora. Veja-se a redação da Lei:

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência que não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Observe que uma vírgula colocada antes da expressão “uma vez”, tornaria essa expressão uma locução conjuntiva subordinativa condicional, com o mesmo sentido de “se” ou “caso” e não limitaria expressamente a prorrogação a apenas uma única vez. Veja-se que o trecho em comento teria a seguinte redação “...*não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.*”

De outro lado, se existisse uma vírgula depois da expressão “uma vez” estaríamos diante de um adjunto adverbial de intensidade que modifica o adjetivo “renovável” e, portanto, indicaria que só é possível renovar a diligência uma única vez, como se pode ver pela redação modificada do trecho “...*não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez, comprovada a indispensabilidade do meio de prova.*”

Todavia, essa vírgula não existe.

Não existindo vírgula é necessário desenvolver uma interpretação gramatical simples, em que a última oração (“*comprovada a indispensabilidade do meio de prova*”) é uma oração subordinada reduzida, na qual a inexistência de conectivo se dá pelo uso do verbo em uma forma nominal, que é o caso do participípio.

Essa interpretação implicaria em que a última oração é reduzida e a primeira termina com o adjunto adverbial de intensidade “uma vez”, pelo que a prorrogação somente poderia se dar uma única vez.

Todavia, a interpretação gramatical é apenas uma das interpretações possíveis e precisa ser compreendida no contexto jurídico, político e axiológico em que se insere. Vale, portanto, uma sucinta abordagem sobre a tramitação e discussão política do projeto de lei que originou a Lei nº 9.296/96.

3 A tramitação do Projeto de Lei nº 1156/1995 e as discussões políticas de relevância

Foge à finalidade do presente trabalho discorrer longamente sobre a tramitação do Projeto de Lei nº 1156/1995 no Congresso Nacional, o qual deu origem à Lei nº 9.296/96. Basta dizer que o projeto se iniciou por ato da Presidência da República e formou, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei.

O ponto de maior interesse é a emenda nº 4 do Senado ao Projeto, a qual foi discutida no Plenário da Câmara em turno único. A referida emenda propunha especificamente que o prazo para interceptação telefônica fosse alterado de 15 (quinze) para 30 (trinta) dias de duração.

Interessa chamar a atenção para o fato de que a redação proposta pela emenda nº 4 do Senado, embora ampliasse o prazo de duração da medida, não limitava a prorrogação a apenas uma vez. Por sinal, a expressão “uma vez” foi suprimida do dispositivo na redação dada pela emenda do Senado.

Todavia, a emenda do Senado foi encaminhada para a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos deputados e submetida a parecer emitido pelo então Deputado José Genoíno. Tal parecer foi aprovado em discussão realizada em turno único no plenário da Câmara no dia 24 de julho de 1996 e considerava o texto conferido pela emenda nº 4 ao artigo 5º inconstitucional e estas foram as razões:

A Emenda nº 4 (que altera o art. 5º) visa a proporcionar um tempo mais amplo à escuta, o que parece-nos

não deva ser adotado. Lembrando que o tema já foi amplamente discutido na Comissão quando da votação do projeto original, tem-se que é necessário pôr um termo final à escuta. Possibilitar que ela pudesse ser indefinidamente renovada seria permitir ao Poder Judiciário imiscuir-se na intimidade das pessoas, o que só se pode admitir por exceção. Se for regra, certamente haverá o óbice inarredável da inconstitucionalidade, o que recomenda a rejeição da emenda.²

Portanto, a Câmara dos Deputados tinha por certo que a redação que estava aprovando para o artigo 5º limitava o tempo pelo qual a medida de interceptação poderia ser executada, necessitando não apenas haver “*um termo final*”, como ainda deixando claro que o prazo de 30 (trinta) dias era excessivo. Mais ainda, o que é emblemático, a Câmara deixou consignado que “*possibilitar que ela [a medida de interceptação] pudesse ser indefinidamente renovada seria permitir ao Poder Judiciário imiscuir-se na intimidade das pessoas*”.

Não resta qualquer dúvida que a expressão “uma vez” inserida na redação do dispositivo tinha a função de adjunto adverbial e, portanto, a interpretação gramatical que realizou-se no item anterior, segundo a qual a segunda oração é uma subordinada reduzida era a *mens legis*.

Assim, a interpretação autêntica claramente não admite mais de uma renovação da medida de interceptação. Entretanto esse não foi o mesmo entendimento que inicialmente os tribunais deram ao texto normativo.

4 Breve esboço sobre a evolução jurisprudencial

É comum que o próprio Supremo Tribunal Federal se refira à

² Diário da Câmara dos Deputados, Ano LI – nº 136, Sexta-feira, 26 de julho de 1996, p. 21364. Disponível em < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26JUL1996.pdf#page=43>>. Acesso em 12 de março de 2015.

decisão proferida no *Habeas Corpus* 83.515, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, do dia 16 de setembro de 2004 como paradigmática no enfrentamento desse tema controverso, porquanto proferida em sessão plenária. Estavam presentes, além do relator, os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

As diligências de interceptação, naquele caso concreto, que com as renovações duraram 7 (sete) meses foram consideradas válidas.

Guardadas algumas peculiaridades de cada voto individual, o Ministro relator Nelson Jobim afirmou categoricamente que “*a renovação da autorização de interceptação telefônica, longe de ser proibida pelo art. 5º da Lei 9.296/96, é permitida*”³ e acrescentou que deve se aferir a possibilidade de renovação pela complexidade do caso concreto. Sustentou sua posição baseado na doutrina de Vicente Greco Filho, Antonio Scarance Fernandes, Damásio de Jesus e Luiz Flávio Gomes.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, votou divergente pela concessão da ordem. Utilizou o mesmo critério de razoabilidade para concluir com ironia que se em 30 (trinta) dias nada foi encontrado, “*...não se pode permanecer com essa mesma interceptação, a não ser que a Polícia Federal ou a polícia comum nada tenham a fazer em termos de segurança pública e queiram ficar bisbilbotando, de forma indefinida, a vida dos cidadãos*”⁴. O voto dissidente rematou a questão com uma análise não apenas gramatical, mas adotando uma interpretação segundo a qual se deve dar prevalência aos direitos fundamentais.

A partir desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal trilhou o entendimento nele esposado, o que se repetiu em alguns casos como nos HC 84.301 e RHC 85.575, ambos julgados pela Segunda Turma e

³ Inteiro teor do Acórdão. HC 83.515/RS. STF. Pleno. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377>> . Acesso em 13 de março de 2015.

⁴ *Idem*.

de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

Mas deve ser ressaltado o julgamento referente ao recebimento da denúncia no Inq 2424 em sessão Plenária. No caso, que ficou conhecido como “Operação Furacão”, tinha havido autorização para a interceptação de comunicações no juízo de primeiro grau e, posteriormente, foi deslocada a competência para o Supremo Tribunal Federal quando surgiu a menção de se investigar um Ministro do Superior Tribunal de Justiça. A interceptação telefônica foi prorrogada diversas vezes por autorização do relator do caso, o Ministro Cezar Peluso.

A defesa, com o objetivo de evitar o recebimento da denúncia, arguiu, entre outras violações, a nulidade das gravações decorrentes de interceptações telefônicas em razão de prorrogações sucessivas. Constatou-se na ementa de julgamento a rejeição da preliminar ao argumento de que “*é lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal exija investigação diferenciada e contínua*”⁵, todavia os debates foram muito mais ricos do que o teor dessa assertiva.

Interpelado pela Ministra Carmem Lúcia, o Ministro relator Cezar Peluso justificou que suas autorizações de prorrogação eram respostas a pedidos que se baseavam em fatos novos e com análise de relatórios, portanto “*não se tratou de nenhum ato leviano*”.

O Ministro Marco Aurélio manteve sua posição contra as prorrogações, mas a relevância ficou por conta dos votos de três Ministros: Eros Grau, Celso de Mello e Gilmar Mendes, os quais acompanharam o relator, mas ressalvaram a necessidade de repensar melhor o tema. Este último lembrou a posição da Corte sobre o tema, mas ressaltou que há “*certa disfuncionalidade no modelo*”, não apenas por

⁵ Inteiro teor do Acórdão. Inq 2424/RJ. STF. Pleno. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608>> . Acesso em 13 de março de 2015.

conta das prorrogações que podem levar ao que ele chamou de “*uma eventual eternização na interceptação sem controle*”, mas também de outras situações como as interpretações dos fatos realizadas pelos exequentes da diligência de interceptação, o que o Ministro Gilmar Mendes chamou de “*hermeneutas dos grampos*”.

Não se pode ignorar que esse julgamento ocorreu no dia 20 de novembro de 2008 e o Ministro Gilmar Mendes havia concedido uma entrevista à revista *Veja*, publicada no dia 23 de abril de 2008, em que, respondendo sobre os problemas apurados pela CPI dos Grampos, posicionou-se no sentido de uma necessidade de revisão dos procedimentos de interceptação, em especial no que tange às renovações sucessivas do prazo

Não se sabe o momento em que o Ministro Gilmar Mendes firmará sua posição entre o entendimento externado no HC 83.515 e a sinalizada possibilidade de fixar limites temporais em relação à quantidade de prorrogações da medida de interceptação das comunicações, mas a oportunidade está muito clara.

Isso porque a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça em 9 de setembro de 2008 julgou o *Habeas Corpus* 76.686, cujo relator foi o Ministro Nilson Naves, e fez uma revisão da sua posição já consolidada a respeito do tema. O relator mencionou expressamente seu anterior entendimento no sentido de admitir a renovação do prazo de interceptação telefônica por tantas vezes quantas fossem necessárias, referindo-se ao HC 50.193 em que foi relator. Todavia, reconheceu que cabia à Corte determinar o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais e compreendeu que por tratar-se de uma norma de opostas inspirações ideológicas, impunha-se dar ao aparente conflito a solução que privilegie a liberdade. Com isso entendeu que não se poderia renovar ilimitadamente o prazo para afastar o sigilo da comunicação.

Afirmou, o Ministro Nilson Naves, que o prazo da interceptação

seria de quinze dias, renovável por apenas uma vez totalizando, no máximo, trinta dias, apoiando-se na interpretação literal do dispositivo e nas lições de Ada Pellegrini Grinover. Valeu-se, também, da lição de Geraldo Prado para afirmar que ainda que se admita que o artigo 5º da Lei 9.296 não restringisse as prorrogações a apenas uma renovação, ainda assim seria necessário limitar o tempo máximo de interceptação ao período que a Constituição estabelece para o estado de defesa (art. 136, § 1º, I, c, e § 2º da Constituição).

Com isso a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem de *habeas corpus* para reputar ilícita a prova de tantos dias de interceptação telefônica no caso concreto que estava julgando.

Ocorre que o Ministério Público Federal recorreu dessa decisão por meio do Recurso Extraordinário 625.263, o qual foi distribuído para relatoria do Ministro Gilmar Mendes, conferindo-lhe uma boa oportunidade para que ele reveja ou confirme sua posição e estabeleça os limites temporais da interceptação das comunicações.

No dia 13 de junho de 2013 foi proferida decisão no pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em que foi admitida a Repercussão Geral, compreendendo-se que a constitucionalidade de sucessivas renovações da medida de interceptação precisa ser discutida à luz do princípio da proporcionalidade, o que até o presente momento não ocorreu.

Torna-se, portanto, importante saber quais são as iniciativas legislativas que tramitam no Congresso Nacional com o objetivo de sanar essa celeuma.

5 Projetos de Lei que tratam do prazo das medidas de interceptação das comunicações em tramitação no Congresso Nacional

Diante de tanta dificuldade em interpretar o texto legal, é necessário pesquisar quais as atitudes vêm sendo tomadas pelo Parlamento brasileiro com o objetivo de corrigir este imbróglio a respeito do prazo de duração

das medidas de interceptação das comunicações.

É possível verificar-se que as propostas legislativas adotam a técnica de admitir a autorização judicial por um período máximo de trinta ou sessenta dias, que pode ser renovado por mais de uma vez, mas que encontra um limite máximo de cento e oitenta dias (o que ocorre quando o prazo de duração da autorização é de trinta dias) ou de trezentos e sessenta dias (o que ocorre quando o prazo de duração da autorização é de sessenta dias).

Veja-se a exposição gráfica de quatro grandes tramitações:

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

GRUPOS	PROJETO DE LEI	SITUAÇÃO	CONTEÚDO
1º GRUPO (PL 1258)	1258/1995	texto original	duração a ser definida pelo juiz na decisão de autorização, limitada ao máximo de 30 dias, renovável por períodos iguais e sucessivos, sem fazer qualquer limitação máxima
	4047/2008	apensado ao PL 1258	duração máxima de 60 dias prorrogáveis por iguais períodos, até o máximo de 360 dias ininterruptos, salvo em caso de crime permanente que pode durar até cessar a permanência
	5285/2009	proposta da CPI dos Grampos apensado ao PL 1258	duração máxima de 30 dias prorrogáveis por iguais períodos, sendo o máximo de 180 dias, salvo em caso de crime permanente que pode durar até cessar a permanência

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

2º GRUPO (PL 3272)	3272/2008	texto original	duração máxima de 60 dias prorrogáveis por iguais períodos, até o máximo de 360 dias ininterruptos, salvo em caso de crime permanente que pode durar até cessar a permanência
	5286/2009	proposta da CPI dos Grampos apensado ao PL 3272	duração máxima de 30 dias prorrogáveis por iguais períodos, sendo o máximo de 180 dias, salvo em caso de crime permanente que pode durar até cessar a permanência
3º GRUPO (Projeto de CPP)	8045/2010	projeto de Código de Processo Penal, oriundo do Senado como PLS 156/2009	duração máxima de 60 dias prorrogáveis por iguais períodos, até o máximo de 360 dias ininterruptos, salvo em caso de crime permanente que pode durar até cessar a permanência
4º GRUPO (PL 1961)	1961/2011	texto original - refere-se apenas à interceptação das comunicações pela internet	duração máxima de 60 dias prorrogáveis por iguais períodos, até o máximo de 360 dias ininterruptos, salvo em caso de crime permanente que pode durar até cessar a permanência

Todavia todos esses projetos estão em tramitação sem aprovação. A questão que se coloca para uma mais ampla compreensão do tema é saber como a legislação dos países democráticos do mundo com os quais o Brasil tem mais afinidade sistêmica trata o assunto.

6 Comparação aos sistemas jurídicos estrangeiros

Não há qualquer uniformidade no tratamento dos prazos para execução de medidas de interceptação das comunicações nos diversos países que apresentam um sistema de direito próximo ao Brasil, signatários de Tratados e Convenções de direitos humanos e que se submetam a um sistema internacional próprio de proteção desses direitos. Em especial abordar-se-á alguns países europeus vinculados ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como alguns países da América Latina que se submetem à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em Portugal não havia até 2007 qualquer fixação de prazo para duração da medida de interceptação das comunicações, o que conflitava com o texto expresso do artigo 18º, nº 2, da Constituição Portuguesa que determina só ser possível à lei restringir direitos, liberdades e garantias nos casos autorizados pela Constituição.

Com a alteração implementada pela Lei nº 48/2007, o artigo 187º, número 6, passou a prever um prazo máximo de duração da medida de “...três meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade.” Não há, todavia, limites para a quantidade de renovações.

O *Code de Procédure Pénale* francês prevê no seu artigo 100-2 que “*Cette décision est prise pour une durée maximum de quatre mois. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée*”, ou seja, a duração máxima da medida é de quatro meses, podendo ser renovada nas mesmas condições de forma e duração.

⁶ Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em 25. mar.2015.

Na Itália dispõe o *Codice di Procedura Penale*⁷ em seu artigo 267 n° 3, que a duração da operação de interceptação de conversas ou de comunicações “...non può superare i quindici giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di quindici giorni...”, de tal forma que a duração da medida é de quinze dias, mas pode ser prorrogada sucessivas vezes pelo mesmo período.

A Espanha, no artigo 579º, n° 3, da *Ley do Enjuiciamiento Criminal*⁸, admite que a “observação das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas” sejam realizadas “...por un plazo de três meses, prorrogable por iguales períodos...”.

Há, todavia, uma importante discussão quanto à diferença entre “*intervención*” e “*observación*” das comunicações telefônicas. Isso porque, LÓPEZBARJA DE QUIROJA (2012, p. 1585) fazendo uma interpretação literal do n° 2 do artigo 579 da LECrim, afirma a possibilidade de o juiz autorizar a “*intervención*” das comunicações telefônicas sem estipular prazo, ao passo que o n° 3 dispõe que o juiz poderá autorizar a “*observación*” das comunicações telefônicas, estipulando um prazo de três meses, prorrogável por períodos iguais.

No entanto, a maior parte da doutrina, como é o caso de GIMENO SENDRA (2012, p. 489 a 491), MONTERO AROCA (1999, p. 201) e CASANOVA MARTÍ (2014, p. 230 e 231), entendem que não há diferença entre “*intervención*” e “*observación*” das comunicações telefônicas e, portanto, o prazo seria um só.

Um problema sério no Direito espanhol é a compatibilização entre o prazo do sumário e o prazo da interceptação das comunicações. É que o sumário não é secreto e se faz necessário dar ciência sobre a produção de prova à parte para que exerça seu direito de defesa, o que,

⁷ Disponível em <http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf>. Acesso em 25. mar.2015.

⁸ Disponível em <<http://www.fmyv.es/ci/es/Ss/11.pdf>>. Acesso em 25. mar.2015.

por outro lado, tornaria à medida de interceptação das comunicações inócua. Como é possível ao juiz decretar o segredo do sumário por um mês, a interceptação das comunicações se daria por um mês em segredo e o resto do tempo com ciência da parte. A jurisprudência espanhola, mudando sua posição histórica, termina por admitir a prorrogação do tempo de segredo do sumário pelo tempo necessário para realizar a medida.

Na Alemanha a medida de interceptação das telecomunicações pode ter um prazo máximo de três meses, admitindo uma prorrogação de não mais do que três meses, de acordo com o §100b da *Strafrechtprozessordnung – StPO*⁹. Há, ainda, a possibilidade de serem captadas as comunicações domiciliares (§100c da StPO), o que não deixa de ser uma espécie de interceptação, a qual pode durar um mês, admitindo-se uma prorrogação de não mais do que um mês, na forma do §100d da StPO.

Na América Latina, a Argentina disciplinou a interceptação de qualquer forma de comunicação no artigo 143 do *Código Procesal Penal de la Nación*¹⁰ aprovado pela Lei 27.063 e promulgado segundo o decreto 2321 de 2014, tendo sido previsto um prazo máximo de 30 (trinta) dias, podendo ser renovada, expressando-se os motivos que justificam a extensão do prazo.

O *Código Procesal Penal* do Chile¹¹ regula a interceptação das comunicações telefônicas no artigo 222, o qual limita a duração da medida ao máximo de sessenta dias, admitindo-se a prorrogação por períodos de igual duração, desde que o juiz examine a presença dos

⁹ Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>. Acesso em 25. mar.2015.

¹⁰ Disponível em <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em 25. mar.2015.

¹¹ Disponível em <<http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Procesal%20Penal.pdf>>. Acesso em 25. mar.2015.

requisitos todas as vezes em que autorize a prorrogação.

No México, a interceptação das comunicações é regulada pela *Ley Federal Contra a Delincuencia Organizada*¹², sendo que, na forma do artigo 18, é o juiz que fixa o prazo e pode deferir prorrogações, “... *sin que el periodo de intervencion incluyendo sus prórrogas pueda exceder de seis meses*”. Depois disso a interceptação deve ser encerrada e, se o Ministério Público entender ser necessário nova interceptação, deverá fazer novo pedido juntando novos elementos, ou seja, é uma diligência diversa da primeira.

Verifica-se que há regulamentações internas aos países que rigidamente fixam prazos máximos para execução da medida de interceptação das comunicações, como é o caso da Alemanha, que fixa um prazo máximo de três meses, admitindo-se apenas uma única prorrogação por igual tempo, bem como do México, que limita as interceptações, já incluindo as prorrogações, ao máximo de seis meses.

Há outras legislações – a maioria – que fixam um prazo máximo para a interceptação das comunicações, mas admitem prorrogações pelo mesmo período, com a expressa utilização de termos que permitam compreender que a autorização poder se fazer por mais de uma prorrogação, como são os casos: da Itália, que utiliza o termo “*sucessivi*”, ou seja, sucessivas; da Espanha, que usa a expressão “*por iguales periodos*”, no plural; e do Chile, cujo Código afirma que o juiz poderá prorrogar o prazo “*por periodos*”, também no plural, de até a mesma duração – sessenta dias. Como não limitam a quantidade de prorrogações possíveis, não há um critério temporal máximo objetivo a que estejam vinculadas as autoridades.

Portugal, França e Argentina autorizam a prorrogação, sem limitar a quantidade, porém sem usar os termos que denotem certeza de estarem

¹² Disponível em <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101.pdf>>. Acesso em 25.mar.2015.

autorizando mais de uma renovação.

É de se esperar que os Tribunais de proteção aos direitos humanos ainda se pronunciem especificamente sobre o assunto. Mas algumas decisões do TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos podem servir de referência para compreender-se os fundamentos a serem levados em conta na apreciação desta questão referente ao prazo de duração da interceptação.

O TEDH, no caso *Calogero versus Itália*, decidiu em 15 de novembro de 1996 que a lei que autoriza a interceptação de correspondências precisa conferir limites à atividade das autoridades que executarem a interceptação, delimitando tempo de duração e controle dos motivos que a justifiquem. Inobstante esta decisão não diga respeito às interceptações telefônicas, relaciona-se à interceptação das correspondências, o que implica referir-se aos direitos fundamentais ao sigilo das comunicações, à privacidade e à intimidade.

Diversas outras decisões proferidas pelo TEDH concluíram ter havido violações ao artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos precisamente por conta da inexistência de clareza suficiente da lei, ao regular a medida de interceptação (neste sentido: caso *Liberty versus Reino Unido*, caso *Kopp versus Suíça*, caso *Malone versus Reino Unido*), mas não dizem respeito à questão do prazo de duração da medida.

7 A atual posição da doutrina brasileira

A análise das posições doutrinárias é extremamente importante para este estudo. Em primeiro lugar porque não tendo a lei desempenhado seu papel de regulação exaustiva e indubitável da restrição a algum direito fundamental, cabe à doutrina e à jurisprudência realizar a melhor interpretação. Em segundo lugar, a interpretação pretoriana que vem prevalecendo se iniciou, como visto, com o julgamento do HC 83.515, o qual, por sua vez, baseou-se em interpretação doutrinária da época.

Portanto, cabe rever a interpretação doutrinária mais atual sobre o

assunto.

Um dos autores citados nas decisões que interpretaram que a autorização dada pelo artigo 5º da Lei nº 9.296/96 não tinha limite temporal máximo é Vicente Greco Filho. De fato, GRECO afirma que devem se admitir tantas prorrogações quantas sejam necessárias à investigação, acrescentando que trinta dias pode ser um prazo muito exíguo (GRECO, 2005, p. 50). Todavia, em 2013 (GRECO, 2013, p. 268) o jurista, sem alterar sua posição pessoal atenta para a tendência inaugurada pela decisão proferida no HC 76.686 pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça.

Luiz Flávio Gomes, também citado no precedente do Supremo Tribunal Federal, diante da realidade das medidas renovadas sem qualquer limite, assumiu a posição segundo a qual *“A lei atual, como vimos, prevê o prazo de 30 dias (15 mais 15). Quando uma interceptação se alonga exageradamente no tempo (sem fundamentação exaustiva justificadora das renovações) ela se transforma em interceptação de prospecção...”* (GOMES, e MACIEL, 2014, p. 171).

Outro dos autores citados naquele julgamento foi Antonio Scarance Fernandes. Neste ponto deve ser confirmado que o renomado professor, juntamente com Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho admitiam que *“...o juiz deverá guiar-se pelo bom senso e pelo direito comparado, sendo possível tantas prorrogações quantas necessárias...”* (2004, p. 226).

Ocorre que em 2013, Ada Pellegrini Grinover publicou um livro em que consta um parecer de sua lavra, sob o título *“Interceptações Telefônicas Ilícitas. Vícios. Prazo. Utilização em outro Procedimento Administrativo”*, no qual tratou novamente desta questão do prazo e se aprofundou mais no assunto. Nessa nova incursão teórica, GRINOVER além de frisar, na esteira da doutrina internacional, a importância da observância do princípio da legalidade, fez uma reflexão sobre o mal uso prático

da interceptação telefônica, mormente no que concerne às ilimitadas prorrogações da medida e tendo em vista “...*que a experiência prática tem demonstrado que a duração praticamente ilimitada das operações de interceptação telefônica, a partir de uma interpretação mais ampla do texto legal, tem conduzido a abusos inomináveis...*”, concluiu que a “...*duração excessiva da medida restritiva, constitui ofensa, não à lei, mas à própria Constituição*” (GRINOVER, 2013, p. 519).

GRINOVER, então, adotou expressamente a posição já assumida por Geraldo Prado, para quem a própria Constituição impõe o limite. Com um raciocínio linear, PRADO (2006, p. 42) afirma que o estado de defesa é uma exceção ao pleno respeito aos direitos fundamentais e que, nestas circunstâncias, um dos direitos restringidos é o direito ao sigilo das comunicações. Ocorre que o estado de defesa só pode durar por trinta dias, admitindo-se apenas uma prorrogação. Ora, se no estado de exceção constitucionalmente regulado o tempo máximo que se pode afastar um direito é sessenta dias, não haveria qualquer razão lógica para afastar esse mesmo direito por período superior, quando não houvesse exceção (no mesmo sentido: BADARÓ, 2014, p. 354 e 365).

8 Conclusão

O estado de exceção não pode deixar de ter limites constitucionais, a menos que estivéssemos em um Estado policialesco. Como bem observa Agamben, “*quando o estado de exceção em que eles [a vida e o direito] se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal.*” (AGAMBEM, 2004, p. 130 e 131).

Portanto, a menos que admitamos estarmos vivendo em um Estado policialesco, em que a exceção está fora do próprio sistema jurídico, faz-se necessário compreender quais os limites das restrições aos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, importa frisar que a relação entre o cidadão e o Estado no sistema penal está inserido entre as *relações gerais do*

homem em sociedade, uma vez que não há qualquer *relação especial de sujeição* (MOREIRA, 2011, p. 221) e é, portanto, sob esse prisma que devemos compreender os limites das restrições aos direitos fundamentais.

No âmbito das relações gerais do homem em sociedade, o cidadão faz jus aos direitos constitucionalmente consagrados sem restrições apriorísticas. Isso não implica dizer que não existam restrições aos direitos fundamentais nas relações gerais em sociedade, mas que essas restrições só podem ocorrer em dois planos: no plano normativo e no plano judicial.

No plano normativo a restrição aos direitos fundamentais (1) deve estar na própria Constituição (como ocorre com a inviolabilidade de domicílio, cujas hipóteses restritivas estão inseridas diretamente no texto do inciso XI do artigo 5º da Constituição), ou (2) deve estar autorizada pela Constituição e restringidos diretamente pela lei (é o caso do sigilo das comunicações, em que o inciso XII do artigo 5º da Constituição autoriza o legislador a regular a forma de restrição do direito fundamental ao sigilo, o que se realizou – mas não com exaustão – pela Lei nº 9.296/96) ou (3) decorrente de lei, sem autorização expressa da Constituição, mas justificadas pela razoabilidade e, exatamente por ser uma forma aberta deve (não é uma faculdade) sofrer controle jurisdicional de constitucionalidade concreto para evitar restrições inconstitucionais aos direitos fundamentais (MOREIRA, 2011, p. 215 a 219).

A despeito da previsão no plano normativo, faz-se necessário que a restrição esteja sujeita ao controle no plano judicial, daí a característica obrigatória da *jurisdicionariade*.

Portanto, a restrição aos direitos fundamentais não pode prescindir dos dois planos de controle como condição de validade, sendo mesmo inadmissível que a restrição se imponha por decisão judicial sem autorização legal.

E aqui a autorização legal não se esgota naquilo que FERRAJOLI

(2014, p. 39) chamou de *mera legalidade*, ou seja, a singela previsão na lei, mas necessita de *legalidade estrita* (FERRAJOLI, 2014, p. 93), na medida em que a atividade legislativa se destine a formar conteúdos típicos dotados de significado unívoco e preciso, o que amplia a necessidade da aplicação do princípio da legalidade inclusive para as garantias de natureza processual.

Não se pode esquecer que a restrição aos direitos fundamentais do sigilo das comunicações, da privacidade e da intimidade no plano normativo se faz pela segunda hipótese descrita acima, qual seja, autorizada pela Constituição (pelo artigo 5º, inciso XII) e restringidos diretamente pela lei (pela Lei nº 9.296/96).

Essa espécie de restrição aos direitos fundamentais é aquela a que CANOTILHO chama de *limites ou restrições estabelecidos por lei* e deixa claro que a estes atos legislativos restritivos “...*compete estabelecer uma regulamentação suficientemente determinada e densa, incidente sobre aspectos essenciais das restrições...*” (CANOTILHO, 2000, p. 1279).

Desta forma, a legalidade estrita defendida por FERRAJOLI e a regulação determinada e densa exigida por CANOTILHO se encontram para exigir da lei que restringe direitos fundamentais não deixe margem à criação judicial.

Não havendo determinação e densidade suficiente, como é o caso do art. 5º da Lei nº 9.296/96, faz necessário incidir os princípios que configuram o que o próprio CANOTILHO chamou de restrições das restrições, ou seja, os princípios que definem os limites aos limites impostos aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2000, p. 451).

Dois princípios que definem os limites materiais para a compreensão da controvérsia são o *princípio da proibição do excesso* e, sobretudo, o *princípio da salvaguarda do núcleo essencial* do direito fundamental restringido, ambos princípios decorrentes do princípio da proporcionalidade. Para o *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*, o objeto da proteção, sob o aspecto

subjetivo (segundo o qual uma parte do direito fundamental pode ser sacrificado), fica protegido contra qualquer restrição conducente à aniquilação de um direito. Se assim não for, a restrição que aniquila o direito é inconstitucional.

Assim, *exempli gratia*, é admissível que o direito fundamental à liberdade seja limitado, mesmo no seu núcleo essencial, se o for em parcela proporcional, como é o caso da limitação da liberdade em razão da prisão por penas longas previstas para crimes graves, mas restaria vulnerada a proteção ao núcleo essencial se a lei admitisse a prisão perpétua por configurar verdadeira aniquilação do direito à liberdade.

No caso do direito ao sigilo das comunicações, bem como o direito à intimidade e à privacidade, admite-se que parte do núcleo essencial desses direitos seja limitado por uma lei que admita a interceptação das comunicações, mas se a mesma lei não limitar o tempo máximo de duração dessa medida, os direitos ao sigilo das comunicações, à intimidade e à privacidade restarão aniquilados. Não se olvide que o TEDH vem exigindo precisão e clareza das leis internas que autorizem e regulem a interceptação das comunicações, em respeito ao direito fundamental à privacidade¹³, na mesma esteira desse raciocínio aqui desenvolvido.

Portanto, ou a Lei nº 9.296/96 é inconstitucional por aniquilar (e não apenas limitar os direitos fundamentais ao sigilo das comunicações, à intimidade e à privacidade) ou há que se interpretar que a prorrogação admissível é por apenas uma vez, dando prevalência aos direitos humanos, na exata forma determinada pelo artigo 4º, inciso II, da Constituição.

A falta de legalidade estrita por falta de precisão e densidade normativa permite o aniquilamento do núcleo essencial do direito à liberdade e, por isso, conflita com a Constituição e com os direitos

¹³ Neste sentido: neste sentido: caso *Liberty versus Reino Unido*, caso *Kopp versus Suíça*, caso *Malone versus Reino Unido*.

humanos, precisamente como aventado na hipótese introdutória.

Assim, a norma do artigo 5º da Lei nº 9.296/96 precisa ter uma interpretação compatível com a Constituição e com os direitos fundamentais aderidos ao ordenamento, qual seja, a que admite a interceptação das comunicações por quinze dias, prorrogável por igual período apenas uma única vez.

9 Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEMANHA. **Strafrechtprozessordnung**. Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>. Acesso em 25. mar. 2015.

ARGENTINA. **Código Procesal Penal de la Nación**. Disponível em <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em 25. mar.2015.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BRASIL. Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996. **Penal: Códigos conjugados**. Autoria coletiva. São Paulo: saraiva, 2015.

_____. **Constituição. Penal: Códigos conjugados**. Autoria coletiva. São Paulo: saraiva, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

CASANOVA MARTÍ, Roser. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 2014.

CHILE. **Código Procesal Penal**. Disponível em <<http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Procesal%20Penal.pdf>>. Acesso em 25. mar.2015.

ESPAÑA. **Ley do Enjuiciamiento Criminal**. Disponível em <<http://www.fmyv.es/ci/es/Ss/11.pdf>>. Acesso em 25. mar.2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. Tradução Ana Paula Zomer Sica *et al*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA. **Code de Procédure Pénale**. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>.

Acesso em 25. mar.2015.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. 1a edição. Navarra: Civitas, 2012.

GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Manual de Processo Penal**. 10a edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As nulidade no processo penal**. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Provas Ilícitas, Interceptações e Escutas**. 1ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em <http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf>. Acesso em 25. mar.2015.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, Tomo I. 5a edição. Navarra: Aranzadi, 2012.

MÉXICO. **Ley Federal Contra a Delincuencia Organizada**. Disponível em <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101.pdf>>. Acesso em 25.mar.2015.

MONTERO AROCA, Juan. **La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. *in* PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (org.) **Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos**. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Geraldo. **Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEDH. **Calogero versus Itália**. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58559#{\"itemid\":\[\"001-58559\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58559#{\). Acesso em 31.abr.2015.1996.

A prisão preventiva e a condenação sem trânsito em julgado – uma análise constitucional

Preventive arrest – a constitutional review

Diógenes V. Hassan Ribeiro¹

Felipe Faoro Bertoni²

Resumo: O presente estudo possui o desiderato de conceituar o instituto da prisão preventiva, delineando quais são os requisitos e fundamentos necessários para sua decretação, assim como expondo as hipóteses de cabimento e a legislação pertinente ao tema. Pretende-se, sobretudo, expor, com olhar sobre os princípios constitucionais, a incompatibilidade da prisão preventiva com os regimes prisionais de cumprimento de pena. Por fim, procura-se expor a atual orientação da jurisprudência sobre o tema com a indicação concreta de julgados sobre a matéria.

Palavras chaves: Prisão preventiva. Estado de inocência. Execução da pena. Regimes prisionais. Cumprimento antecipado de pena.

Abstract: This study has the desideratum to conceptualize the institute of preventive arrest, outlining what the requirements needed for its enactment, as well as exposing the pertinent legislation. It is intended to expose, with look at the constitutional principles, the incompatibility of probation with prison regimes. Finally, it seeks to expose the current

¹ Magistrado TJRS (1989), Desembargador TJRS (2011), Mestre em Direito Público (UNISINOS 2001), Doutor em Direito Público (2006), Professor titular do PPGD UNILASALLE/CANOAS.

² Advogado. Professor de Direito Penal e Processual Penal na Faculdade de Direito Dom Bosco. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

orientation of the jurisprudence on the subject.

Keywords: Preventive arrest. State of innocence. Execution of the sentence. Prison regimes. Anticipated serving sentence.

Sumário: 1. Introdução. 2. A prisão preventiva. 3. A condenação. 4. O princípio do estado de inocência. 5. A execução da pena. 6. A incompatibilidade da prisão preventiva com regimes prisionais de cumprimento da pena. 6.1. Breve exposição e análise da jurisprudência sobre o tema 7. Notas finais.

1. Introdução. Este ensaio procura enfatizar um entendimento já exposto, de certo modo, por parte da doutrina e da jurisprudência, sobre um tema que insiste e que resiste no cenário jurídico nacional. É necessária uma análise constitucional sobre a prisão preventiva no confronto com a condenação sem trânsito em julgado, ainda que, quando se fale de prisão e de condenação deva, sempre, o intérprete, por um olhar demorado sobre os preceitos constitucionais. Em muitos aspectos a interpretação sobre a ampla defesa, sobre o princípio do estado de inocência, sobre os direitos da cidadania, sobre os direitos dos acusados em geral e sobre, enfim, os direitos de liberdade, não está madura. As instituições brasileiras e o próprio ordenamento jurídico, senão sobretudo a democracia, são jovens, estão se desenvolvendo e evoluindo, em fase de superação do período de uma geração de ditadura, o que faz com que a interpretação sobre as liberdades ainda cause surpresas. Há entendimentos que parecem estar ainda na época da “santa inquisição”, na Idade Média, quando era possível qualquer dado, qualquer elemento, ou todos os dados e todos os elementos para conduzirem a uma acusação, mesmo que ilicitamente obtidos, sem observância a procedimento legal. A lei é deixada para um plano inferior, porque há o argumento “ad terrorem” de que a violência está à porta de todos e que cresce sem cessar, vivendo todos em insegurança, daí que o Judiciário, quando põe em liberdade um preso, compactuará com essa noção de recrudescimento da violência. O Judiciário, então, deve promover uma

interpretação “rigorosa” e ampliativa dos textos legais de natureza penal, pois uma interpretação restritiva, com olhares constitucionais não é bem vista pela tradição conservadora. Há sobretudo, em muitos casos, prisão provisória como antecipação de pena. A fundamentação das decisões procura, de modo abstrato, atender a legislação, mas, a análise um pouco acurada demonstra que há, na verdade, antecipação de pena. A doutrina que trata do tema, que não é extensa, é pouco difundida e, sobretudo, pouco aplicada. Contudo o tema é atual e há uma certa polêmica, ainda que produzida por leigos, sendo indispensáveis novos estudos com o objetivo de construir uma dogmática que proporcione a boa aplicação do direito.

É certo que em países com uma cultura democrática historicamente mais desenvolvida não há a surpresa que causa uma interpretação garantista. O garantismo, expressado na teoria de Luigi Ferrajoli, tem sido desprestigiado por algumas correntes de pensamento e, ainda, assim pejorativamente estigmatizado. No entanto, muitas vezes é preciso nadar contra a correnteza, expor-se à crítica.

As questões que se colocam e que tentaremos enfrentar limitam-se, inicialmente, às noções já formuladas sobre a prisão preventiva, especialmente resultantes das últimas reformas e atualizações do Código de Processo Penal. Também será objeto de investigação a questão da condenação e as consequências que dela incidem sobre a vigência da prisão preventiva. Conveniente, ainda, apresentar as linhas dos limites dos direitos fundamentais, em especial do estado de inocência, analisando a questão do cumprimento da pena quando se inicia. Sem dúvida, desde logo põe-se como ponto nevrálgico a questão de ser compatível, ou não, a prisão preventiva com o regime de cumprimento de pena conforme jurisprudência que será apontada.

2. *A prisão preventiva.* O Código de Processo Penal, na sua reforma de 2011, dá a entender que a prisão é uma, entre diversas outras, das medidas cautelares. A doutrina aceitou essa caracterização e trabalha

em conformidade às conclusões tiradas nesse sentido, especialmente advindas do Título IX do Livro I: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”. O título não caracteriza a prisão como medida cautelar, pois permite uma certa dose de ambiguidade. Na sequência do texto legal, porém, há essa caracterização.

Nesses termos, a doutrina abalizada³, traça os pressupostos da prisão preventiva e passa a identificar o requisito da prisão – os indícios suficientes de autoria – e o seu fundamento – o perigo de manter em liberdade o acusado. Portanto, seguindo essa orientação doutrinária, à semelhança do processo civil ficam estabelecidos pressupostos para o deferimento de uma medida cautelar, antecipatória, que pode conduzir o acusado até a prisão.

Essa compreensão, que certamente satisfaz a dogmática vigente, e permite, então, a construção de uma teoria, contudo, não é satisfatória por uma determinada ótica. Ora, compreender a prisão sem pena como cautelar significa possibilitar, eventualmente, uma conclusão de normalidade dessa prisão, quando, de rigor, esse tipo de prisão é, indubitavelmente, anormal, excepcional, extraordinário, que deve ser evitado.

Com efeito, embora seja combatido o senso comum teórico, feliz expressão cunhada por Luís Alberto Warat, no seu combate à dogmática e pela construção de uma teoria crítica do direito, com a mais respeitosa vênua a interpretação, desde a própria reforma do Código de Processo Penal, comunga de um certo sentido comum teórico, pois consagra uma concepção que, convém reiterar, se antevê na legislação processual é certo, mas que é inadequada aos limites atuais de um direito individual à liberdade em termos de Estado Constitucional e Democrático de Direito.

³ Ver, por todos, LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013. Ver, também, GIACOMOLLI, Nereu. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013;

A prisão sem pena deve ser caracterizada, antes de tudo e sobretudo, como *prisão provisória*. Essa caracterização revela a substância⁴ da prisão sem pena, revela a sua natureza – é provisória. O peso dessa expressão – provisória – expõe o Estado, seus agentes e seus órgãos, à compreensão definitiva da carga de excepcionalidade da prisão sem pena. Não é possível outra consideração diante da gravidade da prisão sem pena.

Assim, convém abolir essa expressão – cautelaridade/cautelar – da caracterização da prisão sem pena. Não é demais dizer que o direito comparado também anota essa característica de cautelaridade da prisão sem pena. Sustenta, por exemplo, Ana María Ovejero Puente, que as garantias constitucionais e processuais protegem a liberdade e os demais direitos fundamentais do acusado durante o processo, protegem, enfim, o acusado do próprio processo, enquanto que as “medidas cautelares” protegem o processo, o bom funcionamento do sistema de justiça, ou a ordem pública, ou a paz social, frente ao acusado⁵. Ferrajoli também anota, na sua célebre obra, a existência da custódia cautelar. Expõe Ferrajoli severa crítica à prisão preventiva, diante do seu uso abusivo, por isso, conclui que se trata de prisão administrativa, policial, não prisão atinente ao subsistema penal e processual ordinário. E consigna que em razão dos seus pressupostos, das suas modalidades e das dimensões que tem adquirido, converteu-se no sinal mais evidente da crise de jurisdição e tendencial do processo penal e, acima de tudo, da degeneração em mecanismo diretamente punitivo⁶. Portanto, num momento Ferrajoli reconheceu a existência da chamada “custódia cautelar” no direito comparado e noutra momento criticou severamente o uso abusivo dessa medida, caracterizando-a, então, como prisão administrativa, policial.

⁴ Não se pretende retroceder e buscar a substância ou a essência do ser (ver Lenio Streck), mas a expressão é utilizada para mostrar, o mais próximo possível, a natureza (outra expressão que se submete a críticas) jurídica da prisão sem pena.

⁵ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocencia**. Valencia/ES: Tirant lo Blanch, 2006, p. 188-9.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta S.A., p. 770.

Mas o que se pretende deixar claro é que também no direito comparado a prisão sem pena é considerada e denominada prisão cautelar, ou custódia cautelar.

Na doutrina pátria há quem aceite ambas as expressões, prisão provisória e prisão cautelar, como, por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes que, ao tratar do princípio da não culpabilidade, além de historiar a interpretação do Supremo Tribunal a respeito desse instituto, em determinados instantes fala em prisão provisória, noutros em prisão cautelar⁷. Há outros doutrinadores que claudicam entre medida cautelar e prisão provisória, sem uma definição precisa do instituto.

Não há dúvida de que esse tipo de prisão tem uma característica cautelar, especialmente, por exemplo, no âmbito da chamada violência doméstica. Nesse caso, há, claramente uma natureza cautelar, porque, uma vez que o acusado do fato não cumpre as medidas protetivas ordenadas judicialmente, é possível a prisão para a garantia do cumprimento daquelas medidas. Nesse caso, na hipótese de mero delito de ameaça, é evidente a desproporção entre a pena que poderá ser aplicada para a eventual condenação e a prisão preventiva que pode perdurar por mais de 30 dias. A condenação certamente nem gerará, sendo primário o réu e não havendo violência, possibilidade de cumprimento de pena privativa de liberdade. Nesse caso a prisão serve para prevenir ou evitar a possibilidade de ocorrência de um mal maior, de uma violência contra a vítima.

Certo, então, que existem aspectos de caudelaridade, de prevenção de um mal maior, de tutela do processo, na prisão sem pena. Todavia, o que se questiona, fundamentalmente, é a sua caracterização precisa e, sobretudo, denominação como cautelar. Isso, enfatize-se, promove a sensação de normalidade da prisão e permite a incidência do seu uso abusivo consignado e muito bem percebido na crítica de Ferrajoli. Muito

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377 e seguintes.

melhor, portanto, que fosse a sua denominação e caracterização precisa como provisória, que põe em relevo a precariedade da prisão sem pena.

Além desse ponto fundamental – o fato de ser provisória, sempre e sempre, a prisão sem pena – há outro ponto de igual relevância que é o que estabelece que a prisão sem pena, provisória, somente é possível se houver necessidade, que deve ficar patente, clara, definida concretamente, na decisão judicial.

Considerando, então, esses fundamentos – provisoriedade e necessidade – há, certamente, os requisitos para a imposição da prisão sem pena estabelecidos no quadro normativo apropriado à matéria. Tais requisitos são: (a) legislação permissiva, (b) prova da materialidade, (c) indícios suficientes de autoria e (d) ausência de medida alternativa diversa da prisão, além de a evidente (e) decisão escrita e fundamentada de autoridade judicial competente.

O grande quadro das prisões no ordenamento jurídico brasileiro pode ser assim classificado: (a) prisão por condenação definitiva, (b) prisão sem pena, (c) prisão civil, e (d) prisão para fins de extradição. Entre as prisões provisórias estão: (b.1) prisão sem pena e (b.2) prisão para fins de extradição.

A classe prisão provisória sem pena, por seu turno, pode ser: (b.1.1) prisão temporária, (b.1.2) prisão em flagrante, (b.1.3) prisão preventiva, (b.1.4) prisão decorrente do não pagamento da fiança, (b.1.5) prisão decorrente do descumprimento de medida alternativa imposta judicialmente, e (b.1.6) prisão para a garantia do cumprimento de medidas protetivas para a coibição de violência doméstica.

Portanto, a prisão preventiva submete-se a dois aspectos fundamentais: é provisória, precária, e deve ser necessária, justificável. Assim, não se pode comungar do entendimento, que advém da ambiguidade da reforma processual penal e da doutrina em geral, inclusive estrangeira, de que a prisão sem pena é cautelar, porque essa

expressão traduz um ponto de vista de normalidade, de adequação da prisão sem pena, o que possivelmente terá repercussões negativas na dogmática que deve ser construída em termos de prisão sem condenação definitiva. Com efeito, essa aproximação do processo penal com o processo civil é deletéria, pois uma coisa é proclamar a cautelaridade em matéria cível, que significa proteger o processo, ou seja, prevenir em vez de remediar. Outra coisa é a prisão sem pena, na área penal, que é excepcional, extraordinária, submetida aos preceitos constitucionais e a uma legislação rigorosa, porque restringe e viola o direito máximo do indivíduo – a sua liberdade, que somente cede lugar em importância ao direito à vida.

Nesses termos, prisão provisória, não prisão cautelar.

3. *A condenação penal* é precedida da indispensável investigação que se origina de uma acusação ou de prisão em flagrante e tem como esteio a imposição do devido processo legal. Esse é um dos direitos erguidos da evolução cultural e histórica da sociedade. Portanto, a condenação formal exige o devido processo legal, posterior à investigação lícita. Pressupõe a impossibilidade de novos recursos. A condenação em sentido material é a que define a pena que o réu terá de cumprir em decorrência da condenação formalmente exarada.

A sentença ou acórdão, enfim a decisão final é o documento que consubstancia a condenação imposta. Em palavras com sentido técnico-processual é o título executivo que autoriza a instituição do Estado encarregada de executar a pena imposta a, se for o caso, restringir a liberdade do condenado.

Pelo fio do exposto, somente a condenação, mediante a pena imposta, legitima a execução da pena e que o aparelho de segurança do Estado retire a liberdade do condenado, se esta for a condenação. Antes da sentença condenatória definitiva, ou seja, antes da sentença condenatória transitada em julgado, que não pode ser submetida a

recursos, a pena não pode ser executada. A sentença condenatória é a “conditio sine qua non” da execução. Não há execução sem pena, não há pena sem condenação definitiva, não há pena sem processo, não há pena sem prévia existência de lei, parafraseando Anselm Von Feuerbach na sua imortal expressão: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

4. O *princípio do estado⁸ de inocência*. Esse princípio é ressaltado com a exposição do item 3, acima. É também denominado de princípio da não culpabilidade. O inciso LVII do art. 5º da Constituição assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A discussão sobre a eventual inconstitucionalidade da prisão sem pena, da prisão provisória, que já houve, inclusive no direito comparado, no caso brasileiro é estéril diante do que dispõe o inciso LXI do art. 5º da Constituição, que prevê a possibilidade de prisão em flagrante e a possibilidade de prisão decretada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Destarte, não é preciso recorrer à teoria dos limites dos direitos fundamentais, relativamente ao princípio do estado de inocência ou de não culpabilidade para concluir que é possível, sim, no sistema constitucional brasileiro, a prisão sem pena. Impositivo dizer, contudo, que inexistem direitos absolutos, ou seja, direitos contra os quais não há possibilidades de limitações. E o direito máximo da liberdade também sofre limitações, entre as quais está a decorrente da condenação criminal, assim como a prisão provisória, excepcional, derivada de prisão em flagrante submetida ao juiz competente e a prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente. Este preceito, assim como os dos incisos LXV e LXVI, autorizam a conclusão de que a prisão sem pena deve ser conformada pela legislação infraconstitucional

⁸ Temos consciência de que muitos tratam esse instituto de “presunção de inocência”. No nosso entendimento é mais do que isso. O acusado tem a seu favor um princípio do ESTADO de inocência, superior a uma mera presunção. O réu, ou qualquer acusado, é inocente até que se prove em contrário e que isso conste de sentença penal condenatória transitada em julgado. Por isso é um ESTADO, não uma presunção.

integradora. Admite-se dizer que a legislação infraconstitucional, que já existe, é condição regulativa para o estabelecimento da prisão sem pena.

Esse princípio da não culpabilidade impediria, na sua fase teórica inicial no Brasil, a inscrição do nome do réu no rol dos culpados e daí todas as consequências decorrentes. Gilmar Mendes narra a história do seu tratamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Era possível a execução provisória da pena, em entendimentos não unânimes, e posteriormente entendeu-se constitucional e que havia sido recepcionado o art. 594 do Código de Processo Penal, somente revogado em 2008 pela Lei 11.719, em que o juiz poderia impossibilitar trâmite ao recurso da sentença condenatória se o réu não se recolhesse à prisão, quando tivesse maus antecedentes e assim fosse declarado pelo juiz na sentença. Esse autor e também ministro do Supremo Tribunal Federal registra a resistência do ministro Marco Aurélio Mello em diversos votos, que entendia inconstitucional aquela imposição.

Todavia, o princípio do estado de inocência, ou de não culpabilidade, vai mais longe, extravasando os limites de, simplesmente, impedir a inscrição do nome do réu no rol dos culpados com a sentença condenatória sem trânsito em julgado, ou consideração de sentença, nessas condições, como maus antecedentes, ou, ainda, impedir o início da execução. O princípio do estado de inocência inspira, no âmbito de uma epistemologia do direito penal em sentido amplo, uma caracterização de o Estado – e também qualquer outra pessoa – não poder considerar o acusado culpado sem que haja a condenação definitiva. Nos mesmos termos, uma proteção do acusado para que não haja uma condenação pública antecipada. Nem se trata, porque isso é primordial, absolutamente primordial, de impedir que o julgador tenha quaisquer preconceitos com relação ao acusado. Mas é mais do que isso, ninguém pode considerar o réu culpado.

E, no itinerário de ninguém poder considerar o acusado culpado sem o trânsito em julgado, sobretudo o Estado, no decorrer da coleta

de provas, desde a investigação, não é possível adotar ações tendentes a condenar, antecipadamente, no meio público, o acusado. O Estado e seus agentes estão a isso obrigados. Existe uma imposição constitucional – e os direitos fundamentais têm, inegavelmente, eficácia horizontal, daí que nem os meios de comunicação podem adotar um comportamento acusatório, leviano, falastrão. A acusação é oficial, pública, e o acusado têm ou deve ter os meios – todos os meios, de forma quase ilimitada – para promover a sua defesa. Aliás, o Estado e também todos os cidadãos não têm nem devem ter o interesse de ver um inocente condenado e, ainda, se for declarado culpado, exatamente na medida da sua culpa, nem mais, nem menos.

É essa a lição que se extrai desde Beccaria, assim citado por Ana María Ovejero Puente: *Su teoría se resume en un teorema general: 'Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada al delito y dictada por leyes'*⁹.

O princípio do estado de inocência, ou de não culpabilidade, enfim é uma evolução do sistema jurídico que somente admite a acusação pública/oficial e que a condenação, a culpa, fique também declarada nos termos da legislação, não sendo possível considerar alguém culpado, nem antes da formal acusação, nem durante o percurso do processo, mas somente depois de haver uma declaração definitiva de culpa.

Esse princípio deve ser interpretado, também, no sentido de que o réu não têm nenhum ônus de provar qualquer coisa. Ele não precisa, não tem obrigação, nem tampouco tem o ônus de provar qualquer coisa que alegue ou que tenha sido alegada. O réu pode ficar em silêncio, inerte, pois tem ao seu lado o princípio do *estado* de inocência. A prova tem de ser produzida pelo Estado, oficial e publicamente. E a defesa tem o direito de conhecer toda a prova e de contrastá-la. A dúvida, ainda que mínima, seja sobre o fato, seja sobre suas circunstâncias, seja

⁹ Op. cit, p. 30.

sobre a interpretação dos fatos, seja sobre qualquer detalhe, favorece a defesa. É princípio constante, aliás, do Pacto Internacional de Direitos Humanos de San Jose da Costa Rica, conforme artigo 8º, inciso 2.

5. *A execução da pena.* A fase de execução da pena somente se inicia com o “título executivo”, vamos usar essa categoria processual para que fique bem claro e enfatizado esse momento, consistente na sentença condenatória e o mandado judicial para o cumprimento da pena imposta. São momentos bem distintos. Há uma investigação do fato – esse é um dos momentos. Depois, havendo elementos para a acusação formal, oficial, pública, este será o segundo momento. Instalada, enfim, a acusação formal e pública, haverá o momento da produção da prova pela acusação e da produção da prova, pela defesa, se houver prova a produzir, ressabido que o réu, o acusado, não precisa provar nada e muito menos precisa provar o seu estado de inocência, como visto acima. E, havendo condenação, o réu terá direito a recurso contra a decisão, na forma da legislação, até que a decisão seja considerada definitiva, ou seja que não comporte mais qualquer tipo de recurso. Somente depois disso vem o momento da execução da pena.

Evidentemente que a sentença poderá ser executada se houver recurso da sentença condenatória apenas do Ministério Público, postulando, por exemplo, o aumento da pena imposta. Nesse caso, para a defesa, a sentença considera-se definitiva, pois não houve a interposição do recurso no prazo legal.

Quanto aos recursos parciais, como o recurso de embargos de declaração que visa a obter esclarecimentos sobre a última decisão proferida, convém observar que esse recurso interrompe o prazo para a interposição de algum outro recurso. Enfim, somente quando não houver possibilidade de interposição de recurso da sentença condenatória, seja pelo decurso do prazo e o seu não exercício, seja pelo fato de ser possível, legalmente, algum outro recurso, considera-se definitiva a condenação, somente podendo ser alterada por via da ação

de revisão criminal, mas isso não significa que a sentença não tenha transitado em julgado e, assim, produzido coisa julgada.

6. *A incompatibilidade da prisão preventiva com regimes prisionais de cumprimento da pena.* A possibilidade de prisão preventiva limita o princípio do estado de inocência. Noutras palavras, o princípio do estado de inocência trata-se de direito fundamental, vinculado ao (ou resultante do) princípio da dignidade da pessoa humana. Como direito fundamental, ele sofre naturais limitações. A propósito, Ingo W. Sarlet precisa que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada¹⁰. Mas esse limite, por seu turno, possui limitações¹¹. Em suma, o princípio do estado de inocência (art. 5º, LVII, CF) é limitado, pela própria Constituição Federal, diante da possibilidade de prisão provisória (art. 5º, LXI, CF). Mas, de qualquer modo, a harmonia necessária desses institutos constitucionais gera a imposição de limites ao limite do princípio do estado de inocência.

Racionalmente não é compreensível estabelecer regimes de progressão de pena ao preso provisório, à prisão sem pena. A racionalidade que existe é a de que a progressão somente se justifica no quadro da pena definitiva, ou seja, daquela pena prevista em sentença condenatória que não suporta recurso à declaração de culpa. Isso porque o estágio/momento seria o da execução da pena, que é incogitável quando se trata de pena provisória.

A doutrina tem sido clara ao mostrar essa incompatibilidade. Nereu José Giacomolli, por si e citando Chiavaria expõe que é uma perversão

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 328.

¹¹ Na nossa ótica revela-se desnecessário, para manter o foco dos objetivos do ensaio apresentado, ingressar no tema das teorias interna e externa dos limites e restrições dos direitos fundamentais.

conceber a prisão preventiva como antecipação de pena¹². Esse autor também adverte que a presunção de inocência tem momentos uniformes e não possibilita compreensão diversa nos dois momentos, no primeiro até a sentença condenatória recorrível, e no segundo após a interposição do recurso.

Não é possível esquecer da doutrina de Maria Elizabeth Queijo, que desde 2004, expõe “não há incompatibilidade entre a prisão cautelar e o princípio constitucional da presunção de inocência. Mas essa incompatibilidade existe entre o aludido princípio e a execução provisória¹³.”

Autores de nomeada¹⁴, contudo, preconizam a possibilidade de manutenção da possibilidade de execução provisória da pena, mencionando que a reforma processual penal de 2011, por meio da Lei nº 12.403, teria significado um retrocesso social, invocando, ainda, o princípio da vedação do retrocesso social. Embora o respeito que se tenha pela doutrina desse autor, representativo de uma linha hermenêutica garantista e democrática, avançada, no cenário jurídico nacional, não é possível concordar com a sua interpretação nesse caso. O autor chega a expressar que teria havido “um escorregão” do legislador ao suprimir a possibilidade de execução provisória da pena, dizendo ser possível a concessão de habeas corpus no caso de a condenação ter sido anterior à Lei 12.403, pois esta lei teria eliminado a possibilidade de execução provisória da pena.

Como se parte da premissa errada, é evidente que a conclusão certamente será equivocada.

¹² GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 84-5.

¹³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **Estudos em processo penal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 137-8.

¹⁴ Ver por todos: RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 898.

A execução da pena é absolutamente incompatível com a prisão preventiva, daí ser incogitável execução de pena provisória, ou execução sem pena definitiva, baseada, portanto, em sentença penal irrecorrível.

A legislação e a racionalidade do sistema não tolera a possibilidade de prisão preventiva, por exemplo, com regime de semiliberdade, como seria, então, o regime semi-aberto, ou o regime aberto, ou ainda, a possibilidade de concessão de benefícios próprios ao regime de execução de pena. O questionamento, nesse caso, se dirige à ausência de lógica racional entre a necessidade da prisão preventiva, por exemplo, decorrente do discutido e polêmico fundamento da prisão consistente na garantia da ordem pública com o regime de semiliberdade natural no regime aberto ou semi-aberto, na hipótese que alguns admitem de execução provisória da pena. Não há racionalidade que justifique essa solução, nem permissão legal.

Então, havendo condenação, o magistrado deverá ver se é caso de manutenção da prisão preventiva e, então, assim decidir de modo fundamentado. Aliás, desde a Lei nº 11.719, de 2008, conforme o art. 387, na redação atribuída ao parágrafo único desse artigo por aquela lei, o juiz, “ao proferir sentença condenatória decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.” Portanto, desde 2008, é essa a disciplina legal, não sendo admitido, como consta em algumas sentenças condenatórias, como lembrança do texto anterior, ou do texto do art. 594 do Código de Processo Penal, igualmente revogado, que o juiz permite, ou que não permite, ao réu interpor apelação sem recolher-se à prisão. Primeiro porque não é legal e constitucional permitir ao réu recorrer sem recolher-se à prisão. Esse recurso é direito constitucional fundamental, ainda que não escrito, do réu – direito ao duplo grau de jurisdição. Portanto, esse dizer é tautológico, redundante e que deve ser desprezado. Mas, para evitar essa interpretação incorreta a lei veio expressar: “sem prejuízo

do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. É que houve a revogação, também, do art. 595, que estabelecia a deserção para o caso de o réu fugir antes do conhecimento e julgamento do recurso de apelação do réu que não tinha tido, então, o direito de recorrer em liberdade (tal era a impropriedade e irracionalidade do sistema).

E, com a Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, foi inserido, no art. 387 do Código de Processo Penal o parágrafo 2º, ficando atribuída à redação do parágrafo único logo acima transcrito o parágrafo 1º. E o parágrafo 2º estabelece que o juiz, na sentença condenatória, computará “o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”. Mas isso, evidentemente não muda nada relativamente à compreensão da prisão provisória e à sua incompatibilidade com a execução da pena definitiva.

Com a inclusão do parágrafo 2º no art. 387 do Código de Processo Penal o legislador quis abreviar qualquer outra consideração do juiz da execução da pena, no sentido de que, desde a sentença condenatória, ou desde o acórdão que condenar ou que confirmar a condenação, deve haver consideração sobre o tempo de prisão provisória cumprido e, enfim, desde logo, ficar definido o regime prisional do cumprimento da pena, para a hipótese de não haver recurso. Isso equivale a dizer que permanecem perfeitamente distintos os institutos da prisão provisória e da prisão decorrente de condenação.

Noutras palavras, tanto o juiz como o órgão colegiado continuam obrigados a atender o disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, devendo fundamentar a necessidade da manutenção da prisão preventiva ou a sua imposição a partir daquela decisão.

Mas, aqui se estabelece e se anuncia evidente a falta de racionalidade – daí a lei chamar precisamente a atenção sobre isso – de manter ou de impor prisão preventiva, provisória, na hipótese de o réu ter direito a

cumprir a pena em regime inicial diverso do fechado. Ora, na sentença condenatória, atendendo ao disposto no parágrafo 2º do art. 387, o juiz deverá computar o tempo de prisão provisória cumprido e, nesse caso, estabelecer o regime inicial de cumprimento. Todavia, se o regime inicial for diverso do regime fechado, é evidente que não poderá ser mantida a prisão preventiva, dada a natural incompatibilidade, tanto entre a necessidade de prisão preventiva com regime diverso do fechado, como entre a prisão provisória e execução da sentença condenatória, somente possível quando a condenação tornar-se irreversível.

6.1. Breve exposição e análise da jurisprudência sobre o tema. Na linha do exposto, cumpre anotar alguns precedentes de jurisprudência no mesmo sentido. No julgamento do HC 84078, o Ministro Eros Grau, relator, expôs o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, enunciando o desprestígio constitucional a qualquer possibilidade de execução de efeitos da pena sem o devido processo legal, ou seja, sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse julgamento, o Ministro Eros Grau deixou claro que “a ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito a emenda. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.” E, ainda no corpo da ementa desse modelar julgamento, lembrou de Evandro Lins, ministro aposentado pela ditadura militar (AI-6) e que foi eleito “o criminalista do século”, que teria dito “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. E para arrematar, a ementa prossegue em sua advertência, pois nela consta: “A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ] e STF] serão inundados

por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (...) Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.”

Esse entendimento é mantido e referido noutros julgamentos posteriores no Supremo Tribunal Federal, como ocorreu, por exemplo, no HC 104.394, julgado pela Segunda Turma, em 25 de outubro de 2011, conforme publicação em 2 de maio de 2012, acórdão de que foi relator o Ministro Ayres Britto.

Contudo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há julgados mais recentes recalitrantes a esse entendimento já expressado pelo Supremo Tribunal Federal. São exemplos desses entendimentos os julgamentos do RHC 35.420/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/08/2013, e do RHC 34.226/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/05/2013. Em ambos os julgamentos foi determinado que o paciente fosse colocado, imediatamente, no regime menos gravoso em decorrência do tempo de prisão constante da condenação, uma vez que se compreendeu que a prisão preventiva não seria incompatível com o regime semi-aberto. Há entendimentos do Superior Tribunal de Justiça mais antigos com compreensão um pouco diversas, de que é exemplo o julgamento do HC 42402/RJ, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma,

julgado em 23/08/2005.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já houve julgamento em que, ainda que pela maioria dos julgadores, se compreendeu a incompatibilidade da prisão preventiva com o regime de semiliberdade do regime semi-aberto (HC 70058832221, julgado em 3 de abril de 2014).

7. *Notas finais.* É fora de dúvida que o processo penal merece tratamento dogmático prioritário. A Constituição Federal estabelece as diretrizes. É necessária uma hermenêutica que aproxime essas diretrizes da realidade, que atualize a compreensão ao sentido que se impõe no terceiro milênio – o de um Estado Constitucional e Democrático de Direito. Nesses termos, há um notável esforço de grande parte da doutrina em realizar um compreensão atualizada dos preceitos constitucionais. Mesmo dos doutrinadores em que há alguma divergência, é notável o esforço hermenêutico para evitar inadequadas interpretações. Essa compreensão, muitas vezes, não tem ecoado nas decisões judiciais e jurisprudenciais, inclusive dos tribunais superiores, em que há, por vezes, alguma oscilação. Essa oscilação em nada contribui para a evolução porque impõe retrocesso na interpretação.

No caso da prisão provisória, a legislação, pode-se dizer, é moderna, atualizada, mas a interpretação não tem seguido essa linha evolutiva necessária. Em primeiro lugar é importante arredar a compreensão de ser cautelar a prisão sem pena, a prisão provisória. Como se disse, a denominação cautelar advém do processo civil, em muito pouco comparável ao processo penal. A denominação cautelar atribui um sentido de normalidade da prisão, quando, de rigor, é anormal, excepcional, deve ser passageira e é, portanto, provisória. Esse ponto é que deve ser acentuado – a provisoriedade. Não a cautelaridade.

Outro ponto digno de destaque é o de que a prisão preventiva, por ser provisória, deve ser constantemente avaliada e, então, reavaliada,

sobre a sua necessidade. Daí descaber qualquer caracterização do habeas corpus julgado com ordem indeferida com impossibilitação de rever o julgamento em razão da decisão anterior. A necessidade da prisão naquele novo momento é que deve ser reanalisada. A causa de pedir é, quase sempre, diversa no habeas corpus.

Nesses termos, na condenação deve ser reanalisada a manutenção da prisão preventiva, que somente se justifica no quadro da sua necessidade. A condenação sem trânsito em julgado não possibilita – jamais – a execução provisória da pena, que rigorosamente é/seria inconstitucional. A condenação sem trânsito em julgado conserva fundamentação que, eventualmente, será exposta à impugnação e, por isso, guarda em si a possibilidade de ser alterada, com o veredicto final de absolvição. Por isso, a condenação sem trânsito em julgado não viabiliza qualquer possibilidade de antecipação de efeito da pena, nem muito menos a prisão. Eventual prisão posterior à condenação ou manutenção da prisão não retira o caráter de provisoriedade dessa prisão, de ser ela mera prisão preventiva, que, portanto, deve atender o rigor dos pressupostos da legislação e da Constituição.

Qualquer regime de cumprimento de pena, por não caber execução antecipada da pena, sem condenação transitada em julgado, é incompatível, no quadro da racionalidade do sistema, com a prisão provisória/preventiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Estudos em processo penal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 898.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 328.

Correlação entre *alegação* e *ônus* no processo penal brasileiro: breve estudo da *sintaxe* constitucional da “presunção de inocência” e sua interpretação não circular

Plea and burden of proof's link in the brazilian criminal procedure: a brief review on the presumption of innocence's constitutional syntax and it's non-circle rendering

Gabriel Antinolfi Divan¹

Resumo: o presente trabalho procura estabelecer algumas disfunções na interpretação jurisprudencial das “obrigações”, “alegações” e estratégias processuais sobre “ônus probatório” no Brasil. Para isso, expõe argumentos em dois vértices: primeiramente, pretende revisitar a questão do ônus probatório no processo penal brasileiro a partir de uma chave específica de análise - a *presunção de inocência* só é válida e efetiva quando interpretada diante de uma *sintaxe* e um contexto que lhe dão caráter de opção volitiva para com o julgador. Em segundo plano, traz um exemplo de interpretação a partir do famoso caso *Davis vs. United States 160 U.S., 469* onde a Suprema Corte estadunidense estabelece uma interessante hipótese para o ônus probatório em matéria penal, que é comumente interpretada em um sentido contrário ao qual procurou militar. A interpretação das questões relativas ao “ônus probatório” pode, a partir disso, ser visualizada em dois planos distintos, sendo que em um deles vai englobada uma característica de estratégia processual e outro trata de conformar a hipótese legal/abstrata condizente com o ditame constitucional

¹ Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito – da Universidade de Passo Fundo – RS. Líder do Grupo de Pesquisa ‘Reclame as Ruas: Direito, Política, Sociedade’. Advogado

Palavras-Chave: Ônus da Prova – Presunção de Inocência - Processo Penal – Sistema de Justiça Criminal

Abstract: The present work aims to set up some differences about the jurisprudential reading of procedural obligations, pleas and strategies related to the burden of proof in the brazilian system of criminal justice. Therefore, it shows topics in two ways: first, the intention is to review the burden of proof's issue from a specific point of view – the presumption of innocence is only effectual when perceived from a syntax and a context which gives to it a particular shape, just like a Justice's first option or choice to lead the case. On second time, it brings an example, referring the notorious *Davis vs. United States* 160 U.S., 469, where the S.C.ot.U.S. established an interesting hypothesis to the burden of proof's issue, usually rendered in an opposite direction to it's concerns. The study of the main issues on the burden of proof can be, thenceforth, displayed in this two diferent ways: in a procedure acting and strategy way and in an abstractly way, linking it to it's legal and constitutional hypothesis.

Keywords: Burden of Proof – Criminal Justice – Criminal Procedure - Presumption of Innocence.

Sumário: 1. Presunção de Inocência: caráter *volitivo* e interpretação não-circular; 2. Presunção de inocência e *ônus da prova* no Código de Processo Penal Brasileiro: correlações textuais temerárias; 3. “Alegação”, “Defesa” e manifestação *adesiva*: aplicando a *sintaxe* constitucional da Presunção de Inocência; 4. Algumas reflexões finais; 5. Referências consultadas

(...) a smentirla bastano “arresto preventivo”, istruzione segrete e il “fatto stesso”che qualcuno sia imputato ossia, “necessariamente”, colpevole presunto; “del resto, la pratica dei giudizi...va facendo giustizia sommaria di simile assurda teoria, escogittata dall'empirismo francese”. Secondo lui, il proceso somiglia alla

machina descritta da Kafka nella “Colonia Penale”: esistono anche garanzie ma, essendo presumibilmente colpevole l'imputato, “secondo l'ordine normale delle cose”, una tutela di libertà “pericolante” è pensabile solo quale effetto marginale; nell'alternativa delle conclusioni fallibili, meglio che i giudici condannino (è la ‘via tutior’ direbbe Escobar)

(Franco Cordero, sobre a visão de “presunção de inocência” defendida por Vincenzo Manzini, in *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 5).

Presunção de Inocência: caráter *volitivo* e interpretação não-circular

De acordo com o texto puro da Carta Magna brasileira, em seu Artigo 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Há muito temos sustentado a ideia de que há duas hipóteses de interpretação lexicamente cabíveis para tal dispositivo. E, uma delas – ainda que preze pela correção estrita do ponto de vista gramatical – conduz a um grau de obviedade atroz e que clama por complementação.

Do ponto de vista jurídico-político, é preciso *substancializar* esse “ser considerado culpado” que (antes do trânsito em julgado) “ninguém será”: se lido ao pé da letra, trata-se de pura redundância inútil. Logicamente, o *status* de uma pessoa não mudará (de não-condenado por sentença transitada em julgado, para, efetivamente, *condenado*) se não houver a devida incursão do caso no âmbito do processamento jurisdicional e se não redundar, o mesmo, em decisão judicial inapelável nesse teor. Se meramente assim fosse e esse, simplesmente, fosse o predicado constitucional, sequer precisaria estar positivado no texto da Lei Maior: seria o mesmo que dizer que um sujeito jamais esteve em Bruxelas, ou foi pai de um menino, até o dia em que ambas coisas vierem

a se concretizar, quando – segundo o predicado – daí os enunciados poderiam se ter por verdadeiros.

É lógico que é preciso ir hermenêuticamente além da pura e simples ideia de que ninguém é juridicamente culpado até ser – ora – juridicamente passível de ser tido por culpado. A aplicação cotidiana do ditame constitucional (até mesmo em respeito ao pilar fundamental do direito democrático que nela tem condições de estar estampado) carece de um implemento muito mais marcadamente voltado para a necessária vivificação da “presunção de inocência” do que uma mera redundância protocolar em relação ao “estado” de culpa.

Por isso, preferimos uso de expressão que indica verdadeiramente um critério *volitivo* (“presunção”), do que outros que, retoricamente parecem mais fortes, mas em realidade se mostram menos impactantes (“estado de inocência”). Por “presunção de inocência” entendemos mais do que a constatação de que efeitos principais de atribuição político-jurídica de *culpa* a um acusado sejam apenas legitimados após uma *condenação* e seu respectivo trânsito. Por “presunção de inocência”, se entende uma expressão que carrega tônica justamente no caráter a ser *presumido* – que é igualmente componente de assunção ou *preferência* inicial (por parte do julgador) frente às duas grandes divisões possíveis da dialética processual penal – a(s) tese(s) acusatória(s) e aquela(s) defensiva(s).

Linguisticamente, nenhum tipo de afronta ou *sofisma*, aqui: em sendo, no contexto, apenas possível de um resultado final para o processo uma das duas respostas excludentes corretas (ou – ao fim e ao cabo – se é *culpado*, no todo ou em parte, ou *inocente* – englobadas aqui quaisquer teses ou elementos decisórios que não redundem em *condenação*). Por amor ao debate poder-se-ia diferenciar um genuíno “inocente” de um “não-culpado”, absolvido por falta de provas, por exemplo, mas não é necessário no momento para fins da argumentação aqui proposta), seria possível dizer que não ser “*considerado*” culpado implica em ser – até o

momento da condenação irrecorrível – ser de fato “*considerado inocente*”. E isso deve implicar em um *status* que não é simplesmente o de “não (ainda...) culpado”.

O fator “presunção de inocência”, ao se diferenciar de uma releas antecipação injusta do *status* de culpado para quem não teve condenações transitadas em seu desfavor, requer uma análise substancial que exhibe uma *escolha* de *preferência* inicial em relação ao dito *status*. Ao “presumir” um acusado como “inocente”, ao “considera-lo” inocente, o julgador assume um pendor inicial para que se considere *verdadeira* (a princípio) a hipótese defensiva ou ao menos a tese mais benéfica para a manutenção do *status* de inocência (que é o estado natural a ser, eventualmente, modificado pela *exceção* que é a condenação atribuidora de *culpa*).

Como discorreram já, com muita propriedade Vilela e também Amaral, esse é o tom (para alguns), “polêmico” aqui, mas que nada tem de errôneo ou disparatado: segundo a pesquisadora portuguesa,

A presunção em sentido técnico define-se como sendo o mecanismo através do qual, a partir de um facto conhecido, se aceita um outro, desconhecido, sem que haja necessidade de recorrer a qualquer meio de prova. Há, na presunção, um fundamento lógico que repousa na ideia da probabilidade racional de que venha acontecer o facto presumido, uma vez ratificado o facto real²

Para o professor brasileiro³, na mesma linha, há que se falar em uma *pré-ocupação* de inocência, afirmando ainda com mais ímpeto a necessidade de que o processo penal “compre” (inicialmente, às cegas)

² VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 81.

³ AMARAL, Augusto Jobim do. Apontamentos sobre a ‘Pré-ocupação’ de Inocência in **Boletim informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal**. Ano 02. N. 02. Porto Alegre: IBRASPP, 2012, pp. 3-4

a hipótese defensiva como verdadeira, solidamente (até que a hipótese *excepcional* se imponha subvertendo a normalidade).

É possível, pois, dizer que as questões relativas ao chamado “dever de tratamento” imposto pela palavra constitucional não diz respeito meramente a uma formalidade ou *etiqueta* relativa a considerar não efetivado aquilo que de fato ainda não foi efetivado (o *status* de *culpado*). É, sim, um ditame que preenche a “presunção” com um conteúdo determinado, que mormente diz respeito – de modo mais sensível e incisivo – em relação às *provas* e às hipóteses de consideração, valoração e decisão sobre elas e os demais elementos e argumentos apresentados⁴.

Discutir “presunção de inocência”, pois, passa mais por discutir a *índole* constitucional-democrática que deve imantar o processo penal e, no caso, a avaliação probatória fundamental⁵, do que simplesmente discutir a literalidade de um dispositivo que orienta (em tese) o intérprete a só estabelecer efeitos jurídicos de *culpa* a quem já assim puder ser considerado.

1. Presunção de inocência e ônus da prova no Código de Processo Penal Brasileiro: correlações textuais temerárias

Preconiza o *caput* do Artigo 156 do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro: “*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício (...)*”.

⁴ “*A Constituição dá-lhe (ao Princípio da Presunção de Inocência) assim consagração, não apenas enquanto um modo de tratamento a dispensar ao argüido quando contra si ocorre um processo crime, pretendendo oferecer-lhe o tratamento que se assemelhe o mais possível igual a quem não se encontra acusado pela prática de um crime, mas também enquanto regra probatória aliada ao princípio do in dubio pro reo. Resulta ainda que lhe oferece legitimidade para, ao longo do Código de Processo Penal, disseminar, a marca, de resto indelével, da presunção de inocência*”. VILELA, **Considerações...**, p. 18.

⁵ DIVAN, Gabriel Antinolfi. Poderes instrutórios do julgador criminal do ponto de vista político-processual: índole e instrumentalidade. **Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/25.pdf>

Para além das implicações e rumos que o debate tomaria diante da discussão sobre a parcela de *oficialidade* que o sistema brasileiro permite, legando possibilidade de produção probatória de plano, pelo magistrado e o grau de “inquisitorialidade” – nociva – que isso comportaria (e remetemos o leitor a algumas obras que dão o tom da discussão sobre a temática: Taruffo⁶; Grinover⁷; Coutinho⁸; Lopes Jr.⁹, vamos nos ater especialmente à questão, igualmente importante, da partícula textual imediatamente anterior, que estabelece uma mecânica toda própria à questão do *onus probatório* processual penal brasileiro.

Novamente, uma leitura literal e estanque do *caput* permite apenas uma interpretação igualmente petrificada do instituto, o que remete para uma conclusão problemática: a leitura simplória e sua análise correlata fazem crer que a sistemática relativa ao *onus probandi* em nosso direito processual penal é aquela relativa aos antigos brocados e condizente com sistemas processuais de natureza, por exemplo, *civil*, resumida na premissa de que “*quem alega, prova*”. Ou, ainda: é *obrigação* de quem afirma algo a *prova* correlata.

Uma estipulação que, não se pode negar, parece quase *lógica* diante de termos simples de discussão, no entanto, ignora – ou deliberadamente contrária – a realidade de que o processo penal (mormente o processo

⁶ Cf. TARUFFO, Michele. **La prueba, Artículos y Conferencias**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009.

⁷ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, Número 27, Set./Out. São Paulo: RT, 1999

⁸ Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição. (análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 579-593

penal necessariamente constitucionalizado vigente em nosso ordenamento), é um processo onde algumas arestas axiológicas precisam ser separadas e onde, acima de tudo, o “fiel da balança” é ética, democrática e juridicamente alterado para considerar uma situação preferencial (inicialmente) mais favorável. Predicados como *favor libertatis* e *in dubio pro reo* são corolários da “presunção de inocência” que estipula literalmente isso: em princípio (e apenas em princípio) há uma presunção – sentido amplo – de *veracidade* da hipótese mais benéfica ou condizente com a “liberdade”, ou, melhor dizendo, com a tese mais tendente a manter inalterado o *status* normal do indivíduo no campo político-jurídico que é o de *inocência* ou não-condenação criminal.

Diante disso, uma afirmação como a de que é necessário a quem fizer uma alegação exibir a “prova” correlata só pode ser absurda, uma vez que se estaria, de pronto, equiparando a obrigatoriedade óbvia de uma acusação fazer prova daquilo que alega no intuito de encaminhar uma condenação criminal (alteração no *status quo*) a uma canhestra “obrigação” de a defesa “fazer prova” da inocência ou da hipótese respectiva contrária.

Dois níveis distintos:

É lógico que no caso de alguma das partes processuais fazer uma afirmação sem qualquer esteio probatório haverá uma espécie de “ônus”, mas ele em nada condiz com a forma cogente de uma regra sobre ônus da prova processual. Diz, sim, respeito ao ônus fático que, diante do *jogo* – como para Calamandrei¹⁰ e/ou Morais da Rosa¹¹ - oportunidades de *vantagens* ou *revezes* surgem a todo instante, bem como a necessidade/oportunidade de a parte se livrar de “*cargas*”. Enquanto à parte acusadora se impõe um *dever* de lidar com a *carga* de provar sua

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**. Volume V – Parte I. Padova: Cedam, 1950, p. 5

¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 68-70

assertiva, à defesa se oferta a *possibilidade* de implementar sua vantagem ao usar a *chance* probatória¹². Um necessariamente *precisa* provar o que diz (ônus processual). Outro, pode sair em desvantagem (ônus pragmático) se porventura alegar algo e não provar:

A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, a assunção de um risco a uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito ao silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. É *autorizado* (processualmente) o réu a ficar *silente*, caso prefira. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória, isso é inegável. Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de liberação¹³.

No que diz respeito à *obrigação* (ônus) verdadeiramente processual-penal, a questão probatória pende como imposição somente frente à acusação, uma vez que é importante frisar, inicialmente, que a questão da própria *presunção de inocência* eleva o processo penal e sua análise teórica a outro patamar.

Nada impede que a defesa faça uso de sua prerrogativa (ou melhor: estratégia) de resguardar-se e não lançar mão de expedientes probatórios. Mas a lógica da *prova* em matéria penal é a lógica da disputa por território, por *ocupação* de espaços: quando mais *prova* as partes obtiverem e *produzirem*, maior será o conjunto do *seu* conteúdo (ou do conteúdo a si favorável) disponível para que o juiz construa a versão decisória com base nessa versão. Ou seja: ao *deixar* de produzir prova, o

¹² GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: EJE, 1936, p. 77.

¹³ LOPES JR., **Direito Processual Penal**, p. 563.

efeito sintomático para as partes é distinto:

A *acusação* que não se embase em provas sólidas, fora o próprio tom teratológico do fato, comete em última análise, além de uma “falta grave” no sentido das *cargas* processuais (que faz pender o mérito da causa para o lado oposto), uma *ilegalidade*, decorrente do exercício abusivo da *pretensão acusatória*, que no estado democrático exige mínimo embasamento verossímil e coerente. Tanto Carnelutti, em sua época¹⁴, quanto Ferrajoli (para quem é impensável um pleito acusatório que não possua características intrínsecas relativas à formulação de “*términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia (...)*”, como também o “*apoyo de adecuados indicios de culpabilidad*” e ainda ser “*completa, es decir, integrada por la información de todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos*”¹⁵), além de Tovo e Marques Tovo¹⁶, concordam que a presença de indícios minimamente exigíveis (ou o popularmente conhecido “*escorço probatório mínimo*”) não é item opcional para a consecução probabilística de uma sentença favorável e sim, perante a acusação, uma *obrigação* democrática que conforma o próprio sentido de pleito acusatório válido em democracia.

A *defesa* que não se embase em provas sólidas, por sua vez, não está rompendo – na toada das *chances* e *cargas* à luz de Goldschmidt – com qualquer tipo de *obrigação* ou *ônus*, mas sim com uma estratégia mais

¹⁴ *La primera observación que hay que hacer en orden a su naturaleza, es que también la imputación consiste en un juicio. La materia prima, diríase, es la misma de que está hecha la sentencia de remisión al debate o la sentencia de condena. No se puede abrir el proceso contra alguien sin una cierta dosis de convicción de su culpabilidad*”. CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960, p. 138.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995, pp. 606-607.

¹⁶ TOVO, Paulo Cláudio. MARQUES TOVO, João Batista. **Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 46-50.

segura em relação ao *jogo*: não é *dever* constitucional-democrático dela “provar” a hipótese normal e *presumida*, mas é temerário para ela abrir mão da consciência de que uma alegação sem provas pode (e certamente irá) custar caro.

Ilustrando: em relação a uma (exemplo trivial) acusação de *homicídio* em que o réu pleiteie absolvição e alegue que agiu em *legítima defesa*, o acusador público – membro do *Parquet* (no caso do processo desse crime no direito brasileiro) tem o *dever* (ônus) de elencar provas que sustentem (ainda que em grau de simples verossimilhança) o grave (ainda que abstrato ou em tese) juízo que se propõe contra o cidadão que ocupa o polo passivo da demanda penal. O acusado, por sua vez, poderia, levemente, se limitar a *suscitar* a tese que lhe aproveita e legar todo trabalho de *comprovar* ao acusador. Do ponto de vista das *regras* democráticas do processo penal, os dois ônus são díspares: o “ônus” que aflige à defesa é o descrédito (e possível decisão condenatória) relativo à sua alegação que não apresenta elemento nenhum para combater a argumentação acusatória. O “ônus da prova” está inteiro com a acusação. O que a defesa tem é a) uma *possibilidade* franqueada de também produzir provas em seu *favor* e, b) o *risco* prático de não as produzir – permitindo que o vácuo no “espaço” probatório seja (ou possa em tese ser) preenchido inteiramente pelo acusador.

Poderia inclusive o réu alegar que na ocasião do fato se encontrava em outro país, que não conhecia a vítima e/ou simplesmente promover uma negação genérica de “tudo o que fora contra ele alegado”. *Provar* não é sua tarefa. Enfrentar as consequências decisórias do baixo valor conferido a suas bravatas, no entanto, será o preço a ser pago pelo teor não comprovado de suas justificativas.

Não há nem poderia haver ditame processual que “obrigue” a defesa a produzir provas em seu favor, em que pese há o caráter temerário relativo à probabilidade de uma decisão judicial desagradável em caso de essa *necessidade* (não *obrigatoriedade*) não ser cumprida como medida de

melhor estratégia.

2. “Alegação”, “Defesa” e manifestação adesiva: aplicando a sintaxe constitucional da Presunção de Inocência

Várias decisões das cortes *superiores* pátrias enfrentam o tema dando a ele estipulação – em nosso sentir – equivocada para com a exegese do Art. 156, *caput* do Código Processual. A constatação é a de que vigora um quase irrefletido dogma a respeito do *mantra* privatista do “*quem alega, prova*”¹⁷.

Ao declarar que caberia (como *onus*) à defesa provar as “alegações” que fizer em seu favor, duplo erro: além de confundir estratégia com *onus*, o *decisum*, no caso, estipula uma equalização entre “alegar” e se “defender” que pretendemos, brevemente, desfazer.

