Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 27 • vol. 155 • maio / 2019

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 27 • vol. 155 • maio / 2019

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Aury Lopes Jr.

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Aury Lopes Jr.

Editores-assistentes – Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Fernanda Ravazzano, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, Marina Cerqueira, Salah H. Khaled Jr., Thayara Castelo Branco e Vinicius Gomes de Vasconcellos

Editores-executivos – Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL
Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália) – Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP) – Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia) – Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal) – Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha) – Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha) – Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP) – Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP) – Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha) – Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha) – Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha) – Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Giménez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina) – Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR) – Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha) – Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) – Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR) – Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)
Alexsandro Machado Mourão (Universidade Estadual do Ceará – Fortaleza/CE) – Antonio Carlos Tovo Loureiro (USP – São Paulo/SP) – Antonio José Franco de Souza Pêcego (PUCMG – Uberlândia/MG) – Augusto Tarradt Vilela (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Brenno Gimenes Cesca (EPM – São Paulo/SP) – Carlo Masi (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Cristina Rego de Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal) – Diogo Mariano Carvalho de Oliveira (OAB – Curitiba/PR) – Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Fernanda Prates Fraga (Université de Montreal – Canada) – Francis R. Beck (UNISINOS – São

Leopoldo/RS) – Gabriel Borges da Silva (Universidade Federal Fluminense – Rio de Janeiro/RJ) – Gabriel Huberman Tyles (FADISP – São Paulo/SP) – Gabriela Borghi Affonso (Universidade de Coimbra/ Portugal) – Gabriela Perissinotto de Almeida (USP – São Paulo/SP) – Gerson Faustino Rosa (UEM – Maringá/PR) – Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB) – Gustavo Diniz Junqueira (PUCSP – São Paulo/SP) – Gustavo Tozzi Coelho (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Israel Domingos Jorio (FDV – Vitória/ES) – Jose Eduardo Lourenço dos Santos (UNIVEM – Marília/SP) – Juliana Vital Rosendo (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP) – Juliane Sant'Ana Bento (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS) – Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN) – Leonardo Massud (PUCSP – São Paulo/SP) – Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (Faculdades da Seune – Maceió/AL) – Raquel Lima Scalcon (Uniritter – POA/RS) – Renan Barboza de Faria (USP – São Paulo/SP) – Ricardo Cícero de Carvalho Rodrigues (ESTÁCIO – Recife/PE) – Ricardo Sontag (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (Instituo Federal do Rio Grande do Norte – João Câmara/RN) – Rodrigo Camargo (ULBRA – Torres/RS) – Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ) – Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS) – Sara Carvalho Matanzaz (FUMEC/CAD – Contagem/MG) – Sebastian Borges de Albuquerque Mello (UFBA – Salvador/BA) – Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA) – Thiago Colnago Cabral (ENFAM – Belo Horizonte/MG) – Thiago Guilherme Nolasco (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Vilobaldo Cardoso Neto (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE) – Vitor de Paula Ramos (UFRGS – Porto Alegre/RS) – Vitor Gonçalves Machado (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES) – Vitor Paczek Machado (PUCRS – Porto Alegre/RS)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alamiro Velludo Salvador Netto (USP – São Paulo/SP) – Alexandra Fonseca Rodrigues (UNAMA – Belém/PA) – André Ferreira de Oliveira (Universidade de Coimbra – Portugal) – Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Frederico Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Helio Luiz Fonseca Moreira (UFPA – Belém/PA) – Ingeborg Puppe (Universidade de Bonn – Alemanha) – Janari da Silva Pedroso (UFPA – Belém/PA) – Lúcio Mauro Paz Barros (UniRitter – Porto Alegre/RS) – Maria Carolina Braz da Silva Azevêdo (Centro Universitário do Estado do Pará – Belém/PA) – Raimundo Wilson Gama Raiol (UFPA – Belém/PA) – Ricardo Araujo Dib Taxi (UFPA – Belém/PA) – Sirlene Nunes Arêdes (Faculdade Milton Campos - Nova Lima/MG) – Urs Kindhäuser (Universidade de Bonn - Alemanha)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 155 • maio / 2019

Coordenação (editor-chefe)
Aury Lopes Jr.

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 27 • vol. 155 • maio / 2019

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Aury Lopes Jr.

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Editorial

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com
e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com
Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Impresso no Brasil: [05-2019]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.03.2019]

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

Presidenta
Eleonora Rangel Nacif
1º Vice-Presidente
Bruno Shimizu
2º Vice-Presidente
Helios Alejandro Nogués Moyano
1º Secretária
Andrea D'Angelo
2º Secretário
Luís Carlos Valois
1º Tesoureiro
Gabriel Queiroz
2º Tesoureiro
Yuri Felix
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carla Silene Gomes
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Membros
Cristiano Maronna
Sérgio Salomão Shecaira
Alvino Augusto de Sá
Ela Wiecko
Geraldo Prado
Ouvidora
Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Ações Antidiscriminatórias
Thayná Yaredy
Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Atualização do Vocabulário Básico Controlado
Roberto Portugal de Biazi
Biblioteca
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Boletim
Luigi Barbieri Ferrarini
Comunicação
Roberto Tardelli
Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico
Juliana Souza Pereira
Convênios
Gustavo Brito
Cooperação Jurídica Internacional
Ilana Müller
Cursos
Clara Masiero
Cursos IBCCRIM – Coimbra
Claudia Barrilari (SP)
Direito Penal Econômico e Compliance
Priscila Beltrame
Estudos e Projetos Legislativos
Thiago Bottino
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies Santiago Santos
Iniciação Científica
André Lozano
Jornal de Ciências Criminais
Maria Carolina Amorim
Justiça e Segurança Pública
Dina Alves
Mesas de Estudos e Debates
Renato Watanabe

Monografias
Eduardo Saad Diniz
Núcleo de Pesquisas
Riccardo Cappi
Política Nacional de Drogas
Luciana Boiteux
Relações Internacionais
Silvio Luiz de Almeida
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Aury Lopes Jr.
Revista Liberdades
Paula Mamede
Sistema Prisional
Patrick Lemos Cacicedo
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
25º Seminário Internacional
Yuri Felix

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Luciana Zaffalon
Equipe
Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro

Supervisão
Roberto Seracinskis
Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Alexandre Soledade de Oliveira
Bruna Vargas
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Paulo Cesar Malvezzi Filho
Equipe
Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello
Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Douglas Calixto
Equipe
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Amarilis Regina Costa da Silva
Equipe
Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses
Equipe
Rafael Vieira
Taynara Lira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 155 • maio / 2019

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Marcella Pâmela da Costa Silva

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Estagiária: Camilla Dantara Ventura

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Leonardo Rocha e Rafael Ribeiro

Estagiárias: Beatriz Fialho e Diene Ellen

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Maria Cristina Lopes Araujo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Mauricio Alves Monte

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Sumário

Direito Penal

Recusa de execução de mandado de detenção europeu: proteção dos direitos humanos na execução de penas de prisão

Refusing to execute an European arrest warrant: protecting human rights regarding the serving of criminal sentences

André Ferreira de Oliveira 19

O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos

Criminal law as a right to freedom: its liberal origins and contemporary challenges

Frederico Horta..... 51

Tentativa de latrocínio: a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal e a necessária revisão do seu conteúdo normativo

Attempted robbery-homicide: *the 610-STF precedent and the necessary revision of its rule*

Helio Luiz Fonseca Moreira, Janari da Silva Pedroso e Raimundo Wilson Gama Raiol..... 71

A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado

The objective imputation of the result to a neglectful act

Ingeborg Puppe

Traduzido por Beatriz Corrêa Camargo 103

Disciplinamento social: percepções dos tribunais de justiça e a (in)validade da contravenção de vadiagem

Social discipline: perceptions of the courts of justice and the (in)validity of contravention of vagrancy

Lúcio Mauro Paz Barros..... 125

O dever constitucional de não incorrer em *bis in idem*: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal

The constitutional duty to not incur in bis in idem (double jeopardy): identification of the apparent joinder of criminal rules and administrative rules and the prevalence of the criminal law

Sirlene Nunes Arêdes 175

A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?

German criminal law theory between adaptation and self-assertion: control of criminal politics by criminal law theory?

Urs Kindhäuser

Traduzido por Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho 213

Processo Penal

Plea bargaining e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil

Plea bargaining and its legal aspects: foreign challenges for Brazil

Alamiro Velludo Salvador Netto 229

Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição?

Can the judge convict when the prosecution asks for absolution?

Alexandra Fonseca Rodrigues 265

A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal

Sentencing and substantial assistance: an analysis of the determination of rewards according to the Act 12,850/2013 and the Brazilian Supreme Court

Felipe da Costa De-Lorenzi 293

A hermenêutica da linguagem e a (re)interpretação no processo penal

The hermeneutics of language and the (re)interpretation in the criminal process

Ricardo Araujo Dib Taxi e Maria Carolina Braz da Silva Azevêdo 339

Índice Alfabético-remissivo 367

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 373

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 383

Condições para Submissão (*Checklist*) 387

Recusa de execução de mandado de detenção europeu: proteção dos direitos humanos na execução de penas de prisão

Refusing to execute an European arrest warrant: protecting human rights regarding the serving of criminal sentences

André Ferreira de Oliveira

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016-2021). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela FDUC (2015). Especializado em Direito Penal, Económico Internacional e Europeu pelo IDPEE (2013).
andreferreiradoliveira@gmail.com

Recebido em: 21.07.2018
Aprovado em: 16.11.2018
Última versão do autor: 30.11.2018

Áreas do direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O objetivo do presente trabalho consiste em avaliar se a execução de Mandado de Detenção Europeu, atento o quadro comunitário vigente (eventualmente interpretado de forma diversa), pode/deve ser recusada por um Estado-Membro com fundamento na violação de direitos humanos na execução de pena de prisão no Estado de emissão, considerando os devastadores efeitos que da indevida execução podem resultar. Nessa seara abordaremos a realidade penitenciária dos Estados-membros, atendendo a documentos oficiais e de entidades independentes, complementando o estudo com a análise da produção legiferante e atividade jurisprudencial comunitárias.

Palavras-chave: Mandado de detenção europeu – Recusa de execução – Direitos humanos – Execução de pena de prisão – Direito comunitário.

Abstract: The main goal of this work is to understand if the execution of an European Arrest Warrant, given the European Union legislative framework (eventually interpreted in a different way), may/must be refused by a Member-State grounded in the human rights violation in prison sentences' serving in the issuing State, considering the devastating effects that may arise from the wrongful execution. In our work we will address the penitentiary reality of the Member-States, mainly official documents and from independent entities, complementing it with the analysis of the legislative and jurisprudential EU's activities.

Keywords: European arrest warrant – Refusal of execution – Human rights – Criminal sentence serving – EU Law.

Oliveira, André Ferreira de. Recusa de execução de mandado de detenção europeu: proteção dos direitos humanos na execução de penas de prisão.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 155. ano 27. p. 19-50. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Epopeia Comunitária: do ideário europeu no campo da cooperação judiciária em matéria penal. 3. O mandado de detenção europeu. 4. A realidade penitenciária europeia. 5. Recusa de execução do mandado de detenção europeu com fundamento na proteção de direitos humanos: o cumprimento de pena de prisão. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A União Europeia (doravante UE), com todas suas fragilidades – exponenciadas pelos (em alguns casos questionáveis) processos de alargamento e negligenciadas disparidades internas –, é o mais bem conseguido projeto regional, quiçá global, marcado por uma clara aposta na consagração e reforço dos direitos, liberdades e garantias humanas.

Apesar de o quadro jurídico dos diversos Estados-Membros ir sendo (indiretamente) plasmando no sentido de mais e melhores garantias substantivas e processuais, ainda persistem assimetrias, atentatórias do quadro validamente vigente, sendo a violação de direitos fundamentais, *maxime* no campo da execução da pena de prisão, uma realidade infelizmente (demasiado) presente.

"A paz mundial não poderá ser salvaguardada sem esforços criadores à medida dos perigos que a ameaçam [...] A Europa [...] far-se-á por meio de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de facto"[1].

Com estas palavras teve início o projeto hodiernamente corporizado na EU: mais de 500 milhões de habitantes e um PIB de 14.600 mil milhões de euros colocam-na como uma das três maiores estruturas políticas mundiais[2].

Que vereda percorreu a UE no domínio da Justiça?

2. A Epopeia Comunitária: do ideário europeu no campo da cooperação judiciária em matéria penal

O "auxílio mútuo" na área criminal surgiu em 1959, aquando da adoção da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal: os Estados Contratantes assumiam o compromisso de conceder "o mais amplo auxílio judiciário possível", estando excluída a execução de decisões de condenação e detenção (artigo 1º n. 1 e 2).

1. Declaração Schumann, 09.05.1950. Disponível em: [https://goo.gl/5NTZGS]. Acesso em: 21.07.2018.
2. União Europeia. Disponível em: [https://goo.gl/DWDr5o]. Acesso em: 21.07.2018.

Em 07.02.1992 os Estados-Membros da então Comunidade Económica Europeia celebram o Tratado da União Europeia, criando a entidade jurídica UE e (no que interessa ao reconhecimento mútuo em matéria penal) instituindo o Terceiro Pilar, com o objetivo de criação de uma "Área de Liberdade, de Segurança e de Justiça".

Em 02.10.1997 foi celebrado o Tratado de Amsterdão, expressamente atribuindo à UE o objetivo de "manutenção e [...] desenvolvimento [...] enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça" – primeira referência legislativa[3]; o Terceiro Pilar foi dividido em dois e a parte penal manteve a sua natureza intergovernamental[4].

De uma relação de auxílio mútuo, sustentada na mera cooperação entre Estados, a realidade é conduzida para "relações de parceiros entre Estados-Membros de uma União"[5].

O reconhecimento mútuo em matéria penal surgiu pela primeira vez no Conselho Europeu de Cardiff[6], como meio de efetiva cooperação judicial na luta contra o crime transnacional. O Plano de Ação de Viena[7] (com o objetivo de "Criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça previsto pelo Tratado de Amesterdão") prevê que, para promover a "cooperação judiciária em matéria penal", serão implementadas as necessárias medidas para facilitar "o reconhecimento mútuo de decisões e a execução de sentenças" e "abordada a aproximação do direito penal".

O Conselho Europeu de Tampere reafirma a ideia de reconhecimento mútuo em matéria penal; destacamos os Pontos 5 e 33: de forma a acautelar um espaço

3. KLIMEK, Libor. European Arrest Warrant: procedural instrument for public order enforcement in the EU's area of freedom, security and justice. In: BELOHLAVEK, A. J.; ROZEHNALOVA, n. *Czech Yearbook of International Law 2012*. Huntington: Juris Publishing, 2012. p. 4-5.
4. LARSEN, Lars Bay. Some reflections on mutual recognition in the area of freedom, security and justice. *Constitutionalising the EU judicial system*: essays in honour of Pernilla Lindh. ed. Pascal Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl. London: Hart Publishing, 2012. p. 139.
5. FLORE, Daniel. *Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité* apud RODRIGUES, Anabela Miranda. O mandado de detenção europeu: na via de construção de um sistema penal europeu: um passou ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1, jan.-mar. 2003. p. 33.
6. Pontos 17 e 30 das Conclusões da Presidência. Disponível em: [https://goo.gl/pOU-5iV]. Acesso em: 21.07.2018.
7. Ponto 45 f). Disponível em: [https://goo.gl/DcH5wu]. Acesso em: 21.07.2018.

comunitário de Justiça para todos, as sentenças deverão ser "respeitadas e aplicadas em toda a União", convergindo os "sistemas jurídicos dos Estados-Membros", sendo facilitada a cooperação judiciária pelo "reconhecimento mútuo das sentenças" em matéria penal.

O Conselho Europeu de Tampere definiu também o *modus operandi* para a criação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE), seguindo o Conselho Europeu de Colónia: neste foi declarado que a defesa de direitos humanos era "condição imprescindível" para garantir a legitimidade e coesão da UE, prevendo direitos substantivos e processuais (partindo da CDFUE).

Em 2000 foi celebrada a Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia (em conformidade com o artigo 34º do Tratado da União Europeia) que, apesar de manter a ideia de soberana nacional (como fundamento para não auxílio), reforçou os mecanismos de auxílio[8].

Em julho do mesmo ano a Comissão Europeia submeteu ao Conselho e ao Parlamento Europeu a Comunicação "Reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal": contribuindo para implementar o "princípio do reconhecimento mútuo, nos termos pretendidos pelo Conselho Europeu de Tampere", o Ponto 3 define o que se deve entender por "reconhecimento mútuo"[9] e (também pela primeira vez é definida) a noção de "decisão final"[10].

Em 2001 a Comissão (das Comunidades Europeias) introduz o Programa de Medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais[11]: a implementação daquele pressupõe a mútua confiança entre Estado-Membros nos seus sistemas judiciários nacionais, sustentada no comum desejo de respeito pelos princípios de Direito, pelos direitos humanos e liberdades fundamentais – do Ponto 10 resulta que a "pedra angular de qualquer reflexão

8. Prévias tentativas do Conselho para introduzir o reconhecimento mútuo em matéria penal resultaram infrutíferas – *vide*, por exemplo, em matéria de validade internacional de julgamentos penais (1970) e transferência de condenados (1983).

9. "O reconhecimento de uma decisão estrangeira em matéria penal poderá ser entendido no sentido de produzir efeitos fora do Estado onde essa decisão foi pronunciada, seja conferindo-lhe os efeitos jurídicos previstos no direito penal estrangeiro, seja tomando-a em consideração para que produza os efeitos previstos pelo direito penal do Estado de reconhecimento."

10. "Acto pelo qual uma [...] questão é resolvida de forma vinculativa [...] inclu(indo) [...] decisões substantivas em processos penais contra as quais já não caiba qualquer recurso ordinário com efeito suspensivo."

11. Disponível em: [https://goo.gl/hKzqU5]. Acesso em: 21.07.2018.

sobre esta matéria continua a ser a Convenção Europeia dos Direitos do Homem [...] em especial, os seus artigos 5º, 6º e 7º".

O ano de 2002 foi um marco para o movimento do reconhecimento mútuo em matéria penal, com a Decisão-Quadro 2002/584/JAI (doravante DQ) do Conselho da UE relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros[12]: cria-se o primeiro instrumento legislativo visando a implementação do princípio do reconhecimento mútuo em decisões judiciais em matéria penal; é abolida a extradição entre Estados-Membros, substituindo-o por um mecanismo de entrega entre autoridades judiciais, o Mandado de Detenção Europeu (MDE).

Atendendo aos Considerandos 5, 6 e 8 percebe-se que a cooperação interestadual cede à "livre circulação das decisões judiciais", que o MDE passa a ser a "'pedra angular' da cooperação judiciária" como tradutor do "princípio do reconhecimento mútuo" e que é a autoridade judiciária do Estado de execução que avaliará a entrega – definindo o artigo 3º os "Motivos de não execução obrigatória", o artigo 4º os "Motivos de não execução facultativa" e o artigo 5º os motivos de execução "condicionada" do MDE.

Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues[13] a DQ "acaba [...] com o processo de extradição entre os Estados-Membros da União".

Dos Considerandos 12 e 13 da DQ resulta que a execução do MDE respeitará "os princípios reconhecidos pelo artigo 6º TUE e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia" e que não se poderá proceder à "extradição" quando no Estado "de emissão" exista um risco sério de o extraditando "ser sujeito a pena de morte, tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes".

O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa foi assinado em Roma em 29.10.2004[14]: não tendo sido ratificado por todos os Estados-Membros, foi substituído pelo Tratado de Lisboa em 2007.

12. Disponível em: [https://goo.gl/7I4v8G]. Acesso em: 21.07.2018. Foi aprovada na sequência dos ataques em solo norte-americano de 2001, a par das DQ 2002/475/JHA (combate ao terrorismo) e 2002/465/JHA (equipas de investigação conjunta).
13. O mandado de detenção europeu – na via de construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1, jan.-mar. 2003. p. 34. Na Nota 32 refere que o MDE "põe um 'ponto final' no processo de simplificação da extradição [...] processo que, alias, era contraditório com o aprofundamento da construção do espaço de liberdade, de segurança e de justiça [...]".
14. Disponível em: [https://goo.gl/hMkuhg]. Acesso em: 21.07.2018.

No Capítulo II, artigo I-42º ("Disposições específicas relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça"), é previsto que o processo de criação do "espaço de liberdade, segurança e justiça" passa pela promoção da confiança entre autoridades judiciárias dos Estados-Membros, sobretudo baseada no "reconhecimento mútuo das decisões judiciais".

No Capítulo IV, o n. 3 do artigo III-257º reforça o papel do reconhecimento mútuo como meio de garantia de segurança; o artigo III-270 refere-se à cooperação judiciária em matéria penal, mencionando o n. 1 que "assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças [...] e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros", para tanto sendo possível a definição comunitária de regras mínimas, n. 2 (não ficando os Estados-Membros vedados de introduzir maior proteção para os cidadãos).

Em 2005, no seguimento das Conclusões de Tampere, é aprovado o Programa de Haia "Reforço da Liberdade, da Segurança e da Justiça na União Europeia (2005/C 53/01)", que pretendia aprofundar o mútuo reconhecimento de decisões judiciais (também no domínio penal) como instrumento de reforço da confiança mútua entre Estados, porém sem perder de vista o respeito e promoção pelos/dos direitos fundamentais dos cidadãos – mantendo a diversidade entre os vários Estados-Membros, mas desenvolvendo uma cultura judiciária comum.

Com o Tratado de Lisboa[15], que corresponde à terceira revisão do original TUE, foi abolido o Terceiro Pilar e integrado no Título V ("Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça") – donde o epíteto de "comunitarização" do Terceiro Pilar; não se define legislativamente o que seja o princípio do reconhecimento mútuo (diversamente da Conselho Europeu em 2000, com a Comunicação "Reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal").

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o "espaço de liberdade, de segurança e de justiça" é alado a segundo objetivo político[16].

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, resulta do artigo 6º n. 2 TUE (e Protocolo 8) que a UE adere à Convenção Europeia de Direitos do Homem e do n. 1 que a CDFUE tem "o mesmo valor legal que os Tratados", não obstante nas

15. Disponível em: [https://goo.gl/fCIScS]. Acesso em: 21.07.2018. O Considerando 2 da CDFUE (2012/C 326/02) estatui que "[...] Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação".