Quanto ao primeiro equívoco, as bases de sua refutação já foram lançadas: não há que se confundir a *obrigação* (constitucional/processual/democrática) de que o pleito acusatório se embase de elementos sólidos de comprovação com a necessidade argumentativa de que a defesa apresente elementos comprovadores de sua tese ou de sua justificativa. São dois planos distintos: um precisa transformar o *status* normal e fazer a *exceção* vigorar sobre a *regra* em um caso específico – a ele, pois, é dado o “trabalho” de inverter o quadro normal. Ao outro, não pode ser dada uma “obrigação”, mas isso não anula o fato de que a comprovação é um exercício de prudência que pode custar a inteira vantagem para o outro lado e a virtual “derrota”.

É no que diz respeito ao segundo equívoco ou disparate que vamos nos ater, aqui.

¹⁷ Alguns exemplos – No STF: HC 103910, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 08/11/2011 ; AP 516, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010. No STJ: AgRg no REsp 1321677/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014; AgRg no AREsp 379.593/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2014.

É fato que não existe em termos processuais ou investigativos criminais uma “defesa” enquanto manifestação primeira, *in natura*. A “defesa” ou alegação defensiva é necessariamente, por sua própria condição, *adesiva* ou subsequente a uma *acusação* e só assim pode ser.

Dito isso, é fácil perceber que não existe nem pode existir o mesmo teor de conteúdo ou mesma definição (na esfera do direito criminal e mormente no direito processual) para esses dois tipos *distintos* de manifestação que são a *acusação* e a *defesa*: uma é um *dever oficial* que é incumbido de ônus característico e de regras próprias. A outra, é um tipo de manifestação necessariamente verificada apenas enquanto “resposta” à primeira.

Com Lopes Jr.¹⁸ e Goldschmidt¹⁹ podemos concluir que a natureza da manifestação defensiva é não mais do que uma consequência de uma manifestação acusatória, e justamente por isso ambas não se encontram na mesma categoria, como se pudessem assim o estar pelo antagonismo evidente que - em tese - se verifica entre ambas: se estamos considerando que uma manifestação é uma tentativa oficial de inverter o *status quo* relativo à *presunção* de inocência, podemos chegar à conclusão de que “*alegação*” é algo unicamente coligado ao conceito de acusação, uma vez que a defesa nada mais é do que uma defesa frente a uma alegação. Ou seja: *alegação* e *defesa* são ontologicamente diferenciadas, eis que uma é cercada por regras específicas e unida a uma oficialidade e à uma funcionalidade. Outra é a resposta contraditória exclusivamente existente apenas quando da necessidade de fazer frente contraditória.

Quem *alega* deve *provar*? Pois bem: é possível concordar com isso e não ferir de morte a devida *presunção processual* de *inocência*. Basta que se admita que, nos termos acima colocados, apenas uma das partes no processo penal *alega* algo. A outra *se defende* de uma alegação, o que não é o mesmo.

¹⁸ LOPES JR., **Direito Processual Penal...**, p. 562 e seguintes.

¹⁹ GOLDSCHMIDT, **Princípios Generales del Proceso...**, p. 86

Não há *carga* da qual a *defesa* precise, no plano dos direitos e obrigações, “se livrar”. A *carga*, inteira, deve ser da acusação. Só a *acusação* possui na comprovação de sua *alegação* um dever de prova correlato à funcionalidade de seu pedido e ao exercício processual de seu direito *potestativo*.

A defesa “possui” necessidade de comprovar sua tese, mas em outra esfera que não a da obrigatoriedade, mas sim a da utilidade. Afinal, a defesa não está *alegando* nada em certo sentido: está *rebatendo* uma *alegação*. E se levado em conta o corolário da *dúvida* em prol do estado *normal* das coisas, é evidente que se chega à conclusão de que o réu que *provar* algo em seu favor está operando uma faculdade (positiva) em seu favor, mas que não pode ser confundida com uma função ou cogência.

Hendler²⁰ traz a lição do direito estadunidense quanto a esse fator, quando refere a disciplina das *defenses* ou “exceções” que os acusados podem fazer em seu próprio favor. No caso específico, sobre as “*affirmative defenses*” ou ditames defensivos que pressuporiam “alegações”, o autor comenta:

En su origen el *distingo* corresponde a una regla procesal propia del derecho privado: le incumbe a probar a quien afirma, no a quien niega, de onde se sigue que la invocación de una *affirmative defense*, frente a un *prima facie case*, pone a cargo del acusado la prueba de ella. Es decir, se trata de la máxima *reus in excipiendo fit actoris*. El criterio fue evolucionando y apartándose del derecho privado con la consagración del principio de inocencia ya desde el siglo XIX. De 1895 data un precedente significativo de la Corte Suprema estadounidense que expresamente deploró la aplicación de la regla en causas criminales.

²⁰ HENDLER, Edmundo. **Derecho Penal y Procesal Penal de los E.E.U.U.** Buenos aires: AdHoc, 1996, p. 38.

O doutrinador argentino segue discorrendo²¹ sobre a diferença em questão, deixando claro que, no ensinamento da jurisprudência norte-americana, há a clara diferenciação entre a análise de uma “obrigação” de produzir a prova no *Código Penal Modelo* que serve como base ilustrativa no direito estadunidense: haveria uma excepcionalidade no que diz para a não-obrigatoriedade de a acusação provar a inexistência de uma excludente porventura suscitada, se a defesa se limitou a referir ela.

Poder-se-ia pensar que a disciplina, a partir do exarado, por exemplo, em *Davis vs. United States 160 U.S., 469*, pela Suprema Corte Estadunidense²², vai contra a tese aqui apresentada. É preciso cuidado: é expresso e obrigatório que a acusação faça prova de cada elemento do delito que queira ver decidido em julgamento. A exceção vai para a desnecessidade de persuadir em relação a algo que fora resumido a uma hipótese, simplesmente. Havendo alguma evidência concreta da tese defensiva apresentada pelo acusado como um imperativo de discussão, se exige que a acusação faça prova em relação ao afastamento daquela hipótese, “*beyond reasonable doubt*” (deixando clara a conformação da ideia de que o *in dubio pro reo* é baliza democrática referente à consideração homeostática da situação do processo).

Não se pode, jamais, em qualquer contexto, repartir algum resquício de ônus probatório para a *defesa*. Diante de uma (mera) hipótese suscitada (sem escorço probatório), como elemento contra argumentativo de defesa os níveis das teses permanecem inalterados: a acusação deve seguir com o fardo de fazer prova integral dos elementos que elenca

²¹ Id., p. 39

²² Um sumário da discussão a respeito da acusação de homicídio e da tese defensiva de *insanidade mental do acusado*, em relação ao ônus probatório quanto a esse fator excludente em *Davis versus Estados Unidos (1895)* pode ser encontrado no repositório *FindLaw*, banco de dados indicado para a pesquisa jurisprudencial pelo próprio site oficial da *Supreme Court* daquele país: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=160&invol=469>

para a alteração do *status* do acusado. Não se trata de uma mudança de panorama, uma vez que esse ônus (*burden*) já era igualmente da acusação em qualquer circunstância. O que muda é uma elevação da *carga* de acusação se por um acaso a defesa impor tese que venha trazendo elemento probatório: o dever da acusação passa a ser o de comprovar seus elementos e – como tarefa para limar a *dúvida* (que milita em prol do réu) – destrinchar a hipótese e os elementos probatórios por ele trazidos.

No caso do acusado, frisa-se, a suposta “necessidade” de ele comprovar embasada e instrumentalmente sua hipótese tem muito mais relação com o nível da estratégia e do aproveitamento de *chances* do que com uma confusa mescla de padrões que termina por, não raro, tentar alterar o padrão democrático sobre como a questão do *onus probandi* deve ser encarada.

Se a defesa elencar alguma hipótese excludente (ex: homicídio praticado em situação de *legítima defesa* ou, como no caso *Davis*, em relação a uma suscitada insanidade mental do acusado) e simplesmente se limitar a isso, a responsabilidade segue com o acusador em *provar* todos os elementos do crime (e isso já seria suficiente para argumentar que o ônus da prova é, sim, acusatório), muito embora seja desincumbido o acusador de “provar” a não-ocorrência da excludente (se já fez prova da ocorrência do crime). Situação diferente, explica o autor, se dá com a eclosão de uma *affirmative defense* onde haja alguma comprovação (pelo acusado) de sua hipótese excludente: como o ônus (*burden of proof*) é da acusação, confrontada com uma prova defensiva, cabe a ele “provar” sua invalidade (e a inexistência da causa de justificação).

De qualquer modo, o que parece claro é que mesmo no direito estadunidense onde existem excepcionalidades, não se coloca como situação normal a disciplina de parte considerável de nossa doutrina e dos julgados de nossas Cortes onde há uma inadmissível divisão privatista do ônus probatório.

Avançar para uma regra de ônus que visualize uma sistematicidade que respeite as características próprias do processo penal é tarefa que urge.

3. Algumas reflexões finais

É necessário que os tribunais pátrios bem como a literatura acadêmica passem a voltar os olhos para essa questão nuclear que é fundamental para uma efetiva democratização e constitucionalização do direito processual brasileiro e sua prática forense correlata. E suas bases estão assim sintetizadas:

a) A estrutura da *presunção de inocência* enquanto princípio fundamental do processo penal não comporta uma mera análise literal de mudança de *status* do acusado (de “inocente” para “culpado”) no tempo assim previsto (trânsito em julgado da decisão condenatória);

b) *Presumir* alguém inocente tem a ver não apenas com um dever de *tratamento* relativo à condição do acusado, mas com a literal *presunção* de que a hipótese que menos aflige o *status quo* de inocência (regra) deve ser tida enquanto “verdade” processual inicial a ser definitivamente quebrada para que se efetive a (exceção) culpa estabelecida;

c) A *presunção* de inocência implica necessariamente na questão do *ônus da prova* e das diferenciadas *funções* e *possibilidades* de ambas partes (acusação e defesa) no processo penal: enquanto a comprovação das alegações feitas é parte integrante do conjunto de *obrigações* legais e constitucionais da acusação, a comprovação de suas alegações é parte do conjunto de *estratégias* da defesa;

d) Estabelecer a necessidade de configurar nesse estilo o *onus probandi* no processo penal é uma consequência óbvia da disparidade que há inicialmente consagrada na ideia de um processo imantado por corolários como *favor rei* e pela cláusula do *in dubio* que favorece (inicialmente) um dos lados, apenas;

e) *Alegar* e exercer *defesa* são manifestações jurídicas de cunho distinto e que por isso não podem ser avaliadas com paridade integral nem como se estivessem frente a frente no quesito de características intrínsecas. É natural que as obrigações decorrentes de uma e outra posição estejam evidentemente *desequilibradas* (em um primeiro momento), como está a *presunção* inicial processual-penal;

f) Obter êxito em fortalecer sua hipótese, dentro do processo, para a parte, não tem necessariamente correlação com o direito/ obrigação probatória: a acusação tem *ônus* do qual precisa se descarregar. A defesa tem *necessidade*: se defender sem embasamento não viola uma “obrigação”, mas conduz a um vazio argumentativo que pode ser explorado pela outra parte. Níveis das *regras* e da *estratégia* são distintos.

4. Referências Consultadas

AMARAL, Augusto Jobim do. Apontamentos sobre a ‘Pré-ocupação’ de Inocência. **Boletim informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal**. Ano 02. N. 02. Porto Alegre: IBRASPP, 2012.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**. Volume V – Parte I. Padova: Cedam, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Trad. Santiágo Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição. (análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Poderes instrutórios do julgador criminal do ponto de vista político-processual: índole e instrumentalidade. **Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012 - <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/25.pdf>

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: EJEJA, 1936.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, Número 27, Set./Out. São Paulo: RT, 1999.

HENDLER, Edmundo. **Derecho Penal y Procesal Penal de los E.E.U.U.** Buenos aires: AdHoc, 1996.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

TARUFFO, Michele. **La prueba, Artículos y Conferencias**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009.

TOVO, Paulo Cláudio. MARQUES TOVO, João Batista. **Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

A personalidade do agente e o dever de motivação das decisões: manifestação do direito penal do inimigo

**The agent's personality and the duty of reasons for decisions:
manifestation of feindstrafrecht**

Fábio Agne Fayet¹

Ingrid Bays²

Isadora Bays³

Resumo: A presente pesquisa versa sobre uma das circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro para a aplicação da pena-base, qual seja, a personalidade do agente. O estudo destina-se a demonstrar a importância da vetorial da personalidade na hora da aplicação da pena, se é possível considerá-la desfavorável ao agente, bem como se o magistrado é suficientemente capaz de atestá-la. Não obstante, será aqui apresentada a relevância desta circunstância judicial na motivação da condenação e qual a sua relação com grandes linhas de pensamento do Direito Penal, tais como o Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo. Assim, verificar-se-á se pode haver a valoração negativa da vetorial da personalidade, bem como quais são

¹ Mestre e doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS; Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal; Professor de Direito Penal; Advogado criminalista com endereço profissional à Rua Múcio Teixeira, nº 660, Bairro Menino Deus, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, CEP: 90.150-090; e-mail: prof.fabio@fayet.adv.br; Professor de Direito Penal da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG;

² Pós-graduanda em Direito Processual Penal pela Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha (2014). Advogada Criminalista (OAB/RS nº 96.662).

³ Graduanda do 5º semestre em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha - FSG; Monitora do professor Fábio Agne Fayet na disciplina de Direito Penal I da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG; Estagiária na Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Núcleo de Caxias do Sul, com a Defensora Pública responsável Alice Backes de Leon;

as consequências que resultarão de tal feito.

Palavras-chave: Aplicação da pena. Circunstâncias judiciais. Direito penal do inimigo. Personalidade do agente.

Abstract: This research is about one of the legal conditions set out in Article 59 of the Brazilian Penal Code for the implementation of the sentence-based, that is, the agent's personality. The study is intended to demonstrate the importance of the personality vector at the time of application of the penalty, if you can consider it unfavorable to the agent, and if the magistrate is sufficiently able to attest it. Nevertheless, it will be presented here the relevance of this legal circumstances motivating the conviction and what is its relationship with major lines of thought of the Criminal Law, such as the Criminal Law of the Author and the Criminal Law of the Enemy (*Feindstrafrecht*). So it will be seen if there may be a negative evaluation of the vector of personality and what are the consequences that will result from such a deed.

Keywords: imposition of sentences; legal circumstances; feindstrafrecht; agent's personality.

INTRODUÇÃO

Dentre as muitas circunstâncias eleitas pelo legislador penal brasileiro como critérios para a fixação da pena-base pelo magistrado, uma delas é de grande destaque no artigo 59 do Código Penal Brasileiro por conter um nítido resquício do Direito Penal do Autor e, em seguimento a este, do Direito Penal do Inimigo. Tal circunstância judicial é a personalidade do agente, que aqui será estudada minuciosamente. Ainda, o presente estudo tem como objetivo refletir sobre os limites da vetorial da personalidade nas motivações das decisões, analisando o que é a personalidade e quem poderá atestá-la, qual é a sua importância para a motivação da condenação e qual é a sua relação entre o Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo, com o que se pretende atingir o desígnio deste trabalho e concluir as questões que aqui serão

formuladas.

É indispensável compreender que a personalidade do agente poderá ser definida de diferentes formas, dependendo principalmente das preferências teóricas do doutrinador que dissertar sobre o tema, bem como que tal circunstância judicial não apresenta possibilidades de ser verificada processualmente pelo magistrado, sendo necessário o auxílio de ciências correlatas ao direito para realizar tal definição. A partir desta afirmação surgem algumas indagações, como se quando existe uma limitação para o juiz utilizar a vetorial da personalidade estará se aumentando a padronização da pena e, conseqüentemente, estará se ferindo o princípio constitucional de direito da individualização da pena. Para responder a tais questões, será verificado, por meio da utilização de doutrinas pátrias e estrangeiras, cada subdivisão essencial sobre o referido tema, valendo-se de tantos exemplos e explicações quanto necessários para sanar as dúvidas do leitor.

1 LIMITES DA VETORIAL DA PERSONALIDADE NAS MOTIVAÇÕES DAS DECISÕES CRIMINAIS CONDENATÓRIAS

O legislador estabeleceu no Código Penal limites para a pena, possibilitando que o juiz, na hora de sua aplicação, eleja o *quantum* ideal entre o mínimo e o máximo, valendo-se da sua discricionariedade e da fundamentada exposição do seu raciocínio. Ou seja, o magistrado está sujeito aos critérios que a lei estabelece, mas tem a possibilidade de fazer as suas opções até chegar a uma aplicação justa da lei.⁴ Deste modo, ao pré-determinar parâmetros para a aplicação da pena, o Código Penal intenta reduzir ao máximo o arbítrio do juiz, muito embora seja ainda elevada a discricionariedade na fixação da sanção penal em decorrência dos elementos abertos previstos no artigo 59 do Código Penal.⁵

⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 146/147.

⁵CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Ga-**

A partir desta afirmativa, analisar-se-á, neste ponto, uma das vetoriais impostas para o estabelecimento da pena-base, qual seja, a personalidade do agente. A pena-base é aquela que atua como ponto de partida, como parâmetro para as operações que virão adiante, correspondendo “a pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos *a priori* na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e aumentos necessários”.⁶ Ressalta-se, também, que a determinação da pena é uma das fases mais importantes do processo penal, visto que é neste momento que se perdem ou se restringem direitos fundamentais da pessoa humana. A sanção imposta pelo Estado, além de necessária, deve ser aplicada de forma justa. Bem por isto, é preciso o que o processo penal se valha de recursos técnico-científicos para conhecer a personalidade do delinquente, circunstância judicial prevista no artigo 59, *caput*, do Código Penal que ora passa a ser analisada.⁷

2.1 O QUE É E PARA QUE SERVE A VETORIAL DA PERSONALIDADE: QUEM DEVE ATESTÁ-LA?

A conduta do indivíduo é seguramente influenciada por seu patrimônio genético, mas não é absolutamente determinada por ele, visto que é, igualmente, consequência do seu processo de vida, configurando a consistência de seu comportamento.⁸ Podem ser considerados como elementos característicos e formadores da personalidade a idade do réu, o seu desenvolvimento físico e mental, a educação que recebeu, o meio em que foi criado e em que tem vivido, seu grau de instrução ou de

antismo. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 36.

⁶BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 187.

⁷ABREU, Ricardo Luiz de. **A personalidade do agente como circunstância judicial da aplicação da pena.** *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n° 104, v. 9, p. 14, 2001.

⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 186. Também neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 517.

cultura, o fato de sentir ou não remorso, dentre outros.⁹ Porém, para Boschi, a personalidade é mais complexa do que simples demonstrações de caráter ou de temperamento, não sendo tarefa fácil determinar-lhe o conteúdo, também porque aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas. A personalidade é, então, muito mais do que a singela avaliação que as pessoas fazem uma das outras, sendo indiscutível que ela não se sintetiza “naquele conjunto estático, permanente, de elementos hereditários ou atávicos de identificação humana”.¹⁰

Conforme expõe Toledo, poucos termos são propósitos de definições tão distintas como o da personalidade. Praticamente todos os autores que dissertam a respeito do tema transmitem seu próprio ponto de vista, sua própria descrição, seu próprio método e sua concepção pessoal do que deveria ser o objeto da pesquisa sobre personalidade.¹¹ Deste modo, quando se observa a vetorial da personalidade estabelecida no artigo 59 do Código Penal e as afirmações acima expostas, imediatamente percebe-se que não há viabilidade de uma verificação processual da personalidade do agente pelo magistrado na hora da aplicação da pena.¹²

A personalidade não é algo que se origina com o indivíduo e que nele se consolida. Na verdade, ela se remodela, continuamente, com oscilações na intensidade, abarcando, além das manifestações genéticas, os traços comportamentais e emocionais que são herdados ou que

⁹ ABREU, Ricardo Luiz de. **A personalidade do agente como circunstância judicial da aplicação da pena.** *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 104, v. 9, p. 14, 2001.

¹⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 171.

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 253.

¹² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 54.

foram adquiridos, sendo que são eles que permitem a distinção de um indivíduo a todas as outras pessoas.¹³ Ainda, contesta-se a própria probabilidade de conhecimento da personalidade, pois se reconhece que ela é dinâmica, visto que por estar à mercê de estímulos e traumas ela se modifica, sendo construída permanentemente, de modo que o juiz não poderia indicar a personalidade do acusado com base nos limitados elementos informativos que os autos de um processo lhe fornecem.¹⁴ Tal entendimento é reforçado por Carvalho e Carvalho, quando estes declaram que “para poder fundamentar o juízo sobre a personalidade do réu, deveria o juiz indicar qual o conceito de personalidade em que se baseou para a tarefa, qual a metodologia utilizada, quais foram os critérios e os passos seguidos e, em consequência, em qual momento processual foi-lhe possibilitada a averiguação” cujo campo não se delimita ao meio jurídico, mas sim à psicologia, à psiquiatria e à psicanálise, sendo, portanto, completamente transdisciplinar.¹⁵ Por conta destas limitações,

¹³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172.

¹⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 173.

¹⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 54. Os referidos autores prosseguem no entendimento do tema, mostrando que para haver um parecer técnico sobre a personalidade do autor é necessário, no mínimo, que sejam realizadas algumas etapas: “a primeira, referente à fase da Testagem Psicológica de Inteligência e Personalidade, compreende dois testes: (1º) teste objetivo, baseando em itens e questões específicas para fornecimento de escores e perfis sujeitos à análise (p. ex., Inventário Multifásico da Personalidade Minnesota, MMPI, Inventário Multifásico de Milton MCMI, Inventário de Estado-Traço de Ansiedade STAI, Inventário ou Questionário de Personalidade Eysenck EPQ etc.); (2º) teste projetivo, que apresenta estímulo cujo significado não é imediatamente óbvio, pois o grau de ambiguidade força o sujeito a projetar suas próprias necessidades na situação de testagem (p. ex., Teste de Apercepção Temática TAT, Teste de Rorschach, Teste de Associação de Palavras etc.) Contudo, o psiquiatra ainda não está habilitado a produzir diagnóstico acerca da personalidade do indivíduo, requerendo, ainda, realizar a Entrevista Psiquiátrica, onde, entre outros dados, será colhida a História Psiquiátrica do paciente e será feito o Exame do Estado Mental (EEM). Não obstante o percurso já traçado, outros testes ainda podem ser necessários para definir os traços da personalidade do agente, que são os Estudos Diagnósticos. Tais testes compreendem exame neurológico, tomografia computadorizada, entrevistas diagnósticas, psiquiátricas adicionais, entrevistas com familiares etc. Apenas neste momento o profissional (psi-

nota-se que hoje, conforme nos traz Boschi, é perceptível a falta de conhecimento técnico do magistrado para julgar a personalidade do réu, quando este, em suposto cumprimento do artigo 59 do Código Penal, restringe-se apenas a fazer declarações genéricas como “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, ou seja, declarações que nada dizem tecnicamente, exceto em nível de caráter ou temperamento.¹⁶

quiatra) poderá estar capacitado a fornecer um diagnóstico sobre a personalidade do paciente. Lembre-se, ainda, que o método estabelecido é fruto da eleição de um determinado conceito. Em havendo opção diversa, nova metodologia seria empregue” (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 57). Ainda, ao deslizar pelos entendimentos da psicologia, encontram-se importantes informações sobre a personalidade, como: “(...) são diversas as definições de personalidade, as quais podem tender para diferentes perspectivas. Apesar disso, esses autores alertam que nenhuma definição isolada da personalidade é completa, portanto, não deve ser generalizada. A despeito da divergência sobre como o tema pode ser mais bem definido, há um consenso geral de que a personalidade é uma inferência abstrata, um conceito ou um construto, mais do que um fenômeno tangível com existência material” (COUTO, Gleiber; PIRES, Drummond Pires; NUNES, Carlos Henrique Sancineto da Silva. **Os contornos da psicologia contemporânea: temas em avaliação psicológica**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012, p. 128).

¹⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172. A afirmação do autor é corroborada por jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tais como: “*Ementa: APELAÇÃO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS. PENA. 1. A reprovabilidade da conduta é informada pelas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Ou seja, quando da fixação da pena-base, são observadas as circunstâncias em seu conteúdo material, desvinculadas de um valor ideal, atribuído a cada uma delas. A circunstância é analisada de forma casuística, inexistindo um quantum pré-definido e fixo. Diante disso, a pena-base é fixada em parâmetros suficientes e necessários à reprovação e prevenção. A partir da pena cominada são identificadas uma série de critérios e orientações doutrinárias orientadores da censurabilidade. A pena-base parte, necessariamente, do mínimo cominado afastando-se desse patamar mínimo, na medida da incidência de circunstâncias desabonatórias, aptas a ensejar o deslocamento penológico, até atingir o termo médio, situação essa restrita aos casos extremos, onde as circunstâncias apresentem-se deveras negativas e dignas de uma maior reprovabilidade. 2. No caso em apreço, mesmo levando-se em conta os vetores judiciais considerados negativos, tais como a culpabilidade (exacerbada por cumprir o réu pena no regime semiaberto), os antecedentes (por registrar, inclusive, sentença penal condenatória transitada em julgado), a personalidade (por ser agressiva) (...)*” (Apelação Crime Nº 70054722046, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013).

Não obstante, observa-se que a verificação da personalidade do réu no decorrer do processo não poderá ser feita mediante um exame de personalidade ou um exame criminológico no decurso da instrução criminal, pois isto seria uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Ainda, a referida análise vem sendo cada vez mais limitada após a criação da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que surgiu, dentre outros motivos, para impedir que os inquéritos e processos inconclusos sejam usados para fins de aferição da personalidade na primeira etapa do sistema trifásico de dosimetria penal.¹⁷ Para Zaffaroni e Pierangelli, tais dificuldades poderiam ser sanadas mediante a utilização de um sistema processual bifásico, ainda não adotado no Brasil.¹⁸

O entendimento de que é necessária uma verificação mais técnica para a valoração negativa da circunstância da personalidade do agente na hora de aplicação da pena, que, inclusive, exigiria o auxílio das ciências correlatas, é colocado a parte por uma cota da doutrina. Neste sentido, Nucci acredita que quando o agente comete um crime, particularmente nas situações em que a característica negativa de sua personalidade for o que o impulsionou, como uma inveja incontrollável, esta deverá ser levada em conta para o estabelecimento da pena, sendo necessário, ainda, que haja um nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente.¹⁹ Para o referido autor, em casos

¹⁷ SÚMULA 444/STJ que dispõe: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 833. Prossegue o referido autor: “Cremos que, se efetivamente se quisesse implantar esse informe, se faria mister dividir o processo, ou juízo, em duas partes – como sucede, algumas vezes, nos Estados Unidos –; na primeira se estabelecendo a autoria e a classificação legal do fato, e, numa segunda etapa, procede-se a individualização da pena. De outra maneira, pretender realizar um informe criminológico de um processado é penetrar no âmbito de privacidade e intimidade de uma pessoa, que a lei presume inocente, e que de modo algum autorizam os mais elementares princípios do Estado de Direito”.

¹⁹ Para explicar a relação de nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do acusado, o autor traz o seguinte exemplo: “(...) não é porque alguém

de uma postura de agressividade específica, o magistrado deverá levar isto em conta para a elevação da pena, visto que não foi mera liberdade de expressão a cultivação de inveja que atingiu uma potência suficiente para o agente matar seu semelhante, sendo, portanto, outro elemento da personalidade a ser detectado pelo julgador ao aplicar a pena. Ele também afirma que em casos como o mencionado “não é preciso ser psicólogo para encontrar o tipo invejoso ou maldoso, pois a prova testemunhal é plenamente capaz de ofertar dados para essa busca”.²⁰ Por fim, Nucci menciona que o juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso que é, inclusive, utilizado para descobrir a própria culpa do réu.²¹

2.2 IMPORTÂNCIA DA VETORIAL DA PERSONALIDADE NA MOTIVAÇÃO DA CONDENAÇÃO: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO OU DO DIREITO PENAL DO AUTOR?

Ao estudar a personalidade do agente, verifica-se, logo de início, que a mesma foi mantida como uma vetorial a ser analisada para aplicação da pena-base mesmo após a reforma do Código Penal Brasileiro em 1984. Diante de tal constatação, nota-se que ela é “um dos principais legados da tradição autoritária dos modelos de Direito Penal do Autor”.²² Sabe-se que para a criação de um sistema punitivo, tem-se por base o

é egoísta ou exageradamente individualista que merecerá pena exacerbada ao cometer um homicídio, por razões outras que não se ligam a tais fatores. Mas, se porventura alguém mata outra pessoa, com quem divide uma habitação, somente para preservar seu ‘espaço’, cultivando e enaltecendo sua porção egoística, tal elemento deve ser levado em consideração para a fixação da pena” (NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 153 p. 02, 2005).

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 189/190.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 153, p. 02, 2005.

²² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 60.

fato ou o autor. Quando tratamos de um sistema que leva em conta exclusivamente o fato, destacado do agente, tem-se um legítimo “Direito Penal do fato” (Tatstrafrecht). Ao oposto deste, quando se considera unicamente o autor, destacado do fato, há um puro “Direito Penal de autor” (Täterstrafrecht).²³ Encontra-se um exemplo do Direito Penal do Autor nas ideias propostas por alguns positivistas quando estes trazem que é possível identificar no homem as causas mecânicas do crime, abstendo-se do fato em si, e substituindo a imputabilidade pela periculosidade.²⁴ Os doutrinadores Zaffaroni, Batista, Alagia e Skolar, por sua vez, classificam o Direito Penal do Autor como a situação em que o criminalizado se vê apenado por ser inferior, sendo que “o discurso do Direito Penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoas”.²⁵ Deste modo, cabe aqui analisar se o indivíduo deverá ser punido pelo que ele fez ou pelo que ele é.²⁶

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 250/251.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 251. Sabe-se ainda que no Direito Penal brasileiro a periculosidade é verificada nos casos de inimputáveis sujeitos à aplicação de medida de segurança, visto que não sofrem juízo de culpabilidade. Nucci explica os casos de periculosidade real e presumida: “*é real quando há de ser reconhecida pelo juiz, como acontece nos casos de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP). Para aplica uma medida de segurança ao semi-imputável, o magistrado precisa verificar, no caso concreto, a existência de periculosidade. É presumida quando a própria lei a afirma, como ocorre nos casos de inimputabilidade (art. 26, caput, CP). Nesse caso, o juiz não necessita demonstrá-la, bastando concluir que o inimputável praticou um injusto (fato típico e antijurídico) para aplicar-lhe a medida de segurança*” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 597/598). Ainda neste aspecto, extraem-se explicações em: LOPEZ-REY, Manuel. **Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad**. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 19, p. 19-25, 1983 e RUIZ-FUNES, Mariano. **Algunos conceptos sobre la peligrosidad**. *Revista La Ley*, Argentina, v.3, p. 943-950, 2011.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio Janeiro: Revan, 2003, p. 132/133.

²⁶ Tal indagação já foi análise da biologia criminal, sendo que Cesare Lombroso destacou-se como referência deste movimento ao escrever seu livro, *L'uomo delinquente*. O referido autor acreditava que a delinquência no homem derivava de um retardamento

Em uma linha próxima de pensamento, identifica-se que derivado do Direito Penal do Autor tem-se o Direito Penal do Inimigo, ideia desenvolvida por Jakobs. Este, por sua vez, criou essa teoria funcionalista radical que foi muito criticada por retomar elementos positivistas de um Direito Penal do Autor.²⁷ Jakobs acredita que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”, ou seja, para ele é possível dividir o Direito Penal em dois polos: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.²⁸ O Direito Penal do Cidadão é feito para as pessoas, e só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento social, baseando-se na ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.²⁹ Já por inimigo, compreende-se aquele que, em virtude de seu trabalho, comportamento ou ligação com específica organização, assumiu postura de abandono ao direito. Deste modo, visto que o inimigo se recusou a ingressar no estado de cidadania, ele não poderá usufruir dos benefícios daqueles que têm o conceito de pessoa (cidadão), e por ser negado como um sujeito processual, acaba se tornando uma

do desenvolvimento embrionário, fazendo com que o indivíduo portasse caracteres próprios de uma condição sub-humana. Ainda, Lombroso desenvolveu um complexo e disseminado movimento teratofóbico fundamentado em teorias da degeneração, ou seja, a criminalidade do homem é hereditária e contagiosa, tanto no plano vertical (da descendência), como no plano horizontal (a comunicação social). Sendo assim, ao analisar a personalidade do agente como circunstancia fixadora da pena-base, nota-se que Lombroso ainda se faz sentir (FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 233/237). Ver também, na esteira desse entendimento: ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 297/316.

²⁷ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 386.

²⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

²⁹ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo**. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 23, n. 566, p. 14-18, 2011.

não-pessoa.³⁰

³⁰ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 388. A análise do Direito Penal do Inimigo não se dá tão somente pela diferenciação entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo. Além, é relevante que se traga a discussão que esta proposta de Jakobs possui fundamentos filosóficos no contrato social de Kant, Fichte, Hobbes e Rousseau. Para Kant aquele que ameaça frequentemente ao Estado e a sociedade e que não aceita o chamado “estado comunitário-legal” deverá ser tratado como inimigo. Hobbes por sua vez acredita que o criminoso não pode ser castigado como súdito, mas somente como um inimigo nos casos que se de alta traição do Estado. Já Fichte diz que aquele que abandona o contrato de cidadão perde todos os seus direitos. E, por fim, Rousseau afirma que o inimigo, ao infringir o contrato social, está em guerra com o Estado, logo, deixa de ser membro deste. Quanto a isto, Jakobs dissertou que “não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata”. Deste modo, Jakobs prefere as ideias mais moderadas de Hobbes e Kant que classificam os criminosos em autores de fatos normais, cidadãos, e os autores de alta traição, inimigos. Não obstante, ressalta-se que o inimigo não é qualquer indivíduo infrator, visto que possui características próprias bem definidas e é possível classificá-lo diante dos delitos que comete. Ainda, ressalta-se que Jakobs rotula como inimigos aqueles que atuam no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada dentre outras. Aqui se observa o autoritarismo do autor ao etiquetar quem seriam os inimigos, considerando que acata “meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades econômicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político” (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007). Ver mais sobre o mesmo tema em: DIETER, Maurício Stegemann. **“O Direito Penal do Inimigo” e a “controvérsia”**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiás*, v. 33, n. 1, p. 26-36, jan.-jun. 2009; MUÑOZ CONDE, Francisco. **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “Direito Penal do Inimigo”**. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, Sevilha*, v. 3, n. 4, p. 53-82, 2006; ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Direito Penal do Inimigo: alternativa de eficácia do sistema repressivo compatível com o Estado Democrático de Direito?** *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais*, v. 10, n. 16, p. 66-98, 2011; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013; NEUMANN, Ulfrid. **Direito penal do inimigo**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo*, n. 69, p. 156-177, nov.-dez. 2007; CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”**: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, Vitória*, v. 5, n. 5, p. 209-258, 2006 e ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o**

Bem pelo fato de ser considerado uma não-pessoa, o inimigo tem um tratamento diferenciado, ou seja, ele será interceptado no estado prévio ao cometimento do delito, uma vez que se combate a sua periculosidade (eliminação de um perigo).³¹ Nessa seara, o controle repressivo do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo se pauta na razão direta da temibilidade do delinquente e não na gravidade de sua ação. Assim, pune-se o ato criminoso quando ele existe, mas o ato ilícito tem valor de sintoma de personalidade, portanto, “o proibido e o reproável ou perigoso seria a personalidade e não, o ato”.³²

2 A VALORAÇÃO DA VETORIAL DA PERSONALIDADE COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Está bem delineado na doutrina que a punição não será efetivada em consideração do modo de ser de uma pessoa, pois para decidir se houve ou não o crime, o magistrado não levará em conta a personalidade do agente. Sendo assim, “inexiste punição somente porque alguém é diferente da maioria, retirando-se a sua liberdade de agir ou pensar”.³³ De outro modo, acredita-se que, para evitar a padronização da pena, deverá ser levado em consideração o modo de ser do acusado, analisando a circunstância da personalidade do mesmo.³⁴ Nesta linha de pensamento,

Direito Penal do Inimigo. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 23, n. 566, p. 14-18, 2011.

³¹ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 389. Bem como no Direito Penal do Autor, aqui, a análise diz respeito puramente a periculosidade do agente.

³² FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 390.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena.** *Boletim IBCCRIM*, v. 13, n. 153, p. 02, 2005.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena.** *Boletim IBCCRIM*, v. 13, n. 153, p. 02, 2005. Sobre o tema, exemplifica o referido autor: “(...) a premeditação do delito, por exemplo, cultivada de forma lena e gradual, calculada, estudada e maquiavelicamente executada, é demonstrativa de uma personalidade maldosa e desleal, merecedora de maior censura, sem dívida”.

pois, o crime previsto no artigo 217-A, § 4º do Código Penal,³⁵ se tivesse como vetorial desfavorável apenas a personalidade do agente, poderia passar de uma pena de 12 anos para uma pena-base de no mínimo 13 anos e 06 meses de reclusão. Neste caso fático, nenhuma explicação seria melhor do que a de Messuti, a qual acredita que, assim como se tem uma ruptura no espaço marcada pelos muros da prisão, existe também uma ruptura no tempo, “porque o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significado da pena e existe uma enorme diferença entre passar três dias na prisão e passar toda a vida: há toda uma vida de diferença”.³⁶ Mesmo em um espaço de tempo mais curto do que o definido pela autora, são perceptíveis as consequências que poderão recair sobre a vida do indivíduo, que estará sendo tanto mais tempo punido somente pelo que é, e não pela conduta que realizou.³⁷

A alegação anterior não é suficiente para comprovar a impossibilidade da análise da vetorial da personalidade do agente para a aplicação da pena, mas, em reforço dela, é possível expor que, mesmo se todas as dificuldades levantadas anteriormente pudessem ser sanadas, e os peritos da psiquiatria, da psicologia ou até mesmo o juiz sem o concurso destas pudessem conhecer a personalidade do acusado para apontar, com um mínimo de certeza, a existência de determinado

³⁵ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: §4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

³⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Traduzido por Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33/34.

³⁷ Na hipótese fática supracitada, o acréscimo a pena-base foi feito da maneira lecionada por Boschi, que se utiliza do princípio da proporcionalidade. Ou seja, pega-se a pena mínima e divide-a pelo valor de vetoriais dispostas no art. 59 do CP. O resultado é somado a pena mínima tantas vezes quanto há de vetoriais consideradas negativamente. Em relação a isto, disserta o referido autor: “(...) no curso do procedimento quantificador da pena também o juiz não exerce poder arbitrário, pois deve guiar-se fundamentalmente por critérios legais e jurisprudenciais e proclamar a pena em espécie e quantidade que reflita o ideal da proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal. É nesse espaço que se deve estudar o conhecido princípio da proporcionalidade” (BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 150).

transtorno, ainda assim seria necessário superar outra dificuldade, qual seja, a de definir uma justificativa filosófica pela punição ao indivíduo pelo seu modo de ser, pelo que é, e não somente pelo que ele possa ter feito. Então pela amplitude destas dificuldades, nota-se que a questão pouco tem a ver com o bom senso ou conhecimentos técnicos do juiz, dos psiquiatras, ou dos psicólogos, mas sim com a legitimidade do juízo de desvalor sobre a personalidade sob o prisma de um Direito Penal de garantias balizado pelo princípio da secularização.³⁸

De outro modo, a doutrina alerta que não se trata de um juízo moral, visto que a personalidade que se deve levar em conta para a fixação da pena é aquela manifestada no fato cometido, só devendo ser apreciada sob o ponto de vista do direito, sendo possível, inclusive, levar em conta condenações anteriores, visto que o agente demonstra uma personalidade em desconformidade com o direito.³⁹ Porém, tal afirmação não se funda em um Direito Penal decorrente da secularização moderna que tem sua separação com a moral, pois aqui todas as pessoas são penalmente iguais, enquanto apenas aquilo que fazem e não aquilo que são deve ser pela lei previsto e pelo juiz valorado e punido, afinal, a análise da personalidade torna-se ilegítima, visto que está assentada em uma valoração estritamente moral sobre o ser do acusado.⁴⁰

Sabe-se, portanto, que as limitações aqui demonstradas para a análise da personalidade do agente podem criar um cerceamento à atividade do juiz no momento que este aplica a sanção, fazendo com que cresça a padronização da pena e, conseqüentemente, seja ferido o princípio constitucional da individualização da pena.⁴¹ Também resta

³⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 174.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 195.

⁴⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 60.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista

absolutamente claro na Constituição da República Federativa do Brasil que ninguém poderá ser discriminado, privado de direito e muito menos apenado em virtude de seus valores morais ou religiosos, sendo assim, todas questões exclusivamente da esfera moral do réu jamais poderão ser usadas para aumentar a pena, e sequer deveriam ser indagadas no interrogatório de um processo judicial em um país totalmente laico e amoral.⁴² Considerando que todos estes princípios tem o mesmo valor perante a Constituição Federal e que esta visa a valoração das normas quando há um conflito de hierarquia entre elas, a forma de solucionar tal discussão é definir qual deles é mais importante.⁴³ Ora, é fácil tomar tal decisão, principalmente quando se verifica o que é sustentado por Boschi: “os indivíduos devem ser punidos pelos atos ilegais que praticarem, e não pelo que ele são ou pensam que são, para não termos que renegar a evolução do Direito Penal e retornarmos ao medievo, cujos tribunais os executavam porque pensavam, e não porque haviam feito algo”.⁴⁴

dos Tribunais, 2009, p. 194.

⁴² VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana. **A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena.** *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, p. 307, 2008.

⁴³ A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 adotou o neoconstitucionalismo, que tem por criador Konrad Hesse. Isto significa que atualmente o constitucionalismo não se preocupa apenas em dizer o direito, mas sim em efetivá-lo. No neoconstitucionalismo a hierarquia entre as normas acontece por ser necessária, porém, ela não vem apenas de uma formalidade da norma, ela vem do seu valor. Sendo assim, a interpretação axiológica (valoração) é o que compõe o neoconstitucionalismo. Sobre isso: HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁴⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 175. Neste sentido, a primordial lição de Luigi Ferrajoli: “(...) o princípio normativo da separação (entre direito e moral) impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas por aquilo que fez, e não pelo que é” (FERRA-

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se no decorrer da pesquisa que a circunstância judicial da personalidade do agente, prevista no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, não é passível de ser analisada pelo magistrado, devendo receber o auxílio de ciências correlatas ao direito para que seja verificada. Não obstante, percebeu-se que a personalidade do agente também não pode receber tal verificação durante o processo pelo fato do Brasil adotar um sistema trifásico, e, ainda, ter sua análise limitada pela Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Restou evidente a diferenciação entre o Direito Penal do Fato e o Direito Penal do Autor, sendo que o primeiro é aquele que leva em conta apenas a conduta reprovável realizada pelo agente e o segundo é o qual considera tão somente o próprio agente. Também se observou claramente a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida em uma linha próxima a do Direito Penal do Autor, que consagra, tanto quanto esta segunda, os elementos pessoais do indivíduo para nível de reprovação, sendo observada em grande escala a sua periculosidade.

Sanados os conceitos e as definições de todos estes institutos, realizou-se uma averiguação do quanto é necessário a utilização da personalidade do agente como um critério de fixação da pena-base. Para tanto, foi necessário observar se isto constitui uma violação a Constituição Federal de 1988, qual é o verdadeiro significado da pena e, não menos importante, o Direito Penal decorrente da secularização moderna que tem sua separação com a moral, ou seja, que proíbe a análise do indivíduo em suas mais íntimas características para a aplicação da sanção.

Deste modo, ao término da pesquisa se obteve a noção de que é absolutamente incompatível com a Constituição da República Federativa

JOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208).

do Brasil a adoção de um Direito Penal de autor, fundado na tutela de valores morais, já que todo o Direito Penal Brasileiro deve ser construído exclusivamente com base na estrita observância de um Direito Penal de ato, fundado na tutela de bens jurídicos. Vê-se, pois, que a valoração da “personalidade do agente” na fixação da pena consagra, em absoluto desacordo com o Estado Democrático de Direito, um inadmissível Direito Penal do Autor, e, portanto, deve ser desconsiderada, pois sendo analisada desfavorável consagra um prejuízo muito maior do que a leve padronização da pena que ocorrerá a partir de sua não utilização.

4 REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo**. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 23, n. 566, p. 14-18, 2011.

ABREU, Ricardo Luiz de. **A personalidade do agente como circunstância judicial da aplicação da pena**. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 9, n. 104, p. 14-15, 2001.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Direito Penal do Inimigo: alternativa de eficácia do sistema repressivo compatível com o Estado Democrático de Direito?** *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, v. 10, n. 16, p. 66-98, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”:** exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 5, n. 5, p. 209-258, 2006.

COUTO, Gleiber; PIRES, Drummond; NUNES, Carlos Henrique Sancineto da Silva. **Os contornos da psicologia contemporânea: temas em avaliação psicológica**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012.

DIETER, Maurício Stegemann. **“O Direito Penal do Inimigo” e a**

“**controvérsia**”. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiás, v. 33, n. 1, p. 26-36, jan.-jun. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPEZ-REY, Manuel. **Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad**. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 19, p. 19-25, 1983.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Traduzido por Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “Direito Penal do Inimigo”**. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Sevilha, v. 3, n. 4, p. 53-82, 2006.

NEUMANN, Ulfrid. **Direito penal do inimigo**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 69, p. 156-177, nov.-dez. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A análise da personalidade do réu na aplicação da pena**. *Boletim IBCCRIM*, v. 13, n. 153, p. 02-03, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RUIZ-FUNES, Mariano. **Algunos conceptos sobre la peligrosidad**. *Revista La Ley*, Argentina, v.3, p. 943-950, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana. **A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena**. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, p. 305-323, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Rasgos inquisitoriais na apuração do ato infracional.

Inquisitorial remains in juvenile criminal proceedings

João Paulo Carneiro Gonçalves Léo¹

Resumo: O presente trabalho visa estudar o discurso de proteção de direitos humanos do adolescente nas práticas punitivas de apuração de ato assemelhado a crime (ato infracional) criticamente sobre o prisma dos sistemas inquisitorial e acusatório. Aponta que no discurso punitivista da inquisição há dois elementos centrais, a emergência e a expiação dos pecados, o primeiro denota a necessidade de intervenção urgente, o segundo, a necessidade de purificar o pecador, de melhorar o acusado do pecado, através da intervenção no seu próprio corpo. A análise se faz sobre o prisma do sistema processual inquisitório que possui princípios unificadores que o identificam. O artigo analisa se no atual sistema processual de apuração do ato infracional prevaleceriam as características dos princípios processuais do sistema inquisitório ou acusatório. Reflete se existe no discurso da proteção integral, elementos de reversibilidade, que seria a criação de justificativas e mecanismos aparentemente voltados à satisfação dos direitos humanos da pessoa em desenvolvimento respondendo a um processo de ato infracional, mas que, em sua ação concreta, deflagram violação dos próprios direitos humanos do processado. Por fim, o artigo conclama os aplicadores do direito – em especial aquele que se encontra na condição de defensor do representado – a prestarem especial atenção e reflexão para não cair nas armadilhas que o equivocado manejo do discurso da “doutrina

¹ Mestrando em Direitos Humanos e Intervenção Penal pela UFPA. Especialista em Direitos Fundamentais pela UFPA. Defensor Público do Estado do Pará, atuante no Núcleo da Criança e do Adolescente.

da proteção integral” pode provocar, com destaque para a violação de direitos básicos de qualquer pessoa que se veja processada pelo aparato Estatal.

Palavras-chave: Direitos da Criança e do Adolescente – Ato infracional – Direitos fundamentais.

Abstract: This paper looks at the adolescent’s protection of human rights discourse in punitive practices resembled act of determining the crime (offense) critically on the prism of the inquisitorial and accusatorial systems. Points out that in punitivista speech Inquisition two central elements, the emergence and atonement for sin, the first indicates the need for urgent action, the second, the need to purify the sinner, to improve accused of sin, through intervention in the his own body. The analysis is done on the prism of the inquisitorial procedural system that has unifying principles that identify it. The article looks at the current procedural calculation system offense prevail characteristics of procedural principles of inquisitorial or adversarial system. It reflects whether there is the discourse of full protection, reversibility elements, which would be to create justifications and mechanisms apparently aimed at the satisfaction of human rights of the development responding to an infraction procedure but that in her concrete action, trigger violation ‘own human rights processed. Finally, the article urges law enforcers - especially one who is in the represented defender condition - to pay special attention and reflection to avoid falling into the traps that the wrong speech handling of the “doctrine of full protection” may cause , highlighting the violation of basic rights of any person who see processed by the State apparatus

Keywords: Rights of Children and Adolescents - Act infraction - Fundamental rights.

Sumário: 1 Considerações Introdutórias; 2 O sistema inquisitorial e suas características; 3 Histórico do direito infracional; 4 A reversibilidade

do discurso protetivo e seus perigos; 5 O sistema processual de apuração de ato infracional, inquisitorial ou acusatório?; 6 A esquizofrenia do discurso protetivo; 7 Conclusões; 8 Referências Bibliográficas.

1 Considerações INTRODUTÓRIAS

A teoria do garantismo penal, apesar de marcada pelo ideário iluminista e naturalmente pela pretensão universalista típica dos paradigmas científicos, apresenta no contexto global de violações aos direitos humanos interessante mecanismo de fomento a minimização dos poderes punitivos. Dessa maneira, visualiza a otimização dos direitos fundamentais desde a perspectiva crítica da dogmática jurídico-penal, ou seja, percebe o sistema normativo como instrumento eminentemente prático que deve ser pensado e desenvolvido para a resistência ao inquisitorialismo nas práticas judiciais e administrativas cotidianas.

A máquina repressiva do sistema inquisitório caracterizar-se-á pela exclusão do contraditório, pela ausência de ampla defesa e pela inversão da presunção de inocência, que tem como principal característica a concentração de poder nas mãos do julgador que detém a gestão da prova.

O oposto é o sistema acusatório, fundado em procedimento de verificação e em técnicas de refutabilidade, pressupõe a rígida separação dos sujeitos processuais em configuração tríada instrumentalizada por duas classes de garantias. Desta forma, a atividade cognoscitiva estaria assegurada por garantias primárias (formulação de imputação, carga de prova e direito de defesa) e secundárias (publicidade, oralidade, legalidade e motivação).

A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse são regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo adolescentes, especialmente no que tange a apuração do ato infracional.

O presente trabalho visa estudar se o discurso de proteção de

direitos humanos da criança e adolescente, pautado sobre o prisma da proteção integral, apresenta elementos de reversibilidade do discurso, que seria a “criação de justificativas e mecanismos aparentemente voltados à satisfação dos direitos humanos, mas que, em sua ação concreta, deflagram violação dos próprios direitos humanos”².

Questiona-se se na prática o princípio do melhor interesse do menor não vem sendo utilizado de forma a sonegar direitos básicos de defesa de qualquer cidadão que se vê processado pelo Estado pelo suposto cometido de um crime (ou ato assemelhado a um crime), em nome de uma suposta penalidade reparadora, que “ajudaria” o adolescente a andar no caminho certo e do bem. O que nos remete a célebre frase de Agostinho Ramalho Marques Neto³: quem nos salva da bondade dos bons?

O objeto do trabalho, portanto, é analisar as práticas punitivas e de apuração de ato infracional criticamente a luz dos sistemas inquisitorial e acusatório, apontando possíveis violações de direitos fundamentais.

2 O SISTEMA INQUISITORIAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

Para entender a análise crítica apresentada por este trabalho inicialmente é importante ressaltar algumas características de um modelo punitivo tido por inquisitório.

O processo penal medievo era marcado suplicios e expiações, que sobre o signo da intolerância e mascarada pela sacralização a fase inquisitorial que se inicial com os Concílios de Verona (1184) e Latrão (1215) e que ganha subsistência com as Bulas Papais de Gregório IX (1232) e Inocêncio IV (1252), somente recebera incisiva crítica e

² CARVALHO, Salo de. **Antimanual da política criminal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.223.

³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. *In: Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

reconhecida deslegitimação ao final do século XVII e início do século XVIII, quando a casta intelectual estrutura abordagem desqualificadora do aparato gótico. No entanto, embora as práticas inquisitoriais sejam formalmente erradicadas no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz material e ideológica continuou na legislação laica, orientando a tessitura dos sistemas penais da modernidade⁴.

Instituída burocraticamente, a máquina repressiva do sistema processual inquisitório caracterizar-se-á pela exclusão do contraditório, pela ausência de ampla defesa e pela inversão da presunção de inocência. A insuficiência de provas e/ou sua dubiedade não geravam absolvição, ao contrário, qualquer indicio equivalia à semiprova, que comportava juízo de semiculpa e, em consequência, semicondenação.

Dentre as principais características desse método, pode-se destacar (a) o caráter público das denúncias, não mais restritas à vítima ou aos seus familiares, aliada (b) ao sigilo da identidade do delator; (c) a inexistência de separação entre as figuras de acusador e julgador, sendo lícito a este realizar a imputação, produzir a prova e julgar o acusado; (d) o sistema tarifado de provas e sua graduação na escala da culpabilidade, recebendo a confissão o máximo valor (*regina probatio*), e (e) a autorização irrestrita da tortura como mecanismo idôneo para obtenção de confissões.

Na inquisição os demonólogos elaboraram um discurso armado para liberar o poder punitivo de todo e qualquer limite, em função de uma emergência desencadeada por Satã e seus seguidores. A pena a ser aplicada era a de combustão na fogueira que servia para purificar o corpo. Assim, no discurso punitivista da inquisição temos dois elementos centrais, a emergência dos problemas que não podem deixar para depois e a necessidade de purificar, de melhorar o acusado do crime, através da intervenção no seu próprio corpo.

⁴ Id.,p.135.

No que tange à diferenciação entre os sistemas inquisitório e acusatório, bem como a nota que lhes caracteriza, imprescindível verificar os ensinamentos de Jacinto Coutinho⁵, *in litteris*:

“(...) a diferenciação destes dois sistemas processuais [inquisitório e acusatório] faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador. Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor”

O modelo de repressão inquisitório nasce, sobretudo, porque a superstição, a intolerância e o medo contagiavam aldeias sem qualquer tipo de perspectiva senão a da crença. Universos de angústia encontravam na eliminação do “mal” uma válvula de escape para suas mazelas, algo parecido com o discurso atual sobre a criminalidade e o seu enfrentamento.

Salo de Carvalho⁶ enfatiza que “a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000, p. 29.

⁶ CARVALHO, Salo de. Tântalo no Divã. Novas Críticas às Reformas no Sistema Punitivo Brasileiro. **Revista do IBCCRIM**, São Paulo, a.12, n.50, Editora Revista dos Tribunais, p. 97, set./out. 2004, p.117.

o inquisitorialismo, ou seja, que o discurso garantista de gênese ilustrada configurou uma variável insensata na estrutura das formas de poder, uma cisão acidental na história das violências da qual somos herdeiros inocentes, românticos poetas de um passado imaginário”, isto porque, as práticas inquisitoriais estão arreigadas no nosso sistema.

3 HISTÓRICO DO DIREITO INFRACIONAL (ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI)

Historicamente o direito infracional no Brasil pode ser dividido em três etapas: (1) doutrina do direito penal do menor. Vai do início do século XIX e finaliza com o início o século XX. Aplica o chamado direito penal diferenciado em relação aos adultos. Os menores entre sete e dezoito anos só possuíam direito a uma diminuição de 1/3 da pena, tendo esse caráter retributivo; (2) Doutrina da situação irregular. Vai da introdução do Código Mello Matos (1927), passa pelo Código de Menores de 1979 e se finda com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Demonstra uma preocupação com o tratamento igualitário entre maiores e menores. Todavia, o infrator ainda era rotulado de objeto e não sujeito de direito no procedimento, não havendo aplicação de regras processuais conhecidas como devido processo legal. (3) Doutrina da proteção integral. É mencionada na Constituição Federal de 1988 e se inicia a partir da vigência do ECA (Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990), como aplicação de tese vencedora. A doutrina da proteção integral⁷ se baseia em dois pilares: o reconhecimento do adolescente como pessoa em desenvolvimento e do princípio do melhor interesse. Institui-se regras processuais, fruto na verdade da Doutrina da ONU da Proteção Integral à Criança e ao adolescente.

Segundo a doutrina⁸, o Estatuto da Criança e do Adolescente

⁷ Araujo. Fernanda Carolina de. **Maioridade penal**: aspectos criminológicos. IN: Criminologia e os problemas na atualidade. São Paulo: Atlas, 2008, p.20.

⁸ Ishida, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência.-15.ed.-São Paulo: Atlas. 2014, p.246.

perfila a “doutrina da proteção integral”, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes. Teve sua matriz ideológica baseado no texto constitucional de 1988, art.227, que institui a chamada prioridade absoluta, que constitui uma nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse passam a ser regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo adolescentes, com reflexos na apuração do ato infracional.

Dentro da adoção da doutrina da proteção integral e contrapondo-se ao anterior direito da situação irregular, o procedimento para o “adolescente em conflito com a lei” passou a possuir regras mais claras que garantissem o direito à ampla defesa e ao contraditório. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um capítulo inteiro denominado “das garantias processuais” que nada mais é o exemplo da atitude da lei menorista, que passou a pregar o garantismo processual penal.

Realizado o ato infracional, inicia-se a ação socioeducativa por meio da representação do Ministério Público, finalizando o procedimento cabe ao Magistrado à medida socioeducativa adequada.

Segundo a jurisprudência o objetivo da lei é a proteção da criança e do adolescente com aplicação de medidas socioeducativas devem ser tendentes a permitir, *in verbis*:

“a remissão dos maus atos e de procedimento irregular que possa impedir o seu desenvolvimento e integração na sociedade, o que deve ser analisado é a sua conduta, sob o aspecto da sua adequação social e da sua conformação com os hábitos e costumes tradicionalmente aceitos. Em outras palavras, não se exige que o menor tenha praticado um crime para, só então, aplicar-se a

medida socioeducativa. Se assim for a medida perderá o seu caráter de proteção social e educativa, para transmutar-se em verdadeira pena”(TJSP –C.Esp. – Ap.24.020-0. Rel. Yussef Cahali. J -23-3-95.).

Nessa linha foi promulgada no final de 2012 a Lei 12.594/12, que Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), com o objetivo de regulamentar a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, estas por sua vez tem três objetivos, *in verbis*:

“Art. 1o Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

§ 2o Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação

II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento

III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.”

Assim o procedimento de apuração de ato infracional culmina com a aplicação de uma medida socioeducativa que supostamente tem o intento de corrigir a conduta do adolescente em conflito com a lei para uma “melhor interação com a sociedade”, devendo esse procedimento respeitar garantias processuais básicas, devendo observar como princípio norteador o que seria o “melhor” para o adolescente em conflito com a lei penal.

4 A REVERSIBILIDADE DO DISCURSO PROTETIVO E SEUS PERIGOS

David Sanchez Rubio⁹ anota que a condição de reversibilidade do direito é importante aspecto a ser considerado, sobretudo quando se pretende obter (ou não obter) ações institucionais conformes (ou contrárias a) projetos de justiça. O fenômeno de reversibilidade ganha amplitude quando diagnostica o fato de pessoas comuns, bem como profissionais de direito (inclusive alguns setores da crítica), padecem de confiança quase ingênua no que diz respeito ao nível jurídico-positivo dos ordenamentos, esquecendo e ignorando as tramas sociais de dominação e de império que constitui o paradigma normativo.

Assim, notadamente quando se opera o poder punitivo, as violências organizadas dirigidas contra pessoas e coletivos vulneráveis, possuem alta capacidade de mutação do discurso e das práticas (reversibilidade).

É notório que a proteção à criança e ao adolescente tem uma perspectiva filosófica e política típica do discurso de Direitos Humanos, não estando livre do paradoxo da reversibilidade do discurso, entendido como “a condição do direito ser interpretado e aplicado em outro sentido, inclusive contraditório entre si”¹⁰, que seria a “criação de justificativas e

⁹ SANCHEZ, Rubio. Reversibilidade do Direito: os Direitos Humanos na Tensão entre o mercado, os Seres Humanos e a Natureza. **Revista de Estudos Criminais** (22). Porto Alegre: Notadez/PPGD-Crim PUCRS/ITEC, 2006, p.23.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual da política criminal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.210.

mecanismos aparentemente voltados à satisfação dos direitos humanos, mas que, em sua ação concreta, deflagram violação dos próprios direitos humanos”¹¹.

O discurso dos Direitos Humanos acaba por demandar o incremento dos interesses e dos valores a serem protegidos pelo Estado, proporcionando giro no sentido histórico dos direitos humanos, acoplado está o efeito perverso de maximização das malhas repressivas-punitivas face a ingênua conclusão de que o direito penal seria instrumento idôneo para tutelar novo bens jurídicos.

Ocorre que este processo não fica limitado apenas ao impulso à criminalização primária (elaboração de tipos penais), cujo efeito será a desregulamentação da matéria codificada (descodificação). Se o Estado deve intervir de forma a proteger futuras ofensas aos bens jurídicos, tal perspectiva não se restringe apenas aos novos valores e à esfera normativa. A intervenção acaba sendo ampla: no aspecto legal deve atingir pela coação psicológica os não desviantes (teoria de prevenção geral negativa), inibindo o corpo social da prática delitiva através do temor da pena; e no plano executivo deve atingir o autor do crime, criando condições para atuação do corpo criminológico sobre o desviante, com objetivo de reabilitação (teoria da prevenção especial positiva), de forma que não volte a delinquir.

Este breve relato é importante para entender que o esforço Estatal, com especial reflexo na área da infância, que passa a direcionar o exercício do poder punitivo não somente nos adolescentes que cometeram algum crime, mas aqueles que ainda não estão “civilizados”, com o discurso que se visa com isso o “bem dos próprios adolescentes e o fornecimento das condições formais e materiais que possibilitem os membros da comunidade atingir a plena realização pessoal (ideal de felicidade) ”.

Assim, mesmo sem uma sentença no processo de apuração de

¹¹ Id.,p.223.

ato infracional é possível à aplicação da pena antecipada, “antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional” (126, do ECA), mediante um mecanismo denominado de remissão que “não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade” (art.127, do ECA), podendo aplicar “qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação (art.127, do ECA) ”.

Neste quadro, a sanção estatal deve adquirir sentido positivo, promovendo não somente coação aos não desviantes (temor pela autoridade), mas fornecendo supostos meios para que o infrator não incorra novamente no delito e seja integrado na e pela sociedade. O exercício do direito de punir passa a ser norteado pela ideia de prevenção geral positiva, consolidando as teorias elaboradas pela criminologia positivista (paradigma etiológico-causal), claramente adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo já referido Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase).

5 O SISTEMA PROCESSUAL DE Apuração de ato infracional é inquisitorial ou acusatório?

A “doutrina da proteção integral” aplicada na apuração de ato infracional, culmina com a aplicação de medidas socioeducativas que supostamente têm o intento de corrigir a conduta do adolescente em conflito com a lei para uma “melhor interação com a sociedade”, norteado pela “bondade” do que seria o “melhor” para o adolescente em conflito com a lei penal.

Alia-se a essa “bondade de recuperação” o fato do sistema processual penal brasileiro ser notoriamente inquisitorial, conforme defende COUTINHO¹², *in litteris*:

“(...) pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido

¹² Id.,p.29.

pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”

Nesta linha vamos investigar se as principais características do método inquisitorial estão presentes no procedimento de apuração de ato infracional conforme já descrita em capítulos anteriores.

O primeiro item, o caráter público das denúncias, não mais restrita à vítima ou aos seus familiares é uma característica que é possível encontrar no processo de apuração de ato infracional, posto que a representação é ato privativo do Ministério Público (art.201, inciso II do ECA), mesmo que o ato infracional seja assemelhado a um crime que seria movido mediante representação da vítima, do qual seria o exemplo do ato infracional assemelhado a ameaça, a representação para apuração de ato infracional prescinde de tal representação, a título ilustrativo colaciona-se a seguinte jurisprudência, *in verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. DELITO DE AMEAÇA. DISPENSA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA. Em que pese haja aplicação subsidiária da legislação penal em demandas para apuração de ato infracional, o Estatuto

da Criança e do Adolescente dispõe claramente que a representação é ação de titularidade do Ministério Público, sem imposição da manifestação de vontade da vítima como condição de procedimento. Inteligência do artigo 201, inciso II, do mencionado diploma legal. (TJ-RS - AC: 70052767373 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 04/04/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/04/2013)

O item relativo à inexistência de separação entre as figuras de acusador e julgador, sendo lícito a este realizar a imputação, produzir a prova e julgar o acusado é a característica que mais se destaca, posto que na apuração de ato infracional, o adolescente passa por dois agentes estatais que funcionam como “acusadores e julgadores”.

Explico, na apuração do ato infracional o adolescente privado de liberdade tem o suposto “direito” de “entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público”(art.124, I, do ECA), isto porque “em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência” (art.175, do ECA), momento em que seu depoimento será lavrado a termo, podendo ser logo colhido a sua confissão.

Observa-se que diferente do que ocorre com um adulto, o adolescente não é levado perante o Defensor Público (art. 306 do Código de Processo Penal), para que possa instruir sobre os seus direitos, mas sim a autoridade encarregada de fazer a acusação.

Diante do representante do Ministério Público poderá ser concedida a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional (art.126 do ECA).

Nesse momento pré processual a figura do acusador e do julgador estão na mesma pessoa que é o representante do Ministério Público órgão legitimado a efetuar a acusação, que tem o poder de apurar o fato e oferecer a “remissão”, propondo algumas das medidas de responsabilização não privativas de liberdade, tudo com o objetivo de responder com a máxima urgência e de atuar de forma a “expiar o pecado do representado”, para que o mesmo tenha acompanhamento e não volte mais a “pecar”.

Assim a jurisprudência vem entendendo ser ato discricionário do Ministério Público apresentar ou não a remissão, *in verbis*:

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUDIÊNCIA DE OITIVA INFORMAL. ART. 179 DO ECA. AUSÊNCIA DE DEFESATÉCNICA. NULIDADE. PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL. SUBMISSÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. A audiência de oitiva informal tem natureza de procedimento administrativo, que antecede a fase judicial, oportunidade em que o membro do Ministério Público, diante da notícia da prática de um ato infracional pelo menor, reunirá elementos de convicção suficientes para decidir acerca da conveniência da representação, do oferecimento da proposta de remissão ou do pedido de arquivamento do processo. Por se tratar de procedimento extrajudicial, não está submetido aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 2. Ordem denegada. (STJ - HC: 109242 SP 2008/0136513-7, Relator:

Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 04/03/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/04/2010)

A fase processual se inicia com a oitiva do próprio adolescente, sendo as perguntas formuladas pelo próprio juiz conforme prevê o Art. 186 do ECA, que “Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado”.

Assim, como o juiz é quem faz as perguntas, se concentram na mesma pessoa a figura do inquisidor e do julgador, sendo, normalmente o primeiro questionamento é se o representado confessa a prática do ato infracional.

O terceiro item inquisitório deste procedimento que consiste no “sistema tarifado de provas e sua graduação na escala da culpabilidade, recebendo a confissão o máximo valor (*regina probatio*) ” também deixa os seus resquícios na apuração de ato infracional, posto que a sua característica principal é a de que a máquina repressiva do sistema processual inquisitório caracterizar-se-á pela exclusão do contraditório, pela ausência de ampla defesa e pela inversão da presunção de inocência.

Com efeito, a representação de ato infracional não depende de prova pré-constituída de autoria e materialidade conforme prevê expressa previsão legal do ECA, *in verbis*:

“Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada.

§ 2º A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade.”

Ademais é possível a aplicação de pena sem que reste demonstrada a autoria e a materialidade no caso de aplicação da remissão sem medida restritiva de liberdade, conforme reza o ECA, *in verbis*:

“Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação.”

O último item de destaque é “a autorização irrestrita da tortura como mecanismo idôneo para obtenção de confissões”, medida típica do sistema inquisitorial, se revela na apuração do ato infracional através da detenção e ao encaminhamento incontente ao representante do Ministério Público prática que tem levado a cabo a confissão na maioria dos casos.

Com efeito, o que se tem é um ser humano ainda em estado de desenvolvimento exposto ao cárcere, que pouco diferencia de uma prisão comum, sendo levado em completa desorientação (emocional e jurídica)

perante o órgão acusador, para que seja tomado o seu depoimento, e com isso a confissão.

Fica demonstrado através dos regramentos processuais da apuração do ato infracional, a matriz ideológica inquisitiva, que certamente orienta a tessitura desse sistema punitivo especial, que deveria prever maiores garantias a essas pessoas em condição especial de desenvolvimento.

6 a esquizofrenia do discurso reversivo

O discurso reversivo que pode ter a “doutrina da proteção integral” – que com o pretexto de garantir direitos acaba por violar direitos - tem um “quê” de esquizofrenia, doença que dificulta a distinção entre as experiências reais e imaginárias, interfere no pensamento lógico, nas respostas emocionais normais e comportamento esperado em situações sociais.

No imaginário o discurso visa garantir que o adolescente que se encontre processado pelo Estado tenha mais direitos que um adulto, porém no mundo real, ou nas experiências reais, o que se vê e violação de direitos básicos.

Agostinho Ramalho¹³ questionava-se “Quem nos protege da bondade dos bons?”, pois no “ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, ‘a priori’, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas. (...) enfim, é necessário, parece-me, que a sociedade, na medida em que o lugar do Juiz é um lugar que aponta para o grande outro, para o simbólico, para o terceiro.”

Vivemos na era da expansão punitiva que encontra suas raízes no medo proporcionado pela sociedade do espetáculo, e como dita Bauman¹⁴, o medo estimula a ação defensiva, enraizando-se em nossos propósitos e rotina diária. Assim, paradoxalmente, propõe-se o cárcere

¹³ Id.,Ibidem.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.173.

daqueles causadores de medo (os temidos) a fim de libertar para a vida os que sentem temor (os medrosos?), assim, “Em nome do bem manipulam a insegurança constitutiva do sujeito”¹⁵.

O juiz também é um consumidor do discurso alarmista (do medo e do risco) acerca da ameaça da criminalidade sobre a ótica substancialmente democrática na solução dos inevitáveis conflitos sociais. O combate ao crime e aos criminosos parece – ilusoriamente – encerrar o grande desafio da sociedade contemporânea, cabendo na mão do “homem de bem” ter como principal foco da sua conduta tomar medidas para reprimir a criminalidade.

Pois bem, os adolescentes – mormente os pobres – não sofrem pressão somente por conta do discurso midiático legitimador, que chega as vias até de pleitear perante o Congresso Nacional a redução da imputabilidade penal, mas também da violência estrutural que repercute na violência institucional¹⁶, replicando o sistema de opressão e injustiça social na apuração de atos infracionais e na aplicação das medidas socioeducativas.

O quadro delineado demanda do aplicador do direito – em especial aquele que se encontra na condição de defensor do representado – especial atenção e reflexão para não cair nas armadilhas que o discurso da “doutrina da proteção integral” pode provocar que desembocam na violação de direitos básicos de qualquer pessoa que se veja processada pelo aparato Estatal.

¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: A ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.158.

¹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.292.

7 CONCLUSÃO

A “doutrina da proteção integral” aplicada na apuração de ato infracional, culmina com a aplicação de medidas socioeducativas que supostamente têm o intento de corrigir a conduta do adolescente em conflito com a lei para uma “melhor interação com a sociedade”, norteado pela “bondade” do que seria o “melhor” para o adolescente em conflito com a lei penal.

O discurso tem perigo de reversibilidade, que seria a “criação de justificativas e mecanismos aparentemente voltados à satisfação dos direitos humanos, mas que, em sua ação concreta, deflagram violação dos próprios direitos humanos”, em outras palavras, práticas administrativas e judiciais supostamente voltadas para a proteção do adolescente em conflito com a lei que na verdade representam a verdadeira violação de direitos fundamentais, pois sonham a adolescentes em conflito com a Lei, direitos reconhecido a adultos.

Restou demonstrado que o sistema inquisitório orienta a tessitura do sistema punitivo de apuração de ato infracional, onde é possível enxergar várias violações ao direito de defesa, pois o exercício do direito de punir é norteado pela ideia de prevenção geral positiva, nos moldes das teorias elaboradas pela criminologia positivista (paradigma etiológico-causal).

Assim, a ideologia inquisitiva que se encontra impregnada no sistema punitivo atual também deixa os seus rasgos no sistema de apuração do ato infracional, com especial destaque para a necessidade de resposta urgente (aplicação de medidas sem processo por exemplo) e o foco na purificação do representado – sua ressocialização – sendo a medida socioeducativa no discurso geral, não uma pena aplicada ao representado, mas algo supostamente bom, que serve para corrigir o seu futuro.

A luta no dia a dia na prática forense passa a ser a defesa contra

a “bondade dos bons” que utilizam o discurso “doutrina da proteção integral” para negar aos adolescentes em conflito com a lei os direitos penais e processuais penais mais básicos através da argumentação falaciosa da boa punição “apta a corrigir a conduta do adolescente”, visando através da exclusão e da estigmatização a “integração na sociedade”.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAUJO, Fernanda Carolina de. **Maioridade penal: aspectos criminológicos**. IN: Criminologia e os problemas na atualidade. São Paulo: Atlas, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Hermus, 1983.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Lei n. ° 8.069, de 13° de julho de 1990. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL, Lei n. ° 10.792, de 1° de dezembro de 2003. Altera a Lei n. ° 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n. ° 3.689. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL, Lei n. ° 12.594, de 18° de janeiro de 2012. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual da política criminal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Garantismo e teoria crítica dos direitos humanos: aportes iniciais**. in Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ. Belo Horizonte, ano 1, n. 7, jan. / dez. 2009

_____. **Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n° 42. 2006.

_____. Tântalo no Divã. **Novas Críticas às Reformas no Sistema**

Punitivo Brasileiro. Revista do IBCCRIM, São Paulo, a.12, n.50, Editora Revista dos Tribunais, p. 97, set./out. 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro.** In: Separata ITEC, ano 1, n° 4 – jan/fev/mar 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência.-15.ed.-São Paulo: Atlas. 2014.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal.** Fundamentos da Instrumentalidade garantista. 3. ed. rev. aAtul. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática:** O Juiz Cidadão. *In: Revista ANAMATRA.* São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994

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

SANCHEZ, Rubio. Reversibilidade do Direito: os Direitos Humanos na Tensão entre o mercado, os Seres Humanos e a Natureza. **Revista de Estudos Criminais** (22). Porto Alegre: Notadez/PPGD-Crim PUCRS/ITEC, 2006

O papel das condutas alternativas conforme o direito (*rechtmäßigen Alternativverhalten*) na imputação do resultado nos crimes culposos

The role of the alternative behavior according to the law (*rechtmäßigen Alternativverhalten*) in the imputation of the result in the guilty crimes

Daniel Leonhardt dos Santos¹

Letícia Burgel²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo questionar a relevância que o critério das condutas alternativas conforme o direito possui para fins de imputação do resultado nos delitos culposos nos casos em que não é certo, mas apenas provável ou possível, que o comportamento alternativo conforme o direito evitaria o resultado. Busca-se analisar quais critérios devem ser utilizados para determinar a inevitabilidade do resultado, questionando se as condutas alternativas conforme o direito devem ser utilizadas como um critério de imputação autônomo ou apenas como um elemento auxiliar, verificando as consequências tanto dogmáticas, como práticas, da sua utilização nos delitos culposos.

Palavras-chaves: condutas alternativas conforme o direito; imputação do resultado; teoria do incremento do risco.

¹ Doutorando (2015 -) e Mestre em Ciência Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2014), especialista em Ciência Penais (2013) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012). Bolsista integral CAPES (2015-), bolsista integral FAPERGS (2013-2014) e bolsista de Iniciação Científica (2010-2012). Pesquisador.

² Mestranda em Ciências Criminais e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista CAPES.

Abstract: This article has as its goal to question the relevance that the criteria of the alternative behavior according to the law has to the imputation of the result in the guilty crimes, in the cases that it's not certain, but only probable or possible, that the alternative behavior according to the law would avoid the result. The proposal consist in to analyze which of the criteria should be used to determine the evitability of the result, questioning if the alternative behaviors according to the law should be used as an autonomous criteria of imputation or only as an auxiliary element, checking the consequences both dogmatic, and practical, of their use in the guilty crimes.

Keywords: alternative behavior according to the law; imputation of the result; increased risk theory.

Sumário: Introdução; 1. As condutas alternativas conforme o direito e a sua (ir)relevância para o Direito Penal; 2. A proposta de utilização das condutas alternativas conforme o direito pela *teoria da evitabilidade (Vermeidbarkeitstheorie)*; 3. A *teoria do incremento do risco (Risikoerhöhungstheorie)* de Roxin como critério para imputação; 4. A teoria do fim de proteção da norma; Considerações finais; Referências.

Introdução.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o papel que as condutas alternativas conforme o direito possuem na imputação do resultado nos delitos culposos na teoria da evitabilidade, na teoria do incremento do risco e na teoria do fim de proteção da norma. A delimitação do problema centrou-se na busca dos critérios a serem utilizados para determinar a evitabilidade do resultado, questionando-se acerca da possibilidade de considerar as condutas alternativas conforme o direito como um critério autônomo de imputação, buscando-se analisar as consequências que podem advir da sua utilização. A escolha da temática se deu em razão da grande discussão dogmática acerca das condutas alternativas conforme o direito, as quais são objeto de inúmeras

críticas de renomados doutrinadores, motivo pelo qual selecionamos as principais teorias da imputação que consideram a sua aplicação ou que a rechaçam, analisando os argumentos por elas utilizados, de modo a verificar a (im)possibilidade de aplicação das condutas alternativas conforme o direito nas referidas teorias. Diante do exíguo número de estudos realizados a respeito desse tema em nosso país, mostrou-se academicamente interessante o desenvolvimento de um estudo mais aprofundado. Importante frisar, ainda, que a análise da adequação das condutas alternativas conforme o direito como critério de imputação será centrada apenas aos crimes culposos, excluindo-se, portanto, as condutas dolosas. Ressalta-se que, por ser a análise proposta na presente pesquisa uma verificação de imputação e, dada a restrição imposta, não analisaremos especificamente os crimes culposos; não importando, inclusive, para fins de contraposição com o objeto de pesquisa, o modelo teórico de crime culposado adotado.

As *condutas alternativas conforme o direito* surgem, como critério, em 1957 no julgamento do “caso do ciclista” pelo Supremo Tribunal Alemão (*Bundesgerichtshof*),³ ocasião em que se abriu espaço, pela primeira vez, em âmbito jurisprudencial, para a utilização do denominado critério da “conduta alternativa conforme o direito” como uma tentativa de delimitar a utilização de cursos causais hipotéticos.⁴ A decisão no caso do ciclista representa um grande progresso no estudo da imputação,

³ Nesse sentido refere ROXIN: “O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (*Strassenverkehrsordnung*)”. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338.)

⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luylla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 66, ano X, 2007, p. 82s.

uma vez que ela esclarece a conexão que deve existir entre a violação do dever de cuidado e o resultado, pois ela demonstra que, para falarmos em imputação do resultado, é necessário algo além da violação de um dever de cuidado e da sua concretização em um resultado. A ação deve ser negligente, ter contribuído causalmente para o resultado e ser componente necessário para a sua ocorrência.⁵

Esse mesmo método é utilizado pela doutrina como um mecanismo para verificar a existência de uma relação específica entre a conduta e o resultado, chamada de nexo de causalidade da infração de dever. Busca-se observar, por meio de um juízo hipotético, a possibilidade de causação do mesmo dano mediante uma conduta alternativa correta. Assim, questiona-se, ante uma ação imprudente, se o agente deverá ser responsabilizado, uma vez que a lesão provavelmente não teria sido evitada caso ele tivesse respeitado a norma de cuidado.⁶

Dessa forma, analisaremos, no primeiro tópico, as condutas alternativas conforme o direito e a sua relação com o sistema jurídico-penal; no segundo tópico, a relação entre as condutas alternativas conforme o direito e sua tentativa de adequação com a teoria da evitabilidade; no terceiro tópico, a teoria do incremento do risco como critério de imputação; e, por fim, no quarto tópico, a teoria do fim de proteção da norma e a proposta de utilização auxiliar do critério estabelecido pelas condutas alternativas conforme o direito à análise do fim de proteção da norma.

1. As condutas alternativas conforme o direito e a sua (ir) relevância para o Direito Penal

No âmbito da doutrina, ROXIN é o protagonista na discussão sobre

⁵ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 287.

⁶ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n° 66, ano X, 2007, p. 84.

esse tema nos últimos trinta anos. Para o autor, há três circunstâncias que dão unidade a todos esses casos: (i) o agente se comportou da forma incorreta; (ii) há uma lesão a um bem jurídico e, (iii) não obstante, é possível que o dano também viesse a ocorrer ainda que o autor tivesse agido de acordo com a norma.⁷

Contudo, é importante salientar que nem todo cálculo hipotético é relevante para o tipo, pois nem toda a conduta defeituosa hipotética de um terceiro, ou da própria vítima, tem utilidade para explicar a realização do risco. Assim, segundo FEIJÓO SANCHEZ, somente será relevante para a imputação do resultado o cálculo hipotético relacionado com o cumprimento de certas normas de cuidado e com o risco permitido.⁸ Para o autor, a raiz material do problema das condutas alternativas adequadas ao direito consiste na possibilidade de verificar se o resultado é a realização do risco não permitido (da infração do dever), não sendo coincidência que os casos objetos de reflexão estejam no âmbito de subsistemas em que, ainda que o agente aja com o devido cuidado, sempre haverá um resquício de risco considerável, sendo, em algumas ocasiões, difícil delimitar em que ponto começa, de fato, o risco não permitido.⁹

⁷ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 236. Sobre esse ponto, ver também: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 12.

⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 17.

⁹ Para FEIJÓO SANCHEZ, os casos analisados através do juízo hipotético de um comportamento alternativo conforme o direito costumam se produzir no marco das atividades com riscos especiais permitidos (indústria, transporte viário, medicina) que possuem regras gerais de conduta, seja por meio de regras jurídicas (segurança e higiene do trabalho, transporte viário, atividades farmacêuticas) ou da *lex artis* (medicina). São exemplos em que há dúvidas se as regras gerais de cuidado teriam alguma utilidade na situação concreta (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole,

Com o critério das condutas alternativas conforme o direito, pretende-se combater a ideia de que o criador de um risco não permitido responde não somente pelo risco típico por ele desencadeado, mas também por outros riscos permitidos que tenha criado ou favorecido.¹⁰

Uma das críticas feitas à utilização de condutas alternativas de acordo com o direito é no sentido de que não é necessário acudir a nenhum comportamento hipotético que não tenha ocorrido no caso concreto para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado. Para FEIJÓO SANCHEZ, todos os casos nos quais se tentou resolver por meio da aplicação desse método se solucionam da mesma forma, pois, do ponto de vista do tipo, não há a realização do risco proibido, mas de um risco permitido ou residual acompanhante, ou seja, o risco permitido, o que, por si só, explicaria a ocorrência do dano, independentemente da conduta transgressora do dever.¹¹

No mesmo sentido se posiciona MARTINEZ ESCAMILLA, ao afirmar que a utilização dos cursos causais hipotéticos não auxilia na averiguação do que realmente aconteceu. Segundo a autora, ao questionarmos o risco criado pelo comportamento de acordo com a norma de cuidado, somente saberemos se o perigo real criado pelo agente é maior ou igual ao permitido, não questionando, no entanto, o que importa para fins de imputação, o que de fato ocorreu no caso concreto.¹² Nota-se que grande parte das críticas são realizadas à respeito da utilização do método hipotético para determinar se a conduta

2003, p. 12).

¹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 18

¹¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 21.

¹² MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 223.

alternativa conforme o direito evitaria a ocorrência do resultado. No caso concreto, suprime-se a conduta negligente do agente substituindo-a pela de acordo com a norma, a fim de verificar a permanência do resultado. Esse juízo hipotético de constatação nada mais é do que uma fórmula da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), o que sem dúvida apresenta inúmeros problemas.

Segundo PUPPE, nos casos de dupla ou múltipla causalidade, como ocorre, por exemplo, no “caso do ciclista”, a teoria da equivalência das condições se mostra insuficiente, uma vez que faz uso de um método de eliminação. Para além disso, muitas vezes não é possível ter conhecimento do número de fatores causais disponíveis, de modo que não se sabe qual poderá substituir qual. A teoria da equivalência das condições pode conduzir também a resultados incorretos, especialmente nesses casos nos quais há múltiplos fatores que influenciam o resultado, pois os fatos são complexos demais para serem resolvidos da forma proposta por essa teoria.¹³

Afirma ainda a doutrinadora que a aplicação da teoria da equivalência das condições, no caso do ciclista, daria causa a absolvição do caminhoneiro, uma vez que eliminado o seu comportamento negligente; o resultado permaneceria existindo, pois a violação do dever de cuidado do ciclista é suficiente para o esclarecimento do resultado.¹⁴ Para PUPPE, quando substituímos um comportamento que fere o dever de cuidado, por um que é de acordo com ele, não examinamos o risco criado pelo agente com a sua conduta negligente, mas sim um risco que o outro sujeito envolvido, com a sua conduta contrária ao dever de cuidado, criou.¹⁵

¹³ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*, p. 289-290.

¹⁴ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*, p. 291.

¹⁵ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*, p. 291

Contudo, em que pese os argumentos utilizados pela doutrina a fim de fundamentar a utilização das condutas alternativas como um critério para imputação, tal fato irá se deparar com alguns questionamentos inevitáveis, como, por exemplo, qual deve ser a conduta alternativa conforme o direito utilizável como padrão de comparação com a conduta concreta, na hipótese em que se pode vislumbrar várias outras? Qual seria o meio mais eficaz de se determinar a probabilidade de lesão de uma conduta hipotética adequada ao direito? E como atestar, seguramente, que o resultado constituiu a realização de um determinado risco proibido ou de um risco permitido?¹⁶ Tais questionamentos serão objeto dos próximos pontos do presente trabalho.

2. A proposta de utilização das condutas alternativas conforme o direito pela teoria da evitabilidade (*Vermeidbarkeitstheorie*)

Segundo a *teoria da evitabilidade*, o resultado não deverá ser imputado nos casos em que a lesão não for evitável mediante uma conduta alternativa conforme o direito.¹⁷ De acordo com essa teoria, aquele que provoca um resultado imprudente não deverá responder quando não for possível provar, com uma probabilidade próxima à certeza, que o dano não teria sido produzido se o agente esteve dentro do risco permitido. Ou seja, o autor somente será punido se houver certeza de que o comportamento correto correspondente salvaria o bem jurídico afetado.¹⁸

Parte-se da premissa que o dever de cuidado tem por finalidade evitar resultados típicos, baseando-se no fim de proteção da norma. Assim,

¹⁶ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.186.

¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 13.

¹⁸ CAVALCANTE DE SOUZA, Luylla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 66, ano X, 2007, p. 90.

se mesmo mediante uma conduta cuidadosa a lesão viesse a ocorrer, tal fato significa que a norma não cumpriu a sua função protetora, de modo que a sua inobservância não terá relevância, devendo ser negada a relação de causalidade entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado. Nessa hipótese, a *teoria da evitabilidade* propõe a absolvição do agente, com base no princípio *in dubio pro reo*.¹⁹ A necessária relação entre a conduta contrária ao dever de cuidado e o resultado conduz à conclusão de que os fatos estão submetidos ao pressuposto de que a lesão era evitável e de que ao agente era possível impedi-la. Assim, se o resultado não for evitável também com a conduta conforme o direito, adequada ao caso concreto, torna-se evidente que a infração ao dever de cuidado seria irrelevante para a sua verificação. Com isso, deverá ser excluída a imputação objetiva do resultado, a qual não se orienta pela causalidade física, mas de acordo com um juízo de adequação.²⁰

Segundo TAVARES, para que haja imputação não basta que a conduta do agente tenha violado uma norma de cuidado e causado um resultado, é necessário, ainda, que o perigo deflagrado com a sua ação tenha se concretizado no dano. Isso se dará quando o resultado, produzido pela conduta descuidada, for evitável. Nas palavras do autor, “a evitabilidade objetiva do resultado constitui, nos delitos culposos, a essência da imputação no tipo de injusto.”²¹

Um setor da doutrina afirma que o método utilizado pela *teoria da evitabilidade* conduz à impunidade nos casos em que, apesar de alguém matar ou lesionar, existirem outros riscos em reserva que anulam as

¹⁹ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 91.

²⁰ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.332.

²¹ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.333.

possibilidades de sobrevivência de um determinado objeto material.²² Segundo os críticos dessa teoria, ela representa um retrocesso, na medida em faz uso de juízos hipotéticos de constatação e da fórmula da *conditio sine qua non*.²³ Para ROXIN, a *teoria da evitabilidade* é sustentável apenas do ponto de vista teórico, sendo materialmente injusta, pois suas sentenças se mostram insuficientes do ponto de vista político-criminal, uma vez que conduzem a um nível de impunidade socialmente intolerável.²⁴

3. A teoria do incremento do risco (Risikoerhöhungstheorie) de Roxin como critério para imputação

O critério do aumento do risco foi inserido por ROXIN, em 1962, como um critério de imputação nos delitos culposos²⁵ que, nos casos em

²² FEIJÓO SANCHEZ ilustra com o seguinte exemplo: “aquele que matar alguém, que se espera que seja morto por um assassino profissional, não mataria no sentido do artigo 138 ou 139 do C.P. espanhol (homicídio doloso e assassinato). Entretanto, o assassino que esperava também não matou. Portanto, teríamos um assassinato sem autor. Isso levaria à absurda conclusão de que não se pode imputar um resultado sempre que, além do autor do delito, haja outros dispostos a praticá-lo. Poderia colocar-se em perigo a vida de uma pessoa que vai ser posta em perigo por um terceiro (conduta antijurídica em reserva). Tampouco se consumaria o tipo quando uma pessoa criasse posteriormente outro risco, de conformidade com o direito, ou já estivesse em marcha um fato natural lesivo, como o de uma enfermidade mortal (riscos jurídicos em reserva). A norma perde assim, injustificadamente, seu caráter protetivo dos bens jurídicos mais importantes.” (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 14s).

²³ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexos de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 92.

²⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexos de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 94.

²⁵ Em que pese a doutrina aponte ROXIN como criador da teoria do incremento do risco, a solução proposta primeiramente por ENGISCH para o problema do comportamento alternativo conforme o direito apresenta claras similitudes com a teoria de ROXIN. Vide MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 206.

que não for possível determinar, com probabilidade próxima à certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, de acordo com a *teoria do incremento do risco*, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito teria, possível ou provavelmente, evitado a concretização do dano. Nesses casos, para que haja imputação, é necessário apenas que o agente ultrapasse o risco permitido e aumente a probabilidade de ocorrência do evento danoso, não sendo preciso verificar se o risco por ele criado foi determinante para a produção do resultado.²⁶ Por ser utilizada e desenvolvida, também, como um critério cujas regras possuem a mesma validade para a aferição da causalidade nos crimes dolosos,²⁷ a teoria do incremento do risco, segundo PRITTWITZ, entra na dogmática jurídico-penal como parâmetro de imputação nos delitos omissivos antes mesmo de ser um

²⁶ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

²⁷ ROXIN expõe como exemplo da aplicação da teoria do incremento do risco aos crimes dolosos o caso dos pincéis de pelo de cabra. O caso original dos “pelos de cabra”, julgado pelo Supremo Tribunal do Reich em 1929, consiste no seguinte: “comprado a uma firma comercial chinesa pelo de cabra para a sua fábrica de pincéis e, embora a firma comercial o informasse que teria de desinfecar o pelo, deu ordens para que os seus trabalhadores o transformassem em pincéis sem prévia desinfecção”. Quatro trabalhadores foram contaminados por bacilos de carbúnculo e morreram. Segundo as declarações do perito, essas mortes vir-se-iam possivelmente a dar, pois os desinfecantes permitidos não ofereciam suficiente segurança de que os referidos pelos ficariam livres de gérmes perigosos”. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 236.). Caso o empregador responsável, com dolo de matar os empregados, propositalmente omitisse a desinfecção dos pincéis, em caso de posterior comprovação que a sua ação não acarretou nenhum incremento do risco não permitido, com base na teoria do incremento do risco, apenas seria possível imputá-lo por tentativa de homicídio. E mesmo no caso do ciclista (vide nota n. 3), caso o condutor do caminhão propositalmente ultrapassasse o limite permitido na faixa de condução, com base nos mesmos critérios dessa teoria, seria imputado por homicídio consumado pelo próprio incremento do risco (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 382-383). I.e., a utilização dos critérios da teoria do incremento do risco para imputação não estaria, segundo o autor, restrita aos delitos culposos, como inicialmente concebida.

critério próprio da imputação objetiva.²⁸

Nas hipóteses de dúvida e em que é possível, mas apenas possível, que o resultado seja produzido por meio de uma conduta conforme a prescrita pelo direito, o tratamento jurídico dessas situações não depende da relação de determinação entre o perigo e o dano, mas exclusivamente do fato de saber se uma conduta conforme o dever diminuiria, de modo relevante, o risco de produção do resultado.²⁹ Assim, se fosse possível verificar com segurança que o resultado ocorreria da mesma forma, independentemente do autor atender ao dever de cuidado, não se poderia falar em imputação pela não realização do risco não permitido. No entanto, no “caso do ciclista” não há essa certeza.³⁰ Nesse caso, não é possível verificar com certeza a permanência do resultado danoso (morte) na hipótese de um comportamento diverso conforme o direito por parte do caminhoneiro, e, assim sendo, segundo a *teoria do incremento do risco*, ele deverá responder pela morte do ciclista.³¹

De acordo com ROXIN, para que possamos reconhecer se uma

²⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993, p. 323.

²⁹ Nesses casos, ROXIN sustenta que essa dúvida deve ser solucionada através de avaliação pericial, tendo por base critérios científicos, não sendo necessária a utilização de processos causais hipotéticos. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 259.)

³⁰ Sobre o “caso do ciclista” assim refere ROXIN: “Se se puder constatar de modo geral que alguns ciclistas, quando embriagados, se lançam contra os caminhões que os ultrapassam, devido a reacções anómalas provocadas pela bebida e se, além disso, se puder constatar que é totalmente irrelevante, quanto a essas reacções e suas consequências, que o condutor do caminhão mantenha uma distância de 75 cm, que é proibida, ou uma separação de 1m, que é permitida, não se poderá considerar como uma violação do dever de cuidado nos termos do § 222 do StGB a ultrapassagem feita deixando apenas 75 cm de distância, nem, portanto, como tendo existido negligência no respeitante a esse concreto resultado da morte.” (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 258.)

³¹ D’ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59 e ss.

violação do dever de cuidado a qual segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente, faz-se necessário “examinar qual a conduta que não poderia ser imputada ao agente como violação do dever, de acordo com os princípios do risco permitido, comparando-se a conduta conforme o direito à forma de atuar do autor.”³² Comprovando-se, então, que a ação do agente aumentou a probabilidade de produção do resultado, ele deverá ser punido a título de crime negligente. Afinal, segundo ROXIN, seria completamente errado supor que a produção de um resultado mediante uma ação que implica um risco maior, não permitido, ficaria impune apenas porque o resultado seria produzido na hipótese de uma ação cuidadosa.³³

Como nos demais casos de realização do risco a sua valoração se dá sob uma perspectiva *ex post*, pois corresponde ao *desvalor* do resultado, devem ser levadas em conta todas as circunstâncias fáticas, mesmo as que somente posteriormente venham a ser conhecidas. Haverá imputação objetiva, portanto, quando, *ex post*, o risco real for maior que o permitido, pois, na concepção de ROXIN, mostra-se político-criminalmente conveniente exigir apenas que a infração de dever do cuidado tenha aumentado o risco já existente de produção do resultado.³⁴

³² SPENDEL e Eb. SCHMIDT propõe uma solução diferente da de ROXIN. Para eles, estaríamos diante de um homicídio negligente, quando o autor provocou o resultado, e a sua conduta, a qual ocasionou a morte, infringia todos os deveres legais de cuidado, pois nesse caso não faltaria nem a previsibilidade objetiva, nem a subjetiva do processo causal. ROXIN, no entanto, tem essa solução como pouco satisfatória, pois, de acordo com ele, faltaria, ainda, provar que a conjugação da infração do dever legal de cuidado com um resultado típico produziria, necessariamente, um crime negligente. Aceitar essa conclusão seria regressar à antiga, e já superada, teoria da *versari in re illicita*, segundo a qual, se fazemos algo proibido, serão *eo ipso* imputadas como negligentes todas as consequências que daí advêm. (ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 257.)

³³ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3º ed. Coimbra: Vega, 2004, p. 257 e ss.

³⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007, p. 97.

No entanto, em que pese os argumentos trazidos por ROXIN, a *teoria do incremento do risco* é objeto de inúmeras críticas por renomados doutrinadores, enfrentando dificuldades de aceitação, inclusive, pelos tribunais alemães. Dentre seus maiores críticos, podemos citar FEIJÓO SANCHEZ. Segundo ele, a *teoria do incremento do risco* não passa de uma “manipulação dogmática” para poder punir certas “tentativas culposas”, na medida em que, com base nos critérios estabelecidos por ROXIN, não é necessário verificar se o perigo criado pelo sujeito efetivamente se concretizou no dano ao bem jurídico.³⁵ Para FEIJÓO SANCHEZ, a *teoria do incremento do risco* é inaceitável, pois não se pode converter toda e qualquer dúvida sobre a ocorrência de uma tentativa em um delito consumado apenas pelo fato de o ordenamento jurídico-penal não prever uma punição na forma tentada. Tal manobra não respeita os limites dos tipos penais, acarretando uma interpretação extensiva a fim de garantir uma maior punibilidade. Segundo ele, se o legislador decidiu não punir a tentativa culposa, essa decisão deve ser respeitada, assim, não devemos aceitar manipulações dogmáticas para atender a intenções teleológico-político-criminais, sob pena de violação do princípio da legalidade.³⁶ Ainda, de acordo com o doutrinador, a ideia de que tudo é objetivamente previsível para quem infringe o dever objetivo de cuidado é responsabilidade objetiva pura, infringindo o princípio da culpabilidade. Não se deve conjecturar sobre o que teria acontecido se o agente não tivesse criado o risco proibido, senão determinar o que efetivamente aconteceu com o risco não permitido, e se houve consumação ou não em um resultado. Dessa forma, não é necessário acudir a nenhum percurso

³⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 42 e ss.

³⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 41 e ss.

lesivo hipotético que não tenha ocorrido na realidade para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado, bastando apenas observar no caso concreto se o dano ocorreu em razão da ultrapassagem do risco permitido pelo agente.³⁷

Nosso posicionamento, no entanto, difere em parte do de FEIJÓO SANCHEZ. Da mesma forma que o doutrinador espanhol, entendemos que a *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, contudo, por motivos diversos. A nosso ver, a *teoria do incremento do risco* equivoca-se na medida em que converte crimes de perigo em crimes de dano,³⁸ afinal, para que o agente seja responsabilizado, basta apenas que ele aumente o risco de produção do resultado. No entanto, nos crimes de lesão, é necessário algo mais do que o mero incremento do risco; é fundamental que o perigo criado se concretize no dano ao bem jurídico.³⁹ Segundo FRISCH, para que possamos falar em relação de causalidade entre o perigo proibido e o evento lesivo, deve ser possível observar no resultado a materialização do risco praticado pelo agente, de modo que, se tal nexos não for constatado, não deverá haver imputação.⁴⁰

Nota-se, também, que ROXIN incorre em uma contradição, visto

³⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 20 e ss.

³⁸ No que tange a esta crítica, Santos entende que ela não resiste, pois, segundo ele, a imputação ao tipo objetivo sempre se produz apenas mediante uma colocação em perigo criada pelo autor. A diferença entre os delitos de lesão e os delitos de perigo é que naquele o risco não permitido se realiza no resultado típico, enquanto neste o perigo se realiza em um resultado de colocação em perigo, o qual é determinado de acordo com diversas exigências. Nos casos de conduta alternativa conforme o direito, concorrendo um incremento do risco, ter-se-á plasmado um risco proibido em um resultado lesivo. (SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 129.)

³⁹ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004, p. 572.

⁴⁰ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade Penal: Uma Análise Funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 113.

que a *teoria do incremento do risco* se mostra incompatível com a *teoria da imputação objetiva*. Segundo a *teoria da imputação objetiva*, o resultado somente será imputável ao agente quando a sua conduta tiver criado um perigo para um bem jurídico que tenha ultrapassado o risco permitido, e esse perigo se realizar em um resultado concreto coberto pelo âmbito da norma.⁴¹ Dessa forma, para que houvesse compatibilidade entre essas teorias seria preciso abrir mão de um dos critérios de imputação estabelecido por ROXIN - a verificação do risco não permitido no resultado - pois para a *teoria do incremento do risco* importa apenas que o autor tenha criado um risco proibido que aumentou a probabilidade de ocorrência do dano, sendo irrelevante, para fins de imputação, a concretização do perigo no resultado.⁴²

HERZBERG afirma que, ao imputar objetivamente o resultado à ação nos casos em que mesmo com um comportamento alternativo conforme o direito o resultado típico teria seguramente ocorrido, significaria fazer funcionar a dúvida contra o agente e assim violar um dos princípios do processo penal, o *in dubio pro reo*.⁴³ Assim, ROXIN, ao propor a *teoria do incremento do risco*, pretende trazer para o âmbito da dogmática penal um problema que deve ser resolvido no âmbito do processo penal, por meio da utilização do princípio do *in dubio pro reo*. Nota-se que a presente teoria não possui utilidade dogmática, podendo, inclusive, induzir a erro, acarretando a imputação do resultado nos casos duvidosos ao negar a aplicação do referido princípio com um intuito

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 363 e ss.

⁴² Assim, por meio dos critérios da teoria da imputação objetiva, se o resultado fosse produzido de qualquer maneira, ainda que o sujeito houvesse empregado o cuidado requerido, não poderia haver imputação objetiva, uma vez que o resultado não é precisamente a concreção da lesão de cuidado. (BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte geral*. 3. ed.aum. Barcelona : Ariel, 1989, p. 238.)

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004, p. 320.

de evitar uma possível impunidade no âmbito dos delitos culposos.⁴⁴ ROXIN rebate tais críticas afirmando não ser possível fracionarmos o perigo em duas partes autônomas, sendo uma o risco permitido, e outra, o risco não permitido; e, após, averiguarmos separadamente a realização do perigo. Se o indivíduo, com sua ação, ultrapassa o risco permitido e continua assim o fazendo, cria um risco que, no seu conjunto, é proibido e que, na sua totalidade, ao produzir um resultado, deverá assim ser analisado, não havendo espaço de dúvida para a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.⁴⁵

Para PUPPE, tanto a teoria da evitabilidade, como a teoria do incremento do risco, baseiam-se no estudo da condição necessária e no método, da forma de comprovar a causalidade como um fator para o resultado, se pelas leis naturais, ou pela experiência. O método da teoria da evitabilidade trata da violação do dever de cuidado, substituindo o comportamento negligente do agente por um comportamento de acordo com a norma de cuidado, questionando se o resultado ainda existiria ou se seria evitado. A teoria do incremento do risco segue, mais ou menos, o mesmo princípio. Contudo, ao invés de substituir um comportamento que viola o dever de cuidado por um de acordo com a norma, ela questiona se a violação do dever de cuidado poderia ser suprimida sem que houvesse a diminuição do risco de ocorrência do resultado.⁴⁶

Diante disso, parte da doutrina considera a teoria da evitabilidade e a teoria do incremento do risco como teorias insuficientes, que acabam por induzir a erro, uma vez que as soluções por elas propostas são, muitas vezes, insustentáveis ao conduzir a uma explicação teórica incorreta,

⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, p. 286.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 380.

⁴⁶ PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*, p. 289.

fundando-se em critérios de possibilidades, gerando, por conseguinte, uma enorme insegurança jurídica, na medida em que abre margem a um grau exagerado de subjetivismo judiciário, mormente quando analisado mediante critérios garantistas.⁴⁷

Por fim, importa salientar a impossibilidade de recepção da *teoria do incremento do risco* pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, uma vez que ela terá como barreira o disposto no artigo 13, *caput*, do Código Penal, o qual consagra a teoria da equivalência das condições. Em razão disso, nota-se que a *teoria do incremento do risco* não pode ser recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico-penal, na medida em que a teoria da equivalência das condições estabelece uma noção de essencialidade entre a o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado, ao passo que para a *teoria do incremento do risco* tal relação se mostra irrelevante para fins de imputação.

4. A teoria do fim de proteção da norma

Em 1962, o doutrinador espanhol GIMBERNAT ORDEIG desenvolveu, na Alemanha, a *teoria do fim de proteção da norma*,⁴⁸ a qual surge

⁴⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

⁴⁸ Faz-se mister esclarecer que a teoria desenvolvida por GIMBERNAT ORDEIG não é a mesma utilizada por ROXIN na sua *teoria da imputação objetiva*. Posteriormente, na literatura alemã, ROXIN e seus seguidores desenvolveram esse topos do *fim de proteção da norma*, contudo, a partir de uma perspectiva distinta, que serviria ao propósito de interpretação dos tipos penais de acordo com um método teleológico-funcional. O topos da *previsibilidade objetiva*, anteriormente utilizado, facilitava a imputação ilimitada de resultados, na medida em que era um critério demasiado extenso. De acordo com esse critério, se alguém ultrapassa de forma incorreta e o acidente se produz por um defeito irreconhecível de uma roda, ao autor serão imputadas todas as consequências que possam advir do acidente, o qual foi iniciado com a sua ultrapassagem de forma incorreta. Nessa ótica, qualquer resultado que tivesse origem em uma conduta incorreta poderia ser considerado como previsível. O critério do *fim de proteção da norma* permitia soluções diferenciadas, especialmente no que tange à problemática da proibição de regresso, das condutas alternativas conforme o direito, da autor colocação em perigo etc. (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 54s.)

como uma forma distinta de solucionar a problemática das condutas alternativas conforme o direito. O critério do *fim de proteção da norma*⁴⁹ parte de um princípio completamente distinto do da *teoria do incremento do risco*, sendo elas, inclusive, incompatíveis. De acordo com essa teoria, a norma somente desvalora certos riscos, pois um resultado somente é considerado típico se supor a realização de um risco proibido, mas não de um risco permitido acompanhante.⁵⁰ Para o autor, o fim de proteção da norma é um dos critérios essenciais da teoria da imputação objetiva. Em que pese parte da doutrina o considere como um instrumento sem muita utilidade, tal critério é utilizado reiteradamente na análise de casos concretos a fim de se alcançar uma solução.⁵¹

Para que fique claro o fundamento da *teoria do fim de proteção da norma* pensemos no seguinte caso: um condutor, ao passar em frente a uma escola, não observa a norma que determina a diminuição da velocidade na proximidade de escolas no horário de entrada e saída dos alunos, conduzindo em uma velocidade acima da permitida. Diante disso, um suicida aproveita a oportunidade lançando-se sob o veículo, com o intuito de cometer suicídio. No caso em tela, não há dúvidas que a conduta praticada pelo motorista criou um risco não permitido, contudo ele não deve ser responsabilizado pelo resultado, pois, segundo GIMBERNAT ORDEIG, não seria coerente afirmar que a norma que

⁴⁹ É importante mencionar que não se deve confundir o *fim de proteção da norma* com o âmbito de proteção do tipo, pois ambos são coisas distintas. A abrangência do tipo se refere ao bem jurídico protegido e à descrição das condutas proibidas ali contidas e que permitem a reprovação. Já no âmbito de proteção da norma há um caráter de valoração do comportamento social, podendo-se analisar com critérios adequados o que é atingido pelo risco permitido e o que ultrapassa esse risco, ingressando na esfera do Direito Penal. (ROSA, Fábio Bitencourt da. Imputação no direito penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 04, n. 9, 2003, p. 41s.)

⁵⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 48s.

⁵¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Fin de protecció de La norma e imputació objetiva. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*. n. II, p. 5.

determina a diminuição de velocidade em frente a escolas tem como fim proteger, além das crianças, pessoas com intenções suicidas.⁵²

Segundo essa teoria, o fim de proteção da norma não consiste em evitar a ocorrência de determinados resultados, mas sim em reduzir determinados riscos a um nível tolerável, ou seja, o fim de proteção da norma não é a diminuição de riscos em geral, mas a redução de riscos determinados.⁵³ O foco da *teoria do fim de proteção da norma* está na finalidade da norma para o caso concreto, pouco importando, para fins de imputação, se o resultado também teria sido produzido com um comportamento correto. Assim, o fato do resultado ser evitável, ou não, não possui relevância para fins de imputação, de modo que o agente deve ser julgado pelo o que realmente aconteceu no caso concreto, e não pelo que hipoteticamente poderia ter acontecido.⁵⁴ Segundo CAVALCANTE DE SOUZA, pode-se haver imputação apesar da inevitabilidade do dano, pois o que importa saber é se a norma de cuidado tinha como missão evitar ou reduzir a lesão.⁵⁵ Nota-se, portanto, que, para GIMBERNAT ORDEIG, as condutas alternativas conforme o direito não possuem nenhuma relevância para determinar a imputação objetiva do resultado. MARTINEZ ESCAMILLA propõe que imaginemos uma variação do “caso dos pelos de cabra”,⁵⁶ na qual teria sido verificado que a desinfecção dos pincéis pelo fabricante não teria eficácia alguma, de modo que o resultado teria ocorrido da mesma

⁵² MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 229.

⁵³ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 229.

⁵⁴ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 66, ano X, 2007, p. 87.

⁵⁵ CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 66, ano X, 2007, p. 86.

⁵⁶ Vide nota n. 27.

forma. Diante dessa formulação, tanto a teoria da evitabilidade, como a do incremento do risco, afastariam a imputação do fabricante. Contudo, na concepção da teoria do fim de proteção da norma, o agente deveria ser punido da mesma forma, uma vez que o fato de uma conduta alternativa conforme o direito ser incapaz de evitar o resultado não possui efeitos relevantes na constatação do nexo de risco. Assim, podemos afirmar que o resultado é consequência da realização da lesão do dever de cuidado, pois o que é decisivo consiste no fato de se a lesão é aquela cuja norma infringida tinha como objetivo evitar ou reduzir.⁵⁷

Contudo, a teoria do fim de proteção da norma tem sido vista, por parte da doutrina, como a revitalização do princípio *versari in re illicita*, na medida em que há a possibilidade de fazer com que o sujeito responda por todas as consequências de sua conduta ilícita, inclusive as imprevisíveis. Contudo, os defensores da teoria afirmam que, para que haja imputação, não basta apenas a verificação de causalidade, mas também deve estar presente a previsibilidade, de modo que a aplicação da *teoria do fim de proteção da norma* não geraria uma responsabilização objetiva.⁵⁸

Para GIL E GIL, defensora da teoria do fim de proteção da norma, em que pese as considerações de grande parte da doutrina, especialmente de GIMBERNAT ORDEIG, a teoria do fim de proteção da norma deve, sim, considerar o comportamento alternativo conforme o direito para fins de imputação do resultado, contudo apenas como um meio auxiliar da interpretação do fim de proteção da norma, desempenhando um papel secundário, na medida em que caberia a ele apenas demonstrar a eficácia da norma ao caso concreto; ou seja, se ela de fato cumpriu o

⁵⁷ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992, p. 236.

⁵⁸ CAVALCANTE DE SOUZA, Luylla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 66, ano X, 2007, p. 88.

seu papel protetivo.⁵⁹ Para a doutrinadora, o comportamento hipotético correto teria como missão apenas investigar o caminho causal que não se pretende evitar, tendo por base o critério do risco permitido. Assim, se o resultado é produto de determinados fatores, os quais a proibição não pretendia evitar, tendo em vista que a possibilidade de sua ocorrência estaria dentro do âmbito do risco permitido, o dano estaria, portanto, fora do fim de proteção da norma.⁶⁰

Considerações finais

Buscou-se, pela exposição traçada nos quatro tópicos deste trabalho, analisar o papel que as condutas alternativas conforme o direito possuem na imputação do resultado nos delitos culposos na teoria da evitabilidade, na teoria do incremento do risco e na teoria do fim de proteção da norma. A delimitação do problema centrou-se na busca dos critérios a serem utilizados para determinar a evitabilidade do resultado, questionando-se acerca da possibilidade de considerar as condutas alternativas conforme o direito como um critério autônomo de imputação, buscando-se analisar as consequências que podem advir da sua utilização. Portanto, podemos esboçar, por tudo que foi exposto, as seguintes considerações finais:

Tópico 1: As condutas alternativas conforme o direito têm sua origem no julgamento, em 1957, do “caso do ciclista” pelo Supremo Tribunal Alemão (*Bundesgerichtshof*), ocasião em que se abriu espaço, pela primeira vez, em âmbito jurisprudencial, para a utilização do denominado critério da “conduta alternativa conforme o direito” como uma tentativa de delimitar a utilização de cursos causais hipotéticos. Uma

⁵⁹ GIL E GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007, p. 347s.

⁶⁰ GIL E GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007, p. 352.

das principais críticas direcionadas às condutas alternativas de acordo com o direito como critério de imputação consiste no fato de não ser necessário acudir a nenhum comportamento hipotético que não tenha ocorrido no caso concreto para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado.

Tópico 2: A teoria da evitabilidade expõe que o resultado não deverá ser imputado nos casos em que a lesão não for evitável mediante uma conduta alternativa conforme o direito, ou seja, aquele que provoca um resultado imprudente não deverá responder quando não for possível provar, com uma probabilidade próxima à certeza, que o dano não teria sido produzido se o agente esteve dentro do risco permitido. Uma das críticas direcionadas a essa teoria consiste na impunidade que a sua utilização ocasionaria nos casos em que, apesar de alguém causar um dano a um bem jurídico, existem outros riscos em reserva que anulem as possibilidades de sobrevivência de um determinado objeto material.

Tópico 3: A teoria do incremento do risco foi desenvolvida em 1962, por ROXIN, como um critério de imputação nos delitos culposos que, nos casos em que não for possível determinar, com probabilidade próxima à certeza, que o risco criado pelo autor acarretou o resultado, ele deverá ser responsabilizado na hipótese de que um comportamento alternativo conforme ao direito teria, possível ou provavelmente, evitado a concretização do dano. Nesses casos, para que haja imputação, é necessário apenas que o agente ultrapasse o risco permitido e aumente a probabilidade de ocorrência do evento danoso, não sendo preciso verificar se o risco por ele criado foi determinante para a produção do resultado. Tal teoria é bastante criticada, sendo denominada por alguns, inclusive, de “manipulação dogmática”, na medida em que não é necessário verificar se o perigo criado pelo sujeito efetivamente se concretizou no dano ao bem jurídico. Acreditamos que a aplicação da *teoria do incremento do risco* é dogmaticamente inaceitável, uma vez que acaba por converter delitos de perigo em delitos de dano ao sustentar a

ideia de que, para haver imputação, é suficiente a constatação do nexo de aumento do risco, sendo desnecessária a verificação da realização do risco não permitido na lesão. Nosso posicionamento é no sentido de que, para imputarmos um dano em um crime de resultado naturalístico, é essencial constatar que o risco criado pelo agente foi o que determinou a sua ocorrência, na medida em que o nexo existente entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado é elementar para a verificação do ilícito-típico negligente. A solução proposta por ROXIN, com essa teoria, mostra-se, além de problemática, também desnecessária, uma vez que, nos casos em que não for possível constatar com uma probabilidade próxima à certeza que um comportamento alternativo conforme o direito evitaria a ocorrência do resultado, o sujeito deve ser absolvido com base no princípio do *in dubio pro reo*, já consagrado em nossa legislação. Assim, se o Estado, o qual possui o dever de comprovar que o agente cometeu o delito que lhe está sendo imputado, não conseguiu produzir as provas necessárias para fazê-lo, não seria justo responsabilizar o sujeito pela ineficácia do papel do Estado na persecução criminal. Diante disso, nota-se que ROXIN procura oferecer uma solução no âmbito do direito penal, contudo, ela já existe na esfera do processo penal (*princípio da presunção de inocência*).

Tópico 4: A teoria do fim de proteção da norma surge como uma forma distinta de solucionar a problemática das condutas alternativas conforme o direito. Partindo de um princípio distinto do utilizado pela teoria do incremento do risco, o fim de proteção da norma não consiste em evitar a ocorrência de determinados resultados, mas sim em reduzir determinados riscos a um nível tolerável, ou seja, o fim de proteção da norma não é a diminuição de riscos em geral, mas a redução de riscos determinados. O foco da *teoria do fim de proteção da norma* está na finalidade da norma para o caso concreto, pouco importando, para fins de imputação, se o resultado também teria sido produzido com um comportamento correto. Assim, o fato do resultado ser evitável, ou não, não possui relevância para fins de imputação, de modo que o agente

deve ser julgado pelo o que realmente aconteceu no caso concreto, e não pelo que hipoteticamente poderia ter acontecido. Concordamos com o exposto por GIL E GIL, segundo a qual a teoria do fim de proteção da norma deve, sim, considerar o comportamento alternativo conforme o direito para fins de imputação do resultado, contudo apenas como um meio auxiliar da interpretação teleológica da norma, desempenhando um papel secundário, na medida em que caberia a ele apenas demonstrar a eficácia da norma ao caso concreto; ou seja, se ela de fato cumpriu o seu papel protetivo.

Referências

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade Penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte geral*. 3. ed.aum. Barcelona: Ariel, 1989.

CAVALCANTE DE SOUZA, Luylla. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 66, ano X, 2007.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposó e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004.

GIL E GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Fin de protección de La norma e imputación objetiva. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*. n. II.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992.

MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.

PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir in Risikoerhöhungstheorie? In: SCHUNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 mai 2001*.

ROSA, Fábio Bitencourt da. Imputação no direito penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 04, n. 9, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3 ed. Coimbra: Vega, 2004.

SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*. Barueri, SP: Manoele, 2004.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

A fundamentação das decisões judiciais como filtro constitucional na aplicação da pena

The motivation of judgments as constitutional filter in pen application

Carlos Hélder Furtado Mendes¹

Manuela Ithamar Lima²

Cléopas Isaías Santos³

Resumo: O presente estudo faz uma abordagem crítica acerca do princípio da fundamentação das decisões judiciais como meio pelo qual o sujeito passivo da relação processual penal tenha garantida a observância dos princípios constitucionais que lhe asseguram direitos fundamentais no julgamento. Parte-se da exposição legal do referido princípio, tanto na norma pátria, quanto em convenções internacionais. Optou-se por abordar pensamentos da doutrina nacional e internacional sobre o tema, a fim de argumentar o quão alto é o grau de importância sobre o estudo da fundamentação judicial, visto que é por meio desta que se garante uma decisão justa na aplicação da lei penal, conseqüentemente, no ato de punir. Para tanto, trabalha-se com o viés de que a racionalidade na decisão é instrumento eficaz ao combate do arbítrio e de respeito ao processo penal como filtro constitucional. Ademais, argumenta-se que a motivação da decisão judicial é fator essencial para legitimar o *jus puniendi*

¹ Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco UNDB (2015). Advogada inscrita na OBA/MA no 15.635. Assessora Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão.

² Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco UNDB (2015). Advogada inscrita na OBA/MA no 15.635. Assessora Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão.

³ Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS, professor das disciplinas de Penal e Processo Penal da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB e orientador do presente artigo.

do Estado.

Palavras-chave: Motivação das decisões judiciais. Constituição. Processo Penal.

Abstract: This study is a critical analysis of the principle of judicial reasoning as a means by which the passive subject of criminal procedural relationship has ensured compliance with the constitutional principles that ensure basic rights at trial. It starts with the legal exposure of that principle, both at home standard, as in international conventions. It chose to address thoughts of national and international literature on the subject, in order to argue how high is the degree of importance on the study of legal reasoning since it is through this that ensures a fair decision in law enforcement criminal, hence the act of punishing. For this, it works with bias that rationality in the decision is effective tool to combat will and respect for the criminal proceedings as a constitutional filter and factor that legitimizes the *jus puniendi* of the State. Keywords: Motivation of judgments. Constitution. Criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 93, IX, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade[...]”. Tal dispositivo faz referência a um dos princípios norteadores da tutela processual, qual seja a fundamentação das decisões judiciais. Este, através da observância de critérios objetivos de julgamento, prima pela máxima efetividade processual, para que se possa chegar ao mais próximo do que se entende por justa e equitativa tutela jurisdicional para as partes.

Conjuga-se a garantia da fundamentação das decisões judiciais com o fenômeno da filtragem constitucional, que tem por base a premissa de que todos os ramos do direito passarão a ser lidos à luz da Constituição. Não seria diferente com o direito penal e processual penal, que sendo a ultima ratio na tutela jurisdicional – por tratarem de

restrição estatal na liberdade individual –, devem estar em concordância aos ditames constitucionais para que se tenha a máxima garantia de direitos fundamentais.

Destarte, a Constituição da República previu um leque de garantias fundamentais que devem ser observadas no deslinde do processo penal. Assim, todos os princípios e garantias fundamentais se misturam a fim de proteger de lesões, provenientes de arbítrios infundados, o indivíduo que responde a um processo. Busca-se então, respostas para: *Quem punir? Por que punir? e Como Punir?*⁴

Notadamente demonstra-se a limitação do poder punitivo do Estado, em que para atribuir pena a alguém, deve-se cumprir e obedecer todos os ritos processuais e suas garantias (como punir?) uma vez que seria inadmissível que penas fossem atribuídas a alguém, se não subsidiariamente a um conjunto de garantias processuais expressadas por princípios que ditam como se proceder a um julgamento (presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre acusação e juiz, o ônus da prova e o direito do acusado a defesa)⁵. Bem como produzir provas de autoria e materialidade do ilícito penal (*quem punir?*) para que se reedue o agente do ilícito com punição proporcional e razoável (*por que punir?*).

Nesse contexto, se parte do pressuposto que a fundamentação das decisões judiciais resguarda garantias instrumentais no processo penal, para que a sanção penal a ser aplicada no caso concreto seja pautada tão somente em critérios jurídicos objetivos, e não em anseios pessoais dos magistrados ou no clamor público por “justiça” e punição.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 1995. III Teoría, *Las razones de derecho penal* p, 353 –457.

⁵ Id., p. 537 – 543. “*la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa*”. Discorre o autor sobre a necessária presença das referidas garantias, bem como o máximo de imparcialidade, veracidade e controle, do contrário, ou seja, caso ausentes, o julgamento e a pena estariam desvinculados do limite legalmente estabelecido.

Dessa forma, demonstrar-se-á que a fundamentação das decisões judiciais passa a ser além de uma garantia constitucional, um dever fundamental dos juízes e tribunais, com intuito de garantir o respeito à integridade de cada cidadão que tenha sua causa julgada, também, a coerência do direito, vez que este passa a ter todos os seus ramos lidos e aplicados sob óptica constitucional.

DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A inquietação, a dúvida, o questionamento, sempre estiveram presentes na vida do ser humano. Quando criança, a pergunta mais freqüente que se emite é “Por quê?”. Nota-se então, de pronto, a necessidade do ser em buscar por razões.

Fundamentar é demonstrar as razões pelas quais se optou por determinada escolha. No processo, a tomada de decisões é dever do magistrado e a motivação da decisão é garantia de que o julgador não se comportou de maneira arbitrária, pois “só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder”⁶. Sustenta Lopes Jr. e Gloeckner⁷ que o poder, sendo coação que afeta o sujeito passivo da atuação processual, tem que ocupar um plano secundário, presidida pelo princípio da necessidade e proporcionalidade, ou seja, não poderá se sobrepor às razões.

Para Cuellar Serrano⁸, “O dever de motivação das decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais que podem ser escolhidas no processo penal é um requisito extrínseco formal para a

⁶ LOPES JR, Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal** – 6. ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p.79.

⁷ Id., p.80.

⁸ CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*; prólogo de Vicente Gimeno Sendra. Madrid: Codex, 1990. p, 141. “*el deber de motivación de las resoluciones judiciales restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser optadas en el proceso penal es un requisito extrínseco formal para la constitucionalidad de dichas medidas, desde una óptica de respecto por el principio de proporcionalidad.*”

constitucionalidade dessas medidas, desde uma óptica de respeito ao princípio da proporcionalidade”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) dispõe que aos Estados-partes cabe o respeito aos direitos e liberdades e o dever de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição. O artigo 7.3 da CADH dispõe que ninguém poderá sofrer restrição de liberdade (detenção ou encarceramento) de maneira arbitrária. Salienta Giacomolli⁹ que sem justificativa não se assegura a inexistência de arbitrariedades e discriminações.

No Brasil o dever à motivação das decisões surge expressamente no Código de Processo Penal de 1941, até então vigente, em seu artigo 381, inciso III, que afirma ser requisito fundamental da sentença, “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

Ademais, a fundamentação das decisões judiciais tem previsão expressa na Constituição Federal do Brasil de 1988. Dispõe a Carta Magna, em seu artigo 93, IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Aqui há, em total nitidez, o aspecto de garantia da fundamentação, como discorre Calamandrei¹⁰:

⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são José da costa rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p, 211 “Ora, qualquer restrição a direito ou às liberdades, sem justificativa, não assegura o afastamento da arbitrariedade e da discriminação”.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução dos Santos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971, p.143.

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou.

Em concordância, afirma Lopes Jr¹¹ que somente a fundamentação é que permite verificar a racionalidade da decisão e se caracteriza, em definitivo, como garantia fundamental por sua eficácia e observância legitimarem o poder contido no ato decisório.

Na seara criminal, a efetiva motivação das decisões judiciais derivada de todo o arcabouço probatório analisado pelo magistrado é que tem força suficiente para derrubar a presunção de inocência¹² inerente ao homem, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Portanto se diz que a fundamentação da decisão judicial como garantia que é, deverá ser um reflexo de todo o percorrer do devido processo legal. Como assevera Carnelutti¹³,

¹¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva 2014, p.234

¹² LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. Op. cit. p.79. Segundo os autores, os modelos processuais penais têm como base um sistema de avaliação de provas. “O primeiro desses sistemas de avaliação da prova é o da íntima convicção ou certeza moral, no qual o magistrado emprestando o valor que entender cabível, decidirá, descabendo qualquer sorte de fundamentação a sustentar seu édito. Um segundo sistema que pode ser detectado no curso da história do processo penal é aquele que o valor da prova vem predeterminado pelo legislador. O terceiro sistema probatório se encontra no art. 93, IX, da Constituição da República e no art. 155 do Código de Processo Penal. Correspondem tais normas ao princípio do livre convencimento motivado ou princípio da persuasão racional.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Librería El Foro. Buenos Aires. 1950 p, 59 “Proceso es ciertamente un juicio, pero no cualquier juicio, como si yo dijera, por ejemplo, que el cielo es azul; [...] Se llama proceso al juicio solamente cuando se pronuncia por ciertas personas (los jueces, exactamente), según ciertas cautelas y con un aparato, en razón de los efectos que de él debenseguirse”.

Processo é certamente um julgamento, mas não qualquer julgamento, como se eu dissesse, por exemplo, que o céu é azul; [...] Se chama processo somente quando o julgamento é pronunciado por certas pessoas (os juízes, exatamente), seguindo certas garantias e com certo aparato, em razão dos efeitos que dele devem vir acompanhados.

Destaca Bernardes¹⁴ que o juiz (ser humano) porventura pode ser influenciado por sentimentos, valores e concepções de certo e errado que ao longo de sua vida construiu. Logo o fundamento que acompanha a decisão judicial é crucial para averiguar o grau de imparcialidade e racionalidade que, a rigor, devem estar contidos na decisão jurisdicional. Tal princípio possui vestes de garantia fundamental em um Estado Democrático de Direito¹⁵ e assegura não apenas às partes envolvidas no processo judicial, mas – ainda segundo o autor – toda a comunidade, pois esta terá a possibilidade de verificar a imparcialidade e técnica dos magistrados.

Nesse diapasão, demonstra-se a ideia de que a fundamentação das decisões jurisdicionais é tanto garantia endo-processual, como extra-processual. Congruente a este raciocínio assegura Badaró⁸¹⁴ que “é por meio da motivação que qualquer cidadão poderá controlar a legalidade da decisão, a imparcialidade do juiz, enfim, a justiça do julgamento”, além de ser controle democrático sobre a administração da justiça.

Pode-se aqui, fazer a relação entre a fundamentação da decisão

¹⁴ BERNARDES, Marcelo Di Rezende. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Fragmentos de Cultura, Goiânia, v. 23, n.2, p.195-206, abr/jun. 2013. p, 198 -199.

¹⁵ Concorde-se aqui com Cassiano Mazon (MAZON, Cassiano. **A Fundamentação das Decisões Judiciais e a Prisão Preventiva**. São Paulo: 2012, p. 5) “Com efeito, num Estado Democrático de Direito, a missão magna consiste na máxima eficácia dos direitos fundamentais, reduzindo-se ao máximo a distância estrutural entre a normatividade e aefetividade”.

jurisdicional – discurso pelo qual a autoridade judicial usa para esclarecer suas razões – com a idéia de razão pública proposta por Rawls¹⁶. “A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objetivo dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade”.

Acerca da razão pública inerente aos juízes e tribunais, segundo Rawls¹⁷, “os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral. Devem considerá-los irrelevantes. Não podem, igualmente, invocar suas visões religiosas ou filosóficas, nem as de outras pessoas”. Ainda, salienta-se que a decisão judicial é a solução para o caso em concreto e, portanto, deve esta ser isenta de quaisquer vícios que a levem a possuir caráter arbitrário.

A decisão judicial –em matéria criminal, que é o foco deste estudo – deve ater-se à razoabilidade e proporcionalidade ao caso em concreto, entretanto tais características não devem referênciar a valores particulares dos juízes e tribunais. Estes, “não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as Leis)”¹⁸.

Assegura Grau¹⁹ que “enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios – isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor –, a segurança jurídica estará sendo despedaçada!”. É

¹⁶ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Editora Ática. 2ª ed. 2000. p. 261 –265

¹⁷ Id., p.287

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. Editora Malheiros. 6ª ed. 2014. p.22.

¹⁹ Id., Ibidem. Em concordância, Streck afirma que a decisão não pode ser um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas. Adverte o autor que em nome da “ponderação” se alcançam as mais diversas decisões, mesmo em casos idênticos. É um risco para o Estado Democrático de Direito ter-se nas normas concretas, isto é, que solucionam os casos concretos, espaços para a convicção pessoal do juiz (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P,50)

essa formulação de juízos de valor a partir de pré- concepções individuais dos julgadores que, maquiados pela ponderação de princípios, leva o autor a ter “medo dos juízes”.

Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo dos outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.²⁰

Esclarece-se a importância e instrumentalidade do devido processo (penal) na cognição dos fatos pelo magistrado. Tais fatos “quando surgem no processo, bem como o modo e a forma como são narrados, influenciam a percepção do mesmo fato e é perfeitamente possível e muito frequente que isso leve a juízos de valor equivocados”²¹. Sustenta Carvalho²² que tais juízos de valor não possuem relevância para o mundo jurídico quando não ultrapassam a sua esfera de mera opinião, entretanto “quando de juízos de valor decorrerem restrições a direitos fundamentais de outrem, aí o problema deixa de ser apenas preocupante para tornar-se um dos mais cruciais do Direito”.

A MOTIVAÇÃO JUDICIAL COMO GARANTIA DE OUTRAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O atual sistema processual penal parte do pressuposto que o poder de punir estatal dever ser legitimado e justificado, ou seja, a intervenção

²⁰ Id., p,24.

²¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Garantias Constitucionais-Processuais Penais (a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal). **Revista da EMERJ**, v.6, n.23, 2003. p,188.

²² Id.,Ibidem.

estatal deve ser pautada em regras processuais e constitucionais²³.

Para tanto, se trabalha com um conjunto de garantias constitucionais. O primeiro grupo de garantia, são as denominada garantias processuais ou instrumentais que se relacionam com a formação do julgamento²⁴, definem especificamente o modelo cognoscitivo do julgamento, referem-se ao princípio do contraditório, às formas dos interrogatórios e demais atos de instrução, a publicidade, a motivação das decisões judiciais, o direito de defesa, dentre outras. Além dessas, discorre Ferrajoli²⁵ que há diversas garantias relacionadas à formação do magistrado, são as chamadas garantias orgânicas, tais quais, a motivação judicial, independência, imparcialidade, responsabilidade, juiz natural e à separação dos três poderes.

Tem-se que o processo é a limitação ao poder punitivo do Estado²⁶ na medida em que busca garantias constitucionais máximas ao sujeito passivo da relação processual penal. Ademais, obedecer às garantias e à concretização de direitos constitucionais é considerar o processo penal, como direito constitucional aplicado²⁷, uma vez que o direito processual penal (o Código de Processo Penal, como as demais normas infraconstitucionais) deve respeito e concordância aos ditames impostos

²³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Op. cit. p,47.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 1995. p, 539 –540.

²⁵ Id.,Ibidem.

²⁶ Nesse tocante, sobre a evolução do processo, destaca-se nos dizeres de Aury Lopes Jr, que “o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao logo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas” (**Direito processual penal**. Op. cit, p.44)

²⁷ MAZON, Cassiano. **A fundamentação das decisões judiciais e a prisão preventiva**. São Paulo: 2012, p.13.

pela Constituição Federal, que como Carta primária, “representa o escalão do Direito positivo mais elevado”²⁸.

Em defesa da matéria, trata Mazon²⁹ que a fundamentação da decisão jurisdicional é mecanismo de controle social da própria função jurisdicional, assim, é a motivação que legitima, por sua vez, a função punitiva, ao se configurar como instrumento de controle das razões pelas partes e representante do papel constitucional e não político do magistrado. Quer-se se dizer que o fundamento para a atuação do juiz, conforme Lopes Jr³⁰, “é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais”. Por meio da motivação se verifica o grau de imparcialidade e independência que detêm (ou deveria) o magistrado. Além de receber condição de natureza constitutiva de estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade das decisões judiciais³¹.

Ressalta-se que segundo Ferrajoli³² a principal garantia processual é a da jurisdicionalidade. Esta nada mais é que a atuação do magistrado na resolução de casos. Entretanto, não se mostra apenas com a presença, ou a reserva de jurisdição, do julgador no processo, mas sim com o modo que este se comporta em todo o percorrer do julgamento. Segundo o autor, tal princípio é denominado pela expressão “*nulla culpa ine iudicio*” e possui ampla ligação com a legalidade³³.

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ªed. Martins Fontes: São Paulo, 2009. p,247.

²⁹ MAZON, Cassiano. **A fundamentação das decisões judiciais e a prisão preventiva**. Op. cit, 2012, p.38

³⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Op. cit, 2014, p.159.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon. Teoría del garantismo penal*. Op. cit. p,543.

³² Id., p,538.

³³ Segundo Luigi Ferrajoli, o referido princípio corresponde ao 7º axioma do Sistema de Garantias por ele proposto e possui dois sentidos. “*En sentido lato puede expresarse con la tesis T72, nulla poena, nullum crime, nulla Lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio; en sentido estricto con la tesis T63, nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione. Según el primer principio, el juicio viene simplemente requerido por el conjunto de las garantías penales o sustanciales; conforme al segundo, es el juicio por su parte*”

Assim sendo, como lembra Pozzebon³⁴ não tem a motivação das decisões judiciais caráter meramente técnico, mas sim caráter de garantia essencial à administração da justiça em um Estado Democrático de Direito, visto que através da motivação é possível avaliar se o julgador na apuração do fato delitivo observou as regras do amplo contraditório e das circunstâncias fáticas extraídas dos autos.

Trabalha-se, então, a idéia de que motivar é poder-dever, onde o Estado-juíz representado pelo magistrado possui dever de prestar tal garantia. Remonta-se, aqui, o pensamento de Jellinek³⁵, quando da sua “teoria dos quatro *status*”. Para o autor, os direitos fundamentais são dotados de um “*status positivo*”, ou seja, ao indivíduo está possibilitado exigir atuações positivas do Estado a seu favor.

Frisa-se que para o magistrado exercer com presteza o seu poder-dever de motivação das decisões judiciais é imprescindível a observância de alguns princípios inerentes a sua formação, tais como, independência funcional, imparcialidade e responsabilidade, incumbendo-se ao magistrado o serviço de administrar a justiça, que o põe em serviço de todos aqueles que buscam por meio da tutela jurisdicional a defesa de bens jurídicos.

Obviamente, que o réu em um processo penal, busca, efetivamente, a defesa de seus direitos mais fundamentais e, certamente, que como imparcial não caberá ao juiz o papel de defensor daquele, mas caberá a este a função de garantidor. Do contrário, voltar-se-á aos tempos desarmônicos, onde não se careceria da presença do Estado na resolução de conflitos sociais³⁶.

el que reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales o instrumentales”. Id.,Ibidem.

³⁴ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. O direito fundamental à motivação no processo penal como corolário de outras garantias constitucionais. **Direitos Fundamentais e Justiça Nº8**. Jul/Set. 2009. p.153.

³⁵ JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. 1905 *apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2ª ed. Malheiros Editores.2011.

³⁶ Nesse contexto, esclarece Aury Lopes Jr. (**Direito Processual Penal**. Op., cit. p.

Nessa toada, como expõe Lopes Jr³⁷, diz-se que a independência “deve ser vista como sua exterioridade ao sistema político e, num sentido mais geral, como a exterioridade a todo o sistema de poderes”. Posto isso, cabe dizer que a independência é notória quando o juiz não se deixa assumir o papel de “herói” da sociedade, que busca incessantemente combater a criminalidade com decisões mais severas na defesa da “lei e ordem”. É dizer que um Poder Judiciário independente reconhece que o combate a criminalidade se dá por meio de políticas públicas de competência do Executivo. Enfim, independência é, também, alforriar o Judiciário das amarras do clamor público.

Ferrajoli³⁸ debate sobre a matéria ao dizer que o fundamento da independência e do poder judicial não é outra coisa senão “o valor de igualdade como igualdade de direitos”. Afirmar que direitos fundamentais pertencem a todos e que somente são garantidos quando há imparcialidade e independência do julgador, ou seja, quando este torna-se alheio a qualquer vínculo com os poderes da maioria. Faz-se capaz de intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar os direitos fundamentais, disposto a “absolver por falta de provas mesmo quando a opinião geral quiser a condenação, ou condenar, se existem provas, mesmo quando essa mesma opinião demandasse pela absolvição”. Em suma, imparcialidade a qualquer fator que não se configure prova.

No processo penal valem os critérios de julgamento desenvolvidos a partir da pluralidade ou não de provas ou confirmações, a ausência ou

160) que “o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”.

³⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Op. cit, 2014, p. 162 –163.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Editorial Trotta. 2004, p. 27 “*el valor de igualdad como igualdad en droits*”; “*absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando, esa misma opinión demandase laabsolución*”.

presença de contra provas, a refutação ou não das hipóteses alternativas à acusação.³⁹

Nessa perspectiva, é importante destacar que pela teoria dos direitos fundamentais, existem normas de organização e procedimento que não protegem direitos, mas concorrem para a sua satisfação, por veicularem decisões fundamentais que os norteiam⁴⁰. Com base nessa premissa, se afirma que a motivação das decisões judiciais para além de um direito-garantia na Constituição Federal, é uma norma de organização que concorre para a satisfação de garantias instrumentais no processo penal, ou também denominadas direito- garantias, tais como, o devido processo legal, o contraditório e princípio da presunção de inocência.

O *due process of Law* é a garantia que o imputado tem da obediência às formalidades, o respeito às regras do jogo. E forma é garantia de ausência de arbítrio. Evitam-se com o devido processo (legal) penal, situações semelhantes à narrada por Franz Kafka⁴¹ em “O Processo”, na qual “o comum e o grotesco se imiscuem, compondo uma atmosfera de estranheza e opressão, em que o absurdo toma lugar do cotidiano e é apresentado com a maior naturalidade”, evita-se, portanto, que a vergonha sobreviva à pessoa do réu, quando este se situa em um processo desconhecido, ou descabido deforma.

Como adverte a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 1º, 2º e 3º) a liberdade é plena e inerente ao ser humano e possui como presumida a inocência (artigo 11º) devendo-se provar sua culpabilidade em um processo público onde todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. Destaca-se, ainda, com o

³⁹ Id., p. 28 “*Aquí, en el proceso penal, no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis alternativas a la de la acusación*”.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p, 259.

⁴¹ KAFKA, Franz. **O processo**. 5. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

auxílio da Declaração supracitada, a relação entre o devido processo legal e a motivação das decisões jurisdicionais, quando esta menciona em seu artigo 9º que ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Nesse pensamento leciona Carvalho⁴² que o real papel das garantias processuais é dar legitimidade ao poder punitivo de intervenção do Estado na esfera individual. Discorre o autor, por fim, que “não é com arbítrio que se combate o crime. Não é com medidas legislativas que se resolve o problema da violência”. Competências atribuídas ao Estado-Juiz, que por meio do devido processo legal se efetivam, são o controle jurisdicional e administração da justiça.

O Processo, como matéria jurídica, é que dita o trâmite para a aplicação de penas e sanções. Certamente que o desrespeito ao devido processo legal, bem como a todas as suas garantias, é uma ofensa ao Estado democrático de Direito. Como lembra Bernardes, o processo judicial exige funcionamento eficaz, somente possível quando há submissão do juiz à lei processual, “não lhe sendo permitida a criação ou modificação de regras de procedimento, tendo em vista que ele não pratica a função em seu próprio nome, mas sim em nome do Estado e, desta forma, quando profere uma sentença, deve motivá-la, explicar, de maneira racional, os seus motivos para chegar até ela”⁴³.

Nos ensinamentos de Ferrajoli⁴⁴,

⁴² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Garantias Constitucionais-Processuais Penais (a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal)**. Op. cit, 2003, p.189.

⁴³ BERNARDES, Marcelo Di Rezende. **O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais**. Op. cit, 2013, p. 200.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon. Teoria del garantismo penal*. Op. cit, 1995, p. 542. “Las sentencias, sin embargo, exigen una motivación que debe ser fundada en hecho y en derecho. Las sentencias penales, en virtud de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, exigen una motivación que, además, debe fundarse en argumentos cognoscitivos en cuanto al hecho y reconocitivos enderecho”.

As sentenças, no entanto, exigem uma motivação que deve ser fundada em fato e em direito. As sentenças penais, em virtude das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade, exigem uma motivação que, ademais, deve se fundar em argumentos cognoscitivos quanto ao fato e em recognoscitivo quanto ao direito.

O alto índice de demandas processuais e o escasso tempo cujos magistrados detêm para a análise e julgamento de processos, porventura, podem prejudicar o transcorrer e conclusão racional do caso concreto. Desta feita, pode-se dizer que o devido processo legal relaciona-se intimamente com o sistema de garantias, com a função de impedir excessos prejudiciais ao pólo passivo da demanda processual, que se torna desnivelada quando possui o Estado e todo o seu aparato e instrumentos derivados do *jus puniendi*, como polo ativo.

Além de garantia, o devido processo legal e o direito fundamental à motivação das decisões judiciais são responsabilidades do Poder Público, devendo este, torná-los efetivos. Como afirma Pozzebon⁴⁵, “cabe ao juiz não só fiscalizar o respeito a estas garantias, mas também promovê-las de modo a torná-las eficazes”.

No que tange ao princípio do contraditório, a de se convir que, somente existirá quando a parte tiver pleno conhecimento da imputação que sofre, dos motivos que justifiquem sua participação no processo e das oportunidades que terá para promover sua defesa.

No conceito de Bedê Jr. e Senna⁴⁶, o contraditório se traduz

⁴⁵ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. O direito fundamental à motivação no processo penal como corolário de outras garantias constitucionais. **Direitos Fundamentais e Justiça N°8**. Jul/Set. 2009. p.152.

⁴⁶ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.129.

como a “garantia da discussão dialética dos fatos da causa, o que torna necessário que se assegure no processo a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados pelas partes”. Lembram os autores que em relação ao referido princípio, possui-se o entendimento moderno de que deverá o julgador tomar conhecimento, bem como levar em consideração a argumentação da parte, que em sua essência, deriva do princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais⁴⁷.

Pode-se dizer que materializar o contraditório é dar informação e permitir a participação e manifestação das partes no processo. Destaca, com precisão, Carvalho⁴⁸ que o contraditório e a ampla defesa são, em conjunto, uma mesma garantia processual, em que não haverá uma senão paralelo à outra e que decorrem do próprio direito de ação, haja vista que se há direito à ação, certamente haverá direito à defesa e como “o processo é hoje entendido como instrumento de garantia constitucional, é evidente que a garantia de defesa importa em garantia ao processo”, que “se para o autor da ação penal existe a garantia do direito de ação, para o réu há a garantia de desembaraçar-se desta, dentro dos prazos legais”.

Quanto à presunção de inocência, somente a devida fundamentação será capaz de superar tal garantia do processo penal. Sintetiza Lopes Jr⁴⁹ que o princípio passa a ser um *dever de tratamento*, seja para aqueles demais componentes do processo (juiz e acusador), seja para os alheios ao processo, quanto à estigmatização do acusado. Lembra-se que o estado de inocência do acusado não necessita construção, sendo ônus para o inquisidor, sua desconstrução.

Como garantia inerente ao ser, a presunção de inocência vem

⁴⁷ Id., p.131.

⁴⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castalho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p.176.

⁴⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Op. cit, p.562.

disposta no artigo 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no qual, todo homem acusado terá o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada. Em concordância, dispõe o artigo 5º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem que ninguém pode ser privado de sua liberdade, salvo se de acordo com o procedimento legal. Bem como, o artigo 14.2 do Pacto Internacional sobre os direitos do Homem, em que toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Para Cordón Moreno⁵⁰, esse é um princípio cardeal do *jus puniendi* contemporâneo. Ademais, funda todo o julgamento criminal próprio do Estado democrático de Direito, em que sua essência “não é somente que o conflito seja resolvido por um juiz imparcial através de um diálogo igualitário, racional e informado entre as partes envolvidas, senão também que esse juiz, ao tomar sua decisão, parta da presunção de inocência do acusado como regra do julgamento”.

Do princípio da presunção de inocência, deriva o “favor rei” ou *in dubio pro reo*, que é garantia para que não seja alvo de condenação aquele que em processo transcorrido não foi lograda com êxito a comprovação de sua culpabilidade, ou seja, ao analisar o conjunto probatório e permanecer em dúvida sobre a condenação ou absolvição do réu, o magistrado deve optar pela absolvição⁵¹. É dizer que dos males, melhor é ter um culpado em liberdade do que um inocente condenado. Demonstra-se tal feito a partir da motivação judicial, em que pese ser esta a única capaz de argumentar, com base em fatos alegados e provas,

⁵⁰ MORENO, Faustino Cordón. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. Elcano: Aranzadi Editorial, 1999, p. 155. “no es sólo que el conflicto lo resuelva un juez imparcial a través de un diálogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentada, sino también el que esse juez, al tomar su decisión, parta de la presunción de la inocencia del acusado como regla de juicio”.

⁵¹ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. Op. cit, p,95.

para a condenação do imputado.

A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA

Decidir é solucionar o caso concreto. Doutro modo, fundamentar é expor o raciocínio praticado pelo julgador na valoração de provas e fatos que justifique determinada tomada de decisão. Pode-se dizer que aquela decisão é conclusão desta, fundamentação. O rigor ao respeito pela forma do processo e pela estrutura do ato judicial no que tange sua motivação tem grau máximo, uma vez que a falta ou a contrariedade da motivação implica na nulidade da sentença, por vício demotivação⁵².

Gomes Filho⁵³ complementa tal pensamento quando afirma que “a apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, devem levar ao reconhecimento da nulidade”.

Acerca da fundamentação de fato e de direito, Mazon⁵⁴ destaca que esta tem relação com a identificação da norma no ordenamento jurídico, atividade inerente ao magistrado, com o intuito de solucionar a *quaestio júris*. No que tange à fundamentação de fato, é o exercício da racionalidade do juízo sobre os fatos que permite o controle da fundamentação. É o que esclarece Lopes Jr⁵⁵ ao afirmar que “o saber sobre o fato é o fim que se destina o processo”. Portanto, a racionalidade da decisão é comprovada no desfecho de todo o processo, no momento

⁵² Em concordância, Heleno FRAGOSO (**A motivação da sentença na aplicação da pena**. Op, cit. p, 24) e Antonio Magalhães GOMES FILHO (**A motivação das decisões penais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p,214).

⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.216.

⁵⁴ MAZON, Cassiano. **A Fundamentação das Decisões Judiciais e a Prisão Preventiva**. Op, cit. p.45.

⁵⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. op, cit., p.1097.

da motivação que fundamenta a sentença.

É dizer que a decisão judicial tem como requisito substancial a racionalidade e a lógica. Racionalidade como enfoque da validade dos argumentos justificativos, e lógica, pois se deve observar na decisão, um discurso coerente, ausente de contradições⁵⁶.

Atenta-se também para a necessidade da fundamentação da decisão se mostrar de maneira explícita, uma vez que desta forma se limitam as lacunas que porventura podem existir. A fundamentação implícita é um berço de lacunas que derivam questionamentos, sendo somente possível a superação destes “mediante a integração do que ficou expresso no discurso e o que não restou explicitado na justificação judicial, mediante análise de todo o contexto justificativo”⁵⁷.

Combate-se também a idéia da decisão conforme a consciência do julgador, tendo como papel fundamental de controle do ato decisório a motivação. Dela se extrai a possível discricionariedade judicial. Há que se destacar que o ato decisório deve estar em harmonia com a Constituição, e não conforme a consciência do juiz. Através do processo penal é que se passa a ter a aplicação de direitos constitucionais que evitam inquisições da consciência do magistrado⁵⁸.

Nessa perspectiva, admite-se que o processo penal é meio necessário para legitimar o *ius puniendi* estatal, conseqüentemente à aplicação da pena⁵⁹. Para tanto, as sentenças penais são dotadas de complexidade, visto que, segundo Gomes Filho⁶⁰, esta deve individualizar a pena à

⁵⁶ MAZON, Cassiano. **A Fundamentação das Decisões Judiciais e a Prisão Preventiva**. Op. cit. p.54.

⁵⁷ Id., p.58.

⁵⁸ Este raciocínio se enquadra nos perfeitos moldes daquilo defendido por Lenio Streck, onde a Consciência do magistrado, na ausência de sua racionalidade, por vezes é quem dita o Direito. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Op. cit. p.50.

⁶⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. Op. cit.

pessoa do imputado, ou seja, abordar questões de fato e de direito, bem como sua motivação que “envolve juízos de valor a respeito do crime e da pessoa de seu autor, de forma que o juiz encontre a justa medida da sanção penal para o caso concreto”.

O autor⁶¹ destaca que a função do magistrado, ainda que difícil, necessita explicitar “*como e por que* a sanção foi fixada num certo *quantum* ou, ainda, estabelecido determinado regime de cumprimento, feita uma substituição, concedida a suspensão condicional mediante tais ou quais condições, e assim por diante”. Deve-se, portanto, pautar-se em um *modelo legal* de justificação⁶², segundo o qual possui como pilar de sustentação o artigo 68 do Código Penal. Dispõe o referido artigo a ordem do procedimento decisório para o cálculo da pena. “O inter decisório e também a correspondente justificação devem obedecer a uma seqüência lógica, constituída por três etapas distintas e sucessivas, cujo objetivo é claramente evitar que a apontada discricionariedade possa converter-se em um incontrolado arbítrio judicial”. Fixar-se-á a pena base (conforme *caput* do Art. 68, do Código Penal Brasileiro) em respeito ao artigo 59, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Destaca-se, portanto, que na atual concepção de direito e processo penal em um Estado Democrático, o qual garante ao magistrado uma ampliação dos seus poderes discricionários, se torna cada vez mais importante o dever de fundamentar a pena imposta, para evitar o tanto quanto seja possível o arbítrio do julgador, para que se assegure a aplicação da pena justa⁶³ e, principalmente, as garantias constitucionais inerentes ao processo penal.

p,211.

⁶¹ Id., p,212.

⁶² Id., p,213.

⁶³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. A motivação da sentença na aplicação da pena. **Revisita de direito do Ministério Público da Guanabara**, n° 08, 1969. p,23.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, demonstrou-se que além de observância obrigatória dos magistrados e tribunais, conforme preceito constitucional ditado pelo artigo 93, IX da Carta Magna, a fundamentação da decisão jurisdicional tem grau máximo de importância e papel fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito. Há de se convir que sem o respeito ao referido princípio, ofender-se-á o próprio Direito que possui sua premissa maior ditada no corpo constitucional.

Ademais, evidenciou-se que a partir da análise e estudo da motivação proferida em decisão judicial, pode-se verificar se houve respeito aos demais princípios que norteiam todo devido processo (legal) penal. Visto que, garantidos pelo texto positivado, estes direcionam todo o caminho para um julgamento justo, pois além de possibilitar ao réu segurança contra lesões a direitos fundamentais essenciais, demonstra ato dos que houve, de fato, uma evolução social quanto à cultura do arbítrio punitivista presente em tempos de barbárie.

Em virtude disto, é que se aponta para a importância de uma devida fundamentação, posto que é por meio dela que observa-se o exercício da racionalidade do magistrado no transcorrer do julgamento. Esta, com base nas provas juntadas aos autos processuais, é que extingue o arbítrio da consciência do juiz, e proporciona a verdadeira triangularização da relação processual, na qual estará o magistrado no puro papel de julgador, livre de resquícios inquisitoriais que buscam punição a qualquer custo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2.ed– Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. **O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais**. Fragmentos de Cultura, Goiânia, v. 23, n.2, p.195-206, abr/jun.2013.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados.** Tradução dos Santos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora,1971.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal.* Libreria El Foro. Buenos Aires.1950.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Garantias Constitucionais- Processuais Penais (a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal).** Revista da EMERJ, v.6, n.23,2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal.** 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva,2014.

CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal;* prólogo de Vicente Gimeno Sendra. Madrid: Codex,1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil.* Editorial Trotta. 2004. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon. Teoría del garantismo penal.* Editorial Trotta,1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A motivação da sentença na aplicação da pena.** Revista de direito do Ministério Público da Guanabara, nº 08,1969.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são José da costa rica.** São Paulo: Atlas,2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2013.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** Editora Malheiros. 6ª ed.2014.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte.* 1905 *apud* ALEXY,Robert.

Teoria dos direitos fundamentais, 2ª ed. Malheiros Editores.2011.

LOPES JR, Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal –** 6. ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva,2014.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal.** 11 ed. São Paulo: Saraiva2014.

MAZON, Cassiano. **A Fundamentação das Decisões Judiciais e a Prisão Preventiva.** São Paulo: 2012.

MORENO, Faustino Cordón. *Las garantías constitucionales del proceso penal.* Elcano: Aranzadi Editorial,1999.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. **O direito fundamental à motivação no processo penal como corolário de outras garantias constitucionais.** Direitos Fundamentais e Justiça N°8. Jul/Set.2009.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político.** Editora Ática. 2ª ed.2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?.** 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2013.

KAFKA, Franz. **O processo.** 5. Ed. São Paulo: Martin Claret,2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8ªed. Martins Fontes: São Paulo,2009.

Rasas reflexões sobre as profundas constrictões da autonomia pelo lícito-ilícito: colisão de deveres - espaço livre de direito - Estado - tolerância -

Shallow reflexions about the deep constrictions of autonomy by the lawful-unlawful: collision of duties - legal vacuum - state - tolerance -

Matheus Almeida Caetano ¹

Resumo: O artigo desenvolverá o tema da colisão de deveres e do espaço livre de direito no âmbito do Direito Penal Médico frente a casuística das auto-e-hetero-lesões. Diante da não proibição de omissão de impedimento de eutanásia passiva sem consentimento e da não proibição da ação de (e também de omissão de impedimento de) suicídio livre e consciente, o trabalho procurará expor as contradições internas da própria ordem jurídico-penal portuguesa no tocante a proteção de bens jurídicos, apresentando as significativas constrictões da autonomia contidas no lícito/ilícito penal. Diante do direito positivo e das categorias dogmáticas clássicas, as soluções convencionais da casuística apresentada conduzirão a discussão aos temas da colisão de

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Pesquisador-visitante junto ao *Strafrechtliches Institut der Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn*. Membro do Grupo de Pesquisa *Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime. Fundamento, função e estruturação do direito penal normativo na sociedade contemporânea* (Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul), cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Bolsista do *Programa de Doutorado Pleno no Exterior* pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Processo n.º 1181-2012-2.

deveres e da teoria do espaço livre de direito em sede jurídico-penal. As conclusões parciais apresentadas terão uma significação ímpar no tocante as relações do Estado com os cidadãos, bem como na forma de solucionar casos semelhantes aos apresentados de forma a construir de fato um Direito Penal de rasgo subsidiário, fragmentário, liberal e não paternalista.

Palavras-chave: lícito-ilícito penal; colisão de deveres; espaço livre de direito; liberdade e autonomia; tolerância.

Abstract: This paper develops the issue of collision of duties and legal vacuum in the area of the Medical Criminal Law front regarding self-injuries and injuries to others cases. Considering the no prohibition's omission of obstruction the of passive euthanasia without consent and the no prohibition's action of (and too of omission of obstruction of) freedoms and conscious' suicide. This paper discusses the internal contradictions of the portuguese system of laws concerning to the protection of legal goods, introducing the important constriction of human autonomy present in criminal lawful-unlawful. Considering the positive law and the classical dogmatic categories, the conventional solutions of the presented cases conduce the discussion until the issues of collision of duties and legal vacuum in criminal law field. The partial conclusions presented will have an unique meaning about the relationship of State with the citizens, as well as, in the way of similar cases solution toward to build a really subsidiary, fragmentary, liberal e non paternalistic Criminal Law.

Keywords: criminal lawful-unlawful; collision of duties; legal vacuum; freedom and autonomy; tolerance.

Sumário: I. Introdução à casuística e breves notas sobre a metodologia empregada – II. As soluções convencionais para a casuística proposta – III. Outras soluções para a casuística – IV. À guisa de conclusão: tolerância, Estado, espaço livre de direito e direito penal

liberal

I. Introdução à casuística e breves notas sobre a metodologia empregada ²

Salientamos que os casos (e suas respectivas variáveis) apresentados, bem como os institutos do estado de necessidade e da colisão de deveres serão submetidos concomitantemente às duas forças: uma dedutiva e outra indutiva. A primeira guiará a hermenêutica para classificar os casos apresentados como hipóteses de aplicação da colisão de deveres diante da legislação e das dogmáticas jurídico-penais. O método indutivo auxiliar-nos-á na compreensão dos conflitos existenciais ³, com destaque para os casos e as variáveis abaixo propostos, objetivando extrair o que

² Abreviaturas e siglas: **ADPCP** (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia*); **BMJ** (Boletim do Ministério da IVS-TIÇA); **CP** (Código Penal português); **CRP** (Constituição da República Portuguesa); **D.A.V.** (Diretiva Antecipada de Vontade); **GA** (*Goldammer's Archiv für Strafrecht*); **HLR** (*Harvard Law Review*); **JME** (*Journal of Medical Ethics*); **JRE** (*Jahrbuch für Recht und Ethik*); **JuS** (*Juristische Schulung*); **JZ** (*Juristische Zeitung*); **REC** (Revista de Estudos Criminais); **RENTEV** (Registo Nacional do Testamento Vital); **RG** (*Reichsgericht*); **RPCC** (Revista Portuguesa de Ciência Criminal); **StGB** (*Strafgesetzbuch*); **T.V.** (Testamento Vital); **U.T.I.** (Unidade de Tratamento Intensivo); **ZStW** (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*). Observação: utilizar-se-ão os termos colisão de deveres e conflito de deveres sem quaisquer distinções relevantes neste artigo.

³ Denominaremos assim os casos e variáveis apresentados neste artigo, reconhecendo também a nomenclatura de outros autores, *vg.*: «casos trágicos», «escolhas trágicas» ou «casos extremos» [*cf.* em: HILGENDORF, Eric. HILGENDORF, Eric. *Tragische Fälle. Extremsituation und strafrechtlicher Notstand*. BLASCHKE, Ulrich; FÖRSTER, Achim; LUMPP, Stephanie; SCHMIDT, Judith (*Hrsg. von.*). **Sicherheit statt Freiheit?** Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 107, 109 e 131]; «casos de colisão dramáticos» [*cf.* em: KORIATH, Heinz. «Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik». **JRE 11 (2003)**, p. 318]; «situações-limite (ou -catastróficas)» [*cf.* em: KÜPER, Wilfried. «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“». **JuS 21 (1981)**, p. 786]. Reconhecemos que essas expressões, bem como a da «comunidades de perigo» são tradicionalmente utilizadas para as situações de conflitos de vida contra vida, o que não será objeto de análise neste trabalho, mas o que, por sua vez, não impossibilita o chamamento daquelas à casuística proposta, conforme procuraremos justificar ao longo do texto.

eles apresentam de diverso em relação aos outros e as dificuldades de cada particularidade enfrentada, bem como diferenciar as situações de colisão de deveres das do estado de necessidade. Em especial, notar-se-á tanto a insuficiência dos critérios gerais ⁴ decorrentes das categorias suprarreferidas para a solução de alguns casos de conflitos existenciais, quanto os limites dos critérios específicos ⁵ construídos topicamente para determinados grupos de casos.

Justificamos a predominância da indução nesta pesquisa, porque, além da própria origem da colisão de deveres ⁶, partimos inicialmente

⁴ O que demonstra que o método dedutivo (a generalização de uma ou de um grupo de particularidades comuns) encontra sempre alguns limites, ou seja, em certos casos de conflitos existenciais são levantadas hipóteses não satisfatoriamente resolvidas pelas teorias do estado de necessidade e da colisão de deveres atuais. Para além disso, acreditamos ser pertinente lembrar que o fundamento operacional do *Civil Law* centra-se no método dedutivo, o qual retira do *law-in-books* e do direito positivo as respostas para os casos concretos. Contudo, o mundo da vida surpreende o mundo do sistema normativo (destacadamente o jurídico-penal), permitindo com que este seja atualizado pela jurisprudência (na qual o método indutivo desempenha um papel sobressalente) com uma relevante significação para o tema aqui proposto, conforme elucidaremos nas notas seguintes.

⁵ A necessidade de construir critérios para a solução de casos especiais decorre do método indutivo (a diferenciação de uma ou de um grupo de particularidades em face ao geral). O método indutivo é um solo fértil para a observação e construção de critérios ético-sociais para a solução dos conflitos existenciais, mas também guarda os seus próprios limites, como o curioso choque entre as concepções dogmáticas do Direito Penal (marcadas por uma força centrípeta) e aquelas da moral social (marcadas, com maior ou menor intensidade, segundo o contexto social concreto, por uma força centrífuga). Em sentido complementar à nota anterior, o método indutivo consiste no *modus operandi* predominante no *Common Law*, já que estimulador do *law-in-action*.

⁶ Como se sabe, trata-se daqueles institutos originários de uma decisão jurisprudencial, a saber: a Sentença do RG de 11 de março de 1927 que reuniu, dentro de um conceito amplo de «estado de necessidade justificante supralegal» («*Übergesetzlicher Rechtfertigender Notsatand*»), a colisão de bens jurídicos («estado de necessidade de bens jurídicos»/«*Güterkollisionnotstand*») e a colisão de deveres («estado de necessidade de deveres»/«*Pflichtnotstand*»). Ao que tudo indica, essa sentença acolheu a teoria ampla do estado de necessidade de *Binding*, na qual este autor tratava a colisão de deveres, a colisão de bens jurídicos e a colisão entre bens jurídicos e deveres (*gr.* em: **BINDING**, Karl. **Handbuch des Strafrechts**. 1. (einziger) Band. Aalen: Scientia Verlag, 1991, p. 759).

do plano concreto dos problemas humanos⁷ para o plano deontológico-abstrato das normas, e não o contrário; o que não significa que ignoramos o método dedutivo nem a dimensão normativa dos problemas a serem desenvolvidos. Advertimos também que, de forma bem singela, é intentado fornecer apenas conclusões parciais acerca do(s) tema(s) ao final deste artigo, pois as dúvidas – desde o sempre – constituem (e continuarão a constituir) o fio condutor da pesquisa, instigadas pelo critério da injustiça material de algumas soluções jurídico-penais em determinadas situações. Posto isso, passamos à casuística proposta:

*Caso A*⁸: X dá entrada na emergência de um hospital público em

⁷ Por exemplo, *Gallas* parece partir da metodologia indutiva para a sua classificação dos conflitos de deveres puros, pois, sendo esses frutos do mesmo sistema normativo, isso significaria que os casos concretos podem surpreender a ordem jurídica, *cf.* em: GALLAS, Wilhelm. «Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund». **Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag**. Berlin: C. H. Beck, 1954, pp. 316-317. Por outro lado, *Bartholomé* parte do plano abstrato das normas (o que sugere a utilização predominante do método dedutivo), considerando puro o conflito de deveres oriundo de sistemas normativos diversos, *cf.* em: BARTHOLOMÉ, Josef. **Die Bedeutung der Pflichtenkollision im Strafrecht**. Abhandlung zur Erlangung der Doktorwürde vorgelegt der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn. Leipzig: Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig, 1930, pp. 2-3. Segundo *Nunes*, o último autor assim procede «para não pôr em causa a unidade da Ordem Jurídica» [*cf.* em: NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. **O conflito de deveres em Direito Penal Médico**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000/2001, p. 90], o que faz com que, segundo *Santos*, àquele «seja forçado a concluir pela inexistência de conflitos de deveres dentro do mesmo sistema normativo» (SANTOS, Boaventura de Sousa. **O conflito de deveres em direito criminal**. Trabalho apresentado para exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1964-1965. Coimbra: Mimeografado, 1965, p. 67).

⁸ O caso formulado por nós foi inspirado no(s) trabalho(s) de *Morão* [*cf.* em: MORÃO, Helena Marisa Pinheiro da Costa. A eutanásia passiva e o dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. Resposta jurídico-penal a uma colisão de valores constitucionais. **Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais no Seminário de Direitos Fundamentais: Integridade física e disponibilidade do corpo humano: o biodireito e os direitos fundamentais**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002; da mesma autora. «Eutanásia

perigo de morte (já inconsciente e destituído de T.V.), sendo submetido a uma intervenção médico-cirúrgica. X está inconsciente na U.T.I. e o seu quadro médico é confirmado: doença sem cura e o único tratamento apenas prolongaria a vida ao alto custo de limitações psíquicas e físicas. X não tem família conhecida nem representante legal, no momento. O médico Z decide não realizar o tratamento médico face ao ausente consentimento de X, o que acaba por não prolongar a inevitável morte, mas resguardados todos os cuidados humanitários possíveis para dar-lhe o conforto necessário em seus últimos momentos de vida. Seria a conduta de Z ilícita devido a prática da eutanásia passiva ausente de qualquer consentimento de X?

Variável A₁: Conservam-se todas as circunstâncias acima, mas Z decide realizar a intervenção médica invasiva (sem possibilidade de cura) para prolongar a vida de X, mesmo diante de efeitos colaterais significativos (dores físicas e psíquicas). Seria a conduta de Z também ilícita aqui pela realização de uma intervenção médica destituída de consentimento de X?

Variável A₂: Imagine-se as mesmas circunstâncias do caso anterior, mas sendo X um ancião japonês que chega à emergência do hospital público por ter pratica-

passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. Resposta jurídico-penal a uma colisão de valores constitucionais». **RPCC 16 (2006)**, pp. 35-84] e de Nunes, em especial, com algumas semelhanças com o caso 18 apresentado por este, conforme abaixo transcrito [*cf.* em: NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. **O conflito de deveres em Direito Penal Médico**, p. 12: «**Caso 18** B é um doente incurável em estado terminal que sofre de uma doença que lhe causa imenso sofrimento. A única possibilidade de lhe prolongar a vida (e o sofrimento) por mais algum tempo (as chances de B sobreviver reduzem-se praticamente a zero) é proceder a «cuidados extraordinários». A, médico, recusa-se a praticar tais cuidados e limita-se a administrar-lhe medicamentos que diminuem o sofrimento mas nada adiantam quanto a prolongar a vida. B acaba por morrer mais depressa do que morreria se A lhe tivesse administrado cuidados extraordinários», mas sem ter sofrido o que sofreria»].

do um *baraquiri*⁹. Prestes a iniciar os procedimentos de salvação de X, Z descobre uma D.A.V.¹⁰ em um de seus bolsos com o seguinte conteúdo: «Perca a honra e a vida também estará perdida. Recuso qualquer tipo de tratamento ou intervenção médica destinados a influir no desfecho da purificação de minha honra para a eternidade, nos termos do T.V. n.º xxx, conforme RENTEV n.º xxx». Em razão de Z ser descendente de japoneses, ele compreende as circunstâncias e decide não intervir para salvar X.

Caso B: Conserva-se basicamente as mesmas condições da *Variável A₂*, excluindo-se todo o contexto do hospital e adicionando a intervenção de um novo ator. Y é um *kaishakunin*¹¹ e “auxilia” X de forma material à

⁹ É um tradicional ritual suicida da cultura samurai. A tradução deste termo japonês é «cortar a barriga», sendo um termo popular da expressão erudita *seppuku* (traduzida por «cortar o ventre»). O ritual caracteriza-se por uma preparação da pessoa (geralmente de grandes guerreiros, os samurais) que vai desde a realização de banhos de purificação (tanto para o corpo quanto para a alma), o vestir da indumentária especial (de cor branca para simbolizar a virtude e a integridade do agente), a confecção do último poema, até a bebida do último saquê, sendo a finalidade do ato a reparação da honra do suicida, conforme determina o *bushido* (o Código de Ética dos Samurais). Conforme diz um adágio samurai: «perca a honra e a vida também estará perdida». Apenas a título de curiosidade, além da questão da honra, o *seppuku* também era muito comum enquanto ato de lealdade aos *daimiôs* (grandes proprietários de terras que mantinham a segurança por meio de um exército de samurais). Neste último sentido, entre os séculos XII e XIX, o Japão foi governado por *daimiôs*, a quem os samurais juravam fidelidade, podendo esses vincularem-se a só um daqueles em vida, por isso o ato do *seppuku* (também) representava seguir o seu *daimiô* no plano além da vida.

¹⁰ Imagine que X porta algumas diretivas antecipadas de vontade no formato de testamento vital, com destaque para restrições em matéria de cuidados de saúde, nos termos da Lei n.º 25 de 16 de julho de 2012. Por exemplo, «não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais» (artigo 2º, n.º 2, a, dessa Lei) e mesmo em caso de necessidade, não receber qualquer transfusão de sangue por motivos culturais e religiosos (pela literalidade do n.º 2, *in fine*, do artigo 2º, parece se tratar de um rol exemplificativo («nomeadamente»)).

¹¹ O *kaishakunin* era o samurai amigo do suicida (podendo ser até mesmo um inimigo

prática do *baraquiri* por meio do golpe de misericórdia. X vem a óbito imediatamente após o certo e mortal golpe de espada de Y.

Exposta a casuística, na seção seguinte, serão apresentadas algumas das soluções da doutrina jurídico-penal portuguesa com seus respectivos dilemas.

II. As soluções convencionais para a casuística proposta

Diante do *Caso A*, mesmo sendo uma situação de conflito existencial, Z fica propenso a responder por homicídio omissivo impróprio [artigo 10.º, I, II, e, artigo 131.º (ou, a depender da benevolência interpretativa do Ministério Público, por homicídio privilegiado, artigo 133.º) do CP], por não ter realizado o novo procedimento médico, o que «ão prolongou o processo de» a morte de X.

Inicialmente não se trata aqui de um caso de eutanásia ativa direta («auxílio médico *para* a morte» ou «ajuda à morte ativa direta»¹²) nem indireta (também conhecida como ortotanásia, «auxílio médico *na* morte» ou «ajuda à morte ativa indireta»¹³), e sim de uma eutanásia

que, em reconhecimento à bravura e coragem do rival, participava do ato) que acompanhava a cerimônia do *seppuku*. Em caso do golpe do samurai suicida conduzir a uma longa e dolorosa morte (considerando-se que, nesses rituais, a morte geralmente levava horas), a função daquele perante a cerimônia era desferir o golpe de misericórdia para interromper o sofrimento do guerreiro suicida, pois já havia este provado a sua coragem e determinação. A título de curiosidade, o golpe misericordioso consistia na quase decapitação do samurai, deixando a cabeça ainda pendurada ao corpo por um pedaço de pele, já que o fazer rolar aquela pelo chão era considerado um ato de desrespeito.

¹² Cfr.: QUINTELA DE BRITO, Teresa. «Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores». RPCC 12 (2002), p. 400; DIAS, Jorge de Figueiredo. «Nótula antes dos comentários ao artigo 131.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial. 2.ªed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 20 (§31).

¹³ Id., *Ibid.*

passiva *ausente*¹⁴ de consentimento. Z agiu motivado pelos dispositivos 32.º (n.º 2), 58.º (n.ºs 1 e 2) e 59.º (n.ºs 3 e 4) do *Código Dentológico da Ordem dos Médicos Portugueses*, que determinam, em caso de tratamento médico sem perspectiva de cura nem melhora da saúde de forma eficaz, ser aconselhável não realizá-los, sob pena de realização de um tratamento degradante.

Quintela de Brito defende que prevalece, no caso do paciente em estado de inconsciência (por exemplo, X no *Caso A*), o princípio *in dubio pro vita* (previsto no artigo 156.º, n.º 2, *in fine*, do CP), o que «obriga o médico a intervir sempre que se não possa concluir com segurança que o consentimento seria recusado»¹⁵. Também neste sentido, *rectius* indo além dele, *Faria* afirma a presença da culpa nos casos de eutanásia passiva ausente de uma vontade expressa, livre e atual do paciente pela impossibilidade de se reconhecer “uma existência sem valor”¹⁶. Comungando com elas

¹⁴ Chamamos a atenção para o fato de que, a ausência do consentimento não implica contrariedade à vontade de X, o problema é saber o seu exato conteúdo, pois X encontra-se em uma situação física que simplesmente o impossibilita de manifestar a sua vontade, bem como não há elementos, em nosso *Caso A* (por exemplo, familiares, amigos ou pessoas próximas da convivência social de X; inexistência de registros fidedignos das convicções ideológicas, políticas, religiosas e outras; nem D.A.V.), que permitam invocar os consentimentos presumido ou hipotético.