16. KLIMEK, Libor. European Arrest Warrant: procedural instrument for public order enforcement in the EU's area of freedom, security and justice. In: BELOHLAVEK, A. J.; ROZEHNALOVA, n. *Czech Yearbook of International Law 2012*. Juris Publishing: Huntington, 2012. p. 5.

Conclusões de Tampere tal ter sido percecionado como formas alternativas de alcançar o mesmo objetivo[17]; a entrada em vigor do Protocolo 14 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (doravante CEDH) e do artigo 6º TUE (com a redação do Tratado de Lisboa) fornece as bases necessárias para a operacionalização da CEDH na UE, o Tratado de Lisboa expande o âmbito de proteção dos direitos fundamentais no Direito Comunitário – o seu relevo primacial na jurisprudência do TJUE foi reconhecido pelos Presidentes do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE) e do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (doravante TEDH)[18].

O artigo 6º contém a única regra explícita de proteção de direitos fundamentais no "Espaço de liberdade, de segurança e de justiça"; podemos afirmar que existe uma dimensão tridimensional de proteção: a CDFUE, a CEDH e as tradições constitucionais dos Estados-Membros – com redobrada importância em face do artigo 4º n. 2 j) TUE, porquanto existe uma competência partilhada entre a UE e os Estados-Membros.

A cooperação judiciária em matéria penal está prevista no artigo 82º e seguintes, estando clausulado que a cooperação "assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas [...]", necessário sendo com o estabelecimento de regras mínimas ("diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros")[19].

O sistema de cooperação judiciária introduzido pelo Tratado de Lisboa abre espaço para a atividade legiferante criminal (substantiva e processual) da UE: o artigo 82º n. 1 realça que a cooperação judiciária em matéria penal "assenta no

17. LARSEN, Lars Bay. Some reflections on mutual recognition in the area of freedom, security and justice. *Constitutionalising the EU judicial system:* essays in honour of Pernilla Lindh. ed. Pascal Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl. London: Hart Publishing, 2012. p. 142-143.

18. Comunicação conjunta dos Presidentes (do TJUE e TEDH), 24.01.2011. Disponível em: [https://goo.gl/MKz6gM]. Acesso em: 21.07.2018 – "[...] the Charter has become the reference text and the starting point for the CJEU's assessment of the fundamental rights…It is thus important to ensure that there is the greatest coherence between the Convention and the Charter insofar as the Charter contains rights which correspond to those guaranteed by the Convention".

19. O princípio do reconhecimento mútuo está presente em algumas Decisões-Quadro antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa (01.12.2009) – *vide* DQ 2003/577/JHA, 2005/214/JHA,2006/783/JHA,2008/909/JHA,2008/947/JHA,2008/978/JHA,2009/829/JHA.

princípio do reconhecimento mútuo" e deve incluir a "aproximação das disposições [...] dos Estados-Membros"; do n. 2 resulta que o Parlamento e Conselho Europeu, através de Diretivas, podem definir regras comunitárias mínimas, respeitando as especificidades dos Estados-Membros, em áreas taxativamente delimitadas (podendo aqueles ter níveis ainda mais elevados de proteção) – mas o n. 3 (também do artigo 83º) introduz um "mecanismo travão", conducente à suspensão da Diretiva, quando "considere que um projeto de diretiva a que se refere o n. 2 prejudica aspetos fundamentais do seu sistema de justiça penal"[20].

Em 2009 o Conselho da União Europeia aprova o Programa de Estocolmo ("Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos", 2010/C 115/01) para o quadriénio 2010/2014: reafirmando a prioridade no desenvolvimento do "espaço de liberdade, segurança e justiça", assinala-se a prioridade da promoção da "cidadania e os direitos fundamentais" e do respeito pelos direitos plasmados na CDFUE e na CEDH.

3. O mandado de detenção europeu

A primeira medida de implementação do princípio do reconhecimento mútuo, tradutor da indispensável confiança entre os Estados-Membros[21], foi a Decisão-Quadro 2002/584/JAI[22], 13/06, "relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros", que substituiu o mecanismo formal de extradição entre os Estados-Membros (implementado por Convenção do Conselho da Europa 45 anos antes e nos termos do Considerando 11), simplificando o processo de entrega, deixando de o fazer depender de decisões políticas e realizando "o espaço de liberdade, segurança e justiça", objetivo da UE nos termos dos artigos 3º n. 2 TUE e 82º TFUE.

Numa década (2005/2014) o número de MDE emitidos mais do que duplicou (6.900/14.700), o número de pessoas "detetadas e/ou detidas" mais do que quintuplicou (1.770/9.660) e o número de cidadãos entregues mais do que triplicou (1.530/5.480)[23].

20. No fundo, um paliativo político para aplacar a ira daqueles que ainda se debatem contra o reforço da cooperação e a tendencial uniformização comunitária.
21. De acordo com o Protocolo 10, 1ª parte, "O mecanismo do mandado de detenção europeu é baseado num elevado grau de confiança entre os Estados-Membros".
22. Disponível em: [https://goo.gl/WRmvkS]. Acesso em: 21.07.2018.
23. Comissão Europeia, Justiça Europeia. Disponível em: [https://goo.gl/vYgG35]. Acesso em: 21.07.2018.

O artigo 2º do diploma define o leque de (32) crimes passíveis de serem abarcados pelo MDE, se puníveis com determinado mínimo de pena privativa de liberdade; permite o n. 3 a previsão de outras infrações por deliberação unânime do Conselho da UE, consultado o Parlamento Europeu e sob análise da Comissão Europeia.

Sendo o MDE uma "decisão judicial", respeitando "direitos fundamentais e […] princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia" (incluindo os artigos 4º CDFUE e 3º CEDH), é executado com base "no princípio do reconhecimento mútuo e em conformidade com o disposto na presente decisão-quadro", artigo 1º; fundamentos para a não execução do MDE, obrigatórios e facultativos, são elencados nos artigos 3º[24] e 4º[25] da DQ, "menos exigente quando comparado com os tradicionais motivos de recusa do pedido de extradição"[26], previstas estando situações nas quais a execução pode ser condicionada à prestação de "garantias pelo Estado-Membro de emissão", artigo 5º[27].

Os conjuntos de condições impostas pelo Estado-Membro de execução ao Estado-Membro de emissão constam dos n. 1 a 3: se o crime que se encontra na base do MDE for passível de ser punido com pena de prisão perpétua, n. 2, o Estado de emissão deverá prever a revisão da mesma a pedido do recluso (ou, no máximo, decorridos 20 anos do início de cumprimento) ou, em alternativa, deve prever medidas de clemência tendentes ao não cumprimento da pena nos seus exatos termos.

Quando o "detendo" ("para efeitos de procedimento penal") for nacional ou residente do Estado de execução, n. 3, a entrega pode ser sujeita à exigência de, uma vez ouvido, ser devolvido àquele para cumprir a pena aplicada no Estado de emissão.

Em face do n. 1, se foi proferida sentença contra arguido julgado na ausência ou não devidamente notificado da realização do julgamento e emitido MDE,

24. Amnistia. *ne bis in idem* (decisão de Estado-Membro) e idade.

25. Dupla incriminação e procedimento penal; prescrição; *ne bis in idem* (decisão de Estado terceiro); nacionalidade, residência ou permanência no Estado-Membro da execução (caso se execute no Estado-Membro da execução); territorialidade.

26. COSTA, João Pedro Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo. *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 87.

27. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 209: "[...] manifesta uma posição moderada […] revela(dora) […] uma preocupação de equilíbrio entre salvaguarda das liberdades fundamentais e exigências de eficácia da administração da justiça penal europeia".

deve ser-lhe concedida a possibilidade de recorrer ou requerer novo julgamento no Estado de emissão.

Do elenco dos motivos de não execução do MDE não consta a violação de direitos humanos; questiona-se, nesta primeira fase, se a não previsão taxativa de tal fundamento nas normas dos artigos 3º a 5º impõe (para salvaguarda da confiança mútua) a sua execução ou, pelo contrário, não admitirá já a DQ a recusa.

O Considerando 8 da DQ impõe aos Estados-Membros de execução o dever de proceder a um "controlo adequado" do MD antes de tomar "a decisão sobre a sua entrega"; neste processo, necessariamente casuístico, deverá ser aplicado um juízo de proporcionalidade, solicitando a entidade judiciária que procede à avaliação do caso todas as informações que reputar necessárias e úteis.

É essa colaboração que reforça a confiança de conjunto no instrumento de cooperação: sendo certo que existe uma presunção de validade imanente (que ressalta no n. 2 do artigo 1º da DQ), ilidida nos casos de recusa taxativamente elencados, certo é que situações *borderline* serão sempre possíveis e, nessas, beneficia todo o sistema com o apurar da situação concreta.

Nomeadamente, sendo o MDE destinado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no Estado de emissão, mostrando-se no caso que as condições de cumprimento daquela se traduzem em tortura, tratamentos ou penas cruéis, desumanos e/ou degradantes, atentatórios dos direitos humanos, podem (veremos posteriormente, devem) ser solicitadas "informações complementares" – nomeadamente, porquanto o artigo 6º TUE reconhece os "direitos, as liberdades e os princípios" previstos na CDFUE (com "o mesmo valor jurídico que os Tratados") e adere à CEDH, fazendo parte do Direito da UE os direitos fundamentais consagrados naqueles dois diplomas "e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros".

O respeito pelos direitos (humanos) fundamentais ressalta também da norma do n. 3 do artigo 1º da DQ: de forma expressa se reforça a necessidade de respeito pelos "direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais" (sobretudo, CFDUE e CEDH); o raciocínio é igualmente válido perante o Considerando 10 da DQ: após recordar que a confiança mútua se encontra na base do sistema, refere-se que a execução "só poderá ser suspensa no caso de violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos princípios enunciados no n. 1 do artigo 6º" TUE.

A UE ergue tão alto (pelo menos num plano formal) a questão dos direitos humanos como condição indispensável para alcançar um verdadeiro "espaço de liberdade, de segurança e de justiça" que da leitura combinada das normas dos n. 2 e 3 do artigo 7º TUE resulta que se o Conselho Europeu unanimemente deliberar

e o Parlamento Europeu aprovar a existência de "violação grave e persistente", pode o primeiro órgão (por maioria qualificada) suspender "alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto".

A Comunicação "Sobre o artigo 7º do Tratado da União Europeia. Respeito e promoção dos valores em que a União assenta" (ao Conselho e Parlamento Europeu) COM(2003) 606, determina o que seja "violação grave e persistente": a gravidade é aferida em razão da população atingida (sendo-o tanto mais quando mais vulnerável aquela seja) ou em conformidade do princípio atacado (quanto mais valores o forem mais grave será a violação), sendo a persistência de uma violação (previamente ocorrida) medida pelo prolongamento temporal, provinda de ato legiferante ou de prática administrativa (em sentido lato), nomeadamente pela "repetição sistemática de casos individuais de violação" dos princípios do artigo 6º n. 1 TUE[28] – entre outros, a CDFUE protege o princípio do Estado de Direito, assente na eminente dignidade da pessoa humana, na dimensão física, anímica e espiritual.

Se é certo que o artigo 1º n. 3 DQ, em contra linha com o dever de cooperação, "não obriga(ndo) [...] a entregar(em) [...] uma pessoa quando estejam convictos, tendo em consideração todas as circunstâncias do caso, de que essa entrega resultaria numa violação dos direitos fundamentais", o comportamento em causa tem que assumir suficiente relevância em face do disposto no "artigo 4º da Carta da UE e [...] artigo 3º da CEDH"[29].

O Protocolo 13 da DQ[30], inserido no mesmo movimento de defesa dos "princípios enunciados no n. 1 do artigo 6º" TUE, estatui que "Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito

28. Existe "violação persistente" quando haja prévias e repetidas condenações do Estado-membro, "pelo mesmo tipo de violação" e durante um lapso de tempo (que não poderá ser alargado, podendo deixar de ser "persistente" embora seja "grave") perante órgão internacional judiciário (TEDH, TJUE) ou "organismos internacionais sem poderes jurisdicionais, como a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa ou a Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas", sem que se tenha verificado uma efetiva alteração do incorreto comportamento.

29. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção:* reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu, 15.06.2011. p. 4-5.

30. O Considerando 12 prescreve que "A presente decisão-quadro respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos pelo artigo 6º TUE e consignados na CDFUE, nomeadamente o seu capítulo VI".

a pena de morte, tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes": deve a norma ser extensivamente interpretada para a execução de MDE, aqui também com a chamada de atenção para a "gravidade" e/ou "reiteração" do comportamento adstrito ao caso individualmente considerado, que se mostra imperioso provar.

Poder-se-ia questionar se a fundamentação da não execução de um MDE por existência de sustentadas provas de violações de direitos humanos com a invocação dos Protocolos será juridicamente admissível, por estes não serem (em sentido estrito) parte do corpo da DQ: a resposta positiva é-nos também por Paul Garlick, referindo que os Estados-Membros devem considerar "o quadro geral [...] sob todos os instrumentos [...] de que [...] são signatários"[31].

Questão diversa, a abordar no 4º Capítulo, é se deveria existir uma expressa previsão de recusa de execução de MDE com base na violação de direitos humanos no cumprimento de penas privativas da liberdade em regime prisional, com um período de tempo que permita ao "detendo" a possibilidade de recolher prova que sustente a gravidade e/ou reiteração das violações[32].

4. A realidade penitenciária europeia

Longe estão os tempos das galés, do degredo, da tortura; mas continuaremos, encapotadamente, a "coisificiar seres humanos sem o dizer e deixar de os considerar pessoas"[33]?

Internacionalmente o estatuto dos condenados/reclusos encontra-se sedimentado: o artigo 5º da Declaração Universal de Direitos do Homem[34], pedra angular do movimento internacional de proteção de direitos humanos e saído da barbárie pós-guerra, determina que "Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes"; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no seu artigo 7º, 1ª parte, reproduz quase textualmente a referida norma da DUDH.

31. The European arrest warrant and the ECHR. *Handbook on the European Arrest Warrant*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 169.
32. Como feito pelo European Lawyers Foundation em *EAW – Rights – Analysis of the implementation and operation of the European Arrest Warrant from the point of view of defence practitioners*. Brussels: Council of Bars and Law Societies of Europe, 2016. p. 12, 45.
33. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 18.
34. Disponível em: [https://goo.gl/3jlddv]. Acesso em: 21.07.2018.

A nível europeu, a CEDH[35] estatui no artigo 3º que "Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes"; a CDFUE[36], reforçando no artigo 1º que "A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida", determina no artigo 4º que "Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes".

No que concerne ao estatuto jurídico de reclusos e com âmbito internacional, podemos desde logo chamar à colação as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos[37]: das Regras 57 a 61 (e 65) resulta que não deve o sistema penitenciário "agravar o sofrimento inerente" à reclusão, apenas se protegendo a sociedade pelo cumprimento da pena e estando o criminoso, regressado à sociedade, "apto a seguir um modo de vida de acordo com a lei", devendo as administrações penitenciárias utilizar os necessários meios de assistência física e anímica, adaptados às necessidades do recluso.

Na Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes[38], referindo-se no Preâmbulo que o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais deve ser encorajado pelos Estados Contratantes, determina o artigo 3º que não poderá um Estado extraditar ou entregar uma pessoa a outro quando "existam motivos sérios para crer que possa ser submetida a tortura"[39], para tanto avaliando se neste último existe "um conjunto de violações sistemáticas, graves, flagrantes ou massivas dos direitos do homem", ademais impedindo-os no seu território, artigo 2º n. 1.

De destacar, no Conjunto de Princípios para a Protecção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão[40] são os Princípios 1, 6 e 24: cabendo um tratamento em respeito à inerente dignidade humana, ninguém "submetid(o) a tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou

35. Disponível em: [https://goo.gl/HuQGDs]. Acesso em: 21.07.2018.
36. Disponível em: [https://goo.gl/KK3E8l]. Acesso em: 21.07.2018.
37. Disponível em: [https://goo.gl/UbTP2g]. Acesso em: 21.07.2018.
38. Disponível em: [https://goo.gl/3ahtOu]. Acesso em: 21.07.2018.
39. Nos termos do n. 1 do artigo 1º corresponde a tortura "qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente [...] a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido [...] desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito".
40. Disponível em: [https://goo.gl/07WWkS]. Acesso em: 21.07.2018.

degradantes"[41], beneficiando de "cuidados e tratamentos médicos sempre que tal se mostre necessário".

Nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)[42] cabe menção ao Objetivo Geral 1.2, segundo o qual visam as Regras "encorajar a colectividade a participar mais no processo da justiça penal [...] especialmente, no tratamento dos delinquentes, assim como desenvolver nestes últimos o sentido da sua responsabilidade para com a sociedade".

Sem esgotarmos o tema, a nível comunitário podemos desde logo referir a Resolução (73) 5[43], que define patamares mínimos para o tratamento de reclusos: estabelecendo como princípio básico que a privação de liberdade será levada a cabo em condições que assegurem a dignidade humana, determina (Pontos 9, 11 e 14) que as acomodações dos reclusos tenham todas as condições de salubridade (com especial atenção às suas áreas, iluminação, aquecimento e ventilação), com instalações sanitárias com as adequadas condições de higiene e recato, mantendo os reclusos a sua própria higiene (sendo-lhes dados água e artigos de higiene para tanto); resulta do Ponto 58 que os sistemas penitenciários não deverão "agravar o sofrimento inerente à situação. O regime deve procurar minimizar qualquer diferença entre a vida na prisão e em liberdade".

A Recomendação R (87) 3[44], concernente às Regras Penitenciárias Europeias, mantendo as regras prévias, estabelece no Preâmbulo que visa "estabelecer um conjunto de regras mínimas para [...] a administração penitenciária", devendo ser colocada a enfase na dignidade humana, no empenho das administrações prisionais em assegurá-la e no tratamento positivo do recluso.

A Recomendação R (98) 7[45], quanto aos aspectos éticos e organizacionais dos serviços de saúde prisionais, logo nos Considerados refere que "[...] as práticas médicas no contexto prisional deverão obedecer aos mesmos princípios éticos";

41. Do Acordo consta que "A expressão 'penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes' deverá ser interpretada de forma a conferir a máxima protecção possível contra os maus tratos, físicos ou mentais, incluindo a manutenção de uma pessoa presa ou detida em condições que a privem, temporária ou permanentemente, da utilização de qualquer um dos seus sentidos, como a visão ou a audição, ou da sua percepção do espaço e do tempo".
42. Disponível em: [https://goo.gl/GVEqfY]. Acesso em: 21.07.2018.
43. Disponível em: [https://goo.gl/PfMPRM]. Acesso em: 21.07.2018.
44. Disponível em: [https://goo.gl/qqWgGg]. Acesso em: 21.07.2018.
45. Disponível em: [https://goo.gl/zfCpMI]. Acesso em: 21.07.2018.

o recluso deverá ter acesso a médico ou enfermeiro qualificado a qualquer momento (Ponto 1) e os serviços dentro do estabelecimento deverão ser capazes de, pelo menos, prestar tratamento de emergência e consultas de rotina (Ponto 3). De forma a prevenir a transmissão de doenças infeto-contagiosas (especialmente VIH/SIDA, tuberculose e hepatite, Ponto 36), deverão ser implementadas as necessárias medidas profiláticas; devem ser organizados programas socio-terapêuticos, com cooperação médica para permitir aos reclusos adquirir capacidades sociais e ajudar a diminuir o risco de recidivas após o cumprimento de pena.

Mencionamos também a Recomendação R (99) 22[46], relativa à sobrepopulação prisional: do Ponto 7 do Anexo sobressai que, existindo sobrepopulação, "especial atenção deverá ser dada à preservação da dignidade humana [...] ao espaço disponível para os reclusos, higiene e condições sanitárias, comida em quantidade suficiente e devidamente preparada, ao estado de saúde do recluso [...]".

Em 2011 a Comissão Europeia lança o Livro Verde COM(2011) 327 final[47] "Reforçando a confiança mútua no espaço de Justiça europeu – um Livro Verde sobre a aplicação da legislação de justiça penal da União Europeia no campo da detenção": regista que o TEDH realçara em alguns julgamentos as deficiências nos estabelecimentos prisionais (Peers vs. Grécia, de 19.04.2001; Salejmanovic vs. Itália, de 16.07.2009; Orchowski vs. Polónia, de 22.10.2009 e plúrimos os relatórios que demonstravam que as condições de detenção em vários estabelecimentos prisionais estavam abaixo dos índices internacionais, sendo que as boas condições de detenção eram pré-requisito da reabilitação dos reclusos; as Regras Penitenciárias Europeias, destinadas a salvaguardar os direitos fundamentais dos reclusos e proporcionar-lhes condições de reintegração após o cumprimento da pena, apesar de não vinculativas, eram utilizadas pelo TEDH para avaliar as queixas das condições prisionais (a jurisprudência tenta corrigir as deficitárias condições prisionais em casos individuais, "porém não consegue uma obediência genérica em todos os Estados-Membros").

Devemos referir a Recomendação Rec(2006)2[48], sobre as regras penitenciárias europeias: dos Princípios básicos 1º e 6º consta que "todos os privados de liberdade devem ser tratados com respeito aos seus direitos" e que "os reclusos devem conduzidos para a reintegração na sociedade livre como pessoas privadas

46. Disponível em: [https://goo.gl/cTx3JL]. Acesso em: 21.07.2018.
47. Disponível em: [https://goo.gl/7sjU7l]. Acesso em: 21.07.2018.
48. Disponível em: [https://goo.gl/8dk50l]. Acesso em: 21.07.2018.

da sua liberdade". Dos Pontos 17 e 18 perpassa que os reclusos devem cumprir pena nos estabelecimentos mais próximos das suas habitações ou outros locais de reabilitação e que a sua acomodação deverá respeitar a dignidade humana (e, sempre que possível, a privacidade), cumprindo requisitos de higiene, com atenção devida ao ar disponível, aquecimento e ventilação, iluminação e espaço disponível; devem ser asseguradas condições de saúde dos reclusos, e os que estejam doentes e requeiram tratamento médico devem ser transferidos para hospitais civis ou instituições especializadas quando aquele puder ser prestado no estabelecimento prisional (Pontos 39 e 46.1). Os sistemas de organização e gestão dos estabelecimentos devem garantir o respeito dos parâmetros internacionais e regionais de defesa de direitos humanos e a eficaz comunicação entre estabelecimentos prisionais e entidades da sociedade civil, de forma a promover a reintegração dos reclusos.