¹⁵ QUINTELA DE BRITO, Teresa. «Responsabilidade penal dos médicos», p. 407, destaques da autora. Por uma questão de verossimilhança do pensamento desta autora, colocamos a continuação do trecho supracitado: «Não há tratamento médico-cirúrgico arbitrário ante uma qualquer vontade presumida do paciente moribundo no sentido da não preservação da vida», citando aqui o penalista português Manuel da Costa Andrade. Justificamos esta separação por duas razões: (i) conforme advertido na nota anterior, não consideramos o Caso A suscetível de aplicação do instituto do consentimento presumido; (ii) por uma questão didática da abordagem dos casos e variáveis neste trabalho apresentados, achamos por bem separar in limine as questões por posteriormente as analisar em conjunto no item III.

¹⁶ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **Aspectos jurídico-penais dos transplantes**. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 99. Acompanhando de uma forma mais amena tal posicionamento (citando inclusive a autora, mas ponderando ser «muito provavelmente culposa»), *Quintela de Brito* afirma que «na ausência de uma vontade do paciente expressa, livre e atual contrária ao tratamento, será ilícita – e, também, muito provavelmente culposa – a eutanásia passiva» (QUINTELA DE BRITO, Teresa. «Res-

da ideia sacral de vida (em virtude da extensão atribuída ao princípio *in dubio pro vita*), *Costa Andrade* parece inclinar-se, no limite, à ilicitude da ação de Z no *Caso A*, pois defende uma justificação da conduta oposta (exatamente o comportamento de Z na *Variável A*) com fundamento no consentimento presumido, pois, diante da sistemática do CP, reconhece-se a existência de uma «fragmentariedade reforçada» no crime de «intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários» (artigo 156.º do CP). Já que o bem jurídico tutelado (a liberdade de dispor do corpo e da própria vida) geralmente se faz ao custo da saúde e da vida da pessoa: «A fragmentariedade qualificada da incriminação obedece, assim, a uma intencionalidade clara: *in dubio pro vita* (ou *pro salute*)»¹⁷.

Além disso, *Costa Andrade* também afirma que, «se o tratamento for necessário para salvar a vida do paciente, estaremos já no campo da tradicionalmente chamada *eutanásia passiva*»¹⁸, o que colocaria a conduta de Z como ilícita aqui por ter ignorado o consentimento presumido¹⁹,

ponsabilidade penal dos médicos», p. 408, destaques da autora).

¹⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 156.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ª ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 601 (§13). Em seguida, no §14 (pp. 601-602) dos seus comentários, o autor defende duas ordens de argumentos em direção a essa presunção em favor da vida e da saúde: (1.ª) no «plano adjetivo-processual», a existência do «caráter *semi-público* da infração» (o crime do artigo 156.º do CP exige queixa-crime); (2.ª) no «plano substantivo», em suas palavras, «a fragmentariedade atualiza-se tanto ao nível da *tipicidade* como da *ilicitude/justificação*», e neste último nível apregoa a importância do regime do consentimento presumido.

¹⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 156.º», p. 620 (§51). Aqui podemos argumentar que, nas circunstâncias do *Caso A*, sim, a vida de X poderia ser salva, mas há de se questionar: a quê preço? Qual qualidade mínima de vida X teria com o sofrimento decorrente do único procedimento médico a ser realizado? Em síntese, já antecipamos que, Z não poderia salvar a vida de X, e sim apenas estendê-la ao alto custo de dores psíquicas e físicas.

¹⁹ Tanto é, que o autor é categórico ao defender que «a justificação *só será excluída se puder concluir-se com segurança que ele seria recusado*. Um *non liquet* a este propósito – isto é, sempre que não seja seguro que o consentimento seria recusado – determina a legitimação do tratamento» [COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 156.º», p. 620 (§51)].

com o quê não podemos concordar. Primeiro não nos parece admissível nem pertinente equiparar o suicida (sobretudo o suicida ativo) à X²⁰, além de extrapolar os fatos do *Caso A*, isso contribuiria, em um sentido inverso, para que, possivelmente, fosse estabelecida uma presunção de consentimento também para a eutanásia passiva, o que poderia, no máximo, excluir a ilicitude da omissão de tratamento médico arbitrário por conflito de deveres (artigo 36.º do CP)²¹. Segundo, pelo raciocínio inverso, a realização arbitrária (já que sem qualquer consentimento possível e excluídas todas as hipóteses do n.º 2 do artigo 156.º do CP) de um tratamento médico ineficaz dirigido apenas à manutenção de uma vida moribunda e sem perspectivas lesaria a autonomia, a autodeterminação e liberdade de X²².

Sinde Monteiro e Dias inclinam-se neste sentido por emitirem a

²⁰ Cfr. em seguida (na nota 29) o trecho de *Costa Andrade* [COSTA ANDRADE, Manuel da. «**Comentário ao artigo 156.º**», p. 612 (§34), destaques do autor].

²¹ Exatamente neste sentido, *Quintela de Brito* reconhece aqui uma conduta típica de homicídio por omissão (na eutanásia passiva consentida), mas «também estará justificada por conflito de deveres (art. 36.º), já que opta por cumprir os deveres (mais adstringentes) de omitir o prolongamento do sofrimento do moribundo e de omitir o desrespeito pela sua autodeterminação, violando o dever de agir para preservar a vida» (QUINTELA DE BRITO, Teresa. «**Responsabilidade penal dos médicos**», p. 409).

²² Também não sendo um tema para desenvolvimento nesta oportunidade, mas que merece, pelo menos, um breve comentário, é o do conteúdo e da extensão (para além do princípio) da dignidade humana. Esta parece ser indissociável da autonomia, autodeterminação e da liberdade em sentido amplo, mas ainda carece de contornos melhor definidos e delimitados. Isso é importante porque se, de um lado, nota-se uma hiperdivulgação dela, por outro lado – tal qual o fenômeno da excessiva oferta de bens na economia – essa superexposição leva ao seu desgaste enquanto instituto – como a desvalorização dos produtos em larga oferta no mercado –, o qual, não temos dúvidas de afirmar, é da maior relevância. Por fim, são esclarecedoras as palavras de *Pelloniã*: “Entendo que a dignidade pessoal, em um âmbito onde liberdade e saúde formam um denominador comum, demanda um princípio inflexível - de acompanhamento, de diligência nos cuidados sanitários - conjuntamente com um leque de regras contingentes e mais elásticas, assunto que eu assumo, tem que receber qualquer lei ou norma individual a respeito” (PELLONIÃ, Fernando M. Machado. «Disquisición a propósito de la muerte digna». **REC 52** (2014), p. 64).

seguinte opinião face às situações muito próximas as do *Caso A*, vejamos: «(...) a tendência parece ser para considerar que um tal auxílio não constituirá homicídio se se traduzir na utilização de meios indispensáveis para poupar o paciente ao decurso consciente de uma agonia cruel – salvo, naturalmente, se houver razões para crer que outra é a vontade do moribundo»²³. *Nunes* defende aqui uma exclusão da ilicitude da omissão de Z por conflito de deveres (artigo 36.º, I, do CP), pois, embora o primeiro filtro da hierarquia de bens jurídicos em colisão conduza à prevalência do dever de salvar X (vida – dever de ação), há-de-se levar em consideração aqui «a violação inadmissível do princípio da dignidade da pessoa humana em situações de conflito»²⁴, seja porque Z não atuaria

²³DIAS, Jorge de Figueiredo; SINDE MONTEIRO, Jorge. «Responsabilidade médica em Portugal - A responsabilidade criminal (parte 3)». BMJ 332 (1984) , p. 77 (segue o trecho completo do qual fora retirada a citação acima: «Por outro lado o médico não é obrigado a intervir no sentido de prolongar a vida do paciente para além do período natural, salvo se tal lhe for expressamente requerido pelo doente. Duvidoso é o caso em que o auxílio médico à morte determina um encurtamento do período natural de vida; mas a tendência parecer ser para considerar que um tal auxílio não constituirá homicídio se se traduzir na utilização de meios indispensáveis para poupar o paciente ao decurso consciente de uma agonia cruel – salvo, naturalmente, se houver razões para crer que outra é a vontade do moribundo», pp. 76-77). Embora reconhecemos o fato de que a nossa leitura possa ser questionada e a inexistência de especificação, pelos autores citados, do fundamento da exclusão da responsabilidade penal dos médicos neste caso.

²⁴NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. O conflito de deveres em Direito Penal Médico, p. 160. O autor adverte que «o princípio da dignidade da pessoa humana e a concepção atual do consentimento como condição necessária para haver justificação de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (que é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana) deverão ser afastados em determinadas situações de conflito de deveres, devendo ser excluída a ilicitude nessas situações, desde que verificadas certas condições (que veremos quais são)» (p. 5), bem como «se um dos bens jurídicos for mais valioso do que o outro, o dever que tutela esse bem jurídico é, desde logo e sem termos que recorrer a outros critérios de hierarquização, o dever mais valioso, exceto se considerações inerentes à dignidade da pessoa humana impuserem, no caso concreto, a preponderância do dever que tutela o bem jurídico de valor inferior (tutelado por um dever de omissão) face ao bem jurídico superior (tutelado por um dever de ação), porque se ignorará este primeiro critério e passar-se-á ao segundo critério, à luz do qual o dever de omissão prevalece (em regra) sobre o dever de ação» (p. 124).

em benefício de X (não pode ser curado), seja porque a ordem jurídica não apontaria para uma decisão contrária, a qual jamais salvaria a vida de X e apenas prolongaria o seu sofrimento; seja ainda, por fim, porque «o dever de abstenção de ‘terapêutica sem esperança’ constitui um limite ao dever de assistência pelo que, *in casu*, o único dever vinculante para o médico seria mesmo o de abstenção de terapêutica sem esperança»²⁵.

Z agiu ao menos (porque *Faria* e – também, mas de forma suave – *Quintela de Brito* admitem até mesmo a culpa; e *Costa Andrade* defende a justificação da intervenção médica ausente de consentimento) ilicitamente no *Caso A*, sendo apenas *Nunes* a aplicar a causa de justificação do conflito de deveres (equipotentes) à conduta de eutanásia passiva *ausente* de consentimento. Em síntese, como não estamos frente a uma eutanásia passiva «com consentimento expresso ou, ao menos, presumido do paciente»²⁶, não se pode cravar com absoluta certeza a licitude da não intervenção médica por Z em X.

Na *Variável A*, Z intervém cirurgicamente sem o consentimento de X e poderá responder pelo crime do artigo 156.º do CP, pois, embora este dependa de queixa-crime, não seria de se excluir a possibilidade de que os familiares de X aparecessem e realizassem-na até o último dia da prescrição daquele. Z decidiu agir com base no artigo 57.º, n.ºs 1 e 2, do *Código Dentológico da Ordem dos Médicos Portugueses*, em razão da proibição do médico realizar tanto a eutanásia quanto a distanásia. A ausência (*rectius* a impossibilidade de determinação) da vontade de X não permite indicar qual seria o melhor interesse para este, nem a correção da manutenção

²⁵ Id., *Ibid.*, pp. 160-161 (conforme as aproximações do nosso Caso A com o Caso 18 (cfr. nota 8 na p. 3 acima) deste autor, adaptamos apenas os personagens envolvidos com a manutenção dos argumentos utilizados pelo último).

²⁶ ESER, Albin. «Entre la «santidad» y la «calidad» de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida». Traducción de Patricia R. Laurenzo. **ADPCP XXXVII (1984)**, p. 775. Também estamos cientes aqui – e portanto não vamos distorcer o pensamento do autor – de que *Eser* defende, sob «a premência do direito de autodeterminação» do doente, a «interrupção do tratamento» diante do consentimento expresso e pelo menos presumido dele.

ou iniciação de «meios extraordinários de manutenção da vida», o que, digamos de passagem, não é resolvido pelo *Código Deontológico*²⁷.

Aqui a conduta realizada por Z representa o inverso da praticada na matriz do *Caso A*, *Quintela de Brito, Faria e Costa Andrade* provavelmente considerariam lícitas as intervenções médico-cirúrgicas ausente de consentimento. Além disso, embora admitamos que seja questionável, poder-se-ia aplicar analogicamente o artigo 154.º, n.º 3, do CP para evitar qualquer possível imputação pela prática do crime do artigo 156.º CP. Assim, a ordem jurídica portuguesa parece autorizar Z a realizar o novo procedimento médico, ainda que ao custo da qualidade de («sobre»)vida de X, já que não se admite (nem mesmo com consentimento do afetado, lembramos que aqui e no *caso A* é impossível obtê-lo) a «heterolesão» de bens jurídicos indisponíveis²⁸. A proibição de heterolesão de bens jurídicos personalíssimos por terceiros sem consentimento impediria Z de omitir (licitamente) o seu dever de ação, a vida de X só poderia ser disposta pelo próprio, que, pelas condições no caso proposto, não pode fazê-lo. Por fim, ao contrário dos demais, *Nunes* consideraria a conduta de Z passível de justificação (artigo 36.º, n.º 1, do CP), já que considera o dever de não promover a intervenção médico-cirúrgica ausente de consentimento equipotente ao dever de salvar uma vida moribunda, cabendo ao agente escolher qual dever deve cumprir.

²⁷ Por exemplo, no artigo 46.º, n.ºs 4 e 5, há a determinação de que a decisão do doente ou dos representantes legais ou dos familiares é imprescindível para determinação do melhor interesse do doente [«4. (...) entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer. 5. Os representantes legais ou os familiares podem ajudar a esclarecer o que os doentes quereriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade» (grifos livres)]; assim como, no artigo 59.º, n.º 4, há a seguinte diretiva: «4. O uso de meios extraordinários de manutenção da vida não deve ser iniciado ou continuado contra a vontade do doente».

²⁸ Ao refletir sobre a eutanásia ativa direta (que, antecipamos desde já, não é a situação do nosso *Caso A*), *Quintela de Brito* adverte que «o consentimento não exclui a ilicitude do homicídio, porque a vida é um bem indisponível relativamente a lesões perpetradas por terceiros. Só surge como um bem disponível para o próprio titular» (QUINTELA DE BRITO, Teresa. «**Responsabilidade penal dos médicos**», p. 399).

A *Variável A₂* apresenta uma complexidade ímpar, trata-se de uma tentativa de suicídio por X acompanhada de uma D.A.V., tendo Z respeitado o desejo suicida daquele (em virtude de compreender culturalmente a relevância do ato do *baraquir*), omitindo qualquer intervenção médica para salvá-lo. Interessante posicionamento é o de *Costa Andrade* nesta esfera, porque, ao defender que não deve «negar-se a eficácia justificativa do art. 154º, n.º 3, *al. b*), ao médico que, contrariando a vontade expressa do ‘suicida’-paciente, leva a cabo tratamentos para lhe salvar a vida»²⁹, reconhece em seguida que isso não implicaria um dever de agir do médico suscetível de imputá-lo a prática do artigo 134.º do CP por omissão³⁰.

Com uma grande propensão à decisão contrária de Z nesta *Variável A₂*, ou seja, optando por salvar X, podemos mencionar *Quintela de Brito*³¹. Também neste sentido, com um exemplo bastante próximo³², *Nunes*

²⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 156.º», p. 612 (§34), destaques do autor. Neste sentido, já constava a nossa observação a tal respeito na nota 20 alhures.

³⁰ O que, destacamos e lembramos aqui, não fora realizado por Z em nossa *Variável A₂*, o que levaria naturalmente o autor a reconhecer a ilicitude de sua conduta. Ver a continuação *expressis verbis* desse posicionamento na nota 46.

³¹ Dizemos aproximação aqui porque, no caso apresentado pela autora, o paciente que deseja morrer (suicida) está moribundo e parece escolher o final trágico para colocar fim ao seu sofrimento, vejamos: «Se o médico se decidir pela preservação da vida do paciente, contra a sua vontade expressa, livre e atual, cometerá tratamento arbitrário possivelmente justificado com base na ideia subjacente ao art. 154.º, n.º 3, alínea b). Se o médico optar por nada fazer, respeitando a vontade expressa, livre e atual do moribundo nesse sentido, a sua conduta típica de homicídio também estará justificada por conflito de deveres (mais adstringentes) de omitir o prolongamento do sofrimento do moribundo e de omitir o desrespeito pela sua autodeterminação, violando o dever de agir para preservar a vida» (QUINTELA DE BRITO, Teresa. «Responsabilidade penal dos médicos», p. 409).

³² A proximidade do Caso 4 de *Nunes* (a seguir enunciado) com a nossa *Variável A₂* decorre do seguinte trecho «no nosso caso n.º 4, o paciente quer ser salvo, mas não pela realização de uma transfusão de sangue, que é o único meio de o salvar de morrer (nesse caso, prefere morrer)» (p. 115), ou seja, o Caso 4 passa a ser também, após a informação de A (o médico) à B (paciente que é Testemunha de Jeová) que a única forma de salvá-lo é através da transfusão de sangue, um exemplo de suicídio (embora

consideraria a conduta de Z ilícita, porque o dever de ação (salvar a vida de X aqui ou a de B em seu Caso 4) é mais relevante que o dever de omissão (não intervenção no desfecho fatal do ato do *seppuku* por X, ou a não realização da transfusão de sangue contra a vontade expressa de B por motivos religiosos). Assim, Z deveria ter salvado X, pois sua

reconheçamos que *Nunes* não esclarece isso em seu texto). O que muda aqui é apenas a motivação de X e de B face à própria morte, a honra e os valores do *bushido* (o Código de Honra Samurai) para o primeiro e a crença religiosa para o último. Segue o exemplo do autor: «**Caso 4 A**, médico, efetua uma transfusão de sangue em B – que sofre de uma hemorragia digestiva grave, com hemoglobina abaixo dos 5 gr/dl – contra a vontade deste, o que se deve às suas convicções religiosas (B é testemunha de Jeová). B salva-se devido ao fato de ter efetuado a transfusão de sangue, caso contrário, morreria» (NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. **O conflito de deveres em Direito Penal Médico**, p. 9). Apenas para complementar as informações deste Caso 4, B é adulto e plenamente capaz, encontrando-se em pleno exercício de suas capacidades mentais, portanto descartados aqui quaisquer limites ou vícios de vontade. Parece-nos que o desenvolvimento da solução proposta por *Nunes* merece algumas críticas, a saber. Primeiro, (1) a hierarquia de bens jurídicos (a ponderação) adotada pelo autor parece ignorar a crucial diferença entre os bens jurídicos do mesmo titular em conflito em um caso concreto e os bens jurídicos de titulares diferentes em conflito abstratamente. Em segundo, não nos parece consistente, sob o ponto de vista de um Direito Penal de cariz liberal, acatar os seguintes argumentos de *Nunes*: (2.1) «(...) nem detectamos aqui qualquer violação inadmissível do princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que A atuou no interesse de B» (p. 151, *in limine*) ou ainda «(...) o médico atua no interesse do paciente, isto é, visando o bem do paciente» (p. 115, razão 1), questionamos aqui o que resta da autonomia e autodeterminação de B?; (2.2) «a ação praticada por A é boa, visa intencional e diretamente um efeito bom e o efeito bom tem um peso proporcional capaz de justificar a aceitação, mesmo indireta, do efeito mau pelo próprio agente» (p. 151), vê-se aqui uma deturpação tanto do princípio do duplo-efeito quanto ao seu âmbito de aplicação, além de ser altamente questionável a legitimidade do médico determinar o que seria bom ou mau para o paciente para além da *leges artis*; (2.3) o que mais causa inquietação são os trechos altamente subjetivos de *Nunes* face aos aspectos religiosos de B, por exemplo, «(...) parece-nos, salvo o devido respeito, irracional que, numa situação como a do nosso n° 4, se deixe morrer alguém apenas porque essa pessoa por razões religiosas se recusa a receber o tratamento necessário para salvar a vida (...), «(...) atua no interesse da Ordem Jurídica uma vez que não concebemos que a oposição a uma atitude que, salvo o devido respeito, reputamos de irracional (por motivos religiosos recusar a transfusão de sangue, ainda que, por causa disso, acabe por morrer!)»; não nos parece que a ordem jurídica tenha interesse, nem, muito menos, que adote uma postura tão paternalista e moralista do Direito Penal.

conduta seria justificada pelo artigo 36.º, n.º 1, do CP³³.

Por fim, vamos ao *Caso B*. X leva a cabo uma ação suicida através da prática milenar do *seppuku*, mas, conforme já explicado, o resultado morte provocaria um longo sofrimento do samurai até o seu desfecho final, pois sangraria pelo ventre durante várias horas. Em virtude disso, e, principalmente por ter X já cumprido com sucesso o ritual, Y aplica-lhe o golpe de misericórdia, ceifando a vida de X com um corte quase total de seu pescoço. Ressalvada a importante e ainda muito discutida controvérsia entre os desafios do multiculturalismo no Direito Penal³⁴,

³³ *Id.*, *Ibid.*, p. 150. Embora reconheçamos a sua construção da hierarquização de deveres como plausível, parece-nos bastante questionável a utilização do primeiro critério [o do «valor do(-s) bem(-ns) jurídico(-s) tutelado(-s) por cada um dos deveres em conflito» (p. 112)] na solução do Caso 4, em razão da prevalência dada ao bem jurídico vida sobre o da liberdade de um mesmo agente (B) em virtude das circunstâncias apresentadas.

³⁴ Neste sentido, são importantes os aspectos apontados pelo penalista chileno *Carnevali* sobre a conformação normativa dos «delitos culturalmente motivados» nas «sociedades culturalmente heterogêneas», integrantes do que se denominam hoje de «Estados multiculturais», *cf.* em: CARNEVALI, Raúl. «El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno». *Política Criminal*, n.º 3, A6, 2007, pp. 1-28. Disponível em: <www.politicacriminal.cl>. Acesso em: 02. jun. 2015. Curiosamente, neste texto é mencionado um caso real de suicídio motivado também por motivos de honra (*oyako-shinju*), aspecto muito forte e vinculativo na cultura japonesa, trata-se do Caso Kimura (*People v. Kimura* – Corte da Cidade de Los Angeles, Estado da Califórnia). Em apertada síntese, *Fumiko Kimura* (cidadã norte-americana, mas nascida e criada no Japão) tem conhecimento de que o seu marido mantém uma relação extraconjugal, em razão disso, ela decide matar a si mesma e aos dois filhos menores (de 4 e 6 anos de idade) por afogamento na praia de Santa Mônica em Los Angeles. Compreendendo-se o *oyako-shinju* (o suicídio conjunto de pais e filhos), ela assim agiu porque, segundo o imaginário cultural nipônico, o vínculo entre pais e filhos é indissolúvel, sendo os últimos uma extensão dos primeiros, o que, diante da desonra do adultério, faz com que *Kimura* não possa mais viver sem a honra perdida, e, para não deixar os filhos sozinhos e desamparados no mundo, decide levá-los consigo para a eternidade. *Kimura* foi a única salva pelos salva-vidas (o que, lembremos aqui, representou para ela uma desonra ainda maior, por ter fracassado na execução do *oyako-shinju*), tendo sido condenada pelo homicídio de seus filhos com uma pena substancialmente menor que a inicialmente proposta (p. 19). Por fim, cabe mencionar que tal caso é substancialmente diverso do nosso *Caso B*, o Caso Kimura insere-se no que a doutrina chama de «suicídio alargado» (*erweiterte Selbstmord*), segundo *Costa Andrade*, dar-se-á «quando o

não restam dúvidas de que Y responderá por homicídio (artigo 131.º; ou na espécie privilegiada, artigo 133.º do CP, se esta for a interpretação do órgão acusador). Vamos as razões para tal. Não se trata aqui de um homicídio a pedido da vítima (artigo 134.º do CP), porque não está presente um pedido nos termos da doutrina ³⁵, elemento normativo deste tipo penal.

Apresentadas as soluções disponíveis na doutrina e legislação jurídico-penais portuguesas, passamos às soluções, por nós defendida, para a casuística proposta.

III. Outras soluções para a casuística

Em tom de conclusões antecipatórias, recuperaremos os casos e as variáveis apresentadas, bem como passaremos à apresentação e justificativa das soluções mais justas para os *Casos A* (e *Variáveis A₁* e *A₂*) e *B* respectivamente. Quase todos eles serão resolvidos no âmbito da colisão de deveres e da teoria do espaço livre de direito, o que, já implica o afastamento da categoria do estado de necessidade ³⁶. Isso pode ser explicado por três fatores básicos, os quais se fazem presentes em todos

suicida arrasta para a morte outras pessoas, normalmente filhos menores ou outros dependentes» [COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 135.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir.*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ª ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 165 (§63)].

³⁵ Segundo *Costa Andrade*, «pedido, só por si, significa que a vítima tem de intervir ativamente no processo de formação da decisão do agente» (COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 135.º», p. 110 (§26), e, como sabemos, tal é incompatível com o ritual do *seppuku*, o golpe de misericórdia deve ser concedido e jamais solicitado em virtude de seu significado para a cultura japonesa. Portanto, há um consentimento real implícito do samurai ao realizar o ritual, contudo sem validade para o plano jurídico-penal pelos motivos já expostos.

³⁶ Não desconsideramos aqui nem (ver a nota 6) a umbilical relação do estado de necessidade com o conflito de deveres (justificante ou desculpante), nem as teorias que sobrepoem uma categoria a outra, mas, em razão dos limites do presente artigo, não poderemos aprofundar essas questões.

os casos elaborados: (i) na colisão de deveres existe um constrangimento de ação («*Handlungszwang*»); (ii) na colisão de deveres, um omitir viola um dever, e, portanto um bem jurídico, enquanto no estado de necessidade tal nem sempre ocorre³⁷; (iii) a simples ponderação de bens, além de não resolver os casos e variáveis propostos aqui³⁸, não pode ser levada a cabo, sobretudo no Direito Penal Médico, segundo uma simples hierarquização e ponderação de bens personalíssimos fundada em critérios quantitativos ou qualitativos³⁹. Portanto, iniciaremos pelo último caso em sentido ao primeiro, devido a proximidade com o presente item, o que facilitará a recuperação dos complexos elementos envolvidos.

³⁷ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: ein Lehrbuch. Teil 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. 8., Neubearb. und erw. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992, pp. 391-392 (§27, IV / 53). Também neste sentido, Küper afirma que «o estado de necessidade requer nenhuma relação de dever do autor com os bens colidentes; é suficiente a ‘simples’ colisão de bens» (KÜPER, Wilfried. «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung». **JuS 11 (1971)**, p. 474, tradução livre).

³⁸ Além da imponderabilidade dos bens jurídicos aqui em colisão, a vida de um lado e a autonomia, dignidade humana e liberdade de X por outro, a escolha pela «sensível superioridade» (artigo 34.º, b, do CP) da vida em relação às últimas parece institucionalizar de forma legal a instrumentalização do ser humano, por isso a importância do princípio da dignidade da pessoa humana; além disso, não parece razoável impor à X o sacrifício de sua qualidade de sobrevida (e todos os outros valores inerentes à ela) em virtude de manter-se vivo de forma incurável, com dores significativas, para – após decorrido um prazo médio – vir a morrer (artigo 34.º, c, do CP).

³⁹ Neste sentido, *cf.*: CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Reimpressão. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2007, p. 95 e ss.; GALLAS, Wilhelm. «**Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund**», p. 327 e ss.; KÜPER, Wilfried. **Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, pp. 32 e ss. (p. 119); MANGAKIS, Georgios. «Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts». **ZStW 84 (1972)**, pp. 465 e 471; NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. **O conflito de deveres em Direito Penal Médico**, p. 112; VON WEBER, Hellmuth. **Die Pflichtenkollision im Strafrecht. Sonderdruck aus der “Festschrift zum 80. Geburtstag von Wilhelm Kiesselbach”**. Hamburg: Gesetz und Recht Verlag, 1947, p. 247 e ss. (sobretudo quando coloca que «o princípio dos interesses preponderantes encontra seu limite na ilexibilidade da pessoa, na santidade da vida», p. 248);

Aplica-se ao *Caso B*, no limite e apenas, uma redução da pena em razão do homicídio privilegiado (artigo 133.º do CP), pois, segundo o «quadro axiológico» refratado pelo ordenamento jurídico-penal português, bem como de grande parte das «legislações penais do nosso círculo jurídico cultural», «a vontade de morrer de uma pessoa não prevalece, em princípio, se a morte for dada por outrem em quaisquer circunstâncias»⁴⁰. Considerando-se que Y ceifou ⁴¹ a vida de X por motivos culturais, seria razoavelmente discutível falar-se aqui em uma hipótese de «delito culturalmente motivado», o que, conforme defende *Carnevali*, torna-se «mais razoável (...) examinar o conflito desde a esfera da culpa, direcionando-o, como o faz a teoria e a jurisprudência norte-americanas, para as estruturas das *cultural defense*»⁴². Mesmo que o *Caso B* arraste Y para uma «insolúvel colisão de consciência» («*unlösbares Gewissens-kollisions*»)⁴³, custa-nos admitir um efeito desculpante, pois Y poderia tanto prestar socorro (artigo 200.º do CP) quanto não cometer o ato de homicídio contra X. Contudo, há de reconhecer um certo descontínuo entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado da conduta de Y aqui. Sendo que, quanto ao primeiro, o desvalor de intenção não chega sequer a ser o mesmo de uma tentativa de homicídio tal qual; e quanto ao desvalor de resultado, este não tem a mesma intensidade que o desvalor de resultado de um crime negligente.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. «**Nótula antes dos comentários ao artigo 131.º**», p. 22 (§34). Em corroboração a tal fundamentação, basta lembrar que *Costa Andrade* apresenta o «*excesso de auxílio*» em face do artigo 135.º do CP como um claro exemplo de homicídio («se, ficou, *v.g.*, acordado que *A* facultaria a *B* um produto que lhe provocaria a morte de forma lenta e, em vez disso, lhe entrega uma substância que lhe provoca a morte imediata – *responderá por homicídio*»), em: COSTA ANDRADE, Manuel da. «**Comentário ao artigo 135.º**», p. 149 (pp. 148-149, §30).

⁴¹ «Descontado o caso óbvio (e talvez único) da *participação ativa no suicídio*, onde as águas se separam claramente (...)» [COSTA ANDRADE, Manuel da. «**Comentário ao artigo 135.º**», p. 136 (§5)].

⁴² CARNEVALI, Raúl. «**El multiculturalismo**», p. 27.

⁴³ Basta raciocinarmos que, muito em razão da forte vinculação do fator honra na cultura japonesa, caso os polos fossem invertidos (ora, caso Y cometesse o *seppuku*, muito certamente X aplicar-lhe-ia o golpe de misericórdia), nada se alteraria.

Antes de adentrarmos à *Variável A₂*, faz-se necessário estabelecer uma ponte entre ela e o *Caso B* estritamente ancorada no que comungam: a questão do suicídio para o Direito Penal. Seja a atipicidade do suicídio⁴⁴, a consideração deste como um «ato livre» (fundamentado sobretudo na autodeterminação e dignidade da pessoa humana)⁴⁵ ou como simultaneamente nem lícito nem ilícito⁴⁶, limitar-nos-emos a defender a última postura sobre o tema do suicídio, mas não, sem antes, já anteciparmos que se trata de um posicionamento de relevo ímpar não só para os caminhos do Direito Penal de hoje, mas também de amanhã, bem como do próprio Estado que o aplica e o aplicará.

A *Variável A₂* caracteriza-se por uma colisão de deveres de

⁴⁴ Neste sentido, *Costa Andrade* delimita como «(...) (verdadeiro) *suicídio* (livre e responsável), isto é: como suicídio suscetível de fazer emergir situações de auxílio não punível», afirmando depois que, pelo critério sistemático-classificatório, «o *Incitamento ou ajuda ao suicídio* é um '*delito independente (delictum sui generis)* e não uma *forma privilegiada de Homicídio* (...) Dada a *atipicidade do suicídio*, o legislador teve de recorrer à incriminação direta e autônoma do auxílio ao suicídio, emprestando-lhe um recorte típico que se afasta do modelo próprio das formas derivadas do *Homicídio* (...)» [COSTA ANDRADE, Manuel da. «**Comentário ao artigo 135.º**», p. 135 (§3) e 137 (§8)]. Por essas razões, é impune «a vítima que sobreviver à tentativa não consumada do homicídio a pedido», sendo o «suicídio, sob qualquer forma de autoria, um fato atípico e não punível (MOOS, *WK* § 77 44)» [COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 134.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir.*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ª ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 131 (§69)].

⁴⁵ BLASCO, Bernardo del Rosal. «La participación y el eulxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal». **ADPCP XL (1987), fasc.1**, pp. 85-86.

⁴⁶ Neste sentido, *cf.*: FEHSENMEIER, Wolfgang. **Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes unter besonderer Berücksichtigung des Notstandes**. Saarbrücken: Juristische Dissertation, 1970, pp. 217-220 (apontando os casos de suicídio como possibilidade de um não proibido); GALLAS, Wilhelm. «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung». **JZ 21 (1960)**, p. 654; VALADÃO SILVEIRA, Maria Manuela F. Barata. **Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio**. 2.ª edição revista e atualizada. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997, pp. 37 (nota 58), 41-42, 45-46, 67 [«(...) por concluir que o suicídio, embora não seja um ato ilícito, também não é juridicamente lícito»]; PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Vol. I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 557 e ss.

ação (dever de garante de Z em salvar X) e de omissão (não violar a autodeterminação, autonomia e liberdade de X em dispor da própria vida). Considerando-se que X está munido de um D.A.V. válido, o qual deve ser respeitado⁴⁷ por todos, inclusive e principalmente pelos médicos, pois, sendo uma situação especial de um paciente que tentou um suicídio livre e consciente, «não cremos haver motivo bastante para não respeitar a decisão autônoma de vontade do suicida»⁴⁸. Trata-se de fazer valer o princípio da autonomia⁴⁹, autodeterminação e liberdade

⁴⁷ Sobre a importância do testamento vital, *Faria Costa* assume uma postura contrária ao paternalismo médico, cravando que «ou se aceita o testamento de vida ou se rejeita» [FARIA COSTA, José de. «O fim da vida e o direito penal». FARIA COSTA, José de (Org.). **Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 146 (e pp. 144-146); do mesmo autor. «Das Ende des Lebens und das Strafrecht». **GA 154 (2007)**, p. 326]. *Dias* afirma que «(...) as disposições antecipadas de vontade, sobretudo se periodicamente reiteradas, constituem o mais forte indício da vontade presumida do declarante e só podem ser desobedecidas se forem conhecidas razões que definitivamente as contrariem», bem como elas «(...) constituem o elemento *por excelência* para conhecimento da sua atitude pessoal face a um tratamento humano digno; até um ponto tal em que elas devem erigir-se em critério da própria atuação médica» [DIAS, Jorge de Figueiredo. «Nótula antes dos comentários ao artigo 131.º», p. 27 (§43, *in fine*) e p. 27 (§44)]. *Costa Andrade* considera o testamento vital como uma das «circunstâncias que permitem concluir com segurança que o consentimento seria recusado», e destaca que nos últimos anos o instituto ganha o coro de várias vozes «no sentido de lhes atribuir caráter vinculativo, cumpridas que sejam determinadas exigências materiais e formais» [COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 156.º», p. 621 (§53)].

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. «Nótula antes dos comentários ao artigo 131.º», p. 24 (§39). Além disso, pode-se mencionar os seguintes trechos de Dias aqui: «(...) neste caso decide a vontade do enfermo (...) ainda quando, segundo um juízo objetivo, aquela vontade surja como desrazoável» (p. 23 (§36)). Além disso, Costa Andrade acrescenta que «(...) deve considerar-se excluída a punição do Homicídio a pedido da vítima por omissão. E tanto em relação ao 'suicida' como em relação ao doente 'normal'» [COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 134.º», p. 125 (§55)].

⁴⁹ Considerando-se o suicídio livre, consciente e autonomamente realizado, *Valadão Silveira* afirma que «(...) não é exigível ao garante sobrepor-se, neste caso, à livre determinação da vontade do garantido. O suicídio deste 'tipo' pertence a uma esfera reservada à autonomia pessoal. A ordem jurídica não impõe o dever de continuar a viver a quem o não queira como resulta dos princípios fundamentais da CRP (supra I.D) 2.). Deste modo, atribuir ao garante o *dever jurídico* de impedir *um suicídio consciente e livre* seria deixar entrar pela janela algo a que se fecha a porta, pondo em causa a coerência

da pessoa, corolários da dignidade humana ⁵⁰, baliza da ordem jurídica portuguesa. No âmbito do Direito Penal Médico, são ainda mais amplos os tentáculos da autodeterminação da pessoa-paciente, segundo *Simon*, alcançando os direitos à integridade física e à informação (direito ao livre e informado esclarecimento) ⁵¹.

Costa Andrade afirma que, embora o médico possa se valer do artigo 154.º, n.º 3, b, do CP perante o paciente-suicida, tal «não tem como reverso necessário a imposição ao médico de um *dever de agir*, no sentido de que a sua omissão implicaria a responsabilização do médico por *homicídio a pedido por omissão*» ⁵². *Valadão Silveira* afirma que, perante um suicídio consciente e livre, «no conteúdo da posição de garante não

do sistema» (p. 190). Ainda que o artigo 156.º do CP não excetue os casos de suicídio [o que possibilita uma hipótese como a da *Variável A₂*, ou seja, um paciente que chega ao hospital em razão de uma tentativa de suicídio livre e consciente, e, ao negar o consentimento para a intervenção médica], «(...) deve prevalecer a autonomia e livre determinação da vontade daquele como direito da liberdade e resultado da própria dignidade da pessoa humana», além disso, a autora assegura que a norma do artigo 154.º, n.º 3, b), do CP mantém-se vigente «(...) ainda que, por falta de consentimento do paciente, o médico não atue, consumando-se, desse modo o suicídio» (p. 72), *cf.*: VALADÃO SILVEIRA, Maria Manuela F. Barata. **Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio.**

⁵⁰ Neste sentido, *cf.*: «É o princípio da *autonomia pessoal* e do conseqüente *direito de autodeterminação*, a mais direta decorrência da eminente dignidade da pessoa humana, cuja defesa constitui o princípio axiológico fundamental da ordem jurídica de um Estado democrático (arts. 1º, 25º, 26º, 41º da CRP). Manifestação deste princípio é a já atrás assinalada irrelevância jurídico-penal (e conseqüente atipicidade, no sentido do tipo de crime de homicídio ou de qualquer outro) *do suicídio*» [DIAS, Jorge de Figueiredo. **«Nótula antes dos comentários ao artigo 131.º»**, p. 21 (§33)].

⁵¹ SIMON, Jürgen. «La dignidad del hombre como principio regulador en la Bioética». **Revista de Derecho y Genoma Humano 13 (2000)**, p. 30 («O direito à livre determinação com respeito à informação, assim como a autonomia do paciente podem, portanto, influenciar e determinar a atuação médica. Aqui podem surgir conflitos de interesses, já que todas as intromissões de terceiros na integridade psicofísica de uma pessoa tem que ter sido consentidas por esta», p. 31).

⁵² COSTA ANDRADE, Manuel da. **«Comentário ao artigo 156.º »**, p. 612 (§34), destaques do autor.

figura, neste caso, o dever de impedir suicídios»⁵³. Há aqui uma não proibição de omissão de impedimento de suicídio para Z diante de X na *Variável A₂*. Nesta colisão de deveres de ação e de omissão que permite à Z tanto salvar X, quanto deixá-lo consumir o *seppuku*, de forma tal que ambas as condutas possíveis não podem ser consideradas lícitas nem ilícitas, acaba-se por promover uma retirada da valoração jurídica neste caso de conflito existencial⁵⁴, perante o qual o binômio lícito/ilícito⁵⁵ torna-se insuficiente para orientar as condutas dos indivíduos⁵⁶. Concluimos assim que a *Variável A₂* insere-se dentro de um verdadeiro «espaço livre de direito»⁵⁷, posicionamento adotado por *Valadão Silveira*

⁵³ VALADÃO SILVEIRA, Maria Manuela F. Barata. **Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio**, p. 189. A autora diz posteriormente à p. 192 que: «(...) no caso de suicídios enquadráveis no n.º 1 do art.º 135.º, razões atinentes à ordem jurídica na sua globalidade afastam o dever de impedimento. Isto não significa, todavia, a afirmação, de sinal contrário, de um especial dever de abstenção perante atos suicidas, hipótese definitivamente postergada pelo novo dispositivo da alínea b) do n.º 3 do art. 154.º No caso de se tratar de uma relação paciente/médico, em que intervém a norma do art. 156.º, o suicídio não faz especificamente parte do respectivo âmbito teleológico (cfr. supra I.D) 2.). Todavia, aquele normativo não exclui o dever de respeito pela autodeterminação da pessoa que praticou uma tentativa de suicídio».

⁵⁴ No sentido de que a «teoria do espaço livre de direito» parte do pressuposto que, «dentro de situações existenciais», todos os apelos a comportamentos juridicamente esperados são em vão, *cfr.*: GROPP, Walter. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2005, p. 188.

⁵⁵ Considerando a ilicitude como um dos «conceitos determinados pela função» (*cfr.*: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5.ªed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 686-687).

⁵⁶ Trata-se da ideia defendida nos seguintes termos por *Kaufmann*: «O problema central da doutrina do espaço livre de direito radica na questão de saber se todas as formas de comportamento penalmente relevantes podem ser adequadamente compreendidas apenas com as valorações 'lícito' e 'ilícito'. Deve responder-se negativamente a esta questão. Sobretudo em casos de conflito trágico e necessidade existencial, em situações-limite portanto, não bastam aquelas duas categorias de valoração» (KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 340).

⁵⁷ No sentido positivo da solução desses conflitos e pioneiro na abordagem do tema, *cfr.*: KAUFMANN, Arthur. «Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs». **Festschrift für Rei-**

nos seguintes termos:

Afigura-se-nos, pois, correto o enquadramento do suicídio (consciente, livre e praticado autonomamente) num espaço juridicamente livre ou vazio de direito, asserção rigorosamente consentânea com a declaração legal da licitude da coação simples, quando visar evitar suicídio, constante da alínea b) do n.º 3 do art.º 154.º. Na verdade, se algo no ordenamento jurídico conduzisse a valorar o suicídio como ilícito, a vinculação da legitimidade da defesa ao conceito de ilicitude da agressão dispensaria uma norma como a referida.⁵⁸

Apesar da expressão equívoca, o espaço livre de direito consiste em um «espaço *não valorado* pelo direito» (e não se reduz, como intuitivamente se pensa, a uma mera ausência de regulamentação jurídica em certos âmbitos), *rectius* embora estejam em questão comportamentos regulados pelo direito positivo e com relevância para este, «*não podem ser adequadamente valorados nem como lícitos nem como ilícitos*»⁵⁹. Tanto a conduta realizada por Z (permitir a consumação do suicídio de X), quanto a sua hipotética intervenção para salvá-lo beneficiam-se do *efeito* de condutas lícitas, o que não implica o reconhecimento nem de um direito ao suicídio⁶⁰ nem de um dever de viver para X.

nhart Maurach zum 70. Geburtstag. Karlsruhe: C.F. Müller, 1972, pp. 327-345; do mesmo autor. «Strafrechtspraxis und sittliche Normen. Zugleich ein Beitrag zu den §§218 ff. StGB n.F.». **JuS 18 (1978)**, pp. 361-367 (pp. 366-367); do mesmo autor. **Filosofia do Direito**, pp. 153, 337-349. Em um tom bastante crítico desta categoria, *cf.*: HIRSCH, Hans Joachim. «Strafrecht und rechtsfreier Raum». **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978.** München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989, pp. 89-115 (pp. 103, 106, 108 e 114-115).

⁵⁸ VALADÃO SILVEIRA, Maria Manuela F. Barata. **Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio**, p. 73.

⁵⁹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**, pp. 338 e 339.

⁶⁰ Neste sentido, *Valadão Silveira* afirma que «a circunstância de o suicídio não ser um ato ilícito está muito longe de permitir concluir que se traduza num direito. Constatata-

Em relação ao *Caso A* e sua *Variável A_p*, ambos serão resolvidos em conjunto aqui; sobretudo pelo choque de dois bens jurídicos fundamentais da pessoa humana, ambos da mais alta relevância, a saber: de um lado, a autonomia, autodeterminação e liberdade da pessoa humana [artigos 1.º; 9.º, d; 19.º, n.º 6; 25.º, n.ºs 1 e 2; da CRP]; de outro, o direito à vida [artigos 24.º, n.º 1; e 19.º, n.º 6; da CRP] ⁶¹. *Dias e Sinde Monteiro* lembram que o problema da eutanásia (o núcleo do *Caso A* e de sua *Variável A_p*) «é discutido e resolvido em Portugal num espaço livre de legislação especial»⁶², o que, quanto a nós, e acompanhando com reservas a opinião de *Morão* ⁶³, trata-se de outra problemática inserida no espaço livre do direito.

Diante de situação idêntica às do *Caso A* e da *Variável A_p*, a autora alega que nem se está diante de «(...) uma verdadeira permissão para

-se uma ‘tolerância’ pela ordem jurídica relativamente ao suicídio *desde que efetuado sem intervenções alheias que contribuam para a sua promoção*», além de que «esta ausência de valoração normativa não permite negar o elevadíssimo valor do bem social vida, valor que contribui também para justificar a defesa da vida do suicida contra a sua vontade, dentro dos limites expostos supra» (VALADÃO SILVEIRA, Maria Manuela F. Barata. **Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio**, p. 73).

⁶¹ Ao desenvolver os aspectos do crime do artigo 156.º do CP, *Costa Andrade* afirma que «(...) a incriminação procura definir um equilíbrio (necessariamente instável e precário) entre direitos tão fundamentais como: de um lado, a *liberdade e autodeterminação pessoal*, um dos ‘nomes’ da própria dignidade pessoal; do outro lado, a *integridade física, a saúde e a vida*, afinal de contas o pressuposto existencial da dignidade», COSTA ANDRADE, Manuel da. **«Comentário ao artigo 156.º»**, p. 596 (§2), destaques do autor .

⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo; SINDE MONTEIRO, Jorge. «Responsabilidade médica em Portugal», p.

⁶³ A saber, discordamos aqui da atipicidade da omissão de Z nas duas situações apresentadas. Não podemos concordar com esta consequência da solução proposta por *Morão*, ela é criticável por defender a atipicidade do homicídio em termos aproximativos a uma exclusão do fim de proteção do artigo 131.º (e ss.) do CP por não alcançar determinados comportamentos, mas isso – conforme adverte *Jäger* – abre um perigoso caminho dentro da insegurança jurídica do Direito, sendo pouco plausível de fazer, bem como não pode ser excepcionado, sem que um outro deixe de matar [JÄGER, Christian. **Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil**. 3. neu bearbeitete Auflage. Berlin: C. F. Müller Verlag Heidelberg, 2007, p. 162 (§5, D III 3 / 209)].

omitir, mas antes uma não-proibição da omissão, isto é, constitui um espaço livre de direito (...)» – e, por isso, neste âmbito, a ordem jurídica abdica absolutamente de qualquer valoração «(...) ‘porque o conflito dos bens ou deveres não é valorável racionalmente’»⁶⁴ – nem «(...) dever de cessar o tratamento, cuja violação acarretaria a ilicitude do comportamento do médico que optasse por manter a vida do paciente»⁶⁵. Dessa forma, as condutas de Z – tanto no *Caso A*, quanto na *Variável A₁* – não podem ser tidas nem como lícitas nem como ilícitas, portanto, nessas duas hipóteses o comportamento de Z teria os *efeitos* de uma conduta lícita. Apresentadas as nossas soluções para a casuística, passemos às conclusões deste trabalho.

IV. À guisa de conclusão: tolerância, Estado, espaço livre de direito e direito penal liberal

Uma *possível* fundamentação do espaço livre de direito seria partir da virtude da tolerância⁶⁶, aspecto já antecipado por *Kaufmann*⁶⁷, sendo que a categoria do «não proibido nem permitido» ocuparia uma posição estrutural entre a licitude e a ilicitude do comportamento, pois refrataria um «aceitar aquilo que se poderia condenar»⁶⁸, em outros termos, a tolerância. A principal vantagem dela para a casuística proposta é evitar

⁶⁴ MORÃO, Helena Marisa Pinheiro da Costa. A eutanásia passiva e o dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente, p. 57.

⁶⁵ *Id.*, *Ibid.*, p. 63.

⁶⁶ Nas palavras de *Comte-Sponville*, «se a tolerância é uma virtude, como creio e como todos pensam de modo geral, ela vale portanto por si mesma, inclusivamente para os que não a praticam (...) Mas onde já se viu que uma virtude dependa do ponto de vista dos que a desconhecem?» (COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução de Maria Bragança. Lisboa: Editorial Presença, 1995, pp. 173-174). Vale relembrar aqui que *Valadão Silveira* também invoca a tolerância como fundamento da classificação do suicídio dentro do espaço livre de direito (*cf.* nota 52 da página 607).

⁶⁷ Neste sentido, de forma pioneira, *cf.*: KAUFMANN, Arthur. «**Strafrechtspraxis und sittliche Normen**», p. 367; do mesmo autor. **Filosofia do Direito**, pp. 347-349.

⁶⁸ COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**, p. 172.

considerar as condutas como ilícitas, o que permitiria um inevitável duelo *ad infinitum* entre duas legítimas defesas contrapostas ⁶⁹, pois o efeito decorrente da justificação é um dever de tolerância da vítima (*rectius* «o reverso da justificação do autor é também um dever de tolerância da vítima»⁷⁰). Contudo, não omitimos a necessidade de uma ampla e profunda análise-sistematização dos critérios (e respectivamente dos efeitos) do «não proibido nem permitido» junto aos elementos do delito⁷¹, o que não poderá ser realizado aqui.

⁶⁹ Sob o ponto de vista da realização por Z da eutanásia passiva *ausente de consentimento* de X no *Caso A*, se realmente a omissão de tratamento terapêutico invasivo (ainda que ineficaz, mas em nome de um princípio *in dubio pro vita*) seja considerada ilícita, alguém poderia atuar em legítima defesa contra Z (por exemplo, imaginemos que alguns parentes ou amigos descobrem o paradeiro de Z e dirigem-se ao hospital em que está internado), obrigando-o (pelo dever de tolerância, pois estariam eles justificados) a realizar as intervenções médicas inúteis. Por outro lado, sob o ponto de vista da conduta assumida por Z na *Variável A₁*, o da realização da intervenção médico-cirúrgica *ausente de consentimento* de X, a qual, provocaria dores físicas e psíquicas consideráveis à X, tal poderia levar um grupo de pessoas (por exemplo, imaginemos algum grupo de médicos ativistas pela eutanásia livre) a também atuar em legítima defesa de terceiro contra Z, já que, a partida, a conduta deste também seria ilícita, obrigando-o a não realizá-la. Nos mesmos moldes, na *Variável A₂*, poder-se-iam também digladiar os defensores das tradições samurais (agindo em legítima defesa contra Z na hipotética possibilidade de intervenção médica para salvar X) e os defensores da sacralidade da vida (agindo em legítima defesa contra Z, em nosso exemplo, por não ter realizado a intervenção médico-cirúrgica para salvar X da tentativa de suicídio decorrente da prática do *seppuku*).

⁷⁰ MURMANN, Uwe. **Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil. Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte**. 2. neu bearbeitete Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2013, p. 76. Em sentido complementar, conforme afirma *Bringewat*, as normas de permissão outorgam autorizações de ação («*Handlungsbefugnisse*»), permitindo um direito à intervenção («*Eingriffsbefugnisse*») nos bens jurídicos de terceiros, tendo estes um dever de tolerância («*Duldungspflicht*»), ou seja, devem suportar a ação justificada com os seus resultados de intervenção, *cf.*: BRINGEWAT, Peter. **Grundbegriffe des Strafrechts**. Grundlagen – Allgemeine Verbrechenslehre – Aufbauschemata. 2. vollständig überarbeitete Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, p. 190.

⁷¹ Não ignoramos também que a crítica de que a ausência de valoração jurídica e a fundamentação na tolerância desta teoria do espaço livre de direito poderia acarretar um efeito colateral de *non liquet* no âmbito processual penal, ou seja, se, diante dos casos extremos com relevância jurídico-penal, o Magistrado poderia negar-se a decidir,

Face às categorias do estado de necessidade e da colisão de deveres, o espaço livre de direito tem a vantagem de reconhecer os próprios limites do Direito Penal, podendo desempenhar um papel flangeante na solução dos conflitos existenciais. Não sendo aqui o caso de aplicação do estado de necessidade, conforme já exposto, resta-nos justificar a vantagem do espaço livre de direito em relação ao conflito de deveres. Este instituto é marcado por um constrangimento de ação, o que exige do agente um comportamento, mesmo nessas situações de conflito existencial em que as opções comportamentais são igualmente trágicas, o que, além de comprimir os cidadãos com deveres conflitantes, expõe o que, em outras palavras, já era mencionado por *Von Weber* ao diferenciá-lo do estado de necessidade: a mais lídima e profunda ligação da colisão de deveres com o Estado. Segundo *Von Weber*, a colisão de deveres é marcada por dois ou mais deveres de natureza pública, sendo o Estado quem exige de determinado cidadão, sob específicas circunstâncias, o cumprimento desses dois ou mais deveres jurídico-penais⁷².

a não dar uma solução ao caso concreto. Apesar de se tratar de um caso hipotético, o reconhecido «caso dos exploradores de caverna» não foge às circunstâncias de um conflito existencial, sendo sobretudo curioso que, neste enredo, o Juiz Tatting adere a um *non liquet* ao tomar um posicionamento no seguinte sentido: «Eu declaro o meu afastamento da decisão deste caso», *cf.*: FULLER, Lon L. The case of the speluncean explorers. **HLR 62 (1948-1949)**, p. 631.

⁷² Contextualizando o pensamento deste penalista alemão, faz-se necessário algumas advertências. *Von Weber* notou que a colisão de deveres impelia, sempre de forma mais forte, em primeiro plano, sobre os cidadãos, pois a sua época fora marcada por uma mudança estatal (e de uma ordem social) de cariz liberal para outra de traço socialista (ambos os termos aqui empregados pelo autor não no sentido político-partidário), o que se exprimiu no Direito Penal da época (p. 237). Tanto é que o autor parece traçar, salvo melhor juízo, uma bipolaridade entre: (i) o conflito de bens na livre economia, sendo os agentes económicos particulares livres para os negócios perante o Estado; (ii) o conflito de deveres na economia planificada, sendo os agentes económicos verdadeiros fiduciários da economia do Estado (pp. 240-242). Neste sentido, ele sugeriu uma relação diretamente proporcional entre o passo de uma economia livre para uma economia planificada e o passo de uma colisão de bens para uma colisão de deveres, sendo válido para ambas o princípio da primazia dos interesses predominantes (p. 240). Não por acaso, *Von Weber* também nota e realça a relevância do aumento dos

Concluimos que, em algumas circunstâncias excepcionais (cercadas de perplexidades de todas as ordens como as aqui apresentadas), as relações intersubjetivas e o relacionamento do cidadão com o Estado sofrem um abalo, constringindo o binômio lícito-ilícito os espaços de manifestação da autonomia, autodeterminação e liberdade daqueles de maneira tal que não seria justo nem aceitável, além de serem lançados às situações trágicas da vida, carregarem consigo a *nódoa da ilicitude*⁷³ da conduta realizada no caso concreto (seja a prática com ausência de consentimento tanto da eutanásia passiva, quanto do tratamento médico por Z no *Caso A* e na *Variável A₁* respectivamente; seja a omissão de salvamento por Z face ao ato suicida consciente e livre de X na *Variável A₂* ou a hipotética coação de Z contra X na realização da intervenção médica arbitrária para salvá-lo)⁷⁴. Isso rompe com o papel fomentador e orientador de comportamentos do Direito Penal⁷⁵, além de expor a

delitos de omissão, sobretudo de índole imprópria, no Estado mais interventivo (pp. 237-239). Para mais detalhes, *cf.*: VON WEBER, Hellmuth. **Die Plichtenkollision im Strafrecht**, pp. 237-242.

⁷³ KAUFMANN, Arthur. «Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?». **JZ 47 (1992)**, p. 983.

⁷⁴ Sob a perspectiva das soluções dogmáticas convencionais para as situações de conflito existencial, o médico Z (no *Caso A* e *Variáveis A₁* e *A₂*) agiu em desconformidade com o direito positivo (*ab initio* as condutas de Z são ilícitas), mesmo sob circunstâncias que tornaram tanto as suas respectivas condutas executadas, quanto as opções restantes ilícitas, mesmo salvaguardando bens jurídicos alheios. Seja no sentido do comportamento realizado por Z no *Caso A*, seja o praticado na *Variável A₁*, as proibições jurídico-penais contribuíram para a lesão de bens jurídicos caros à ordem jurídica, seja a vida, a autonomia, a autodeterminação (a dignidade humana) respectivamente.

⁷⁵ Neste sentido, por exemplo, questiona-se: «Não é este *sentido orientador* que confere efetiva tutela aos bens jurídico-penais, função última do Direito Penal? Por outro lado, se o Direito não consegue orientar, não se deverá aceitar (no plano da própria licitude) a livre opção do agente? Fará algum sentido não orientar no plano da (i)licitude e já orientar (só aceitando uma das alternativas) no plano da culpa?» (CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **Vida contra vida: conflitos existenciais e limites do direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 507). Trazendo esta discussão para a casuística aqui proposta, sobretudo em relação às soluções supramencionadas no item II, mencionamos algumas perplexidades, a saber: (i) frente ao princípio *ultra posse (ultra posse nemo obligatur)*, como se pode considerar os comportamentos de Z no

insuficiência daquelas soluções sob os aspectos da justiça material do caso concreto, da sistematização e coerência do direito positivo em questão e do sentido de um Direito Penal de cariz liberal.

Alguns problemas típicos do espaço livre de direito (como o aborto, a eutanásia e o suicídio ⁷⁶) geram uma instigante discussão sobre a (im) pertinência da intervenção (e principalmente como ela se dá) do Estado nessas esferas ⁷⁷. Enquanto reconhecimento do limite do Direito Penal na solução de alguns conflitos existenciais, permanece, no âmbito da Teoria do Estado e com efeitos sobre o Direito Constitucional, a questão de se tais intervenções seriam aceitáveis em uma ordem jurídica fundada sobre a liberdade, em um Estado considerado democrático, liberal, pluralista e sobretudo tolerante, cujo modelo de Direito Penal

Caso A (e nas *Variáveis A₁* e *A₂*) como ilícitos, se, de fato, os outros comportamentos alternativos também seriam ilícitos? *(ii)* seria justo (sob os aspectos da imputação do delito e da pena a ser atribuída) considerar os atos de heteropreservação de bens jurídicos (seja no *Caso A* e nas suas *Variáveis A₁* e *A₂*, seja no *Caso B*) sob o mesmo nível (e intensidade) de desvalor (seja de ação, seja de resultado) que um fato punível praticado sob circunstâncias normais de existência e de convivência sociais? *(iii)* seria a lesão de bens jurídicos (o ilícito penal) contrária a um certo valor de ação geral, sob a ótica da ordem jurídica, ou melhor, dentro das circunstâncias trágicas, a tutela fática de alguns bens jurídicos de terceiro, ainda que necessariamente vinculada a ofensa de outros bens jurídicos do mesmo terceiro, não incorpora o sentido de proteção de bens jurídicos da ordem jurídico-penal (objetivo primordial do Direito Penal)?

⁷⁶ Neste sentido, em relação à temática do suicídio, são irretocáveis as palavras de *Costa Andrade*: «O suicídio esgota o sentido no desempenho auto-referente e autopoiético da pessoa, não *pertencendo* ao sistema social, ‘mais do que um emigrante ao Estado’, na imagem de BECCARIA. Já o auxílio ao suicídio assume uma irreduzível valência sistémico-social: independentemente da singularidade da sua trajetória, esta ação projeta-se sobre a vida de outra pessoa» [COSTA ANDRADE, Manuel da. «**Comentário ao artigo 135.º**», p. 138 (§11)].

⁷⁷ VERREL, Torsten. «Problems and future perspectives of advance directives». COSTA, José de Faria; KINDHÄUSER, Urs (Coord.). **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 31 (tradução livre), destacando a questão «(...) com que direito o Estado compete melhor julgar a vontade da pessoa concernente ao seu futuro tratamento que ela própria (...) a restrição ao âmbito das diretivas antecipatórias está em clara contradição com o reconhecimento do direito à autodeterminação dentro do Direito Penal».

não deve seguir os passos de um paternalismo ⁷⁸.

⁷⁸ Ao enumerar algumas características do «Estado punitivo», *Faria Costa* deixa resplandecer que a (política criminal de) tolerância zero é uma «(...) contradição em si mesma (...) isso é tudo menos tolerância, é o senhorio do mais profundo autoritarismo» (p. 62), então a intolerância constitui a base de um direito penal securitário, ao contrário de um direito penal liberal, fundado na tolerância. Outra peculiaridade daquele modelo de Estado, em desprezo aos princípios jurídico-penais da intervenção mínima e da fragmentaridade, consiste na redução dos espaços livres de direito, o que ressalta «(...) a visão panglossiana de que a vida e o direito manifestar-se-ão de maneira mais consequente, mais justa e melhor na razão direta da diminuição dos espaços livres de direito» (p. 66), [COSTA, José de Faria. *A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário*. COSTA, José de Faria (Org.). **Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 55-68].

V. Referências finais completas

BARTHOLOMÉ, Josef. **Die Bedeutung der Pflichtenkollision im Strafrecht**. Abhandlung zur Erlangung der Doktorwürde vorgelegt der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn. Leipzig: Univesitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig, 1930.

BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**. 1.(einziger) Band. Aalen: Scientia Verlag, 1991.

BLASCO, Bernardo del Rosal. «La participación y el exilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal». **ADPCP XL** (1987), pp. 73-97.

BRINGEWAT, Peter. **Gründbegriffe des Strafrechts**. Grundlagen – Allgemeine Verbrechenslehre – Aufbauschemata. 2. vollständig überarbeitete Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

CARNEVALI, Raúl. «El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno». **Política Criminal 3 n.º 3, A6, 2007**, pp. 1-28. Disponível em: <www.politicacriminal.cl>. Acesso em: 02.jun.2015.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução de Maria Bragança. Lisboa: Editorial Presença, 1995.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Reimpressão. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA ANDRADE, Manuel da. «Comentário ao artigo 134.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ªed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 95-132.

_____. «Comentário ao artigo 135.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ªed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 133-167.

_____. «Comentário ao artigo 150.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ªed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 457-475.

_____. «Comentário ao artigo 156.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ªed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 595-631.

_____. «Comentário ao artigo 157.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ªed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 632-640.

_____. «Comentário ao artigo 195.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ªed. Tomo

I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 1116-1165.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **Vida contra vida**: conflitos existenciais e limites do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo; SINDE MONTEIRO, Jorge. «Responsabilidade médica em Portugal - A responsabilidade criminal (parte 3)». **BMJ 332 (1984)**, pp. 59-79.

_____. «Nótula antes dos comentários ao artigo 131.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir.*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ªed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 4-34.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. «Comentário ao artigo 131.º». DIAS, Jorge de Figueiredo (*Dir.*). **Comentário Conimbricense do Código Penal** – Parte Especial. 2.ªed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 35-46.

ESER, Albin. «Entre la «santidad» y la «calidad» de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida». Traducción de Patricia R. Laurenzo. **ADPCP XXXVII (1984)**, pp. 747-781.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **Aspectos jurídico-penais dos transplantes**. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

FARIA COSTA, José de. «O fim da vida e o direito penal». FARIA COSTA, José de (Org.). **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 105-161.

_____. «Das Ende des Lebens und das Strafrecht». **GA 154 (2007)**, pp. 311-331.

_____. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário. COSTA, José de Faria (Org.). **Direito penal e globalização**: reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 55-68.

FEHSENMEIER, Wolfgang. **Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes unter besonderer Berücksichtigung des Notstandes**. Saarbrücken: Juristische Dissertation, 1970.

FULLER, Lon L. «The case of the speluncean explorers». **HLR 62 (1948-1949)**, pp. 616-645.

GALLAS, Wilhelm. «Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund». **Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag**. Berlin: C. H. Beck, 1954, pp. 311-334.

_____. «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung». **JZ 21 (1960)**, pp. 649-655.

GROPP, Walter. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2005.

HILGENDORF, Eric. «Tragische Fälle. Extremsituation und strafrechtlicher Notstand». BLASCHKE, Ulrich; FÖRSTER, Achim; LUMPP, Stephanie; SCHMIDT, Judith (*Hrsg.*). **Sicherheit statt Freiheit?** Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, pp. 107-132.

HIRSCH, Hans Joachim. Strafrecht und rechtsfreier Raum. **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989, pp. 89-115.

QUINTELA DE BRITO, Teresa. «Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores». **RPCC 12** (2002), pp. 371-409.

JÄGER, Christian. **Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil**. 3. neu bearbeitete Auflage. Berlin: C. F. Müller Verlag Heidelberg, 2007.

KAUFMANN, Arthur. Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs. **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**. Karlsruhe: C.F. Müller, 1972, pp. 327-345.

_____. «Strafrechtspraxis und sittliche Normen. Zugleich ein Beitrag zu den §§218 ff. StGB n.F.». **JuS 18** (1978), pp. 361-367.

_____. «Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?» **JZ 47** (1992), pp. 981-985.

_____. **Filosofia do Direito**. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KORIATH, Heinz. «Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik». **JRE 11** (2003), pp. 317-335.

KÜPER, Wilfried. «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung». **JuS 11** (1971), pp. 474-477.

_____. **Grund-und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht**. Schriften zum Strafrecht. Band 30. Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

_____. «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“». **JuS 21** (1981), pp. 785-794.

MANGAKIS, Georgios. «Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts». **ZStW 84** (1972), pp. 447-479.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5.ªed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Strafrecht Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch**. Teil 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. 8., neubearb. und erw. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992.

MORÃO, Helena Marisa Pinheiro da Costa. **A eutanásia passiva e o dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. Resposta jurídico-penal a uma colisão de valores constitucionais**. Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais no Seminário de Direitos Fundamentais: Integridade física e disponibilidade do corpo humano: o biodireito e os direitos fundamentais. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002.

_____. «Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. Resposta jurídico-penal a uma colisão de valores constitucionais». **RPCC 16** (2006), pp. 35-84.

MURMANN, Uwe. **Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil. Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte**. 2. neu bearbeitete Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2013.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. **O conflito de deveres em Direito Penal Médico**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000/2001).

PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Vol. I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

PELLONIÃ, Fernando M. Machado. «Disquisición a propósito de la muerte digna». **REC 52** (2014), pp. 35-77.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O conflito de deveres em direito criminal**. Trabalho apresentado para exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1964-1965. Coimbra: Mimeografado, 1965.

SIMON, Jürgen. «La dignidad del hombre como principio regulador en la Bioética». **Revista de Derecho y Genoma Humano 13** (2000), pp. 25-39.

VALADÃO SILVEIRA, Maria Manuela F. Barata. **Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio**. 2.ª edição revista e actualizada. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997.

VERREL, Torsten. «Problems and future perspectives of advance directives». COSTA, José de Faria; KINDHÄUSER, Urs (Coord.). **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, pp. 25-36.

VON WEBER, Hellmuth. Die Plichtenkollision im Strafrecht. **Sonderdruck aus der "Festschrift zum 80. Geburtstag von Wilhelm Kiesselbach"**. Hamburg: Gesetz und Recht Verlag, 1947.

Sigilo da fonte jornalística e proibição de prova no processo penal

Protection of journalistic sources and exclusionary rule in Criminal procedure

Rafael Ferreira Vianna¹

Resumo: O problema proposto no presente artigo consiste em compreender se o direito do jornalista de preservar o sigilo da sua fonte de informação, escusando-se de depor ou de indicá-la no processo penal, é uma proibição de prova e em determinar sob quais fundamentos e a partir de quais critérios pode-se, em casos concretos nos quais esse direito colide com outros interesses ou direitos de patamar superior ou de mesma importância jurídica, restringir ou afastar o sigilo jornalístico; ou de outro lado, fazer com que prevaleça.

Palavras-chave: Proibição de prova; Segredo profissional; Sigilo de fonte jornalística

Abstract: The purpose of this article is to think about the protection of journalistic sources and the exclusionary rules in criminal procedure. We will analyze if the protection of confidentiality of journalistic sources always prevails, even in the face of an urgency situation of evidence collection in criminal procedure.

Keywords: Exclusionary rule; Professional secrecy; Journalistic sources

Sumário: 1. O sigilo da fonte jornalística e as proibições de prova

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), pesquisador do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da FDUL e Delegado de Polícia Civil do Paraná. E-mail: del.rvianna@gmail.com. Blog: www.delegadorafaclvianna.blogspot.com.

no processo penal: 1.1. Fundamento e natureza da proteção ao sigilo da fonte do jornalista em comparação com outros segredos profissionais; 1.2. Proteção ao sigilo da fonte jornalística como proibição de produção de prova – 2. Busca da verdade e efetiva realização da justiça penal *versus* garantia do sigilo da fonte jornalística: 2.1. Conflito de interesses constitucionalmente protegidos e o procedimento do artigo 135º do Código de Processo Penal português; 2.2. Tentativa de solução e compatibilização: critérios para se restringir/quebrar o sigilo/segredo da fonte jornalística

1. O SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA E AS PROIBIÇÕES DE PROVA NO PROCESSO PENAL

1.1. Fundamento e natureza da proteção ao sigilo da fonte jornalística em comparação com outros segredos profissionais

Em que pese na legislação penal e processual penal todos os segredos profissionais aparecerem, via de regra, reunidos nos mesmos dispositivos legais, os seus fundamentos são diversos e há grande complexidade² e dificuldade em traduzir em uma única e comum razão a existência dos diversos segredos profissionais para o mundo do Direito³.

A mesma dificuldade, inclusive porque intrinsecamente ligada, é definir quais são os bens jurídicos preponderantemente tutelados quando se protegem os diferentes sigilos profissionais. Para o exercício de algumas atividades profissionais, espera-se que certas informações trocadas entre as pessoas envolvidas na relação fiquem apenas entre elas, de modo que a proteção ao segredo busca proteger as relações de confiança que se estabelecem em determinados relacionamentos profissionais e sem os

² Como explica SANTIAGO, Rodrigo. *Do crime de violação de segredo profissional no Código Penal de 1982*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 102.

³ Também aludindo as dificuldades de enquadramento dogmático do instituto do segredo profissional, PORTUGAL. Procuradoria-Geral da República. Segredo profissional em geral. In: *Pareceres - Os segredos e a sua tutela*. Vol. VI. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da PGR, 1997, p. 246.

quais o exercício da profissão restaria impossibilitado⁴.

Este argumento teleológico e de aspecto sistemático sobre o fundamento geral da existência do segredo profissional traduz a ideia de que a sociedade tem interesse no bom funcionamento de alguns serviços essenciais à vida em comunidade e ao Estado de Direito, exigindo-se proteção às informações e aos conhecimentos gerados a partir de certas relações profissionais, nomeadamente a médico-paciente, advogado-cliente, jornalista-fonte, instituição de crédito-cliente⁵.

Evidencia-se, no entanto, que o sigilo da fonte jornalística não pode ser analisado integralmente e sem ressalvas como os outros segredos profissionais, pois o objetivo das informações repassadas pela fonte ao jornalista é que elas sejam divulgadas; diferentemente do que acontece com os outros profissionais, que recebem informações confidenciais com a expectativa de quem lhes repassou que assim permaneçam⁶.

Não se demonstra, todavia, correta a visão de que o sigilo jornalístico não pode ser tratado com a mesma lógica e regras gerais que os demais segredos profissionais⁷. Ainda que apenas uma parte do fato ou do conhecimento que se adquiriu a partir da relação profissional – no caso, a identidade da fonte – seja sigilosa ou tenha o caráter de segredo, não há uma diferença fundamental que impossibilite a configuração da existência de um segredo profissional do jornalista que é tutelado pelo Estado⁸. O advogado, da mesma forma que o jornalista, toma

⁴ Id., p. 254.

⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 301.

⁶ A especificidade do segredo profissional dos jornalistas é tratada por SANTIAGO, Rodrigo. Jornalistas e “segredo profissional”. *Revista Sub Judice*, n. 15/16, pp. 147-152, jun./dez. 1999.

⁷ Como defende MARTINS, João Zenha. O segredo jornalístico, a proteção das fontes de informação e o incidente processual penal de quebra de escusa de depoimento. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 27, n. 106, abr.-jun. 2006, p. 101.

⁸ Expressamente em sentido contrário MARTINS, João Zenha. *O segredo...* Op. cit.

conhecimento das informações de seu cliente para expressá-las no processo, tornando-as pública. Apenas parte das informações é que assumem o caráter de segredo.

Em outras palavras, ainda que a proteção ao segredo de cada profissão tenha uma finalidade própria, protegendo bens jurídicos e interesses específicos⁹, não há um impedimento de se utilizar a mesma lógica geral dentro da legislação penal-processual, pois há uma correlação de argumentos e tratamento dos institutos de proteção, já que, em última análise, buscam proteger direitos fundamentais¹⁰.

Não se argumenta, observe-se bem, que não existem implicações práticas, especificamente na produção e valoração da prova no processo penal quando se altera o fundamento da proteção, mas que elas podem ser pensadas e generalizadas para todas as categorias de segredos profissionais - uma vez que, como já dito e abaixo se explicitará, essas são verdadeiras garantias de direitos fundamentais - sem prejuízos de se corromper os institutos jurídicos particulares (cada segredo profissional) ou a lógica do sistema¹¹.

Para o presente trabalho, importa identificar quais bens jurídicos são tutelados ao se assegurar ao jornalista a proteção ao sigilo de sua

pp. 101-102.

⁹ Considero insuficiente, como se notará no texto, a ideia de que o bem jurídico protegido pela proteção do segredo profissional seja sempre e somente a privacidade de outra pessoa, não existindo relação dos bens jurídicos tutelados com a funcionalidade sistêmica-social das profissões em causa, conforme considera ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª ed. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp. 607-608.

¹⁰ No mesmo sentido, mas em outras palavras, o professor SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal* - parte II. 4ª ed. rev. e actual. Lisboa: Verbo, 2008, p. 170.

¹¹ Questionamentos interessantes sobre a natureza dos segredos profissionais, a distinção entre motivação da norma e bem jurídico tutelado, bem como sobre a relevância do consentimento do titular da informação na sua revelação são apresentados em BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El secreto profesional en el proyecto de Código Penal. In. *Anuario de derecho penal e ciencias penales*, Tomo 33, fasc. 3, 1980, pp. 598 e ss.

fonte de informação. Caso o fundamento de existência da proteção ao sigilo seja apenas a proteção da lealdade, das relações de confiança, poder-se-ia argumentar que não existem óbices aos órgãos de persecução penal para buscar outros métodos para identificar o meio de prova/testemunha ou obter a prova (busca e apreensão de anotações, quebra de sigilo telefônico), pois não se violaria a proteção assegurada à relação de confiança, já que o jornalista não teria qualquer participação na obtenção dessa prova, sendo mero agente passivo em todos esses atos realizados pelo Estado-perseguidor.

No entanto, se o fundamento for a proteção da própria verdade buscada no processo, uma vez que uma testemunha que forneceu dados de forma sigilosa a um jornalista já está marcada pelo conflito e dificilmente poderá contribuir de forma confiável à elucidação realizada no processo penal, não haveria qualquer interesse em se obrigar o jornalista a fornecer sua fonte.

Se o fundamento for um direito subjetivo da própria fonte, têm-se problemas no caso de a fonte ter cometido um crime para fornecer a informação ao jornalista. Se um funcionário público violou um segredo de justiça ou profissional e repassou informações sigilosas ao jornalista, poderia o profissional se recusar a indicar um criminoso à sociedade? Nesse caso, já que o Estado não tutelaria um direito que autorizasse o indivíduo a cometer crimes graves e ficar imune à investigação penal, o direito subjetivo do informante não existiria e poderia o jornalista ser obrigado a revelar sua fonte. Na mesma seara, decorre o questionamento sobre a quebra do sigilo de dados telefônicos e o mandado de busca e apreensão. Nesse caso, o portador do bem jurídico não seria tutelado, pois sequer era o legítimo destinatário de proteção de liberdades e direitos fundamentais, uma vez que cometeu um crime ao repassar a informação ao jornalista.

De outra feita, se o fundamento for a proteção ao direito fundamental da liberdade à informação e o seu corolário liberdade de imprensa, o que

parece ser, de acordo com a maioria da doutrina¹², tem-se que o direito do jornalista a não depor no processo penal e manter o sigilo da sua fonte tem como razão de ser a proteção aos preceitos mais importantes em um Estado de Direito, livre, pluralista e democrático, sendo uma verdadeira garantia constitucional que visa a assegurar outros direitos fundamentais de liberdade, ou seja, que busca proteger o indivíduo da intervenção estatal para que de certos profissionais não sejam exigidas informações¹³.

A partir da doutrina alemã, que divide os fundamentos dos segredos profissionais em três grandes correntes¹⁴, parece, apesar das controvérsias doutrinárias sobre a matéria¹⁵, que o fundamento de proteção do sigilo da fonte jornalística é composto, enquadrando-se de forma mais adequada na teoria social modificada, já que protege ao mesmo tempo interesses sociais (liberdade de informação e pluralismo na sociedade), institucionais de classe (pleno exercício da profissão de jornalista, direito ao livre acesso à informação e liberdade de imprensa) e individuais (privacidade e integridade da pessoa do jornalista e da própria fonte), mas que sobreleva a proteção aos interesses sociais em jogo, reconhecendo-se apenas importância secundária aos interesses individuais da fonte de informação.

Parece que as modernas concepções de des-subjetivização

¹² Ver MARTINS, João Zenha. *O segredo...* Op. cit., pp. 88 e ss.

¹³ RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo do Médico como Garantia de Não-Discriminação: estudo de caso HIV/SIDA*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 383, utiliza o termo “extorquida informações” colhidas no âmbito profissional.

¹⁴ Sendo elas: a) teoria social-institucional, para a qual o bem protegido em primeira linha seria o interesse público na confiança exigida para o exercício de certas profissões; b) teoria individualista, para a qual a proteção do segredo consiste em proteger os interesses individuais do confidente; c) composta ou social modificada, que defende que tanto interesses sociais coletivos quanto individuais são tutelados; conforme SANTIAGO, Rodrigo. *Do crime...* Op. cit., pp. 87 e ss; e RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo...* Op. cit., p.380 e ss.

¹⁵ Ver SANTIAGO, Rodrigo. *Do crime...* Op. cit., pp. 87 e ss; e RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo...* Op. cit., p.380 e ss.

dos direitos fundamentais, traçadas pelas teorias institucionais¹⁶ e convergentes com as teorias dos valores, conduzem para a mesma conclusão; o que ainda é adequado com a visão jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão - país no qual o tema da proibição de prova é mais estudado e que, portanto, é importante para o presente trabalho - que considera que o lado institucional da liberdade de imprensa (e de seus suportes e corolários) se sobressai e deve servir de base de interpretação para a ordem jurídica geral¹⁷.

Entende-se, destarte, pela leitura sistêmica que se faz das legislações estudadas e do seu caráter de garantia constitucional¹⁸, que o fundamento primordial do sigilo da fonte jornalística é a proteção de uma concepção de liberdade que permeia os interesses fundamentais de todos os indivíduos em um Estado de Direito Democrático e desta própria forma de organização da vida em sociedade. Tal direito, assim, assegura a plena liberdade de imprensa e a realização do interesse jusfundamental de acesso a informações por parte de todas as pessoas, direitos considerados pilares fundamentais de uma sociedade democrática em um Estado pluralista e de Direito¹⁹.

Considera-se que se o jornalista não tivesse a garantia de não ser coagido a revelar suas fontes e a própria obrigação de não as revelar quando tenha assumido tal compromisso – observe-se bem que o sigilo da fonte ocorre apenas quando indispensável para o exercício da atividade profissional, já que a regra geral é da identificação da fonte

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 63 e ss.

¹⁷ “Obrigatoriedade de os tribunais terem de orientar a interpretação das leis gerais sempre pelo valor fundamental da liberdade de imprensa”, SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig et al. Motevídeo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 441.

¹⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*. 2ª ed., rev., actual., e ampl. Coimbra: Almedina, 2010, p. 866.

¹⁹ Conforme entendimento dominante, exposto por MARTINS, João Zenha. *O segredo jornalístico...* Op. cit., pp. 88 e ss.

de informação²⁰ - ele não as teria e, assim, a informação e as notícias minguariam, não possibilitando a real informação da sociedade e a plena liberdade de imprensa.

Tamanha é a preocupação em se assegurar o direito ao sigilo da fonte jornalística, quando necessário ao exercício profissional – uma vez que historicamente os regimes totalitários sempre limitaram a imprensa e buscaram que reinasse a desconfiança, o medo e a insegurança em informar ou repassar informações a qualquer jornalista, prejudicando e restringindo, desta forma, a liberdade de imprensa e o direito de informação²¹ -, que ele ganhou natureza de direito fundamental individual/pessoal e de garantia constitucional, não podendo ser restringido de qualquer maneira, nem mesmo por reforma constitucional (limitação material das cláusulas pétreas ao poder constituinte derivado), bem como de dever profissional.

Assim como os outros segredos profissionais, que podem oferecer elementos para a reflexão específica ora buscada^{22,23}, a manutenção do segredo da identidade da fonte jornalística, quando necessária para conseguir a informação e nos casos em que isso foi assegurado à pessoa-

²⁰ Ver artigo 14º, nº 1, alínea f da Lei 01/1999 (Portugal), Estatuto do Jornalista.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Vol. 1. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 581, anota que a liberdade de imprensa começou por ser uma “liberdade-resistência” contra os poderes públicos, mantendo ainda o caráter de um direito de defesa, mas também passando a ser uma garantia constitucional da livre formação da opinião pública em um Estado constitucional democrático.

²² Em relação ao segredo profissional do advogado, por exemplo, pode-se ler ABREU, Jorge de. Segredo Profissional – Parecer aprovado em 25/11/2005. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 67, n. 01, p. 481, que assegura “que a obrigação de segredo profissional é um dever de ordem pública, só cedendo nos casos excepcionalmente previsto na lei...O segredo profissional não é instituído nem funciona apenas na proteção e defesa dos interesses meramente individuais, mas com carácter genérico e de bem maior amplitude...”.

²³ Em relação à concepção absoluta ou relativa do segredo médico, interessante é a leitura de RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo...* Op. cit., pp. 296 e ss.

fonte, é um dever do jornalista.

São por esses motivos – principalmente pelo entendimento de que tal garantia não fora prevista para assegurar com primazia a proteção individual do próprio jornalista ou de sua fonte de informação, ainda que também as alcance, mas de forma reflexa; mas sim para proteger interesses mais importantes e fundamentais²⁴ - que os estatutos dos jornalistas e códigos deontológicos das entidades representativas dos jornalistas²⁵ preveem como dever do jornalista manter o sigilo da sua fonte quando assumido esse compromisso com ela para se conseguir a informação necessária para a notícia.

Em suma, é a partir da compreensão de que o segredo profissional não tem fundamento meramente individualista, seja para a fonte ou para o profissional, nem é tão somente uma proteção institucional da classe, mas que é, antes disso, uma salvaguarda de todos os indivíduos e do próprio Estado de Direito Democrático e também do pluralismo em que se assenta, isto somado à sua natureza híbrida (direito-garantia-dever) que tal preceito tem nos ordenamentos jurídicos, que será possível pensar os casos de conflito de interesses no processo penal quando da produção de prova²⁶.

1.2. Proteção ao sigilo da fonte jornalística como proibição de produção de prova

Partindo da ideia de que a finalidade essencial da prova é demonstrar a realidade dos fatos, ou seja, trazer ao julgador elementos suficientes para convencê-lo de que determinada situação fática ocorreu desta ou

²⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições...* Op. cit., p. 78.

²⁵ Detalhamento sobre o assunto em FREITAS, Helena de Sousa. *Sigilo Profissional em Risco: análise dos casos de Manso Preto e de outros jornalistas no banco dos réus*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2006, pp. 30 e ss.

²⁶ Para aprofundar a reflexão, inclusive com um estudo de direito comparado entre a legislação de Itália, Espanha, Portugal e Brasil, ver SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBC-CRIM*, ano 16, n. 73, pp. 107-155, jul/ago 2008.

daquela maneira, entende-se, modernamente, em Estados Democráticos de Direito, que não se pode buscar a demonstração da realidade dos fatos a qualquer preço e que a atividade para conseguir esses elementos de convencimento, a prova, tem limites²⁷.

Esses limites que se impõem ao Estado na averiguação da verdade²⁸ – especificamente para verificar se o fato ocorrido constitui uma conduta criminosa e por quem e em que circunstâncias foi realizado –, sobre os quais a sentença poderá ser validamente embasada e que têm como fundamento a proteção de direitos fundamentais²⁹ e a não admissão de provas ilícitas, contrárias ao Direito, convencionou-se chamar de proibições de prova^{30,31}. Evidencia-se, assim, que a finalidade da previsão legal do instituto das proibições de prova consiste primordialmente em proteger interesses considerados mais relevantes do que a própria descoberta da verdade no processo penal, cumprindo um papel dissuasor de práticas consideradas ofensivas ou lesivas a certos bens jurídicos e interesses jusfundamentais ou ao próprio Direito³².

Cabe aqui distinguir a proibição de prova das meras formalidades

²⁷ SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit. p. 110.

²⁸ Levando em conta, obviamente, as ressalvas sobre a possibilidade do conhecimento da verdade, verdade material/real e processual/possível, conforme SILVA, Germano Marques da. *Curso...* pp. 130 e ss.

²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições...* Op. cit., p. 188.

³⁰ O professor alemão Ernst Von Beling, em sua conferência inaugural realizada, em 15 de janeiro de 1903, na Eberhard Karls Universität Tübingen, intitulada “As proibições de prova como limite à investigação da verdade no processo penal” foi o primeiro a utilizar a expressão proibição probatória ou de provas com o intuito de manifestar que existem limitações a busca da verdade dentro do processo penal devido a interesses contrapostos de índole coletiva/estatal e individual. BELING, Ernst. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*. Sonderausgabe. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

³¹ GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, Coimbra, Editorial Notícias, ano 02, fasc.3, p. 397-441, 1992, pp. 439-441.

³² SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., pp. 138-139.

que devem ser cumpridas/seguidas para se buscar uma prova. As regras de produção de prova visam “apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos”³³, protegendo prioritariamente interesses e valores processuais³⁴. Não é, no entanto, sempre fácil identificar os limites entre os regimes de nulidade e de proibição de prova, pois há muitas vezes múltiplos interesses protegidos em uma proibição de prova ou em uma nulidade processual, o que pode levar a diversas interpretações quanto à possibilidade de produção, de que maneira, de valoração, sobre suas consequências (uma vez que a consequência jurídica da violação da proibição é a prova ser considerada nula) e reconhecimento³⁵. Em que pese as descontinuidades e contradições nos ordenamentos jurídicos e na doutrina³⁶ - existindo inclusive defensores da suficiência do regime geral das nulidades processuais para a configuração e tratamento da prova ilícita³⁷ – que parecem ser intensificadas com a ideia de proibição de prova independente³⁸ ou de proibições não escritas de utilização de provas³⁹, ainda parece que um dos principais critérios diferenciadores materiais dos dois regimes é a tutela de interesses e bens jusfundamentais, que concretizam os vetores axiológicos do sistema jurídico.

É por isso que em algumas situações mesmo provas obtidas através

³³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições...* Op. cit., pp. 83-84.

³⁴ SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., p. 142.

³⁵ OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de. Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova. In. *Prova Criminal e Direito de Defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa no processo penal*. BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. (Coords.). Coimbra: Almedina, 2010, pp. 260 e ss.

³⁶ Id. p. 257.

³⁷ Ver estudo em ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. 2ª ed. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 08 e ss.

³⁸ Atividades probatórias que violam frontalmente bens constitucionalmente protegidos e que, portanto, são consideradas diretamente violadoras da Constituição, conforme SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., p. 139.

³⁹ Ver BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Las Prohibiciones Probatorias*. Bogotá: Editorial Temis, 2009, pp. 100 e ss.

de meios lícitos - ao ferirem interesses maiores do que o interesse do Estado-Juiz em conhecer como os fatos ocorreram no mundo real, para assim bem aplicar a lei, com justiça - podem não ser aceitas, isto é, não valoradas no julgamento⁴⁰. Especificamente em relação ao depoimento de testemunha que está coberta pelo segredo profissional, como mostra Costa Andrade, ao tratar especificamente do segredo médico, mas que permite a analogia para o segredo jornalístico e outros segredos profissionais, há “inescapável proibição de produção de prova”⁴¹, pois não poderia o Estado promover ou provocar, sem maiores ponderações - e apenas quando em conflito com outro bem jusfundamental que deve preponderar no caso concreto - um comportamento (a violação do segredo profissional do jornalista) que ele mesmo considera um ilícito penal.

Outra distinção conceitual importante para este estudo é sobre a proibição de prova absoluta e relativa⁴². As provas absolutamente proibidas, previstas no n° 8 do artigo 32° da Constituição da República Portuguesa e nos n° 1 e 2 do artigo 126° do CPP português, não podem ser utilizadas nunca. No entanto, na proibição relativa a lei limita a produção de prova, estabelecendo que sua utilização no processo penal só será possível quando respeitar as regras e procedimentos estabelecidos pelo legislador para a intromissão nos direitos fundamentais tutelados⁴³. Repise-se que a principal distinção entre proibições, nulidades e irregularidades é em razão dos bens e interesses tutelados, mas as dúvidas sobre os efeitos da utilização de um meio de prova proibida relativo aumentam as possíveis discontinuidades entre esses regimes.

Pode-se questionar - diante da ponderação de interesses

⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições...* Op. cit., pp. 42 e ss.

⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal Médico – Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 239.

⁴² MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 137-138.

⁴³ SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., p. 139-140.

fundamentais, da inexistência de direitos absolutos, da discussão sobre a existência ou não de um núcleo mínimo dos direitos que nunca poderia ser atingido e da não incidência direta da nulidade ou proibição de valoração de uma prova produzida por meios proibidos - a pertinência de uma divisão como a acima feita, pois parece, alertando já de início que existem perigos na utilização de uma lógica consequencialista pura e na relativização de alguns direitos para se atingir fins de política criminal, o que requer uma reflexão mais profunda, impossível de ser realizada neste estudo, que não se poderia falar *a priori* em proibição de prova absoluta, pois sempre cabe uma margem de análise dos interesses e direitos fundamentais em conflito diante da complexidade da problemática de alguns casos concretos⁴⁴. O que se demonstra é que o legislador constitucional, constatando a evidente, e mais frequente, concorrência de alguns direitos fundamentais com a produção de prova em processo penal, já estabeleceu na própria legislação os contornos e limites em que se deve aceitar a produção de prova ou proibir.

Assim, não prolongando tal reflexão e aceitando-se a divisão doutrinária até agora consolidada, quando se trata de sigilo da fonte jornalística, está-se diante de uma proibição de prova relativa, pois, apesar de se proibir a prova por violar um direito constitucionalmente garantido, a própria Constituição já admite expressamente que em alguns casos este direito pode ser limitado. No caso português, o legislador infraconstitucional, no artigo 135º do CPP, seguindo a autorização do poder constituinte, regulamentou o procedimento e os critérios/fundamentos que devem ser seguidos para se restringir tal direito

⁴⁴ Contribui para esse raciocínio o parecer da PGR quando afirmar que o problema parece ser de extensão do direito, porquanto a extensão do direito ao segredo religioso seja ilimitada, oponível de forma absoluta mesmo ao interesse público da administração da justiça criminal, como expressamente previu o legislador português no art. 135º, nº 5 do CPP; não parece ter a mesma extensão ilimitada o direito ao sigilo da fonte do jornalista. PORTUGAL. Procuradoria-Geral da República. Segredo profissional em geral. In. *Pareceres - Os segredos e a sua tutela*. Vol. VI. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da PGR, 1997, pp. 243-244.

quando em conflito com o interesse na plena produção de prova no processo penal.

A doutrina ainda divide as hipóteses de proibição de prova no processo penal em proibição de produção e proibição de valoração⁴⁵, consistindo o objeto de estudo deste trabalho, como já delimitado, por questões metodológicas e pelos reflexos diretos que causa posteriormente em um estudo da possível valoração da prova produzida com desrespeito aos meios aceitos para a produção, tão somente no estudo da proibição de produção de prova em virtude do segredo profissional, especificamente o sigilo da fonte jornalística⁴⁶.

Nestes casos, poder-se-ia estar diante de uma proibição de produção de prova na espécie meios (métodos) proibidos de obtenção (de meios) de prova⁴⁷, ou chamado de método de prova proibido, quando o jornalista tão somente indicaria uma testemunha que poderia ser relevante como meio de prova no caso processual penal concreto; ou poder-se-ia estar diante de um meio proibido de prova, quando o próprio jornalista ao revelar a identidade da sua fonte é um meio de prova que interessa para o caso concreto investigado (exemplo em que se investiga o crime de violação de segredo de justiça ou de segredo profissional de funcionário público), isto é, quando o testemunho do jornalista servirá de prova incriminadora direta de sua fonte.

Observe-se que pode acontecer, no primeiro caso, de a quebra do sigilo jornalístico não servir para nada, pois o interesse processual

⁴⁵ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 179.

⁴⁶ Tratam especificamente dos segredos profissionais como proibições de prova, entre outros, ILLUMINATI, Giulio. *L'Inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano LIII, fasc. 02, jun. 2010, pp. 540 e ss.

⁴⁷ Seguindo nomenclatura da classificação apresentada em MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. *In. Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 134/135.

penal é que o depoimento ocorra para a mera indicação de uma pessoa que poderá servir como testemunha, mas que ainda não se sabe, pois, por exemplo, pode a pessoa indicada como fonte pelo jornalista ser um parente do arguido, o qual ainda teria o direito ao silêncio.

Importa, no entanto, independente do enquadramento que se faça quanto ao tipo de proibição de prova⁴⁸, que em ambas as espécies – por estar o juiz de instrução proibido de aceitar que se produza uma prova que constranja o jornalista⁴⁹, sob ameaça de ser processado pelo crime de desobediência ou de calar sobre a verdade, que legitimamente invoca o sigilo de fonte jornalística – está-se diante de uma típica proibição de prova no processo penal, facilmente classificada como relativa em Portugal⁵⁰ (uma vez que a partir da interpretação, a *contrario sensu*, do artigo 135º do CPP evidencia-se a previsão legal que expressa estar diante de uma proibição de produção de prova relativa) e, aparentemente, classificada como absoluta no Brasil⁵² (decorrente diretamente da expressa proteção constitucional de direitos fundamentais).

Muitas questões emergem a partir do estudo do segredo profissional

⁴⁸ SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., p. 143, distingue os seguintes tipos de proibições de prova: a) proibições de tema de prova; b) proibição de utilização de determinados meios de prova; c) proibições de métodos de investigação para obtenção de meios de prova; d) proibições relativas de provas (quando a obtenção da prova só pode ser ordenada ou produzida, em certos casos, por certas pessoas e observando determinado ritualismo).

⁴⁹ A mesma lógica parece servir para os outros casos de segredo profissional, como se pode verificar, por exemplo, em RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo...* Op. cit., p. 383

⁵⁰ SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., p. 143.

⁵¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 384, nota 24.

⁵² Não me parece adequado, como já exposto, o uso do termo absoluto, uma vez que ele pode levar à conclusão precipitada que é impossível uma ponderação de valores, direitos ou interesses constitucionais em conflito no caso processual penal em concreto, com a consequente limitação do direito ao sigilo jornalístico; o que não é correto.

como proibição de prova no processo penal⁵³ – como, por exemplo, se pode o Estado buscar encontrar a fonte por outros meios, se seria possível a realização de buscas das anotações e computadores do jornalista, se poderia ser decretado pelo Poder Judiciário o afastamento do sigilo de dados telefônicos, se existe nestes casos um direito sobre o domínio ou autodeterminação sobre a informação⁵⁴, quais são as consequências processuais e de valoração da prova no caso de o jornalista revelar espontaneamente a identidade de sua fonte sigilosa⁵⁵ ou, mais do que isso, revelar em juízo a gravação da conversa com sua fonte⁵⁶ - não podendo este artigo ser exaustivo em tal problemática, ainda que alguns contributos, espera-se, sejam obtidos.

2. BUSCA DA VERDADE E EFETIVA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL *VERSUS* GARANTIA DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA

2.1. Conflito de interesses constitucionalmente protegidos e o procedimento do artigo 135º do Código de Processo Penal português

O legislador português, vislumbrando a evidente concorrência de interesses e direitos fundamentais/constitucionais que os segredos profissionais geram na produção de prova no processo penal, estabeleceu no artigo 135º do CPP⁵⁷ o rito que deve seguir a análise de tais conflitos

⁵³ Sobre as justificações de política e de princípios relacionadas com o conflito entre proteção ao sigilo da fonte jornalística e julgamento justo em um processo criminal, ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 555-567.

⁵⁴ GÖSSEL, Karl-Heinz. *As Proibições...* Op. cit., p. 432.

⁵⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal...* Op. cit., pp. 240-241.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal. *Revista Penal*, Barcelona, n. 14, 2004, p. 120.

⁵⁷ Art. 135º do CPP português – Segredo Profissional

¹ - Os ministros de religião ou confissão religiosa e os advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impu-

pelos tribunais. Quando uma testemunha invoca o direito-dever de não prestar depoimento (ou responder uma pergunta) para preservar as informações que obteve sob o manto do segredo profissional e tal atitude obsta a produção de prova, a descoberta da verdade no processo penal e, conseqüentemente, a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20º da CRP), todos interesses legítimos, estabelece o legislador um procedimento incidental a ser seguido pelo tribunal, bem como os critérios a serem considerados para julgamento, para se determinar qual é o interesse preponderante no caso concreto e que, portanto, deve prevalecer.

Em que pese as críticas e preocupações que um princípio geral de ponderação e proporcionalidade⁵⁸ pode trazer para justificar a limitação ou sacrifício de direitos fundamentais quando em conflito com necessidades da justiça criminal, é esse o método-critério mais utilizado para calibrar no caso concreto qual interesse deve prevalecer.

ser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos.

² - Havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento.

³ - O tribunal superior àquele onde o incidente tiver sido suscitado, ou, no caso de o incidente ter sido suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o pleno das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento.

⁴ - Nos casos previstos nos n.ºs 2 e 3, a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável.

⁵ - O disposto nos n.ºs 3 e 4 não se aplica ao segredo religioso.

⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições...* Op. cit., pp. 28 e ss.

Nas palavras de Costa Andrade, citando tese do Tribunal Constitucional Alemão, entende-se “*que a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais*”⁵⁹.

Como indica a própria natureza dos segredos profissionais, existe realmente um dever dos profissionais a quem se impõe e se assegura o segredo profissional de escusar-se de depor, sob pena do cometimento do crime de quebra de segredo. Não é diferente em relação ao jornalista.

Ocorre, no entanto, que esse direito-dever não é absoluto, sendo - por ser algumas vezes mal utilizado pelos profissionais e em outros casos configurar autêntica colisão de direitos e interesses fundamentais, questão bem desenvolvida na doutrina constitucional - indispensável o estabelecimento de metodologia procedimental para a resolução dos conflitos que surgem quando a invocação do segredo profissional limita a plena produção de prova no processo penal, bem como de definição de alguns critérios para julgamento, que devem ser vistos à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da ponderação de bens, da proibição de excesso, da proibição da proteção insuficiente, da dignidade da pessoa humana, entre outros⁶⁰.

Sempre que está em causa a aplicação do artigo 135º do CPP português existem no mínimo dois interesses públicos em conflito^{61,62},

⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições...* Op. cit., p. 30.

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...* Op. cit., pp. 65 e ss.

⁶¹ O termo é de utilização corrente, mas cabe a ressalva de que não existem propriamente interesses antagônicos ou opostos, já que a sociedade e o Estado têm interesses comuns de proteção aos direitos fundamentais e conhecimento da verdade e realização da justiça. Trata-se mais de uma exigência de concordância prática dos conceitos, conforme alerta feito por SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., p. 129.

⁶² Sobre os diferentes valores constitucionais que se entrecruzam e reclamam efetividade no processo penal, analisando, inclusive, o caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que limitou a liberdade de imprensa, proibindo a emissão de um programa televisivo que expunha um indivíduo condenado por homicídio, frente ao interesse da sociedade na reabilitação do criminoso, ver ESTEVES, Maria da

sendo eles: o interesse na descoberta da verdade para a efetiva realização da justiça penal e o interesse público da manutenção do segredo profissional⁶³. No entanto, ainda podem existir outros interesses em conflito, como, por exemplo: a proteção ao segredo de justiça, que pode ter sido violado pelo jornalista e pela sua fonte⁶⁴; ou o próprio direito à ampla defesa.

O legislador português diferenciou os casos em que a escusa é ilegítima, sem fundamento⁶⁵, estabelecendo, no n.º 2 do artigo 135.º do CPP, que nestes casos a autoridade judiciária deve ordenar o depoimento; e os casos em que a escusa é legítima, quando deverá ser seguido o procedimento do n.º 3 do artigo 135.º do CPP.

Interessa-nos estudar a aplicação do n.º 3 do artigo 135.º, ou seja, quando a escusa em depor é legítima, existindo, portanto, uma proibição de produção de prova para proteger o direito fundamental do sigilo da fonte jornalística, mas que pode ceder diante da decisão do Tribunal pela quebra do segredo⁶⁶.

Observe-se, ainda, que os casos de ilegitimidade da escusa não são bem delineados, exigindo-se na maioria das situações⁶⁷ uma análise de quais interesses estão em jogo e que, portanto, se confundem com a aplicação dos critérios para a decisão de qual interesse deve prevalecer.

Assunção. A jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa ao Segredo de Justiça - conferência realizada em 21 nov. 1997. In. *O Processo Penal em Revisão*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1998, pp. 130 e ss.

⁶³ SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit. p. 169.

⁶⁴ Sobre o tema ver LEITE, Inês Ferreira. Segredo ou Publicidade? A tentação de Kafka na Investigação Criminal portuguesa. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 31, n. 124, pp. 05-87, out/dez 2010.

⁶⁵ João Zenha Martins traz as quatro hipóteses que na sua avaliação seriam enquadráveis como ilegitimidade da escusa. Ver MARTINS, João Zenha. *O segredo jornalístico...* Op. cit., pp. 105-106.

⁶⁶ SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., p. 170-171.

⁶⁷ Id., *Ibidem*.

Não parece tão óbvio, sob pena de esvaziar a existência do instituto do sigilo da fonte jornalística e fazer com que as informações mais relevantes nunca vejam a luz do dia, que se possa afirmar⁶⁸ que sempre que a informação tenha sido ilicitamente obtida a recusa em revelar a fonte pelo jornalista é ilegítima. A maioria das informações de interesse social e que põem em risco a fonte, levando-a a exigir o sigilo quanto a sua identidade, advém de funcionários públicos que estão obrigados ao segredo ou são situações que estão classificadas como segredo de justiça ou outro segredo cuja revelação pela fonte implica um ilícito⁶⁹. No entanto, com a simples possibilidade de existirem interesses superiores que justifiquem a divulgação das informações, o que não se afirma, mas que se cogita, entende-se que a análise deve ser feita partindo-se do pressuposto que a escusa é legítima.

Apenas quando a escusa é legítima que se está verdadeiramente diante de uma proibição de produção de prova no processo penal e que, portanto, para se realizar a prova, será necessário quebrar o segredo profissional⁷⁰⁷¹.

Em que pese a preocupação do legislador português em estabelecer regras para atribuir competência e organizar a forma e o procedimento para decidir os casos em que se coloca em dúvida a prevalência da proibição de prova do sigilo da fonte jornalística, os critérios elencados para a decisão não são suficientemente claros – ainda que o legislador tenha estabelecido um norte para quando a quebra do segredo é legítima:

⁶⁸ Como faz MARTINS, João Zenha. *O segredo jornalístico...* Op. cit., pp. 105-106.

⁶⁹ No mesmo sentido, de considerar incompatível a proteção do direito do segredo das fontes com uma proibição generalizada da publicação de informações obtidas de modo ilícito ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 314.

⁷⁰ Ver PORTUGAL. *Código de Processo Penal - Anotado*. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. 17ª ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2009, p. 332.

⁷¹ Ver notas 24 e 34 em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo...* Op. cit., pp. 384 e 389, respectivamente.

i) existir um interesse preponderante; ii) for o depoimento imprescindível para a descoberta da verdade; iii) tratar-se de investigação de um crime grave; e iv) visar proteger bens jurídicos.

Em outras palavras, apesar de o rito ficar claro, persiste uma vagueza⁷² sobre como efetivamente deverão ser analisados e ponderados os direitos em conflitos e, por consequência, fundamentadas as decisões que impõem a quebra e a supressão completa do direito fundamental ao sigilo da fonte jornalística no caso concreto.

O problema ora estudado é fundamental à própria ideia de ordenamento jurídico, pois é indispensável entender o princípio unificador do sistema para se pensar soluções quando existem conflitos⁷³.

2.2. Tentativa de solução e compatibilização: critérios para se restringir/quebrar o sigilo/segreto da fonte jornalística

Cabe, agora, como um contributo inafastável após o percurso realizado e a título de conclusão, propor uma metodologia de análise – talvez não se trate propriamente de uma proposta, no sentido de algo inovador, mas tão somente de uma exposição sistematicamente organizada de como se deve conduzir a apreciação – de situações que envolvam a recusa do jornalista em depor ou revelar sua fonte de

⁷² Não que neste aspecto deva se esperar ou se impor ao legislador tal tarefa, uma vez que cabe à doutrina e à jurisprudência buscarem solucionar, como bem se faz no Direito Constitucional, quando estuda os conflitos de direitos fundamentais, as dúvidas que persistem sobre a melhor maneira de conduzir o pensamento, balizar critérios e apresentar o caminho percorrido pelo debate mental e avaliações várias até a decisão final.

⁷³ “Mas isso significa que, na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas decisões de conflitos e dos valores singulares, antes devendo avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica; trata-se assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 76-77.

informação em uma investigação criminal ou no processo penal.

Ao estímulo do desânimo de Gössel⁷⁴ e após a constatação das dificuldades e das contradições axiológicas que a proteção ao sigilo da fonte jornalística impõe aos casos concretos de investigação e produção de prova criminal, buscou-se conciliar um modelo de validade geral, com critérios previamente estabelecidos e etapas de análise bem definidas, com a ponderação e avaliação das necessidades e interesses que só podem ser bem examinados em cada caso.

Como o próprio legislador português buscou estabelecer, para se afastar o direito ao sigilo da fonte jornalística, várias etapas devem ser seguidas, preenchendo-se diversos requisitos e utilizando-se múltiplos filtros. Integrar-se-á o modelo proposto a essas previsões legais e ao que entende a jurisprudência e a doutrina como compatível com os apertados e rigorosos critérios exigidos⁷⁵.

Para Novais, não basta a permissão da lei para quebrar o sigilo da fonte jornalística, sendo necessário o preenchimento de quatro critérios, sendo eles: a) a quebra ser apta para alcançar o fim buscado; b) a medida ser indispensável; c) o benefício a ser alcançado não ser desproporcional ao sacrifício imposto (princípio da proibição de excesso); d) a imposição não deixar o titular do direito fundamental em uma situação não razoável/desrazoável⁷⁶.

Também é buscando diminuir a vagueza, a indeterminação e a insuficiência dos conceitos legais⁷⁷ previstos para ponderar bens e interesses jusfundamentais, nomeadamente como se aferir a “prevalência

⁷⁴ GÖSSEL, Karls-Heinz. *As proibições...* Op. cit. pp. 437-438.

⁷⁵ Conforme expressão utilizada por MENDES, Paulo de Sousa. *A orientação...* Op. cit. p. 206.

⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Prefácio. In: FREITAS, Helena de Sousa. *Sigilo Profissional em Risco: Análise do caso de Manso Preto e de outros jornalistas no banco dos réus*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2006, p. 14.

⁷⁷ Id., p. 15.

do interesse preponderante”, que se propõe um método de análise, sem maiores exposições sobre os fundamentos e as técnicas de ponderação e aplicação da proporcionalidade⁷⁸, para casos em que em um dos lados do conflito está o direito ao sigilo da fonte de informação do jornalista. Vejamos, sem mais delongas.

A primeira análise que deve ser feita pela autoridade judiciária, levando em conta os princípios da eficiência e da celeridade e adequada prestação jurisdicional, é sobre a necessidade, a relevância, a pertinência e a adequação para o fim buscado⁷⁹ da revelação pelo jornalista da identidade da sua fonte de informação.

Não há razão para se adentrar em uma seara intrincada e complexa juridicamente sobre a restrição e prevalência de direitos fundamentais se não estiver presente o requisito da indispensabilidade daquele meio de prova, ou seja, quando a prova buscada puder ser alcançada por outros meios mais eficazes ou quando for irrelevante para a descoberta da verdade ou produção de uma prova confiável.

A segunda etapa de análise, coadunada com o nº 2, do artigo 135º do CPP português, consiste na verificação da conexão substancial entre a informação buscada no processo e a atividade jornalística, o que torna aplicável a proteção constitucional ao sigilo da fonte jornalística e legítima a escusa de depor ou de revelar a identidade da fonte⁸⁰.

Ainda que a atividade jornalística seja ampla e não consista exclusivamente na produção de uma notícia específica, sendo necessário o conhecimento por parte do jornalista de uma ampla gama de informações da sociedade, não pode ele ter uma carta branca para

⁷⁸ Tema já vastamente desenvolvido pela doutrina constitucional e processual penal, com estudos específicos e bem desenvolvidos, como em GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 243 e ss.

⁷⁹ Ver conceitos em SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., p. 134-135.

⁸⁰ Neste sentido MARTINS, João Zenha. *O segredo...* Op. cit., p. 105.

tudo que o envolver ser caracterizado como vinculado à sua profissão e protegido pelo sigilo da fonte jornalística⁸¹. Não pode o jornalista alegar sigilo da fonte quando não tem uma relação, mesmo que indireta ou mediata, com a produção de informação e notícia de um fato. Não pode tudo que o jornalista presenciar ou tomar conhecimento ser enquadrado como fonte de informação ligada à sua profissão. A pessoa do jornalista não cumpre tão somente o papel social caracterizado pela sua profissão, podendo quando não utilizar as informações que tomou conhecimento, assumir a função de testemunha, uma obrigação que a todos se impõe.

Parece, repise-se, que apenas quando o jornalista obtém uma informação e a utiliza com fim jornalístico, desempenhando sua função de informar, dando a notícia ou embasando um trabalho jornalístico, caberia a alegação de segredo profissional⁸². Não há que se aceitar a escusa de depor se o jornalista não utilizou a informação obtida como fonte jornalística. Em outras palavras, não se está sempre, pelo simples fato de envolver um jornalista, diante da proteção constitucionalmente assegurada, pois em muitos casos não há o enquadramento dentro da função de jornalista e fonte de informação, caracterizando um evidente caso de ilegitimidade na recusa. Ademais, a pessoa fonte de informação deve ser verificada em relação ao caso concreto que se analisa e não subsiste o direito ao sigilo da fonte em relação a determinados fatos porque em outro momento a pessoa envolvida já foi fonte do jornalista.

Após a verificação da pertinência e adequação daquele meio de prova e de que se está diante de um conflito de interesses constitucionalmente protegidos, uma vez que a escusa do jornalista é legítima, passa-se à análise

⁸¹ “A posição de certa forma privilegiada dos membros da imprensa lhes é concedida por força de sua tarefa (constitucional) e somente no contexto desta. Não se trata de privilégios pessoais; imunidades em face de normas jurídicas válidas gerais têm que poder ser justificadas de acordo com seu tipo e alcance sempre a partir da matéria (respectivamente em pauta)”, SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta...* Op. cit., p. 441.

⁸² No mesmo sentido MARTINS, João Senha. *O segredo...* Op. cit., pp. 103-104.

do terceiro critério – em Portugal, com a aplicação do procedimento incidental previsto no n.º 3, do artigo 135.º do CPP.

A partir desse critério, inicia-se uma análise de conteúdo da investigação/busca da verdade que se pretende e da própria notícia vinculada. Cabe verificar, neste momento, com a função de filtro, se o crime investigado tutela um bem jurídico relevante e relacionado diretamente com a dignidade da pessoa humana, com a vida plural e democrática ou com a própria sobrevivência e bom funcionamento do Estado de Direito. Neste ponto, um aspecto de peso também seria a possibilidade da persecução penal prevenir/evitar crimes futuros que atinjam os mesmos interesses⁸³. Sendo a resposta afirmativa para todas as indagações, pode-se prosseguir na avaliação da possibilidade de quebra do sigilo jornalístico. De outro lado, frente a evidente relevância da proteção ao sigilo da fonte jornalística em um Estado plural democrático de Direito, em que tal preceito serve de valor fundamental para orientar a interpretação das leis gerais⁸⁴, não se deve prosseguir com a avaliação da possibilidade de quebra do sigilo, constatando-se que se está diante de uma proibição de produção de prova insuperável.

Como 4ª etapa, tem-se a necessidade de avaliar a persecução de interesses legítimos da notícia⁸⁵ e o interesse público que foi realizado com a divulgação da informação repassada pela fonte sigilosa e divulgada pelo jornalista. Ainda que todos os outros critérios tenham sido preenchidos favoravelmente para a quebra do sigilo jornalístico, este ainda deve prevalecer se a notícia possibilitou uma maior fiscalização pela sociedade dos atos e poderes públicos. A avaliação deste critério aproxima-se, analogamente - e diretamente nos casos de a fonte ter violado, ao revelar a informação ao jornalista, um segredo de justiça, de Estado ou de funcionário público - da avaliação das causas de justificação

⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições...* Op. cit., p. 82.

⁸⁴ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta...* Op. cit., p. 441.

⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa...* Op. cit. pp. 369-370.

do direito penal que podem excluir a antijuridicidade/justificar a própria quebra de um segredo profissional⁸⁶⁸⁷.

Por fim, como 5ª etapa, que só ocorrerá quando o 3º e 4º critérios forem avaliados positivamente e com resultados equânimes, isto é, tanto é um crime grave quanto a notícia tem interesses legítimos, estando equilibrados os interesses em jogo, entende-se que deve prevalecer o direito ao sigilo da fonte jornalística, o que impede a produção de prova, sempre que não ficar evidenciada a supremacia dos elementos/interesses trazidos na 3ª etapa de avaliação, tendo em vista a natureza e o fundamento de tal direito e que todos os outros critérios de avaliação foram favoráveis ao jornalista, ou melhor, ao interesse social que é protegido através da proteção ao jornalista.

Destaque-se que não pode, como regra, a quebra do sigilo jornalístico ser utilizada como instrumento para facilitar a produção de prova dos órgãos estatais de persecução penal (sob pena de se implantar um estado policialesco e se limitar a livre informação) e muito menos para descobrir indivíduos não alinhados com as políticas das instituições a que pertencem ou para reafirmar poder e força das instituições perante a sociedade.

Contudo, também não pode a proteção ao sigilo da fonte jornalística servir para proteger interesses individuais, fúteis, mesquinhos, torpes ou econômicos, sob pena de logo ser necessária uma nova Revolução Francesa ou a eclosão de uma nova 1ª geração de direitos fundamentais para proteger os indivíduos dos poderes grandiosos que a mídia adquire⁸⁸.

⁸⁶ SILVA, Germano Marques da. *Curso...* Op. cit., pp. 171-172.

⁸⁷ PORTUGAL. Segredo do jornalista. In. *Pareceres – Os segredos e a sua tutela*. Vol. VI. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da PGR, 1997, pp. 516-518.

⁸⁸ Ressalte-se, novamente, a essencial leitura sobre os argumentos de política e de princípios referentes ao conflito aqui estudado de DWORKIN, Ronald. *Uma questão...* Op. cit., pp. 558 e ss.

Observe-se, ainda, que se entende que o dever do jornalista de não divulgar sua fonte de informação persiste – fora, evidentemente, dos casos de aplicação dos critérios ora alinhavados - mesmo quando tenha que responder pelos danos causados pela reportagem/notícia que divulgou, pois coube a ele, antes da assunção do compromisso do sigilo da identidade de seu informante e da divulgação pública da notícia, a verificação da importância social, fiabilidade e veracidade das informações recebidas e dos danos que causariam.

Cumpra observar, por fim, em razão da natureza e do fundamento da proteção do sigilo jornalístico, além da possibilidade de coação ou pressão fática de diferentes ordens, como ameaças e conluios, que não parece suficiente para verificação da ilegitimidade da escusa o consentimento posterior da fonte quanto à revelação de sua identidade⁸⁹, ainda que seja um fator importante a ser considerado na análise global do caso concreto.

Apenas quando respeitado o procedimento instituído na legislação processual penal e seguindo as etapas de análise e critérios ora coligados para julgamento é que pode-se falar em sacrifício legítimo do direito fundamental do jornalista ao sigilo da fonte de informação, guardando-se sempre na análise e na aplicação de outros critérios ou ordem de avaliação, que para a manutenção de um Estado de Direito, plural e livre, que exige uma imprensa livre e responsável, deve-se buscar a máxima realização de direitos emancipatórios, que possibilitem o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e o reconhecimento de seu valor humano. De outra forma, estar-se-ia diante de uma proibição de produção de prova no processo penal, que não pode ser ultrapassada e que limita a busca pela verdade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge de. Segredo Profissional – parecer aprovado em 25/11/2005.

⁸⁹ Posicionamento contrário é sustentado por MARTINS, João Zenha. *O segredo...* Op. cit., p. 106.

Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, ano 67, n. 01, pp. 477-484, 2007.

ACIOLI, Bruno Caiado de. O Princípio do Sigilo de Fonte e as suas Limitações. *Boletim dos Procuradores da República (Brasil)*, ano VI, n. 70, pp. 13-15, abr. 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

_____. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª ed. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *Direito Penal Médico – Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

_____. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. 2ª ed. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El secreto profesional en el proyecto de Código Penal. In. *Anuario de derecho penal e ciências penales*, Tomo 33, fasc. 3, 1980, pp. 595-610.

BELING, Ernst. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*. Sonderausgabe. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Las Prohibiciones Probatorias*. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. 1*. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESTEVES, Maria da Assunção. A jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa ao Segredo de Justiça - conferência realizada em 21 nov. 1997. In. *O Processo Penal em Revisão*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1998, pp.

123-131.

FREITAS, Helena de Sousa. *Sigilo Profissional em Risco: análise dos casos de Manso Preto e de outros jornalistas no banco dos réus*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2006.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal - Anotado*. 17ª ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2009.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Santa Fé: Rubinzarl-Culzoni, 2007.

_____. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, Coimbra, Editorial Notícias, ano 02, fasc.3, p. 397-441, 1992.

ILLUMINATI, Giulio. L'Inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano LIII, fasc. 02, jun. 2010, pp. 521-546.

LEITE, Inês Ferreira. Segredo ou Publicidade? A tentação de Kafka na Investigação Criminal portuguesa. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 31, n. 124, pp. 05-87, out/dez 2010.

MARTINS, João Zenha. O segredo jornalístico, a proteção das fontes de informação e o incidente processual penal de quebra de escusa de depoimento. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 27, n. 106, pp. 83-137, abr.-jun. 2006.

MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154.

_____. A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários económicos e o sigilo bancário. In. *2º Congresso de Investigação Criminal*. Org. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da FDUL, Lisboa, 2009, pp. 201-213.

_____. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*. 2ª ed., rev., actual., e ampl. Coimbra: Almedina, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones

audiovisuales en el proceso penal. *Revista Penal*, Barcelona, n. 14, pp. 96-123, 2004.

_____. *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Prefácio. In. FREITAS, Helena de Sousa. *Sigilo Profissional em Risco*. Análise do caso de Manso Preto e de outros jornalistas no banco dos réus. Coimbra: Minerva Coimbra, 2006, pp. 11-15.

_____. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de. Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova. In. *Prova Criminal e Direito de Defesa*: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa no processo penal. BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. (Coords.). Coimbra: Almedina, 2010, pp. 257-290.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral da República. Segredo profissional em geral. In. *Pareceres - Os segredos e a sua tutela*. Vol. VI. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da PGR, 1997, pp. 241-300.

_____. Segredo do jornalista. In. *Pareceres - Os segredos e a sua tutela*. Vol. VI. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado da PGR, 1997, pp. 454-518.

RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo do Médico como Garantia de Não-Discriminação*: estudo de caso HIV/SIDA. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SANTIAGO, Rodrigo. *Do crime de violação de segredo profissional no Código Penal de 1982*. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. Jornalistas e “segredo profissional”. *Revista Sub Judice*, n. 15/16, pp. 147-152, jun./dez. 1999.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig et al. Motevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal – parte II*. 4ª ed. rev. e actual. Lisboa: Verbo, 2008.

SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM*, ano 16, n. 73, pp. 107-155, jul/ago 2008.

O princípio da confiança na teoria da imputação objetiva e a sua repercussão nos tribunais superiores brasileiros

The Principle of Trust in Theory of Objective Imputation and its Impact on Brazilian Superior Courts

Marcelo Marcante¹

Ruiz Ritter²

Raul Marques Linhares³

Resumo: A teoria da imputação objetiva, com referência teórica no funcionalismo penal, busca superar a extensiva cadeia causal decorrente da adoção da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*). As suas categorias jurídicas buscam – já no juízo de tipicidade objetiva – excluir a imputação penal quando ausentes alguns critérios fático-normativos. Dentre esses critérios, ganha especial destaque o princípio da confiança, segundo o qual se permite às pessoas delegar funções a outras pessoas, confiando de que essas condutas serão cumpridas conforme sua expectativa, vale dizer, de acordo com as normas jurídicas. O referido princípio tem sido aplicado pelos Tribunais Superiores brasileiros, nas mais variadas situações, sendo que sua efetiva compreensão passa pelo estudo de casos, o que se propõe no presente ensaio.

¹ Advogado. Doutorando, Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor dos cursos de especialização da UNISINOS e URI. Professor palestrante do Instituto de Desenvolvimento Cultural e da Escola Superior de Advocacia. E-mail: marcelo@marcelomarcante.com.br

² Advogado. Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Sócio do escritório Ritter & Linhares Advocacia. E-mail: ruiz@ritterlinhares.com.br.

³ Advogado. Mestrando em Direito Público pela UNISINOS. Sócio do escritório Marcante, Ritter & Advogados Associados. Sócio do escritório Ritter & Linhares Advocacia. E-mail: raul@ritterlinhares.com.br.

Palavras-chave: teoria da imputação objetiva; princípio da confiança; teoria geral do delito; dogmática penal.

Abstract: The theory of objective imputation, with theoretical reference in functionalist theory of crime, seeks to overcome the extensive causal chain resulting from the adoption of the theory of equivalent conditions (*conditio sine qua non*). Its legal categories aim at excluding the criminal imputation when some factual-normative criteria are missing – starting in the judgment of objective typicality. Among these criteria, the principle of trust receives special mention, which allows people to delegate tasks to others, trusting that these behaviors will be fulfilled according to their expectation, and, of course, according to the laws. That principle has been applied by Brazilian Superior Courts, in different situations, but their actual understanding goes through case studies, what is proposed in this essay.

Keywords: Theory of objective imputation. Trust principle. General delict theory. Criminal dogmatic.

Sumário: I – considerações iniciais; II - aspectos introdutórios sobre a teoria da imputação objetiva; III - o princípio da confiança: aspectos conceituais; IV - o princípio da confiança nas cortes supremas nacionais: uma breve análise; V – considerações finais; VI - referências bibliográficas.

I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito Penal e a teoria do delito se encontram em um processo constante de aprimoramento, o que se reflete nas estruturas (então) consolidadas e proporciona o desenvolvimento de novas ideias e categorias jurídicas. Inevitável ser diferente, sobretudo considerando-se a permanente incompletude do conhecimento humano e o processo de desenvolvimento social, que acaba por expor todas as dificuldades que o Direito enfrenta como um sistema de regulação de condutas e composição de conflitos. Nesse contexto, estão inseridos os estudos

sobre a teoria geral do delito, que se (re)configuram a partir das mais diversas influências político-criminais, na tentativa de bem adaptar-se às novas necessidades sociais.

Atualmente, no cenário acadêmico-jurídico, a teoria do delito tem sofrido grande influência do funcionalismo penal, matriz a partir da qual pode ser pensada a teoria da imputação objetiva. O objetivo desta teoria é superar a insuficiência da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), de modo a limitar a extensão da cadeia de causas do evento delituoso. A solução que a dogmática tradicional (finalista) acaba encontrando é recorrer à tipicidade subjetiva (*dolo* ou *culpa*) para evitar a indevida e injusta extensão da responsabilização criminal. Diferentemente, no âmbito da referida teoria a proposta é de inserção de novas categorias à tipicidade objetiva, quais sejam, a criação de um risco não permitido e a sua materialização no resultado dentro do alcance do tipo, de modo a (no mínimo) reduzir as insuficiências da teoria da *conditio sine qua non*.

Dentro de tais categorias, destaca-se o chamado princípio da confiança, que rege aquelas atividades nas quais a conduta individual do sujeito somam-se as condutas de outros participantes, permitindo com que se possa, em regra, confiar que estes se comportarão de modo correto (no dizer de Gunther Jakobs, segundo seu papel social), de acordo com as regras existentes e em respeito aos seus respectivos deveres de cuidado, o que é comumente visto em divisão de tarefas.

Para além de uma inestimável contribuição teórica, o princípio em tela já foi reconhecido na jurisprudência pátria, sendo objeto de discussão em nossas Supremas Cortes, o que também traremos à baila no presente ensaio, a fim de demonstrar a relevância e repercussão do tema atualmente.

II – ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva é apontada, por seus partidários, como dominante em um Direito Penal pós-finalista,⁴ surgindo como proposta de aprimoramento à técnica de imputação penal. Quando no tempo de predomínio da teoria clássica do sistema jurídico-penal, de matriz meramente causalista, vivenciava-se o problema da possibilidade de “regresso ao infinito” na cadeia causal; ou seja, todo aquele sujeito que colaborasse de alguma forma para a produção do resultado, seria considerado como autor da ação típica. O que se tinha, pois, era um tipo objetivo demasiadamente extenso, sendo limitada a responsabilização penal no terreno da antijuridicidade e da culpabilidade,⁵ como filtros posteriores da responsabilização penal.

Nesse período, passou-se a considerar que a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) não se prestava adequadamente à determinação da relação entre ação e resultado,⁶ especialmente em se tratando de cursos causais extraordinários.⁷ A crítica a essa racionalidade surge com a teoria finalista da ação, ao considerar a ação humana não mera causação do resultado, mas o direcionamento do curso causal, de acordo com a vontade do agente, voltado à obtenção de um resultado mentalmente previsto. Dessa forma, não mais se concentram

⁴ STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo. In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M (org.). **El derecho penal hoy**: homenaje al profesor David Baigún. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995. p. 251.

⁵ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 11-12, 2002. A culpabilidade aqui ressaltada por Claus Roxin é aquela entendida conforme a teoria causalista da ação, dentro da qual estavam inseridas as categorias de dolo e culpa.

⁶ D’AVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 25.

⁷ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al (org.). **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2000. p. 22.

na culpabilidade todos os elementos subjetivos do crime, os quais são transferidos à tipicidade.⁸

Esse é um dos grandes legados da teoria finalista da ação, ao deslocar os elementos volitivo e cognitivo referentes à conduta praticada para o juízo de tipicidade. Assim, a culpabilidade (antes psicológica) passa a ser tratada como normativa, sendo as suas excludentes (a) inimputabilidade, (b) potencial consciência da ilicitude; e (c) inexigibilidade de conduta diversa. Entretanto, conforme Claus Roxin, embora a teoria finalista da ação tenha seus méritos – principalmente no deslocamento dos elementos dolo e culpa da culpabilidade, criando um juízo de tipicidade subjetiva - o tipo objetivo permanece excessivamente extenso, bastando para sua configuração a presença da relação de causa e efeito.⁹

O Código Penal brasileiro adota a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) mitigada em decorrência de causas supervenientes ou preexistentes, relativa ou absolutamente independentes, que venham a alterar, acelerar ou agravar curso causal da conduta considerada delituosa. O artigo 13 do respectivo Diploma Legal preceitua que *o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*. A seguir, no §1º do referido dispositivo legal, há a atenuação da teoria da equivalência das condições, pois *a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou*.

Portanto, tendo como referência o sistema normativo brasileiro, os fatores limitadores da teoria da equivalência das condições – que se opera a partir do juízo de eliminação hipotético – seriam a própria tipicidade subjetiva (aferição de dolo e culpa) e a possibilidade de existência de

⁸ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 12, 2002.

⁹ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 12, 2002.

um concurso de causas (sejam preexistentes ou supervenientes). Nessa perspectiva, a imputação objetiva agrega novos critérios à teoria do delito, a fim de suprir as insuficiências da equivalência das condições que acarretam o “regresso ao infinito”. Trata-se, em suma, da incorporação de critérios jurídicos e normativos ao sistema de imputação, os quais vão além da mera relação de causa e efeito.¹⁰

Em outras palavras, a teoria da imputação objetiva surge como uma tentativa de solucionar os problemas práticos do tipo objetivo, com a intenção de limitar a aplicação do tipo por meio da criação de novas categorias jurídicas. Isso acontece, pois a concepção do tipo objetivo como descrição valorativamente neutra de um acontecer físico-causal, é questionada pela teoria em voga, que introduz filtros objetivo-normativos na teoria do tipo.¹¹

Essa teoria permite eliminar, já no nível da tipicidade objetiva, comportamentos considerados irrelevantes para o Direito Penal.¹² Para alcançar esse intento, a teoria da imputação objetiva institui que: *“um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (...), quando o risco se realiza no resultado concreto (...), e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.”*¹³

São, portanto, dois princípios fundamentais que estruturam a imputação ao tipo objetivo: (a) a conduta apenas pode ser enquadrada no

¹⁰ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al (org.). **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2000. p. 24.

¹¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Org.). **El funcionalismo en derecho penal**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 215.

¹² BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Argentina: Editorial Hammurabi, 1999. p. 272.

¹³ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 13, 2002.

tipo objetivo se houver criado um risco para o bem jurídico não coberto pelo risco permitido e se esse risco houver se realizado no resultado; (b) ainda, a realização do risco criado deve se encontrar abarcado pelo alcance do tipo.¹⁴ Ou, ainda, a imputação de um resultado jurídico a uma determinada conduta somente pode ser realizada quando: (a) houver a criação de um risco relevante e proibido; (b) o risco, além de relevante e proibido, deve ter se refletido no resultado; e (c) o resultado deve estar dentro do alcance do tipo penal.

No que toca ao primeiro elemento da teoria da imputação objetiva, apresenta-se como requisito à realização do tipo objetivo o fato de que a conduta do agente crie ou incremente significativamente o risco de ocorrência de um resultado e que esse risco criado/incrementado seja juridicamente proibido. Mesmo que se verifique a criação de um risco, ainda assim pode se estar diante de uma situação de atipicidade, por se tratar de um risco permitido ou irrelevante.¹⁵ Desse modo, para a satisfação desse primeiro requisito do tipo objetivo, deve-se tratar de criação de um perigo juridicamente desaprovado. Como refere Enrique Bacigalupo, *“Riesgos que una sociedad tolera porque los considera necesarios para su desarrollo social no pueden ser alcanzados por la tipicidad.”*¹⁶

Notadamente, as categorias da imputação objetiva (inclusive em relação ao risco proibido) não são desprovidas de fatores subjetivos. Claus Roxin oferece como exemplo o caso no qual o agente convence outrem a viajar e, durante a viagem, o avião sofre uma pane e vem a cair, causando a morte de todos os passageiros. Tal situação não representa a criação de um risco não permitido. Todavia, na mesma situação, caso

¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 364.

¹⁵ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 14, 2002.

¹⁶ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Argentina: Editorial Hammurabi, 1999. p. 273.

o agente tivesse o prévio conhecimento (dado subjetivo) de que o avião seguramente cairia, ocasionando a morte dos passageiros, estar-se-ia diante da criação de um perigo proibido.¹⁷ Dessa forma, quando se refere a tipo objetivo, não necessariamente se está a referir uma concepção privada de juízos subjetivos.

Inversamente ao risco não permitido, as condutas que diminuem um risco já criado não são imputáveis ao tipo objetivo.¹⁸ Dessa forma, mesmo que o agente atue causalmente, se evitar a configuração de um risco maior, não atuará de maneira típica.¹⁹ Portanto, esse elemento de imputação deve ser excluído no caso em que o agente altere o curso causal, produzindo uma diminuição do risco já existente. Nesse aspecto, conquanto o agente altere, intencionalmente, o curso causal e produza conscientemente uma lesão ao bem jurídico tutelado, percebe-se que, apesar da lesão final produzida, sua atitude diminuiu o risco e evitou lesão maior. Essa situação não pode ser corretamente solucionada pela teoria causal da adequação, já que o transcorrer dos fatos é completamente previsível pelo agente. Em que pese pudesse ser resolvida tal problemática quando da análise da antijuridicidade, Claus Roxin refere ser verdadeiro absurdo considerar típicas ações que apenas beneficiam o estado do bem jurídico tutelado.²⁰

Ainda, mesmo nos casos nos quais o agente não haja diminuído o risco já criado, deve-se excluir a imputação ao tipo objetivo quando não houver ele aumentado o risco de forma juridicamente relevante.²¹ Não

¹⁷ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 24, 2002.

¹⁸ D'AVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 53.

¹⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Argentina: Editorial Hammurabi, 1999. p. 274.

²⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 365.

²¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura

basta, pois, a criação do risco, se não for ele relevante ou suficiente para justificar a imputação penal. Igualmente, deve-se excluir a imputação quando, embora seja criado um risco juridicamente relevante, se esteja diante de um risco permitido, critério identificado, por parte da doutrina, com a adequação social da conduta presente no juízo de antijuridicidade.²²

O segundo requisito do tipo objetivo é a realização do risco não permitido no resultado.²³ Trata-se, aqui, de uma exigência adicional à causalidade: que o resultado seja a realização do mesmo risco criado pela conduta.²⁴

Por fim, para a perfeita realização do tipo objetivo, deve-se analisar o âmbito de proteção da norma, determinando-se o alcance do tipo, para que se saiba se abrange ou não a situação concreta de acordo com o fim de proteção da norma. O alcance do tipo encontra limitação, por exemplo, no princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual não estão compreendidas no tipo penal as autocolocações em perigo.²⁵

Nessa relação entre imputação objetiva e criação/incremento do risco, apresenta-se a necessidade de delimitação da responsabilidade penal pessoal nos casos de atuação em grupo. Torna-se latente essa necessidade no atual estágio da humanidade, cada vez mais sujeita a novas atividades perigosas e, em certos casos, indispensáveis ao modelo

tura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 366.

²² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 371

²³ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 15, 2002.

²⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Argentina: Editorial Hammurabi, 1999. p. 272.

²⁵ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 16, 2002.

social instituído, bem como a conhecimentos e atuações setorizados.

Nesse contexto, o princípio da confiança configura uma categoria jurídica formulada consoante os critérios da imputação objetiva, com a finalidade de realizar esse intento de limitação da responsabilidade pessoal no agir em grupo.

III - O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA: ASPECTOS CONCEITUAIS

O fundamento da responsabilidade penal, conforme defende Günther Jakobs, sempre possui como base a violação de um papel, quando essa violação representar a infração de normas pré-estabelecidas.²⁶ Levando-se isso em conta, e em se compreendendo o papel de cada indivíduo, em dada situação, permite-se delimitar o âmbito de responsabilidade individual quando do agir social em grupo. Essa atuação é tornada possível, sem que as pessoas necessitem controlar a conduta alheia, em razão do *princípio da confiança*.

No dizer de Jakobs, “O *princípio da confiança* é a *autorização para confiar no comportamento correto das outras pessoas [...] não obstante a experiência de que elas cometem erros.*”²⁷ Ou seja, ao agente que realizará uma atividade arriscada se permite que confie que as demais pessoas participantes do ato (direta ou indiretamente) irão se comportar corretamente, de acordo com as regras existentes, em respeito com seus respectivos deveres de cuidado.²⁸

Consequentemente, pelo princípio da confiança, como critério para determinação da conduta socialmente adequada, o sujeito não está obrigado a evitar toda e qualquer criação de risco juridicamente

²⁶ JAKOBS, Günter. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 56.

²⁷ JAKOBS, Günter. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Luiz Moreira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 302.

²⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 77-78.

desaprovado, pois sua esfera de responsabilização deve ser bem delimitada.²⁹ Conforme Claus Roxin, “*es un principio que sirve para la negación de un incremento del peligro inadmisibile.*”³⁰

Equivale dizer, portanto, que o princípio da confiança se destina a conferir às pessoas a possibilidade (se não o dever) de confiar em que as demais pessoas não cometerão atos ilícitos, ou seja, pautarão seus comportamentos conforme as normas jurídicas, fundamentando a proibição de regresso,³¹ pela qual a participação culposa em crimes dolosos é impunível.³² Nesse sentido, aquele que confiou na atuação cautelosa do agente criminoso não deve ser responsabilizado, mesmo que culposamente.

Assim, “*el que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringirá el deber de cuidado.*”³³ Isso garante que cada cidadão apenas responda por seus erros, eximindo-o da responsabilização pelas condutas ilícitas de outras pessoas.³⁴ Desse modo, age conforme o dever de cuidado aquele que atua confiando em que o outro atuará com prudência, quando não houver razões para desconfiar do terceiro.³⁵

²⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Imputação objetiva e risco no direito penal:** do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 93.

³⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 1004.

³¹ D’AVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

³² ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 1006.

³³ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal.** Parte general. Colombia: Editorial Temis S.A., 1996. p. 215.

³⁴ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.** Tradução de Manuel Cancio Meliá et al. Madrid: Civitas, 1996. p. 54.

³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal.** Parte general. Argentina: Ediar, 1981 p. 402.

Em síntese, o princípio da confiança

Se enuncia diciendo que dentro de la sociedad cada persona debe realizar correctamente los comportamientos que le corresponden y que los demás esperan que así sea, es decir, que actúe acorde con aquello que le compete. Dicho de otra manera, el hombre debe desplegar su conducta dentro de los cánones establecidos y los otros aguardan a que así lo haga. Simultáneamente, ese hombre espera que los otros realicen acciones y omisiones según les corresponda. Es una concreción de la relación expectativas - no defraudaciones. En síntesis, la persona se conduce sobre la base de la fe, o sea, confiando en que las demás obran dentro de las reglamentaciones establecidas.³⁶

O princípio da confiança se insere na teoria da imputação objetiva no primeiro requisito do tipo penal objetivo, qual seja a criação de um risco proibido. Via de regra, os casos de aplicação desse princípio se configuram em criação ou incremento de um risco; no entanto, entender-se-á permitido o risco nas situações tuteladas pela confiança.³⁷

Exemplificativamente, Claus Roxin expõe o caso de venda de objetos potencialmente lesivos (material inflamável, punhal, machado etc.). A venda desses objetos pode se constituir, a depender do caso, em criação de certo risco. Todavia, trata-se de risco permitido, pois o vendedor, em uma situação de normalidade, pode confiar de que o comprador fará uso normal do objeto adquirido.³⁸

À vista disso, conquanto possa advir um resultado típico da conduta do agente, ainda assim se pode estar diante de uma situação de

³⁶ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El funcionalismo en la sociología actual. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Org). **El funcionalismo en derecho penal**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 128.

³⁷ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 14, 2002.

³⁸ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 14, 2002.

atipicidade, por se tratar de criação de um risco permitido – como, por exemplo, os acidentes de trânsito nos casos nos quais o condutor trafega respeitando as normas de tráfego.³⁹

Com a incidência desse princípio, a esfera de responsabilização individual é determinada de acordo com o papel do sujeito em dado momento, de acordo com a situação concreta.⁴⁰ Por meio dessa análise, pode-se estabelecer a extensão da responsabilidade de um indivíduo e em que momento inicia a responsabilidade de outro.

Esse raciocínio se fundamenta no fato de que, em matéria penal, não se pode atribuir a alguém responsabilidade pelas violações de terceiros. Por isso, o princípio da confiança vem regular os casos nos quais aquele que atua em um primeiro momento é, verdadeiramente, o responsável pela situação de risco por ele criada ou que a ele correspondia controlar.⁴¹

Pode-se perceber, portanto, que o âmbito de aplicação do princípio da confiança se encontra naquelas atividades nas quais a conduta individual do sujeito somam-se as condutas de outros participantes.⁴² Assim acontece com a divisão do trabalho, que somente se faz possível com a repartição de funções e responsabilidades entre sujeitos.⁴³ Ou seja, seria inviável uma divisão eficaz do trabalho se cada indivíduo tivesse de controlar todo o controlável, de maneira que a exigência de

³⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Argentina: Editorial Hammurabi, 1999. p. 272.

⁴⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Imputação objetiva e risco no direito penal**: do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 93.

⁴¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001. p. 78.

⁴² CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva**: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 40-41.

⁴³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Imputação objetiva e risco no direito penal**: do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 94.

controle a respeito da conduta de terceiros enfraqueceria a atenção e o controle da própria conduta individual.⁴⁴

Aliás, o princípio da confiança deve ser aplicado, inclusive, em casos nos quais o agente atue de maneira ilícita. A esse respeito, Claus Roxin toma como exemplo o fato do motorista que, mesmo em estado de embriaguez, se envolve em um acidente em razão de outro motorista não haver respeitado a sua preferência em um cruzamento:

Por tanto, quien conduce un coche en un estado de incapacidad para conducir a consecuencia del consumo de alcohol, a pesar de ello debe quedar exento de responsabilidad penal invocando el principio de confianza cuando otro no respeta su prioridad de paso y el accidente tampoco habría sido evitable para el conductor sobrio.⁴⁵

Portanto, é justamente pelo princípio da confiança que se permite às pessoas delegar funções a outras pessoas, confiando de que essas tarefas serão cumpridas conforme sua expectativa, de maneira conforme ao Direito,⁴⁶ sem acarretar para aquele que a delega qualquer responsabilidade penal quando se coloca em estado de confiança.

Para Günther Jakobs, contudo, essa confiança deixa de existir quando falta, aos terceiros, a capacidade de conhecimento ou obediência das regras, ou quando são dispensados dessa obediência (exemplo: o condutor de um veículo está autorizado a não confiar na conduta de crianças desacompanhadas).⁴⁷

⁴⁴ JAKOBS, Günter. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade.** Luiz Moreira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 304.

⁴⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 1005.

⁴⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Org.). **El funcionalismo en derecho penal.** Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 31.

⁴⁷ JAKOBS, Günter. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade.** Luiz Moreira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 304.

Ademais, o princípio da confiança deve ser afastado quando se verificar uma “reconhecível inclinação para o fato” proibido.⁴⁸ Uma vez mais, para ilustrar, tome-se o fato da venda de uma faca em uma loja, situação criadora de um risco considerado permitido pela aplicação do princípio da confiança. Todavia, em uma situação de rixa em frente à mesma loja, o ato de venda de uma faca a um dos participantes da rixa configuraria a criação de um risco não permitido, não mais se aplicando a confiança de que o comprador fará uso normal do objeto.⁴⁹

Em síntese, tem-se que, especialmente na sociedade atual, se o agente fosse obrigado a observar cuidadosamente a conduta das demais pessoas para, com segurança, realizar a sua conduta, restaria ele impossibilitado de agir, justamente por não ser possível se controlar todos os riscos cotidianos.⁵⁰ Nesse sentido surge o princípio da confiança, como permissivo à atuação em grupo e limitador da imputação ao tipo objetivo. Em outras palavras, não pratica o tipo penal objetivo aquela pessoa que confia – sobretudo em virtude das circunstâncias de cada fato – que as outras pessoas irão respeitar as regras de convivência e agir conforme o Direito.

IV - O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NAS CORTES SUPREMAS NACIONAIS: UMA BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A influência da imputação objetiva e da matriz funcionalista no Poder Judiciário pátrio tem se verificado em alguns casos julgados pelas Cortes Superiores, com especial destaque para o princípio da confiança. No Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber esse acolhimento pela análise do *Habeas Corpus* de número 96.554, julgado no ano de 2009 e

⁴⁸ D’AVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

⁴⁹ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 14, 2002.

⁵⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Imputação objetiva e risco no direito penal: do funcionalismo à teoria discursiva do delito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 93.

assim ementado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUPOSTA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A análise das alegações de eventual incidência do princípio da confiança e de ofensa ao princípio da correlação impõe, na espécie vertente, revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 2. Ordem denegada.⁵¹

Em seu voto, a Ministra relatora Cármen Lúcia afasta a aplicação ao caso do princípio da confiança em razão de questões meramente processuais, tendo em vista a estreita discussão proporcionada pela via do *Habeas Corpus*, até porque a aplicabilidade do princípio da confiança demandaria cognição aprofundada do conjunto fático-probatório. Em contrapartida, a Suprema Corte deixa evidente a receptividade do princípio da confiança na jurisprudência brasileira.

Em oportunidade diversa, quando da instrução do inquérito policial nº 2.280, do ano de 2009, que instruiu o processo referente ao popularmente conhecido “mensalão tucano”, o Ministro Dias Toffoli entendeu irrelevante a falsidade de um recibo assinado por um investigado, pois tal assinatura teria sido motivada por pedido de pessoa a quem havia o investigado outorgado plenos poderes para atos de administração de sua campanha eleitoral (conquanto os demais ministros não tenham adentrado no mérito dessa questão). No entendimento do prolator do voto, ficou evidente a plena confiança do investigado em seu mandatário, ou seja, pessoa a quem transferiu essa gestão, sendo

⁵¹ **HC 96554**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-098 DIVULG 24-05-2011 PUBLIC 25-05-2011 EMENT VOL-02529-01 PP-00214

essa confiança o motivo maior pelo qual o investigado havia assinado o recibo. Assim, por ter agido com a certeza da lisura dos atos de seu mandatário e, com esse respaldo, ter assinado o documento por ele repassado, o Ministro entendeu ser aplicável o princípio da confiança, para afastar a tipicidade objetiva da conduta imputada ao investigado (fl. 250-251).⁵²

Assim se manifestou o ministro Dias Toffoli:

“Ora, o simples fato de ter o denunciado supostamente assinado um recibo pelo qual atesta ter obtido das empresas veiculadas, destaque-se, por intermédio do seu coordenador de campanha eleitoral, Sr. Cláudio Mourão da Silveira, a importância ali descrita (R\$ 4.500.000,00) não é motivo suficiente para se vislumbrar um liame subjetivo, mormente se considerarmos o que afirmado pelo próprio Cláudio Mourão na ação de indenização por ele ajuizada nesta Suprema Corte em 2005. Diz ele que “dispunha da total e irrestrita confiança e credibilidade junto aos Réus [Eduardo Azeredo e Clésio Soares], mormente perante o 1º Réu, hoje Senador da República, que lhe concedeu a época da campanha, todos os poderes para proceder a coordenação financeira da mesma (cópia procuração anexa), bem como o 2º Réu lhe havia outorgado, embora tacitamente, mandato para gerir a campanha, contrair dívidas e tudo o mais que fosse necessário” (fl. 345). Esse fato mencionado pelo Sr. Cláudio Mourão, no meu entendimento, afasta o denunciado Eduardo Azeredo de qualquer ato praticado na administração financeira de sua campanha. (...) Traçando um paralelo sobre uma das hipóteses que excluem a imputação objetiva dos resultados produzidos (princípio da confiança), André Callegari colaciona que: (...). Por esse motivo é que entendo ser irrelevante se o recibo é verdadeiro ou falso, tendo em vista o princípio a que fiz menção.”⁵³

⁵² Inq 2280, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2009, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-01. p. 250-251.

⁵³ Inq 2280, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em

Isto é, o que reflete o voto do Ministro Dias Toffoli é justamente o objetivo do princípio da confiança como limitador da imputação objetiva nos casos de divisão de funções, eximindo de responsabilidade penal um dos agentes por não lhe ser exigível a fiscalização completa do atuar dos demais sujeitos.

Da mesma forma tal princípio foi aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 1.115.641, julgado no ano de 2012, em caso no qual um dos acusado era pessoa contratada para realização do serviço de segurança em uma festa. Nessa situação, foi oferecida denúncia por homicídio culposo contra pessoa que, ao se jogar em uma piscina existente no clube no qual ocorria a referida festa, foi eletrocutada, fato ocorrido por equívocos nas ligações elétricas realizadas no local.

Em seu voto, o Ministro relator Sebastião Reis Júnior consignou:

Impossível deixar de invocar, uma vez mais, o princípio da confiança. Sem embargo das possíveis regulamentações da profissão de segurança ou de vigilante, certo é que a prova dos autos - aliada à experiência comum - permite concluir que esse réu fora contratado para, chefiando uma equipe de empregados, manter a paz e a ordem ao longo da festa, não para efetuar operações de resgate e salvamento, até porque uma equipe de paramédicos fora especificamente contratada para esse fim, conforme documentalmente provado.⁵⁴

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi adotado expressamente o princípio em tela no julgamento do *Habeas Corpus* de número 46,525, julgado no ano de 2006, no qual foi assim consignado em seu ementário:

03/12/2009, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-01. p. 249-251.

⁵⁴ REsp 1115641/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 09/05/2012. p. 16.

(...) 5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. (...) ⁵⁵

Com a aplicação do princípio da confiança, a Corte afastou a responsabilidade, a título de homicídio culposo, de pessoas ligadas a uma Comissão de Formatura, pela morte por asfixia por afogamento de um participante de uma festa organizada pelos acusados. Entendeu-se que a vítima, por ter ingerido substâncias psicotrópicas, que influenciaram em seu afogamento, agiu de maneira contrária ao direito (autocolocação da vítima em risco), de maneira que esse comportamento e o resultado dele advindo não poderiam ser antevistos pelos réus.

No mesmo sentido, aplicou-se o princípio da confiança no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 147.250, julgado no ano de 2010, com a seguinte ementa:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO.

1. O fundamento da responsabilidade pelo crime culposo reside na violação do dever objetivo necessário nas circunstâncias. In casu, tendo o motorista respeitado todas as regras de trânsito, surgindo o transeunte,

⁵⁵ HC 46.525/MT, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 245

de inopino, na via, provocando o seu próprio óbito, mostra-se ilegal o processo crime pela suposta prática de homicídio culposo. Tem-se, a um só tempo, o emprego dos princípios da confiança e da autocolocação da vítima em perigo, o que, à evidência, exclui a tipicidade do comportamento do condutor.

2. Ordem concedida para trancar a ação penal 2575080/2009, em curso perante a 17.^a Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA.⁵⁶

No caso em questão, a acusada trafegava seu veículo em respeito às condições de tráfego exigidas, ocorrendo, em determinado momento, um choque entre seu veículo e um menor de idade, que faleceu dias após a colisão e em razão dela. Não evidenciada a falta de um dever objetivo de cuidado, mencionou-se, tanto pela Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura quanto pela Procuradoria-Geral de Justiça, além de outros argumentos, a aplicabilidade do princípio da confiança para eximir a acusada de responsabilidade penal em razão da atitude contrária ao esperado do menor de idade.

Diante de todos esses casos submetidos a julgamento nos Tribunais Superiores, verifica-se que o princípio da confiança é um norteador da avaliação da tipicidade objetiva, inserido na teoria do delito pela imputação objetiva. Nessa perspectiva, sua aplicação obviamente irá depender das especificidades do caso concreto. Nas palavras de Günther Jakobs, a confiança deixa de existir quando faltar ao terceiro capacidade de conhecimento ou obediência das regras ou quando dispensado de tal obediência. Ao explicar esse fator que afasta a aplicabilidade do princípio da confiança, o autor utiliza, justamente, o caso de um motorista de veículo que não deve confiar que uma criança desacompanhada irá agir

⁵⁶ **HC 147.250/BA**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 22/03/2010

dentro dos padrões normativos normalmente exigidos.⁵⁷

Também a respeito da limitação da confiança, consignou o Ministro Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 166.810, julgado no ano de 2012:

Não há sequer como se invocar o princípio da confiança se, segundo consta dos autos, a paciente conhecia o rotineiro modo do corréu conduzir seu veículo, sendo muito possível, ante a convivência diária, concluir pelo risco a que expunha a filha recém nascida e antever o provável dano à sua integridade física e até mesmo a morte.⁵⁸

Trata-se de caso no qual a mãe de um bebê permitiu que terceiro trafegasse em veículo com seu filho, resultando isso em posterior acidente com a morte do bebê. No transcorrer do processo, a acusada referiu ser de seu conhecimento que, normalmente, o terceiro conduzia seu veículo em desacordo com as regras de trânsito, violando um dever objetivo de cuidado. Desse modo, conforme consignado no voto do relator, não há que se falar em princípio da confiança, considerando-se a existência de circunstância especial a afastar a expectativa no comportamento conforme ao direito do motorista.

V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria geral do crime permanece em constante mutação, sendo que à matriz finalista estão sendo incorporadas categorias jurídicas próprias do funcionalismo penal, sendo inseridos novos critérios para aferição do injusto penal. Especificamente em relação à teoria da imputação objetiva, almeja-se a superação das insuficiências da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), de modo limitar o tipo objetivo.

⁵⁷ JAKOBS, Günter. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 304.

⁵⁸ HC 166.810/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 13/03/2012. p. 4-5.

Como fruto de concepções atuais, tal teoria surge com o propósito de fornecer respostas mais compatíveis, no Direito Penal, à conformação social moderna. Nesse aspecto, o princípio da confiança, categoria jurídica criada pela teoria da imputação objetiva, apresenta-se como a possibilidade de desenvolvimento de funções setorizadas, considerando a cada vez maior especialização das áreas de conhecimento e divisão de funções, necessária ao efetivo desempenho de atividades complexas e que demandam uma participação coletiva em seu desenvolvimento.

O princípio da confiança tem sido aplicado pelos Tribunais brasileiros nas mais diversas situações concretas, nas quais a teoria do delito com matriz marcadamente finalista não apresenta uma solução adequada. Nessa perspectiva, começam a ganhar terreno as categorias jurídicas da imputação objetiva - (a) criação de um risco relevante e proibido; (b) se o risco se refletiu no resultado; e (c) se o resultado está dentro do alcance do tipo penal – que vem agregar novos critérios para a configuração do injusto penal, com o intuito de superar tais insuficiências.

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Argentina: Editorial Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general. Colombia: Editorial Temis S.A., 1996.

CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva**: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Org.). **El funcionalismo en derecho penal**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 211-227.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva**. México: Angel Editor, 2001.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Imputação objetiva e risco no direito penal**: do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al (org.). **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2000. p. 19-68.

JAKOBS, Günter. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günter. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Luiz Moreira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá et al. Madrid: Civitas, 1996.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Org.). **El funcionalismo en derecho penal**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 21-38.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El funcionalismo en la sociología actual. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Org.). **El funcionalismo en derecho penal**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 117-132.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 39, jul./set., p. 11-31, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo. In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M (org.). **El derecho penal hoy: homenaje al profesor David Baigún**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995. p. 251-272.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Argentina: Ediar, 1981.

A redução da maioridade penal na perspectiva da historicidade

The reduction of the legal age in the view of historicity

Sarah Reis Puthin¹

Resumo: A partir do entendimento da infância e da adolescência como uma construção histórica e social, entendimento este presente na Constituição Federal e mais diretamente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), este artigo busca refletir acerca da Proposta de Emenda à Constituição que visa reduzir a maioridade penal de dezoito para dezesseis anos no Brasil. O texto prioriza a perspectiva da historicidade no que se refere à lei brasileira sobre a criança e o adolescente e a maioridade penal, tendo como foco o processo histórico de implantação da Constituição Federal vigente e do ECA. Este artigo foi constituído com bases em pesquisa bibliográfica e consequente análise e reflexão acerca da temática. Primeiramente, buscamos contextualizar historicamente os significados da infância e da adolescência através de práticas sociais e legislativas relativas às crianças e aos adolescentes no Brasil. Neste contexto, entendemos que as práticas sociais relativas à infância e à adolescência na atualidade estão intensamente relacionadas aos processos de promulgação e implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente, e por isto buscamos compreender as políticas brasileiras e os caminhos percorridos até culminar à discussão e instituição do ECA. Em seguida, partindo desta perspectiva da historicidade, propomos discutir sobre o significado da redução da maioridade penal no que se refere ao âmbito constitucional e penal. Podemos inferir, a partir do estudo realizado, que houveram importantes transformações sobre o significado da infância e da adolescência no âmbito social e jurídico ao

¹ Psicóloga, Mestre em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Pós-graduanda em Ciências Penais pela PUCRS. Professora do Curso de Psicologia das Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT).

longo do tempo, as quais demandam reflexões e intervenções adequadas no que tange a crianças e adolescentes.

Palavras-chave: infância; adolescência; maioridade penal.

Abstract: From the understanding of childhood and adolescence as a historical and social construction, such understanding present in the Federal Constitution and more directly in the Child and Adolescent Statute (CAS), this article search for reflecting about the Proposal of Amendment to the Constitution that aims to reduce the legal age from 18 to 16 in Brazil. The text prioritizes the historicity perspective referring to Brazilian law about the child and the adolescent and the legal age, having as focus the historical process of implementation of the current Federal Constitution and the CAS. This article was constituted based on bibliographic research and consequent analysis and reflection about the thematic. Firstly, we searched for contextualizing historically the meanings of childhood and adolescence through social and legislative practices related to children and adolescents in Brazil. In this context, we understood that the social practices related to childhood and adolescence at present are intensively related to processes of promulgation and implementation of the Child and Adolescent Statute, and because of this we searched for understanding the Brazilian policies and the paths traversed until to culminate to the discussion and the implementation of the CAS. Then, starting from this perspective of historicity, we proposed to discuss about the meaning of the reduction of the legal age referring to the constitutional and penal scope. We can infer, from the study, that there were important transformations about the meaning of childhood and adolescence in the social and juridical scope along the time, which demand appropriate reflections and interventions with respect to children and adolescents.

Keywords: childhood; adolescence; legal age.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a imputabilidade penal é fixada a partir dos dezoito anos, conforme consta na Constituição Federal, bem como no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Na atualidade, a questão da redução da maioridade penal é tema muito discutido e controverso em nosso país, tanto no contexto social como no âmbito acadêmico, particularmente a partir da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 171, que data de 1993.

A temática da maioridade penal pode ser discutida por diversas áreas do conhecimento, a partir de diferentes perspectivas e ênfases críticas e científicas. Devido à complexidade do tema, cada um destes vieses é de suma relevância para a reflexão geral sobre a redução da maioridade penal, pois aborda variados pontos da mesma problemática.

Por isso, consideramos relevante discutir o tema a partir de uma proposta interdisciplinar, entre as áreas do Direito Penal e da Psicologia, e na qual prioriza a perspectiva histórica sobre a temática. Ou seja, propomos, neste trabalho, refletir sobre o tema a partir da perspectiva da historicidade, buscando compreender os sentidos atribuídos à adolescência ao longo do tempo através de práticas sociais e legislativas relativas às crianças e aos adolescentes em nosso país e no mundo.

No que se refere à legislação brasileira, a questão da maioridade penal está primordialmente respaldada no texto Constitucional, no art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”². O Código Penal brasileiro, já em 1940, estabelecia o limite de dezoito anos para a ocorrência da imputabilidade penal, conforme se verifica em seu artigo 27: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 de Junho de 2015.

sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”³. Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Federal n.º 8069/90, cumprindo o texto constitucional, estabeleceu em seu artigo 104 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”⁴.

Deste modo, podemos verificar que o dispositivo da maioria penal tem proteção constitucional e, nesta senda, só poderá sofrer mudanças por meio de Projeto de Emenda Constitucional (PEC), nos termos da Constituição Federal. Neste sentido, a PEC 171/1993, que trata da redução da maioria penal, no presente momento é foco de importantes discussões no contexto social, político e científico.

Para podermos compreender os diferentes vieses das discussões realizadas, propomos estudar e conhecer, brevemente, a temática da adolescência e da maioria penal na perspectiva da historicidade, buscando compreender os sentidos da adolescência e da infância na história, até culminar ao entendimento atual e principalmente a partir da legislação constitucional e penal referente ao adolescente infrator em nosso país.

A ADOLESCÊNCIA NA PERSPECTIVA DA HISTORICIDADE

Os esforços em produzir registros históricos implicam dedicar-se à construção de um conhecimento que não pode ser entendido como reflexo da realidade. Por isto, um dos cuidados imprescindíveis nesta escrita é considerá-la complexa e, como nos ensina Morin, “não confundir o mapa com o terreno”⁵, ou seja, ideia com realidade.

³ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del2848.htm Acesso em: 30 de Junho de 2015.

⁴ BRASIL. **Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 30 de Junho de 2015.

⁵ MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. **Boletim da**

As buscas bibliográficas sobre a temática da adolescência demonstram lacunas que denunciam necessidades de ampliação do adolescente como foco de análise, especialmente na perspectiva das Ciências Criminais. Tal percepção está associada à afirmação frequente nos textos de que a infância e a adolescência são objetos recentes de interesse e pesquisa⁶, e isso também se verifica no que se refere ao Direito Penal.

A compreensão da adolescência não é limitada a uma fase biológica da vida. É preciso articular diferentes perspectivas como, por exemplo, as ideias de construção cultural, política e social num processo de construção histórica da infância e da adolescência em perspectivas próximas⁷. Ou seja, o estabelecimento da maioridade penal como dezoito não estaria baseado exclusivamente na ideia biológica de indivíduo, mas construída a partir de uma perspectiva biopsicossocial, na qual prioriza os processos psicológicos, sociais, políticos e culturais no entendimento da adolescência.

No período anterior ao século XVII, havia um interesse limitado ou, pelo menos, uma perspectiva diferente de valorização da infância e da adolescência, o que pode ser compreendido no contexto das condições sociais de uma sociedade pré-industrial⁸. Neste contexto, a Igreja exercia importante papel nas transformações das relações sociais e do sentimento de adolescência e de infância neste período⁹.

SEMTEC-MEC - Informativo Eletrônico da Secretaria de Educação Média e Tecnológica. n. 1, v. 4, 2000, p. 2. Disponível em: <http://edgarmorin.org.br/textos>

⁶ CRUZ, Lilian Rodrigues da. **(Des)Articulando as políticas públicas no campo da infância**: implicações da abrigagem. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

⁷ LEITE, M. L. M. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, M. C. (Org). **História Social da Infância no Brasil**. 3 Ed. São Paulo: Cortez, 2001.

⁸ Idem.

⁹ CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. In: DEL PRIORE, Mary. (Org). **História das Crianças no Brasil**. 4. Ed. São Paulo: Contexto, 2004.

As crianças e os adolescentes eram gradual e precocemente inseridos no universo dos adultos. Superada a etapa de extrema dependência física, inseriam-se, igualmente, nas rotinas da comunidade a que pertenciam. Assim, sua rotina assemelhava-se a dos adultos¹⁰, não havendo uma diferenciação e principalmente valorização da infância e da adolescência.

Existem motivos para pensar que não havia evidências de que as crianças e os adolescentes, conforme entendemos hoje, ocupassem lugar de destaque nas relações sociais. Ou seja, é possível compreender que a percepção predominante nesse tempo era de que a infância se traduzia num período de transição, logo ultrapassado¹¹, e o adolescente era, neste período, um jovem adulto. Isso transformava a criança e o adolescente em mero projeto e se traduzia na inferioridade social a eles imposta.

A centralidade da criança e do adolescente nas relações familiares passa a emergir no Renascimento, na medida em que a adolescência é considerada uma etapa diferenciada da vida humana. Este período sofreu radical influência da Reforma Protestante, movimento que produziu significativas transformações nos sistemas de ensino e, conseqüentemente, nos significados de infância e adolescência em todo o mundo¹².

Desse modo, a educação e a escolarização são marcos na alteração do estatuto da infância e da adolescência em nossa sociedade. Passa-se de uma educação restrita ao âmbito doméstico, característica da Idade Média, para práticas educativas que tornaram a instituição escolar o instrumento usual de iniciação social. Tal formação se realizava

¹⁰ ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. Ed. Editora LTC, 1981.

¹¹ DEL PRIORE, Mary. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORE, Mary. (Org.). **História das Crianças no Brasil**. 4. Ed. São Paulo: Contexto, 2004.

¹² ARIÉS, *Ibidem*.

através de uma disciplina rígida e autoritária¹³. Através da organização desse sistema de ensino, introduziram-se outros modos de lidar com as crianças e os adolescentes, caracterizados pelo estabelecimento e o desenvolvimento de um sistema disciplinar rigoroso.

PRÁTICAS E POLÍTICAS PARA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

A constatação da crescente valorização social da criança e do adolescente teve como fontes elementos provenientes da vida europeia. No Brasil, como decorrência dos processos de colonização, as práticas europeias foram grandes intercessoras da construção dos significados de infância e de adolescência e das práticas associadas às crianças e aos jovens. Para trazer esta discussão ao contexto brasileiro, propomos vislumbrar brevemente a história das políticas e leis destinadas às crianças e aos adolescentes no país.

Dentre os primeiros registros encontrados sobre este tema, enfatiza-se a iniciativa dos jesuítas. No século XVI, estes implantaram um sistema de educação direcionado aos povos indígenas. Dentre suas obras, está a primeira casa de recolhimento de crianças e adolescentes menores no Brasil, construída em 1551¹⁴. Os cuidados especiais à infância e à adolescência eram limitados e as regras e recomendações acerca da vida e educação das crianças e dos adolescentes eram determinadas, principalmente, pela Igreja¹⁵.

A partir do século XIX, estes ditames passaram a ser cada vez mais foco do saber considerado científico, representado pela Medicina. Assim, a perspectiva da saúde compõe – com a religião e a moral – construções de sentidos de adolescência em nossa sociedade. Concomitantemente, é nesta época que a infância e a adolescência ganham maior visibilidade,

¹³ ARIÉS, *Ibidem*.

¹⁴ CRUZ, *Ibidem*.

¹⁵ RIBEIRO, P. R. M. História da Saúde Mental Infantil: a criança brasileira da Colônia à República Velha. *Psicologia em Estudo*, n. 11, v. 1, 2006, p. 29-38.

pois é definida como objeto de intervenções públicas, devido à maior valorização da mão-de-obra em um contexto de progresso da lógica capitalista¹⁶.

O processo de transição do Brasil Colônia para o Império teve como marco histórico a Declaração de Independência, em 1822. Com a emancipação política do país, no início do século XIX, fez-se necessária a criação de uma Constituição. Assim, a primeira Constituição brasileira foi promulgada em 1824. Cabe ressaltar que, nesta constituição, não havia nenhuma referência à infância e à adolescência ou a práticas relacionadas às crianças e os jovens.

Após a proclamação da independência do Brasil, especialmente a partir da segunda metade do século XIX, fortalecia-se o movimento abolicionista brasileiro. No contexto brasileiro, o movimento abolicionista relacionava-se intensamente ao movimento republicano. Oficialmente, abolicionistas e republicanos não constituíam um mesmo movimento, mas a abolição era considerada o primeiro passo para a instituição da República¹⁷. Deste modo, o momento político do país, caracterizado pela recente independência e emergente república, constituía forçoso o processo de abolição da escravidão.

Como decorrência, a primeira lei abolicionista no país foi instituída, a qual marcou a história das políticas sociais da infância e da adolescência no Brasil – a Lei do Ventre Livre, promulgada em 1871. Esta Lei determinou que os filhos e filhas de escravos nascidos desde então seriam livres a partir dos 21 anos. Mais tarde, a assinatura da Lei Áurea (1888) aboliu a escravidão no Brasil¹⁸. Esta Lei é resultado, enfim,

¹⁶ SILVA SANTOS, E. P. (Des)construindo a ‘menoridade’: uma análise crítica sobre o papel da Psicologia na produção da categoria “menor”. In: GONÇALVES, H. S.; BRANDÃO, E. P. (Org.). **Psicologia Jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: NAU, 2004.

¹⁷ FERNANDES, M. F. L. Os Republicanos e a Abolição. **Revista Sociologia Política**, n. 27, 2006, p. 181- 195.

¹⁸ FLORES, M. **Dicionário de História do Brasil**. 2 Ed ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

de interesses políticos e econômicos, de pressões internas e externas. Dessa forma, o processo de abolição contribuiu para a Proclamação da República em 1889 – um ano após a assinatura da Lei Áurea.

Enfatizamos este acontecimento da história do Brasil, pois dele resultam configurações sociais e políticas públicas na atual conjuntura brasileira. Isto porque, depois da abolição, “nada foi feito em termos de políticas sociais voltadas aos segmentos dos ex-escravos”¹⁹. O momento demandava uma discussão acerca da inserção dos antigos escravos na sociedade brasileira e uma iniciativa política de reforma social e econômica do país. Porém, este processo não foi realizado, e os negros libertos, expulsos das fazendas e das casas, passaram a viver nas ruas, à margem da pobreza. Como decorrência, a abolição, assim como a escravidão, deixou marcas determinantes na organização social e nas práticas sociais posteriores, que promoveram pobreza e desigualdades que se mantêm até hoje²⁰.

No âmbito da infância e da adolescência, podemos vislumbrar esta afirmativa em dados obtidos sobre a situação das crianças e dos adolescentes de famílias de baixa renda na atualidade. Os adolescentes negros são apontados com quase 70% mais chance de viver na pobreza do que os adolescentes brancos²¹.

No que se refere à questão da maioridade penal, neste período, o Código Penal Republicado, de 1890, determinava a inimputabilidade até os 09 anos de idade completos, sendo que os maiores de 09 e menores de 14 anos estariam submetidos à análise de discernimento, critério este que compreendemos não muito claro.

Neste período histórico, intensificaram-se as intervenções médicas

¹⁹ FERNANDES, *Ibidem*, p. 192.

²⁰ CARDOSO, A. Escravidão e Sociabilidade Capitalista: um ensaio sobre inércia social. **Novos Estudos – CEBRAP**, n. 80, 2008, p. 71-88.

²¹ UNICEF-Brasil. Situação Mundial da Infância – Caderno Brasileiro. Brasil/DF. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/cadernobrasil2008.pdf>

nas questões de saúde e higiene e, conseqüentemente, os cuidados dedicados à infância, à adolescência e à família. Este processo de valorização da saúde ocorreu primeiro na Europa, depois no Brasil, chegando ao século XIX com o foco na questão da mortalidade infantil e nas recomendações de cuidados às crianças e aos jovens.

A infância e a adolescência se tornam o foco predominante das teorias e práticas higienistas-eugênicas, pois se acreditava que a criança e logo o adolescente precisavam ser protegidos, cuidados e educados. Cria-se um conjunto de teorias, políticas e práticas voltadas para a ideia de bem-estar da família, do adolescente e da criança²².

Assim, no fim do século XIX e início do século XX, medidas higienistas-eugênicas buscavam resolver os chamados problemas dos “menores”²³, a partir da retirada das crianças das ruas e sua internação em instituições consideradas apropriadas²⁴. No Brasil, estabeleceu-se a prática de encaminhar crianças e adolescentes pobres para os chamados “internatos de menores”, o que criou uma cultura da institucionalização no país.

Diferentes áreas do conhecimento científico passaram a se dedicar também à infância e à adolescência²⁵ e a crescente preocupação com o adolescente passa a se instituir como um problema econômico e político, alvo de intervenções e ações, entre elas psicológicas, médicas e legais. Deste modo, a criança e o adolescente se tornam sujeitos de um processo, constituído pelas práticas da Psicologia, do Direito e de

²² RIBEIRO, P. R. M. História da Saúde Mental Infantil: a criança brasileira da Colônia à República Velha. **Psicologia em Estudo**, n. 11, v. 1, 2006, p. 29-38.

²³ Termo proposto neste período, que se vinculava a uma concepção de infância relacionada a questões de responsabilidade penal (HILLESHEIM; CRUZ, 2009).

²⁴ HILLESHEIM, B.; CRUZ, L. R. Risco, vulnerabilidade e infância: algumas aproximações. In: CRUZ, L. R. & GUARESCHI, N. M. de F (Orgs.). **Políticas Públicas e Assistência Social: Diálogo com as práticas psicológicas**. Petrópolis: Vozes, 2006.

²⁵ FREITAS, M. C. Para uma sociologia histórica da infância no Brasil. In: FREITAS, M. C (Org). **História Social da Infância no Brasil**. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

outros campos que contribuíram na construção de práticas oficiais e ideias de infância e adolescência. Como decorrência, comportamentos, atitudes e expectativas sobre o futuro tornam-se, na maioria das vezes, subordinados às considerações expressas nessas fontes de estudo²⁶.

Ao traçar a trajetória das ideias e práticas relacionadas à adolescência, podemos constatar que o fim do século XIX marca importantes mudanças no que tange à atenção e ao cuidado aos jovens. Assim, o século XX vem consolidar e caracterizar significativas transformações nos modos de entender e lidar com as crianças e os adolescentes em diferentes esferas.

O ADOLESCENTE E A LEI NO SÉCULO XX

Devido aos efeitos das transformações econômicas e políticas no Brasil, como o fim do regime de trabalho escravo e a imigração de trabalhadores europeus, além do crescimento desordenado das cidades devido à urbanização e o estreitamento do mercado de trabalho, visualiza-se um grande número de crianças e adolescentes vivendo nas ruas das grandes cidades. Assim, além das intervenções da Medicina, o campo do Direito, e especialmente do Direito Penal, também se voltou para a infância e a adolescência, pois o número de crianças e adolescentes em situação de rua era compreendido como motivo do aumento da criminalidade²⁷.