A 03.03.2016 é publicado o Livro Branco da sobrepopulação prisional[49]: considera haver sobrepopulação "quando a procura de espaço nos estabelecimentos prisionais excede a [...] capacidade geral" (considera-se que se um estabelecimento tiver uma taxa de ocupação superior a 90% da sua capacidade existe um claro sinal de sobrepopulação prisional). No seu Ponto 24 é dito que o TEDH tem profusa jurisprudência considerando que situações de "celas partilhadas que não foram construídas com esse fim específico e, particularmente, em condições de sobrepopulação e deficiência de condições sanitárias traduz um tratamento desumano ou degradante, violador do artigo 3º da CEDH". Os Estados são instados a privilegiar penas não privativas da liberdade e métodos de resolução alternativa de litígios, a promover o reforço da ressocialização dos reclusos e implementar medidas de acompanhamento de recém-libertados.

Finalizamos a caminhada com a (breve) análise da Recomendação CM/Rec(2017)3[50] aos Estados-Membros sobre as Regras Europeias de sanções e medidas penais: pretendem estabelecer um conjunto de regras para auxiliar os legisladores nacionais a implementar de forma eficaz as sanções penais, considerando a proteção da sociedade e ao mesmo tempo a reabilitação do agente do crime, respeitando direitos humanos e liberdades fundamentais, encorajando os agentes do crime a assumir a sua responsabilidade como membros da comunidade; as administrações penitenciárias deverão colaborar com organizações públicas e privadas e comunidades locais para ir ao encontro das necessidades dos reclusos.

49. Disponível em: [https://goo.gl/STJPBW]. Acesso em: 21.07.2018.

50. Disponível em: [https://goo.gl/BpMY8V]. Acesso em: 21.07.2018.

De todos os *supra* mencionados diplomas resulta um tríptico de elementos-base sedimentados: proibição de tortura, penas cruéis, desumanas ou degradantes; ressocialização do recluso como (co)finalidade da pena; disponibilização pela administração penitenciária de condições de higiene, saúde e bem-estar do recluso; mas serão respeitados?

Do Relatório *Criminal detention and alternatives: fundamental rights aspects in EU cross-border transfers*[51] se extrai que resulta da jurisprudência do TEDH e TJUE que, na execução de mandados de detenção, os direitos mais importante são o de proibição de tortura e tratamentos ou punições desumanos ou degradantes (artigo 3º da CEDH e artigo 4º da CDFUE – os Estados serão responsabilizados por violar tais ditames legais "existindo um risco sério de tais violações nos Estados de emissão").

Menciona o Processo TEDH M.S.S. vs. Bélgica e Grécia[52], que decidiu que os Estados-Membros não podem transferir detidos para um Estado no qual exista o risco de tratamento desumano, não sendo possível presumir em absoluto que um Estado Membro respeita direitos fundamentais; o TJUE também decidiu que, existindo indícios objetivos que alguém será sujeito a tratamento desumano ou degradante no Estado para o qual se pretende que vá, haverá lugar ao adiamento da decisão até "obtenção de adicional informação que permita a avaliação do caso concreto" (Processos C-404/15 e C-659/15 PPU, Aranyosi e C ld raru, 05.04.2011, §104) – o risco de tratamento tem que ser real e acima de dúvida, não se bastando com uma referência genérica às expectáveis condições de detenção.

Aponta-se a ressocialização como um dos objetivos maiores: as Regras Mínimas da ONU (*supra* mencionadas), menciona a Regra 4, instrumento de proteção da sociedade e de redução da reincidência, devendo as administrações penitenciárias oferecer assistência educativa, trabalho e treino vocacional para o "individual tratamento das necessidades dos reclusos" no seu gradual regresso à vida em sociedade, da qual continuam a fazer parte mesmo em reclusão (combinado com a Regra 87).

O Relatório *Annual Penal Statistics – SPACE I – Prison Populations: 201553*, permite uma leitura numérica da realidade penitenciária: a média europeia é de 115,7 reclusos por 10 mil habitantes, menos 7% que em 2014. 33% dos

51. European Union Agency for Fundamental Rights. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

52. Processo 30696/09, de 21.01.2011.

53. Disponível em: [https://goo.gl/z7zw8d]. Acesso em: 21.07.2018.

estabelecimentos prisionais apresentavam sobrepopulação prisional[54] e vários países tinham significativa parte dos reclusos a cumprir penas longas (superiores a 20 anos de prisão) ou perpétuas[55]; a taxa de mortalidade era de 24 por cada 10 mil reclusos, ligeiramente menos que em anos anteriores.

Relativamente às mortes em ambiente prisional, sendo a média de 31 por 10 mil reclusos, no espaço comunitário (atual ou em alargamento) vários Estados apresentam números bem superiores[56], o mesmo podendo ser mencionado acerca da percentagem de mortes por suicídio (média de 25% do total de mortes)[57].

Finalmente, no que concerne ao espaço disponível em cela por recluso em estabelecimentos prisionais, temos que tomar como referente os *Standards* Mínimos definidos pelo Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e de Tratamentos ou Penas Desumanos ou Degradantes[58]: 6 m^2 para uma cela individual mais equipamentos sanitários, 4 m^2 por reclusos em celas partilhadas mais equipamentos sanitários individualizados, em ambas as situações com pelo menos 2 metros entre as paredes das celas e pelo menos 2,5 metros entre o chão e o teto; vários Estados da UE (ou candidatos) incumprem os patamares mínimos: Hungria (2,8 m^2), Macedónia (2,9 m^2), Estónia (3 m^2), Polónia (3 m^2) e República Eslovaca (3,3 m^2).

O 25º Relatório Geral do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e do Tratamento ou Punição Desumana ou Degradante (dados de 2015)[59] revela que, em condenações a penas de prisão perpétua, são enormes as disparidades entre Estados para a concessão de (possível) liberdade condicional, oscilando entre 12-15 anos (Dinamarca e Finlândia – Áustria, Bélgica e Alemanha) e 40 anos (Turquia); a maioria dos países basta-se com 20 ou 30 anos de efetivo cumprimento de pena.

---

54. Apresentavam sobrepopulação prisional Estados como a Hungria (129,4%), a Bélgica (127%), a Espanha (119,6%), a França (113,4%), a Itália (105,6%), entre outros.
55. *Vide*, entre outros, a Grécia (41,8%), a Albânia (20,4%), a Macedónia (17,1%) a Itália (11%), o Luxemburgo (11%).
56. *Vide*, entre outros, Montenegro (66,2), Lituânia (58,2), Portugal (52,1) ou Hungria (36,2).
57. *Vide* Chipre e Noruega (100%), França (58,5%), Dinamarca (50%), Holanda (56%), Itália (46,7%), Suécia (43,8%), República Checa (41,4%), Alemanha (39,5%), Áustria (38,1%), Reino Unido (36,6%), República Eslovaca (33,3%), Bélgica (30,5%) e Portugal (30,1%).
58. Disponível em: [https://goo.gl/Hc55uT]. Acesso em: 21.07.2018.
59. Disponível em: [https://goo.gl/iMQCFP]. Acesso em: 21.07.2018.

Existem Estados que não têm qualquer sistema de atribuição de liberdade condicional/saídas precárias a condenados a tais penas (Holanda, Malta, Bulgária, Lituânia e, por alguns crimes, Hungria, República Eslovaca e Turquia); vários Estados não prevêem a pena[60], sendo os crimes mais graves punidos entre os 20 e os 40 anos de reclusão.

Assinala o Relatório que a reclusão por penas longas, com o recluso "severamente restringido no direito de manter relações familiares e de amizade" e a ausência de preparação para a sua libertação e reintegração, "provavelmente impactarão de forma significativa a capacidade do recluso interagir na comunidade".

O Comité considera que penas perpétuas precludem um dos fins essenciais das penas (a possibilidade de ressocialização), devendo ser objeto de reavaliação com base na individual situação do recluso – donde a sugestão de previsão legislativa da possibilidade de revisão e definição de um processo judicial para tal efeito.

No Relatório *Prison Conditions in the Member States: Selected European Standards and Best Practices61*, foram analisados os parâmetros e boas práticas europeias relativas às condições de estabelecimentos prisionais, porquanto afetando "a cooperação judicial em matéria penal"; estatui que as regras previstas nos artigos 3º e 5º CEDH e 4º e 6º da CDFUE especificam os fundamentos para a privação de liberdade e as condições mínimas de detenção.

Perante a consideração de condições penitenciárias do Estado-Membro de emissão como desumanas ou degradantes, os MDE podem não ser executados, porquanto a execução poderia corresponder a uma violação da CEDH e da CDFUE[62].

O Comité para a Prevenção da Tortura tem desempenhado um relevante papel na definição de boas práticas prisionais, nomeadamente para evitar a sobrepopulação prisional, como seja a definição do espaço mínimo para cada recluso. Também são emitidas recomendações relativas ao acesso a cuidados de saúde, incluindo atos médicos preventivos e para evitar propagação de doenças infeto-contagiosas.

O Relatório recorda que o TEDH tem desenvolvido a sua jurisprudência no que concerne às condições de reclusão sobretudo com base no artigo 3º CEDH, sustentando-se nos critérios do Comité; a norma pode ser violada através da

60. Entre outros, Croácia, Montenegro, Portugal, Eslovénia e Espanha – na Islândia e Liechtenstein nunca foram aplicadas estas penas.

61. Disponível em: [https://goo.gl/Ev7ZD9]. Acesso em: 21.07.2018.

62. Nota 11: *Vide* o seminal Processo TEDH *Soering vs. UK*, 07.07.1989. *Vide* o artigo 19º(2) da CDFUE.

prática de atos violentos ou maus-tratos, pela prestação de condições de reclusão degradantes, bem como pela omissão da eliminação dos precedentes atos; a reclusão em estabelecimento sobrepovoado, que não respeite as áreas mínimas por recluso, constitui uma violação do artigo 3º, mesmo que a administração prisional não tenha querido tratar de forma menos positiva o recluso.

Qualquer avaliação deverá ser casuística, atendendo às circunstâncias concretas: mesmo uma cela com área superior à mínima pode incumprir a norma mencionada, caso as condições físicas se mostrem negativamente condicionantes (iluminação natural, arejamento, condições sanitárias, limpeza).

O problema da sobrepopulação prisional tem atormentada a realidade europeia: já em 1999 o Comité de Ministros havia aprovado a Recomendação (99) 22, tendo em 2016 elaborado o Livro Branco que utiliza a precedente Recomendação como base de trabalho, definindo os princípios gerais, partindo da pena privativa de liberdade como medida de *extrema ratio* e definindo os seus máximos, promovendo a descriminalização e a diminuição da gravidade das sanções; mais do que se debruçar apenas sobre as áreas mínimas das celas, destaca a necessidade de manutenção de boas condições de higiene (com acesso a chuveiros com água quente, privacidade nas instalações sanitárias, acesso a artigos de higiene pessoal) e acesso a serviços de saúde (com pessoal médico e de enfermagem qualificado em número suficiente, sem redução de qualidade em face dos serviços prestados à população geral e com cobertura horária adequada, sem delongas no acesso a cuidados de urgência).

A questão que se coloca é se, atento todo o exposto, conhecida a realidade prisional, esta sustentará a recusa na execução de um MDE para um Estado cujo sistema prisional padeça dos males elencados – e casuisticamente se mostrem fora de qualquer justificação passível de aceitação – por violação de direitos humanos.

5. Recusa de execução do mandado de detenção europeu com fundamento na proteção de direitos humanos: o cumprimento de pena de prisão

O artigo 3º da CEDH proíbe a tortura, bem como quaisquer outros tratamentos ou punições desumanas ou degradantes; os artigos 1º e 4 da CDFUE declaram a inviolabilidade da dignidade do ser humano e a proibição da tortura e dos tratamentos ou penas desumanos ou degradantes. O artigo 1º n. 3 da DQ determina que o diploma mantém a obrigação de "respeito dos direitos fundamentais" e pelos "princípios jurídicos fundamentais" que promanam do artigo 6º TUE.

Da leitura combinada dos artigos 3º n. 2 TUE e 67º n. 1 TFUE resulta que a UE se pretende desenvolver como "espaço de liberdade, de segurança e de justiça", assegurando o respeito dos direitos fundamentais "e tradições jurídicos dos Estados-Membros".

No §1 do n. 1 do artigo 6º TUE prevê-se que a UE reconhece os "direitos, as liberdades e os princípios enunciados" na CDFUE e do n. 3 resulta que os direitos fundamentais garantidos pela CEDH[63] e aqueles que "resultam das tradições constitucionais comuns aos EstadosMembros" integram o normativo comunitário; a CEDH providencia por um patamar mínimo de proteção, inviolável pela CDFUE.

A proteção dos "direitos, as liberdades e os princípios" da CDFUE e CEDH não se podem restringir à "omissão de violações; antes os seus destinatários devem implementar uma estrutura e mecanismos processuais que garantam uma eficaz proteção" daqueles[64].

O artigo 82º TFUE estatui que a cooperação judiciária em matéria penal "assenta no princípio do reconhecimento mútuo" e o artigo 1º n. 2 da DQ determina que a execução do MDE é feita "com base no princípio do reconhecimento mútuo".

O princípio do reconhecimento mútuo implica a (em principio, automática) execução do MDE, posição defendida pelo TJUE (entre outros) nos Processos C-261/09, C-396/11 e C-399/11 e no Processo C-388/08[65].

Da análise combinada dos artigos 1º n. 3, 5º ("Garantias a fornecer pelo Estado-Membro de emissão em casos especiais") e 6º ("Determinação das autoridades judiciárias competentes") da DQ resulta que, verificando-se determinadas circunstâncias, a autoridade judiciária competente do Estado de execução pode/deve suspendê-la até receber informações complementares do Estado de emissão, de molde descartar a existência de risco real de sujeição do "detendo" a tratamento desumano ou degradante.

63. No § 53 do Acórdão do Processo Advocaten voor de Wereld VZW vs. Leden van de Ministerraad, C-303/05, de 03.05.2007, o TJUE decidiu, que "devem ser respeitados os direitos fundamentais e os princípios fundamentais" previstos no artigo 6º TUE, em conformidade com a norma do artigo 1º n. 3 da DQ.

64. SCHALLMOSE, Nina Marlene. The European arrest warrant and fundamental rights risks of violation of fundamental rights through the EU framework decision in light of the ECHR. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Maastricht, 22, 2014. p. 152.

65. "O princípio do reconhecimento mútuo [...] significa que, nos termos do artigo 1º n. 2 da DQ, o Estado Membro está em princípio obrigado a executar. Podem ou devem recusar a execução apenas nos casos elencados nos artigos 3º e 4º".

Quanto ao que seja o "tratamento desumano" e o "tratamento degradante", poderemos seguir Rodrigo Azambuja Martins[66]: ambos partilham de um "mínimo grau de severidade" objetiva e subjetiva, ultrapassando a mera "dureza" e não caracterizando "tortura" nos termos do artigo 1º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, devendo a avaliação ser casuísta e temporalmente adequada; o "tratamento desumano" causa à vítima "pelo menos sofrimento agudo – físico ou mental", ao passo que no "tratamento degradante" a vítima é "afetada de forma grave em sua personalidade", sentindo-se inferiorizada ou humilhada, praticando "atos em violação da sua consciência".

No grupo de Processos Torregiani e Outros vs. Itália[67], o TEDH assinalou que condições que não sejam, elas próprias, desumanas ou degradantes, constituindo um sofrimento adicional e mesmo sem o objetivo de humilhar ou aviltar os reclusos, apresentando uma intensidade superior e necessária à privação de liberdade, violarão o artigo 3º CEDH: Torregiani e outros dois reclusos cumpriam pena numa cela de 9 m^2 (logo, o espaço individual ficava abaixo do patamar aceitável de 4 m^2 definido pelo Comité de Prevenção de Tortura), sublimado as más condições pela ausência de água quente em largos períodos de tempo, inadequada ventilação e iluminação; Ghisoni e outros reclusos cumpriam pena numa cela individual, em estabelecimento com capacidade para 178 reclusos mas que albergava 415.

Estatuiu o TEDH que, "não cabendo ao Tribunal determinar aos Estados a sua escolha de política penal e organização de sistema penitenciário", teria o Governo italiano um ano para "implementar uma solução interna eficaz ou uma combinação de soluções, adequada e suficiente" no respeito pela CDEH para resolver o problema da sobrepopulação prisional[68].

No grupo de Processos Varga e Outros vs. Hungria[69], o TEDH concluiu serem degradantes as condições em função do reduzido espaço disponível por recluso

66. Extradição e pena de morte: análise de três casos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 24, n. 4, out.-dez. 2014. p. 529-530.

67. Processos 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, de 08.01.2013.

68. Podemos referir que a Itália apresenta uma sobrepopulação prisional de 105,6%, quando em 2009 era de 148,2%, o que demonstra (pelo menos estatisticamente) uma significativa redução deste problema.

69. Processos 14097/12, 45135/12, 73712/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13, de 10.03.2015.

(que variava entre 1,5 e 3,3 m^2, tendo Varga permanecido três anos numa cela com 2,86 m^2 por recluso), agravado pela falta de privacidade na utilização das condições sanitárias, insuficientes condições para dormir, infestação de insectos, insuficiente ventilação e restrição na utilização dos chuveiros ou do tempo fora da cela; ao Governo magiar foram concedidos seis meses para implementação de medidas, de forma a garantir a conformidade com a CEDH e a eliminação dos problemas resultantes da sobrepopulação.

Os mais emblemáticos são os Processos Aranyosi e Căldăr aru[70]: emitidos MDE e detetados os cidadãos (húngaro e romeno) na Alemanha, considerou o tribunal regional de Bremen que as condições de reclusão às quais aqueles seriam submetidos violariam direitos fundamentais, sobretudo previstos na CDFUE e que proíbem tratamentos e punições desumanos ou degradantes – havendo já prévia jurisprudência do TEDH a determinar a violação de direitos fundamentais pela violação de direitos humanos em razão da sobrepopulação prisional.

O TEDH decidiu que não seria suficiente para recusar a execução a identificação de risco de tratamento desumano ou degradante, atentas as condições de reclusão no Estado de emissão; importava demonstrar a existência de fundamentos substanciais para crer que o "detendo" será exposto a tal risco conforme as concretas condições de reclusão – para proceder a tal avaliação as autoridades responsáveis no Estado de execução devem pedir às do Estado de emissão, com caráter de urgência, toda a informação necessária.

Se, à luz de tal informação ou outra disponível, existir para aquele concreto "detendo" um risco real de tratamento desumano ou degradante, não deve haver lugar à execução até obtenção de adicional informação quanto à forma de eliminação daquele – se o não puder ser num período de tempo razoável, deve a autoridade judiciaria do Estado de execução do MDE decidir se o processo deve cessar.

É de assinalar que o TEDH, no Processo Saadi vs. Itália[71], §131, relativamente à prova de existência de "risco real de tratamento desumano ou degradante" e de violação dos "direitos [...] liberdades e [...] princípios", admite "Relatórios de organizações internacionais independentes de defesa de direitos humanos como a Amnistia Internacional".

Dignas de realce são as Conclusões, no Processo Conjunto, do Advogado-Geral Yves Bot[72]: começa por avaliar se podem ser transpostas para o domínio da

70. Processos C-404/15 e C-659/15 PPU, de 05.04.2011.

71. Processo 37201/06, de 28.02.2008.

72. Disponível em: [https://goo.gl/2Xd2UD]. Acesso em: 21.07.2018. p. 7 ss.

execução de MDE as regras do procedimento de asilo (debruçando-se sobre os Processos C411/10 e C493/10, 21.11.2011[73]), concluindo negativamente.

Sustenta a sua posição em três grandes argumentos: o Considerando 13 da DQ afasta a aplicação do princípio relativo a afastamento e expulsão decorrente do Acórdão do TJUE; a Diretiva que regula o asilo não quis abarcar o "detento" no âmbito de previsão (apartando processo de asilo e MDE, neste reforçando a substituição da extradição "por uma cooperação judiciária baseada no reconhecimento e na confiança mútuos", como previsto no Considerando 7 da DQ); os objetivos de processo de asilo e MDE divergem, destinando-se este a assegurar a perseguição penal dos autores dos crimes e o primeiro a garantir a proteção solidária de quem foge de graves crimes e precisa ser protegido fora do seu Estado, numa "análise de natureza puramente administrativa" de atribuir asilo ou afastar da EU (sendo o primeiro uma relação entre órgãos judiciários de Estados-Membros).

Conclui também que "uma transposição do princípio desenvolvido pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão N.S [...] implicaria [...] uma paralisia do mecanismo instituído [...] pela decisão-quadro".

Apela ao Considerando 10 da DQ, que permite a suspensão da execução do MDE em caso de "violação grave e persistente" se o Estado de emissão violar os "princípios enunciados" no artigo 6º n. 1 TUE[74] (mas mais tarde explicitando em que termos).

Refere que o TJUE faz uma interpretação estrita do princípio do reconhecimento mútuo: perante ao recebimento de MDE a autoridade judiciária deve executar de forma automática, a menos que verificados os motivos dos artigos 3º e 4º e sob condições nos termos do artigo 5º – no Processo C-123/08, 06.10.2009,

73. Disponível em: [https://goo.gl/AOJAZj]. Acesso em: 21.07.2018: quando um Estado-Membro analisa um pedido de asilo de cidadão fora da UE as normas aplicadas têm em vista os artigos 6º TUE e 51º CDFUE, inexistindo "presunção inilidível segundo a qual o EstadoMembro designado como responsável [...] respeita os direitos fundamentais da União Europeia", ademais impondo o artigo 4º CDFUE que se não transfira o requerente de asilo "quando não possam ignorar que as falhas sistémicas do procedimento [...] e das condições de acolhimento dos requerentes [...] constituem razões sérias e verosímeis de que o requerente corre um risco real de ser sujeito a tratos desumanos ou degradantes" – a demora de prestação de informações pode determinar que o "não transferente" examine ele próprio o pedido de asilo.