O dispositivo do Código de 1890, que tratava da inimputabilidade e da maioridade penal, foi revogado em 1921 com a Lei 4.242, a qual autorizou o Governo da República a organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente, e estabelecer, no que se refere à maioridade penal, que “o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção” seria submetido a processo

²⁶ FREITAS, Idem.

²⁷ CRUZ, Lilian Rodrigues da; GUARESCHI, Neusa Maria de Fátima. A Trajetória das Políticas Públicas Direcionadas à Infância: paralelos com o presente. *Mnemosine*, n. 4, v. 1, 2008, p. 28-52.

especial.

Neste contexto, tem-se o início da legislação relacionada à infância e à adolescência no Brasil nas primeiras décadas do século XX, com a implantação do primeiro Código de Menores, em 1927. Esta Lei tinha um caráter discriminatório, que associava a pobreza à *delinquência*²⁸ e encobria as causas das dificuldades vividas pelos adolescentes, tais como a desigualdade de renda e a falta de alternativas de vida. Havia a ideia de que os mais pobres tivessem um comportamento desviante, não podendo se adaptar à vida em sociedade. Isso justificava, por exemplo, o uso dos aparelhos repressivos como instrumentos de controle pelo Estado²⁹.

O Código de Menores pode ser considerado um mecanismo legal que firmou os termos jurídicos do higienismo³⁰, através da construção da Doutrina da Situação Irregular. Ou seja, o referido código não era direcionado a todos os adolescentes, mas somente aos considerados abandonados, pobres ou conhecidos como delinquentes.

A questão da maioridade penal estava presente no Código de Menores de 1927, o qual previa a impossibilidade de recolhimento à prisão do menor de 18 anos que houvesse praticado ato infracional. O menor de 14 anos, conforme sua condição de abandono, seria abrigado em casa de educação ou preservação, ou ainda, confiado à guarda de pessoa idônea até a idade de 21 anos. Poderia ficar sob custódia dos pais, tutor ou outro responsável se sua periculosidade não fosse acentuada³¹.

Nesta época, no contexto político brasileiro, vigorava, até o ano de 1930, o primeiro período republicano no Brasil, denominado hoje

²⁸ Grifo nosso.

²⁹ PEREIRA, A. R. A criança no Estado Novo: uma leitura na longa duração. **Revista Brasileira de História**, n. 19, v. 6, 1999, p 165-198.

³⁰ CRUZ; GUARESCHI, *Ibidem*.

³¹ BRASIL. **Código de Menores** - Decreto Nº 17.943-A (1927). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm

de República Velha e caracterizado por uma democracia constitucional. Com a Revolução de 1930, encerra-se a República e inicia o Governo Provisório de Getúlio Vargas. Uma nova Constituição é promulgada, em 1937, para dar sustentação ao Estado Novo, caracterizado por um período ditatorial que se estendeu até 1945, com a participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial³².

No que se refere à questão da maioria penal, com a introdução do Código Penal de 1940 no ordenamento jurídico brasileiro, institui-se a inimputabilidade em face da idade, estabelecendo-a para os menores de 18 anos.

Neste contexto, a questão do “menor” passa a ser tratada pelo Serviço de Assistência ao Menor (SAM), pelo Departamento da Criança (DNCr) e pela Legião Brasileira da Assistência Social (LBA). O SAM foi criado em 1942, e tinha como propósito amparar os “menores” carentes, abandonados e infratores, através da execução de uma política de atendimento, de caráter “corretivo-repressivo-assistencial”³³ no cumprimento de medidas aplicadas a estes pelo juiz.

O propósito do SAM era “recuperar” os jovens e “reinseri-los” no contexto social. Para tanto, os meios empregados para alcançar estes objetivos eram a disciplina e o trabalho. Desse modo, os idealizadores e os defensores desse sistema acreditavam que um modelo repressivo poderia extinguir a criminalidade. O SAM funcionava, na realidade, como um sistema penitenciário para os jovens³⁴.

O mundo vivia o término da Segunda Guerra Mundial em meados da década de 40. No contexto do pós-guerra, marcado pela violência, pelo trauma e pelo medo, é fundada, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), uma instituição internacional criada com o objetivo de

³² FLORES, *Ibidem*.

³³ LIBERATI, W. D. **Adolescente e Ato Infracional** – medida sócioeducativa e pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 60.

³⁴ CRUZ; GUARESCHI, *Ibidem*.

promover a paz e a segurança no mundo, melhores padrões de vida e direitos humanos³⁵.

A infância e a adolescência vieram logo a se constituírem como foco da ONU. No ano de 1946³⁶, um ano após o fim da Grande Guerra e da fundação da ONU, é criado o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Inicialmente, era um fundo de emergência para prestar ajuda às crianças vítimas da guerra. Porém, em 1953, o UNICEF se tornou uma instituição permanente de auxílio e proteção a crianças e adolescentes de todo o mundo, e constitui a única organização mundial, ainda na atualidade, que se dedica exclusivamente à infância e à adolescência. O UNICEF instalou uma sede no Brasil no ano de 1950, e, neste período, implantou programas de proteção à saúde da criança e do adolescente nos estados do nordeste brasileiro³⁷.

Em 1948, é adotada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O processo de institucionalização desses direitos iniciou no começo do século XX e consolidou-se com a Declaração da ONU, que foi o ponto de partida e o fundamento de diversos ordenamentos jurídicos brasileiros e internacionais.

No âmbito da infância e da adolescência, essa época é marcada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, como decorrência dos movimentos em prol da infância e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1959, a Declaração aumentou o rol de direitos dirigidos às crianças e aos adolescentes.

³⁵ ONU-BRASIL. **História – Organização das Nações Unidas**, 2008. Disponível em: http://www.onubrasil.org.br/conheca_hist.php

³⁶ Neste mesmo ano (1946) foi instituída uma nova Constituição no Brasil, na qual foram mantidos os direitos sociais já conquistados e introduzidos novos direitos (CRUZ; GUARESCHI, 2009).

³⁷ UNICEF-BRASIL. **A nossa história: o passado, o presente e o futuro da UNICEF**, 2007. Disponível em: http://www.unicef.pt/18/a_nossa_historia.pdf.

O Brasil apresentou, no início da década de 60, profundas marcas históricas, políticas e sociais. Em 1964 instaura-se a Ditadura Militar no país, e inaugura-se uma fase política que tem como prioridade a Segurança Nacional. O Estado exercia o controle da Ciência, da informação e da tecnologia, pois eram considerados fatores associados à segurança³⁸.

No que tange à infância e à adolescência e às práticas relacionadas aos jovens no Brasil, com o Golpe Militar de 1964, o SAM foi extinto, e as intervenções públicas relacionadas às crianças e aos adolescentes foram instrumentalizadas por meio da Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), em sintonia com a Lei de Segurança Nacional. Com a PNBEM, é introduzida a metodologia fundamentada no conhecimento biopsicossocial, com o intuito de romper com as práticas repressivas anteriores, criando um sistema que considerasse as condições materiais dos “menores”, o desempenho escolar, seus traços de personalidade, enfim, aspectos pessoais e sociais. Esta nova política de atendimento almejava “mudar comportamentos não pela reclusão do infrator, mas pela educação em reclusão”³⁹.

Assim, no contexto repressivo da ditadura militar, foi instituída, em 1964, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), que se propunha a assegurar prioridades aos programas que visassem à integração do menor na comunidade, através de assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos. A FUNABEM foi delegada pelo Governo Federal à implantação da PNBEM, cujo objetivo era coordenar as entidades Estaduais de proteção às crianças e aos adolescentes.

A PNBEM acreditava que o tratamento biopsicossocial reverteria a

³⁸ SANTOS, S. G. M. Estado, Ciência e Autonomia: da institucionalização à recuperação de Manguinhos. **Dissertação de Mestrado**, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Rio de Janeiro: UFRJ, 1999

³⁹ PASSETTI, E. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORI, Mary. (Org.). **História das Crianças no Brasil**. 4. Ed. São Paulo: Contexto, 1999, p. 357.

“cultura da violência”⁴⁰ que se propagava pelas ruas com os conflitos entre gangues e, com isto, contribuiria para acabar com a marginalidade. A FUNABEM se caracterizava por ações corretivas, e fundamentou-se em métodos terapêutico-pedagógicos desenvolvidos com a finalidade de possibilitar a “reeducação” e a “reintegração” do “menor” à sociedade⁴¹. No entanto, a FUNABEM, por meio da PNBEM, não atingiu seu propósito, e ainda estigmatizou crianças e adolescentes da periferia das cidades como menores perigosos. Nesta perspectiva, a FUNABEM reiterou o estigma que associa pobreza à violência e delinquência.

Nessas circunstâncias, no âmbito da adolescência, as experiências de controle social da FUNABEM contribuíram para a reformulação do Código de 1927, substituído pelo Código de Menores de 1979, o qual recebeu influência do regime totalitarista e militarista, então vigente no país. Durante as décadas de 1960 e 1970, foram elaborados diferentes projetos de alteração do Código de Menores, sendo que estes se dividiam em duas posições no que se refere à Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959): uma favorável à inclusão de seus dez princípios na legislação brasileira e outra contrária a essa inclusão. O Código de Menores de 1979 representou a posição contrária à inclusão desses princípios⁴².

O Código de Menores de 1979, assim como o anterior, baseia-se na já mencionada Doutrina da Situação Irregular. Desse modo, representa poucas mudanças no que tange ao atendimento à criança e ao adolescente no país. O entendimento do “menor” caracterizado pelo adolescente pobre permanece inalterado. Este Código traz também uma proposta *terapêutica*⁴³, pois se propõe a oferecer tratamento ao adolescente em

⁴⁰ PASSETI, *Ibidem*, p. 358.

⁴¹ CRUZ; GUARESCHI, *Ibidem*, p. 40.

⁴² FROTA, M. G. A cidadania da infância e da adolescência: da situação irregular à proteção integral. In: CARVALHO, A. et. al. (Org.). **Políticas Públicas**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

⁴³ Grifo nosso.

conflito com a lei⁴⁴.

No Brasil, a história do adolescente e sua repressão começaram a ter notoriedade neste período. A partir desse momento, diversas associações se articularam em defesa dos direitos da criança e do adolescente, na luta por legislações e políticas que contemplem uma visão e cuidado integral a essa população.

A década de 80 foi marcada por intensos movimentos sociais e mobilização coletiva na luta pela democracia. Assim, em 1984, demonstrações de indignação e revolta do povo brasileiro denotavam o desgaste da Ditadura Militar. No que tange às práticas sociais, especialmente às políticas dirigidas à infância e adolescência no país, surge um movimento de defesa das crianças e adolescentes que culminou, em 1985, na constituição do Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, organização da sociedade civil, que se tornou um marco pela defesa dos direitos da infância e da adolescência no Brasil.

O contexto político do ano de 1985 representa o fim da Ditadura Militar e o recomeço da democracia no país. Como decorrência das articulações políticas e sociais deste período, é promulgada, em 1988, a atual Constituição Federal do Brasil. Conhecida como a “Constituição Cidadã”, inova ao introduzir um novo modelo de gestão das políticas sociais, ao ampliar “a participação da sociedade civil no processo político”⁴⁵.

A Constituição Federal é a lei fundamental e suprema do Brasil, e serve de parâmetro a todas as demais legislações e normativas, situando-se no topo do ordenamento jurídico. Couto⁴⁶ destaca que as constituições vão traduzir o momento histórico, político, social e econômico de um país, e são influenciadas pela conjuntura que vigora

⁴⁴ CRUZ; GUARESCHI, *Ibidem*.

⁴⁵ FLORES, *Ibidem*, p. 193.

⁴⁶ COUTO, B. R. **O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

no ambiente nacional e também internacional.

No contexto brasileiro, caracterizado pela emergência da globalização e do neoliberalismo, pelo processo de redemocratização do país e da promulgação da nova constituição, vemos concretizarem-se, no artigo 227 da Constituição Federal (1988), os direitos da criança e do adolescente. Este artigo, incluso ao Capítulo XII referente à família, à criança, ao adolescente e o idoso, institui que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, entre muitos outros, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁴⁷.

Deste modo, o fim da década de 1980 é um importante momento também no que tange às políticas e práticas relacionadas às crianças e aos adolescentes no contexto brasileiro e mundial. Em âmbito internacional, no ano de 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança – Carta Magna para as crianças de todo o mundo – e, no ano seguinte, o documento foi oficializado como lei internacional. A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos de maior aprovação na história universal, ratificado por 193 países⁴⁸. Em decorrência deste e de outros movimentos e políticas relacionadas à infância e à adolescência no contexto global e local, o final do século XX ficou marcado pela valorização da infância e da adolescência e da consolidação legal dos direitos das crianças e dos jovens.

A partir da implantação da Constituição de 1988, e da inclusão de artigos relacionados aos direitos das crianças e dos adolescentes, houve

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 de Junho de 2015.

⁴⁸ UNICEF-BRASIL. **Convenção Sobre os Direitos da Criança (1989)**. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm.

uma mobilização de diversos grupos, movimentos sociais e instituições com o objetivo de criar uma nova legislação, em substituição ao Código de Menores de 1979, incorporando os princípios da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989). O resultado deste processo foi a elaboração e a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990. Instituído pela Lei 8.069/90, o ECA representa a legislação brasileira no que se refere aos direitos e à proteção integral da infância e da adolescência.

A partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, é importante enfatizar a introdução da Doutrina de Proteção Integral à Infância e à Adolescência, superando a Doutrina de Situação Irregular. A Doutrina de Proteção Integral está sistematizada na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989). São princípios fundamentais desta a consideração da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e o seu reconhecimento como pessoas em condição especial de desenvolvimento.

A consolidação, na Constituição Federal de 1988, da Doutrina da Proteção Integral regulamenta o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras importantes políticas setoriais. Esta doutrina preconiza a infância e o adolescente como prioridade na elaboração e execução de políticas públicas e propõe que estas políticas interfiram nas condições de vida, como saúde, alimentação, moradia, assistência e educação.

No que se refere à temática da maioridade penal, como na Constituição, o Estatuto refere em seu artigo 104 como penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos. Neste sentido, define como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal no Código Penal. Ou seja, o injusto penal, quando cometido por criança ou adolescente, não é considerado crime, mas chamado de ato infracional⁴⁹.

⁴⁹ BRASIL. **Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília/DF.

Nesta senda, cabe ressaltar que existem sanções para o menor, sendo chamadas de medidas socioeducativas. As medidas socioeducativas são oriundas de um ato infracional e poderão ser as seguintes: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. A medida deverá ser aplicada pelo Juiz, observando os seguintes fatores: gravidade da infração, circunstâncias do fato e capacidade do menor infrator em cumpri-la.

O que se pode inferir é que o Estatuto da Criança e do Adolescente possui vários princípios adotados e uma forma regular de reintegrar o adolescente infrator na sociedade. O que se deve questionar é a capacidade do Estado cumprir o disposto na legislação, implementando políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente.

É interessante observar que a Proposta de Emenda Constitucional 171, a qual está em plena discussão no contexto brasileiro atual, data de 1993, apenas três anos após a promulgação do ECA. Podemos refletir sobre o significado, em termos de processos históricos, políticos, sociais e jurídico-penais, o porquê desta proposta neste período e no presente momento.

As análises acerca da infância, proporcionadas pelo UNICEF, têm apresentado dados alarmantes sobre a situação geral da criança e do adolescente em todo o mundo e atestado as dificuldades que acompanham as instituições diretamente relacionadas à infância e à adolescência, como a escola e a saúde pública⁵⁰. Em estudo realizado pelo UNICEF, a violência é apontada como um dos principais problemas sociais da infância e da adolescência. Estima-se entre 500 milhões e 1,5 bilhão o número de crianças e adolescentes submetidos anualmente à violência em todo o mundo⁵¹.

⁵⁰ FREITAS, *Ibidem*.

⁵¹ UNICEF-BRASIL. Situação Mundial da Infância – Edição Especial: celebrando 20 anos da Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.unicef.org>.

Os inúmeros problemas da adolescência, como trabalho infantil; marginalização; pobreza; delinquência; exclusão da cidadania e todas estas formas de violência, nos dias atuais, projetaram nessa fase da vida foco de preocupação. Muitos desses problemas citados não são novos e nem menos graves do que nos séculos anteriores. Porém, hoje questões como o tema do presente texto são mais discutidas e ganharam maior visibilidade em diferentes esferas sociais e acadêmicas.

Pelo exposto, podemos afirmar que, juridicamente, o Brasil avançou de forma significativa na questão dos direitos das crianças e dos adolescentes. Conta-se com uma Constituição Federal que abre importantes espaços, a partir dos quais é formulado, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente. O ECA pode ser compreendido como um conjunto de discursos-acontecimentos relacionados a práticas legais, políticas, sociais, econômicas e culturais, que sustentam modos de significar a adolescência e pensar a proteção de crianças e adolescentes no Brasil. Apesar destas considerações, o ECA tem sido alvo de intensos debates e ainda não foi implementado efetivamente.

Reconhecemos que muitos desafios se colocam na contemporaneidade, pois muitas das concepções e políticas trazidas pelo ECA representam atenção e cuidado no atendimento à infância e à adolescência, mas dependem de práticas coerentes, implicadas e efetivas por parte de toda a sociedade. Consideramos o Estatuto da Criança e do Adolescente uma legislação avançada no que se refere aos sentidos de infância e políticas propostas. Dentre os pontos positivos, configura a substituição do termo “menor” por crianças e adolescentes e o reconhecimento destes como sujeitos de direitos.

No que tange à temática da maioridade penal, esta perpassa, juridicamente, tanto pela questão do Direito da Infância e da

Adolescência, quanto, principalmente, por questões de Direito Penal e Direito Constitucional. Não se trata de questões jurídicas individualizadas, mas relacionadas quando se trata deste tema. Por isso, consideramos importante refletir sobre a temática da maioridade penal sobre a perspectiva da historicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao atentar para as transformações dos sentidos e das práticas relativas às crianças e aos adolescentes, buscamos identificar como a ideia de maioridade penal é construída ao longo da histórica, em interface com as questões constitucionais, penais e de direitos da infância e da adolescência.

No contexto brasileiro, o ECA é um dos elementos representativos da atual ideia de infância e adolescência. Deste modo, conhecer sua constituição e o caminho percorrido até sua promulgação e implantação significa compreender, também, um pouco da história da infância e da adolescência no país e das práticas e políticas sociais relacionadas às crianças e aos adolescentes brasileiros.

Especificamente no que se refere à infância e à adolescência, identificamos, nesta trajetória histórica, diferentes significados constituídos em distintos contextos sociais. Do interesse limitado pela criança e pelo adolescente na Idade Média, à infância e adolescência como foco das práticas sociais e formalmente prioritária das políticas públicas na atualidade, houve um longo caminho de transformações políticas, econômicas e culturais.

O estudo com foco nestas perspectivas históricas indica a necessidade de debater, refletir e compreender atribuições, lugares e responsabilidades que o presente nos impõe, especialmente no que se refere a reduzir a idade penal dos adolescentes brasileiros. Podemos ser protagonistas da construção de processos de vitimização e violência, como temos a chance de participar da geração de espaços de cidadania.

REFERÊNCIAS

ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. Ed. Editora LTC, 1981.

BRASIL. **Código de Menores** - Decreto N° 17.943-A (1927). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
Acesso em: 30 de Junho de 2015.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em: 30 de Junho de 2015.

BRASIL. **Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília/DF.

CARDOSO, A. Escravidão e Sociabilidade Capitalista: um ensaio sobre inércia social. **Novos Estudos – CEBRAP**, n. 80, 2008, p. 71-88.

CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. In: DEL PRIORE, Mary. (Org). **História das Crianças no Brasil**. 4. Ed. São Paulo: Contexto, 2004.

COUTO, B. R. **O direito social e a assistência social na sociedade brasileira**: uma equação possível? 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2008.

CRUZ, Lilian Rodrigues da. **(Des)Articulando as políticas públicas no campo da infância**: implicações da abrigagem. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

CRUZ, Lilian Rodrigues da; GUARESCHI, Neusa Maria de Fátima. A Trajetória das Políticas Públicas Direcionadas à Infância: paralelos com o presente. **Mnemosine**, n. 4, v. 1, , 2008, p. 28-52

DEL PRIORE, Mary. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORE, Mary. (Org). **História das Crianças no Brasil**. 4. Ed. São Paulo: Contexto, 2004.

FERNANDES, M. F. L. Os Republicanos e a Abolição. **Revista Sociologia Política**, n. 27, 2006, p. 181-195.

FLORES, M. **Dicionário de História do Brasil**. 2 Ed ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

FREITAS, M. C. Para uma sociologia histórica da infância no Brasil. In: FREITAS, M. C (Org). **História Social da Infância no Brasil**. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

HILLESHEIM, B.; CRUZ, L. R. Risco, vulnerabilidade e infância: algumas aproximações. In: CRUZ, L. R. & GUARESCHI, N. M. de F (Orgs.). **Políticas Públicas e Assistência Social: Diálogo com as práticas psicológicas**. Petrópolis: Vozes, 2006.

LEITE, M. L. M. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, M. C. (Org). **História Social da Infância no Brasil**. 3 Ed. São Paulo: Cortez, 2001.

LIBERATI, W. D. **Adolescente e Ato Infracional** – medida sócio-educativa e pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 60.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. **Boletim da SEMTEC-MEC** - Informativo Eletrônico da Secretaria de Educação Média e Tecnológica. n. 1, v. 4, 2000, p. 2. Disponível em: <http://edgarmorin.org.br/textos>

ONU-BRASIL. **História – Organização das Nações Unidas**, 2008. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/conheca_hist.php

PASSETTI, E. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORI, Mary. (Org.). **História das Crianças no Brasil**. 4. Ed. São Paulo: Contexto, 1999.

PEREIRA, A. R. A criança no Estado Novo: uma leitura na longa duração. **Revista Brasileira de História**, n. 19, v. 6, 1999, p 165-198.

RIBEIRO, P. R. M. História da Saúde Mental Infantil: a criança brasileira da Colônia à República Velha. **Psicologia em Estudo**, n. 11, v. 1, 2006, p. 29-38.

SANTOS, S. G. M. Estado, Ciência e Autonomia: da institucionalização à recuperação de Manguinhos. **Dissertação de Mestrado**, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

SILVA SANTOS, E. P. (Des)construindo a ‘menoridade’: uma análise crítica sobre o papel da Psicologia na produção da categoria “menor”. In: GONÇALVES, H. S.; BRANDÃO, E. P. (Org.). **Psicologia Jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: NAU, 2004.

UNICEF-BRASIL. **Situação Mundial da Infância** – Edição Especial: celebrando 20 anos da Convenção Sobre os Direitos da Criança, 2009. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/sowc_20anosCDC.pdf

UNICEF-Brasil. **Situação Mundial da Infância** – Caderno Brasileiro, 2008. Brasil/DF. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/cadernobrasil2008.pdf>

UNICEF-BRASIL. **A nossa história: o passado, o presente e o futuro da UNICEF**, 2007. Disponível em: http://www.unicef.pt/18/a_nossa_historia.pdf

UNICEF-BRASIL. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**, 1989.
Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm.

A lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional: seus problemas e conflitos

The law crimes against the national financial system: its problems and conflicts

Saulo Sarti¹

Paulo Dariva²

Resumo: A Lei nº 7.492/86, sem dúvida nenhuma, é uma legislação peculiar. Vários são seus defeitos: sua tramitação legislativa se deu sem a maturação devida, seus elaboradores tinham formação diversa da jurídica e, principalmente, nasceu num contexto completamente diferente do atual. Quem se detém a analisar com acuidade esta Lei percebe nitidamente a existência de determinados conflitos de normas entre certos tipos previstos nela própria, bem como com delitos previstos em outros diplomas. Ademais, a redação de alguns dispositivos é incongruente e imprecisa a ponto de exigir do intérprete extrema boa vontade para adaptar o texto legal às garantias constitucionais. É exatamente desta problemática que se pretende tratar neste estudo: analisar a Lei nº 7.492/86 de forma crítica.

Palavras-chave: “crime”; “sistema financeiro”; “conflito de normas penais”; “garantias constitucionais”; “Lei nº 7.492/86”.

¹ Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Especialista com pós-graduação em Direito Processual Civil pela PUC/RS e pela Academia Brasileira de Processo Civil. Especialista em Direito Penal Empresarial pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Pós-graduado em Teoria Geral do Crime Coimbra/IBCCRIM. Advogado.

² Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Especialista em Direito Penal Empresarial pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Conselheiro Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Rio Grande do Sul. Assessor da Presidência da OAB/RS. Membro associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Advogado.

Abstract: Law No. 7.492/86 is without a doubt, very peculiar legislation. It has a number of defects: its legislative proceedings took place without the proper maturation, its creators were trained in various areas of law, and especially the fact that it was born in a context completely different from the present. Anyone who takes the time to accurately analyze this Law clearly perceives the existence of certain conflicts between the norms it proposes and the crimes stated in other documents. Furthermore, the way some of the provisions are written is so incongruous and imprecise that it requires a great deal of goodwill from the interpreter for adapting the legal text to constitutional guarantees. This is exactly what this study aims to do: analyze Law No. 7.492/86 critically.

Keywords: “crime”, “financial system”, “conflict in penal codes”, “constitutional guarantees”, “Law No. 7.492/86”.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 7.492/86, sem dúvida nenhuma, é uma legislação peculiar. Vários são seus defeitos: sua tramitação legislativa se deu sem a maturação devida, seus elaboradores tinham formação diversa da jurídica e, principalmente, nasceu num contexto completamente diferente do atual. Não se imaginava que o futuro apresentaria essa sociedade acelerada e globalizada em que vivemos, na qual o comércio e os negócios econômicos não encontram mais fronteiras. Todos esses fatores, e muitos outros mais, contribuíram para a afamada expansão do direito penal, que passou a intervir em novas áreas como, por exemplo, a área ambiental, financeira e econômica³.

³ O importante papel que a Ordem Econômica exerce na consecução dos objetivos estatais fez com que o Estado lançasse mão de sua arma mais poderosa (e perigosa) para sua proteção: o Direito Penal. Manoel Pedro Pimentel explica que o Direito Penal Econômico consistiria no “conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes” (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

E essa sociedade atual – demasiadamente complexa e de risco⁴ – potencializou em muito a necessidade de controle do Sistema Financeiro Nacional⁵, condição determinante para o salto de

1973, p. 10). Na mesma linha, salienta De Sanctis que “o delito econômico não pode ser caracterizado como mera infração ao patrimônio individual, uma vez que nem toda perturbação da vida econômica importa necessariamente violação do patrimônio individual” (SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 8). Para Luciano Feldens (FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 124), “o Direito Penal Econômico exterioriza-se como uma especialidade do Direito Penal, e não do Direito Econômico (ou mesmo do Direito Tributário). Por essa razão, a matéria deve sofrer análise e resolução primeira sob a carga principiológica e teórica do Direito Penal, evitando-se concepções tendentes a neutralizá-lo na reação econômico-trIBUTÁRIA (v.g., a imprópria confusão que recorrentemente se procura estabelecer entre o ilícito tributário e o ilícito penal, fazendo daquele um *prius* em relação a este).”

⁴ O conceito de “sociedade de risco” foi desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck e divide a modernização reflexiva da sociedade industrial em função de dois eixos argumentativos: por um lado, em relação à lógica da distribuição do risco e, por outro, com base na teoria da individualização. Diz ele que “la base de esto se encuentra la idea de que somos testigos (sujeto e objeto) de una fractura dentro de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aqui llamamos “sociedad (industrial) del riesgo”. Esto requiere un difícil equilibrio entre las contradicciones de continuidad y censura em la modernidad, que se reflejan a su vez em el contraste entre modernidad y sociedade industrial, entre sociedad industrial y sociedad del riesgo” (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2002, p. 16)

⁵ O Sistema Financeiro Nacional, conforme explica José Paulo Baltazar Júnior, “é entendido como o conjunto de órgãos, entidades e pessoas jurídicas que lidam com o fluxo de dinheiro e títulos, incluindo todas as atividades que envolvam circulação de valores, incluindo os mercados financeiro em sentido estrito, de crédito, de câmbio e de capitais, bem como seguros, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança. Nesse conjunto inserem-se bancos, a bolsa de valores, casas de câmbios, corretoras, empresas de consórcio, de seguro e financeiras” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 69). Com efeito, “a Lei federal nº 7.492 de 16 de junho de 1986 (vulgarmente conhecida como a lei dos crimes do colarinho branco), que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, foi editada para proteger o sistema financeiro brasileiro (bem jurídico fundamental para a consecução da política econômica do Estado) dos maus administradores de instituições financeiras, que estariam lesando o público investidor, as organizações

importância da legislação aqui tratada: o que, no início, era para ser uma norma provisória, não apenas se manteve vigente, como também vem sendo determinante para toda a regulação (e sanção) neste campo, indiscutivelmente, importantíssimo.

Convém salientar, nesse diapasão, que a raiz dos problemas desta Lei está em seu projeto, repleto de erros e imperfeições dogmáticas que acabaram por viciá-la de modo irremediável. Veja-se que o próprio relator do projeto de lei na Câmara dos Deputados, Deputado João Gilberto, disse expressamente que “o projeto sai imperfeito e reclamará em curto prazo nova legislação para revisar alguns pontos. Infelizmente, não nos é dada mais a possibilidade de correção pelo estágio em que se encontra o processo legislativo. Pela Constituição e Regimento, agora restam apenas duas alternativas para a Câmara: ou aceita a redação dada pelo Senado ou mantém a sua. Não mais pode introduzir modificação. Não pode rejeitar nenhum dispositivo ou acrescentar qualquer matéria nova. Infelizmente, fazemos este registro porque o Projeto suscitou debates amplos na

bancárias, os acionistas e onerando os cofres públicos. Assim, o escopo desse diploma seria manter a confiabilidade do sistema, fazendo com que as instituições mantivessem uma gestão confiável, cumprindo as normas técnicas, sendo transparentes quanto aos riscos e formando preços eficientes” (SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 13). Nesse sentido, “a Lei passou a criminalizar aquelas ações ou omissões humanas, praticadas ou não por agentes institucionalmente ligados ao sistema, dirigidas a lesionar ou a colocar em perigo o SFN, enquanto estrutura jurídico-econômica valiosa para o Estado brasileiro, bem como as instituições que dele participam, e o patrimônio dos indivíduos que nele investem suas poupanças privadas” (MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 15). Deve-se consignar que “como antecedente a Lei n° 7492/86, podemos referir a Lei n.º 4.595 de 1964 (que além de tipificar algumas condutas tidas como atentatórias ao sistema financeiro, dispunha também sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias) e a Lei n° 1.521 de 1951, que estabelece os crimes contra a economia popular. Cumpre anotar que os dispositivos penais da Lei n° 4.595/64 foram inteiramente revogados pela Lei n° 7.492/86 (permanecendo em vigor apenas as disposições relativas às sanções administrativas), já a Lei n° 1.521/51 continua vigente no que não for incompatível com a Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 269).

comunidade jurídica do País e pela Imprensa e muitas contribuições ou críticas apresentadas não mais podem ser resolvidas”.⁶

A metodologia equivocada e os erros grosseiros na capitulação das condutas deveram-se especialmente à falta de apoio de juristas na construção do texto normativo⁷. Como se sabe, a responsabilidade técnica para a elaboração do projeto foi conferida aos profissionais da área econômica. Então, a pressa e as limitações técnicas presentes no processo de criação da lei apresentam, na atualidade, suas sequelas nefastas⁸.

Quem se detém a analisar com acuidade esta Lei percebe nitidamente a existência de determinados conflitos de normas entre certos tipos previstos nela própria, bem como com delitos previstos em outros diplomas. Nota-se, também, que a redação de alguns dispositivos

⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 21-22.

⁷ Destaca Fábio Bittencourt da Rosa que é sabido que “referida legislação decorreu da urgência de regulação da matéria, num momento histórico em que a política monetária expandia-se pelo mundo inteiro. O vazio normativo causava apreensão, sendo necessária a imediata tutela do sistema financeiro nacional. Afinal de contas, sua fragilização implicava a desigualdade de acesso à riqueza, especialmente com relação ao crédito, tendo em vista o desvirtuamento de disponibilidade da moeda circulante e sua expressão. Essa providência legislativa emergencial acabou por gerar um projeto de lei cheio de defeitos, o que foi reconhecido, à época, até mesmo pelo Executivo que o remeteu ao Congresso. Houve promessa de, em tempo reduzido, propor-se um novo projeto mais elaborado, o que nunca aconteceu. A verdade é que vigora uma lei com defeitos visíveis, demandando o cuidado extremo do intérprete para sua aplicação” (ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei 7.492/86 e o concurso aparente de leis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 835, p. 467-472, maio 2005).

⁸ Salienta Manoel Pedro Pimentel: “A edição da Lei 7.492 de 16.6.86, embora presente a preocupação de criminalizar comportamentos lesivos ao Sistema Financeiro Nacional, revelou nosso atraso, em matéria de legislação penal. E que o legislador, mais uma vez, preferiu valer-se do concurso exclusivo de técnicos do setor econômico-financeiro, prescindindo ao que parece, da colaboração de juristas especializados em matéria penal, que poderiam ter evitado, pelo menos, os defeitos mais comprometedores da lei.” (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 9).

é incongruente e imprecisa a ponto de exigir do intérprete extrema boa vontade para adaptar o texto legal às garantias constitucionais (de modo que a Lei não se torne inútil e que possa servir à práxis jurídica).

É desta problemática que se pretende tratar neste estudo: analisar a Lei nº 7.492/86 de forma crítica, no intuito de colaborar com a árdua tarefa de dissipar os pontos nebulosos e conflitantes de uma legislação que, é bom sempre lembrar, vem servindo de fundamento jurídico para condenações pesadas, em casos extremamente sérios e importantes em todo território nacional.

Para os fins perseguidos neste estudo não se poderá prescindir de dissecar como a doutrina explica a problemática do concurso de delitos, notadamente para os casos de conflitos aparentes de normas – situação esta que vem exigindo respostas de nossos Tribunais, o que nem sempre se dá de modo técnico.

Especificamente, trataremos da relação entre o disposto do inciso II do parágrafo único do artigo 1º da Lei em apreço diante do tipo previsto no artigo 16, o qual, por sua vez, também apresenta conflitualidade com o artigo 4º, *caput*. Analisar-se-á a ligação entre o artigo 3º e o artigo 18, bem como a semelhança entre o crime previsto no artigo 6º e o crime de estelionato, descrito no Código Penal (artigo 171). Na sequência adentrar-se-á na problemática da convivência entre o crime de gestão fraudulenta com os demais crimes previstos nesta Lei, principalmente os crimes do artigo 5º e seguintes. E, por fim, analisar-se-á o conteúdo do delito descrito no artigo 17, com vistas a colaborar para o esclarecimento de sua redação ruínosa⁹.

⁹ Convém referir que neste estudo não se tratará da impropriedade contida – e já fortemente discutida – na redação do tipo que dispõe sobre o crime de gestão temerária. Neste ponto nos reportamos para as considerações do eminente Juiz Federal Flávio Antônio da Cruz, que chama atenção ao fato de que a “lei não descreve minimamente o que seria o alegado crime de mera conduta: quando a gestão seria temerária. Há tipos – reitero – carregados de elementos normativos; de elementos de desvalor global, etc. Mas nestes, cabe ao Judiciário aferir o conteúdo que vigora junto à população;

2 DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS

Primeiramente, antes de adentrar especificamente nos conflitos existentes entre alguns dispositivos penais contidos na Lei nº 7.492/86, mister se faz analisar a forma com que os conflitos aparentes de normas penais se explicitam, bem como quais são os instrumentos que a doutrina utiliza para solucioná-los.

Na esteira do que lecionava Nélson Hungria¹⁰, dentro do ordenamento jurídico não é admissível que duas ou mais leis penais ou dois ou mais dispositivos da mesma lei penal disputem, com igual autoridade, exclusiva aplicação ao mesmo fato.

junto aos destinatários da norma, para que a aplicação – em sentença – não destoe do conteúdo apreendido socialmente. O artigo 4º, parágrafo único, não permite essa obtenção... desse modo: caso se entenda que o artigo 4º, parágrafo único, veicula crime comissivo doloso de mera conduta, a sua inconstitucionalidade decorrerá da ausência de detalhamento do comportamento proibido. Viola o postulado nullum crimen, nulla poena sine lege certa; caso se entenda (como eu particularmente, julgo) cuidar-se de crime imprudente – não obstante não haja expressa menção a tal qualidade (exigida pelo artigo 18, CP) – o vício encontrar-se-á na ausência de exigência de um resultado lesivo. A mera lesão (em si considerada) a deveres gerais de cautela não pode ser tipificada penalmente em um Estado de Direito, diante da elevada carga de subjetividade (arbitrio) envolvida” (CRUZ, Flávio Antônio da. *Gestão Temerária, Evasão de Divisas e Aporias in Doutrinas Essenciais – Direito penal econômico e da empresa*. V. II. (Org.: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti). São Paulo: RT, p. 698-699). Por isso, o “grande problema, portanto, no âmbito do chamado crime de gestão temerária é a sua amplitude. Tem aptidão para converter meros descuidos; ou mesmo riscos inerentes aos negócios (dado que o diretor de um banco vive de assumir riscos) em imputações penais. É como se o Sistema transferisse, em favor das atividades judiciais, a valoração da conduta, sem permitir ao agente identificar – no próprio momento da sua realização – se tal ou qual comportamento seria vedado ou não... considerando que o risco é inerente à atividade do gestor financeiro, somente restaria seguro aquele que – fechando a banca – decidisse não investir. Ter-se-ia, no final das contas, a própria criminalização da atividade de captação de moeda e de investimento, porquanto – reitero – a assunção de riscos lhe é inerente” (CRUZ, Flávio Antônio da. *Gestão Temerária, Evasão de Divisas e Aporias in Doutrinas Essenciais – Direito penal econômico e da empresa*. V. II. (Org.: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti). São Paulo: RT, p. 698-699).

¹⁰ CF HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro 1951.

Salientava o referido autor que, “para evitar a perplexidade ou a intolerável solução do ‘bis in idem’, o Direito Penal (como o Direito em geral) dispõe de regras, explícitas ou implícitas que previnem a possibilidade de competição em seu seio.”¹¹ O mesmo se dá em relação a normas processuais, que não digam respeito diretamente ao fato delituoso, mas a direitos subjetivos dos acusados.

Quando duas ou mais leis se apresentam, *prima facie*, em colisão, a propósito de determinado fato, cumpre, liminarmente, verificar se houve entre elas uma sucessão no tempo, pois o princípio *lex posterior derogat priori* impede que se estabeleça a rivalidade.

Não sendo essa a hipótese, ainda na lição de Hungria, “ou o fato, apesar de unitário no seu processo material, é idealmente fragmentável, de modo que considerado em suas partes, representa violação concomitante de normas distintas e autônomas (concurso formal de crimes), e então não há falar-se em conflito, pois todas as normas violadas têm aplicação simultânea (embora unificadas as penas segundo o chamado ‘cúmulo jurídico’); ou o fato incide sob várias normas, mas estas apresentam entre si uma tal relação de hierarquia, que só uma delas é aplicável, ficando excluídas ou absorvidas as outras”.¹²

Nesse último caso é que se costuma falar em *conflito aparente de normas penais*¹³. Diz-se *aparente*, uma vez que não se concebe a aplicabilidade de

¹¹ CF HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro 1951.

¹² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro 1951.

¹³ Para Fábio Bittencourt da Rosa, portanto, “o efeito do FATO ÚNICO ao causar a incidência de duas leis penais pode ser o concurso ideal ou o concurso impróprio, dependendo da diversidade do bem jurídico protegido em cada uma delas. Se os bens forem diferentes o concurso, em regra, é o formal, porque há uma diversidade nos juízos de desvalor referentemente aos dois resultados. Como lembra Santiago Mir Puig, referindo-se ao concurso de leis, ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por si solo para aprehender todo el desvalor dei hecho o hechos concurrentes. Concorre entonces un solo delito. Na verdade, porém, é preciso atentar para que certos

duas normas penais distintas a uma mesma circunstância fática concreta,

tipos penais visam a tutela direta de um bem de vida e indireta de outro ou de outros. Assim, no descaminho a proteção é da administração pública, porque frustra-se o poder fiscalizatório das aduanas, mas indiretamente o que se defende é a integridade do erário, a economia interna, a igualdade de oportunidades no comércio. Na falsificação tutela-se a fé pública, porque sem a circulação e confiabilidade nos documentos não é possível viver. Indiretamente, a incriminação da falsidade pode proteger o patrimônio, o estado civil, a filiação, etc. A lavagem de dinheiro tutela a administração da justiça, porém de forma indireta o sistema financeiro nacional, porque afeta-se a integridade das finanças, desvirtuando-se sua destinação. Então, quando um tipo penal tutela, de forma indireta, determinado bem jurídico, ainda assim poderá ocorrer o concurso de leis. Isso acontece, por exemplo, na evasão de divisas com a lavagem de dinheiro no exterior. Este delito não pode prescindir, nessa forma (lavagem no exterior), da evasão. Mas ambos protegem o bem mesmo jurídico. A evasão diretamente o sistema financeiro nacional e a lavagem, de maneira indireta. Aplica-se a consunção, ficando absorvido o antefato, porque a pena é menor, operando-se a absorção. Excepcionalmente poderá haver concurso de leis, e não concurso formal, ainda que os delitos concorrentes não tutelem o mesmo bem jurídico. Tal se dá em alguns casos de normas especiais. O exemplo é o rapto, que se compõe do seqüestro acrescido de elementos do tipo que dizem respeito ao sujeito passivo (mulher), a um elemento normativo (honesta) e a um elemento subjetivo do tipo (para fim libidinoso). O seqüestro (art. 148 do CP) protege a liberdade individual de maneira direta e exclusiva. O rapto, entretanto, tutela os costumes. Bens jurídicos diversos. Todavia, essa regra especial deriva da necessidade de selecionar esse comportamento social como prejudicial ao convívio da comunidade. Portanto, o que se deve acentuar na concretização do concurso de leis é a existência de exclusiva carga de desvalor abrangente dos dois tipos em conflito. Parece ser essa a nota preponderante para estabelecer-se a diferença entre concurso ideal e concurso de leis.” (ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei 7.492/86 e o concurso aparente de leis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 835, p. 467-472, maio 2005). Neste sentido, também é importante destacar que “o fundamento básico do conflito aparente de normas é exatamente impedir o bis in idem, determinando, no caso concreto, qual a norma que deve ter aplicabilidade, comparativamente a outras que possam apresentar semelhança mais ou menos clara, como a norma eleita. Deve-se partir do pressuposto, científico e metodológico, de que o Direito Penal constitui um sistema ordenado e harmônico e, por isso, suas normas apresentam entre si (ou, pelo menos, devem apresentar) uma relação de interdependência e hierarquia, permitindo a aplicação de uma só lei ao caso concreto, excluindo ou absorvendo as demais. No entanto, ao contrário do que faz com o concurso de crimes, o Código Penal não regula as situações de conflito aparente de normas, devendo a solução ser encontrada através da interpretação, pressupondo, porém, a unidade de conduta ou de fato, a pluralidade de normas coexistentes e a relação de hierarquia ou de dependência entre essas normas.” (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lumen

em atenção à máxima que impede o *bis in idem*. Em verdade, jamais ocorre o efetivo *conflito* entre as normas, por isso ser ele apenas *aparente*, como bem salienta Francisco de Assis Toledo: “é que, entre as duas normas penais em foco, existe uma certa relação de hierarquia, de modo que a aplicação de uma esgota a punição do fato, excluindo a aplicação cumulativa da outra. O conflito de normas não existia, em verdade, era só aparente”.¹⁴

Jorge de Figueiredo Dias afirma que “a ideia central que preside à categoria do concurso aparente deve pois ser, repete-se, a de que situações da vida existem em que, preenchendo o comportamento global mais que um tipo legal concretamente aplicável, se verifica entre os sentidos de ilícito coexistentes uma conexão objectiva e/ou subjectiva tal que deixa aparecer um daqueles sentidos de ilícito como absolutamente dominante, preponderante, ou principal, e *hoc sensu* autónomo, enquanto o restante ou os restantes surgem, também a uma consideração jurídico-social segundo o sentido, como dominados, subsidiários ou dependentes”.¹⁵

Hans-Heinrich Jescheck, da mesma forma, leciona que “junto con ambas clases de concurrencia propia (concurso ideal y real) tienen lugar outra serie de casos en los que varias normas penales concurren sólo en apariencia, siendo así que en realidad una excluye a la otra (concurso impropio). La idea básica común a este grupo de supuestos consiste en que el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción punible puede ser estar completamente abarcado por una de las normas penales que entran en consideración (BGH 11, 15 [17]; 25, 373). Dado que sólo se aplica la norma primaria y que la ley desplazada no aparece en absoluto en la declaración de culpabilidad, parece conveniente sustituir la expresión usual, aunque equívoca, de “concurso de normas” por la de

Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 29).

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 50.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 1.015.

“unidade de Ley” (“Gesetzseinheit”).¹⁶

Ainda, consoante magistério de Eugênio Raul Zaffaroni e de José Henrique Pierangeli, “há três princípios que são utilizados para descartar a aplicação de tipos penais nos casos de concorrência aparente, e que a doutrina admite pacificamente, embora alguns autores admitam um quarto princípio. Trata-se dos princípios da especialidade, consunção e subsidiariedade”.¹⁷

Assim, evitando-se o debate jurídico aprofundado que o problema tem suscitado, impertinente aos limites do presente estudo, podem ser reduzidas a três as regras que disciplinam a sua solução: “a) *lex specialis derogat legi generali*; b) *lex primaria derogat legi subsidiariae*; e c) *lex consumens derogat legi consumptae*.”¹⁸

A primeira regra acima referida (*lex specialis derogat legi generali*) determina que a lei especial afasta a aplicação da lei geral, ou seja, se entre as normas penais aparentemente aplicáveis ao caso concreto houver uma relação de especialidade, sendo uma geral e outra especial, esta será aplicável ao caso, enquanto aquela será afastada.

Para Bettiol, considera-se especial (*lex specialis*) a norma que contém todos os elementos da geral (*lex generalis*) e mais o elemento especializador¹⁹ Não é diferente o posicionamento de Wessels, ao afirmar que “fala-se de especialidade, quando uma disposição penal contém conceitualmente todos os elementos de uma outra, de forma que a realização do tipo de delito especial preenche necessariamente o

¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Granada: Comares, 2002, p. 788-789.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 733.

¹⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro 1951, p. 134-135.

¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51.

tipo penal geral, também considerado”.²⁰

Hans-Heinrich Jescheck expõe o mesmo entendimento, referindo que “en la especialidad está presente la relación lógica de dependencia propia de la subordinación pues toda acción que cumple con el tipo del delito especial realiza también, necesariamente, de forma simultânea el tipo de la infracción general, algo que en el caso contrario no sucede”.²¹

Há, segundo Francisco de Assis Toledo, na norma especial, “um plus, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral.”²²

Como exemplo em nosso ordenamento jurídico-penal podemos citar o aparente conflito entre o delito previsto no art. 299 (falsidade ideológica)²³ e aquele descrito no art. 302 (falsidade de atestado médico)²⁴, ambos do Código Penal. Assim, o profissional médico que, no exercício de sua profissão, emite atestado falso, não deixa de “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

No entanto, considerando-se que o delito previsto no art. 302 do Código Penal brasileiro é norma especial em relação àquele previsto no art. 299 do mesmo diploma legal, eis que destinado a uma espécie de falsidade ideológica no âmbito específico da atuação profissional do

²⁰ WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral (Aspectos Fundamentais)*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 179.

²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Granada: Comares, 2002, p. 790.

²² TOLEDO. Francisco de Assis, op. cit, p. 51

²³ Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

²⁴ Art. 302 - Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso.

médico, tem aplicação ao caso apenas o delito especial de dar atestado falso.

A segunda regra anteriormente indicada (*lex primaria derogat legi subsidiariae*), ou seja, a regra da subsidiariedade, pode ser assim definida, “segundo Honig, há subsidiariedade quando diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão. Nessa hipótese o legislador, ao punir a conduta da fase anterior, fá-lo com a condição de que o agente não incorra na punição da fase posterior, mais grave, hipótese em que só esta última prevalece”.²⁵

Exemplo citado pelo próprio autor acima referido é o delito do art. 132 do Código Penal, que prevê como crime “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”, cuja pena é de três meses a um ano, “se o fato não constitui crime mais grave.” Essa última expressão denota a subsidiariedade da norma penal em relação, por exemplo, à tentativa de homicídio. Neste caso, a exposição a perigo resta afastada diante da ocorrência de situação fática mais grave, qual seja, a tentativa de homicídio.

Dessa forma, conforme Wessels, “a subsidiariedade significa que uma disposição penal só é aplicável secundariamente, isto é, só reivindica validade para o caso em que uma outra já não intervenha.”²⁶ Não obstante, “en la mayoría de las ocasiones habrá que aceptar que la disposición penal subsidiaria sólo debe ceder frente a una norma que comprenda las acciones desde la misma dirección de ataque, pues ésta es la razón interna para la preferencia de la norma primaria a aplicar”.²⁷

Por último, regulando o chamado conflito aparente de normas,

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51-52.

²⁶ WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral (Aspectos Fundamentais)*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 180.

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Granada: Comares, 2002, p. 791.

temos o princípio da consunção (*lex consumens derogat legi consumptae*), em que “um fato (ou seja, um tipo penal) não está necessariamente compreendido em um outro, mas concorre regular e tipicamente no cometimento deste outro, de maneira que seu conteúdo de injusto e o de culpabilidade são abrangidos e consumidos pela forma mais grave de delito”.²⁸

Conforme Francisco de Assis Toledo, “há, na lei penal, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade), nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime”.²⁹

Importante referir a doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, o qual define o princípio em apreço como sendo “aqueles casos em que um ilícito singular surge, perante o ilícito principal, unicamente como meio de o realizar e nesta realização esgota o seu sentido e os seus efeitos.”³⁰

Ainda sobre o tema, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam, no que diz respeito ao princípio da consunção, que, nesse caso, “um tipo descarta outro porque consome ou exaure o seu conteúdo proibitivo, isto é, porque há um fechamento material.”³¹

Convém salientar, por fim, consoante os ensinamentos de Hans-Heinrich Jescheck, que “la diferencia entre la consunción y la subsidiariedad reside en que aqui los distintos tipos penales no se encuentran entre ellos en una determinada relación lógica, pero si están sujetos por una cercana relación criminológica que el legislador también tiene en cuenta en el establecimiento de los marcos penales

²⁸ WESSELS, Johannes, op cit, p. 180.

²⁹ TOLEDO. Francisco de Assis, op cit, p. 52-53.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 1.018.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 735.

pertencientes a los tipos implicados”.³²

Como se verá, a Lei nº 7.492/86, cuja edição se deu de forma pouco técnica, conforme já referido, apresenta diversas incongruências que podem, no entanto, ser resolvidas pelos instrumentos desenvolvidos nos estudos sobre os conflitos aparentes de normais penais.

3. DOS CONFLITOS INTERNOS ENTRE AS NORMAS PENAIAS PREVISTAS NA LEI Nº 7.492/86

Inicia-se o capítulo principal do presente estudo com a análise da equiparação que a lei faz da “pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual” com a Instituição Financeira, chamando a atenção ao fato de que esta mesma lei, mais a frente, também prevê como criminosa a conduta de “fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio” (artigo 16º).

Algumas indagações se fazem necessárias: acaso estes dois dispositivos regulam os mesmos fatos? A pessoa natural que eventualmente exercer qualquer das atividades próprias de instituição financeira estaria, inevitavelmente, fazendo operar instituição financeira (clandestina) sem a devida autorização? Qual seria o limite para definir o que consistiria uma atividade eventual de uma pessoa natural que faz operações dignas de instituição financeira em comparação com um pequeno estabelecimento clandestino que também opera no sistema financeiro à margem da legalidade? É necessária a norma de equiparação para aplicar o crime do artigo 16? E mais: as pessoas naturais, assim que equiparadas à instituição financeira, poderiam ser acusadas dos crimes de gestão fraudulenta ou temerária?

As referências, pela ótica destas normas, parecem ser assemelhadas

³² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Granada: Comares, 2002, p. 792-793.

aos conceitos de “empresário individual” e “empresa de fato”, já que o denominador comum destes dispositivos é a atividade financeira sem autorização, sendo que na primeira situação ela é realizada por pessoa natural, enquanto na segunda por uma estrutura organizada de pessoas³³.

Todavia, nos parece que não haveria qualquer necessidade da existência dessa norma de equiparação (inciso II, do parágrafo único, do art. 1º), justamente porque o crime de “fazer operar instituição financeira sem autorização” já é, por si só, previsto no artigo 16. E, no caso de pessoas naturais, que “exercerem quaisquer das atividades referidas” no artigo 1º, só será aplicável mesmo a norma do artigo 16 (tratando-os como instituição financeira não autorizada), sendo impensável – salvo melhor juízo – cogitar da possibilidade de condenação por crimes como gestão temerária ou fraudulenta. Ou seja, concorda-se com o argumento de que na prática este dispositivo “*não é capaz de estabelecer a equiparação que pretendeu criar*”³⁴.

Até porque se percebe que as decisões que consideram a figura

³³ Cezar Bittencourt e Juliano Breda destacam que “não é razoável tratar o particular que pratica uma operação de captação e intermediação de recursos de terceiros como se constituísse uma instituição financeira. Se assim fosse possível, bastava que um indivíduo captasse recursos de dois ou três amigos, com a promessa de aplicá-los no sistema financeiro, para que a lei o considerasse para fins penais equiparado ao presidente de um banco múltiplo. De outro lado, parece contraditória a previsão do inciso II, em face do crime descrito no artigo 16 da Lei nº 7.492/86 (...). Ora, qual a sentido da equiparação se a atividade clandestina destinada à prática das operações privativas das instituições financeiras já é punida de modo específico? Na realidade, a previsão só ganhará significado na medida em que a pessoa natural exerça as atividades referidas no artigo 1º, ainda que de forma eventual, atingindo de modo inequívoco os interesses tutelados pela Lei. Dessa forma, conclui-se que o inciso II, isoladamente considerado, não é capaz de estabelecer a equiparação que pretendeu criar, sob pena de criar uma violação evidente a injustificável aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade que informam à interpretação e à aplicação das leis.” (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lummen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 11).

³⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lummen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 11.

do “doleiro ou cambista” equiparada à instituição financeira, justamente por força da aplicação deste inciso II do parágrafo único do artigo 1º da Lei³⁵, acabaram condenando os réus apenas com base no crime previsto no artigo 16³⁶, o que demonstra que a equiparação não apresenta qualquer repercussão prática, sendo sua presença no texto legal despicienda.

O ponto mais importante para reflexão talvez seja o referente à possibilidade de haver a equiparação do “doleiro” à “instituição financeira” e de se pretender a ele imputar a prática do crime de gestão temerária, sob a acusação de ter administrado seu “negócio informal” de maneira tão arriscada que provocou prejuízos ao Sistema Financeiro. Esta é uma questão, sem dúvida nenhuma, extremamente complexa e, por isso, demanda uma análise eminentemente técnica.

O ponto nevrálgico, portanto, é o seguinte: a norma de equiparação elevou o pequeno *doleiro ou cambista* à condição de instituição financeira; assim, seria viável pensar que, sob esta roupagem (equiparada), a conduta dele atrairia a aplicação dos crimes previstos, especialmente, no artigo 4º e seu parágrafo único?

Acreditamos ser razoável pensar que tal equiparação não serve para o fim de tipificar o crime de gestão fraudulenta ou temerária, de modo a “tratar o particular que pratica uma operação de captação e intermediação de recursos de terceiros como se constituísse uma instituição financeira”. Isso porque a realidade não pode ser transformada a ponto de considerar

³⁵ Baltazar Jr. assevera que “em minha posição, são equiparados a instituições financeiras, com fundamento no inciso II do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.492/86, bem como pela dimensão que tem as transferências de valores à margem do sistema oficial, levadas a efeito por doleiros, motivo pelo qual devem ser considerados instituições financeiras (...)” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 330)

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação Criminal 2001.71.03.001826-0, MPF (autor/apelante), A.S.M.A.N. e C.A.S. (réus/apelantes), Relator Elcio Pinheiro de Castro, Oitava Turma, Porto Alegre, DJ 08/06/2005.

uma pessoa natural que exerça uma atividade, de maneira informal, como se fosse “o presidente de um banco múltiplo”³⁷.

Em verdade, as normas do art. 4º e seu parágrafo são considerados crimes próprios e somente os administradores da instituição financeira oficial podem ser seus sujeitos passivos, ou seja, especificamente as pessoas mencionadas no art. 25 da Lei n.º 7.492/86 que conduzirem a instituição financeira *regular* de forma fraudulenta ou temerária.

O art. 16, por sua vez, criminaliza a conduta de “fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio (...)”. Nesse caso, como se percebe, a norma se destina indubitavelmente àqueles agentes que operam (clandestinamente) no Sistema Financeiro Nacional, realizando atos privativos de instituição financeira sem a devida autorização ou por meio de autorização obtida com falsidade.

A questão principal que se apresenta é que seria um contrassenso lógico imputar o crime do art. 4º da Lei n.º 7.942/86 aos agentes que administram instituições financeiras situadas à margem do Sistema Financeiro Nacional e, ainda mais, a uma “pessoa natural que exerça

³⁷ Entretanto, cabe chamar a atenção ao fato de que jurisprudência (notadamente no âmbito do TRF4) ainda é oscilante quanto a este tema, havendo decisões em mais de um sentido. A favor da aplicação conjunta: “quanto à irregular constituição das empresas no âmbito das quais supostamente cometido o crime do art. 4º, caput, da Lei nº 7.492/86, tenho que não implica óbice a caracterizar tais entidades como instituições financeiras” (BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Habeas Corpus 2008.04.00.018967-3, T.Y. e E.N.Y. (pacientes), Relator Néfi Cordeiro, Sétima Turma, Porto Alegre, D.E. 16/07/2008). Por outro lado, também há decisões contra esse entendimento: “Quando se verifica a criação e operação irregular da própria instituição financeira, como no caso em tela, evidenciando tratar-se da conduta típica descrita no artigo 16 da aludida lei, que pune o ato de fazer operar instituição financeira sem autorização ou mediante autorização obtida com declaração falsa, motivo por que não se revela correto aplicar a pena de tal dispositivo cumulativamente com a do crime de gestão” (BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação Criminal 2003.70.00.043123-3, Relator Elcio Pinheiro de Castro, Oitava Turma, Porto Alegre, Relator Elcio Pinheiro de Castro, DJ 30/06/2004).

quaisquer das atividades referidas neste artigo (1º), ainda que de forma eventual”.

Isso se dá justamente pelo fato de elas não estarem inseridas no Sistema Financeiro oficial, não sendo possível, por essa razão, delas exigir uma gestão com correção e lisura. Assim, apenas deve incidir sobre tais fatos a norma prevista no artigo 16, para o fim de criminalizar aqueles que agem fora do campo econômico autorizado pelos órgãos competentes³⁸.

A outra relação conflitante ocorre entre o crime previsto no artigo 3º com aquele descrito no artigo 18. O primeiro tipo penal referido incrimina a conduta de “divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira” enquanto que o outro criminaliza a ação de “violiar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício”.

A questão fica interessante quando se pensa na possibilidade da divulgação falsa se referir a alguma informação sobre operação ou serviço prestado por instituição financeira que seja protegido por sigilo. Nesta hipótese, como se resolve tal conflito?

³⁸ De acordo com a melhor doutrina, “como o art. 16 é, claramente, mais específico, conduzindo a uma distinção em abstrato do injusto penal do art. 4º, ambos da Lei 7.492/86, existindo, ainda, uma relação de gênero e espécie entre os delitos ou, mais especificamente, um *plus*, em que há descrição em uma das normas (no art. 16) que não aparece na outra (art. 4º), por força do princípio da especialidade, permanecerá incólume apenas o delito de operar instituição financeira irregular, por se tratar de tipo penal mais específico. Portanto, indubitável que as pessoas vinculadas às instituições financeiras que se encontram à margem do Sistema Financeiro Nacional não poderão figurar como sujeitos ativos do crime de gestão fraudulenta ou temerária, visto que o tipo penal do art. 4º, da lei em exame, exige constituição formal da instituição financeira, como forma de punir aqueles que cometem gestões criminosas a frente de instituições financeiras regulares e autorizadas.” (SOARES, Rafael Junior; BITTAR, Walter Barbosa. Do conflito aparente de normas entre os artigos 4º e 16 da lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional, Boletim IBCCRIM nº 217 - Dezembro / 2010).

Para Tigre Maia, “se as informações divulgadas forem protegidas pelo sigilo financeiro poderá haver concurso formal com o do tipo do artigo 18 da Lei de Regência”³⁹. Baltzar Jr., por sua vez, entende que nessas circunstâncias haverá concurso aparente do delito do artigo 18 com o do artigo 3º, “que se diferencia do crime de violação indevida de sigilo por recair sobre informações falsas ou prejudicialmente incompletas, enquanto no crime da lei em exame as informações serão, necessariamente, verdadeiras”⁴⁰

Já Cezar Bittencourt e Juliano Breda entendem de outra forma e afirmam que “não nos parece, contudo, que a questão seja assim tão simples ante algumas dificuldades dogmáticas, a começar pelo fato de a infração penal definida neste art. 3º ser classificada como crime comum e aquela do art. 18 ser crime próprio, exigindo, conseqüentemente, qualidade ou condição especial do sujeito ativo. Há, por outro lado, a exigência de que o sujeito ativo tenha conhecimento da operação sigilosa em razão de ofício. E ainda, as condutas incriminadas são absolutamente distintas: a do art. 3º, ora *sub examen*, é a de ‘divulgar’ operação, nas circunstâncias descritas, enquanto a conduta descrita no art. 18 é ‘violar sigilo de operação ou serviço’, que, a nosso juízo, nem precisa ser divulgado para tipificar esse crime. Por outro lado, divulgar informação falsa não viola sigilo de ninguém, pelo contrário, preserva-o, mantendo seu conteúdo intacto, desconhecido e sigiloso; o sigilo somente poderá ser violado se exposto a público, em razão de ofício, tornando conhecido o seu conteúdo, algo incorrente na informação falsa incompleta. Na nossa ótica, não há concurso de crimes, seja material ou formal, por absoluta incompatibilidade de adequação típica. Consideramos desnecessária a invocação do conflito aparente de normas, para definir-se a adequação típica de determinado comportamento, entre as previsões contidas

³⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 52.

⁴⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 394.

nos arts. 3º e 18 da lei de regência, ante o conteúdo específico de cada dispositivo. Em outros termos, qualquer que seja a solução, certamente, não haverá concurso de dois crimes”⁴¹.

Entendem estes autores que, no caso da relação entre o artigo 3º e o artigo 18º da Lei em estudo, “resolve-se a adequação típica pelo princípio da especialidade, confrontando-se os dois tipos penais”, justamente pelo fato de considerar-se “especial uma norma penal, em relação a outra geral, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes.”⁴²

De fato, se a informação é sigilosa, e o que se divulga é alguma outra - que é falsa - na verdade a informação verdadeira permaneceu confidencial: o que se divulgou foi coisa diversa. Desse modo, realmente não haveria falar em concurso de crimes, mas sim de diferentes molduras de tipicidades, para fatos e condutas que efetivamente se mostrem distintas, destacando apenas que, de acordo com Cezar Bittencourt e Juliano Breda, para aplicação deste entendimento “é irrelevante a semelhança ou a divergência dos bens jurídicos tutelados, bem como a maior ou menor cominação penal de um ou de outro tipo penal”⁴³.

⁴¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lummen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 28.

⁴² Os autores acrescentam ainda que “a norma especial acrescenta elemento próprio, específico, a descrição típica prevista na norma geral. A regulamentação especial tem a finalidade, precisamente, de excluir a lei geral e, por isso, deve precedê-la. O princípio da especialidade evita o bis in idem, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser estabelecido in abstrato, enquanto os outros princípios exigem o confronto in concreto das leis que definem o mesmo fato. A disparidade das elementares típicas, além da natureza de crime comum (art. 3º) e crime próprio (art. 18), apontam como norma específica a contida nesse último dispositivo, resultando como norma geral a previsão do art. 3º. Em outros termos, ‘sempre que a divulgação falsa ou incompleta for praticada, com conhecimento em razão de ofício’, e ‘violando sigilo de operação ou serviço prestado por instituição financeira’, não restará qualquer dúvida sobre a adequação típica: violação de sigilo de operação financeira”. (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lummen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 29).

⁴³ BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro*

Também é relevante destacar a redação do artigo 6º, que tipifica a conduta de “induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente”, justamente pelo fato dela acarretar a comparação com o crime de estelionato, o qual, da mesma forma, criminaliza a conduta de “induzir ou manter em erro” para obter vantagem financeira.

De início, é interessante observar que o crime de estelionato é um crime material (e de dano), que exige duplo resultado: vantagem indevida do autor e prejuízo da vítima. Por outro lado, o crime do artigo 6º, para boa parte da doutrina, se trata de um crime formal⁴⁴, que se consuma com a simples realização de qualquer das duas condutas tipificadas.

Apesar de não ser o tema deste estudo, convém registrar, para o fim de evitar confusões, que “não se deve equiparar os crimes de perigo aos crimes de mera atividade (ou crimes formais), na justa medida em que os crimes de perigo podem, também eles, pressupor uma alteração do real verdadeiro”⁴⁵.

Isso porque tal equiparação pode trazer consequências inclusive para a análise de eventual conflito de normas, justamente pelo fato de que evidentemente há um importante relacionamento “entre o perigo abstracto, o perigo concreto e o dano quando o perigo ultrapasse ou caia fora de uma relação de subsidiariedade (implícita), máxime, em virtude da pluralidade de bens jurídicos lesados ou ameaçados. Também nestas hipóteses, determinada a pluralidade de normas incriminadoras

nacional e contra o mercado de capitais, Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. Pag. 30.

⁴⁴ “O delito consuma-se com a indução ou manutenção em erro da vítima, ou seja, com a formação de uma falsa noção da realidade, a partir da prestação da omissão falsa ou omissão da informação que deveria ser prestada (STJ, CC 91162, Arnaldo Lima, 3º. S., u., 12.8.09)” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 364).

⁴⁵ FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 3ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 242-247.

concretamente aplicáveis, o sentido dominante do ilícito deve ser conferido ao comportamento global, ao menos em regra, pelo bem jurídico que sofre a forma mais intensiva de agressão. A solução do concurso aparente parece impor-se por isso, ressalvadas em todo o caso (e pelo menos) as hipóteses — que serão porventura as mais freqüentes — em que se verifique uma pluralidade de vítimas e em que, conseqüentemente, deva concluir-se pelo concurso efectivo”⁴⁶

De volta ao ponto central, a questão mais relevante da presente reflexão diz respeito ao entendimento de que o crime de estelionato serviria como um “*soldado reserva*”, para o caso de eventualmente a conduta imputada inicialmente como crime financeiro não estar objetivamente inserida no cenário do Sistema Financeiro Nacional.

Todavia, como bem explica a doutrina, esta desclassificação não pode ocorrer de forma automática, sem a atenção aos elementos definidores de cada tipo penal. Assim, “para desclassificar a conduta para o estelionato, é indispensável que satisfaça todas essas elementares do estelionato, elementares essas não exigidas pelo tipo especial, que além de tudo devem constar da descrição da denúncia oferecida pelo Parquet.”⁴⁷

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed.. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 1025.

⁴⁷ Cezar Bittencourt e Juliano Breda advertem “a característica fundamental do estelionato é a fraude, utilizada pelo agente para induzir ou manter a vítima em erro, com a finalidade de obter vantagem patrimonial ilícita. O estelionato é um crime que apresenta grande complexidade estrutural tipológica pela riqueza de elementos objetivos, normativos e subjetivos que o compõem, destacando-se, por sua relevância, a duplicidade denexo causal e de resultados. A despeito da aventada semelhança deste crime com o de estelionato, ha alguns aspectos em que se distinguem, radicalmente, que merecem ser esclarecidos. A começar pelo fato de que, no crime de estelionato, a conduta incriminada ‘obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio [...]’, janto no crime que examinamos as condutas incriminadas são ‘induzir ou iter em erro sócio, investidor ou repartição publica [...]’. Com efeito, ‘induzir’ ou ‘manter’ são os verbos nucleares indicativos das condutas incriminadas no tipo especial, enquanto no crime de estelionato ‘induzir’ ou manter’, pelo contrário, são meios utilizados para obter vantagem em prejuízo de outrem, trata-se, assim, que a locução ‘induzir ou man-

O conflito que vem causando as maiores divergências nas Cortes deste país certamente é o relacionado à aplicação do artigo 4º da Lei 7.492/86 combinada com a do artigo 5º e seguintes da mesma Lei, notadamente porque “os crimes descritos nos artigos seguintes dessa lei se tratam de normas especiais em relação à gestão fraudulenta. O citado art. 4º descreve: gerir fraudulentamente instituição financeira.

ter’ tem funções dogmáticas completamente distintas em um e outro tipos penais. Para enganar sócio, investidor ou repartição pública, induzindo-o ou mantendo-o em erro, ao contrario do estelionato que admite o emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, o crime especial do art. 6ª pode ser executado sonegando informação ou prestando-a falsamente, que são os dois únicos meios fraudulentos previstos no tipo penal. É indispensável que o meio fraudulento seja suficientemente idôneo para enganar a vítima, isto e, para induzi-la a erro. A inidoneidade do meio, no entanto, pode ser relativa ou absoluta: sendo relativamente inidôneo o meio fraudulento para enganar a vítima, poderá configurar-se tentativa; contudo, se a inidoneidade for absoluta, tratar-se-á de crime impossível, por absoluta ineficácia do meio empregado (art. 17 do Código Penal). Constata-se, em outros termos, ao contrario do estelionato — que e crime de forma livre e admite qualquer meio para indução ou manutenção em erro —, que esta infração penal, que é crime de forma vinculada, prevê expressamente as duas formas de sua pratica: sonegando informação ou prestando-a falsamente. Em qualquer das duas hipóteses, e necessária uma influencia decisiva no processo de formação de vontade da vítima para induzi-la ou mantê-la em erro, abrangendo os aspectos volitivos e intelectivos da ação. Em outras palavras, a sonegação de informação ou a informação falsa devem ser suficientemente relevantes para induzir ou manter o ofendido em erro. A ação tipificada no crime de estelionato e obter vantagem ilícita (para si ou para outrem), em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Ao passo que as condutas incriminadas no art. 6a da Lei na 7.492/86 são induzir ou manter em erro sócio, investidor ou repartição pública competente. A duplicidade de nexos causal esta representada por dupla relação de causa e efeito; num primeiro momento, funciona a fraude como causa, e o engano decorrente do ardil, como efeito; no momento subsequente, o erro consequente do engano, como causa, e a obtenção da vantagem indevida e o dano patrimonial correspondente (esses dois representando a segunda duplicidade). Trata-se, com efeito, de crime de resultado duplo, uma vez que, para se consumar, exige a obtenção de vantagem ilícita, de um lado, e a ocorrência efetiva de um prejuízo para a vítima, de outro. Não basta a existência do erro decorrente da fraude, sendo necessário que da ação resulte vantagem ilícita e prejuízo patrimonial. Ademais, a vantagem ilícita deve corresponder um prejuízo alheio. A ausência de qualquer desses resultados descaracteriza o estelionato consumado, restando, em princípio, a figura da tentativa”. BITTENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lummen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 101.

A obediência às regras do sistema, em especial aquelas emitidas pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários, são essenciais para o regular gerenciamento de uma instituição financeira. O desacato ao cuidado exigível na atenção às normas importa o enfraquecimento da instituição e, pois, o perigo presumido ao sistema financeiro nacional, que constitui o bem jurídico tutelado. Trata-se de resultado jurídico inerente aos crimes de mera conduta. Situação análoga dá-se, no entanto, em outros delitos. No artigo 5º o que ocorre é uma apropriação ou desvio de valores que a instituição financeira detém, ou seja, forma especial de gerenciar fraudulentamente uma instituição financeira. O art. 6º trata da situação de alguém que fantasia a realidade de uma operação para enganar o sócio ou o Banco Central. Também caracteriza hipótese de administrar maneira fraudulenta a instituição financeira. Enfim, todas as formas ilícito-penais de comportamento à testa de uma instituição financeira constituem maneiras de gerir-la fraudulentamente”.⁴⁸

Também importa chamar a atenção ao fato de que “essa controvérsia está instaurada, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, desde o julgamento da série de ações penais envolvendo o conhecido ‘Caso Planauto Consórcios’, visto que, naquela ocasião, o cúmulo material entre os delitos dos artigos 4º e 5º da Lei nº 7.492/86 foi afastado pela Corte, que reconheceu, então, a existência de concurso aparente de normas penais, solvido pelo princípio da especialidade, apenando apenas o crime de apropriação indébita financeira, sob o fundamento de que ‘se a conduta ilícita se materializar por outras circunstâncias que integram outro tipo, como no caso, diz-se que este é especial em relação à gestão fraudulenta, que é norma geral’. Essa tese, contudo, não foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, que reformou a decisão proferida nos autos da ACR nº 2002.04.01.007239-9, que se baseava no julgado anteriormente referido. Ao apreciar o REsp 585.770/RS, a Colenda Quinta Turma do STJ pontificou que ‘os dispositivos [artigos 4º e 5º

⁴⁸ ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei 7.492/86 e o concurso aparente de leis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 835, p. 467-472, maio 2005

da Lei n° 7.492/86] tutelam objetos jurídicos diversos'. Assim sendo, prossegue aquela honorável Corte Superior “não há falar em conflito aparente de normas, mas de concurso formal, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes”.⁴⁹

⁴⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. *Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Editora Conceito, 2012, p. 187. Seguem dizendo os autores que, “posteriormente, a Sétima Turma do TRF da 4a Região, em nova composição, ao examinar o ‘Caso Consórcio Nasser’, considerou que o crime: do artigo 4º, caput, da Lei n° 7.492/86 absorvia o delito do artigo 5o da Lei n° 7.492/86, porque ‘deve-se ter como princípio básico a unidade da conduta, ou seja, a identidade do bem jurídico violado e não a diversidade de sujeitos passivos. Pois bem, na hipótese de se privilegiar a diversidade de sujeitos passivos estaremos afastando os problemas de cunho transindividual em detrimento de uma posição liberalindividualista-normativista de produção do direito. As consequências são gravíssimas, pois raros seriam os casos a configurar a gestão fraudulenta. Além disso, o tipo em tela é produto de uma sociedade complexa, em que os conflitos devem ser decididos de acordo com as estruturas socioeconômicas onde eles são travados, e não a enfrentar conflitos interindividuais. Ademais, o princípio da consunção exige sempre que o crime mais grave absorva o menos grave, e não o contrário’. Na Oitava Turma do TRF da 4a Região, por sua vez, há precedentes em sentido contrário. Por ocasião do julgamento da ACR 2002.04.01038688-6, prevaleceu o entendimento de que ‘a gestão fraudulenta não é meio necessário ou fase normal na preparação ou execução do crime previsto no artigo 5o da Lei de Regência, podendo ambos os delitos ser perpetrados de forma totalmente dissociada, agredindo bens jurídicos distintos caracterizando concurso material’. Por outro lado, recentemente, esse Colegiado prestigiou a tese de que o delito de gestão fraudulenta absorvia o crime de apropriação indébita financeira, cuja condenação “fica reservada para aqueles casos em que há apropriação/ desvio como simples decorrência de descumprimento das normas de regência, sem o emprego de qualquer meio ardiloso”. Cabe salientar que esse precedente, relatado pelo Juiz Federal Convocado Artur César de Souza, também está amparado em decisão da Sexta Turma do STJ, diversa da Quinta Turma daquele Tribunal, a qual foi ementada nestas letras: ‘6.Consunção do post factum pelo crime anterior mais grave e como resultado dele - sem ser o único resultado - é idéia, parece-me, mais adequada à interpretação valorativa. Procedência das razões do primeiro e segundo recorrentes. Lei 7.492/86: delitos consumptos: art. 5o, caput (desvio/apropriação); e art. 9o (fraude à fiscalização ou ao investidor); delito consumptivo: art. 4o, caput (gestão fraudulenta). A norma do artigo 4o, caput, da Lei 7.492/86, não incrimina resultado material, naturalístico, que porventura venha a ocorrer e que, por lógico, diz respeito à obtenção de alguma vantagem indevida - patrimonial, ainda que indireta. Se, porém, a vantagem patrimonial indevida é consequência da própria gestão, o resultado material não demandaria outra classificação de conduta, sendo suficiente para a punição a norma definidora da gestão fraudulenta. O crime definido no artigo 4o, in casu, absorveu os delitos de apropriação/

Contudo, a questão que se impõe refletir, nesta etapa, é esta: se acaso as manobras fraudulentas engendradas pelo gestor da instituição conduzirem a uma apropriação indébita financeira, esta conduta criminosa deverá ser apenada isoladamente pelo artigo 5º da Lei ou deverá receber a incidência do tipo que incrimina a gestão fraudulenta (4º)? Ou será que se deve aplicar ambos os crimes?

Parece – salvo melhor juízo – não se tratar da hipótese em que o agente pratica mais de um crime com uma única ação, como se exige no concurso formal, mas sim de um fato que preenche os elementos do suporte fático de mais de uma norma penal, haja vista que a reiteração de atos administrativos é característica essencial do crime de gestão fraudulenta.

Em síntese, há entendimento no sentido de que se deve aplicar a regra da especialidade, afastando a norma geral, mesmo que o tipo do artigo 4º preveja punição mais severa. Para tal corrente, “não é correto gerir instituição financeira desviando valores pagos por investidores (art. 5.º da Lei 7.492/1986). Sem dúvida, é uma das formas fraudulentas de fazê-lo. Assim, o fato encerra determinada maneira especial de gestão fraudulenta. Punir duas vezes por esse fato único constitui um excesso com referência ao objeto de desvalor da ação que, na hipótese, é único.

desvio e de fraude a investidor. A mesma relação consuntiva há de ser negada entre a norma do artigo 4o e a do artigo 7o, inciso IV. [...] (grifos nossos)”. Entrementes, a dissidência jurisprudencial existente no TRF da 4ª Região é representada pelo julgamento do EIACR nº01999.70.00.031756-0, o qual foi decidido pelo voto de desempate do então Presidente da Colenda Quarta Seção, Des. Federal Amaury Chaves de Atahyde, em favor da tese sustentada pelo eminente Des. Federal Néfi Cordeiro, qual seja, a de que “quando as condutas (isoladamente criminosas) são realizadas como meio de crime final e nele esgotam seu desvalor, não há tipificação separada para os crimes-meio, pois única é a conduta de desvalor final: o crime pretendido”. Desse modo, para o Desembargador Néfi, “sendo a fraude realizada como meio para a obtenção dos recursos financeiros (desvio), este é o crime fim, do artigo 5º da Lei 7.492/86, único a merecer tipicidade e apenamento” (VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. *Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Editora Conceito, 2012, p. 187).

A lesão restringe-se a um bem jurídico: o sistema financeiro nacional, ainda que o objeto material da ação seja diverso⁵⁰

Este entendimento dá prevalência ao princípio do *in dubio pro reo*, justamente porque “constitui uma das conquistas do Direito Penal das garantias. Esse princípio aplica-se processualmente (dúvida gerada pela prova), mas também materialmente, quando a dúvida reside na interpretação da regra penal. Por tal modo, sempre que estivermos diante de incerteza sobre a incidência de uma lei penal, a dogmática recomenda a melhor solução para o acusado”.⁵¹

Por outro lado, há forte posicionamento no sentido de que se deve averiguar a existência da elementar “fraude” para definir como se resolve o concurso destas normas. Assim, “não havendo esse elemento (fraude), incidirá o princípio da especialidade, afastando, pois, o delito geral: gestão fraudulenta, para manter a conduta visada pelo agente (apropriação, evasão de divisas, desvio de finalidade etc.). Contudo, constatada a existência de “fraude”, viabiliza-se um concurso aparente de normas com o crime tipificado no artigo 4º, caput, da LCSFN. Nessa hipótese, o princípio da subsidiariedade exigirá a aplicação da norma mais gravosa, do delito magno da Lei dos Crimes do Colarinho Branco (gestão fraudulenta), especialmente quando o agente praticar inúmeras condutas ardilosas no período em que for responsável pela gestão da instituição financeira⁵²

A questão, no fundo, se resume a uma interpretação em favor do réu, aplicando a pena mais branda para afastar a regra geral, ou a um entendimento de justiça universal, para afastar a norma especial e fazer incidir aquela que prevê maior apenamento, haja vista que a escolha

⁵⁰ ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei 7.492/86 e o concurso aparente de leis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 835, p. 467-472, maio 2005

⁵¹ Idem.

⁵² VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. *Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Editora Conceito, 2012, p. 190.

pela pena mais branda poderia conduzir a situações de iniquidade, pois “o agente que tivesse praticado somente o ilícito dominado seria mais severamente punível do que aquele que, para além do ilícito dominado, realizou também o ilícito dominante; vindo a prática deste a constituir assim, no fim de contas, um motivo de atenuação da moldura penal aplicável”.⁵³

⁵³ Figueiredo Dias ensina o seguinte: “Sucede por vezes que, nos grupos de hipóteses de concurso aparente acabados de referir, se depara com situações em que o ilícito que, *segundo os critérios até agora apontados*, deveria reputar-se “dominado”, é ameaçado pela lei com uma moldura penal mais grave do que a cabida ao ilícito “dominante”. Descontada a muito maior amplitude com que, na nossa construção, se apresenta o que chamamos concurso aparente face ao entendimento tradicional e ainda hoje comum da categoria da “consumpção”, a doutrina que desta categoria se ocupa conhece desde há muito estas situações sob o designativo de consumpção impura. O problema que então se suscita é o de saber, em geral, se — e com que fundamento e, consequentemente, em que exacta medida — em tais situações se deve conferir prevalência, ao menos à partida, à moldura correspondente ao ilícito dominante ou antes, dada a sua maior gravidade, à moldura penal correspondente ao ilícito dominado. Uma primeira solução do problema residiria em manter *fidelidade integral* aos critérios apontados de determinação do ilícito dominante e do ilícito dominado e aplicá-los, consequentemente, também em matéria de eleição da pena aplicável; ao facto global seria por conseguinte aplicável a moldura penal cabida ao ilícito que devesse reputar-se dominante ou principal (ou pelo menos o seu máximo). Mas esta solução — por preferível que pudesse antolhar-se à luz do princípio que lhe preside — não pode ser aceite. O argumento decisivo que a ela se opõe reside, como facilmente se compreenderá, em que o agente que tivesse praticado somente o ilícito dominado seria mais severamente punível do que aquele que, para além do ilícito dominado, realizou também o ilícito dominante; vindo a prática deste a constituir assim, no fim de contas, um motivo de atenuação da moldura penal aplicável! Uma outra solução excogitável — e que não deixa, se bem julgamos, de estar também presente, nos seu modo particular, em alguns autores defensores da doutrina clássica da “consumpção impura” — seria a de considerar que, nos casos em apreço, tudo terá de se passar como se se verificasse uma “troca de posições” entre os sentidos dos ilícito singulares, passando o dominado a dominante e o dominante a dominado. A favor desta solução poderia argumentar-se com ideias provenientes de diferentes quadrantes metódicos. Por um lado, decerto, com a de que através dela se alcançam soluções completamente correctas e adequadas em termos de consequência jurídica, encontrando-se ela coberta por um pensamento “a partir do resultado” levado ao seu extremo. Por outro lado, porém, com a ideia de que a severidade das molduras penais cominadas pelo legislador visa traduzir precisamente (bem ou mal, melhor ou pior) o quantum de sentido de desvalor jurídico-social que a comunidade atribui aos comportamentos que ameaça. Resta assim — como pensamos

Enfim, como se percebe, esses são os tipos de problemas que decorrem de uma legislação preparada da maneira afoita e sem respaldo jurídico, conforme tratamos anteriormente. Percebe-se no cotidiano forense que resta aos que se dedicam ao estudo e à aplicação desta Lei a árdua tarefa de ajustar a interpretação que se faz dela às garantias constitucionais, de modo que possa servir na “vida real”.

O problema é que, nesses casos, o réu tem contra si uma acusação baseada em legislação confusa, a qual exige do julgador uma boa vontade para adequá-la às garantias inerentes a um Estado Democrático de Direito, o que nos conduz à seguinte indagação: em um Estado Democrático de Direito, o julgador deveria fazer qualquer esforço para “salvar” determinada lei? Ou, já que sempre deve “interpretar em favor do réu”, deveria afastar da esfera jurídica as legislações que não forem, rigidamente, elaboradas com a devida qualidade técnica?

Entendemos que tão somente a existência da possibilidade de o julgador ter a opção de tentar “aproveitar” as partes “saudáveis” da lei mal elaborada, isso, por si só já coloca o acusado em uma situação extremamente prejudicial. Parte-se aqui da premissa de que no Estado Democrático de Direito não tem o magistrado qualquer compromisso com a tarefa de “ajustar” as imprecisões legislativas e nem com o êxito

corresponder, de resto, à solução generalizadamente defendida pela doutrina clássica da consumpção impura, embora utilizemos diferente terminologia — trazer para este contexto a *cisão teórica entre norma de comportamento e norma de sanção*. Dir-se-á então que, no plano da construção da unidade ou pluralidade do facto, onde situamos a argumentação, o ilícito socialmente dominante continua a oferecer o sentido do facto global (nos casos referidos no § 33, os ilícitos de apropriação, de burla, de tentativa de violação). A estes ilícitos correspondem porém, em termos de sanção, as molduras penais mais graves previstas para os ilícitos de asseguramento / encobrimento, de falsificação de documento autêntico, de coacção sexual. Esta solução, teoricamente, parece-nos insusceptível da crítica de que ela radica em um afeiçoamento arbitrário do tratamento do caso à consequência jurídica que se reputa mais justa e adequada em termos de punição. Com o que ela pode esbarrar é, porventura, com uma violação do princípio da legalidade, no entendimento de que este não obrigaria apenas ao respeito pelos princípios *nullum crimen e nulla poena sine lege*. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 1023).

a perseguição penal⁵⁴.

E, também, que esta mera possibilidade já justifica um receio por parte daquele que vai ser lavado a julgamento, pois a simples conduta do magistrado de adaptar uma lei para o fim condenar, já é – em si – contraditória com o compromisso de imparcialidade e de interpretar em favor do acusado. E isso não se pode admitir, pois, como ensina Luigi Ferrajoli, “toda vez que um imputado inocente tem razão para temer um juiz, isto está fora da lógica do Estado de Direito: o medo, e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente, assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam”⁵⁵.

Por tais motivos é que se pede vênica para chamar a atenção aos problemas do artigo 17º da lei aqui analisada. Veja-se que esta norma criminaliza a conduta de “tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas”, prevendo ao delito uma pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Com efeito, segundo Fernando Fragoso, “a redação complicada do tipo faz concluir que o primeiro delito a verificar é cometido contra

⁵⁴ A função do julgador “não é auxiliar ou complementar a dos órgãos policiais e do Ministério Público, nem pode com estes estabelecer uma parceria especial, em detrimento dos direitos do acusado. Sua responsabilidade é com a ordem jurídica, observada a primazia das normas constitucionais. Não deve e não pode, portanto, sentir-se o magistrado responsável por sanar as deficiências da investigação ou da acusação, desequilibrando a relação processual em prejuízo da defesa” (PRATES, Renato Martins. *A acusação genérica nos crimes societários*. Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Ano IV, n. 10, jan./abr. 2000. Brasília: CJF, 2000, p. 40).

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

o vernáculo. O pronome ‘ela’ inserido na frase ‘ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido’ pretende significar ‘a instituição financeira’ que não é referida em nenhuma passagem do artigo. Deduz-se também que o empréstimo é realizado com utilização de disponibilidade da instituição financeira, porque não há qualquer referência a quem seja o mutuante”.⁵⁶

Do ponto de vista técnico penal, tal imprecisão linguística pode trazer repercussões extremamente sérias, pois mesmo que o pronome “ela” esteja relacionado com a “instituição financeira”, presumindo-se que o legislador tenha pretendido coibir operações de empréstimo ou adiantamento da instituição financeira para seu controlador, administrador, membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, ascendentes ou descendentes, e a seus parentes na linha colateral até o 2º grau, consangüíneos ou afins, bem como para sociedade por “ela” controlada, a verdade incontestável é que o termo “instituição financeira” não consta do texto legal, de modo que o pronome “ela” acaba referido a substantivo inexistente na descrição do tipo.

Como salienta a doutrina autorizada, “não se criminaliza condutas ‘por obra do Espírito Santo’, por pensamento, por intenção não escrita, ou, na feliz expressão de Nilo Batista, pelo ‘método da lei mental’, ante a afronta explícita ao princípio da reserva legal. Em outros termos, por todas as razões expostas, o deferimento ou a concessão de empréstimos ou o adiantamento por instituição financeira à sociedade por ela controlada constitui comportamento atípico”.⁵⁷

Como parece evidente, palavras e conceitos empregados em

⁵⁶ FRAGOSO, Fernando. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, in “Lições de Direito Penal”, Parte Especial, de Heleno Cláudio Fragoso, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988, p. 715.

⁵⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 190.

normas penais incriminadoras não podem ser entendidos no sentido vulgar, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Desse modo, é preciso compreender a finalidade essencial da norma, evitando resvalar para um excesso de liberdade interpretativa, porquanto “se por analogia, em direito penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprova ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal. E assim é porque somente a lei do Estado pode resolver em que casos este tem ingerência ressocializadora afetando com a pena os bens jurídicos do criminalizado, sendo vedado ao juiz ‘completar’ as hipóteses legais. Como o direito penal é um sistema descontínuo, a própria segurança jurídica, que determina ao juiz o recurso à analogia no, direito civil, exige aqui que se abstenha de semelhante procedimento”.⁵⁸

Não obstante, é sabido que “o princípio da reserva legal, fundamento da civilização jurídica, pode existir se corresponder a uma determinada figura de delito, que esgota e limita, nos extremos da definição legal, a conduta punível. Toda omissão da lei na definição de questão que devia, necessariamente ser regulada, conduz à solução dogmática que jamais poderá prejudicar o réu”.⁵⁹

Nesse diapasão, a figura do “controlador” deve corresponder ao “titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 168.

⁵⁹ NETTO, José Laurindo de Souza. *Lavagem de Dinheiro – Comentários à Lei 9.613/98*. Curitiba, Juruá: 2001 p. 97.

maioria dos votos nas deliberações...; e usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (Lei nº 6.404/76, art. 116).

Daí resulta claro que o vínculo entre a instituição financeira e o tomador do empréstimo ou adiantamento coibido pela norma penal tem de ser estritamente jurídico. Jamais se poderia considerar, para fins de criminalização, liame de qualquer outra natureza – como laços afetivos, religiosos, familiares, fraternais etc. O que a lei proíbe – com intransigente sentido técnico – é empréstimo ou adiantamento a “controlador” ou a “sociedade cujo controle seja por ‘ela’ exercido”, e não quaisquer operações com outros eventuais beneficiários.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86) teve uma preparação bastante peculiar, principalmente porque editada às pressas e elaborada por uma equipe composta apenas por economistas, sem qualquer apoio de profissionais da área jurídica. As consequências disso são graves e nítidas: nosso ordenamento convive com um diploma legal repleto de impropriedades e incongruências, que não está à altura da seriedade com que se deveria tratar tal matéria e nem faz jus ao impacto que provoca naqueles que a ela são submetidos.

Se por um lado os conflitos internos contidos na legislação em apreço e acima explicitados podem ser, ainda que com esforço hercúleo, resolvidos com as regras que solucionam os conflitos aparentes de normas penais, deve-se atentar para a necessidade primeira de que a atuação não só do legislador, mas do efetivo intérprete e aplicador da norma penal, somente poderá fazer valer o Direito se a solução encontrada estiver estritamente em consonância com os ditames constitucionais e do Estado Democrático de Direito, que como visto, coloca todo e qualquer ‘poder’ sob o ‘Império do Direito’.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm> Acesso em: 07 de fevereiro de 2014.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação Criminal 2001.71.03.001826-0, MPF (autor/apelante), A.S.M.A.N. e C.A.S. (réus/apelantes), Relator Élcio Pinheiro de Castro, Oitava Turma, Porto Alegre, DJ 08/06/2005.

_____. Apelação Criminal 2003.70.00.043123-3, Relator Élcio Pinheiro de Castro, Oitava Turma, Porto Alegre, Relator Élcio Pinheiro de Castro, DJ 30/06/2004.

_____. Habeas Corpus 2008.04.00.018967-3, T.Y. e E.N.Y. (pacientes), Relator Néfi Cordeiro, Sétima Turma, Porto Alegre, D.E. 16/07/2008

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CRUZ, Flávio Antônio da. *Gestão Temerária, Evasão de Divisas e Aporias in Doutrinas Essenciais – Direito penal econômico e da empresa*. V. II. (Org.: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti). São Paulo: RT, 2011, p. 698-699

DE SANCTIS, Fausto Martin de. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris penalis)*, 3ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Fernando. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, in “Lições de Direito Penal”, Parte Especial, de Heleno Cláudio Fragoso, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1951.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Granada: Comares, 2002.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

NETTO, José Laurindo de Souza. *Lavagem de Dinheiro – Comentários à Lei 9.613/98*, Curitiba, Juruá: 2001 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRATES, Renato Martins. A acusação genérica nos crimes societários. *Revista do CEJ*, Brasília, nº 10, p. 40.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei 7.492/86 e o concurso aparente de leis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 835, p. 467-472, maio 2005

SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOARES, Rafael Junior; BITTAR, Walter Barbosa. Do conflito aparente de normas entre os artigos 4º e 16 da lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional, *Boletim IBCCRIM nº 217 - Dezembro / 2010*.

TOLEDO. Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. *Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Editora Conceito, 2012.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral (Aspectos Fundamentais)*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Revisão da concepção foucaultiana de delinquência

Rethinking the conception of delinquency in the work of Michel Foucault

Thaís Ferreira de Souza¹

Rodolfo de Freitas Jacarandá²

Resumo: O presente artigo tem por escopo apresentar, no contexto de discussão criminológica, a concepção de delinquência que Foucault apresenta em suas obras, em especial “Vigiar e Punir”, mostrando como este conceito tem relação com o exercício da governabilidade, em um contexto no qual o poder não é mais exercido pelo poder de morte sobre súditos por um soberano, mas pela capacidade de gerir a vida através das relações de poder da modernidade.

Palavras-chave: prisão; Foucault; delinquência.

Abstract: This article aims to presents, in the context of criminological discussion, the concept of delinquency, that Foucault presents in his works, especially “Surveillance and Punish”, showing how this concept relates to the practice of governance, in a context which power is no longer exercised by the power of death over his subjects by a sovereign, but by the ability to manage life through the power relations of modernity.

Keywords: Prison, Foucault, Delinquency.

Introdução

Tem sido comum encontrar opiniões de pesquisadores

¹ Acadêmica de direito e pesquisadora pela Universidade Federal de Rondônia. Integrante do grupo de pesquisa “Ética e direitos humanos”, CNPq/UNIR.

² Professor Doutor, titular do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Rondônia. Líder do grupo de pesquisa “Ética e direitos humanos”, CNPq/UNIR.

contemporâneos defendendo o fato de que as teses de Foucault sobre o encarceramento se tornaram obsoletas ou estão devidamente refutadas. Normalmente, esses pesquisadores fazem parte de alguns grupos que se utilizam dos avanços da criminologia e de dados estatísticos atualizados para contestar a relação entre os conceitos criados por Foucault e suas análises históricas.

Evidentemente, a evolução dos estudos sobre criminologia, direito penal e de outras áreas relacionadas foi bastante intensa nas duas últimas décadas. Por lançar mão de análises históricas parciais e muitas vezes imprecisas, o trabalho de Foucault sempre foi bastante vulnerável ao tipo de crítica que aborda com rigor a exatidão das comprovações documentais. As contribuições mais importantes de Foucault para a história e mesmo para o direito não pertencem ao domínio epistemológico que é próprio a essas disciplinas do saber. A rigor, Foucault não foi um historiógrafo, no sentido tradicional, muito mesmo um pensador normativista.

Por outro lado, existe ainda muita incompreensão com relação ao entendimento filosófico de alguns conceitos fundamentais da obra de Foucault. E essa incompreensão leva à dificuldade de fundamentar bem uma crítica às suas teses, tanto quanto torna complicada a tarefa de utilizar esses conceitos para fazer uma análise contemporânea dos mesmos temas que ele pesquisou durante sua carreira no Collège de France.

No presente trabalho, analisaremos a utilização do conceito de delinquência nos termos propostos por Foucault para investigar fenômenos contemporâneos de encarceramento em massa. Para isso, faremos uma breve revisão das (I) noções contemporâneas acerca do controle da criminalidade em sociedades complexas. Após, vamos apresentar uma breve exposição sobre as (II) definições de Foucault sobre o poder na modernidade, para, enfim, propor uma forma de avaliar sua (III) definição de delinquência e a possibilidade de utilização desse conceito para compreender como ele age nos mecanismos de

aprisionamento nos dias atuais. Além de demonstrar a importância e utilidade das definições de Foucault para auxiliar a criminologia atual, o objetivo é demonstrar que ainda há muito por fazer no que diz respeito a levar a sério a obra do pensador francês.

I - Noções contemporâneas acerca do controle da criminalidade em sociedades complexas

Nas últimas décadas, diversas teorias criminológicas sugeriram a fim de explicar as causas e consequências dos métodos de punição modernos.

O contexto atual do cenário criminológico acadêmico registra um excesso de informações e abordagens diversas acerca da criminologia e seus ramos. A partir do século XX, aos poucos, a criminologia ultrapassa o direito penal, eis que mais completa e complexa que este, passando a ser a protagonista das ciências criminais³.

Os diversos segmentos têm como objetivo, basicamente, o estudo dos objetos de análise da criminologia: o delito, o delinquente, a vítima e o controle social⁴. As ciências evoluíram da biologia criminal para psicologia criminal, as quais, posteriormente, foram sucedidas pelas vertentes da sociologia criminal, que se tornaram vanguardas nas escolas, tais como teorias macrossociológicas da criminalidade. Desta forma, teorias que até então analisavam o fenômeno “crime” a partir do indivíduo, ampliaram o campo de análise para a sociedade e seu funcionamento como um todo e as explicações acerca da criminalidade tornaram-se cada vez mais complexas⁵.

Escolas de vanguarda norte-americanas ganharam destaque e até os dias atuais permanecem importantes por suas análises de alto

³ PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução de: Luiz Flávio Gomes. 3ª. ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002.

⁴ Id, *Ibidem*.

⁵ BRAGA CALHAU, Lélío. **Resumo de criminologia**. Niterói: Impetus, 2009.

impacto acadêmico. As teorias originárias da Escola de Chicago, como a teoria ecológica, tiveram importância fundamental ao demonstrar a importância que o ambiente exercia sobre o indivíduo; outro exemplo é a Teoria da Associação Diferenciada, a qual defende que o comportamento criminoso não é inerente à determinada classe e pode ser aprendido e ensinado. Nesse ramo de análises sociais, existem, ainda, com destaque, as referências à Teoria da Subcultura Delinquente e à Teoria do Etiquetamento ou Rotulação (*labelling approach*)⁶.

O objetivo de romper a tradição de compreensão do crime partindo-se unicamente do criminoso permitiu novas perspectivas acerca dos meios de contenção e punição, os quais passaram a ser questionados, seja pelo seu uso demasiado, restritivo ou errôneo. Por esses motivos, as justificativas e consequências para o uso da prisão e as funcionalidades de todo o sistema punitivo vem passando por sérias reformulações e críticas cada vez mais exigentes.

Muitos cientistas criminais, por outro lado, focaram-se no fenômeno do controle social exercido sobre o crime, debatendo a pena e as políticas criminais e buscando, das mais diversas maneiras, explicar qual deveria ser o tratamento adequado para encarar o crime como realidade social em face da atuação (também pouco compreendida) que o Estado desempenha. Desse movimento surgiram diversas vertentes: o garantismo processual-penal, o direito penal do inimigo, a contenção de massas, a punição seletivizada, a teoria das janelas quebradas, os movimentos de lei e ordem, etc., todos eles, em resumo, divididos em dois grandes ramos doutrinários: direito penal mínimo e direito penal máximo.

Em síntese, muitas das ideias abordadas afirmam (seja para criticar, seja para sustentar) que o Estado pune, seletivamente, uma massa específica da sociedade com o fim de obter controle, por meio da exclusão, de parcelas da população, visando fins determinados que se

⁶ Id, Ibidem.

modificam, conforme a teoria.

Melossi e Pavarini, por exemplo, trabalhando com o marxismo, defendem que o capitalismo produz a criminalidade e a utiliza como fonte de mão de obra fácil para as fábricas, já que, por meio de controle penal, obrigar-se-ia as pessoas a se renderem às condições subalternas de trabalho, para evitar que fossem presas caso consideradas “vadias”, além de gerar “mansos homens produtores” quando presos e condenados aos trabalhos forçados. Nessa perspectiva, a criminalidade também é vista como o meio de exercer o controle dos marginalizados do mercado produtivo pelo cárcere, anulando aqueles que não produzem lucro para o capital. Em síntese, a prisão seria o meio de disciplina das forças de trabalho⁷.

Em sentido contrário, soma-se a esse rol de grupos teóricos, a Teoria do *Direito Penal do Inimigo*, teoria criada por *Jakobs*, a qual, distinguindo a sociedade em cidadãos e inimigos, propõe uma atuação preventiva de coação (punir antes do delito) e supressão de garantias jurídicas⁸. Esta visão, filiada ao direito penal máximo, pode ser encarada como meio de promover um discurso ideológico de insegurança e possibilidade de sucesso das medidas máximas de punição⁹.

Outra teoria atualmente vigente no sistema doutrinário penal e processual é a de Luigi Ferrajoli, denominada “garantismo penal”, filiada ao direito penal mínimo, pela qual se entende que, em que pese o Estado assumir o papel poder de controle através do direito penal, eis que substitui a vingança privada e aplica a pena, esta aplicação deve ser feita de dentro de um sistema de regras constitucionais e princípios, com

⁷ SIMON, Jonathan. **Punição e as tecnologias políticas do corpo**. Porto Alegre: Sistema e Violência Penal, 2013.

⁸ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções Críticas**. Livraria do Advogado editora. Porto Alegre, 2005.

⁹ ROSA, Alexandre Morais da. FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. **Para um processo penal democrático – crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

limites de intervenção, a fim de que a violência estatal seja, igualmente, controlada. Partindo do garantismo, o direito penal deve ser usado como *última ratio*.

Para o direito penal, a pena também pode ser justificada de diversas formas. Em síntese, há (i) as teorias retributivas ou absolutas da pena, pelas quais a pena justifica-se em si mesmo, sendo a punição por si só a única finalidade; e (ii) teorias preventivas (prevenção geral positiva ou negativa e prevenção especial negativa ou positiva), para a qual a pena tem a função de prevenir o crime. Ambas convergiram para a formulação de uma teoria moderna mista/unificadora (Prevenção Geral Positiva Limitadora), que traz em seu bojo a tentativa de unir os fins da pena em uma só teoria, harmonizando-os com a ideologia de ressocialização do delinquente¹⁰.

Todavia, o que se percebe da análise do sistema penal atual é que este coloca em cheque os fins e justificativas da pena adotadas pelos teóricos penalistas, pois, se observados alguns dados da relação entre a violência e a repressão ao crime, com as medidas de segurança pública adotadas, percebe-se uma real ineficácia em atingir os objetivos¹¹, supondo-se, assim, que o modelo de direito penal, independente da teoria que o justifique ou embase, falhou.

Por esta suposta falha, um alto número de teorias criminais reproduz o discurso de que as penas têm sido usadas para excluir os “inimigos” e “indesejados” do convívio, tentando “matá-los” socialmente. Tal discurso torna-se cada vez mais repetitivo e é nesse contexto que alguns empregam títulos como “Estado Policial” ou “Estado Penal”, o que beira a ideia de um despotismo esclarecido em pleno século XXI, pelo

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

¹¹ Como exemplo, basta verificar o alto índice de reincidência criminal brasileiro de, em média, 70%. FLÁVIO GOMES, Luiz. **Brasil: Reincidência de até 70%**. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>. Acesso em: 02 de julho de 2015.

qual o “rei mata para governar”, com o desejo de aniquilação de outros.

O questionamento que deve ser feito, contudo, diante desse cenário é outro: de que modo os números crescentes de violência policial e encarceramento em massa, sobretudo nas grandes democracias organizadas, favorecem o poder de Estado? Se é verdade que quanto mais forte um Estado, mais ele encarcera, de que modo o aumento do encarceramento está favorecendo a “soberania”?

As respostas tradicionais dão conta de que, contendo a criminalidade nas cadeias, o Estado se impõe sobre uma parte problemática da população. Mas o grande número de pessoas encarceradas não diminui, necessariamente, a criminalidade nas ruas. Não há boas evidências nem mesmo de que o encarceramento impeça o retorno à criminalidade daqueles que deixaram as prisões. Estados fortes punem muito e encarceram demais, mas nem por isso são menos violentos. Se, de fato, ainda a morte e a exclusão são meios eficazes para analisar a relação *Poder de Estado x Crime*, nos moldes atuais, se ainda se pode falar em teorias que “pregam” a aniquilação social para compreender os moldes do exercício do poder e buscar meios para lidar com a criminalidade, então parece haver um paradoxo entre as respostas encontradas por tais teorias e as empreitadas do Estado moderno; a não ser, que o Estado adotasse uma perspectiva unicamente retributiva da pena. Exatamente por causa dessas falhas das teorias contemporâneas é necessário revisar a obra de Michel Foucault, abordando, brevemente, o conceito de poder e o desenvolvimento dos mecanismos de governo na modernidade para, após, demonstrar de que forma a legitimação do poder punitivo se instalou no centro das democracias modernas com finalidades que parecem, ainda hoje, difíceis de serem bem compreendidas.

II – Foucault e o poder na modernidade

A sociedade moderna se desenvolveu aperfeiçoando mecanismos de poder e de governo sobre a vida dos indivíduos, para fins de manutenção

do controle social. Compreender essa trajetória é a preocupação central da obra de Michel Foucault, e uma parte especial desse projeto ganhou enorme repercussão com *Vigiar e Punir*. O texto sobre as prisões confronta uma parte importante das transformações das estruturas estatais e sociais modernas com a centralidade da justiça criminal, em meio aos discursos justificacionistas do iluminismo inglês e francês¹².

Após as mudanças sofridas pelo Estado e sociedade em fins do século XVIII, foi preciso reformular o mecanismo até então presente na maneira de se governar, para adequá-lo às novas necessidades que surgiam. Em um processo de profundas mudanças históricas¹³ surge a “biopolítica”¹⁴. Há, nesse contexto, a apreensão da vida humana pelo poder político¹⁵, de forma que, antes ignorado, o corpo em suas características “biofísicas” torna-se objeto de um saber, por meio do qual se exercerá o poder, assim, surgem mecanismos direcionados a “gerir” e “dominar” a vida¹⁶.

Essa nova concepção de biopolítica opõe-se ao conceito de poder

¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Editora Vozes. Petrópolis, 2013, p. 77.

¹³ Id. *Ibidem*. A causa de tais mudanças não são o foco do presente trabalho, portanto não serão exploradas aqui, todavia, citando-se, genericamente, tem-se: as mudanças ideológicas trazidas pela revolução francesa, o avanço e desenvolvimento do capitalismo, as revoluções populares e queda das grandes monarquias, etc. são todos fenômenos que, em conjunto com outros, tornaram insustentáveis a manutenção do poder como vinha sendo exercido.

¹⁴ Id. *Ibidem*.

¹⁵ “No terreno assim conquistado, organizando-o e ampliando-os, os processos da vida são levados em conta por procedimentos de poder e de saber que tentam controlá-los e modificá-los.” FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: A vontade de Saber*. Ed. Graal – RJ, 1999, p. 134.

¹⁶ Neste âmbito, Foucault relaciona algumas técnicas surgidas que demonstram um interesse por parte do Estado em apreender saberes relativos à vida (como *bios*) a fim de regulá-la e interferir diretamente sobre ela, tal como os estudos médicos e desenvolvimento de vacinações, estudos demográficos e criação das estatísticas, normas higienizadoras, investimento em formas de moradia, vestimentas, ou seja, modos de compreender a vida e permitir o avanço desta. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Editora Vozes. Petrópolis, 2013.

anterior, o qual era relacionado à regência da população, pois ela traz em si, na realidade, uma nova compreensão sobre o exercício do poder, propondo a inclusão geral e a organização da vida em torno da norma, que entra em dissonância com a concepção até então conhecida, qual seja, o poder como “algo negativo”, o qual podia ser resumido pela determinação de “*Fazer morrer e deixar viver*”¹⁷, forma de poder exercido pelo soberano sobre seus súditos baseado na exclusão.

A mudança radical que Foucault identifica é a mudança de uma concepção negativa de poder para uma concepção positiva¹⁸. Assim, o filósofo desenvolve um conceito de poder como capacidade de agir sobre a ação dos outros, de modo que não seria possível, afirmar, em nenhum sentido ético, que seria possível defender a ausência de poder como elemento primordial da liberdade ou da justiça em uma sociedade – da forma como os pensadores liberais sempre fizeram. O poder não é algo fechado e estático, havendo, na realidade, para Foucault, relações por meio das quais os atos são exercidos, simultaneamente, uns sobre outros, em todos os campos da vida¹⁹. Nessa visão, o poder possui uma natureza relacional, pois não é objeto ou domínio de determinada pessoa ou classe, mas sim ações de indivíduos sobre outros, que visam a agir simultaneamente e constantemente sobre o agir do outro. Assim, ele elimina a essencialidade do conceito de soberania, inovando a reflexão ao propor meios de analisar fenômenos de poder a partir do seu exercício, micro ou macrofísico, mais do que a partir dos meios de justificação²⁰.

Analisando a organização da soberania moderna, Foucault chegou

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: A vontade de Saber**. Ed. Graal – RJ, 1999, p. 128.

¹⁸ DOSSE, François. **História do Estruturalismo Volume II**. Editora Ensaio. São Paulo, 1994.

¹⁹ REVEL, Judith. **Dicionário Foucault**. Ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 2011.

²⁰ DOSSE, François. **História do Estruturalismo - Volume II**. Editora Ensaio. São Paulo, 1994, p. 285.

à conclusão de que o Estado é sustentado tanto pelas estruturas centrais, quanto pelas operações de poder que atuam no cotidiano, com isso ele identificou o que seria a *governabilidade*, e a estas operações do cotidiano chamou de “microfísica do poder”, mecanismo que tornaria mais eficaz a prática da governabilidade por meio de um minucioso controle populacional, que passasse por várias instâncias de maior e menor grau na sociedade.

Assim, as análises de tais mecanismos convergem para a atuação do poder nas mais diversas extensões sociais, multiplicando-se nas instituições, sejam elas estatais ou não, com o fim de reproduzir a ideia de normalização para o corpo social em forma de disciplina²¹. Desta forma, observar os “micropoderes”, através dos estudos das instâncias e figuras não centrais, era uma forma de compreender a função daqueles mecanismos como reprodutores de disciplina e *normativização* em seu contexto macro.

Nos estudos dos anos 70, obras como *Vigiar e Punir* ainda se detinham sobre a identificação de microdisciplinas. Mas, já apontavam para uma crítica macrofísica da organização social justificada pelas teorias do contrato, as quais insistiam, como em Hobbes, na figura de um *Leviatã* central do qual emanava o poder e controle, ao contrário disso, o importante para Foucault, naquele momento, era mostrar como determinadas instituições (micro) funcionavam para fins de exercício do poder governamental.

Por isso a análise e estudo do surgimento da prisão foi em si algo revolucionário, pois, a partir dela, a análise da instituição-prisão que, em si, era vista apenas como instrumento ou aparelho organizado em prol do Estado, passa para peça fundamental na manutenção das relações do poder governamental, e não só ela, mas também as escolas, os manicômios e hospitais, dentre outros.

²¹ **Vigiar e Punir.** op. cit.

A questão crucial referente à relação que a punição teve com todas essas mudanças encontra-se nas necessidades ostentadas para exercício do poder. Assim, enquanto que até meados do século XIII a punição era exercida por meio do suplício e das penas de morte, com as alterações no quadro histórico resultante em necessidades de mudanças, um dos principais meios de se ter o domínio da vida e exercer o controle governamental de forma positiva é, justamente, a punição.

A prisão surge sob o fundamento dos princípios e teorias de humanização das penas. A ideia reformista do século XVIII era tornar o sistema mais adequado ao “homem” (como medida das coisas), eis que até então, o suplício era a forma dominante de punição. Todavia, desde seu início, a prisão foi altamente criticada por, aparentemente, ser incongruente com as justificativas que legitimaram seu surgimento, quando analisadas as ideias trazidas em seu próprio bojo (privação de liberdade) e as circunstâncias as quais os indivíduos estariam submetidos²².

Todavia, não obstante a aparente “falha” ou “fracasso” de tal instituição, ela substituiu aos poucos as demais punições e se tornou, até os dias atuais, a principal pena, o que gera, desta forma, um grande questionamento do porquê da intensificação de seu uso e não retrocesso, já que, desde o surgimento, mostrou-se incapaz de atender as demandas que justificaram sua utilização inicial, nessa esteira, Foucault faz uma reanálise, concluindo que, na verdade, houve um grande sucesso no uso da prisão dentro da nova forma almejada de exercício do poder²³.

Nesta perspectiva, um modelo específico de prisão, o qual reflete a aspiração governamental, é o panóptico, consistente em uma estrutura

²² Id. *Ibidem*.

²³ “Se a instituição-prisão resistiu tanto tempo, e em tal imobilidade, se o princípio da detenção penal nunca foi seriamente questionado, é sem dúvida porque esse sistema carcerário se enraizava em profundidade e exercia funções precisas.” Id. *Ibidem*, p. 257.

de prisão ideal, projetada pelo filósofo utilitarista Jeremy Bentham, a qual poderia exercer uma forma de vigilância contínua sobre os presos²⁴. Foucault se apropria do termo de Bentham, propondo que o sistema carcerário está muito além das celas e estabelecimentos. Na realidade, a vigilância iniciada ali se estende por toda a sociedade posteriormente, o que se chama de “*panoptismo social*”. O panóptico, assim, é visto além das estruturas prisionais, mas como analogia à forma de sociedade almejada para exercício das disciplinas normativas com fim de exercício de poder governamental²⁵.

É exatamente este o ponto nevrálgico da análise. A compreensão da prisão como instrumento disciplinar de governabilidade passa por um conceito-chave do autor, qual seja, o de *delinquência*, pois ela é o produto essencial da prisão, responsável por fornecer as bases para a atuação da justiça criminal e de outros mecanismos de controle na sociedade. O questionamento ainda aberto é sobre como essas funções identificadas no microcotidiano das instituições disciplinares atuam para favorecer a *governamentalidade* macrofísica da soberania. Aplicando essa reflexão ao problema do controle da criminalidade contemporânea, o importante é mostrar como o conceito de delinquência ainda possui utilidade, tal qual definido por Foucault, para refletir sobre as práticas governamentais de exclusão e violência social impostas em países como o Brasil.

III – Delinquência – quem é o delinquente (?)

A delinquência é primordial, pois é o núcleo através do qual se torna possível o processo de *panoptização* e, portanto, exercício de poder na acepção *foucaultiana*. Assim, revisando tal conceito, tem-se a ideia de como o poder é exercido através do sistema punitivo.

²⁴ “O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto.” Id. *Ibidem*, p 191.

²⁵ “O esquema panóptico, sem se desfazer nem perder nenhuma de suas propriedades, é destinado a se difundir no corpo social; tem por vocação se tornar aí uma função generalizada.” Id. *Ibidem*, p 196.

A apropriação por Foucault do conceito de panóptico o retira da seara de mera estrutura de estabelecimento, e o abriga em um campo mais amplo. A panoptização social consiste, basicamente, em uma rede de vigilâncias que se estenderia através dos muros da prisão, invadindo o contexto social, com o fim de exercício do poder por meio de informações (saberes) apropriadas na entrada do sistema penal, ou seja, é o acesso à população que está em jogo.

A delinquência é um conceito diverso de criminoso. O criminoso se torna delinquente na medida em que imerge no sistema criminal, por meio da prisão, passando a obter características próprias. O delinquente é a figura dos pequenos delitos, das ilegalidades contínuas e de menor escala violenta, que está em constante contato com o sistema punitivo. Ao adentrar o sistema punitivo, no caso, a prisão, o indivíduo é sujeito às situações intrínsecas a este sistema, tais como isolamento, falta de atividades sociais (labor, trabalho, agir em comunidade, etc.), relações de violência entre si e entre os agentes penitenciários, entre outras que provocam neles transformações cuja consequência será a produção do indivíduo delinquente.

Ora, o indivíduo em sua totalidade fica *assujeitado*, seu corpo, sua história e seu passado encontram-se sob as relações de poder próprias da punição. Não por acaso, após as transformações penais do século XVIII, os “inqueritos” investigativos passam a analisar cada aspecto da vida do indivíduo, desde sua infância até a data do cometimento do crime, em seus aspectos históricos e biológicos²⁶. Ora, isso permite, através de um imenso campo amostral formado por condenados, que se tenha informações (saberes) da população, mas também das comunidades por locais e distribuição espacial²⁷.

²⁶ FOUCAULT, Michael. Os Anormais. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

²⁷ Ao se analisar o histórico de Pierre Rivière, por exemplo, descobriu-se inúmeras questões relativas a uma família camponesa do interior da França. FOUCAULT, Michel. **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão**. Editora Graal. Rio de Janeiro, 1997.

Esses saberes são essenciais na medida em que o poder pretende gerir (e não apenas dominar) a sociedade. Desta forma, a prisão fornece uma série de noções sobre os indivíduos e seus locais, como costumes desviantes mais praticados, por exemplo. Um preso é um complexo de informações, pois, através de um deles, é possível abranger comunidades e populações. Fato é que uma vez conectado a esse sistema, o delinquente deixa sua marca/registro nele através do qual se apreende informações úteis e necessárias.

Todavia, a característica essencial da delinquência consiste em seu padrão de repetição. A prisão permite isso no momento em que, sob um único local, conjuntamente, coloca vários indivíduos e permite a interação, além da exposição à violência carcerária por meio dos agentes e práticas penitenciárias. Desta forma, durante várias etapas da vida, o delinquente “entra e sai” do sistema prisional, formando uma espécie de ciclo²⁸.

Nessas passagens, o delinquente não ficará preso durante a vida toda, e nem mesmo durante a maioria dela, ele ficará preso tempo suficiente para apreender as técnicas de vigilância e assim reproduzi-las do lado de fora. Assim, o delinquente permite a transferência das ilegalidades apreendidas na prisão para a comunidade com a qual se relaciona; esse processo é útil, na medida em que são reproduzidas ilegalidades com as quais o poder já sabe lidar por já possuir os meios de tratamento adequados para elas²⁹.

Outro importante processo é que o delinquente fique “espalhado” pelo campo social. Isso permite e cria subsídios para dois tipos de consequências: o desencadeamento do medo geral, ou seja, por haver delinquentes por todos os locais, há sempre perigo em potência, é preciso que o delinquente tenha a face marcada como alguém temível e temido

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Resumo dos Cursos do Collège de France 1970-1982*. Rio de Janeiro: Editora Zahar.

²⁹ É o que Foucault denomina de controle das ilegalidades. Id. *Ibidem*.

e que esteja por toda parte, é preciso que essa sensação de “ameaça” seja constante para que, com isso, possa ser exercido o controle, para “combate” de tal delinquência, justificando que a polícia conviva em vigilância constante, pelas localidades nas quais a delinquência ronda. Desta forma a vigilância torna-se extensiva e constante, não se restringindo à prisão apenas, por meio do *medo* e da *polícia*³⁰.

Por isso, também, a polícia é parte fundamental para esse funcionamento. Ela é a responsável por introduzir o delinquente (e, inclusive, catalogar quem entra) no sistema penal, e, posteriormente quando este sair, exercer a vigilância por rondas contínuas na sociedade, e, novamente, reintroduzi-lo no sistema prisional a fim de prolongar e dar continuidade ao ciclo³¹.

A polícia, portanto, alimenta, realimenta e mantém o sistema prisional, e, portanto, é chave crucial para criação e manutenção da delinquência, e, igualmente, para a governabilidade, pois é uma das peças de vigilância constante. Todavia, para que isso ocorra é necessário que sua presença no seio social seja vista como necessária e até desejada, ou seja, é preciso que haja uma legitimação para tanto – o que ocorrerá através do medo. Ora, dessa forma, o delinquente é peça-chave aqui também, pois ele é o agente que permite este medo generalizado na sociedade³², é a constante ameaça de perigo no berço social; em razão dessa existência a sociedade, à mercê do crime, precisa ser protegida.

Assim, a polícia se infiltra no meio social legitimada pelo combate à delinquência. Claro que, no contexto atual, seria absurdo imaginar que apenas a polícia é a grande responsável por isso; mas seu papel ainda é

³⁰ Id. *Ibidem*.

³¹ Em análise e leitura de alguns inquéritos e processos judiciais em vara criminal da Comarca de Porto Velho – RO, percebe-se que é bem comum que em seus depoimentos, os policiais afirmem que abordaram o indivíduo, pois já tinha conhecimento das práticas ilícitas deste.

³² FRIBERG, Matthew. **Foucault, Freedom, and the Limits of Modernity**. Arché, Volume 4, Issue 1: Spring 2010.

primordial no contato direto e indireto com o delinquente. Em termos de vigilância, contudo, sabe-se que o mecanismo foi aprimorado por técnicas sofisticadas, de forma que as políticas de segurança pública atuam cada vez mais com o uso de câmeras, aplicativos de telefones, bancos de dados, perfis, etc³³. Todavia, a legitimação desses, igualmente, é a mesma, ou seja, a “*demonização*”³⁴ da imagem do delinquente – a construção da identidade do *inimigo* gera a grande produção do discurso de terror em torno do crime, seja na mídia jornalística ou nos programas policiais, por exemplo³⁵.

Para Matthew Friberg, a alocação do delinquente na prisão atua, primordialmente, nesta função, eis que, após a passagem prisional, a instituição criará no meio social uma perspectiva de identidade no criminoso ali submetido, sendo a de alguém “anormal”, um diferente (o Outro) e menos útil, portanto descartável, tal que, como perigoso que é, exige uma atuação direta sobre o mesmo, o que permite a inserção em seu meio das técnicas de vigilância e controle³⁶.

Tal mecanismo pode ser reduzido à seguinte fórmula abordada por Foucault “*A vigilância policial fornece à prisão os infratores que esta transforma em delinquentes, alvo e auxiliares dos controles policiais que regularmente mandam alguns*

³³ FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a Inconveniência de Existir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

³⁴ Um ponto interessante é que, na realidade, a maior parte dos criminosos não são monstruosos, com grande técnica de perversidades, apesar de serem os casos mais ventilados na mídia, pois, em sua maioria os delinquentes cometem crimes contra o patrimônio e tráfico, em segundo lugar. BATISTA, Eurico. *Maior Parte dos Brasileiros responde por tráfico e roubo*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-03/maior-parte-presos-brasileiros-responde-traffic-roubo-qualificado>>. Acesso em 02 de julho de 2015.

³⁵ FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a Inconveniência de Existir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

³⁶ Para Friberg é necessário que o delinquente seja visto como “an unnatural, useless, and dangerous existence [...]”. FRIBERG, Matthew. *Foucault, Freedom, and the Limits of Modernity*. Arché, Volume 4, Issue 1: Spring 2010.

deles de volta à prisão”³⁷. De certo que não são todos os delinquentes que passam por esse ciclo do processo de entrada e saída no sistema punitivo, mas o índice de reincidência geral do Brasil demonstra que esta fórmula parece estar sendo aplicada, em últimas pesquisas o país desponta com 70%, em média, de presos reincidentes³⁸, é preciso lembrar também que nem todos os “não reincidentes” abandonaram a prática criminosa, há, por exemplo, que se considerar que alguns morrem dentro mesmo do sistema ou após a saída.

É preciso, ressaltar que a produção da delinquência e seu investimento pelo aparelho penal são táticas – tecnologias de poder, que, todavia, nunca atingem seu objetivo total e completamente, mas que estão em constantemente necessidade de se multiplicar e avançar, para realimentar as relações de poder e controle³⁹, ao menos no atual contexto.

A prisão, portanto, é produtora, grande responsável por produzir delinquência, daí a importância conceitual de concepção positiva do poder em Foucault, a instituição não terá o condão de excluir ou “banir”, muito menos de matar os criminosos e delinquentes; ao contrário, a prisão visa a *incluir* o quanto possível o indivíduo nas relações de poder, eis que estes são chaves primordiais para o funcionamento da manutenção de posições privilegiadas dentro das relações, pelo exercício da governabilidade⁴⁰.

Como última análise, a reflexão sobre o uso e atuação da delinquência no contexto atual, necessário citar o uso das penas restritivas de direito. Afirma-se que o sistema penal caminha para uma tentativa de

³⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Editora Vozes. Petrópolis, 2013, p 163.

³⁸ FLÁVIO GOMES, Luiz. Brasil: **Reincidência de até 70%**. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>. Acesso em: 02 de julho de 2015.

³⁹ FRIBERG, Matthew. **Foucault, Freedom, and the Limits of Modernity**. Arché, Volume 4, Issue 1: Spring 2010.

⁴⁰ **Vigiar e Punir**. op. cit.

“desinchar” as prisões que estão superlotadas, para isso invocam-se as ditas penas alternativas à privação de liberdade, tais como prestação de serviços comunitários, multas, e a própria condicional.

Nesses casos, ocorre, usualmente, a prisão em flagrante do criminoso a permanência sob a custódia estatal apenas durante a instrução, para, ao fim do processo, ser aplicada uma pena restritiva de direitos, tal como uma suspensão da pena com sujeição à apresentação mensal no órgão judicial.

Ora, essas formas contemporâneas de alternativas à prisão trazem em si os mesmos objetivos com outros meios, isso porque o indivíduo passa por todo o processo inicial de identificação, construção de perfil criminal, apropriação de informações, período de estadia (meses que seja) no estabelecimento prisional com demais infratores, e posteriormente retorna a sociedade, cumprindo pena, com diversas restrições. Observa-se, assim, apenas uma adequação do mesmo mecanismo em um mais sofisticado⁴¹.

IV – Para além da superação da delinquência... Como reinventar as relações de poder?

O fundamental para entender o conceito de delinquência em Foucault é a percepção de que o poder não exclui, mas inclui o ser, e essa análise se torna indispensável para avançar o raciocínio, pois a prisão, ao incluir o corpo do indivíduo em sistema total de controle fragiliza as capacidades individuais, mantendo-o sujeito a mecanismos que irão impor condicionantes quase insuperáveis de limitações à vida – sobretudo, fora da prisão.

Ora, as unidades prisionais estão sob condições degradantes e desumanas, há uma verdadeira ausência de condição humana⁴² nestes

⁴¹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

⁴² ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. São Paulo: Editora Forense Universitária-

locais, sujeitando ou, simplesmente, torturando os indivíduos que por ali passam. A inclusão opera produzindo a exclusão das capacidades que poderiam dar ao indivíduo as condições de autonomia. Nesse baixíssimo nível de relacionamento social, o indivíduo presencia uma forma de recrudescimento da relação de poder: a atuação relacional se transforma em *dominação*, campo no qual as capacidades do *assujeitado* já quase não importam mais pela total falta de condições de liberdade.

O uso do aprisionamento cresce, atualmente, pelo aperfeiçoamento dessa fórmula de “inclusão pela via da exclusão”. Em países como o Brasil⁴³ as técnicas de punição voltadas para a penalização máxima também possuem suas forças no contexto jurídico-social. Os estudos críticos ainda não fizeram muito efeito no país ao demonstrar ao magistrado criminal o seu papel como “funcionário do cárcere”. Os magistrados brasileiros ainda estão presos ao arcaísmo da primeira fase apontada por Foucault quando justificam o uso do aprisionamento: eles pensam em “tirar o mal de circulação”. Na verdade, quando determinam o aprisionamento, eles estão dando *início* a esse processo de “circulação”.

Neste sentido, o conceito de poder em Foucault, extremamente próprio, permite que a visão maniqueísta de bem e mal, ou a procura eterna pelo “culpado” seja superada, pois que se compreende que, na realidade, o poder não é necessariamente algo ruim e que está presente em forma de relações em todos campos, desta forma, partir do pressuposto que é preciso “superar o poder” ou empreender uma eterna cruzada contra um ser mítico controlador, é incorrer em erro na busca do mecanismo almejado para superação das falhas sistemáticas.

É nesse contexto, especialmente, que Foucault é essencial. Pois,

ria, 2007.

⁴³ De acordo com o INFOPEN, o país possuía, no final de 2014, 622 mil pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos prisionais.”- Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN. Brasília, 2016.

constatadas as desnaturações deste exercício de poder, torna-se preciso, partindo-se do pressuposto de que as relações de poder são necessárias e indispensáveis – ao menos por ora – (as mudanças do Estado e sociedade ocorrem lenta e paulatinamente), adequar às formas, ou seja, modificar os mecanismos de exercício da governabilidade.

As pesquisas acadêmico-científicas de cunho criminológico devem evoluir de forma a visar não só os possíveis meios de rompimento do ciclo da delinquência, mas, na mesma proporção, algo que pressuponha as relações de poder sem a necessidade de uso desta. Torna-se necessária a substituição do delinquente como técnica de poder por uma mais adequada às condições de humanidade, eis que a efetiva crítica de Foucault ao poder é sua transmutação em dominação. É preciso, desta forma, para além da superação, a *reinvenção* das relações imanentes ao exercício do poder. E isso somente será possível num universo juridicamente relacional em que as capacidades dos indivíduos afetados possam ser desenvolvidas de modo a torná-los cada mais autodetermináveis, em vez de corpos políticos utilizáveis para fins de subjugação – de si mesmos e dos outros.

Bibliografia:

ARENDDT, Hannah. A Condição Humana. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2007.

BRAGA CALHAU, Lélío. Resumo de criminologia. Niterói: Impetus, 2009.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BATISTA, Eurico. Maior Parte dos Brasileiros responde por tráfico e roubo. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-03/maior-parte-presos-brasileiros-responde-trafico-roubo-qualificado>>. Acesso em 02 de julho de 2015.

CHALMERS, A.F. O Que é Ciência, afinal? Editora Brasiliense, 1993.

DOSSE, François. História do Estruturalismo Volume II. Editora Ensaio. São Paulo, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da. FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. Para um

Processo Penal Democrático – Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

SANDEL, Michael. Justiça, que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. As duas faces do gueto. Tradução de P. C. Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

AGAMBEM, Giorgio. Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FLÁVIO GOMES, Luiz. Brasil: Reincidência de até 70%. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>. Acesso em: 02 de julho de 2015.

FOUCAULT, Michel. Resumo dos Cursos do Collège de France 1970-1982. Rio de Janeiro: Editora Zahar.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade 1: A vontade de Saber. Ed. Graal – Rio de Janeiro, 1999.

FOUCAULT, Michel. Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão. Editora Graal. Rio de Janeiro, 1997.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Editora Vozes. Petrópolis, 2013.

FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. NAU Editora. Rio de Janeiro, 2013.

FOUCAULT, Michael. Os Anormais. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FRANÇA, Leandro Ayres. Inimigo ou a Inconveniência de Existir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FRIBERG, Matthew. Foucault, Freedom, and the Limits of Modernity. Arché, Volume 4, Issue 1: Spring 2010.

GIACOIA JÚNIOR, O. Sobre Direitos Humanos na Era da Bio-Política. Kriterion, Belo Horizonte, nº 18, Dez. /2008. P. 267-308.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo – Noções Críticas. Livraria do Advogado editora. Porto Alegre, 2005.

KIRCHHEIMER, Otto. RUSCHE, Georg. Punição e Estrutura Social. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

MIRANDA, Anabela. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2001.

PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução de: Luiz Flávio Gomes. 3ª. ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002.

REVEL, Judith. Dicionário Foucault. Ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 2011.

SIMON, Jonathan. Punição e as tecnologias políticas do corpo. Porto Alegre: Sistema e Violência Penal, 2013.

Sistema acusatório no processo penal constitucionalmente orientado: sobre a necessidade de limitação de significado e a determinação de seus reflexos essenciais.

Accusatorial system in a constitutionally oriented criminal procedure: the necessity of a meaning limitation and the delineation of its essential consequences.

Vinicius Gomes de Vasconcellos¹

Resumo: Este artigo pretende desenvolver análise crítica do conceito de sistema acusatório, o qual é geralmente adotado de modo confuso e impreciso no campo jurídico-penal contemporâneo. Pensa-se que tal definição varia de uma restrição injustificada, que finda por inutilizar as consequências reais da ideia à prática dinâmica no processo, a uma ampliação inconsistente, a qual acarreta a perda de uma real carga crítica do conceito. Assim, este trabalho almeja propor definição restritiva do que se quer dizer com acusatoriedade, limitando-se a sua significação, de modo a possibilitar uma efetiva determinação de seu conteúdo e de suas consequências. Desse modo, asseverar-se-á que o modelo acusatório se caracteriza, por essência, na separação das funções de julgar, acusar e defender. Contudo, sustentar-se-á que tal visão estática pressupõe o respeito a suas decorrências fundamentais, ou seja, a restrição ao significado impõe outras consequências para sua concretização prática dinâmica, as quais serão definidas visando à efetiva proteção da imparcialidade do julgador.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2014), bolsista integral CAPES. Pós-graduado em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM - Espanha) (2013). Bacharel em Direito pela PUCRS (2012). Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC (2009/2012).

Palavras-chave: Processo Penal. Sistema acusatório. Imparcialidade.

Abstract: This article aims to develop a critical analysis of the concept of accusatorial system, which is generally adopted in a confused and imprecise manner in contemporary criminal field. It is thought that such a definition diverges from an unjustified restriction that ends by incapacitating its real consequences to the practical dynamics in the process, to an inconsistent expansion, which leads to losing its real critical capacity. Thus, this paper aims to propose a restrictive definition of what is meant by accusatorial system, limiting its significance, in order to enable an effective determination of its content and its consequences. In this way, it will affirm that the accusatorial model is characterized, in essence, by the separation of the judging, accusing and defending functions. However, it will be argued that such a static view presumes the respect for their fundamental derivations, namely the limitation of the meaning imposes other consequences for upholding its practical implementation, which will be set aiming at the effective protection of the impartiality of the judge.

Keywords: Criminal procedure. Accusatorial system. Impartiality.

INTRODUÇÃO

Diante do desordenado panorama doutrinário e jurisprudencial acerca da definição de “sistema acusatório” e do delineamento de seus contornos fundamentais, mostra-se basilar o estudo crítico de seu significado. Afirma-se, juntamente a Marinho Marques,² que as propostas de superação e, portanto, desconsideração da importância de tal debate no campo jurídico-penal não podem ser defendidas sem a devida compreensão de suas possibilidades e limitações semânticas.

² MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. Inquisitório *versus* acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. **Boletim IBRASPP**, São Paulo, ano 3, n. 04, p. 15/17, 2013/01. p. 15-16.

Portanto, este trabalho almeja propor definição restritiva do que se quer dizer com “sistema acusatório”, limitando-se a sua significação, de modo a possibilitar uma efetiva determinação de seu conteúdo e de suas consequências.³

Pensa-se que o modelo acusatório se caracteriza, por essência, na separação das funções de julgar, acusar e defender,⁴ pois, como aponta Gustavo Badaró, “a característica insuprimível do modelo acusatório, sua *conditio sine qua non*, é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender”.⁵ Entretanto, essa distinção acarreta consequências que vão além do comumente anotado pela doutrina majoritária brasileira, visto que a separação formal entre os atores do sistema criminal precisa ser concretizada na prática pelo respeito às suas consequências imanentes.⁶ Como afirmado, tal modelo afigura-se imprescindível em um processo penal democrático, visto que é indispensável o afastamento

³ De modo semelhante, Lopes Jr., ao analisar a impropriedade do transplante das condições da ação do processo civil para o penal, sustenta que cada palavra possui uma carga semântica que limita sua possibilidade de significado; ao se realizar uma “gimnástica de conceitos” se desnatura a sua matriz conceitual, inviabilizando uma resposta adequada ao problema em estudo. Ver: LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 369-372.

⁴ Assim, afirma Gustavo Badaró: “Em suma, o núcleo ou essência do modelo acusatório é a separação das funções de acusar, defender e julgar em sujeitos distintos, com partes em igualdade de condições e um juiz imparcial para julgar.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 112). De modo semelhante em relação ao núcleo analisado, Geraldo Prado aponta que o princípio acusatório deve ser desenhado por exclusão, esquematizando seu núcleo central na divisão entre três sujeitos das funções de acusar, julgar e defender (PRADO, Geraldo, **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 104).

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**, cit., p. 108.

⁶ Importante notar que, como atesta e exemplifica Figueiredo Dias, “pode formalmente existir um órgão diferenciado encarregado da acusação sem, todavia, se afirmar o princípio da acusação”, citando época em que havia no sistema processual penal português a dedução da acusação pelo Ministério Público, mas em função de uma instrução preliminar dirigida por juiz que também realizava o julgamento posteriormente (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1ª ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora; 2004. p. 137).

das três funções precípuas do processo penal.

Embora busque-se aqui um conceito de modelo acusatório estrito, almejando restringir sua amplitude interpretativa de modo a possibilitar uma efetiva carga crítica (ou seja, superar a aporia que permeia a dicotomia inquisitorial/acusatório na contemporaneidade), também mostra-se essencial elucidar a insuficiência das construções que limitam-se a taxar como sua condição exclusiva a separação formal entre os atores julgador e acusador do processo penal.⁷ Resta evidente que de nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício das funções do magistrado e do promotor se: 1) na prática, aquele usurpa das atribuições deste explicitamente (iniciando processos de ofício, produzindo provas, decretando prisões cautelares sem pedido, etc.);⁸ 2) houver uma relação (consciente ou inconsciente) entre tais atores de modo a acarretar uma união psíquica de atuação; 3) inexistir uma real possibilidade de exercício da defesa e do contraditório; e/ou, 4) macular-se o (pretense) contraditório com a utilização de atos investigativos para

⁷ Armenta Deu, por exemplo, embora descreva tal cenário de um modo não tão reducionista, aponta que o princípio acusatório “tão frequente como incorretamente citado, se resume em uma ideia, importante, mas bem simples, de que não há processo sem acusação; e isso, se bem pensado, acarreta que quem acusa não pode julgar” (ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de Derecho procesal penal**. 6ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 42) (tradução livre). Na pretensão de superar tal insuficiência, Geraldo Prado ressalta que fator de distinção entre aquele e o processo inquisitório é o respeito às regras do jogo, as quais se concretizam a partir das posturas e tarefas dos atores da justiça criminal. A partir de perspectivas estática e dinâmica, o autor estrutura os “estatutos jurídicos dos sujeitos do processo” para, com isso, discernir o processo que visa à realização do direito penal material, tendo o poder punitivo estatal como objetivo primordial, e outro que se pauta pela atuação das partes, com a contraposição da acusação e da defesa. Assim, por exemplo, a função do juiz se altera completamente da previsão legal (de separação formal da acusação) à sua prática concreta, diretamente influenciada pela atuação dos demais atores do campo jurídico-penal (PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**, cit., p. 104-108).

⁸ “Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo.” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, cit., p. 132).

fundamentar a condenação. Ou seja, conforme a construção histórica do modelo acusatório, solidifica-se a necessidade de que as três funções essenciais ao processo penal democrático sejam atribuídas a atores diversos e, mais do que isso,⁹ que tal esquema de atribuições se desenhe de modo a possibilitar (e garantir) a atuação efetiva das partes (acusação e defesa) em contraditório, objetivando o convencimento do julgador imparcial.¹⁰

Para tanto, a divisão das funções de acusar, julgar e defender necessita ser reafirmada no campo jurídico-penal por meio de suas decorrências necessárias e, portanto, indispensáveis para a caracterização de um modelo acusatório – “implicações substancialmente derivadas” nas palavras de Figueiredo Dias¹¹ –, as quais esquematizam-se em quatro pontos: 1) a iniciativa da acusação e a sua manutenção durante o desenvolvimento do processo, em especial a gestão da prova, sob responsabilidade das partes e a consequente postura reativa do julgador; 2) a separação institucional efetiva entre julgador e acusador; 3) o fortalecimento da ampla defesa e do contraditório (especialmente das Defensorias Públicas); e, 4) vedação de valoração dos atos de investigação preliminar, especialmente a partir da figura do juiz de garantias. Por certo que desses pontos, especialmente

⁹ “Daí por que é reducionista alguma doutrina que focada exclusivamente no aspecto histórico da separação de funções (*ne procedat iudex ex officio*) aí ancora, passando a criticar aqueles que propõem a superação de tais reducionismos e posturas mitológicas.” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, cit., p. 132).

¹⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**, cit., p. 136.

¹¹ De modo semelhante, aponta Figueiredo Dias: “não basta porém, para que se dê satisfação às exigências materiais contidas no princípio da acusação, que o princípio se consagre, é ainda necessário, como bem se compreenderá, que integralmente se respeitem as implicações que dele substancialmente derivam”. O autor sistematiza três implicações: 1) vedação à iniciativa de ofício do tribunal para originar uma investigação; 2) necessidade de dedução da acusação; e, 3) a fixação pela acusação do objeto do processo (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, cit., p. 143-144). Essas consequências substanciais do princípio acusatório (separação das funções no processo penal) serão abarcadas, em nossa proposta, na primeira decorrência necessária (iniciativa processual e seu desenvolvimento, em especial a gestão da prova, sob responsabilidade das partes e a consequente postura reativa do julgador).

do terceiro, emanam diversos outros mandamentos de respeito a direitos fundamentais, mas sobrepõe-se a necessidade de limitar o referencial semântico da denominação acusatório, sob pena de extrapolar suas possibilidades de atuação.

Autores que adotam adequada posição de respeito a direitos fundamentais do acusado, em certos casos, padecem pela pretensão de tentar sua proteção por meio da ampliação do conceito de sistema acusatório,¹² o qual é aceito pela doutrina majoritariamente como imposto constitucionalmente na ordenamento brasileiro e, assim, facilitaria a fundamentação da indispensabilidade de diversos direitos corretamente percebidos como essenciais. Entretanto, sustenta-se que questões como oralidade, publicidade,¹³ presunção de inocência, prisão cautelar como exceção,¹⁴ regras de exclusão probatória,¹⁵ motivação

¹² BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio *versus* inquisitivo, Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 14.

¹³ “Historicamente, o processo acusatório era oral e público. Essas características, contudo, não lhe são insuprimíveis. Basta pensar, por exemplo, que, desde que haja separação das funções de acusar, defender e julgar, mesmo que haja um sistema predominantemente, ou até totalmente escrito, ainda assim haverá processo acusatório.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**, cit., p. 110-111).

¹⁴ Entretanto, Stephen Thaman ressalta a frequência de prisões prolongadas para utilização do réu como fonte de prova, característica de um modelo inquisitorial: “O sistema inquisitivo clássico se baseia na detenção do suspeito por períodos prolongados de tempo, com o fim de utilizar de maneira mais eficiente o réu como fonte de prova, e com o fim de prepara um inquérito exaustivo de provas, que irá servir de fundamento principal da sentença de condenação e da consequente imposição de pena ao acusado.” (THAMAN, Stephen C. Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 175) (tradução livre). Embora aqui se sustente a distinção entre as características essenciais do modelo acusatório (e suas consequências inerentes) dos demais pressupostos de um processo penal democrático (como a utilização excepcionalíssima de prisões cautelares), resta clara a relação indireta entre os mecanismos inquisitórios de produção probatória com a violação de diversos outros direitos fundamentais, como a presunção de inocência e o direito a não autoincriminação.

¹⁵ Conforme Marien Morales, não há uma relação essencial entre o sistema acusatório

da decisão e etc. não decorrem diretamente do modelo acusatório, mas de uma noção mais abrangente,¹⁶ uma opção por um processo penal democrático constitucionalmente e convencionalmente orientado. Portanto, a utilização do conceito acusatório em representação a inúmeros direitos foge às possibilidades de expressão de tal denominação e, assim, na louvável pretensão de proteger mais, acaba-se perdendo a possibilidade de crítica em razão da diluição semântica de seu significado. Como aponta Montero Aroca, “ao querer ser tudo acaba se convertendo em nada; ou, pior, ninguém tem certeza do que realmente significa”.¹⁷

Portanto, em síntese, o modelo acusatório determina, em sua essência, a separação das funções de acusar, julgar e defender, e, assim, tem como escopo fundamental a *efetivação da imparcialidade do juiz*,¹⁸ visto que esta é claramente violada em um cenário de julgamento inquisitivo:¹⁹ o modelo acusatório é um sistema de garantia da

e as regras de exclusão de provas ilícitas, mas contingente-formal, ou seja, “significa isso, em termos amplos, que a proibição de outorgar eficácia às provas de origem ilícita não constitui um traço definidor dos processos que, como o nosso, são inspirados no princípio acusatório. Ou, desde outra perspectiva: que aquela proibição é um traço característico dos processos penais acusatórios, mas por razões distintas das que permitem taxar deste modelo – o acusatório – tal tipo de processos.” (MORALES, Maien Aguilera. Regla de exclusión y acusatorio. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 74).

¹⁶ “Se examinarmos com atenção algumas dessas características pensamos que será evidente que correspondem a vários princípios e regras autônomas determinantes que, isoladamente, não dizem nada a respeito de um ou outro sistema pretendido, posto que a eles não essenciais.” (MONTERO AROCA, Juan. **Proceso penal y libertad**, cit., p. 72) (tradução livre).

¹⁷ MONTERO AROCA, Juan. **Proceso penal y libertad**, cit., p. 70 (tradução livre).

¹⁸ Frisa-se que a imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva. Conforme Antonio Melchior, a imparcialidade é “condição epistemológica estratégica à tomada de decisões num processo penal democrático (MELCHIOR, Antonio Pedro. O Juiz e a Prova: o sintoma político do processo penal. Curitiba: Juruá, 2013. p. 165).

¹⁹ “[...] a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparciali-

imparcialidade do julgador e de uma decisão justa.²⁰ Desse modo, resta limitado o leque interpretativo que ofusca as possibilidades de crítica no cenário contemporâneo. Tal circunscrição, entretanto, não reduz a importância do conceito, visto que, para sua proteção, mostram-se indispensáveis certas garantias no campo jurídico-penal, que serão analisadas em separado.

Assim, reitera-se que a acusatoriedade expressa, por essência, a indispensável separação das funções de acusar, julgar e defender, ou seja, a “necessidade de repartição democrática de poderes entre os sujeitos processuais”,²¹ o que, por certo, impõe outras consequências para sua concretização prática, as quais, diante da necessidade de restringir seu significado – sob pena de diluição interpretativa – resumem-se a quatro: 1) a iniciativa da acusação e a sua manutenção durante o desenvolvimento do processo, em especial a gestão da prova, sob responsabilidade das partes e a consequente postura reativa do julgador; 2) a separação institucional efetiva entre julgador e acusador; 3) o fortalecimento da ampla defesa e do contraditório (especialmente das Defensorias Públicas); e 4) vedação de valoração dos atos de investigação preliminar, especialmente a partir da figura do juiz de garantias.

dade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, cit., p. 188).

²⁰ “Para o modelo acusatório, não basta a existência de órgãos distintos de acusação, defesa e julgamento; é necessária uma total imparcialidade do juiz, que não pode ter preconceitos nem pré-julgamentos sobre a matéria em debate. O cerne do modelo acusatório depende da real imparcialidade do juiz, que é fruto de uma meditada e consciente opção entre as hipóteses propostas – acusação e defesa – em relação às quais se mantém equidistante.” (THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 259).

²¹ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 67.

1. AS DECORRÊNCIAS NECESSÁRIAS DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DE JULGAR E ACUSAR NO PROCESSO PENAL.

Inicialmente (1), a separação das funções de acusar, julgar e defender acarreta, inevitavelmente, o estabelecimento de um *proceso em que as partes assumem papel proeminente na sua iniciação e condução, de modo que o juiz se posiciona como um julgador imparcial, ou seja, reativo à atuação das partes*.²² Nesse sentido, concretiza-se como requisito imprescindível dessa imparcialidade a proibição que impede o juiz de assumir funções persecutórias.²³

Por um lado, impõe-se que a iniciação do processo se dê em razão de ação advinda de ator distinto do julgador,²⁴ ou seja, conforme Armenta Deu, “a existência prévia de uma acusação, exercitada e sustentada por sujeito diferente ao órgão julgador”.²⁵ Trata-se de regra diretamente relacionada com a oficialidade que determina a titularidade da ação penal, a qual solidifica a necessidade da acusação para o início do processo e, assim, para o assentamento da decisão do caso penal. Portanto, a dedução da acusação é pressuposto da atividade jurisdicional e, assim, delimitação do objeto do processo.²⁶ Desse modo, consagra-

²² “Desde muito tempo, portanto, se tem entendido que o processo é um drama que tem necessariamente três personagens, os quais devem assumir seu próprio papel e se limitar a ele, sem pretender fazer também o papel dos outros.” (MONTERO AROCA, Juan. **Proceso Penal y Libertad**, cit., p. 92) (tradução livre).

²³ “Em consequência, o princípio da imparcialidade exige uma estrita separação de funções requerentes e decisórias. Isso significa que se torna ilegítima toda decisão legal que outorgue aos juízes facultades inquisitivas e permitam sua intervenção ativa a favor da atividade processual persecutória.” (BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 46) (tradução livre).

²⁴ ASECIO MELLADO, José María. **Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal**. Madrid: Trivium, 1991. p. 19.

²⁵ ARMENTA DEU, Teresa. **Principio acusatorio y derecho penal**. Barcelona: J.M. Bosch, 1995. p. 26 (tradução livre).

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, cit., p. 143-144; ASECIO MELLADO, José María. **Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso**

se a necessidade de correlação entre acusação e sentença, que, também assegurando o contraditório acerca da imputação, limita os contornos da decisão penal, ao passo que fixa aquilo a ser julgado, estabelecendo sua não alteração durante o decorrer do procedimento,²⁷ salvo exceções previstas legalmente. Além disso, a imprescindibilidade da acusação para o processo se expressa igualmente na necessidade de sua manutenção, ou seja, aquele por ela encarregado deve sustentar sua pretensão durante todo o decorrer do procedimento.²⁸ Tal ponto acarreta importante crítica à possibilidade de condenação em situação de pedido absolutório pelo representante do Ministério Público, autorizada pelo artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro. Resta inadmissível que o juiz, diante do pedido de absolvição do promotor, ou seja, da retirada da acusação, condene o acusado, em razão da violação à necessidade de oferecimento e exaurimento da pretensão acusatória e do contraditório.²⁹

Por outro lado, a separação das funções e a essencial imparcialidade do julgador impõem a sua postura reativa à atuação das partes, a partir de uma situação de passividade em relação à iniciativa, manutenção e fundamentação da acusação (produção probatória). Resta cristalina a insuficiência da mera distinção formal/estética,³⁰ se, na prática (ou,

penal, cit., p. 21; PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 36-37.

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 99.

²⁸ ASENICIO MELLADO, José María. **Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal**, cit., p. 20-22.

²⁹ “O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém.” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, cit., p. 1083-1084).

³⁰ “[...] a mera existência formal de um julgador distinto do acusador e do defensor não é suficiente à caracterização do princípio acusatório. Impõe-se identificar a separa-

nas palavras de Geraldo Prado, em uma “perspectiva dinâmica”),³¹ um ator exerce funções a ele alheias, subvertendo a delimitação teórica.³² Fundamental atentar, então, ao critério da gestão da prova no processo penal, ao passo que frisa-se a fundamental proibição de iniciativas instrutórias ao julgador.³³ Sem adentrar em discussões já descritas, tal vedação se fundamenta na proteção da imparcialidade do juiz,³⁴ visto que eventual autorização à sua postura ativa na busca de provas fragiliza essa condição, abrindo brechas para decisões pautadas por preconceitos e julgamentos antecipados.³⁵ Trata-se, principalmente, daquilo descrito como “primado das hipóteses sobre os fatos”,³⁶ um pensamento

ção de funções em concreto, posto que de pouco vale a existência formal de um órgão julgador separado daquele encarregado de acusar, se a função de acusar (e acusar não se limita a formular uma imputação), produzindo provas e buscando a condenação, em concreto é exercida pelo juiz.” (CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**, cit., p. 68).

³¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**, cit., p. 135-153.

³² THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**, cit., p. 282.

³³ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 52; PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**, cit., p. 137-140.

³⁴ “Impedir que o julgador tome parte deste quadro mental paranoico, ou pelo menos, evitar ao máximo que isto ocorra é o ponto central do sistema acusatório. O princípio acusatório tem na gestão da prova o seu mais fundamental elemento de estrutura porque não pode conviver com a possibilidade, qualquer que seja, de que o julgador percorra o caminho da instrução probatória no desejo de justificar uma decisão que já tomou. Um perigo abstrato já é mais do que suficiente.” (MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz e a Prova**, cit., p. 172).

³⁵ “As mãos do julgador são o termômetro de que precisamos para aferir até que ponto o próprio sistema oferece abertura às tendências autoritárias, fundamentalmente, à possibilidade de (con) fusão entre o ato psicológico de julgar e acusar.” (CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**, cit., p. 70).

³⁶ “Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada).” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, cit., p. 138-139).

paranoico³⁷ que se configura no momento em que o juiz busca o lastro probatório que embasará sua própria decisão, ou, como descrito por Bernd Schünemann, uma “busca seletiva de informações”.³⁸ Portanto, ao permitir a iniciativa probatória ao juiz, ainda que subsidiária, abre-se espaço para o autoritarismo e, assim, torna-se o sistema potencialmente inquisitivo em sua essência.³⁹ Assim, com Antonio Melchior, aponta-se, tanto historicamente quanto psicanaliticamente, que os limites da atuação do julgador no processo expressam a aderência do sistema judicial à ordem política, seja ela autoritária ou democrática.⁴⁰

Em resumo, conclui-se que a posição passiva do julgador é decorrência da essência do sistema acusatório, sendo, portanto, a ele vedada qualquer iniciativa probatória pelas seguintes razões: 1) a separação entre as funções de julgar e acusar é claramente violada, pois o poder instrutório do julgador representa usurpação das atribuições do acusador,⁴¹ já que, percebendo-se o processo como instrumento

³⁷ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Vol. 1. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000. p. 23.

³⁸ “[...] segundo o princípio da busca seletiva de informações, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita («acolhida pelo ego»), tratem-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador.” (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208).

³⁹ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**, cit., p. 71.

⁴⁰ MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz e a Prova**, cit., p. 140.

⁴¹ Leonardo Marinho Marques delimita o que consistiria a “função acusatória”, a qual é constitucionalmente atribuída ao Ministério Público e abarca a responsabilidade acerca do ônus probatório para sustentar a denúncia (hipótese acusatória) formulada através dos atos inerentes à acusação, como a proposição e complementação de provas (MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 183, p. 141-153, ano 46, jul.-set./2009. p. 148).

de reconstrução de um fato histórico, a gestão da prova é atividade primordial para o desempenho de tal finalidade, sendo determinante na formação do convencimento decisório, ou seja, acusar é, além de propor e manter a acusação, produzir provas para romper a presunção de inocência do réu;⁴² 2) o poder instrutório do juiz viola cabalmente sua necessária imparcialidade, visto que lança tal ator na arena de disputa das partes, além de que autoriza que o próprio julgador forme elementos para embasar sua futura decisão, abrindo-se espaços para arbitrariedades e julgamentos antecipados pautados por preconceitos, “primado das hipóteses sobre os fatos”;⁴³ 3) diante da dúvida que ensejaria a possibilidade de busca por mais elementos de convicção pelo julgador, resta patente que deve-se aplicar o princípio da presunção de inocência e seu decorrente *in dubio pro reo*,⁴⁴ de modo que a incerteza acarreta a absolvição, o que atesta que qualquer iniciativa instrutória do juiz será sempre prejudicial ao réu; e, 4) considerando-se a disponibilidade de recursos materiais, a desenvolvida estrutura e a solidificação técnica do órgão acusador, representando por membro do Ministério Público, instituição consolidada no cenário democrático brasileiro, não há qualquer fundamento que legitime a atuação do julgador nas funções que cabem ao promotor de justiça.⁴⁵

⁴² “Como o fato definido como infração penal atribuído ao acusado é o centro das atividades probatórias e será o objeto da decisão, caberá somente ao Ministério Público estabelecer seus contornos. Haverá de fazer isso, todavia, observando em cada etapa da persecução penal os elementos probatórios admissíveis e pertinentes ao seu projeto.” (PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**, cit., p. 41).

⁴³ “Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.” (PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**, cit., p. 137).

⁴⁴ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**, cit., p. 260.

⁴⁵ “[...] o sistema constitucional brasileiro destinou duas instituições para obter a prova necessária para desconstruir a presunção constitucional de inocência: o Ministério Público e a Polícia Civil. São estas agências estatais que têm a função constitucional de fazê-lo para, se for o caso, levar o juiz a prolatar uma sentença condenatória. O Estado

Entretanto, importante ressaltar que a defesa de um processo de partes pautado pelo afastamento do julgador da gestão probatória não se identifica com a adoção do modelo estadunidense, o qual é determinado pela disponibilidade integral de seu objeto. Ademais, carecem de precisão as críticas tecidas à posição passiva do juiz, que atestam um suposto incremento na desigualdade entre as partes processuais⁴⁶ e um déficit na obtenção da verdade.⁴⁷ Por um lado, desfocam o cerne da problemática relacionada à disparidade entre acusação e defesa, a qual, em verdade, decorre da defasagem técnica ou material de advogados, normalmente em casos de assistência pela Defensoria Pública a desfavorecidos economicamente; por outro, tal insuficiência na busca pela verdade deve ser questionada em sua premissa e em sua afirmação, ao passo que estudos empíricos podem a relativizar.⁴⁸

Portanto, a primeira decorrência necessária da essência do modelo acusatório é a concretização da separação das funções de acusar, julgar e defender a atores distintos do campo jurídico-penal, com o reconhecimento da atribuição exclusiva ao acusador da legitimidade para iniciar e manter a acusação, consolidando-se a necessidade de sua correlação com a sentença, além da carga integral de fundamentação (produção probatória) àquele que a propôs.⁴⁹ Ou seja, impõe-

não precisa e não deve ter mais uma instituição – na verdade, um poder do Estado: o Judiciário – com a mesma função de buscar provas para desconstruir a presunção constitucional. Se o fizesse, estar-se-ia vulnerando algo caro e precioso ao Judiciário, que é a imparcialidade. Por isso, o juiz não pode ter poderes instrutórios no processo penal.” (CARVALHO, Luís Gustavo G. C. **Processo Penal e Constituição**. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 173).

⁴⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio *versus* inquisitivo, cit., p. 47.

⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial?, cit., p. 229-230.

⁴⁸ BLOCK, Michael K.; PARKER, Jeffery S.; VYBORNA, Olga; DUSEK, Libor. An experimental comparison of adversarial *versus* inquisitorial procedural regimes. **American Law and Economics Review**, v. 2, n. 1, p. 170-194, 2000. p. 172-189.

⁴⁹ “O juiz não pode realizar no curso do juízo oral aquelas atividades que correspon-

se o afastamento do julgador da gestão da prova, a qual se coloca integralmente às partes, almejando assegurar a imparcialidade do juiz com sua firmação na função de expectador garante das regras do jogo processual.⁵⁰

Além disso (2), também na pretensão de consolidar a separação entre as referidas funções no processo penal, mostra-se essencial o *afastamento institucional efetivo entre julgador e acusador*, visto que, para haver imparcialidade, o juiz não pode haver se comprometido (ainda que inconscientemente) com a tese acusatória em momento anterior ao sentenciamento.⁵¹ Somada à separação formal concretizada na prática (pela não usurpação de funções acusatórias pelo juiz), resta imprescindível uma distinção institucional efetiva entre magistratura e Ministério Público, pois, diante de sua similaridade como órgãos estatais, ressalta-se o risco de uma união inconsciente (ou até consciente) de discursos.⁵²

dem com o papel das partes, o que supõe que o juiz não pode trazer fatos ao processo e que não pode praticar meios de prova distintos dos oferecidos pelas partes. Especialmente no processo penal, em que se parte da chamada presunção de inocência, de modo que a prova dos fatos imputados corresponde à acusação que fez sua afirmação, se o juiz pudesse propor provas de ofício estaria assumindo o papel que corresponde à parte acusadora.” (MONTERO AROCA, Juan. **Proceso penal y libertad**, cit., p. 242) (tradução livre).

⁵⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**, cit., p. 15-45.

⁵¹ “O processo penal, pois, não deve traduzir mera cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas, incluindo-se nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário. Ao revés, somente o processo que se caracteriza *ab initio* pela incerteza e que reclama a produção da certeza como meta, porém em seus próprios termos, isto é, em harmonia com os preceitos que assegurem a dignidade da pessoa, estrá de acordo com o ideal preconizado pela categoria jurídica do «devido processo legal».” (PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**, cit., p. 17).

⁵² Atestando a disfunção causada pela união funcional entre julgador e acusador, Bernd Schünemann aponta a falácia da crença na acusatoriedade da audiência de instrução e julgamento, em um cenário de vinculação prévia com a tese acusatória e com as hipóteses da investigação preliminar: “Muitas das conclusões sugerem que a

Assim, almeja-se diagnosticar o comum relacionamento social e funcional entre o acusador e julgador, o que, em regra, sedimenta grave obstaculização ao efetivo controle judicial da acusação.⁵³ Cita-se, por exemplo, o caso italiano, em que promotores e juízes integram conjuntamente a instituição da magistratura, podendo intercambiar entre tais cargos durante sua carreira sem maiores restrições,⁵⁴ o que, por certo, influencia diretamente em seu relacionamento e sua percepção do processo penal. Nota-se, portanto, que a análise empreendida quanto à gestão da prova como responsabilidade exclusiva das partes tem como objetivo afastar o juiz “psicologicamente de qualquer interesse acusatório”, o que, somado às considerações agora tecidas, almeja “impedir não apenas que o julgador vista a *persona* do acusador de maneira aberta, mas restringir (na medida do possível) uma espécie de *acordo psicológico com a acusação*”.⁵⁵ Como aponta Alberto Bovino, “o princípio acusatório não seria suficiente para separar os papéis persecutórios e decisórios salvo se for assegurada uma efetiva separação entre Ministério Público e poder judicial”.⁵⁶

proclamação da StPO no sentido de que a audiência de instrução e julgamento seria o centro decisório em muitos casos tem apenas função ideológica, uma vez que o juiz, de modo geral, mesmo inconsciente, não faz mais do que chancelar, numa dispendiosa encenação, as conclusões já adiantadas pelo promotor.” (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal?, cit., p. 219).

⁵³ “O jogo que o juiz e o promotor encenam na dosimetria da pena, segundo o qual o juiz em regra sentença a uma pena mais leve que a requerida pelo promotor, se reproduz, ao que parece, na audiência como um todo, na qual a atividade inquisitorial do juiz segue as pegadas da denúncia formulada pelo promotor, de modo que o promotor, segundo as regras dessa encenação, apesar de sua posição juridicamente débil, assume, faticamente, o papel de guia.” (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal?, cit., p. 217).

⁵⁴ PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, p. 429-466, 2004. p. 446-447.

⁵⁵ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**, cit., p. 71.

⁵⁶ BOVINO, Alberto. **Principios politicos del procedimiento penal**, cit., p. 37 (tradução livre).

Nesse sentido, a aceitação da ficção de imparcialidade do órgão ministerial acarreta consequências violadoras ao direito de defesa, visto que autoriza uma indevida crença na legitimidade e na licitude preconcebida dos atos do acusador,⁵⁷ o que caracteriza quase uma presunção judicial de veracidade das suas alegações.⁵⁸ Assim, esclarece Montero Aroca que “deixando de lado a *contraditio in terminis* que implica qualificar uma parte de imparcial, ocorre que nem por razões que fundamentam a essência de sua função pode se caracterizar o Ministério Público de ‘parte imparcial’”.⁵⁹

Acerca desse cenário, Bernd Schünemann realizou instigante pesquisa empírica com juízes e promotores alemães, buscando verificar a influência do acesso ao inquérito policial e da decisão acusatória do órgão ministerial.⁶⁰ Conforme o autor, há cristalina identificação entre

⁵⁷ “A crença na regularidade dos atos do poder, sobretudo do poder punitivo (*potestas puniendi*), define postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise através da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional. O reflexo concreto é violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas autoritárias.” (CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 87).

⁵⁸ “A percepção dos atos do acusador como atos supostamente neutrais diminui as possibilidades de que o tribunal cumpra com suas funções de controlar estritamente a legalidade e, também, de proteger os direitos fundamentais do acusado. Quanto maior objetividade se atribua à tarefa persecutória, menor será a importância que se outorgará ao dever de controlar a legalidade dos atos do acusador.” (BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**, cit., p. 40) (tradução livre).

⁵⁹ MONTERO AROCA, Juan. **Proceso penal y libertad**, cit., p. 122 (tradução livre). E o autor esclarece: “Em um processo não podem existir dois elementos subjetivos, isso é, não duas pessoas mas dois sujeitos processuais, que sejam imparciais, pois isso conduziria ao absurdo de que, diante da parte parcial que é o acusado, não houvesse outra parte, evidentemente também parcial, mas dois órgãos imparciais.” (Id., *Ibidem*) (tradução livre).

⁶⁰ Sobre o desenho da pesquisa e a metodologia empregada, ver: SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filo-**

o posicionamento do julgador e aquele do acusador, especialmente em casos mais complexos, de modo que o juiz é diretamente influenciado por decisões anteriores do promotor, as quais, em verdade, ele deveria controlar: “[...] os juízes na audiência de instrução e julgamento simplesmente confiam em que o promotor já examinara os resultados da investigação preliminar e os considera suficientes para provar a culpa do acusado”.⁶¹ Trata-se do efeito *aliança*, um dos mecanismos descritos por Schünemann como corretores de dissonância cognitiva.⁶²

Ademais, tal posicionamento restringe a possibilidade de convencimento do julgador pela tese defensiva,⁶³ visto que a contraposição às alegações supostamente percebidas como imparciais de um funcionário público acusador torna-se representante de um interesse inválido e ilegítimo, “uma atitude que inevitavelmente obstaculiza o processo de reconstrução da verdade organizado a partir da única perspectiva considerada legítima: a da autoridade estatal”.⁶⁴ Nesse sentido também atesta Schünemann, ao apontar o pensamento comum

sofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 209-211.

⁶¹ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 213.

⁶² “Segundo a teoria da dissonância cognitiva, formulada por Festinger, na versão de Irlle, toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância.” (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal?, cit., p. 208).

⁶³ “Conceber o Ministério Público como parte imparcial significa inviabilizar a dialética de partes, ou, ao menos, tornar a contraposição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal. No processo acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público dever ser uma parte verdadeira, isto é, uma parte parcial.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 195).

⁶⁴ BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**, cit., p. 38.

entre juízes de que o sobrecarregamento da justiça criminal se dá em razão do “comportamento obstrutivo dos advogados”, de modo que o julgador “vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação”.⁶⁵

Aqui também mostra-se central o debate acerca da estruturação física das salas de audiência e de sessões, as quais, em regra, atestam forte inclinação a incitar uma suposta superioridade do representante ministerial sobre a defesa.⁶⁶ Ao ocupar posição de destaque, normalmente à direita do julgador, em nível superior aos demais atores do campo jurídico-penal,⁶⁷ reforça-se o mito da imparcialidade do Ministério Público e a propensão de certos julgadores a sobrevalorizar seu posicionamento acusatório, além de instigar questionamentos sobre uma “promiscuidade funcional”.⁶⁸

Ou seja, mais uma vez resta cristalina a insuficiência de uma mera separação formal entre acusador e julgador, normativamente prevista,

⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal?, cit., p. 217.

⁶⁶ “A imparcialidade também deve ser revelada através da forma de tratamento dispensada às partes, visto que se relaciona com outro princípio, o contraditório. No Brasil, a posição física do Ministério Público nas salas de audiência e nos tribunais revela que há certa preponderância deste sobre a defesa.” (THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**, cit., p. 260).

⁶⁷ KARAM, Maria Lúcia. O Direito à Defesa e a Paridade de Armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 403-404.

⁶⁸ “A disposição cênica das salas de audiências ou de sessões é uma forma de comunicação, que é recebida, consciente e, por vezes, inconscientemente, pelas partes, pelo juiz e pelo conjunto da sociedade. A proximidade física de uma das partes com o juiz, ambos presentando o Estado, gera a impressão de promiscuidade funcional, de contaminação da imparcialidade, o que, não raro, se confirma por conversas ao pé-de-ouvido (os famosos “embargos auriculares”) entre o acusador e o juiz. E essa impressão, que acaba se tornando realidade, não se limita ao imaginário popular.” (CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. Redefinição cênica das salas de audiências e de sessões nos tribunais. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 19, p. 123-129, jul./set. 2005. p. 124).

mas distante da realidade prática do campo jurídico-penal brasileiro, seja pela possibilidade de atuação subsidiária do juiz na gestão probatória ou pela ligação institucional entre os órgãos Judiciário e ministerial, que inviabiliza a defesa ao assumir precocemente como legítimas e verdadeiras as alegações e atuações do promotor – ou, para Alberto Bovino, um “compromisso antecipado com a hipótese acusatória”.⁶⁹ Impõe-se, portanto, a adoção de uma postura reativa e controladora dos direitos fundamentais pelo julgador, assumindo-se o caráter interessado da atividade estatal de persecução penal,⁷⁰ ou seja, uma atitude de desconfiança com a tese acusatória que possibilitará a percepção do processo como questionamento de versões contrapostas.⁷¹

Em seguida (3), além do afastamento do julgador da gestão probatória e a sua efetiva separação funcional da acusação, para a concretização da essência da acusatoriedade aqui proposta mostra-se fundamental o *fortalecimento da ampla defesa e do contraditório*.⁷² A partir do desvelamento

⁶⁹ “A noção-ficção de persecução penal pública neutra, expressão clara do autoritarismo inquisitivo, constitui um dos elementos que estruturam uma racionalidade do procedimento penal que resiste, limita e restringe a atividade expressiva dos direitos e interesses do imputado sem justificação racional alguma – além da influência ainda subsistente da cultura inquisitiva –.” (BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**, cit., p. 40) (tradução livre).

⁷⁰ BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**, cit., p. 41.

⁷¹ BRADLEY, Craig M.. The Convergence of the Continental and the Common Law Model of Criminal Procedure. **Criminal Law Forum**, vol. 7, n. 2, p. 471-484, 1996. p. 473.

⁷² Sobre os contornos da ampla defesa e do contraditório, ver: GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112-157. Em sentido diverso, apontando que o direito de defesa não é essencial ao sistema acusatório, visto que poderia ser exercido em um grau aceitável ainda que em um sistema inquisitório, já que o oferecimento da acusação por órgão idêntico ao julgador não impede, por si só, a possibilidade de apresentação de tese defensiva: BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**, cit., p. 41. Entretanto, tal afirmação carece de precisão ao passo que, como exposto, a aderência à acusação em momento anterior à sentença (cenário característico do caso de não distinção entre acusador e julgador)

de que prova é somente aquilo produzido em contraditório,⁷³ percebe-se que, para haver imparcialidade, o juiz precisa decidir a partir do lastro probatório produzido pelas partes em contraditório e com o exercício efetivo da ampla defesa,⁷⁴ ou seja, deve julgar com base na contraposição das teses acusatória e defensiva, sempre questionadas pela parte adversa.⁷⁵ Nesse sentido, Giulio Illuminati centraliza sua argumentação na primordialidade do contraditório, pois, conforme o autor, “assumimos como caráter essencial distintivo do modelo teórico do sistema acusatório, o princípio segundo o qual a prova se obtém com o enfrentamento contraditório (*contraddittorio*) entre as partes, diante do julgador”.⁷⁶ Resta cristalino que, em um cenário de violação a tais direitos, o não questionamento das afirmações incriminatórias acaba por corromper a imparcialidade do julgador, promovendo sua aderência à acusação sem maiores fragilizações das teses levantas, visto que

viola a imparcialidade e inviabiliza a contraposição efetiva da tese incriminadora.

⁷³ Conforme Pizzi e Montagna, a principal mudança implementada pelo Código de Processo Penal italiano de 1988 foi o assentamento da premissa de que prova é somente aquilo que pode ser questionado pela defesa, ou seja, produzido em contraditório e, assim, testado durante o processo (PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. *The battle to establish an adversarial trial system in Italy*, cit., p. 437).

⁷⁴ “No processo penal, a defesa deve ser a mais ampla possível. É a mais ampla participação do réu, se opondo e resistindo à acusação, que confronta o que é alegado pelo Ministério Público (ou eventualmente pelo ofendido) e que assim realiza o contraditório. Permitindo que apareçam os ‘dois lados da moeda’, a ampla defesa é indispensável também para que o juiz possa decidir de forma efetivamente imparcial.” (KARAM, Maria Lúcia. *O Direito à Defesa e a Paridade de Armas*, cit., p. 401).

⁷⁵ “Com efeito, a definição do *nulla poene sine iudicio* requisita que se compreenda a função (re)cognitiva do processo, assumido como condição para fundamentar a obrigatoriedade da decisão que seja adotada, de modo a cobrar que esteja estruturado e seja capaz de se construir em terreno jurídico de verificação e refutação das teses antagônicas deduzidas pela acusação e pela defesa.” (PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**, cit., p. 19).