74. Haverá "violação persistente" em caso de "repetição sistemática de casos individuais de violação [...] pelo mesmo tipo de violação durante um certo lapso de tempo [...] sem [...] extrair as respetivas ilações práticas".

o TJUE instou mesmo a que fossem limitadas "as situações em que podem recusar executar um mandado de detenção europeu, convidando estes últimos a não aproveitarem necessariamente as possibilidades que lhes confere o artigo 4º" e mesmo "por mais importante que seja o objetivo de reinserção social da pessoa procurada".

Relativamente ao princípio da confiança (que reforça o reconhecimento mútuo), afirma que todos os Estados-membros devem respeitar os direitos fundamentais e é esse laço comum que fundamenta o disposto no Considerando 10 da DQ (na leitura combinado com os artigos 6º n. 1 e 7º n. 1 e 3 TUE).

Menciona que um fundamento de recusa de execução "baseado no risco de violação" de direitos fundamentais do "detendo" iria fazer perigar "seriamente a relação de confiança em que deve assentar a cooperação entre juízes visada pela decisão-quadro, frustrando o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais".

Tendo os Estados-Membros da UE problemas de sobrelotação prisional generalizada, aceitar aquele argumento equivaleria "introduzir uma exceção sistemática [...] o que conduziria à paralisação do mecanismo do mandado de detenção europeu": a sistemática sobrepopulação prisional não importa uma automática violação de direitos humanos e suspensão da execução do MDE.

Complementando a posição de Bot, podemos mobilizar o Processo TEDH [2010] 2076, no qual se determina que "o juiz não precisa examinar a questão" quando as condições do sistema prisional consubstanciarem um obstáculo, "salvo em circunstâncias excecionais que atentem contra a ordem legal do Estado de emissão (por exemplo, golpe de Estado ou processo revolucionário)".

Por outras palavras, parece Yves Bot defender que, levando a cabo o "controlo adequado" (Considerando 8 da DQ), mesmo que detete um "risco real" de sujeição do "detendo" a condições desumanas ou degradantes na execução da pena de prisão no Estado de emissão, deve a autoridade judiciária executar o MDE.

Todavia aponta ressalva à pura automaticidade: tendo previamente o TEDH declarado a "deficiência sistémica das condições de detenção no EstadoMembro de emissão", poderá o Estado de execução avaliar a existência de risco de violação de direitos fundamentais no cumprimento da pena naquele Estado, numa ponderação assente num juízo de proporcionalidade.

Yves Bot termina de forma lapidar, assumindo que a posição que defende "equivale [...] a pedir (ao TJUE) que atue como faria um tribunal de direitos humanos. No domínio do direito penal, afigurasenos que esta abordagem deverá mais tarde ou mais cedo ser considerada".

E conclui: "Deveria ser inútil repetir que cada um dos Estados-Membros está obrigado a garantir o respeito dos direitos fundamentais nos termos do artigo 6º TUE [...] esta obrigação impõe-se, a título não só da confiança mútua mas também do princípio da cooperação leal".

O Advogado-Geral, nas Conclusões dos Processos C-404/15 e C-659/15 PPU, menciona que a fundamentação da recusa de execução de MDE com base na prova de "risco real de tratamento desumano ou degradante" no cumprimento de pena em estabelecimento prisional do Estado de emissão de MDE equivaleria à transformação da atuação (do TJUE) em "tribunal de direitos humanos", diversa da sua natureza.

Concordamos que a autoridade judiciária do estado de execução possa e deva suster e mesmo recusar a execução de MDE verificando-se o "risco real", com base nos argumentos que expendemos previamente.

Todavia, parece-nos que o próprio Direito Comunitário já qualifica o TJUE como instrumento de proteção legal nessa área: a alínea a) do §1 do artigo 267º TFUE determina que o TJUE tem competência para decidir acerca da "interpretação dos Tratados", bem como [alínea b)] sobre a "validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União".

Assinalámos que o artigo 6º n. 2 e 3 TUE determina a adesão à CEDH e que fazem parte do Direito Comunitário (também no âmbito da cooperação na área penal), os "direitos fundamentais" nela consagrados[75] – entre os quais se contam, artigo 3º, o direito de não ser submetido "a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes".

Determina ademais, na 1ª parte do n. 1, que a UE reconhece os "direitos, as liberdades e os princípios" da CDFUE, nomeadamente o direito à "integridade física e mental" (artigo 3º) e de não ser "submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes" (artigo 4º).

Resulta do §3 do n. 1 do artigo 6º TUE que "direitos [...] liberdades e [...] princípios" da CDFUE devem ser interpretados nos termos "do Título VII", artigos 51º e seguintes CDFUE. Prescreve o artigo 51º n. 1 que os "direitos [...] liberdades e [...] princípios" se destinam a todos os "instituições, órgãos e organismos" da EU, bem como aos "Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União" – incluindo o TUE e o TFUE, com a previsão de proteção de direitos fundamentais, nomeadamente atinentes ao cumprimento de penas em

75. E os direitos fundamentais "tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros".

estabelecimentos prisionais (que não podem ser marcadas por tratamento "desumano ou degradante")[76].

A nossa posição também se fundamenta no n. 5 do artigo 52º CDFUE, pois que os princípios decorrentes da Carta podem ser aplicados executiva e legislativamente pela estrutura da UE ou Estados-Membros – o Direito Comunitário é também Direito nacional.

Estando em causa a legalidade de um desses atos – pense-se na inexistência de previsão de motivo de não execução automática de MDE por existência comprovada de risco real de tratamento desumano ou degradante de um recluso em estabelecimento penitenciário do Estado de emissão (nomeadamente por sistemática sobrepopulação prisional, prévias condenações no TEDH e inação na melhoria das circunstâncias) – podem os princípios ser invocados perante o TJUE para interpretar a inação, fiscalizar a sua legalidade e, eventualmente, tomar uma posição ativa nesse sentido.

Relevantíssimo para o que nos move, é a 2ª parte do §1 do n. 1 do artigo 6º TUE: os "direitos, as liberdades e os princípios" da CDFUE têm o "mesmo valor jurídico que os Tratados". Sendo assim, o TJUE está estatutariamente capacitado para avaliar se numa dada situação se o MDE viola o direito da EU e não como última medida mas em primeira linha – sendo certo que processualmente não existe a possibilidade de ser o próprio "detendo" a recorrer ao órgão, podendo porém o órgão nacional reenviar a questão para decisão prejudicial do TJUE.

E, recordando que o Direito Comunitário é também Direito nacional, os próprios julgadores nacionais têm ao seu dispor a panóplia de instrumentos que do primeiro resultam, estando à sua disposição para julgar.

Nos termos dos § 2 e § 3 do artigo 267º TFUE, colocado perante uma questão de interpretação dos Tratados (na interpretação lata que defendemos, incluindo os "direitos, liberdades e princípios" da CDFUE, os "direitos fundamentais" da CEDH e as "tradições jurídicas dos Estados-Membros") e/ou atos legislativos/executivos da estrutura da UE, o "órgão jurisdicional" do Estado-Membro pode

76. No Acórdão TJUE no Processo C-617/10, de 26.02.2013, §29, foi decidido que "quando um órgão jurisdicional de um Estado-Membro é chamado a fiscalizar a conformidade com os direitos fundamentais de uma disposição ou de uma medida nacional que, numa situação na qual a ação dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelo direito da União, aplica o direito da União na aceção do artigo 51º n. 1 [...] as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União".

pedir ao TJUE para se pronunciar quando a questão é importante para o julgamento do processo nacional, tendo obrigatoriamente que o fazer quando seja o último grau de recurso.

O mesmo é dizer: quando o "detendo", nos termos do artigo 14º da DQ, "não consentir na sua entrega" e, quando ouvido pela "autoridade judiciária de execução", invocar que a execução do MDE para cumprimento de pena no Estado de emissão comporta um "risco real de tratamento desumano ou degradante" porque (nomeadamente) existe jurisprudência do TEDH assinalando a crónica/sistemática sobrepopulação prisional e os prazos concedidos para melhoria das condições não produziram ganhos de qualidade, a "autoridade judiciária de execução", nos termos do artigo 15º, pode solicitar ao Estado de emissão urgentes "informações complementares".

Deverá suster a execução do MDE as "informações complementares" prestadas não eliminarem o risco, seja, se o Estado de emissão não conseguir comprovar sem dúvidas que os direitos humanos fundamentais do "detendo" serão respeitados pelo seu sistema prisional qualquer que seja o concreto estabelecimento de reclusão, inexistindo qualquer "tratamento desumano ou degradante" independentemente da existência (nacional) de sobrepopulação prisional[77], e respeitando sendo os "direitos, as liberdades e os princípios" da CDFUE, da CEDH, dos Tratados (e os que decorrem das tradições dos Estados-Membros).

Deverá cessar a execução quando o Estado de emissão não fornece, de todo, as solicitadas "informações complementares", desde logo; mas também quando, tendo previamente concedido o TEDH ao Estado de emissão prazo para alteração da situação fática, a mesma se não verifique e se mantiver a (nacionalmente generalizada) sujeição, na execução de penas de prisão, a condições ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Executado o MDE e concretizado o citado "risco real", seja, havendo sujeição do recluso a tratamento cruel, desumano e/ou degradante na execução da pena em estabelecimento prisional no Estado de emissão do MDE, terão que se extrair as devidas consequências, quer para o Estado de emissão, quer para o Estado de execução.

No que concerne ao primeiro, nos termos dos n. 2 e 3 do artigo 7º TUE, deverá ser iniciado processo (político) que vise a imposição de suspensão de

77. E dos problemas direta e/ou indiretamente correlacionados com ela: espaço livre disponível por recluso em cela; higiene pessoal e do estabelecimento; instalações sanitárias e privacidade; qualidade do ar, água e alimentar; segurança do estabelecimento e pessoal; profilaxia de doenças infeto-contagiosas.

direitos – incluindo, por maioria de razão, a perda de voto; parece que esta sanção é demasiado gravosa para o Estado de execução, mas devem ser criados mecanismos que os co-responsabilizem quando contrariem a letra e espírito das normas protetoras de direitos humanos na execução de pena de prisão.

Quando se verifique existir um conluio entre Estado de emissão e de execução assente em motivos torpes – raciais, étnicos, religiosos, políticos (ou desta natureza) – as sanções deverão ser idênticas e a perda do direito de voto parece ajustado, sendo a decisão emitida com base em um juízo casuístico e proporcional.

O Comité das Liberdades Cívicas, Justiça e dos Assuntos Internos do Parlamento Europeu[78] defendeu que deveria existir um "motivo de não execução obrigatória" de MDE quando existam substanciais fundamentos de que a execução colide com o artigo 6º da CDFUE.

Em face do que expusemos, parece que a própria arquitetura legislativa já impõe a não execução obrigatória do MDE verificando-se o risco de lesão dos "direitos [...] liberdades e [...] princípios" da CDFUE, dos "direitos fundamentais" da CEDH ou tradições jurídicas dos Estados-Membros, o "risco real de tratamento desumano ou degradante" – embora mitigada e, quiçá, corporizada num híbrido mais próximo do regime estatuído no artigo 5º da 2002/584/JAI ("Garantias a fornecer pelo Estado-Membro de emissão em casos especiais").

Não consideramos que tal previsão colidiria com o princípio do reconhecimento e confiança mútuos, antes seria deles decorrente e constituiria um sinal claro (do reforço) da importância dos direitos humanos no espaço comunitário; e seria um corolário mesmo do princípio do reconhecimento mútuo, assente na indispensável confiança entre os Estados-Membros da defesa de basilares valores comuns.

Defendemos, por último, a criação de um recurso para o TJUE nas situações de decisão judicial de entrega em execução de MDE que analisamos – que não eliminam a sua cumulação com os recursos nas ordens jurídicas internas.

Qualquer que seja o formato de tal recurso, certo é que terá que ter natureza "urgentíssima" – não se pode coadunar com tramitações que, na perspetiva mais optimista, "só" demoram quatro meses – e terá que possuir efeito suspensivo, atento o potencial (ou concretizado) efeito lesivo de direitos fundamentais.

Qualquer consagração obrigará a alterações no Estatuto e Regulamento do TJUE, quiçá a criação de uma nova câmara, com o consequente reforço de meios humanos e técnicos, bem como acréscimo no seu orçamento.

78. Comunicado de Imprensa "Reformas do Mandado de Detenção Europeu têm que garantir o respeito pelos direitos fundamentais", 13.01.2014.

O formato pode oscilar entre a consagração do recurso apenas esgotada a via recursal interna (sempre com efeito suspensivo) ou, ao invés, um recurso *per saltum* para o TJUE diretamente da decisão judicial de entrega – importante sendo não subverter a natureza especial do TJUE e não se tornar a ação deste tribunal ineficaz em razão do acréscimo (que se prevê de dezenas ou centenas anualmente) de processos de recurso[79].

Solução a ser articulada com uma formação mais intensiva e sensibilização das autoridades judiciárias de execução de MDE no que concerne à estrutura jurídica comunitária, nomeadamente aos mecanismos e instrumentos da DQ, poderes/deveres próprios de apreciação do "risco real de sujeição a tratamento desumano ou degradante" e coordenação com autoridades judiciárias do Estado de emissão.

Sendo a UE sempre pensada por e para Estados-Membros, curial se mostra não desconsiderar os seus cidadãos e colocá-los no topo da pirâmide de prioridades a salvaguardar na construção das políticas comunitárias: em última linha são os seus interesses que estão em jogo, são eles os potencialmente lesados como o não cumprimento pelos Estados das normas comunitárias e internacionais.

E, a não esquecer: são realmente eles que compõem o *espaço de liberdade segurança e de justiça*.

6. Considerações finais

O princípio do reconhecimento mútuo é a "pedra de toque" da arquitetura de cooperação judiciária comunitária em matéria penal; tal reconhecimento pressupõe uma indispensável relação de confiança entre os Estados-Membros, confiança que tem que ser permanentemente reforçada, desde logo pelo cumprimento dos ditames legais.

No domínio da execução da pena a confiança é uma de sistema: a garantia, resultante de "informações complementares", prestadas à autoridade judiciária de execução, embora relativa a um concreto (futuro) recluso, não é específica de um estabelecimento prisional porquanto não se sabe onde irá o mesmo cumprir pena.

Sendo, acima de tudo, uma garantia político-administrativa, maiores cuidados necessariamente terão que existir, critérios mais apertados terão que ser utilizados

79. Poderemos mesmo ser tentados a afirmar que ambas as vias poderão não ser mutuamente excludentes, admitindo-se um recurso *per saltum* e também a possibilidade de recurso esgotada a via interna – certo sendo, temos que recordar, que o efeito de caso julgado e as questões prejudiciais decisórias teriam que ser objeto de um estudo pormenorizado

e mais intensiva tem que ser a atividade inspectiva de administrações penitenciárias, não apenas pelo Conselho da Europa mas por órgãos próprios da União.

O reforço das condições de execução de pena em estabelecimento prisional – com linhas de financiamento comunitário para construção de novos estabelecimentos prisionais e reformulação dos existentes, reorganização de serviços médicos e educativos, formação de pessoal penitenciário – tem que ser uma clara aposta política da UE; a forma como são tratadas as franjas mais vulneráveis (e os reclusos são-no) da população verdadeiramente define os sistemas políticos e a UE claramente tem soçobrado neste campo.

Imposição já resultante do Direito comunitário, necessitando embora de afinamentos, a recusa de execução de MDE perante a existência de risco real de sujeição a tratamento degradante ou desumano na execução de pena no Estado de emissão não se poderá bastar com uma afirmação teórica: exige-se uma mudança das mentalidades, um controlo judicial mais apertado, o sancionamento dos Estados incumpridores.

Para respeito de direitos fundamentais. Para afirmação de um real espaço de "liberdade, segurança e de justiça".

Referências bibliográficas

COSTA, João Pedro Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo. *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015.

EUROPEAN LAWYERS FOUNDATION. *EAW – Rights – Analysis of the Implementation and operation of the European Arrest Warrant from the point of view of defence practitioners*. Brussels: Council of Bars and Law Societies of Europe, 2016.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Criminal detention and alternatives:* fundamental rights aspects in EU cross-border transfers. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

GARLICK, Paul. The European Arrest Warrant and the ECHR. *Handbook on the European Arrest Warrant*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KLIMEK, Libor. European Arrest Warrant: procedural instrument for public order enforcement in the EU's area of freedom, security and justice. In: BELOHLAVEK, A. J.; ROZEHNALOVA, n. *Czech Yearbook of International Law 2012*. Huntington: Juris Publishing, 2012.

LARSEN, Lars Bay. Some reflections on mutual recognition in the area of freedom, security and justice. *Constitutionalising the EU Judicial System:* essays in honour of Pernilla Lindh. ed. Pascal Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl. London: Hart Publishing, 2012.

MARTINS, Rodrigo Azambuja. Extradição e pena de morte: análise de três casos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 24, n. 4, out.-dez. 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O mandado de detenção europeu: na via de construção de um sistema penal europeu: um passou ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1, jan.-mar. 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SCHALLMOSE, Nina Marlene. The European Arrest Warrant and fundamental rights risks of violation of fundamental rights through the EU framework decision in light of the ECHR. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Maastricht, 22, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El Enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais, de Pedro Caeiro – *RBCCrim* 107/201-228 (DTR\2014\1554);
- Direito processual penal. Cooperação jurídico-penal internacional. Extradição. Princípio da especialidade, de Helena Regina Lobo da Costa – *RBCCrim* 99/398-428 (DTR\2012\451024);
- Mandado Mercosul de captura: novo instrumento, velho pensamento, de Arthur Levy Brandão Kullok – *RBCCrim* 113/441-475 (DTR\2015\3612); e
- Prisão do extraditando no ordenamento jurídico brasileiro: novas perspectivas, de Victor Roberto Corrêa de Souza – *RDCI* 83/335-352 (DTR\2013\3055).

O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos

Criminal law as a right to freedom: its liberal origins and contemporary challenges

Frederico Horta

Doutor em Direito pela UFMG (2013). Mestre em Ciências Penais pela UFMG (2006). Professor Adjunto de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do corpo docente permanente do programa de pós-graduação em Direito da UFMG. Artigo produzido com financiamento da Pró-Reitoria de Pesquisa da UFMG, pelo programa institucional de auxílio à pesquisa de doutores recém-contratados– Edital n. 5/2016.
fredericohorta@ufmg.br

Recebido em: 24.08.2018
Aprovado em: 16.11.2018
Última versão do autor: 14.12.2018

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O artigo trata da contribuição da filosofia liberal individualista dos séculos XVIII e XIX, em especial, da teoria do Estado do Iluminismo, para a formulação das bases fundamentais do direito penal dos Estados de Direito: os princípios da legalidade, da lesividade, da autonomia individual e da culpabilidade. Analisa a importância da teoria do contrato social para a fundamentação e limitação do poder de punir e suas repercussões nesses princípios elementares. Expõe-lhes o conteúdo essencial e relaciona a legalidade da lei penal, a sua orientação para a proteção exclusiva de bens jurídicos e o conteúdo material da culpabilidade à liberdade do cidadão, como razão de ser do Estado. Ilustra, por fim, a partir de problemas específicos do direito penal contemporâneo, a importância dos princípios examinados e alguns sensíveis obstáculos à sua eficácia.

Abstract: The article deals with the contribution of the individualistic liberal philosophy of XVIII and XIX centuries, and especially with the theory of the State from the Enlightenment, to the foundation of the fundamental bases of the power to punish in the Rule of Law: the principle of legality, the Harm Principle, the respect for individual autonomy and the principle of culpability. It analyzes the importance of the social contract theory for stablishing the grounds and the limitation of the power to punish and its repercussions on these elementary principles. The present study sets out its essential content and relates the legality of the criminal law, its orientation to the exclusive protection of legal goods and the material content of the culpability to the freedom of the citizen, as the raison d'être of the State. Finally, it illustrates the importance of the principles examined and some relevant obstacles to their effectiveness, based on problems that are specific to the contemporary criminal law.

Horta, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 155. ano 27. p. 51-70. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

Palavras-chave: Liberalismo político – Contrato social – Legalidade penal – Lesividade – Culpabilidade.

Keywords: Political liberalism – Social contract – Legality of the penalty – Harm principle – Culpability.

Sumário: 1. Introdução. 2. Liberalismo político e princípios do direito penal. 3. Punir a partir da liberdade: o princípio da legalidade. 4. Punir em nome da liberdade: os princípios da lesividade e da autonomia. 5. Punir em razão da liberdade: o princípio da culpabilidade. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O direito penal brasileiro tem na tradição liberal os seus valores de berço, ainda que conspurcados pela ordem escravocrata que marcou a sua concepção. Já a primeira Constituição brasileira, de 1824, e o primeiro Código Penal da nação, o de 1830, consagravam, ainda que com reduzida eficácia, os traços fundamentais que a filosofia política liberal clássica reivindicava para um legítimo direito penal. A anterioridade da lei penal e a pessoalidade da responsabilidade penal tinham acento na Constituição e no Código. Neste, constava, ainda, a proibição de se castigar alguém "pelos crimes que contra si mesmo" cometesse, enquanto a Constituição vedava as penas cruéis. Esta vedação, todavia, não impedira o Código de cominar os açoites, limitados a 50 por dia, para os escravos.[1]

O primeiro ordenamento penal do Brasil rendia homenagens, assim, aos princípios da legalidade, da lesividade, da culpabilidade e, inclusive, da humanidade das penas, limitadores do poder estatal de punir, que constituem no seu conjunto um definitivo avanço civilizatório proporcionado pelo Iluminismo. Esses princípios atravessaram as Constituições brasileiras de forma explícita ou implícita, e com maior ou menor aderência da nossa legislação penal, mas de tal modo que constituem ainda o ideário elementar do direito penal brasileiro, como deve ser, aliás, em qualquer ordem jurídica erigida sobre a dignidade da pessoa humana.

Conhecidos e permanentes são, contudo, os desafios à efetivação desses princípios, e recorrentes ou cíclicas são as suas contestações. A pretensão de punir condutas socialmente indesejadas e reprováveis constantemente se opõe aos limites (inconvenientes?) da lei e desafiam ou pressionam o círculo da autonomia

1. Cf. ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. § 18, II, nm. 2. p. 424-426.

individual. Simultaneamente, a pretensão de prevenir determinados riscos e ofensas a bens jurídicos por meio da pena é, muitas vezes, é invocada em oposição à exigência de que a pena seja justificada em face do apenado, e não apenas por sua utilidade social. Essas pressões da pretensão ou do próprio poder punitivo sobre os princípios do direito penal são tão mais intensas quanto maior for o valor socialmente atribuído à pena, a confiança nas suas funções, o respaldo dos órgãos de persecução penal e a legitimidade atribuída ao Estado. Como essas variáveis se mostram especialmente dilatadas hoje em dia, e o clamor pela expansão e maior eficácia do direito penal encontra respaldo pela direita e pela esquerda, em quase todos os matizes do espectro político,[2] impõe-se um esforço de justificação dos princípios ou confirmação valor contemporâneo da legalidade, da ofensividade. Esse esforço passa sem dúvida pela compreensão das origens desses princípios na mentalidade e na tradição jurídica ocidental.

Pelo presente estudo, que se materializa como um ensaio sobre as matrizes liberais do direito penal brasileiro, pretende-se fazer uma breve genealogia desses princípios, destacando as suas origens na Filosofia Política do século XVIII, precisamente nas obras de Locke, Montesquieu e Beccaria, bem como alguns de seus desenvolvimentos no sec. XIX.

Não se pretende simplesmente passar em revista os princípios constitucionais penais, nem tampouco avançar na investigação dos seus conteúdos ou da sua eficácia na solução de problemas concretos. O que se pretende é bem mais modesto, mas não menos importante. Pretende-se lançar luz sobre o fundamento dos princípios da legalidade, da lesividade e da culpabilidade no reconhecimento da liberdade como um direito do homem e no compromisso originário do Estado com essa liberdade: um compromisso que, segundo a máxima de Montesquieu, implica punir apenas na medida da necessidade.

O objetivo de tratar da tradição liberal no direito penal é, portanto, perscrutar a sua essência constitucional, confirmando a hipótese de que o direito penal tem na liberdade o seu fundamento e a sua finalidade, devendo ser compreendido, não como um direito do Estado de punir, mas como um direito do cidadão à liberdade. Para tanto, empreendeu-se uma investigação jurídico-filosófica a partir de fontes bibliográficas, estabelecendo um diálogo entre obras clássicas do iluminismo e do liberalismo com textos doutrinários contemporâneas sobre

2. Identificando esse fenômeno nos debates parlamentares em torno do projeto do Código Penal espanhol de 1995, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expanción del derecho penal*: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: IBde f, 2008. p. 70-71.

o conteúdo dos princípios jurídico-penais analisados, nos direitos brasileiro e comparado. O texto procura, primeiramente, identificar a elaboração e a fundamentação dos princípios da legalidade, da exclusiva proteção de bens jurídicos ou da lesividade, da autonomia individual e da culpabilidade no bojo da filosofia política liberal e da chamada Escola Clássica do Direito Penal. Depois, indica seus fundamentos constitucionais na ordem jurídica brasileira. Finalmente, para demonstrar ou ilustrar a atualidade do ideário liberal, são apresentadas algumas das vicissitudes, crises e desafios opostos aos mencionados princípios no direito penal contemporâneo.

2. Liberalismo político e princípios do direito penal

A justificação e a limitação do poder de punir, que é uma manifestação elementar da soberania estatal, compõem o rol das preocupações primazes do liberalismo político, que, desde o final do século 17 e ao longo do século 18, procurou restabelecer as bases dessa soberania, reconhecendo a sua fonte e razão de ser na autonomia individual e na própria vontade dos indivíduos sujeitos ao poder do Estado, em nome da sua liberdade. O pacto que fundamenta o Estado, segundo as versões liberais da teoria do contrato social, dá-se em favor da liberdade individual, para potencializá-la, segundo John Locke,[3] ou para viabilizá-la, segundo Jean Jacques Rousseau.[4]

3. "Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade" (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis – RJ: Vozes, *s.d.*, Capítulo IX, nm. 123).

4. "Poder-se-ia, em prosseguimento do precedente, acrescentar à aquisição do estado civil a liberdade moral, única a tornar o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, posto que o impulso apenas do apetite constitui a escravidão, e a obediência à lei a si mesmo prescrita é a liberdade" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, *s.d.* Cap. VIII, p. 31).

A liberdade seria um direito inato do homem, prejudicado ou mesmo inviabilizado, contudo, enquanto os homens não lhe opõem outro limite que não o das próprias forças. Nesse contexto, se impõe, sempre, a vontade do mais forte; vale a sua lei, que nada mais é que um ato de violência a subjugar o mais fraco, espoliando-o da sua liberdade natural.[5]

O contrato social, que legitima o Estado, é a explicação encontrada para justificar o poder exercido sobre todos, como expressão e resultado da liberdade de cada um. Por meio dele, segundo a formulação de Locke, os homens renunciam à sua liberdade natural – insegura e precária –para formar a sociedade civil, sujeitando-se às leis comuns, a um juízo imparcial que resolva os conflitos segundo essas leis, bem como à força coletivamente concedida ao governo para fazer valer essas leis e castigar o seu descumprimento. E o fazem para garantir, por meio de leis às quais todos se sujeitam, e cuja observância pode ser igualmente cobrada de todos, justamente, o que é próprio de cada um: a vida, a liberdade e seus bens.[6]

Na medida em que se fundamenta a autoridade do Estado num contrato, entabulado para garantir a vida, a liberdade e os bens de cada indivíduo sujeito à sua autoridade, chega-se a algumas conclusões necessárias. A primeira, de que o poder do Estado é estabelecido pelas leis, que são como cláusulas do contrato. A segunda, de que as leis devem estar ao alcance de todos e estabelecer com clareza os limites das liberdades de cada um e do próprio Estado. A terceira, de que as proibições legais dirigidas aos cidadãos, assim como a imposição de penas a quem as violar, só se justificam para proteger os direitos dos demais; e a quarta, de que os males da pena só se podem impor sobre quem livremente tenha descumprido a lei. As duas primeiras conclusões correspondem ao princípio da legalidade; a terceira, ao princípio da lesividade; e a quarta, ao princípio da culpabilidade.

3. Punir a partir da liberdade: o princípio da legalidade

A lei penal, ao proibir as condutas que sejam ofensivas aos direitos dos outros cidadãos, sob ameaça de determinadas penas, a serem impostas pelo Estado

5. Enquanto o poder é fundado na força de um sobre os outros, ele desafia permanentemente a rebelião. Segundo Rousseau, "Enquanto um povo é constrangido a obedecer e obedece, faz bem; tão logo ele possa sacudir o jugo e o sacode, faz ainda melhor; porque, recobrando a liberdade graças ao mesmo direito com o qual lha arrebataram, ou este lhe serve de base para retomá-la ou não se prestava em absoluto para subtraí-la" (ROUSSEAU. *Do contrato social*. Cap. I, p. 10).

6. LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Capítulo IX, nm. 124-127.

a quem violar suas proibições, cumpre dupla função. Por um lado, fixa os termos essenciais do pacto social, de modo a assegurar cada cidadão em face dos demais, nos limites do que se pode chamar liberdade política, como Montesquieu.[7] Por outro lado, a lei assegura cada cidadão em face do próprio Estado, já que, ao estabelecer quais condutas são puníveis e quais são as penas aplicáveis, ela veda a pena arbitrária. A lei faz com que o castigo não seja um mero ato de força, que recai como uma desgraça sobre o súdito, mas uma consequência previsível das suas ações e, assim, o objeto de uma possível escolha ou do seu consentimento.[8]

Essas duas funções confirmam a célebre frase de Montesquieu; "é da excelência das leis criminais que depende principalmente a liberdade do cidadão".[9] Mas quando se trata do princípio da legalidade, mira-se, especialmente, na liberdade do cidadão em face do Estado. Em vista desta é que Montesquieu exalta a estrita observância da lei para se sacrificar os bens, a honra ou a vida de um cidadão, inerente à constituição dos governos republicanos,[10] e Cesare Beccaria arremata, afirmando que o direito de estabelecer leis penais "não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade, ligada por um contrato social".[11]

Eis aqui o sentido mais imediato do princípio da legalidade, posteriormente sintetizado por Paul Johann Anselm v. Feuerbach na fórmula *nullun crimen nulla pena sine lege*.[12] Precisamente, reivindica-se que apenas a lei em sentido formal, produzida pelo Parlamento, seja fonte primária do direito de punir, e não o costume, os atos administrativos, a jurisprudência ou a doutrina. Só dessa forma as punições e seus pressupostos serão produto da autodeterminação do povo e

7. "No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida" (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Livro décimo primeiro, Cap. III, p. 166).
8. Remete-se aqui à teoria de Feuerbach, segundo a qual quem quer um fato para cuja realização a lei comina pena, quer ou consente também com a pena cominada ao fato, tal qual exposta por GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Trad. Paola Dropulich y José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015. Cap. I, 1.1, p. 52-55 e Cap. III, 2, 2.6, 373 et seq.
9. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Livro décimo segundo. Cap. II, p. 198.
10. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Livro sexto. Cap. III, p. 87.
11. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. Cap. III, p. 20.
12. Cf. GRECO. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Cap. I, 1.2.1, p. 55 *et seq*.

expressão da sua soberania. Por meio da lei escrita, ademais, os crimes e as penas se dão mais facilmente a conhecer, posto que reunidos numa mesma fonte de consulta. Esta singela possibilidade se revela esplendorosa no texto de Beccaria, quando ele festeja a utilidade da imprensa, por seu poder de fazer todo o público, e não apenas alguns particulares, depositário do sagrado código das leis.[13]

Estreitamente vinculada à reserva legal, na doutrina clássica, está a necessidade de que a lei penal seja apreciada por um juiz imparcial, devendo a jurisdição ser exercida por órgão estatal distinto daquele encarregado da acusação, a quem caberia de forma isenta aplicar a lei ao caso, por um juízo de subsunção rigorosamente vinculado à letra da lei; avesso à interpretação criadora. Como adverte Beccaria, na crença até certo ponto inocente de que a lei fosse imune à interpretação, mas com espantosa atualidade: "Não há nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotar esse axioma é quebrar todos os diques e deixar que as leis voguem à torrente das opiniões".

A indulgência com a liberdade interpretativa de cada Juiz faria "a sorte de um cidadão mudar de face ao transferir-se para outro tribunal, e a vida dos desgraçados estaria à mercê de um errôneo raciocínio, ou da bile de um juiz".[14]

Um dos métodos hermenêuticos que logrou ser reconhecidamente proibido com base nesse princípio foi o da analogia, quando empregada para estender o alcance da norma penal incriminadora a casos semelhantes, porém, não compreendidos no sentido literal do preceito. Trata-se daquele "raciocínio a mais", para além do silogismo perfeito, que o juiz faz "por sua conta", e a partir do qual, segundo Beccaria, tudo se torna incerto e obscuro.[15]

Naturalmente, que de nada adiantaria a legalidade das normas penais, se essas leis pudessem ser aplicadas retroativamente. Além de escrita, a lei penal há de ser prévia, pelo menos enquanto incrimina novas condutas ou agrava as penas que lhes correspondem. Isso é condição lógica para que, novamente recorrendo a Beccaria, o cidadão possa aquilatar por si próprio as consequências que deverão ter os atos que pratica, sobre a sua liberdade e os seus bens.[16]

A última condição lógica de eficácia da reserva legal, o quarto corolário do princípio da legalidade, é a clareza da lei. Leis penais não são profecias oraculares; não podem ser vagas e indeterminadas. Como pontua Montesquieu, "leis

13. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Cap. V, p. 26.
14. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Cap. IV, p. 22-23.
15. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Cap. IV, p. 22.
16. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Cap. V, p. 25.

não devem ser sutis, são feitas para pessoas de medíocre entendimento; não são uma arte da lógica, e sim o raciocínio simples de um pai de família".[17]

O princípio da legalidade, para além do respaldo político-filosófico, de concretizar a teoria do contrato social, sempre contou com um argumento adicional, de ordem político-criminal, intrinsecamente ligado à justificação da pena para o liberalismo clássico: a sua necessidade para proteger os direitos fundamentais dos demais cidadãos, decorrente da função de prevenção geral, isto é; de advertência e intimidação. A previsão de crimes e penas por lei escrita, acessível, prévia, certa e determinada seria a única forma de conferir às penas uma eficácia preventiva.

Sobre a necessidade da pena, como requisito da sua legitimidade, lê-se em Montesquieu: "existem meios de impedir os crimes: são as penas; existem meios para fazer com que mudem as maneiras: são os exemplos." "Toda pena que não derive da necessidade é tirânica".[18] A estreita relação da legalidade com a função preventiva das penas foi cuidadosamente explorada por Feuerbach. Não por acaso, o autor da teoria da coação psicológica é o mesmo que cunhou o brocardo *nullun crimen, nulla poena, sine lege*.[19]

No direito brasileiro, desde a ordem constitucional de 1824, o princípio da legalidade sempre teve reconhecimento expresso. Ele tem acento no artigo 5º, inciso XXXIX, da CR/88 e figura como abre alas do Código Penal, no seu artigo 1º: "Não haverá crime, sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Tanta profissão de fé, contudo, não significa efetiva observância de tal princípio em nosso direito.

São conhecidas as limitações linguísticas para se cumprir o corolário da taxatividade, uma vez que a lei se vale da linguagem natural, permanentemente sujeita à ambiguidade e à vagueza.[20] Mas o direito penal contemporâneo vislumbra

17. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Livro vigésimo nono. Cap. XVI, p. 612.

18. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Livro décimo nono. Cap. XIV, p. 322-323. Para uma análise geral da contribuição de Montesquieu para uma concepção liberal de direito penal, SALES, Sheila Jorge Selim de. *O direito penal liberal em Montesquieu*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

19. Sobre a fundamentação do princípio da legalidade em Feuerbach, defendendo a insuficiência do seu argumento consequencialista, baseado no efeito intimidatório da pena cominada, GRECO. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Cap. III, 1.3.3, p. 184-204.

20. Sobre a imprecisão inerente à linguagem jurídica e, consequentemente, ao texto legal, WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1984; WARAT,

dificuldades adicionais. A disposição hodierna, até certo ponto legítima, para a tutela penal de bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, ou para coibir riscos coletivos para bens individuais, como os que decorrem sistema financeiro, altamente normatizado, ou do mercado de produção e comercialização de bens e serviços, cada vez mais complexo, conduz o legislador, na elaboração de leis penais, a se valer frequentemente de expressões semanticamente anêmicas e de remissões a normas extrapenais, na maioria das vezes, extralegais, para definir crimes, principalmente, por meio dos chamados elementos normativos do tipo, elementos de valoração global do fato e das leis penais em branco.[21]

O que seria, por exemplo, a "gestão temerária" de uma instituição financeira, crime punível com até oito anos de reclusão, no artigo 4º da Lei 7.492/86? A lei penal não se ocupa de responder essa questão. Por meio desse elemento de valoração global do fato, deixa a definição da conduta incriminada a cargo de toda a barafunda normativa do Banco Central sobre a gestão de bancos, corretoras, consórcios etc.[22] Outras vezes, a lei penal incrimina ilícitos previstos em outra parte do ordenamento, cujo conteúdo ela mesma desconhece, lançando mão de elementos em branco. Assim, por exemplo, quando prevê até cinco anos de reclusão para quem "vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo,

Luis Alberto; VERNEGO, Roberto José. *El significado de los términos generales y sus problemas*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho e Ciências Sociales, 1975; DA CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

21. "Os elementos em branco da lei penal compõem, ao lado dos elementos de valoração global do fato e dos elementos normativos do tipo, o gênero dos elementos normativos da lei penal. [...] Os elementos normativos do tipo são apenas os que só podem ser representados e pensados sob o pressuposto lógico de uma norma. [...] Elementos de valoração global do fato são aqueles elementos da lei penal que determinam o conteúdo do tipo por referência expressa à ilicitude da conduta que o concretiza. Eles não apenas designam abstratamente um determinado tipo de injusto, mas também o caráter injusto de uma sua concreta realização particular. [...] Lei penal em branco é aquela que estabelece um tipo de injusto punível em função da infração de um imperativo extrapenal, mandamental ou proibitivo, imposto por ato normativo diverso, sem remissão ao qual não se pode extrair da lei penal uma norma dotada de sentido" (HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 113-114).

22. Classifica a "gestão temerária, no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, como um elemento de valoração global do fato, GRECO, Luís. Dolo e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 19, n. 229. dez. 2011. p. 7-8.

especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, no art. 7º, II, da Lei 8.137/90"; ou quando prevê até três anos de detenção para quem deixar de cumprir obrigação legal ou contratual de relevante interesse ambiental, no art. 68 da Lei 9.605/98. O problema da validade de leis penais determinadas por elementos normativos, notadamente das chamadas leis penais em branco, a luz do princípio da legalidade, é um dos mais urgentes e ao mesmo tempo tormentosos do direito penal contemporâneo.[23]

Mesmo no âmbito do direito penal nuclear, podemos identificar ofensas toscas e claramente injustificadas ao princípio da legalidade, como as que decorrem da fixação de margens penais extraordinariamente amplas, que praticamente deixam ao arbítrio do Juiz a decisão sobre se determinado crime será punido com uma pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade, ou em regime inicial fechado de privação de liberdade. É o que ocorre no peculato (art. 312 do CP) e na corrupção, passiva ou ativa (arts. 317 e 333 do CP), por exemplo, cujas penas cominadas vão de 2 a 12 anos de reclusão. Nestes casos, particularmente, o problema ainda é agravado na prática, pois a ocultação da disposição ou da origem dos ativos desviados ou indevidamente recebidos pelo funcionário público, praticamente inerente ao peculato e à corrupção, vem sendo acriticamente punida, também, a título de lavagem de capitais, o que representa efetiva duplicação da já incerta pena legal desses crimes.[24]

4. Punir em nome da liberdade: os princípios da lesividade e da autonomia

A liberdade, além de determinar a forma do direito de punir, pelo princípio da legalidade, determina, também, o conteúdo da lei penal, indicando os objetos de

23. A respeito da validade e eficácia das leis penais em branco, segundo o princípio da legalidade, GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Normas penais em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014. MENDONÇA. Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco*: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. GATTA, Gian Luigi. *Abolitio criminis e sucessione di norme 'integratrici'*: teoria e prassi. Milano: Giuffrè, 2008.

24. Para uma crítica da punibilidade da autolavagem e seus efeitos no direito italiano, análogo ao brasileiro no regime do concurso de crimes, CONSULICH, Federico. La norma penali doppia: ne bis in idem sostanziale e politiche di prevencione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio. *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*. Milano, ano XXVIII, n.1-2. gennaio-giugno 2015. p. 55-87.

legítima proteção, os bens jurídico-penais, e estabelecendo o limite dessa mesma proteção: o âmbito intransponível da autonomia individual.

Claus Roxin e Bernd Schünemann concordam em ver na teoria do contrato social os fundamentos da doutrina do bem jurídico. Schünemann, citando Wolfgang Kersting, afirma com razão que a legitimação e a simultânea limitação do poder do Estado pelo modelo teórico do contrato social foi um verdadeiro "*big bang* intelectual", do qual derivou, fundamentalmente, a limitação do direito penal, também quanto ao seu objeto, ou sua finalidade.[25] Como bem sintetiza Roxin, segundo o modelo do contrato social, os cidadãos transferem ao Estado um poder de punir, somente na medida em que isso seja necessário para a convivência pacífica, livre e respeitadora dos direitos humanos. Com efeito, ainda que a teoria do bem jurídico seja bem posterior, tendo sido desenvolvida a partir do século XIX, ela encontra na doutrina iluminista do Estado a justificativa para a sua vinculação em qualquer ordem constitucional que a incorpore ou a ela se reporte historicamente.[26]

Se o fim do contrato social é a realização ou conservação, por meio do Estado, da liberdade dos indivíduos, que dele esperam proteção para a sua vida e seus bens, então o poder do Estado, legitimado no contrato, presta-se justamente à proteção do que Roxin define como sendo os bens jurídicos dignos da tutela penal: "os dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades".[27]

Quando Montesquieu afirma que toda pena não derivada da necessidade é tirânica, está, justamente, concluindo que a legitimidade do Estado para punir deriva dos seus fins de proteção dos cidadãos, e não se pode fundar na mera consagração de valores morais. Beccaria desenvolve essa máxima, argumentando que o direito de punir é fundado na reunião das pequenas parcelas de liberdade que os homens cedem ao Estado na justa medida da necessidade de empenhar os demais a mantê-lo na posse do restante.[28] Por isso, as penas que vão além da

25. SCHÜNEMANN, Bernd. ¡ *El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!* Sobre los límites inviolables del derecho penal em um Estado liberal de derecho. Trad. Ángela de la Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 10.

26. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In*:* ROXIN, Claus; LEITE, Alaor (Org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47.

27. ROXIN. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In*:* ROXIN; LEITE (Org.). *Novos estudos de direito penal*, p. 47.

28. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Cap. II, p. 19.

necessidade de manter "o depósito de salvação pública" são injustas por sua natureza. Como decorrência lógica do fundamento do direito de punir, mais à frente Beccaria afirma, com toda clareza, que a exata medida dos crimes é o prejuízo causado à sociedade.[29]

De forma ainda mais restrita, encontra-se na filosofia do direito penal de Feuerbach, bem como no Código Penal da Baviera de 1813, de sua autoria, a limitação material dos crimes ao prejuízo dos direitos subjetivos do indivíduo.[30]

A máxima do liberalismo jurídico-penal segundo a qual o crime deve consistir em um dano a outra pessoa, e de que, portanto, a mera imoralidade de um comportamento não justifica a sua incriminação, encontrou guarida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, em 1789. Conforme seus artigos 4º e 5º, a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo, de modo que só serão legalmente proibidas as ações nocivas à sociedade. Esse princípio foi objeto de desenvolvimento filosófico em meados do século seguinte por John Stuart Mill, em obra intitulada *Sobre a liberdade*,[31] a partir da qual foi cunhado como "Harm Principle": apenas os danos aos outros (*harm to others*) podem ser criminalizados. O "*Harm Principle*" influenciou, decisivamente, o conceito material de crime no direito anglo-saxão.