⁷⁶ ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia*. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 138 (tradução livre).

inexistente a descrição impugnativa dos fatos.⁷⁷ Além disso, na esteira do exposto anteriormente, importante perceber que contraditório efetivo é somente aquele que se dá em “espaço de diálogo em que o juiz não se inclui entre os protagonistas”.⁷⁸

Por certo um dos pontos de maior tensão na proteção da ampla defesa e do contraditório é o cenário de representação de acusados sem condições financeiras de arcar com a defesa técnica. Assim, para a estruturação de um processo penal democrático, peça indissociável é a instituição da Defensoria Pública, a qual precisa ser adequadamente aparelhada e constituída de pessoal tecnicamente formado para que se possibilite a assistência apropriada.⁷⁹

Por fim (4), diante da premissa de que somente pode se considerar prova (e, assim, caracterizar-se como fundamento legítimo da decisão) aquilo que for produzido em contraditório durante o processo, impõe-se, como consequência lógica, a *vedação de valoração dos atos de investigação*

⁷⁷ “Para que o juiz possa decidir com imparcialidade, confrontando, comparando o que cada lado alega, as oportunidades de se manifestar, de produzir provas, de expor argumentos têm de ser equivalentes para os dois lados.” (KARAM, Maria Lúcia. O Direito à Defesa e a Paridade de Armas, cit., p. 401).

⁷⁸ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**, cit., p. 72. Nesse sentido, afirma Antonio Melchior: “Há, por exemplo, uma relação intrínseca entre o fortalecimento do contraditório e a concretização de um julgador afastado do debate, em garantia de sua imparcialidade. Para um processo penal democrático, assegurar um contraditório efetivo é essencial, pois estabelece o espaço de diálogo e, conseqüentemente, o lugar do juiz, concebido como garantidor das regras do jogo” (MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz e a Prova**, cit., p. 143-144).

⁷⁹ Ferrajoli chega a propor a criação de um Ministério Público da Defesa, para acompanhar o processo juntamente com o advogado constituído: “A segunda condição concerne à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma igual equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um defensor público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014. p. 537).

preliminar.⁸⁰ Resta cristalino que a contaminação da sentença por atos produzidos no inquérito viola o direito de defesa e inviabiliza o contraditório,⁸¹ portanto, para haver imparcialidade, o juiz não pode haver se comprometido (ainda que inconscientemente) com a tese acusatória produzida na investigação preliminar.⁸² Por certo, esse é um dos principais problemas dos denominados sistemas mistos, em que existem duas fases (uma investigação preliminar inquisitiva e um juízo oral acusatório), visto que a permanência dos atos praticados inquisitivamente contamina todo o processo,⁸³ tornando a segunda fase uma mera ratificação daquilo anteriormente produzido,⁸⁴ uma encenação guiada por um terceiro manipulado reprodutor de uma

⁸⁰ “À margem de quais sejam as especificidades técnicas adotadas em cada legislação processual concreta, o elemento para medir se um processo é inquisitivo ou acusatório poderia estar em síntese representado pelo maior ou menor peso que tenham as provas praticadas fora do juízo oral e sem contraditório, conforme a fundamentação da sentença.” (ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia*, cit., p. 141) (tradução livre). Entretanto, pensa-se que a separação entre as fases e a vedação da utilização de atos da investigação preliminar na sentença são decorrências da separação entre acusar e julgar, ao passo que, se o julgador decidir com base em atos da investigação (momento em que o contraditório é limitado e a condução da investigação é determinada por aquele que decidirá seu resultado – representando do MP, que oferecerá a denúncia ou pedirá o arquivamento), estará rompendo com a distinção das funções.

⁸¹ “Se a valoração das provas vem já determinada pela atuação realizada na fase de investigação de modo unilateral e sem plenitude de oportunidades de defesa ao acusado, o sistema carece de igualdade de oportunidades de defesa e também da garantia da imparcialidade.” (BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio versus inquisitivo*, cit., p. 22) (tradução livre).

⁸² “Caso o julgador pudesse tomar conhecimento do caso, de maneira independente da dialética das partes processuais no julgamento, ele tenderia a concordar com a parte cuja versão dos fatos coincide com o seu próprio convencimento pessoal – sendo, por conseguinte, considerado suspeito para decidir qual delas emergiu vitoriosa do duelo argumentativo.” (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19).

⁸³ “Como em todos os sistemas de tipo misto, a investigação preliminar desempenha um papel fundamental no processo, condicionando o seu resultado final.” (ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia*, cit., p. 147) (tradução livre).

⁸⁴ BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio versus inquisitivo*, cit., p. 36.

“doença perpétua”.⁸⁵

Assim, percebe-se que o simulacro de contraditório na segunda fase do sistema misto ou o confronto posterior de ato produzido na investigação preliminar⁸⁶ não dão conta de concretizar o essencial questionamento efetivo da acusação, o que acaba por corromper a imparcialidade do julgador ao obstaculizar a expressão da defesa, violando a essência da acusatoriedade por acarretar a aderência precoce do juiz à tese incriminatória. E nesse sentido se pautou a reforma processual italiana, que, a partir do Código de Processo Penal de 1988 e de reformas posteriores consolidadoras, determinou que somente aquilo produzido em contraditório durante o juízo oral pode ser considerado prova e, assim, elemento legítimo para embasar a sentença.⁸⁷

A problemática da permanência de atos investigatórios na formação da decisão se mostra agravada no ordenamento processual penal brasileiro, em que vige o critério da prevenção para determinação da competência.⁸⁸ Conforme tal regramento, o que deveria afastar a

⁸⁵ “Essa assimetria em desfavor do acusado persiste ao longo de todo o processo, «como um doença perpétua». A razão para tal reside no já descrito papel processual que incumbe ao juiz alemão, que conduz a produção de provas a partir da base e da rota de marcha que lhes são dadas pelos autos da investigação preliminar, a respeito dos quais, ademais, ele próprio, por ocasião do recebimento da denúncia e abertura do processo (§ 203 StPO), já se manifestara no sentido de sua idoneidade para fundamentar uma alta probabilidade de condenação.” (SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento, cit., p. 231).

⁸⁶ “Entretanto, não é suficiente que ambas partes sejam escutadas, pois se o contraditório versa sobre material probatória já obtido na fase de investigação preliminar, sua função se limitará a criticar os resultados obtidos em outra fase, e isso não resulta idôneo para incidir realmente na reconstrução dos fatos relevantes.” (ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia, cit., p. 151) (tradução livre).

⁸⁷ PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy, cit., p. 434-435.

⁸⁸ A determinação da competência pelo critério da prevenção acarreta que aquele juiz que tenha praticado algum ato decisório na etapa pré-processual se torne competente para julgar o mérito do processo posteriormente. Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, cit., p. 479.

competência do julgador (contato prévio com a investigação preliminar), na verdade acaba por determiná-la, o que tem sido constantemente reprimido por tribunais internacionais, em prol da fundamental imparcialidade decisória.⁸⁹ No intento de sanar tal aporia, torna-se primordial introduzir a figura do juiz de garantias, ator processual cuja atribuição é decidir questões da fase pré-processual, visando especialmente a resguardar os direitos fundamentais do acusado.⁹⁰ Assim, outro julgador seria responsável pela decisão durante o processo, o que reduziria o comprometimento de sua imparcialidade em razão do menor contato com os atos investigatórios.⁹¹ Além de adotada em diversos ordenamentos estrangeiros,⁹² tal proposta está incluída no projeto de reforma integral do Código de Processo Penal brasileiro (PLS 156/09), a qual aponta como sua responsabilidade o “controle da legalidade da investigação” e a “salvaguarda dos direitos individuais”.

Ademais, em um cenário doutrinário que varia entre propostas de abolição do inquérito policial⁹³ e o reconhecimento de sua crescente importância no panorama atual de primazia de provas periciais,⁹⁴ questão relevante é a necessidade de exclusão física dos autos do inquérito, ou seja, sua separação dos autos do processo principal,⁹⁵ visto que na

⁸⁹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção**: da competência ao juiz das garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 142-157.

⁹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: signo de um processo penal democrático. **Boletim IBRASPP**, São Paulo, ano 01, n. 01, p. 08-09, 2011/02. p. 08.

⁹¹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção**, cit., p. 221-226; LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261-266.

⁹² PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy, cit., p. 436.

⁹³ COUTINHO, Jacinto Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, cit., p. 41.

⁹⁴ BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio *versus* inquisitivo, cit., p. 38-39.

⁹⁵ “O princípio de separação entre as distintas fases do processo tem uma expressão visível na mencionada separação dos expedientes (*fascicoli*) processuais. Os autos que contêm os atos da investigação não são repassados ao juiz e ficam à disposição somente das partes (*fascicolo del pubblico ministero*) para que possam preparar a fase contraditória”

prática jurídica brasileira costuma-se anexar tais documentos logo após a denúncia oferecida pelo acusador.⁹⁶ Tal proposta se mostra fundamental e imposterável diante dos resultados da já referida pesquisa empírica realizada por Bernd Schünemann com juízes e promotores alemães, onde se concluiu que, em razão do efeitos de perseverança ou de inércia, a fase processual torna-se um simulacro de mera repetição daquilo já produzido na investigação preliminar,⁹⁷ a qual contamina o julgador em momento inicial do juízo oral e determina sua postura em busca da confirmação de tal decisão previamente determinada.⁹⁸ A partir da apresentação de idêntico caso penal hipotético, em que parte dos julgadores possuíam acesso aos autos da investigação preliminar e outros não, computou-se que todos os dezessete juízes que leram o inquérito

ria do juízo oral.” (ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia, cit., p. 153) (tradução livre).

⁹⁶ “Em síntese, a regra geral é que os atos da investigação preliminar sejam, como tais, considerados meros atos de investigação, com uma limitada eficácia probatória, pois a produção da prova deve estar reservada para a fase processual. É a função endoprocédimental dos atos do inquérito, no sentido de que sua eficácia é interna à fase, para fundamentar as decisões interlocutórias tomadas no seu curso. Para evitar a contaminação, o ideal é adotar o sistema de eliminação do processo dos atos de investigação, excetuando-se as provas técnicas e as irrepetíveis, produzidas no respectivo incidente probatório.” (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**, cit., p. 333).

⁹⁷ “O processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais.” (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal?, cit., p. 221).

⁹⁸ “Esse quadro produz um efeito por mim já denunciado há anos – e que portanto não repetirei nessa sede –, já confirmado por pesquisas sócio-psicológicas, e que pode ser designado como efeito de perseverança ou de inércia, em razão do qual o juiz analisa o resultado da produção de provas na audiência de instrução e julgamento não mais de forma neutra, mas na direção das hipóteses da acusação, de uma forma, portanto, desfigurada e assimétrica.” (SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento, cit., p. 231).

policial acabaram por condenar o acusado, enquanto aqueles dezoito que não o fizeram findaram em oito condenações e dez absolvições.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, afirma-se que o conceito de “sistema acusatório” no processo penal contemporâneo carece de precisão de significado, visando a efetivar sua carga crítica ao campo jurídico-penal. Ou seja, somente a partir da limitação de sentido, pode-se evitar o esvaziamento da categoria e consolidar sua pertinência ao debate doutrinário atual.

Assim, asseverou-se que a essência da acusatoriedade é a separação das funções de acusar, julgar e defender a atores distintos no cenário processual penal, e, assim, tem como escopo fundamental a efetivação da imparcialidade do juiz. Contudo, tal visão estática pressupõe o respeito a suas decorrências fundamentais, ou seja, a restrição ao significado impõe outras consequências para sua concretização prática, as quais foram assim definidas: 1) a iniciativa da acusação e a sua manutenção durante o desenvolvimento do processo, em especial a gestão da prova, sob responsabilidade das partes e a consequente postura reativa do julgador; 2) a separação institucional efetiva entre julgador e acusador; 3) o fortalecimento da ampla defesa e do contraditório (especialmente das Defensorias Públicas); e 4) vedação de valoração dos atos de investigação preliminar, especialmente a partir da figura do juiz de garantias.

Portanto, resta evidente que de nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício das funções de julgar e acusar se: 1) na prática, aquele usurpa das atribuições deste explicitamente (iniciando processos de ofício, produzindo provas, decretando prisões cautelares sem pedido, etc.); 2) houver uma relação (consciente ou inconsciente) entre tais atores de modo a acarretar uma união psíquica de atuação; 3) inexistir uma real possibilidade de exercício da defesa e do contraditório; e/ou, 4) macular-se o (pretenso) contraditório com a utilização de atos investigativos para fundamentar a condenação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMENTA DEU, Teresa. **Principio acusatorio y derecho penal**. Barcelona: J.M. Bosch, 1995.

_____. **Lecciones de Derecho procesal penal**. 6ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ASENCIO MELLADO, José María. **Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal**. Madrid: Trivium, 1991.

BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BLOCK, Michael K.; PARKER, Jeffery S.; VYBORNA, Olga; DUSEK, Libor. An experimental comparison of adversarial *versus* inquisitorial procedural regimes. **American Law and Economics Review**, v. 2, n. 1, p. 170-194, 2000.

BOVINO, Alberto. **Principios politicos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRADLEY, Craig M.. The Convergence of the Continental and the Common Law Model of Criminal Procedure. **Criminal Law Forum**, vol. 7, n. 2, p. 471-484, 1996.

CARVALHO, Luís Gustavo G. C. **Processo Penal e Constituição**. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. Redefinição cênica das salas de audiências e de sessões nos tribunais. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 19, p. 123-129, jul./set. 2005.

_____; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Vol. 1. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Miranda (coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito**

Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal.** 1ª ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora; 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: signo de um processo penal democrático. **Boletim IBRASPP**, São Paulo, ano 01, n. 01, p. 08-09, 2011/02.

_____. **O Devido Processo Penal.** Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. O Direito à Defesa e a Paridade de Armas. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia.** Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 183, p. 141-153, ano 46, jul.-set./2009.

_____. Inquisitório *versus* acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. **Boletim IBRASPP**, São Paulo, ano 3, n. 04, p. 15/17, 2013/01. p. 15-16.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção:** da competência ao juiz das garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz e a Prova:** o sintoma político do processo penal. Curitiba: Juruá, 2013.

MONTERO AROCA, Juan. **Proceso penal y libertad.** Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thompson Civitas, 2008.

PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. **Michigan Journal of International Law**, vol. 25, p. 429-466, 2004.

PRADO, Geraldo, **Sistema Acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos.** A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais.** Tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Locura, Derecho Penal y Dignidad Humana: *Medida de Seguridad y Violación de la Dignidad de las Personas con Trastorno Mental*

**Madness, Criminal Law and Human Dignity: Security Measure
and Violation of People who Suffer with Mental Disorder**

Viviane Monteiro Santana García¹

Resumen: El artículo presenta los resultados de investigación realizada como tesis de maestría en la cual la medida de seguridad se define como un instituto jurídico fundado en las corrientes del pensamiento positivista y determinista del siglo XIX, las cuales están muy lejos de los parámetros modernos de respeto a los derechos humanos y a los principios garantistas del Estado de Derecho. El Derecho Penal, a través de las medidas de seguridad, se convierte en una forma más de perpetuar los instrumentos más arcaicos de dominación y desigualdad en el trato de estas personas, potencializando, además, la vulnerabilidad que ya sufren por su trastorno mental. Estos individuos han sido distanciados indebidamente del convivio social, algo reconocidamente imprescindible para el desarrollo integral de la persona humana. Este instituto jurídico

¹ Graduada en Derecho, Universidad Federal de Bahía, 2000. Docente de Derecho Penal, Derechos Humanos y Criminología en Salvador, capital del estado de Bahía, Brasil y en Quito, Ecuador desde el 2001. Miembro del Consejo Penitenciario del Estado de Bahía, entre los años de 2003-2007. Consultora pedagógica del Programa de Capacitación y Educación en Derechos Humanos del Ministerio Público del Estado de Bahía entre los años de 2009 y 2010. Magíster en Derechos Humanos y Democracia en América Latina, mención Mecanismos Internacionales de Protección, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador (UASB). Profesora invitada de la disciplina Globalización y Derechos Humanos, Especialización en Derechos Humanos, UASB. Docente Investigadora de Derecho Penal y Derechos Humanos del Instituto de Altos Estudios Nacionales – IAEN, Ecuador. Doctoranda en Criminología por la Universidad de Granada, España.

ignora los principios básicos del reconocimiento y del respeto a la dignidad humana, consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. Aún se aguarda el impacto de la Ley n. 10.216 del 2001, hecho que genera en el ordenamiento brasileño una paradoja entre los que cometen delitos –que son culpables - y tienen derechos garantías penales y constitucionales y los – no culpables - que tienen la segregación por tiempo indefinido como destino.

Palabras clave: Medida de Seguridad – Locura – Estado de Derecho – Dignidad Humana

Abstract: The article presents the results from de investigation for master degree in which the security measure is understood as a legal institute founded in the positivist and deterministic thought of the nineteenth century, which are very far from the modern standards of respect for human rights and the protection based in the rule of law principles. The Criminal Law, through the security measures, becomes one more way to perpetuate the more archaic instruments of domination and inequality in the treatment of these people, increasing, moreover, the vulnerability that already suffering from their mental disorder. These individuals have been distanced unduly social life relations, something admittedly essential for the integral development of the person. In effect, the security measure ignores the more basic principles of recognition and respect for human dignity, recognized for the international instruments of human rights protection. Citizen still wait for the impact of the Law n. 10,216 of the 2001, a fact that generates in brazilian law a paradox between those who commit crimes - which are guilty - and have criminal rights and constitutional guarantees, and the not guilty people that have segregation for an indefinite period of time as their destiny.

Keywords: Security measure - Madness - Rule of Law - Human Dignity.

Sumario: Introducción; Locura y Control Social; La medida de Seguridad; Derecho Penal, Medida de Seguridad y Control Social; La dignidad Humana; Conclusiones: Bibliografía.

Introducción

Este artículo tiene como objetivo analizar la forma en la que la medida de seguridad por tiempo indeterminado vigente en Brasil actúa como un instrumento de violación de la dignidad de los enfermos mentales que cometieron crímenes. Por lo tanto, se analizarán las tensiones existentes entre la concepción —o concepciones— de la locura y la definición de la dignidad humana por un lado, y, por otro, la aplicación de la medida de seguridad en relación con el respeto a la dignidad humana de las personas con trastorno mental que cometieron crímenes.

De acuerdo con la propia Organización Mundial de la Salud (OMS), definir “trastorno mental” es una tarea difícil, “dado que no existe un diagnóstico o cuadro clínico unitario, sino un grupo de trastornos con algunos rasgos en común”.² En la actualidad existe un intenso debate acerca de las condiciones que son o deberían ser incluidas en la definición de trastorno mental, particularmente, en el momento en que un Estado debe establecer una definición en su legislación nacional, la cual dependerá de muchos factores, como por ejemplo: el propósito de la legislación y el contexto social, cultural y económico.

De esta manera, el término “trastorno mental” utilizado en esta investigación es aquel contenido en los siguientes documentos: Clasificación de Trastornos Mentales y de Conducta: Descripciones Clínicas y Guías de Diagnóstico (CID-10) (OMS, 1992), y Manual de Diagnóstico y Estadística sobre Trastornos Mentales (DSM-IV) (Asociación Estadounidense de Psiquiatría, 1994). Los cuales señalan que: “Trastorno no es un término exacto, pero se usa aquí para implicar

² Organización Mundial de la Salud, Manual de recursos para la salud mental, derechos humanos y legislación, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2006, p. 18.

la existencia de un conjunto de síntomas y conductas clínicamente reconocibles, asociado en la mayoría de los casos con el malestar y con la interferencia con el funcionamiento personal”.

Dicho esto, en el artículo se comienza analizando el tema de la locura y su control social, pasando a estudiar el enfoque teórico-dogmático de la medida de seguridad como mecanismo de control en el ámbito del derecho penal y el respeto de la dignidad humana en el ámbito constitucional. Asimismo, se procede a realizar un análisis crítico de la lógica de los fundamentos utilizados para su inserción en el sistema penal brasileño, destacando la tensión existente entre la vigencia de la medida de seguridad y la violación del principio de dignidad humana.

Por último, se realizará un examen de los fundamentos del Estado democrático de derecho brasileño y, más que esto, del contraste entre la medida de seguridad como mecanismo de control, estableciendo un debate entre las bases deterministas y discriminatorias propias del positivismo que inspira la vigencia de este instituto, y los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana, la proporcionalidad, la igualdad y la humanidad de las penas.

Locura y Control Social

La concepción de enfermedad mental ha variado inmensamente en la historia de la humanidad y la comprensión sobre el origen de la locura pasa primero por su entendimiento como fenómeno religioso, enseguida por una justificación orgánica o biológica y, en una tercera comprensión basada en un descontrol emocional del paciente. Estas etapas pro cíclicas, ponen de manifiesto un elemento relevante que merece ser destacado: la alternancia y la posterior combinación de los motivos reconocidos como causas de la locura están estrechamente relacionados e incluso son dependientes de lo que, en su momento, fue considerado como lo más adecuado para la realidad política, social y

cultural de cada época.³

De acuerdo con Foucault, “la enfermedad solamente tiene realidad y valor de enfermedad en el interior de una cultura que la reconoce como tal”.⁴ En este sentido, en el modelo religioso, la enfermedad mental tiene una causa sobrenatural, divina, benigna o maligna, aspecto que determina que un enfermo mental no tiene la obligación de responder por sus actos, no obstante este reconocimiento, no absolvió a los locos del control social, de hecho, tanto el loco que cometió crímenes, cuanto el que no lo hizo, recibían igual tratamiento en la Antigüedad clásica y en la Edad Media. En esa última, locos, pobres, delincuentes y todos los diferentes fueron tratados de la misma forma, o sea, con la exclusión y/o reclusión en la cárcel u otros lugares.

El llamado modelo orgánico igualmente tiene origen en la Antigüedad clásica con Hipócrates, pero gana visibilidad y relevancia con el positivismo y su necesidad de certeza científica. Este modelo pretende encontrar una causa física para la explicación de la locura, consecuentemente buscará su cura a través de la utilización de fármacos y medicinas. En este momento histórico los locos se encontraban confinados en las prisiones, mezclados con todos los excluidos de la sociedad. En el siglo XVII se crean los grandes hospitales y la masa de diferentes es transportada a ellos. Sin embargo, aún no existían criterios distintivos para la internación de personas en estas instituciones que recibían, tanto a los pobres y miserables como a todos los tipos de enfermos mentales. La finalidad fue, una vez más, su aislamiento buscando, consiguientemente, la purificación u homogeneización de la sociedad.

³ CHERUBINI, Karina Gomes. **Modelos históricos de compreensão da loucura. Da Antigüidade Clássica a Philippe Pinel**, año 10, No. 1.135, Teresina, Jus Navigandi, 2006, en *Jus Navigandi*, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8777>>. Fecha de consulta: 5 de octubre de 2008.

⁴ FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. São Paulo: Perspectiva, 1995. p. 503.

El surgimiento, a partir de la mitad del siglo XVII, de la definición médica de la locura, no mejoró su comprensión, sirviendo solamente como una legitimación científica de la exclusión sistemática con la que fueron tratados quienes con ella sufrían.

El modelo psicológico tiene su origen en la tragedia griega que encuentra un conflicto entre las pasiones y los instintos naturales con la voluntad del hombre por controlar su comportamiento y es retomado en la modernidad con Pinel. Él se basa en el tratamiento moral. Así, el origen de la locura estaba en las pasiones y su cura en una práctica terapéutica sin el uso de medicinas. Hay entonces una nueva visión de la psiquiatría sobre el paciente, alejándose de los patrones puramente orgánicos y científicos hasta entonces utilizados como absolutos.

Foucault observa un cambio importante en la concepción de los manicomios, ya que para el éxito del tratamiento pasan a ser considerados otros factores como las condiciones físicas de la institución y la relación afectiva entre el médico y el enfermo mental: “Abandonada la finalidad de pura exclusión y custodia, cámbiase el papel de la medicina. El equipo médico pasa a tener finalidades de sanación y terapia. Así tiene gran importancia, ya que debe quedarse el mayor tiempo posible con el paciente, interactuando con él, para buscar traer de vuelta su racionalidad”.⁵

Las propuestas de Pinel, continuadas por Esquirol, representaron en su tiempo un gran avance, pero no se puede dejar de estar de acuerdo con la postura crítica de Michael Foucault, para quien las consecuencias del modelo de Pinel son tres:

a) Se permite que la libertad del loco actúe, pero en un espacio cerrado y rígido;

b) Si hay la liberación de las consecuencias de la práctica del delito, por otro lado el loco es mirado como preso en un determinismo de

⁵ FOUCAULT, Michel. Ob. Cit., p. 503.

los mecanismos que sobre el actúan, tornándolo irresponsable. Su irresponsabilidad es algo de la competencia médica. El loco vive la inocencia del delito, en una situación de no libertad;

c) Las corrientes que impiden el ejercicio de la libre voluntad del loco son abiertas. Todavía, la voluntad de este es sustituida por la del médico.⁶

Por todo lo que se ve, podemos concluir que la concepción de lo que es enfermedad mental es históricamente variable. La conducta humana solamente puede ser vista en su contexto social y cultural en un momento histórico determinado. De la misma forma, en diferentes tiempos, los comportamientos considerados como locos, así como los que constituyen crímenes, son variables. Cada sociedad determina lo que es tolerable o no y los comportamientos que considera o no normales. Argumentando eso, Michael Foucault llega a decir que estos conceptos son tan variables –a veces hasta personales– que “una de las formas de verse la locura es comparando el otro a mí, entonces puedo ver si él es o no normal”.⁷

La constante que se puede observar en todo este proceso es, lamentablemente, la forma como son tratados quienes sufren de trastornos mentales. De hecho estamos de acuerdo con Carrara al apuntar que la locura es, en la mayoría de las veces, un lenguaje utilizado para el control social basado en la construcción de lo que es normal y lo que es anormal. Este control, como vimos, es tradicionalmente destinado a la segregación de los diferentes y, en la actualidad, no obstante los avances de la ciencia médica y la farmacología, no es diferente.⁸

⁶ *Ibid.*, p. 507.

⁷ *Ibid.*, p. 167-169.

⁸ CARRARA, Sergio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1998, citado por Rafael De Tilio, “A querela dos direitos: loucos, doentes mentais e portadores de transtornos e sofrimentos mentais”, vol. 17, No. 37, maio-agosto, Ribeirão Preto, Paidéia, 2007.

Entablando una fuerte crítica a la psiquiatría actual, Szasz, afirma que la contribución de la medicina a este control fue ejercida sin resistencia, ya que “fue creada y ha sido siempre una empresa semitotalitaria y colectivista donde el médico sirve al Estado y no al paciente”.⁹ El autor llega a comparar a los psiquiatras con los dueños de esclavos al afirmar que el perito siquiatra ejerce sobre sus víctimas la misma clase de subordinación; el hecho de clasificar a alguien como «anormal», les da al siquiatra y al Estado el derecho de intervenir y actuar contra su voluntad. De esta intervención surgen las más diversas violencias y con ellas una serie de violaciones a los derechos humanos de estos sujetos¹⁰ bajo el discurso de la seguridad pública. Una vez más citamos a Szasz:

Con efecto la psiquiatría ha aceptado la función de abrigar los indeseables de la sociedad. Este ha sido su papel desde mucho. Hace más de 150 años, el gran psiquiatra francés Philippe Pinel observó: «dos asilos públicos para los maníacos han sido mirados como lugares de confinamiento para miembros que se han vuelto peligrosos para la paz de la sociedad».¹¹

El resultado de esta actuación sistemática es la marginalización y

⁹ SZASZ, Thomas S. **A fabricação da loucura**. Río de Janeiro: Zahar, 1976, p. 256, citado por **Josel Machado Correa**, *O Direito e a Psiquiatria: aspectos legais penais civis e processuais*, en *Rede Brasil*, http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/direito_e_psiquiatria.htm. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.

¹⁰ Cabe aclarar que la noción de sujetos de derecho, es una de las más relevantes conquistas de la modernidad, según Marconi Pequeno, es la capacidad de tener derechos y obligaciones en la sociedad. Según Kant, el hombre es obligado a seguir las leyes y reconocer en el otro las mismas calidades que definen su misma humanidad. Ser sujeto de derechos, entonces, es el punto de partida para el goce de los derechos humanos y, este concepto, trae implicaciones importantes para el Estado, que tiene el deber de garantizar la dignidad de todos los seres humanos como sujetos de derechos que son. Para el individuo está el poder de exigir del Estado y de los demás el respeto a su dignidad de sujeto y el deber de actuar en sociedad del mismo modo.

¹¹ SZASZ, Thomas S. **Ideologia e doença mental**. Río de Janeiro: Zahar, 1977, p. 84. Traducción propia.

la segregación a las cuales se suma el sufrimiento mental que ya viven estas personas. El modelo organicista de comprensión de la locura, predominante en la actualidad, sigue dando herramientas aún más potentes para este control, como el uso sistemático e indiscriminado de sicofármacos. Con relación a la utilización de estos, enfatiza Carrara que en el siglo XX el tratamiento farmacológico y la hospitalización fueron vistos como la única forma de cura, en consecuencia, la medicalización y la institucionalización pasan a ser paradigmas de los mismos, incluso cuando ya existen tantas alternativas al internamiento y posibilidades multidisciplinarias de tratamiento de las personas que sufren desordenes mentales.

Actualmente, hay una diversidad de posibilidades terapéuticas. Se sabe que las enfermedades mentales no son solamente resultado de su componente biológico, sino también influyen factores psicológicos y sociales. La intervención que quiere proporcionar la verdadera salud mental debe actuar en todas estas esferas.

Desde el punto de vista jurídico es necesario resaltar que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la efectividad del derecho a la salud, no solamente a partir de un tratamiento adecuado, sino, sobre todo, actuando de modo preventivo. En este análisis no se puede olvidar que el derecho a la salud es la consecuencia lógica y natural del derecho a la vida, siendo de igual importancia en todas sus formas y que, por esta relevancia incontestable, es el Estado, sobre la base de todas normas internacionales y nacionales, y particularmente la Constitución brasileña, que cuida del tema detenidamente, desde el art. 1o., III, cuando habla de la dignidad humana; el art. 5o., “caput”, que trata de “la inviolabilidad del derecho a la vida”; el art. 6o., que pone el derecho a la salud como uno de los derechos sociales, y en los art. 194 y siguientes, al tratar sobre orden social donde define que:

La seguridad social comprende un conjunto integrado

de acciones de iniciativa de los Poderes Públicos destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, a la previdencia y la asistencia social». De esta forma, se afirma la protección a las personas a partir del reconocimiento de que poseen un derecho público subjetivo a la salud y que el Estado tiene la obligación de garantizar su efectividad. No es por otro motivo que el art. 196 empieza por definir la salud como «un derecho de todos y un deber del Estado». ¹²

Por otra parte, el Informe de la OMS sobre la Salud en el Mundo (2001), observa que, después de la primera mitad del siglo XX, hubo muchos movimientos reclamando una verdadera reforma en la atención a la salud mental. De hecho, el cambio se da pasando de la necesaria institucionalización como tratamiento patrón para la atención centrada en la comunidad. Este proceso tiene en cuenta el respeto a los derechos humanos de los que sufren de trastornos mentales y que, para esto, se deben usar las técnicas más avanzadas. ¹³

Sin embargo, el mismo informe es enfático en afirmar que este nuevo paradigma todavía no es la regla en el tratamiento de la salud mental. Sobre el diagnóstico de la situación actual, apunta lo siguiente:

El mundo está sufriendo una carga creciente de trastornos mentales, y un desfase terapéutico cada vez mayor. Hoy día, aproximadamente 450 millones de personas padecen un trastorno mental o del comportamiento,

¹² Ministério Público do Rio Grande do Sul, Responsabilidade do Estado pelo atendimento integral à saúde da pessoa humana, en *Ministério Público, Estado do Rio Grande do Sul*, en <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id99.htm>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.

¹³ Organização Mundial da Saúde. **Relatório sobre a saúde mental no mundo**. Genebra, Organização Mundial da Saúde, 2001, p. 46, en *Organização Mundial da Saúde*, en http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_djmessage_po.pdf. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2008.

pero solo una pequeña minoría recibe siquiera el tratamiento más elemental. En los países en desarrollo, a la mayoría de las personas con enfermedades psiquiátricas graves se les deja que afronten como puedan sus cargas personales, como la depresión, la demencia, la esquizofrenia y la toxicomanía. En conjunto, a muchas de ellas su enfermedad las convierte en víctimas y en objetos de estigmatización y discriminación.¹⁴

Es posible apreciar, a partir de un análisis integral de todo lo expuesto, que la exclusión de los enfermos mentales ha sido utilizada como eficiente instrumento de control social e ineficiente herramienta terapéutica. El nuevo paradigma para la atención de la salud mental apunta al tratamiento en la comunidad, el cual tiene mejor efecto que el desarrollado en una institución, sin embargo la salud mental está lejos de ser una prioridad para los Estados, lo que hace que, con raras excepciones, el viejo sistema siga actuando.

A su turno, el avance de la tecnología ha traído nuevos conocimientos que, contradictoriamente, pueden actuar tanto para la liberación de los pacientes y su inserción social como para su sometimiento total por el uso indiscriminado de medicamentos.

El resultado práctico de todo esto es la vulneración de la dignidad humana de estas personas y la reconocida violación de sus derechos más fundamentales. Siendo así, entendemos necesario un análisis más profundo del tema de la dignidad que será analizado posteriormente.

La medida de seguridad

Sobre la base de la variabilidad de la comprensión de la locura, se puede aceptar que la respuesta a ella, aunque siempre haya sido la exclusión, no se ha dado de la misma forma. De hecho, la estructura con la que se conoce la medida de seguridad es una creación que empieza a

¹⁴ *Ibid.*, p. 3.

delinearse en el cientificismo del siglo XIX, aunque la historia del control jurídico de la locura tiene precedentes mucho más antiguos como la aplicación de la custodia y no de la pena por el derecho romano.¹⁵ Marco Polo Levorin describe que, desde la antigüedad se han aplicado varias medidas preventivas extremas a los considerados locos, prostitutas, criminales habituales, homosexuales y vagos con el objetivo de excluirlos y así tratar de impedir la reincidencia, al paso que en la Edad Media el poder punitivo fue ejercido por la iglesia católica en contra de todo los disidentes, las brujas y los protestantes para lograr neutralizarlos. Con relación a las brujas, consideradas el primer enemigo, según entiende Zaffaroni, se percibe una “invención montada sobre el prejuicio acerca de los *maleficia* y de la inferioridad de la mujer, reforzando la regulación jerarquizada de la sexualidad, consolidada junto con el poder punitivo”, como advierte el autor.¹⁶

Otra peculiaridad de la edad media fue la expulsión o exilio empezaron a ser vistos como formas naturales de neutralizar el peligro representado por la diversidad de inadaptados sociales. Este instituto, fue corrientemente utilizado en esta época y retomado en el siglo XVI, cuando fue largamente practicado en la expansión marítima.¹⁷ A partir de este momento la actividad ocupacional pasa a ser parte de la concepción de la preventividad siendo aplicada a locos, menores, vagos y otros considerados como antisociales. Esta concepción, no se puede dejar de observar, fue perfectamente útil en el momento histórico de la expansión económica, se utilizó para dotar de la necesaria mano de obra fácil y barata. Así empieza una nueva opción a las tradicionales penas de muerte y de mutilación.¹⁸

¹⁵ LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da Legalidade na Medida de Segurança: determinação do limite máximo de duração da internação*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 165-167.

¹⁶ *Ibid.*, p. 1.121.

¹⁷ LEVORIN, Marco Polo. *Ob. cit.*, p. 167.

¹⁸ *Ibid.*, p. 171.

En el siglo XVIII la escuela clásica del derecho penal reclama principalmente la humanización de las penas, la proporcionalidad entre ellas y el delito, el principio de la legalidad estricta y el debido proceso. Las prisiones, que inicialmente fueron denominadas como casas de corrección, ya eran una realidad y esta escuela veía en el cumplimiento de la pena privativa de libertad, la prevención general. En otras palabras, se buscaba la intimidación que la amenaza de la pena ejerce en la sociedad y, de esta forma, la pena tendría un carácter preponderantemente retributivo.

Con el siglo XIX y la escuela positivista del derecho penal, la pena viene a ser comprendida no con el objetivo de retribuir un mal, sino de evitar que vuelva el agente a cometer otro delito. El punto de vista cambia radicalmente, puesto que antes, en el análisis del derecho penal, el hecho criminoso era el protagonista y, ahora el centro de atención, es la persona que cometió el delito. Esta concepción es fundamental para comprender la lógica de la medida de seguridad. En este momento histórico se nota la poca efectividad de la pena ante los altos niveles de reincidencia y se impone la necesidad de crear alternativas para ella.

La escuela científicista o positivista creía que todo podría ser explicado por la causalidad, incluso –y sobre todo– el delito, comprendido por las determinantes biológicas, sociales y psicológicas. La necesidad de defensa social impulsaba entonces la concepción determinista del hombre que llevó a la consideración de dos posibilidades: a) la resignificación de la pena, mantenida como única sanción penal, pasando a ser comprendida como tratamiento y no como punición y, b) el mantenimiento de la pena como retribución y la creación de otra respuesta penal paralela, de carácter preventivo, para el tratamiento de los delincuentes habituales, los reincidentes, los menores y los locos. El delito pasa a ser visto como una enfermedad social que, por lo tanto, necesita de tratamiento.

Según Eduardo Reale Ferrari “al adoptar la ideología del tratamiento, optaban por una concepción preventista, seleccionando en la defensa

social, en el determinismo, en la peligrosidad y en el utilitarismo los principios para esta categoría de respuesta sancionatoria”.¹⁹ En verdad, para los positivistas, la defensa social permitiría la segregación de los que no se adaptan a la sociedad y, en nombre de este objetivo, el control social debería ser una forma de remedio social, ejercida por el derecho penal.

El criminal es mirado como un no adaptado que no tendría opción, ya que es determinado por la sociedad y por sí mismo (psicológica y biológicamente). Si la sanción no podría basarse en la culpabilidad, puesto que está ausente el libre albedrío, habría que fundamentarse en la peligrosidad, ya que la delincuencia es una fatalidad – y no una opción– para estas personas. La peligrosidad justifica el tratamiento y pasa a ser la razón de ser de la sanción penal que tiene por fin la no reincidencia y la protección social. Según Zaffaroni en esta época el criminal y los individuos con trastorno mental que cometieron crímenes, consecuentemente, fueron vistos como «extraños» siendo concebidos como alguien “biológicamente inferior, no en razón del género como en el caso de las brujas, sino por patológico o porque se consideraba que pertenecía a una raza no suficientemente evolucionada o por ser un degenerado”.²⁰

En el siglo XX la escuela de la defensa social, comandada por Adolfo Prins, según comenta Ferrari, afirmaba que, “el fin perseguido consistía en la necesidad de protección del patrimonio y de la moral sociales, por medio de instrumentos que no fueran retributivos, destacándose entre ellos las medidas de seguridad”.²¹ La intervención del Estado entonces se fundamentaba en la peligrosidad y, el mismo autor, afirma, que la

¹⁹ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001, p. 20.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La legitimación del control de los ‘extraños’”, en Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, coord., **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**, vol. 2, Buenos Aires, Euros, p. 1.116-1.147, p. 1.128.

²¹ FERRARI, Eduardo Reale. *Ob. cit.*, p. 25.

intervención estatal debería darse inclusive sin que se haya practicado el delito. De hecho, Garófalo reconoce la insuficiencia de la pena –en su concepción clásica– para la “defensa contra los enemigos naturales de la sociedad”, justificando que, “los códigos, los procedimientos y el mismo poder judicial, parece que se han puesto de acuerdo para proteger al criminal contra la sociedad”, mientras lo que debería hacer era lo contrario.²² Para este autor en particular, se justificaba cualquier actitud en nombre de la defensa social, argumentando que “mediante una matanza en el campo de batalla la nación se defiende contra sus enemigos exteriores; mediante una ejecución capital, de sus enemigos interiores”.

En este escenario Von Liszt concibe igualmente la pena con el fin preventivo, buscando la protección de los bienes jurídicos, basado nítidamente en la teoría de la defensa social. Su discurso reproduce los parámetros positivistas y de defensa social, trayendo para la dogmática penal la propuesta de penas resocializantes para la categoría de personas a la cual llamó “incurables”, como es la exclusión social por tiempo indeterminado. En las palabras del propio autor: “La sociedad debe protegerse de los irrecurables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida”.²³ Bajo su influencia, Karl Stooss concibe el mecanismo de la medida de seguridad como una medida “curativa impuesta a los delincuentes peligrosos”.²⁴ Por él fue sistematizada la nueva sanción penal en el Proyecto de Código Penal Suizo de 1893 –que entró en vigencia en 1937– y se destinaba a los reincidentes, los alcohólicos habituales, los peligrosos y los delincuentes

²² GARÓFALO, Rafael. *La criminología*, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, Espasa, p. 7, 11, 14 y 15, 1976, citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *ob. cit.*, p. 1.129.

²³ VON LISZT, Franz V. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso, Chile, EDEVAL, 1984, p. 120, citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Ob. cit.*, p. 1.130.

²⁴ FERRARI, Eduardo Reale. *Ob. cit.*, p. 29.

juveniles.²⁵ En estos casos la medida sería aplicada siempre que la pena no fuera eficaz, actuando como un sustituto para proteger a la sociedad y dar un tratamiento al individuo.

Ferrari expone las características de esta primera versión de la medida de seguridad:

a) Se atribuye prioritariamente al juez; b) se pronuncia en forma de sentencia relativamente indeterminada, con duración condicionada a la cesación de la peligrosidad; c) se basa en la peligrosidad del criminal; d) se ejecuta en establecimientos especializados y adecuados al tratamiento del peligroso; e) se constituye en medida complementaria, algunas veces sustitutiva de la pena, ampliándose a aquellos delincuentes incorregibles para los cuales la ejecución de la pena sería ineficaz.²⁶

En Brasil la medida de seguridad es sistematizada por primera vez en 1903 (Decreto 1.132 de 1903) y determinaba que los llamados “alienados” que ofendiesen el orden público y la seguridad fueran puestos en instituciones propias.

En 1940 el Código Penal adoptó por primera vez expresamente la medida de seguridad con el sistema del “duplo binario”. Según esta concepción la medida era alguna vez sustituta de la pena y, en otra, su complemento, siendo impuesta tanto al imputable como al inimputable. Sintetizando el pensamiento vigente a la época traemos los argumentos del propio legislador, encontrados en la Exposición de Motivos del mismo Código Penal:

Es notable que las medidas solamente represivas y propiamente penales se han revelado insuficientes en la lucha contra la criminalidad, en particular en contra de sus formas habituales. Al lado de esto existe una criminalidad de los enfermos mentales peligrosos. Estos,

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, p. 30.

exentos de pena, no eran sometidos a ninguna medida de seguridad o custodia si no los casos de inmediata peligrosidad. Para corregir la anomalía, fueron instituidas, al lado de las penas, que tienen finalidad represiva e intimidante, las medidas de seguridad. Estas, aunque aplicables en regla *post delictum*, son esencialmente preventivas, destinadas a la segregación, vigilancia, reeducación y tratamiento de los individuos peligrosos, aunque moralmente irresponsables.²⁷

Más de 40 años después, la reforma de la parte general del Código Penal, en 1984, trae el actual escenario de la medida de seguridad. En la actualidad, entonces, la medida de seguridad es una sanción penal aplicada después del hecho criminoso al sujeto que no resulta culpable pero que si es considerado peligroso, como una forma de tratamiento que tiene por objetivo su resocialización y, simultáneamente, impedir la práctica de nuevos crímenes.

En base a este concepto se puede entender que los presupuestos para la aplicación de la medida de seguridad serían entonces el delito y la peligrosidad. En primer lugar es relevante aclarar que el concepto de delito es aquél que se comprende como el hecho típico, ilícito y culpable, ya que, como enseña Bittencourt:

Es indispensable que el sujeto haya practicado un ilícito típico. Así, dejará de existir ese primer requisito si hay, por ejemplo, excluyentes de criminalidad, excluyente de culpabilidad – con excepción de la inimputabilidad– o aún si no hay prueba del delito o de la autoría etc. Resumiendo: la presencia de excluyentes de criminalidad o de culpabilidad y la ausencia de prueba

²⁷ Poder Executivo, Decreto-Lei No. 2.848, de 7 de diciembre de 1940, Institui o Código Penal, Brasília DF, Diário Oficial [da] República do Brasil, 31 de diciembre de 1940.

impiden la aplicación de la medida de seguridad.²⁸

Ninguna novedad representaría esta ya tradicional concepción de delito si la misma doctrina no insistiera en que las excluyentes de culpabilidad, una vez confirmada la inimputabilidad, no se aplicarían más al sujeto. En este sentido, el presente trabajo defiende que no hay ningún motivo técnico-jurídico para excluir que los inimputables puedan actuar bajo el efecto de la coacción moral irresistible, o que obedezcan a un orden manifiestamente ilegal o, aún, que estén bajo el efecto de error de prohibición inevitable. Evidentemente, si existen algunas de las excluyentes de culpabilidad mencionadas, no es posible la aplicación de la medida de seguridad.²⁹

La peligrosidad, según cuenta la historia de la medida de seguridad, es la propia razón del nacimiento del instituto. De hecho ya fue visto en este trabajo que la insuficiencia de la actuación de la pena para el control de los “peligrosos” motiva el pensamiento en una nueva opción de sanción penal que sea más eficaz.

Volviendo a la actualidad, podría afirmarse que, existiendo un delito —el primer presupuesto—, entonces se evidencia la peligrosidad del sujeto, el segundo presupuesto, para saber si es aplicable o no la medida de seguridad. Sin embargo, lo que se averigua en el proceso es simplemente la existencia de la inimputabilidad, según manda el art. 26 del Código Penal,³⁰ ya que en Brasil en verdad la peligrosidad es una presunción

²⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 10a. ed., 2006, p. 681.

²⁹ QUEIROZ, Paulo. *Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?*, en *Paulo Queiroz*, <http://pauloqueiroz.net/penas-e-medidas-de-seguranca-se-distinguem-realmente/>. Fecha de consulta: 21 de marzo de 2009.

³⁰ “**Art. 26.-** É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. **Parágrafo único** - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental

legal para los considerados inimputables y atiende a la lógica de que una vez inimputable, necesariamente sería el sujeto peligroso. Como alerta Mirabete: “En cuanto a la aplicación de la medida de seguridad, la ley presume la peligrosidad de los inimputables, determinando la aplicación de la medida de seguridad a aquél que cometió el ilícito y se presenta en las condiciones del artículo 26. En este caso, la aplicación de la medida de seguridad es obligatoria”.³¹

Si por un lado la peligrosidad presumida es prevista para los inimputables, en la legislación brasileña la peligrosidad real es solamente aplicada a los imputables con capacidad disminuida, como correctamente considera Ney Moura Teles a los tradicional y curiosamente llamados semiimputables. En efecto el art. 98 del Código Penal prevé que estas personas, conceptuadas en el párrafo único del art. 26, como los que tienen relativa comprensión de la realidad o relativa capacidad de auto determinación, reciben pena privativa de libertad con disminución de 1 a 2/3, y no medida de seguridad. Si el juez observa necesidad de tratamiento para estas personas con capacidad disminuida, sea ambulatoria o de internación, estos pueden tener su pena sustituida por una medida de seguridad. En este caso dos peculiaridades deben ser resaltadas: a) la previsión de un tiempo mínimo (uno a tres años), que es igual para cualquier medida de seguridad y, la existencia de un tiempo máximo, ya que la tutela estatal no podrá exceder la pena *in concreto* inicialmente prevista y, b) la consideración por el juez de la peligrosidad, siendo real y no presumida, exige que haya un examen pericial que certifique la necesidad del tratamiento.

De hecho, lo único que hace el juez es definir el tipo de medida que va a ser aplicada y, aún así, la discrecionalidad es extremadamente reducida. Una vez más se tiene la exactitud matemática característica

incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

³¹ MIRABETE, Julio Frabrini. **Manual de Direito Penal**, vol. 1, São Paulo, Atlas, 22a. ed., 2005, p. 364.

del positivismo: si es cometido un delito sancionado con reclusión, necesariamente habrá internación; si es cometido un delito para el cual se prevé la detención, recién ahí el juez podrá escoger entre la internación o el tratamiento ambulatorio. El Código Penal brasileño en su art. 97, prevé: “Si el agente es inimputable, el juez determinará su internación (art. 26). Si, todavía, el hecho previsto como delito es punible con detención, podrá el juez somételo al tratamiento ambulatorial”.

Hechas estas consideraciones cabe preguntarse: ¿Qué es al final la peligrosidad? Según Ferrari se trata “del estado de lo que es peligroso, consistiendo en el conjunto de circunstancias que indican la probabilidad de alguien para practicar o volver a practicar un delito”.³² Un concepto similar ofrece Fragoso al decir que “la peligrosidad es un pronóstico, un hecho probable [...] es el estado síquico del agente como probable causa de nuevos crímenes”.³³

Es necesario resaltar que se trata de un concepto que nace en el siglo XIX, cuando se creía en el determinismo biológico y se imaginaba que la ciencia podría prever el comportamiento criminal. Ahora se afirma que no la ciencia, pero si la ley, puede presumir abstractamente que todas las personas consideradas como inimputables son peligrosas y, como consecuencia, necesitan una intervención estatal que ya no es considerada ilimitada ya que hay un límite máximo de *solamente* 30 años.

De igual forma vale recordar la extrema semejanza de la formulación actual de peligrosidad con los conceptos del derecho penal del autor, famosa formulación del derecho penal nazi. Para ellos, como resalta Muñoz Conde, “lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la ‘perversión’, ‘inclinación o tendencia al delito’ o ‘peligrosidad criminal’

³² FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001, p. 153.

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. Río de Janeiro: Forense, 13a. ed., 1991, p. 24.

que pudiera tener el autor”.³⁴

Es evidente que la noción de enfermedad mental, como sinónimo de peligro, es parte de lo que Foucault llamó “dispositivo de control-dominación de la locura”.³⁵ Este control es ejercido por todo el complejo sistema de la actuación penal, ya que la probabilidad de volver a cometer crímenes, es presumida por la ley y, es parte de la propia inimputabilidad y así fundamenta la obligatoria aplicación de la medida de seguridad. Véase el argumento de Ferrari: “a peligrosidad criminal se funda en la *base legal de que los enfermos mentales probablemente practicarán nuevos ilícitos típicos, movidos por ciertos apetitos y impulsos*, configurándose la medida de seguridad penal la modalidad sancionatoria por excelencia para tratarlos o neutralizarlos”.³⁶ Es inevitable reconocer el carácter prejuicioso de esta afirmación.

Vale decir que la peligrosidad no es criterio solamente para que los inimputables empiecen a cumplir la medida de seguridad, sino también para concluir el cumplimiento de esta sanción, puesto que estas personas necesitan de una evaluación de su peligrosidad –que ya no es presunta– la cual tendrá que afirmar que el supuesto estado peligroso terminó.

De todo lo expuesto se concluye con Delgado que en la formulación de la peligrosidad hay una previsión “casi oracular” que se cree capaz de “proyectarse en la vida futura del loco que cometió el delito”, insistiendo que este “es siempre un procedimiento de alta especialización y *sutilísima incertidumbre*”.³⁷ En verdad, en el estudio de la peligrosidad

³⁴ CONDE, Francisco Muñoz, “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, en **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**, vol. 2. Buenos Aires: Eiros, 2006, p. 345.

³⁵ FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 244.

³⁶ FERRARI, Eduardo Reale. *ob. cit.*, p. 157.

³⁷ DELGADO, Pedro Gabriel. As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992, p. 9-11, citado por Virgílio de Matos, **Crime e Psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 93.

quedan algunas preguntas incómodas: para el fin del cumplimiento de la pena ¿Por qué no se debe cuestionar si el imputable, aquel que libre y conscientemente optó por el delito, tiene alguna probabilidad de hacerlo de nuevo y, se permite que la duda –ante el hecho de que es verdaderamente imposible afirmar que no habrá reincidencia–, actúe en contra de alguien que no tuvo libre albedrío? Y, finalmente, ¿Quién –cual legislador, juez o psiquiatra– puede garantizar que una persona que cometió un delito, con trastorno mental o no, no volverá a hacerlo?

Otro punto sensible de las medidas de seguridad es el plazo de duración de estas medidas. La medida de seguridad en Brasil no tiene previsión legal de tiempo máximo de duración. Lo único que hace el Código Penal es poner un plazo mínimo ya que “como providencia judicial curativa, no tiene plazo cierto de duración, persistiendo mientras hay necesidad del tratamiento destinado a la cura o a la manutención de la salud mental de inimputable”, como explica Greco.³⁸ El fin de la peligrosidad, declarado por el psiquiatra, es la forma natural por la cual termina el cumplimiento de esta sanción.

El Supremo Tribunal Federal estableció un límite máximo para el cumplimiento de la medida de seguridad, conforme la prohibición constitucional de penas perpetuas. Esto significó que este instituto, así como las penas, tiene el plazo máximo de 30 años. Se reconoce lo importante que fue este paso, sin embargo, fue también demasiado limitado.

De hecho, se concuerda con Greco cuando dice que “conscientes de que el Estado no ofrece el mejor tratamiento para sus enfermos, debemos dejar el raciocinio teórico y, a la vez, utópico de que la medida de seguridad va, efectivamente, a ayudar el paciente en su cura”, y sigue el autor evidenciando que “el régimen de internación empeora la condición del enfermo”, alertando de que esta es la razón de la adopción

³⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 7a. ed., 2006, p. 729.

en el país, desde 2001, de la reforma psiquiátrica.³⁹ En efecto, la ley No. 10.216 de 6 de abril de 2001, reformula el modelo de asistencia a la salud mental en Brasil, reconociendo la falencia del antiguo modelo que se centraba en el hospital y en el internamiento. Para esto fueron tomadas diversas medidas, entre ellas la prohibición de la creación de nuevos manicomios públicos. De esta forma, no se puede dejar de concluir que es incomprensible que se tenga que segregar al portador de trastorno mental por hasta 30 años a la espera de un tratamiento que, ya se sabe, reconocidamente no funciona.

En lo que toca a la finalidad de las medidas de seguridad los más conservadores la medida de seguridad tendría solamente la finalidad preventiva, mientras que la pena buscaría solamente la retribución. Sin embargo, aunque a la mayoría de los autores les cueste admitir, una parte de la doctrina afirma que la medida de seguridad tiene, en la práctica de su cumplimiento, la misma naturaleza afflictiva que la pena retributiva, afectando de forma tanto o más cruel a los mismos bienes jurídicos. Si a estos argumentos se agrega el hecho de que aquel que cumple la medida de seguridad no tiene las mismas garantías que los condenados, esta situación se agrava mucho. Compartiendo esta misma mirada, De Mattos es enfático al concluir que la persona con trastorno mental que comete el delito tiene un tratamiento diferenciado no justificable en el derecho penal, al afirmar que:

Comparece ya debidamente etiquetado por la pericia siquiátrica, tiene la transformación de la pena en medida de seguridad y soporta un peso de exclusión mucho superior aquel que, no teniendo cualquier compromiso de orden mental, puede contar con determinados derechos mínimos, como, por ejemplo, se insiste: la progresión de régimen, remisión por el trabajo, libra-

³⁹ *Ibid.*, p. 730.

miento condicional, indulto, etc.⁴⁰

Es evidente que también se intenta alcanzar la prevención a través de la medida de seguridad, la cuestión es qué tipo o tipos de prevención son buscadas por este mecanismo. Se sabe que las teorías relativas que justifican el derecho penal se dividen entre las que defienden la prevención general y las que abogan por la prevención especial. La prevención general, a su turno, se divide en prevención general negativa y positiva.

En pocas líneas se puede decir que la prevención general negativa, que tiene como principal autor a Feuerbach, comprende que el derecho penal tiene como fin la prevención general de nuevos delitos por el temor psicológico de la amenaza de la sanción, que actuaría como motivador para que no se cometa el acto criminoso. La seguridad de la punición es, por lo tanto, elemento clave para que las personas opten por no delinquir. Según la doctrina, en la medida de seguridad no habría utilidad práctica en la prevención general negativa. La justificación es que las personas inimputables no tendrían capacidad, por su enfermedad, de comprender la norma y sentirse influenciados negativamente a cometer del delito por ella. Una vez más explica Ferrari que “En cuanto a la prevención general negativa, ineficaz es su función con referencia a los delincuentes enfermos, ya que no poseen capacidad de ser intimidados por la norma, ni discernimiento en cuanto a su comprensión”.⁴¹

En lo que toca a la prevención general positiva, esta apuesta en la prevención del delito por el carácter pedagógico de la sanción, que confirmaría los valores ético-sociales afirmados por la norma.⁴² El derecho penal es, entonces, funcional para la sociedad por estabilizar los

⁴⁰ DE MATOS, Virgílio, *ob. cit.*, p. 93.

⁴¹ FERRARI, Eduardo Reale, *ob. cit.*, p. 61.

⁴² QUEIROZ, Paulo. **Direito penal, introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48.

conflictos que la violación de la norma trae. El derecho viene a corregir los trastornos provocados afirmando la vigencia de la norma violada. La confiabilidad de la sociedad en el sistema jurídico debe ser recompuesta por la aplicación de la pena, siendo el delito “la expresión simbólica de la falta de fidelidad al derecho” y la sanción “una expresión simbólica opuesta”.⁴³ En este punto la doctrina resalta la relevancia para la concepción de la medida de seguridad, que sería responsable, mientras que la sanción penal, devuelve a la sociedad la estabilidad rota por el delito. La afirmación del derecho por la medida de seguridad, entonces, podría llevar la paz a la comunidad.

Finalmente, la prevención especial, también llamada individual, entiende que el fin del derecho penal no está en la sociedad pero si en el propio sujeto infractor, buscando “por medio de la pena, la neutralización del criminal, específicamente, inhibiéndole de la práctica de nuevos delitos”.⁴⁴ La actuación de la punición en el hombre criminoso busca convertirlo en alguien que esté apto para la convivencia social, esto podría ser logrado por la neutralización de sus impulsos. Para Von Litz, su principal defensor, la protección de los bienes jurídicos podría ser alcanzada por la sanción, toda vez que esta actuaría en la personalidad del sujeto evitando que él vuelva a cometer crímenes.⁴⁵ En el ámbito de la medida de seguridad el fin especial consiste en la resocialización de la persona a través de su tratamiento. La segregación que implica el tratamiento sería necesaria para la cura y esta, presupuesto del fin de la intervención. Así que para Ferrari, “el fin de la segregación de las medidas de seguridad criminales existe, pero, subsidiario al fin de la socialización”.⁴⁶ En otras palabras, el derecho penal espera resocializar al individuo que ha cometido el delito a través de su segregación.

⁴³ *Ibid.*, p. 51.

⁴⁴ *Ibid.*, p.48.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁶ FERRARI, Eduardo Reale, *ob. cit.*, p. 61.

Se percibe del estudio de las teorías de la prevención que están basadas en una noción de enfermedad mental y de tratamiento que se remonta al tiempo en que fueron formuladas, por motivos obvios. En verdad, en fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la segregación podría ser defendible en forma de tratamiento. Igualmente ¿Sería comprensible que se idealice la cura de los trastornos mentales a través de la *ciencia*?, o sería aceptable ¿Que se vea al inimputable como el «alienado», como eran llamados en esta época los que sufrían de trastornos mentales, sin importar su patología? O sea, aquel que no comprende integralmente que es cierto o errado, que no puede ser influenciado por la norma jurídica. Por último, se podría defender de forma razonable, en el inicio del siglo XX y, por lo tanto, antes del reconocimiento actual de los derechos humanos, que la supuesta necesidad de defensa social de las personas con enfermedad mental sea más relevante que su dignidad como seres humanos.

Por lo tanto, la medida de seguridad de la forma como está concebida no es compatible con las propias bases del sistema jurídico brasileño, violando las garantías constitucionales y de derechos humanos y potencializando además la vulnerabilidad que ya padece la persona que sufre trastorno mental. En segundo lugar es posible afirmar que este instituto jurídico desconoce los principios básicos de reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona humana, consagrados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en la jurisprudencia de los tribunales especializados.⁴⁷

Derecho Penal, Medida de Seguridad y Control Social

Partiendo del análisis histórico de la medida de seguridad, desde el derecho romano, pasando por la Edad Media, la Edad Moderna y las escuelas penales, hasta los días actuales, se percibe que ha nacido con dos finalidades primordiales: la cura a los delincuentes más peligrosos

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos.

de la sociedad y la defensa de esta misma sociedad, por medio de las medidas de seguridad ya que la pena no fue eficaz para hacerlo.

A su turno, en Brasil esta medida se constituyó originalmente, del mismo modo, para remediar la insuficiencia de la represión penal, específicamente destinado a una especie de criminalidad que se notó particular, o sea, el fin principal fue la protección de la sociedad frente a los crímenes cometidos por las personas con trastorno mental, llamados de “alienados”. Según se observa en la exposición de motivos del Código Penal brasileño, todavía vigente, sus finalidades fueron y son: la segregación, la vigilancia, la reeducación y el tratamiento de estas personas vistas como peligrosas.

Se ha podido observar que la medida de seguridad surge en el escenario jurídico como una sanción penal dirigida hacia la defensa social, ante el peligro que representaban los criminales vistos como incorregibles. La idea central sería la segregación como una opción terapéutica para todos los considerados como peligrosos con el fin de prevenir la comisión de nuevos delitos. De igual forma se pudo observar que la lógica de su inserción en el ejercicio del *jus puniendi* estatal es el control, a través de la segregación, o sea, de la exclusión indefinida de la convivencia social. De hecho, como ya fue visto, el propio Von Liszt reconoce que la sociedad necesita de una nueva forma de protección contra los que llamó irrecuperables, ya que no se podría decapitar, ahorcar o deportar estos individuos, siendo el derecho penal llamado a intervenir para promover el control social de los que entiende como no susceptibles de recuperación.

Por otro lado el trato dado por la sociedad a las personas que sufren trastornos mentales parte de la discriminación por sus diferencias y les lleva hasta la invisibilidad, culminando en la exclusión de los mismos. En gran medida esto pasa por el hecho de que el Estado no cumple con su obligación de proteger a estos sujetos contra la violación de sus derechos humanos por terceros, actuando preventivamente o

represivamente, ni, tampoco, es capaz de adecuar su legislación para atender a los compromisos firmados ante la comunidad internacional.

En este contexto el derecho penal, infelizmente, no escapa a la lógica descrita cuando establece lo que Zaffaroni llama: “dualidad de los tratos penales”, que ejerce un control penal diferenciado de acuerdo con la calificación del sujeto que cometió el delito: amigo o enemigo, igual o diferente, o, como prefiere el autor, “la represión penal siempre se ejerció de modo diferente, según sus destinatarios fuesen *iguales o extraños*”.⁴⁸ En estos regímenes, donde se destacan, especialmente, el nazismo, el fascismo y el estalinismo, el derecho penal establecía criterios muy variables, destinando las garantías y beneficios a los iguales y la exclusión que llegó hasta la muerte sumaria en los regímenes dictatoriales.

La existencia de la medida de seguridad refleja que el derecho penal tiene claramente dos medidas: los iguales tienen acceso a los derechos y garantías del sistema jurídico nacional e internacional,⁴⁹ mientras que los diferentes, los que tienen trastornos mentales, son vistos como peligrosos, como amenazas —no como seres humanos—, y, consecuentemente, son vistos y tratados por el derecho de la misma forma determinista de siglos atrás. Véanse las palabras de Zaffaroni:

Desde el proyecto suizo de Stooss se teoriza un Derecho Penal para *iguales* y otro para *extraños*, destinando a los primeros penas retributivas y a los segundos *medidas* que están con un pie en el penal y otro en la coerción administrativa directa, pues responden a la *peligrosidad positivista*. En definitiva, son penas sin los

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl., *ob. cit.*, p. 1.122.

⁴⁹ Vale recordar que esta afirmación de refiere a lo dispuesto en las normas jurídicas y no corresponde enteramente ni a la realidad fáctica vivida por los “iguales” o “normales” en la mayoría de los países del mundo. De hecho, existe una brecha entre las previsiones legales sobre los derechos humanos y el efectivo cumplimiento de estas normas para todos.

límites ni garantías de las penas.⁵⁰

Se debe tomar en cuenta que no hay lugar en el estado democrático de derecho para tal trato discriminatorio. Esto implicaría el forzoso reconocimiento de que el Código Penal está por encima de la Constitución y de los parámetros normativos internacionales para los derechos humanos. Lo que se observa es una ofensa a los principios constitucionales más relevantes, los cuales garantizan el respeto a la dignidad de la persona humana sin excepción, como establece el propio cuerpo legal. Los principios de la proporcionalidad y de la igualdad, fundamentales para el estado democrático de derecho, se encuentran flagrantemente vulnerados.

De igual forma es fulminado el principio de la humanidad de las penas, que prohíbe el trato cruel, inhumano y degradante, al establecer la medida de seguridad una intervención estatal con un límite máximo extremadamente dilatado (30 años), tiempo más que suficiente para afectar de forma irreversible la vida de cualquier ser humano.

En verdad, la adopción del modelo organicista como preponderante en la actualidad reafirma la causa biológica de los trastornos mentales y se convirtió en la justificación perfecta y absoluta para el tratamiento de exclusión dado a los enfermos mentales dentro del sistema penal. Se trata de verdadero ejemplo de derecho penal del enemigo, como afirma Zaffaroni, que define las medidas de seguridad como “penas sin los límites ni garantías de las penas”.⁵¹ El mismo autor explica que en la lógica de Jakobs, el creador y defensor de lo que él mismo llama el derecho penal del enemigo, según el cual, quien es calificado como enemigo no es considerado como persona, admitiendo que algunas personas son peligrosas y, por lo tanto, deben ser tratadas de forma diferente y más severa, cosificando a estos seres humanos, sacándoles

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *ob. cit.*, p. 1131.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *ob. cit.*, p. 1.131.

la condición de personas y, consecuentemente, no son asegurados por el ordenamiento jurídico, como los demás. La tendencia es un derecho penal extendido al máximo para estas consideradas como “no personas” en donde todo es permitido en nombre de la seguridad, de la prevención.

El derecho penal debería ser un sistema de garantías para todos, como entiende Ferrajoli, no siendo aceptable un doble orden jurídico que segrega y sanciona casi ilimitadamente a una persona que, reconocidamente, no es culpable por sus actos.⁵² De esta manera es posible observar que la propia idea de la medida de seguridad, de la forma como la conocemos, no es compatible con el estado democrático de derecho y sus principios fundamentales, actuando como un verdadero mecanismo paralelo de control social de los indeseables e incorregibles. Se trata de una medida realmente desproporcional, desigual e inhumana, que no se somete a las reglas máximas del Estado.

La dignidad humana

Desde la perspectiva jurídica la dignidad humana ha aparecido por primera vez en los textos de la Declaración de los Derechos del Hombre, que es del siglo XVIII. Sin embargo, fue después de la Segunda Guerra Mundial que se puso en evidencia la necesidad de resignificación de la dignidad humana y de su promoción en todo el mundo.

En efecto, el asombro causado por lo que Flavia Piovesan llamó como la “lógica de la destrucción y de la desechabilidad de la persona humana”,⁵³ fue el gran impulso para el reconocimiento de la dignidad del hombre como la comprendemos en la actualidad. Esta concepción se originó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y fue confirmada más recientemente en la Declaración de

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2001, p. 331.

⁵³ PIOVESAN, Flavia. Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos, en **Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos**, Scielo Brasil, http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es_a03v1n1.pdf. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.

Derechos Humanos de Viena, de 1993.⁵⁴ Con esto se inaugura la internacionalización de los derechos humanos con el fin de combatir que, en el mundo, se establezcan las ideas nazis y se vuelvan a repetir sus crímenes.

De hecho, el más fuerte legado dejado por el nazismo fue el de “condicionar la titularidad de los derechos, o sea, la condición de sujeto de derechos, a la pertenencia a una determinada raza –la raza pura ariana”.⁵⁵ Precisamente en contra de esta lógica de segregación que excluía a los comprendidos como no dignos del goce de los derechos, es que surge un nuevo concepto de dignidad.

Se puede llegar a la conclusión, entonces, que la afirmación y el respeto de la dignidad humana es un proceso de lucha que resiste a la ideología de la exclusión con la construcción de un nuevo parámetro axiológico. Este nuevo parámetro entonces pasó a ser aceptado por los Estados que firmaron la Declaración de 1948 y, a posteriori, fue incorporado en sus textos constitucionales.

La actual Constitución brasileña del 1988 dispone acerca de la dignidad humana en su art. 1, III, como uno de los fundamentos de la República Federativa de Brasil, como Estado democrático de derecho. El término no vuelve a ser mencionado en la Carta, hecho que es comprendido por la doctrina nacional como reconocedor del carácter multidimensional de la dignidad, ya que respeta todos los factores de la existencia humana.⁵⁶

⁵⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado, “O processo preparatório da Conferencia Mundial de Direitos Humanos, Viena, 1993”, en *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 36, No. 1, Brasília DF, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1993, p. 1-45.

⁵⁵ PIOVESAN, Flavia. *op. cit.*

⁵⁶ BOLLMANN, Desireé Dorneles de Ávila, **O Princípio da Dignidade da pessoa humana na atuação constitucional do Supremo Tribunal Federal**, en *Univali*, <http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=405>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008, p. 51.

Como fundamento de la República Federativa de Brasil, la dignidad humana tiene desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, dos naturalezas: como valor fundamental y como principio constitucional general.⁵⁷

En el primer caso significa afirmar que no se trata solamente de un principio que orienta el orden jurídico, sino también el orden político, social, económico y cultural, ya que fundamenta toda la vida nacional.⁵⁸ La dignidad humana es, entonces, fundamento del propio Estado democrático de derecho y su reflejo no se limita a los derechos fundamentales o al orden jurídico, y abarca todo lo que respecta al ser humano, actuando como elemento que expande sus efectos más allá de los límites normativos.

En este contexto, la concepción de principio constitucional ya no tiene el significado abstracto y etéreo de antes. De hecho, desde algún tiempo la doctrina entiende que los principios tienen fuerza vinculante y, consecuentemente, normativa. Esto significa que los principios obligan a todo el ordenamiento positivo y negativamente, como un sentido normativo-constitucional que lleva a la congruencia, el equilibrio y la esencialidad del sistema jurídico.⁵⁹

⁵⁷ Sobre el tema, obsérvese que la Corte Constitucional de Colombia, en su decisión T-881/2002, entiende de forma novedosa que la dignidad humana también puede ser entendida como derecho fundamental autónomo, afirmando que “el derecho a la dignidad humana, se constituye como un derecho fundamental autónomo, y cuenta con los elementos de todo derecho: un titular claramente identificado (las personas naturales), un objeto de protección más o menos limitado autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela). Se consolida entonces como verdadero derecho subjetivo”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-881/2002, en *Corte Constitucional de Colombia*, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>>. Fecha de consulta: 10 de enero de 2009.

⁵⁸ DA SILVA, José Afonso, “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio**, vol. I, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos / Unión Europea, 1998, p. 589.

⁵⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, **Conceito de princípios constitucionais: elementos**

La concepción normativa de la dignidad puede (y debe) agregar otras dimensiones que no la estrictamente individual – visión clásica. En este tema, revisando las principales decisiones del Supremo Tribunal Federal (STF), no existe una formulación general de la cual se pueda sacar un concepto o contenido esencial de lo que la justicia nacional entiende como dignidad humana. Por el contrario, este Tribunal trabaja con la definición, en cada caso concreto, de que se puede comprender por dignidad.

Más allá de la reciente teoría presentada por Luís Roberto Barroso⁶⁰, traemos la decisión T-881 de 2002 de la Corte Constitucional colombiana que sistematizó muy didácticamente lo que llama el “contenido de la expresión dignidad humana a partir de su objeto concreto de protección”. En este fallo la Corte logra afirmar lo que nombra como “sustrato natural del referente concreto de la dignidad humana”, entendiendo la autonomía individual y la integridad física y, añade algunas cuestiones respecto a las relaciones sociales de la persona, al comprender que estas son fundamentales para el desarrollo integral de la persona humana. Argumenta la Corte que “de tal forma integran un concepto normativo de dignidad humana, además de su referente natural, ciertos aspectos que permitan dotarlo de un contenido apropiado, funcional y armónico”.⁶¹

Los elementos que integran la “noción jurídica de dignidad humana” son:

teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 2a. ed., 2002, p. 249.

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. **La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-881/2002, en <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>. Fecha de consulta: 10 de enero de 2009, p. 13 y 30.

1.- *La autonomía individual*: que aborda el concepto original de dignidad ubicada con la libertad. En este punto lo ideal es que la persona tenga lo mínimo de restricciones posibles, sean ellas impuestas por el Estado o por el particular. La autodeterminación estaría protegida, debiendo también el estado propiciar el ambiente para su desarrollo.

2.- *Las condiciones materiales de existencia*: los bienes y servicios deben estar listos en la sociedad para proporcionar la inclusión social y dar a todas las personas la “posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad”.⁶²La dimensión social del individuo debe ser concretamente reconocida y promovida como imprescindible para su desarrollo como persona. Ella es el eje fundamental de la dignidad y no puede ser descuidada.

3.- *La intangibilidad de los bienes inmateriales de la persona*: se dirige a la posibilidad de que todos deben ser y estar insertos y activos en la sociedad a la que pertenecen. Sobre esto afirma la Corte que como consecuencia las “conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana”.⁶³

Se percibe así, una nítida ampliación de la idea tradicional de dignidad, al reconocer que la dimensión social del hombre es imprescindible a su vida digna. Ya no es suficiente, aunque muy relevante, que al hombre se le reconozcan solamente como individuo. El desarrollo de su personalidad y el reconocimiento de su dignidad no pueden realizarse sin el ejercicio de su dimensión social. Solamente con interacción social se le concede verdaderamente un rol de sujeto digno. No podemos seguir comprendiendo el ser humano de forma aislada y la protección jurídica debe ampliarse efectivamente para atender a la tutela de la dignidad en todas sus dimensiones.

⁶² *Ibid.*, p. 31.

⁶³ *Ibid.*

No es difícil notar que, no obstante todo el avance sobre la comprensión de la dignidad humana y todo el esfuerzo doctrinario, jurisprudencial y legal realizado para lograr que se amplíe su concepción, su impacto sobre la realidad en la que viven las personas con sufrimiento mental fue insignificante. En efecto, el prejuicio y la discriminación hacia ellos no ha disminuido, por el contrario se ha incrementado en los últimos años, como afirma José Guimón: “la discriminación contra los enfermos mentales, ha sido una constante en todas las sociedades pero se ha aumentado en estos últimos años, pese a que los tratamientos actuales son más eficaces y a que las leyes ofrecen hoy a estos pacientes una protección más adecuada”.⁶⁴

Según este autor, la explicación para este fenómeno está en la intolerancia creciente hacia los comportamientos que están fuera del parámetro social, para este hecho, la globalización de las costumbres ha contribuido mucho. En este sentido, también identifica las dificultades en el campo laboral y la forma negativa como los medios de comunicación transmiten la imagen de estas personas.

Por este motivo es tan común la internación de las personas con sufrimiento mental hasta nuestros días, incluso involuntariamente. En otras palabras, hasta hoy se sigue insistiendo con el proceso que Foucault llamó «la gran internación». Esta no fue otra cosa (y no sigue siendo), sino la materialización del modelo de neutralización propuesto por Lombroso –en el siglo XIX– sobre la base del determinismo biológico.

Hablando sobre las consecuencias de los prejuicios para los enfermos mentales, Guimón es enfático en afirmar que “colocamos a los locos los más lejos posible de nuestro entorno y si es posible a buen recaudo, en lugares apartados y ocultos a nuestra visión. *Lo importante no*

⁶⁴ GUIMÓN, José. **La discriminación de los pacientes mentales: un reto para los derechos humanos**. Bilbao: Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, No. 28, Universidad de Deusto, 2004, p. 61.

es que la locura no exista sino que no se ve".⁶⁵

La sociedad ha permitido que bajo las más diversas excusas y justificativos (la seguridad social y la autoridad de la medicina, son buenos ejemplos), se someta a las personas con trastornos mentales a los tratos más crueles. Si miramos la historia, hasta el siglo XIX, este fue precisamente el motivo que justificó prácticas como la lobotomía, el uso de cadenas, las sangrías, la terapia de inducción al vómito, el ahogamiento, la esterilización masculina y la amputación del clítoris como formas de tratamiento médico practicado sistemáticamente, solamente para mencionar algunos ejemplos.⁶⁶ Por su lado, en el siglo XX se puede recordar el trato dado a los enfermos mentales por el nazismo, exterminando a 300.000 personas en su programa público de limpieza de la raza aria –programa eugenésico–. Del otro lado del mundo, en los EUA, estas prácticas no han desaparecido con el fin de la guerra. La moderna ciencia americana, teniendo respaldo social, logró aprobar en los años 60, leyes como la esterilización compulsoria de los enfermos mentales. Así, Paul Popenoe, Harry Laughlin y Frederick Osborn “creían que la legislación eugénica liberaría al Estado del gasto de millones de dólares con enfermos que llenaban las instituciones públicas y protegería al país contra la reproducción de la masa de indeseables que ensuciaban la sangre y la moral de la nación blanca y civilizada”.⁶⁷

Volviendo al contexto actual, en el estado de derecho y con los derechos fundamentales como base de los ordenamientos jurídicos nacionales, de ninguna manera se justifica que el ejercicio de la libertad, como parte esencial de la dignidad del ser humano y derecho clave para

⁶⁵ GUIMÓN, José. Ob. *cit.*, p. 127.

⁶⁶ DE MATOS, Virgílio. **Crime e Psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 41-45.

⁶⁷ DE SOUZA, Vanderlei Sebastião. “Limites e fronteiras da eugenia no Oeste dos Estados Unidos”, p. 365, en *História, Ciências, Saúde*, vol. 14, No. 1, enero-marzo, 2007, Río de Janeiro, *SciELO*, <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v14n1/17.pdf>. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2008.

todas las personas consideradas normales, a quienes se restringe este derecho únicamente cuando se cumplen los presupuestos específicos y determinados en una ley expresa y bajo el control jurisdiccional, pierda todo este valor ante el hecho de que una persona sufra de un trastorno mental, llegando al extremo de que el aislamiento en estos casos sea plenamente justificable y aceptado.

Ante este escenario nos permitimos cuestionar con Virgílio de Matos: “¿Qué especie de diferencia permite que el portador de sufrimiento o trastorno mental pueda ser visto solamente como objeto y no como sujeto de derechos?”.⁶⁸

Si observamos toda la construcción jurídica y todas las conquistas de la sociedad civil, el tratamiento que reciben las personas con trastorno mental no es posible compatibilizar con el principio de la dignidad humana. Es necesario garantizar a estas personas la posibilidad de vivir desarrollando todas sus potencialidades y esto debe empezar por el esencial reconocimiento de su condición humana con todas las consecuencias sociales y legales que implica.

La dignidad reclama el no condicionamiento para la titularidad de los derechos, sobre todo los fundamentales. No se puede seguir teniendo personas de primera y de segunda clase, relativizando el reconocimiento de la dignidad de algunos por nuestra incapacidad de convivir con la diferencia. La pluralidad de la existencia humana y su dignidad exigen esta igualdad.

Conclusiones

De lo expuesto, es posible afirmar que es evidente que la situación a la que están sometidas las personas con trastorno mental en el cumplimiento de las medidas de seguridad no es compatible con los principios fundamentales del estado democrático de derecho y con la protección nacional e internacional de los derechos humanos. En

⁶⁸ DE MATOS, Virgílio, *ob. cit.*, p. 18.

este sentido, se puede apreciar que lamentablemente el derecho penal no ha logrado constituirse como un instrumento de cambio y, por el contrario, la vigencia de la medida de seguridad coadyuva a perpetuar las arcaicas formas de dominación y desigualdad de trato a las personas que ya sufren con trastornos mentales, mediante prácticas de control que generan invisibilidad y exclusión.

En este escenario, consideramos que la solución a la oscuridad en la que se encuentra el derecho penal, proviene de la luz del principio de la dignidad humana, desde que el concepto jurídico de dignidad no pueda desconocer la necesidad esencial del ser humano de vivir en sociedad, pues en definitiva, no existe vida digna en condiciones de aislamiento y exclusión. De esta forma, se puede afirmar que el concepto de dignidad debe expandirse para abarcar la complejidad de la existencia humana y en consecuencia, debe tomar en cuenta tres aspectos fundamentales: la autonomía del individuo, las condiciones materiales para su existencia y la inclusión social.

Así, si observamos como son ejecutadas las medidas de seguridad, podremos claramente evidenciar una contradicción ontológica, sobre todo cuando se pretende utilizar la segregación como una forma de tratamiento e inclusión de las personas con trastorno mental en la sociedad. Es indiscutible la lógica determinista que permea la concepción de este instituto, toda vez que el mismo prevé una consecuencia particularmente diferente y más gravosa para quien comete un delito sin que esté presente el elemento de culpabilidad.

Por otra parte, del estudio de la medida de seguridad se puede concluir que el plazo límite para cumplimiento muy extendido –de 1 a 30 años– no comporta un juicio de proporción con la gravedad del delito cometido. En este sentido, es fácil percibir que si la reprochabilidad no radica en la gravedad del hecho, lógicamente recae en la persona del autor y eso significa un enorme retroceso en la historia del derecho penal. Por lo tanto, se debe reconocer que las características citadas son

contrarias a las bases garantistas y democráticas en las que se funda el Estado brasileño, y violan flagrantemente el principio de la dignidad humana.

De otro lado, es importante señalar que tanto los estándares internacionales como las normas brasileras sobre salud mental caminan en una dirección diametralmente opuesta al “tratamiento” que reciben las personas que padecen trastornos mentales cuando el Estado aplica la medida de seguridad. Efectivamente, las normas brasileras de salud pública, apoyadas en la Constitución, son exhaustivas al establecer reglas que adoptan los parámetros descritos anteriormente. Sin embargo, el impacto de tales disposiciones en el ámbito jurídico penal aún se hace esperar. De esta forma, es una realidad que el ordenamiento jurídico brasileño carece de coherencia, pues paradójicamente se proclama la igualdad, la proporcionalidad y la dignidad humana y, al mismo tiempo, se generan dos derechos penales paralelos, el uno tiene acceso a garantías y derechos, mientras que el otro tiene como destino la segregación por tiempo indefinido.

Asimismo, la Ley 10.216/2001 de Reforma Psiquiátrica determina que la aplicación de las normas de atención a la salud mental vigentes para el Sistema Único de Salud sea extendida a todos, y que, en consecuencia, sean aplicadas en favor de todos los que están relegados al olvido en los hospitales de custodia y tratamiento psiquiátrico. Es urgente que se proceda, de esta forma, a la recuperación de la ciudadanía y de la dignidad de la vida de estas personas, por medio de su verdadera inclusión en la sociedad, esta vez no como objetos sino concretamente como sujetos de derechos y ciudadanos que son.

Bibliografia

BARROSO, Luis Roberto. **La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 10a. ed., 2006.

BOLLMANN, Desireé Dorneles de Ávila, **O Princípio da Dignidade da pessoa humana na atuação constitucional do Supremo Tribunal Federal**, en *Univali*, <http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=405>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.

CARRARA, Sergio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1998, citado por Rafael De Tilio, “A querela dos direitos: loucos, doentes mentais e portadores de transtornos e sofrimentos mentais”, vol. 17, No. 37, maio-agosto, Ribeirão Preto, Paidéia, 2007.

CHERUBINI, Karina Gomes. **Modelos históricos de compreensão da loucura. Da Antigüidade Clássica a Philippe Pinel**, año 10, No. 1.135, Teresina, Jus Navigandi, 2006, en *Jus Navigandi*, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8777>>. Fecha de consulta: 5 de octubre de 2008.

CONDE, Francisco Muñoz, “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, en **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**, vol. 2. Buenos Aires: Euros, 2006

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-881/2002, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>>. Fecha de consulta: 10 de enero de 2009.

DA SILVA, José Afonso, “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio**, vol. I, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos / Unión Europea, 1998.

DE MATOS, Virgílio. **Crime e Psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DE SOUZA, Vanderlei Sebastião. “Limites e fronteiras da eugenia no Oeste dos Estados Unidos”, en **História, Ciências, Saúde**, vol. 14, No. 1, enero-marzo, 2007, Río de Janeiro, *SciELO*, <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v14n1/17.pdf>>. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2008.

DELGADO, Pedro Gabriel. As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992, p. 9-11, citado por Virgílio de

Matos, **Crime e Psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 2a. ed., 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. São Paulo: Perspectiva, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 13a. ed., 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. 1**. Rio de Janeiro: Impetus, 7a. ed., 2006.

GUIMÓN, José. **La discriminación de los pacientes mentales: un reto para los derechos humanos**. Bilbao: Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, No. 28, Universidad de Deusto, 2004.

LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da Legalidade na Medida de Segurança: determinação do limite máximo de duração da internação*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

Ministério Público do Rio Grande do Sul, Responsabilidade do Estado pelo atendimento integral à saúde da pessoa humana, em *Ministério Público, Estado do Rio Grande do Sul*, em <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id99.htm>.
Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.

MIRABETE, Julio Frabrini. **Manual de Direito Penal**, vol. 1, São Paulo, Atlas, 22a. ed., 2005.

Organização Mundial da Saúde. *Relatório sobre a saúde mental no mundo*. Genebra, Organização Mundial da Saúde, 2001, p. 46, em *Organização Mundial da Saúde*, em http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_djmessage_po.pdf.
Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2008.

Organización Mundial de la Salud, Manual de recursos para la salud mental, derechos humanos y legislación, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2006.

PIOVESAN, Flavia. Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos, en **Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos**, Scielo Brasil, http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es_a03v1n1.pdf.
Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.

Poder Executivo, Decreto-Lei No. 2.848, de 7 de diciembre de 1940, Instituto o Código Penal, Brasília DF, Diário Oficial [da] República do Brasil, 31 de diciembre de 1940.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal, introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Paulo. **Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?**, em *Paulo Queiroz*, <<http://pauloqueiroz.net/penas-e-medidas-de-seguranca-se-distinguem-realmente/>>. Fecha de consulta: 21 de marzo de 2009.

SZASZ, Thomas S. **A fabricação da loucura**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 256, citado por **Josel Machado Correa**, *O Direito e a Psiquiatria: aspectos legais penais civis e processuais*, em *Rede Brasil*, <http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/direito_e_psiquiatria.htm>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Caçado, “O processo preparatório da Conferencia Mundial de Direitos Humanos, Viena, 1993”, em *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 36, No. 1, Brasília DF, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La legitimación del control de los ‘extraños’”, en Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, coord., **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**, vol. 2, Buenos Aires, Euros, 2006.

(Footnotes)

1 Art. 333 do Código Penal - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

2 Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

3 Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (...) § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

4 Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

5 Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que

devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

6 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. consultado em 5 de janeiro de 2016.

7 Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: Pena - detenção, de dois meses a dois anos. § 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa: Pena - reclusão, de um a três anos. § 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

8 Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

9 “assim definida”, segundo o inciso V, “a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior”.

Apoio



Realização



Patrocínio