No direito brasileiro, a teoria do bem jurídico ou o "Harm Principle", que recebem de nossa doutrina tratamento comum, como princípio da ofensividade ou da lesividade,[32] não encontram expressa consagração na Constituição, mas se podem dizer logicamente derivados do direito fundamental à liberdade, previsto no artigo 5º, *caput*, e do fundamento da República na dignidade da pessoa humana, estabelecido no artigo 3º, III.[33] Pois, antes de mais nada, é digno do homem, por ser homem, a liberdade que faz dele senhor de si e sujeito da própria vida.

Não obstante, a experiência tem mostrado que o requisito da ofensividade a um bem jurídico digno da tutela penal, ou mesmo a mera proibição de se

29. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Cap. XXIV, p. 87.

30. Cf. SCHÜNEMANN. *¡ El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!*, p. 13.

31. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Kitchner, Ontario: 2001. Original de 1859.

32. Por todos, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 91 *et seq*.

33. Nesse sentido, recentemente, RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 139, 2018. p. 103.

incriminar comportamentos inofensivos a terceiros, não têm sido suficientes para constranger as incriminações de condutas fundamentalmente baseadas na sua imoralidade. Exemplo eloquente disso, na jurisprudência constitucional alemã, foi o reconhecimento, em 2008, da constitucionalidade da incriminação do incesto, no julgamento que é considerado um dos mais duros golpes sofridos pela teoria do bem jurídico.[34] No direito brasileiro contemporâneo, o tema está na ordem do dia, pelo julgamento da constitucionalidade da criminalização de porte de drogas para consumo pessoal, no Recurso Extraordinário 635.659, em curso no Supremo Tribunal Federal.[35] Ocorre que, como bem demonstra Greco, o caráter consequencialista da teoria do bem jurídico, e mesmo do "*Harm Principle*", dá margem à justificação de quaisquer condutas pela demonstração, sempre possível, das ofensas indiretas que dela decorram para bens jurídicos ou para outras pessoas.[36] São evidentes e drásticas, por exemplo, as consequências para a família, para a segurança pública e mesmo para o sistema público de saúde, que decorrem do uso abusivo de drogas. Mesmo para justificar a proibição do incesto se poderia apelar, com referência a bens jurídicos, para o risco de abusos sexuais no ambiente doméstico ou de doenças genéticas dos filhos gerados a partir de relações sexuais entre parentes.

Por isso, deve-se resgatar da tradição liberal um argumento a mais, limitador do poder de punir, que é a esfera inalienável da liberdade. Segundo Greco, o respeito à autonomia implica reconhecer uma esfera dentro de cujos limites o indivíduo é plenamente soberano; onde só ele pode tomar decisões. Nessa esfera, estariam os direitos imponderáveis, que operam como trunfos contra qualquer apelo ao bem comum. Dessa esfera imponderável da autonomia, Greco procura se aproximar recorrendo ao direito que cada um tem de viver segundo

34. BVerfGE 120, p. 224 e ss. apud ROXIN. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In*:* ROXIN; LEITE (Org.). *Novos estudos de direito penal*, p. 77, nota 44. "Foi a primeira vez que o Tribunal Constitucional tomou uma posição em relação ao possível efeito limitador ao direito penal do princípio da proteção de bens jurídicos e defendeu a tese de que as faculdades do legislador não poderiam 'ser reduzidas (...) com recurso a bens jurídicos'" (ROXIN. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. *In:* ROXIN; LEITE (Org.). *Novos estudos de direito penal*, p. 77-78).

35. STF, RE 635.659/SP, rel. Min Gilmar Mendes. Julgamento suspenso desde 10 de setembro 2015, após pedido de vista do Min. Teori Zavascki. Decisões disponíveis em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145]. Acesso em: 10.07.2018.

36. GRECO, Luís. 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. 175-176.

seu próprio plano de vida e a sua concepção de uma vida boa. Estariam, aqui, os direitos sobre o próprio corpo, incluídos o direito de uma pessoa adulta se relacionar sexualmente com outro adulto, independentemente do parentesco ou do gênero, assim como o direito de se drogar. Assim, só o recurso a autonomia pode servir de baluarte contra a fundamentação democrática de uma incriminação moralista, ainda que consagrada por lei formalmente válida.[37]

5. Punir em razão da liberdade: o princípio da culpabilidade

Por fim, a liberdade que determina a legalidade e limita o conteúdo das normas penais incriminadoras fundamenta, também, a responsabilidade pelo seu descumprimento e, consequentemente, a sua aplicação, pela imposição da pena. Chegamos, assim, ao princípio da culpabilidade, que deita raízes tanto na filosofia política do Iluminismo, de viés utilitarista, quanto no retributivismo moral de Kant,[38] igualmente representativo do pensamento liberal do século XVIII. A ideia de que a pena só se justifica quando o crime for a expressão da liberdade do sujeito é decorrência lógica dos seus fins preventivo-gerais, defendida pela escola clássica a partir da teoria do contrato social,[39] como, também, é o pressuposto

37. GRECO. Tem futuro a teoria do bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 18. n. 82. jan.-fev. 2010. p 176-179. No mesmo sentido, tratando especificamente da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 18, n. 87. nov.-dez. 2010. p. 84-102. Com fundamentação diversa, vinculando o princípio da lesividade à própria proteção constitucional da autonomia privada, RABELO; VIANNA. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 139, p. 98 *et seq*.

38. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002. Cap. 8, nm. 35.1, p. 391.

39. Como bem sintetiza Figueiredo Dias, o principal propósito político do Iluminismo "era dirigido à eliminação das penas arbitrárias e à limitação do poder do Estado absoluto no que respeita à medida da pena. A legitimação do direito de punir só podia provir agora dos termos do contrato social e conduzia a assinalar à pena uma finalidade primária de prevenção geral e intimidação; [...] Já em Montesquieu, com efeito, a justa proporcionalidade entre o crime e a pena constituía o ponto nevrálgico de aferição de um direito penal humano. Não, em todo caso, porque uma tal proporcionalidade fosse imposta por uma qualquer ideia absoluta, mas porque ela se revela utilitária ou finalisticamente (diríamos hoje: funcionalmente) justificada, na medida em que limita a intimidação

do dever de castigar o crime como uma violação da justiça, que para Kant fundamenta o valor absoluto da pena. Nas palavras do filósofo, "ninguém é objeto da punição porque a quis, mas porque quis uma ação punível".[40]

Como o liberalismo jurídico penal tem por traço conceitual, justamente, a fundamentação do poder punitivo em razões distintas da ordem moral,[41] seguiremos aqui pela senda que parte da afirmação da necessidade preventiva como finalidade legitima da pena, em Montesquieu, até o reconhecimento da pena como objeto de uma escolha ou consentimento do delinquente, por Feuerbach.[42]

---

ao quantum necessário de compreensão das liberdades para o bom funcionamento da sociedade" (DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 116). Mais uma vez, ecoa a fundamental assertiva de Montesquieu: "Toda pena que não derive da necessidade é tirânica" (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Livro décimo nono. Cap. XIV, p. 322-323), agora a explicar a culpabilidade como fundamento da pena, segundo uma perspectiva utilitarista, na medida em que a pena só pode prevenir o injusto culpável.

40. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2003. Parte II, Seção I, §49 E. p. 178.

41. Sobre o reconhecimento da autonomia moral dos cidadãos, pela filosofia liberal do século XVIII, e a consequente atribuição à pena cominada, de um apelo à prudência, antes que à moralidade deles, GRECO. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Cap. III, 2.3.6, p. 324-328. Conforme conclui mais à frente, em plena sintonia com este ideário: El ciudadano tiene el derecho de determinar qué razones él transforma en sus motivos. Un Estado que pasa esto por alto, pasa por alto a la vez la autonomía del ciudadano. [...] El ciudadano tiene el derecho a querer evitar penas por la mera razón de querer evitarlas en cuanto mal" (GRECO. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Cap. III, 2.6, p. 376).

42. Como a identifica e exprime Greco, "La teoría del consentimiento de Feuerbach representa el *esfuerzo de non sucumbir a este intento moralista individual* que restringe la libertad del ciudadano sólo por medio de una consideración deontológica. El ciudadano tendría que haber consentido la pena para que esté justificada frente a él. Él tiene derecho, por tanto, a seguir siendo egoísta. Lo único que puede pretender es sustraerse a las consecuencias previsibles de sus propias decisiones anteriores. Por las propias conductas insensatas, sin embargo, uno mismo tiene la culpa. *El objetivo de la teoría del consentimiento de Feuerbach es, con otras palabras, la renuncia a una valoración de la moralidad de los ciudadanos, el basarse únicamente en pretensiones de prudencia individual*. El Estado según la teoría del consentimiento se limita a imponer por medio de la pena razones referidas a la prudencia para comportarse conforme a Derecho. Aquel que se hace punible en cierto sentido tiene que haber querido la pena y ésta es la razón por la que no puede quejarse. Él habría podido evitar, ante todo, no el hecho sino la pena. Respecto de su castigo él es en cierto sentido responsable por sí mismo, culpable por sí mismo" (GRECO. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Cap. III, 2.6, p. 377).

Estamos de acordo, afinal, que os fins que legitimam a pena são mesmo os preventivos, de modo que a retribuição da culpa deve ser admitida tão somente como um requisito ético da pena, que justifica o emprego utilitarista do castigo em face do apenado, com base na sua responsabilidade enquanto agente culpável, pela necessidade de puni-lo. Pode-se dizer que a culpa retira o condenado da condição de mero objeto, fazendo dele, também, sujeito da pena que suporta.

Ora, se a pena só pode servir para evitar que se ofendam direitos dos demais cidadãos, como contramotivação para quem pretenda fazê-lo por meio de uma conduta prevista como crime, só há razão para se punir uma ação ofensiva, confirmando a ameaça legal, quando em alguma medida ela resulte de um planejamento do sujeito dirigido contra a norma; quando a conduta típica e ilícita resulte de uma vontade que poderia ter sido conduzida no sentido da lei. Enfim, se a pena se legitima por sua função de prevenir ofensas aos direitos dos demais cidadãos, somente comportamentos – ações ou omissões – evitáveis por seu autor, podem ser visados pela pena, como seus pressupostos de aplicação.

Na Constituição brasileira, o princípio da culpabilidade decorre do disposto no artigo 5º, incisos XLV (ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da condenação) e XLVI (a pena não passará da pessoa do condenado [...]), bem como do princípio da dignidade humana, consagrado no artigo 1º, III.

Como bem sintetiza Schünemann, o estrito respeito ao princípio da culpabilidade é indispensável, não só para a legitimação da pena em face do apenado, como, também, para uma concepção de direito penal como medida útil em uma sociedade racional. Toda vez que não é possível evitar, por meio de um plano, comportamentos não culpáveis, esses não podem ser impedidos por meio da ameaça da pena, de modo que a imposição de uma pena por comportamentos não culpáveis se mostra tão irracional e inexplicável como a pena em um contexto mágico; como um sacrifício ritualístico.[43]

Essa conclusão, aparentemente singela e evidente, tem sido, todavia, constantemente desafiada pela lei e pela jurisprudência, ao longo dos séculos. Entre as investidas contemporâneas mais comuns contra o princípio da culpabilidade está a disposição, amplamente manifestada na jurisprudência, nacional e estrangeira, de punir ocupantes de altos cargos públicos ou dirigentes de empresas, por crimes praticados por seus subordinados, exclusivamente, com base na posição hierárquica por eles ocupadas e, portanto, independentemente do seu comportamento, comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, ter contribuído ou sido

43. SCHÜNEMANN. ¡ *El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!*, p. 8-9.

determinante para a prática de tal crime.[44] Uma escandalosa manifestação legislativa dessa tendência, de atribuir uma ofensa a alguém, e o castigar por ela, não em razão de sua conduta culpável, mas do seu *status* ou posição, está no artigo 28 do Estatuto de Roma, que responsabiliza o chefe militar perante o Tribunal Penal Internacional, por crimes contra a humanidade cometidos por seus subordinados, já pelo simples fato dele não ter exercido um controle considerado apropriado das forças sobre seu comando.[45] Dispositivos como esse representam a sobrevivência entre nós de uma forma primitiva de direito penal, impessoal, como o bárbaro direito à vingança de sangue, que autorizava punir um membro de certa família pela ofensa praticada por outro.

6. Conclusão

Tudo isso faz ecoar, de modo profético, a frase de Roberto Schwarcz a propósito do liberalismo jurídico no Brasil imperial: "as idéias liberais não se podiam praticar, sendo ao mesmo tempo indescartáveis".[46] De fato, é muito difícil conceber e conservar, mesmo no Estado moderno, um direito penal fundado nas razões que nos foram legadas pelo "*big bang*" intelectual do Iluminismo.

Os desafios ficam ainda maiores quanto mais complexa se torna a sociedade, seus meios de produção e distribuição de riquezas, as técnicas de que se serve, suas formas de organização e seus mecanismos de controle. A complexidade técnica e a dinâmica das atividades reguladas e dos próprios objetos de tutela desafiam o valor da legalidade. A insegurança ou a angústia de uma sociedade caracterizada como "de risco",[47] bem como as renitentes investidas moralistas e

44. Critica certeira a essa tendência, identificada no julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal (o caso "Mensalão), e qualificada como uma "atávica responsabilidade penal pela posição", LEITE, Alaor. *Domínio do fato ou domínio da posição?* Autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016, p. 44-47.
45. Este dispositivo, como bem observa Schünemann, pune o superior por um delito doloso, apesar dele haver se comportado apenas culposamente, de maneira que a rigor é o seu status que fundamenta a sua responsabilidade, e não a sua culpabilidade pessoal (SCHÜNEMANN. ¡ *El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!*, p. 8 e nota 2).
46. SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Editora 34, s.d. p. 26.
47. BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo*: hacia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

disciplinárias do direito penal põem em xeque a sua limitação à exclusiva tutela de bens jurídicos. Finalmente, a divisão do trabalho, do conhecimento e do controle no serviço público e nas atividades econômicas, aliada ao potencial ofensivo dos ilícitos cometidos por entidades estatais e empresariais representam um apelo ao afrouxamento das exigências para a responsabilidade individual.

Mas, na justa medida em que reconhecemos a dignidade de cada homem e de cada mulher; na medida em que conseguimos ver neles o princípio e fim de todas as coisas, havemos de reconhecer que o direito de punir-lhes deve existir apenas a partir, em nome e em razão da liberdade, que lhes é devida e lhes deve ser atribuída.

Por isso, a cognoscibilidade prévia da conduta proibida é o limite de amplitude, das remissões e da vagueza da lei penal; a soberania individual sobre os atos ou omissões que não prejudicam diretamente direitos e liberdades alheias é o limite de toda incriminação; e a possibilidade de prever e evitar ofensas por meio de cuidados razoáveis é o fundamento e condição insuperável da punibilidade dos seus causadores.

Se a punição favorece ou não, de fato, a liberdade do homem em sociedade, é indagação que não se pretende aqui responder. Mas o certo é que a possibilidade de liberdade do cidadão, em face do poder punitivo, pressupõe que esse poder exista e seja exercido estritamente em função dela. Punir *a partir da liberdade*, segundo a estrita legalidade; punir *em nome da liberdade*, para a tutela exclusiva das condições indispensáveis à livre-realização do indivíduo em sociedade, respeitada a esfera imponderável da autonomia de cada um; e punir apenas em *razão da liberdade*, para reprimir condutas que exprimam uma livre escolha pelo comportamento incriminado e, consequentemente, uma possível escolha, consciente ou imprudente, do cidadão pela pena.

7. Referências

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo*: hacia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998

CONSULICH, Federico. La norma penali doppia: ne bis in idem sostanziale e politiche di prevencione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio. *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*. Milano, ano XXVIII, n.1-2, p. 55-87. gennaio-giugno 2015.

DA CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GATTA, Gian Luigi. *Abolitio criminis e sucessione di norme "integratrici"*: teoria e prassi. Milano: Giuffrè, 2008.

GRECO, Luís. Dolo e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 19, n. 229, p. 7-8. dez. 2011.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Trad. Paola Dropulich y José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. 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.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Normas penais em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.

LEITE, Alaor. *Domínio do fato ou domínio da posição?* Autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis – RJ: Vozes, *s.d.*

MELLO, Leonel Itaussú Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) Os clássicos da política. São Paulo: Ática, 2006. v. 1. Cap. 4.

MENDONÇA. Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco*: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Kitchner, Ontario: 2001. Original de 1859.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 139, p. 69-108, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, s.d.

ROXIN, Claus; LEITE, Alaor (Org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¡ *El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!* Sobre los límites inviolables del derecho penal em um Estado liberal de derecho. Trad. Ángela de la Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Editora 34, s.d.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expanción del Derecho penal*: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: IBde f, 2008

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

WARAT, Luis Alberto; VERNEGO, Roberto José. *El significado de los términos generales y sus problemas*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho e Ciências Sociales, 1975.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro, de Galvão Rabelo e Túlio Vianna – *RBCCrim* 139/69-108 (DTR\2017\7101).

Tentativa de latrocínio: a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal e a necessária revisão do seu conteúdo normativo

Attempted robbery-homicide: *the 610-STF precedent and the necessary revision of its rule*

Helio Luiz Fonseca Moreira

Pós-Doutorando em Psicologia Social pelo programa de pós-graduação em Psicologia da UFPA. Doutor em Ciência Sociais pela UFPA. Mestre em Sociologia pela UFPA. Especialista em Educação pela UFPA. Bacharel em Direito pela UFPA. Bacharel em Ciências Sociais pela UFPA. Professor-Associado de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFPA. Advogado. Membro do Laboratório de Desenvolvimento e Saúde da Faculdade de Psicologia da UFPA.
heliomoreira@ufpa.br

Janari da Silva Pedroso

Doutor em Ciências Socioambientais. Professor-Associado III da Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Psicologia e Programa de Pós-Graduação em Teoria e Pesquisa do Comportamento. Bolsista de Produtividade CNPq – nível 2.
pedrosoufpa@gmail.com

Raimundo Wilson Gama Raiol

Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela UFPA. Mestre em Direito Penal pela UFPA. Bacharel em Direito pela UFPA. Professor-Associado da Faculdade de Direito da UFPA. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Representante da UFPA no Comitê Gestor Estadual da Campanha Permanente de Prevenção e Combate à Tortura – CEPCT/PA. Representante do Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ no Comitê de Ética em Pesquisa do Instituto de Ciências da Saúde – ICS da UFPA. Representante do Instituto de Ciências Jurídicas no Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão – CONSEPE da UFPA. Advogado.
rwraiol@gmail.com

Recebido em: 16.08.2018
Aprovado em: 28.11.2018
Última versão dos autores: 13.12.2018

Moreira, Helio Luiz Fonseca; Pedroso, Janari da Silva; Raiol, Raimundo Wilson Gama. Tentativa de latrocínio: a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal e a necessária revisão do seu conteúdo normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 155. ano 27. p. 71-101. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo analisa o conteúdo normativo da Súmula 610, editada pelo Supremo Tribunal Federal, para demonstrar a inadequação jurídica da abordagem conferida ao crime de latrocínio, quando o roubo se exaure na tentativa e ocorre a morte da vítima como resultado derivado da conduta conscientemente dirigida à subtração de coisa alheia móvel, pois, no contexto epistêmico desse crime é inadmissível colocar o homicídio e o resultado morte no mesmo plano analítico para estender, aleatoriamente, o dolo que reveste o homicídio ao resultado qualificador, cujo elemento subjetivo é normativo. Essa equiparação resulta na violação do princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, bem como a supressão do direito subjetivo do acusado de ter sua pena reduzida em um a dois terços, consoante previsão do art. 14, II, parágrafo único do Código Penal Brasileiro. A base metodológica do trabalho é o método dedutivo, o qual possibilita demonstrar que o conteúdo normativo da Súmula inverteu a base valorativa sobre a qual deve se assentar a tipificação da conduta, em sua forma tentada ou consumada. Utilizou-se, ainda, da pesquisa documental, bibliográfica e do estudo de caso, que se caracteriza pela investigação de um fenômeno contemporâneo, situado em um dado contexto ôntico.

Palavras-chave: Latrocínio – Tentativa – Súmula 610-STF – Dolo – Legalidade.

Abstract: This article analyzes the norm of the judicial precedents 610, edited by the Supreme Federal Court, in order to demonstrate the error in the judicial precedent in relation to the crime of attempted robbery-homicide. This error violates the principle of legality, written in art. 5, XXXIX, of the Federal Constitution, as well as suppresses the right of the accused to have the reduced sentence between one and two thirds, according to provision of art. 14, II, sole paragraph of the Brazilian Penal Code. The methodological basis of the work is the deductive method. In the development of the research it was also carried out the research in documents, in bibliographies and the case study.

Keywords: Attempted robbery-homicide – 610-STF precedent – Legality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Síntese dos precedentes. 2.1. *Habeas Corpus* 57.420-3/RJ. 2.2. *Habeas Corpus* 56.817/SP. 2.3. *Habeas Corpus* 56.704-5/SP – STF. 2.4. *Habeas Corpus* 56.171-3/RJ. 2.5. *Habeas Corpus* 48.935/AM. 3. A complexidade do dolo. 3.1. Caracterização do latrocínio. 3.2. Análise de um caso de suposto latrocínio tentado. 3.3. O preterdolo, o crime qualificado pelo resultado e o latrocínio. 3.4. Dolo direto, tentativa e crime impossível. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar a Súmula 610, editada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja norma abstrata consubstancia-se no seguinte enunciado: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não

realize o agente a subtração de bens da vítima". Esse enunciado foi sumulado em sessão plenária realizada no dia 17 de outubro de 1984, com base no julgado de cinco *Habeas Corpus* utilizados como precedentes[1].

Juridicamente, a Súmula 610 configura-se como uma súmula simples que possui eficácia persuasiva[2]. Portanto, não dispõe de força normativa capaz vincular os demais órgãos do Poder Judiciário na resolução de casos cujo objeto de controvérsia é a tipificação do latrocínio em sua forma tentada ou consumada, quando o roubo se exaure na tentativa e ocorre a morte da vítima como resultado derivado da conduta conscientemente dirigida à subtração de coisa alheia móvel.

Todavia, a leitura de 187 decisões monocráticas e colegiadas prolatadas no Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como nas Varas Criminais e Tribunais de Justiça dos estados do Pará, Rio de Janeiro, Paraná, Ceará, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Distrito Federal, entre os anos de 2010 e 2016, todas relativas a essa controvérsia, demonstram que, no cotidiano forense criminal, essa Súmula é dotada de força persuasiva especial e diferenciada, possuindo ontologicamente efeito vinculante, nas práticas cotidianas dos órgãos do Poder Judiciário[3].

Em mais de três décadas de reiterada aplicação, essa Súmula consolidou substancialmente a sua força persuasiva e produziu uma unidade interpretativa que converteu o seu conteúdo normativo em uma "verdade superiormente instituída", com observância praticamente impositiva a todas as demandas que tangenciam a matéria. Assim, mesmo sem possuir efeito vinculante, consoante disposto no art. 103-A da Constituição Federal (CF), a sua força se impõe linearmente aos órgãos jurisdicionais inferiores como a regra a ser seguida, em razão do grau de funcionalidade que exerce na jurisprudência nacional, ao servir como fundamento de validade de uma grande quantidade de decisões judiciais prolatadas, em décadas de atividade normativa.

Nesse contexto, a decisão cujo fundamento de validade é deduzido da Súmula 610 sustenta elevado nível de certeza e definitividade, o que torna mais difícil

1. Precedentes: STF-HC 48935 de 10.09.1971, STF-HC 56171 de 15.08.1978, STF-HC 56704 de 20.02.1979, STF-HC 56817 de 23.02.1979 e STF-HC 57420 de 13.11.1979.
2. MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. 2. ed. amp. Salvador: JusPodivm, 2014.
3. Considerando-se a natureza qualitativa deste artigo, os dados quantitativos levantados no desenvolvimento da pesquisa e suas respectivas variáveis não serão abordados, visto que por estarem em fase de tratamento metodológico constituir-se-ão em objeto de outro artigo.

a sua superação. Ocorre, porém, conforme será demonstrado no presente artigo, esse entendimento se assenta em um grave equívoco, na abordagem da questão, visto que se adotou o tipo penal derivado (resultado morte), cujo elemento subjetivo é normativo, como base valorativa empregada referencialmente para definir o crime de latrocínio em sua forma tentada ou consumada, quando tecnicamente o adequado era adotar referencialmente o tipo penal determinado (roubo), sendo psicológico (dolo) o seu elemento subjetivo.

Embora possua viés prático, pois dezenas de decisões são prolatadas, mensalmente, nas varas criminais brasileiras, com base na Súmula 610, a abordagem sobre a temática nela contida será fundamentalmente teórica, com base na teoria finalista desenvolvida por Hans Welzel[4], atualmente adotada no CPB e que continua como um dos pilares do novo anteprojeto de Código Penal, em tramitação no Congresso Nacional. O desenvolvimento da análise será orientado por uma questão básica: no contexto epistêmico do latrocínio, tecnicamente é admissível eleger o tipo penal derivado (resultado morte) para definir o latrocínio em sua forma tentada ou consumada?

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, que possibilita a construção lógica de um raciocínio em ordem descendente de análise na qual são escolhidas duas proposições como base de estudo, denominadas premissas, para que possa ser deduzida uma terceira, denominada conclusão[5]. Por meio desse método é possível demonstrar que o conteúdo normativo da Súmula 610 inverteu a base valorativa sobre a qual deve se assentar a tipificação da conduta em sua forma tentada ou consumada, que deveria ser o roubo e não o resultado morte.

Consoante YIN[6], o estudo de caso se caracteriza pela investigação de um fenômeno contemporâneo, situado em um dado contexto ôntico que possibilita o desenvolvimento de um estudo interativo entre o pesquisador e sua unidade de observação. Na esfera do Direito Penal, é perfeitamente admissível o desenvolvimento de um estudo nesses moldes, com base em um caso concreto, julgado em dado contexto social. Ademais, deve-se observar que sua utilização é de grande

4. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 33-34; WELZEL, Hans. *Estudios de filosofia del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.

5. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 389-389.

6. YIN, Robert K. *Estudo de caso*: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

relevância, particularmente entre os acadêmicos de Direito, quando são confrontados com situações complexas que exigem a ressignificação dos sentidos construídos nas decisões judiciais proferidas tanto nos juízos singulares quanto nos tribunais brasileiros, que não dimensionam a dinâmica do instituto ou do fenômeno jurídico analisado.

Partindo desse pressuposto, o estudo do conteúdo normativo da Súmula 610-STF faz-se relevante à medida que possibilita a análise de um contexto da vida real em que o direito ganha vida no plano da concreção. A escolha da referida súmula se justifica em razão da temática abordada no presente trabalho, observando-se a metodologia da análise de decisões, cujo protocolo metodológico é muito bem delineado por Filho e Lima[7]. Assim, com base na concepção de conduta elaborada por Welzel, vislumbra-se a necessidade de (re)discutir esse entendimento amplamente difundido nos tribunais brasileiros. Isso porque a jurisprudência dos tribunais influenciam significativamente o trabalho desenvolvido por juízes monocráticos.

Em razão de sua natureza, no desenvolvimento do estudo, adotou-se como principal procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica e documental, elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e documentos que receberam tratamento analítico adequado.

A abordagem ao tema será ainda complementada com o recurso de mapas conceituais[8], elaborados especificamente para ilustrar o debate do tema. Com o desenvolvimento do presente artigo, vislumbra-se a necessidade de (re)discutir o conteúdo normativo contido na Súmula 610-STF e sua aplicação no cotidiano das varas criminais brasileiras que ditam a liberdade e o destino milhares de pessoas que já foram ou serão julgadas nas varas e tribunais brasileiros.

2. Síntese dos precedentes

Considerando-se que o enunciado contido na Súmula 710-STF foi consolidado com o julgamento de uma sucessão de cinco *habeas corpus,* apreciados pela Suprema Corte, faz-se relevante realizar uma síntese dos seus conteúdos, com o objetivo de delinear o percurso de seu conteúdo normativo.

7. FREITAS FILHO, Roberto, LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul.-dez. 2010. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/download/1206/1149].
8. NOVAK, Joseph Donald. *Learning, creating, and using knowledge*: concept maps as facilitative tools in schools and corporations. 2. ed. Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, 2010. Disponível em: [http://books.google.com.br].

2.1. Habeas Corpus *57.420-3/RJ*

Julgado em 13 de novembro de 1979, o *Habeas Corpus* 57.420-3/STF, relatado pelo Ministro Djaci Falcão, teve como paciente um agente condenado pela prática do crime de latrocínio consumado. Nesse caso, tal qual o *Habeas Corpus* 56.704-5/STF, a base fática da controvérsia foi a ocorrência de um roubo exaurido em sua forma tentada, mas que teve o resultado morte da vítima como tipo penal derivado. O paciente requereu a anulação da sentença condenatória alegando falta de fundamentação, pois não chegou a subtrair a *res* furtiva[9].

Em seu voto, o Relator corroborou os dizeres do Juiz de primeiro grau, alegando que o dolo do agente era evidente, pois na realização do roubo estava munido de arma de fogo e disparou todos os projéteis do armamento ao empreender fuga. Ao abordar a tentativa, no caso em comento, limitou-se a afirmar que é pacífico posicionamento de que o roubo não consumado, em conjunto com o homicídio concretizado, representaria somatória quase algébrica que demonstra como resultado certo (e aparentemente indiscutível) uma condenação pela capitulação de latrocínio.

Nesse sentido, o Ministro salientou que o latrocínio é crime complexo cuja unidade delitiva é indivisível. Assim, perante a supremacia da vida como bem tutelado, a morte da vítima torna o crime consumado.

Em seu voto, o Relator foi demasiadamente lacônico ao abordar os fatos e as circunstâncias concretas e circunjacentes à conduta praticada pelo Paciente. Todavia, ressaltou o "intento doloso e reprovável" do paciente, que, escondido de seus familiares e amigos, estaria levando uma "dupla vida", pois estaria "ocultando sua vida de crimes sob a aparência de uma vida trabalhadora e familiar", que, para o Ministro, transformaria a conduta em algo ainda mais reprovável[10].

2.2. Habeas Corpus *56.817/SP*

Ocorreu, em 23 de fevereiro de 1979, o julgamento do *Habeas Corpus* 56.817, relatado pelo Ministro Moreira Alves, tendo como paciente um agente condenado por suposta violação ao artigo 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, em conjunto com outros três homens. Nesse caso, o impetrante requereu a

9. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado]. Acesso em: 27.11.2017.

10. Ibidem, Fls. 5.

desclassificação do crime de latrocínio para o delito de roubo em sua modalidade tentada, alegando que a morte da vítima fora gerada por fatores diversos dos tiros desferidos pelo paciente[11].

Em seu voto, o Ministro fez breve referência ao parecer do Procurador Geral da República que, ao abordar a matéria, destacou que as teorias que desprezam a unidade do crime complexo e "cindem o que não deve ser cindido"[12] merecem ser abandonadas, pois há pacificação do entendimento de que, em tais casos, há de se considerar o todo unitário que configuraria a conduta do agente como latrocínio.

Por fim, o Ministro fez alusão ao *Habeas Corpus* 56.704, julgado poucos dias antes, para explicar que o latrocínio, por ser considerado como crime complexo, não poderia ser cindido, configurando-se consumado, desde que se concretize o crime-meio (homicídio) para a subtração da propriedade alheia (crime fim).

2.3. Habeas Corpus *56.704-5/SP – STF*

Em 20 de fevereiro de 1979, o *Habeas Corpus* 56.704-5 foi julgado, sob a relatoria do Ministro Cunha Peixoto, sendo paciente um agente, que, em causa própria, requereu a desclassificação do crime de latrocínio para o delito de homicídio qualificado, alegando que a lesão patrimonial não foi consumada, no caso concreto. A controvérsia teve como base fática a ocorrência de um assalto realizado em um posto de gasolina que resultou na morte do segurança do estabelecimento e, em seguida, a fuga dos agentes, sem a subtração da *res* furtiva, ante ao despertar da atenção pública[13].

Ao se debruçar sobre a argumentação central da demanda, o Relator salientou que o latrocínio constitui uma espécie de crime complexo, razão pela qual não é admissível haver a separação entre as condutas delitivas que o compõem. Logo, havendo consumação do crime meio (homicídio), resta configurado o crime fim, conforme entendimento pacífico no STF. Suscitou, ainda, que a penalidade mais gravosa imputada ao latrocínio é uma questão de "proteção social" [14], uma vez que a lesão à pessoa é sobreposta à lesão patrimonial.

11. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado]. Acesso em: 27.11.2017.
12. Ibidem, fls. 3-4.
13. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado]. Acesso em: 27.11.2017.
14. Ibidem, fls. 6.

Nesse sentido, com base na reprodução literal do § 3º, segunda parte, do artigo 157 do Código Penal, o Relator enfatizou que, nessa hipótese, o legislador teria conferido importância especial à violência contra a pessoa, o que representa uma exceção ao objeto jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, o patrimônio. Para tanto, argumentou que, se o legislador desejasse a concretização de ambas as condutas reprováveis (homicídio e roubo) teria assim deixado expresso, o que, segundo acreditava, não ocorreu, sustentando dessa forma sua análise.

2.4. Habeas Corpus *56.171-3/RJ*

Realizou-se, em 15 de agosto de 1978, o julgamento do *Habeas Corpus* 56.171-3, relatado pelo Ministro Cordeiro Guerra, ocorrida a impetração em favor de um agente condenado como autor de um crime de latrocínio, consoante disposição do art. 157, § 3º, segunda parte do CPB, por ter tentado subtrair bens de outrem, o que não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade, mas que resultou na morte da vítima[15].

O *habeas corpus* teve como objeto de controvérsia o pedido de desclassificação do crime de latrocínio para o de homicídio qualificado e a consequente anulação da decisão condenatória de primeiro grau por incompetência do juízo que julgou a demanda.

Em seu voto, o Ministro Relator esclareceu que o latrocínio é um crime complexo, portanto, nas circunstâncias em que só o crime meio (homicídio) é consumado, o latrocínio continua a existir, visto que o delito mais gravoso não possui força jurídica para fragmentar a unidade do crime complexo, perante ausência de lei com disposição em contrário. Dessa forma, o juízo competente não é alterado, restringindo-se, portanto, o debate tão somente à sua aplicação na modalidade consumada ou tentada, razão pela qual indeferiu o pleito.

2.5. Habeas Corpus *48.935/AM*

Houve, em 10 de agosto de 1971, o julgamento do *Habeas Corpus* 48.935, relatado pelo ministro Raphael de Barros Monteiro, referindo-se ao paciente condenado como incurso no artigo 157, § 3º, segunda parte, cumulado com o artigo 211, ambos do Código Penal.

A controvérsia centra-se no pedido de reforma da sentença condenatória proposto pelo paciente, alegando que o objeto do crime (sacas de café) estava em sua

15. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado]. Acesso em: 27.11.2017.

posse direta, cujo depósito foi realizado pelo proprietário do produto, visto que ocupava a função de capitão da embarcação, motivo pelo qual deveria ser a ele imputada o delito tipificado no artigo 168 do Código Penal (apropriação indébita), descabendo, portanto, o crime de latrocínio[16].

Em parecer, o Procurador Geral da República frisou que a função ocupada pelo paciente se tornou irrelevante para a configuração do latrocínio, pois, para tanto, realmente importou a morte do dono das sacas de café, que apareceu inesperadamente no local do crime, decorrendo esse resultado das condutas praticadas com a intenção de o infrator apoderar-se do produto que seria subtraído.

Como única justificativa para o indeferimento do pleito, em seu voto, o Relator colacionou um julgado que faz referência à apreensão da mercadoria contrabandeada e a constituição da prova material do crime de contrabando. E conclui que, quando o crime de contrabando não se concretiza por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, configura-se o tipo mais gravoso.

O Relator desconsiderou a complexidade do caso que lhe foi apresentado e deixou de analisar o debate acerca do latrocínio em sua forma tentada ou consumada. Limitou-se a confirmar a sentença, com base em fundamentos completamente desconexos e inadequados às exigências da demanda.

3. A complexidade do dolo

O conceito de dolo, seus elementos caracterizadores e classificação têm se constituído em objeto de estudos desenvolvidos por diversos pesquisadores, tanto no meio acadêmico nacional quanto internacional, gerando importantes reflexões, teorias e nova abordagem da conduta dolosa[17]. Ocorre, porém, que nenhuma teoria e nenhum desses estudos estão absolutamente imunes às críticas em relação aos seus limites epistemológicos, práticos e operacionais. O tema ainda é controvertido e sua complexidade não está exaurida.

Não constitui objeto do presente artigo sistematizar as teorias do dolo dimensionando seus equívocos, controvérsias e contribuições relacionadas aos aspectos volitivo, cognitivo, ontológico, normativos ou semióticos. Tal sistematização

16. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado]. Acesso em: 27.11.2017.

17. Busato (2005, 2014), Vives Antón (2014), Martínez-Bujan Pérez (2014), Díaz Pita (2014), Jorio (2012), Callegari (2011), Pérez Barberá (2011), Roxin (2006), Puppe (2004), Hassemer (1990), entre outros.

demanda um estudo próprio, a ser realizado por meio de pesquisa bibliográfica[18], razão pela qual far-se-ão, tão somente, breves considerações sobre o conceito de dolo, evidenciando sua complexidade, para, em seguida, abordá-lo, fundamentalmente, nos limites das proposições que regem o presente trabalho.

Consoante Busato[19], a transformação semiótico-significativa produzidas pela Filosofia afetou todos os campos do conhecimento humano e, no campo do Direito Penal, gerou a necessidade de se revisar os elementos subjetivos da teoria do delito, destacando-se o conceito de dolo. Nesse sentido, o autor critica a passividade da doutrina brasileira, que concebe o dolo como um fenômeno situado no plano da intimidade psíquica do agente, sem questionar a evidente impossibilidade de demonstrá-lo como verdade empiricamente apreciável.

Enveredando pelo campo da semiótica, Busato aduz que, enquanto afirmação jurídica de um desvalor contido na decisão contrária ao bem jurídico, "o dolo não é uma entidade ontológica, mas a atribuição de uma condição jurídica que deriva da identificação de um significado"[20]. Conforme o autor, nessa perspectiva, a análise do dolo deve ser realizada com base nos elementos externos identificados por Hassemer[21] e sua caracterização depende da identificação de um compromisso do autor de atuar contra o bem jurídico.

Partindo desse pressuposto, Busato entende que o dolo não constitui uma categoria ontológica, expressa em uma realidade psicológica, cujos contornos são impossíveis delinear concretamente. Assim, o "dolo não existe, se atribui". Ocorre, porém, que para a sua atribuição faz-se necessário o estabelecimento de critérios capazes de gerar segurança e ter mais validade que aqueles obtidos pelas teorias subjetivas ou ontológicas do dolo.

Fundado em Hassemer[22], o autor conclui que a verificação dos elementos externos conduz à análise dos sentidos que estão em movimento durante a prática

18. Nesse sentido, deve-se consultar as importantes e profícuas reflexões sobre os diversos aspectos que circundam o conceito de dolo e suas tendências modernas, as quais estão consubstanciadas na obra BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

19. BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59.

20. Ibidem, p. 77.

21. HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. t. 43, Fasc/Mes 3. p. 909-932. 1990 apud BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.

22. Idem.

de uma conduta, pois o que caracteriza o dolo é a mobilização de sentidos capazes de capturar uma realidade subjetiva, por meio da avaliação de elementos objetivos. Assim, o acoplamento comunicacional entre os elementos objetivo e o subjetivo da conduta

> "conduz a uma dupla revisão, por um lado, da organização da teoria do delito, que permita retirar as vinculações entre o dolo e a dimensão substantiva da imputação e, por outro, a identificação de uma nota distintiva que permita afirmar que a uma determinada conduta se lhe pode afirmar dolosa."[23]

Seguindo as veredas da teoria da decisão contrária ao bem jurídico, Hassemer[24] entende que o dolo constitui um elemento que se desenvolve na esfera da intimidade psíquica do agente, não podendo, portanto, ser observado empiricamente. Dessa forma, sugere que a conduta dolosa deve ser evidenciada por meio de indicadores externos, capazes de consubstanciar provas processuais, categorizados entre os que indicam o perigo da situação para o bem jurídico, a representação do agente sobre este perigo e sua decisão a favor de que se realize.

Para Roxin[25], a compreensão da conduta dolosa deve ser colocada na esfera da decisão contrária ao bem jurídico, previamente concebida na realização do plano elaborado pelo agente, o qual é dirigido a produção de um resultado típico. Assim, a essência do dolo concretiza-se no âmbito da execução desse plano. Partindo desse pressuposto, define os marcos diferenciadores entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Consoante o autor, o agente pratica uma conduta dolosa quando planeja a sua ação e no planejamento inclui, irreversivelmente, a possibilidade de realização de um tipo penal. Dessa forma, ele decide agir contrariamente ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Diversamente, evidencia-se a conduta culposa quando inexiste essa decisão e o resultado típico é produzido em decorrência de ação descuidada, ainda que esse descuido ocorra de forma consciente.

---

23. BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.
24. HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. t. 43, Fasc/Mes 3. p. 909-932. 1990 apud BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81. p. 77.
25. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. t. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. p. 416-417.

Consoante Díaz Pita[26], o agente age dolosamente quando, ocupando o lugar do sujeito cognoscente, pratica uma conduta intencional, dirigida a um resultado lesivo, orientada pelo conhecimento que dispõe sobre a realidade circunjacente ao crime e por meio da qual decide selecionar e contrariar determinados bens jurídicos de acordo com sua vontade. Assim, ao praticar uma conduta dolosa, o agente transcende o mero conhecimento, pois é capaz de selecionar as alternativas comportamentais, merecendo, portanto, uma sanção mais rigorosa. Deve-se observar, entretanto, que nessa perspectiva, o elemento volitivo deve ser analisado com base em determinado elemento da realidade, cuja atividade probatória se realiza por meio de indicadores externos a conduta do agente. Dessa forma, o dolo não é deduzido da intimidade psíquica do agente que pratica a conduta, mas de critérios normativos, valorados por meio da análise das condições externas do fato delituoso.

Diante desse quadro, Greco[27] esclarece que, no atual estágio de desenvolvimento do Direito Penal Moderno, é inadequado reduzir a classificação das teorias que abordam o conceito de dolo, simplesmente às três categorias tradicionalmente empregadas na doutrina brasileira, quais sejam, teorias da Vontade, da Representação e do Consentimento, visto que não há apenas uma teoria da vontade, ou uma teoria do conhecimento, aludindo, inclusive, que a última constitui uma espécie que pode, perfeitamente, ser classificada como uma modalidade da primeira.

Conforme se observa, embora relevante a controvérsia sobre o conceito de dolo, o qual constitui, ainda, um campo farto e fértil para os debates acadêmicos, essa controvérsia não afeta diretamente a questão central debatida no presente trabalho, qual seja, a base valorativa empregada na Súmula 610-STF para definir o crime de latrocínio em sua forma tentada ou consumada, razão pela qual optou-se em abordá-lo sob o olhar clássico de) Hans Welzel.

3.1. Caracterização do latrocínio

O latrocínio (roubo qualificado pelo resultado morte) é um crime contra o patrimônio, tipificado no art. 157, § 3º, II, do Código Penal Brasileiro (CPB)[28]. De

26. DÍAZ PITA, María Del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15-17.

27. GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., intr. e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. XIV.

28. O art. 1º da Lei 13.654, de 23/04/2018, alterou o § 3º do art. 157, desdobrando-o em dois incisos e, paralelamente, aumentou a pena de sete a 15 anos para sete a 18 anos de

natureza híbrida, esse crime constitui uma unidade delitiva que epistemologicamente é distinta tanto do roubo, tipificado no *caput* do art. 157 quanto do homicídio, tipificado no art. 121, ambos do CPB. Nesse contexto epistêmico, o roubo e o homicídio perdem suas singularidades para compor uma nova unidade delitiva, consubstanciada na associação entre um tipo penal determinado, imputado a título de dolo, e o resultado morte, consubstanciado no tipo penal derivado, imputado a título de culpa[29], todavia, sem constituir um *tertium genus*, autônomo e independente.

É nesse plano epistêmico que reside o grave erro contido na Súmula 610, ou seja, elegeu-se o tipo penal derivado como referente de valoração para tipificar o crime de latrocínio em sua forma tentada ou consumada, o que, na prática, significa estender o dolo que reveste o crime de homicídio, tipificado no art. 121 do CPB, ao resultado morte, cujo elemento subjetivo é normativo. Dessa forma, o resultado qualificador é artificialmente equiparado ao crime de homicídio na modalidade dolosa. Vale salientar que isso é sugerido pela súmula, apesar de, segundo os cânones do direito penal, o elemento normativo ser composto pela culpa, e não pelo dolo.

O entendimento plasmado na Súmula sob comento, portanto, é teoricamente incompatível com os conceitos de preterdolo e o crime qualificado pelo resultado. Esses conceitos configuram-se recursos técnico-operativos empregados para dar conta de situações em que os conceitos de dolo e culpa, por si sós, são insuficientes para promover a relação imputativa, sem violar o princípio da responsabilidade subjetiva adotado no ordenamento jurídico pátrio, como ocorre, por exemplo, na lesão corporal dolosa da qual deriva a morte da vítima como resultado involuntário.

Nesse sentido, imagine-se que João desferiu um soco contra o rosto de José com a vontade conscientemente dirigida à finalidade de lhe produzir lesões corporais, tipo penal descrito no art. 129 do CPB. Ocorre, porém, que, em decorrência do golpe, José se desequilibrou, caiu, bateu a cabeça no chão e morreu por causa de traumatismo craniano decorrente da queda.

---

reclusão quando o ocorre o resultado lesão corporal grave como resultado do roubo. Cabe observar que as mudanças introduzidas por essa lei nos artigos 155 e 157 do CPB não alteram o elemento subjetivo desses tipos, pois incidem fundamentalmente sobre a pena. Todavia, não há dúvidas de que o desdobramento do § 3º do art. 157 reforça o entendimento construído no presente artigo, obscurecido na Súmula 610/STF.

29. Nesse sentido, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Considerando-se, na hipótese, que o resultado morte da vítima era imprevisível e indesejado, que os agentes possuíam a mesma compleição física, bem como que o golpe desferido seria capaz de produzir apenas as lesões desejadas, não seria possível imputar a João a prática de crime de homicídio doloso ou culposo sem violar o princípio da responsabilidade subjetiva. Nesse cenário, configura-se o preterdolo, consubstanciado na lesão corporal seguida pelo resultado morte, constituindo-se em um recurso técnico-operativo que possibilita a imputação do resultado morte da vítima, a partir da composição de uma unidade delitiva híbrida, composta por um tipo penal determinado (lesão corporal), imputado a título de dolo, e um tipo penal derivado (consubstanciado no resultado morte), imputado a título de culpa.

Diversamente seria se João desferisse um soco contra José com a finalidade de produzir lesões corporais e, após produzi-la, resolvesse matá-lo. Nesse caso, não se estaria diante de hipótese de um crime preterdoloso, mas diante de uma progressão criminosa com substituição dolosa.

Além de violar disposições legais, o erro disposto no enunciado da Súmula 610-STF gera prejuízos gravíssimos ao acusado, à medida em que suprime o direito subjetivo do agente ter sua pena reduzida de um a dois terços, consoante disposição do parágrafo único, art. 14, II, do CPB.

No desenvolvimento do estudo, observou-se que a reiteração indiscriminada[30] dessa súmula produziu uma série de decisões sem base empírica idônea que reduziram casos complexos a simples discursos lacunares, que manipulam e reforçam identidade deteriorada do acusado[31], empregadas para destitui-lo da cidadania que constitucionalmente o reveste e identificá-lo no processo penal com estigma do "ladravaz", do "meliante" ou do "ente danoso", tão bem descrito por Zaffaroni[32].

Em perspectiva finalista, a base valorativa que define a tipificação de um crime em sua forma tentada ou consumada não é resultado derivado da conduta praticada pelo agente, mas, fundamentalmente, o conteúdo da vontade que nela

30. Nesse sentido foram encontrados 93 julgados que converteram a tentativa de roubo qualificado pelo resultado lesões corporais graves, cuja pena era de sete a 15 anos de reclusão, em tentativa de latrocínio, cuja pena é de 20 a 30 anos. Nessas decisões os julgadores partiram do mesmo pressuposto esculpido da Súmula 610 e elegeram o tipo penal derivado para definir o tipo em sua forma tentada ou consumada, contrariando determinação expressa na primeira parte do § 3ºdo art. 157 do CPB.

31. GOFFMAN, E. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. São Paulo: LTC, 1988. p. 38-43.

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

se inscreve. Partindo-se desse pressuposto, quando o latrocínio se exaure na tentativa do roubo e este é qualificado pelo resultado morte involuntária da vítima, tecnicamente o adequado é imputar ao agente o crime de latrocínio em sua forma tentada, visto que a solução estabilizada pela Súmula 610-STF fere os princípios da legalidade e da adequação típica.

3.2. Análise de um caso de suposto latrocínio tentado

No dia 18 de agosto de 2016, por volta de 17h, Roberto estava sentado, em uma parada de ônibus, momento em que Paulo chegou em uma motocicleta, apontou-lhe um revólver calibre 38 e anunciou o roubo. Ocorre, porém, que, em ato contínuo, a vítima reagiu e se atracou com o agressor, ocasião em que ambos caíram por cima da moto e Paulo disparou um tiro, cujo projétil transfixou o nervo radial do próprio braço esquerdo e feriu mortalmente Roberto. Paulo foi detido por populares e conduzido a uma seccional da Polícia Civil, sem conseguir subtrair qualquer bem da vítima.

Findo o processo, Paulo foi condenado à pena definitiva de 22 anos de reclusão e ao pagamento de 40 dias-multa, na proporção de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática de latrocínio consumado (roubo agravado pelo resultado morte), consoante disposições do art. 157, § 3º, segunda parte, do CPB, cujo fundamento de validade da imputação foi deduzido da Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ocorre, porém, que, se as garantias fundamentais de Paulo não fossem violadas com base na referida Súmula, aplicando-se a redução mínima de um terço prevista no art. 14, parágrafo único, do CPB, sua pena definitiva seria fixada em 14 anos e oito meses de reclusão, o que significaria impor uma pena adicional de sete anos e quatro meses de reclusão, com base na expansão ilegal do tipo penal.

Essa decisão suscita uma questão jurídica controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que tem como objeto a análise do crime de latrocínio quando o roubo se exaure na tentativa e a vítima vai a óbito, qual seja, tecnicamente é admissível a tipificação do latrocínio em sua forma tentada ou consumada com base na valoração do elemento subjetivo do tipo penal derivado?

Adianta-se que a resposta é negativa. Apesar de controvertido e reiterado exaustivamente nos juízos monocráticos e tribunais brasileiros, esse entendimento ainda não recebeu o tratamento doutrinário adequado[33]. Em seu trabalho,

33. Os trabalhos de Pierangeli (2005), Reale Júnior (2002), Carollo (2010), Greco (2017), Nucci (2018), Bittencourt (2018), entre outros, abordam em linhas gerais o crime de

Jório[34] aborda o crime de latrocínio dimensionando-o com maior densidade, ao sustentar a sua inconstitucionalidade tipológica e tecer críticas à operacionalidade prática do conceito de crime complexo, bem como a relação conectiva que se estabelece entre o crime meio e o crime fim, na doutrina e na jurisprudência. Todavia, não aborda, particularmente, a Súmula 610-STF, como proposto no presente artigo.

O esclarecimento dessa questão é de grande relevância, não só para as pessoas que se encontram em situações análogas, com processo julgado ou em andamento, mas fundamentalmente para se refletir sobre a adequação legislativa de decisões como a apresentada, que, no cotidiano do Judiciário brasileiro, violam o princípio da Legalidade, inscrito no art. 5º, XXXIX, da CF e subtraem o direito subjetivo do agente de ter sua pena reduzida de um a dois terços, inscrito no art. 14, parágrafo único, do CPB, bem como contrariam a lógica jurídica, ao converter o latrocínio tentado em consumado, com base na valoração do tipo penal derivado.

O princípio da legalidade constitui-se como instrumento jurídico estruturante do Direito Penal e visa garantir o equilíbrio entre a conduta praticada pelo agente e a sanção correlata, dimensionando a adequação típica, a função lógica e axiológica da pena[35], além de proteger os cidadãos contra o exercício arbitrário do poder punitivo do Estado[36], como observado na Súmula 610 do STF. Por conseguinte, a aplicação dessa Súmula não pode se realizar com base em prejulgamento, considerado absolutamente verdadeiro, antes mesmo de sua demonstração como se observa no cotidiano do judiciário brasileiro. Por essa razão se impõe a necessidade de sua revisão.

3.3. O preterdolo, o crime qualificado pelo resultado e o latrocínio

Quando o esperado não acontece, o inesperado nos surpreende.
João Franco

Consoante reiterado na doutrina, "preter" é um sufixo de origem latina, cujo sentido sugere a existência de um acontecimento inesperado, associado a ideia

latrocínio, os conceitos de preterdolo e crime qualificado pelo resultado, todavia não realizaram uma análise da Súmula 610-STF.

34. JÓRIO, Israel. *Latrocínio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

35. Nesse sentido, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, entre outros.

36. Nesse sentido, SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: teoria constitucional do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, entre outros.

de excesso, "além de". Da mesma forma, ao praticar um crime, o agente pode ser surpreendido com acontecimentos inesperados capazes de gerar lesões mais graves, além das desejadas no momento que viola uma norma penal.

Nesse sentido, o preterdolo pode ser concebido como a prática de uma conduta ontologicamente ordenada, dotada de sentido jurídico-penal, que se realiza como um processo de consciência dos efeitos causais da ação finalisticamente dirigida à realização de um tipo penal determinado, mas que produz um resultado involuntário, consubstanciado em um tipo penal derivado que transcendente ao dolo em sua origem criminosa, tal como ocorre na lesão corporal seguida de morte e no latrocínio, dispostos, respectivamente, no art. 129, § 3º, e art. 157, § 3º,II, ambos do CPB.

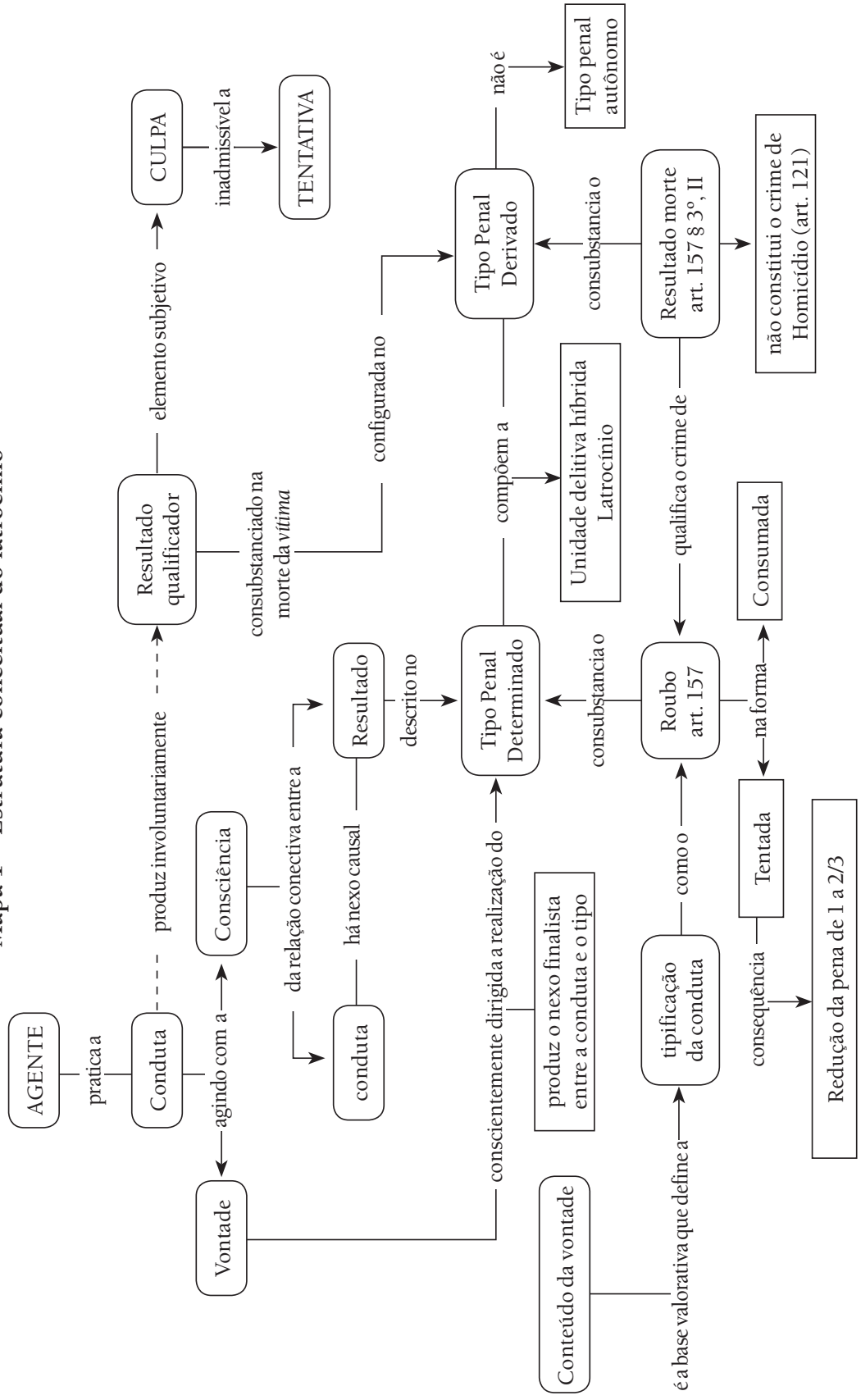
O crime preterdoloso constitui uma unidade delitiva de base híbrida, cujos elementos subjetivos dos tipos são colocados em planos analíticos distintos. Nessa estrutura típica, o preterdolo deve ser concebido como um elemento subjetivo-normativo do tipo penal, uma vez que o dolo integra o tipo penal determinado, configurando-se elemento psicológico, e a culpa integra o tipo penal derivado, configurando-se elemento subjetivo normativo.

O crime preterdoloso pode ser concebido, então, como uma espécie de crime qualificado pelo resultado, consubstanciado na conduta que produz uma lesão jurídica mais grave que a pretendida pelo agente. Conforme se observa, em sua estrutura conceitual (mapa 1), o preterdolo se realiza como um crime complexo, composto de um tipo penal determinado, imputado a título de dolo, e um tipo penal derivado, imputado a título de culpa, que se desenvolvem de forma homogênea, constituindo uma nova unidade delitiva[37].

Assim, por exemplo, o crime de roubo é um crime contra o patrimônio, tipificado no art. 157, e o homicídio um crime contra a vida, tipificado no art. 121, ambos no CPB. Em outro plano, o latrocínio (roubo qualificado pelo resultado morte) está tipificado no art. 157, § 3º, II, do CPB, consubstanciando-se em um crime contra o patrimônio de natureza híbrida. Todavia, esse crime forma uma nova unidade delitiva epistemologicamente distinta tanto do roubo quanto do homicídio. Nesse contexto epistêmico, o roubo e o homicídio perdem suas singularidades, para compor uma nova unidade delitiva, todavia, sem constituir um *tertium genus*, autônomo e independente.

37. Nesse sentido, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 387.

Mapa 1 – Estrutura conceitual do latrocínio



Fonte: mapa elaborado por Hélio Moreira.

Conforme se observa no mapa apresentado, os crimes preterdolosos apresentam as seguintes proposições:

1) O agente pratica a conduta agindo com consciência da relação conectiva entre a conduta e o resultado descrito em um tipo penal determinado, tornando-o objetivamente previsível, o que produz a tipicidade objetiva, cuja natureza é causal. No latrocínio, o agente pratica a conduta conscientemente dirigida à subtração da coisa alheia móvel, mediante grave ameaça ou violência, consoante tipificação do art. 157 do CPB.

2) Quando o crime é consumado, há nexo causal entre a conduta e o resultado descrito no tipo penal determinado. Assim, quando o roubo se consuma há nexo causal entre a subtração da coisa alheia móvel e a lesão patrimonial da vítima.

3) O agente pratica a conduta imbuído da vontade conscientemente dirigida à finalidade de realizar o tipo penal determinado, corporificado em um resultado, tornando-o subjetivamente previsível, produzindo-se assim a tipicidade subjetiva, cuja natureza é finalista.

4) Consoante Welzel, o conteúdo da vontade integra a conduta, representando a base valorativa que define a tipificação penal da conduta. Dessa forma, nos crimes materiais, como o roubo, por exemplo, o resultado é irrelevante para tipificação da conduta. Todavia, é relevante para definir o crime em sua forma tentada ou consumada[38].

Nesse sentido, deve-se observar que, quando o resultado descrito no tipo penal determinado não se realiza por circunstâncias alheias à vontade do agente, configura-se, então, a tentativa e se aplica o parágrafo único do art. 14 do CPB. Nessa hipótese, a pena deve ser reduzida de um a dois terços. Essa redução significa um direito subjetivo do agente imputado.

6) Ocorre, porém, que, no latrocínio, a conduta é conscientemente dirigida à realização do roubo (tipo penal determinado), mas produz, involuntariamente, um resultado qualificador, consubstanciado na morte da vítima, descrito em um tipo penal derivado.

7) Nesse contexto epistêmico, a morte da vítima constitui, então, um resultado qualificador, que, embora descrito no art. 121 do CPB, é imputado tão somente a título de culpa. Conseguintemente, não pode ser equiparado ao crime de homicídio, que admite as formas dolosa e culposa, consumada e tentada.

É nesse ponto que reside o grande erro da Súmula 610-STF, pois nela o resultado morte é equiparado ao homicídio. Epistemologicamente, o resultado morte

38. Essa questão será abordada no item 3.4. Dolo direto, tentativa e crime impossível.

não pode ser equiparado dessa maneira, porque se configura como elemento qualificador do tipo descrito no *caput* do art. 157 do CPB, que aumenta os limites mínimo e máximo da pena prevista para o tipo fundamental do crime.

Diversamente do homicídio que admite as modalidades dolosa e culposa, o resultado morte deve ser imputado tão somente na modalidade culposa. Logo, não é admissível usar o tipo penal derivado como referencial de valoração para definir o latrocínio em sua forma tentada ou consumada, porque o dolo inscrito no homicídio não se estende ao resultado qualificador que configura o tipo penal derivado.

6) O crime de latrocínio constitui a unidade delitiva híbrida na qual o roubo consubstancia o tipo penal determinado e o resultado morte, descrito no art. 121 do CPB, caracteriza o tipo penal derivado, todavia, sem significar um tipo autônomo.

7) No contexto epistêmico do latrocínio, o resultado morte não constitui propriamente o crime de homicídio, visto que consubstancia o tipo penal derivado, cujo elemento subjetivo é normativo, imputado a título de culpa.

Partindo desses pressupostos, a base valorativa que deve ser empregada para definir o latrocínio em sua forma tentada ou consumada é o tipo penal determinado e não o tipo penal derivado, consoante disposto na Súmula 610-STF. Não é razoável colocar o roubo e o resultado morte no mesmo plano analítico e estender aleatoriamente o dolo do homicídio ao tipo penal derivado, com base em meras presunções pessoais, destituindo assim o Direito Penal de seu arcabouço teórico. A questão que envolve a tentativa de latrocínio não é meramente terminológica, de vez que possui dimensões ontológicas e epistemológicas.

Esse erro gerou decisões absolutamente desarrazoadas nos tribunais brasileiros. No julgamento do *Habeas Corpus 151885 SC* 2009/0211305-3, o Ministro Nefi Cordeiro ratificou esse entendimento, assim explicitando-o: "Para a configuração do delito de latrocínio tentado, é irrelevante a ocorrência de lesão corporal, de qualquer natureza, bastando a comprovação de que o agente tinha a intenção de matar, ou assumiu o risco de fazê-lo, para subtrair coisa alheia móvel"[39].

Diferente não foi o julgamento da Apelação 0763774-30.2014.8.06.0001, na qual o relator asseverou:

> "Responde por tentativa de latrocínio, na forma do art. 157, § 3º, última figura, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, quem comete homicídio tentado cumulado

39. STJ – HC: 151885 SC 2009/0211305-3, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, j. 05.05.2015, T6 – Sexta Turma, *DJe* 14.05.2015. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188885135/habeas-corpus-hc-151885-sc-2009-0211305-3/certidao-de-julgamento-188885182?ref=juris-tabs].

> com roubo tentado. Para configurar a tentativa de latrocínio é *irrelevante que a lesão causada à vítima tenha sido de* natureza *leve*[40], bastando comprovado que o réu agiu com dolo de matar para subtrair mas que por circunstâncias alheias à sua vontade não se consumaram os eventos mortes e subtração."[41]

No julgamento do *Habeas Corpus 160475 SP* 2010/0013751-7, o Ministro Campos Marques reiterou o enunciado disposto na Sumula 610-STF, ao ponderar:

> "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que é plenamente possível a ocorrência de latrocínio em sua forma tentada, quando não se obtenha o resultado morte, *bastando a comprovação de que, no decorrer da prática delitiva, o agente tenha atentado contra a vida da vítima*, com a intenção de matá-la, não atingindo o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade. Precedentes."[42]

Deve-se observar, *en passant*, que a redação do art. 157, § 3º, do CPB assim se apresentava, antes da recente Lei 13.634/2018: "Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa".

Com a redação que lhe foi introduzida pela referida lei, em vigência desde 24 de abril de 2018, a disposição definidora do aludido delito, no art. 157 do CPB, passou a ter o seguinte formato:

> "§ 3. Se da violência resulta:
>
> I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;
>
> II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa."

Repare-se que o limite máximo cominado à modalidade em que o tipo derivado se caracteriza pelo resultado lesão corporal grave sofreu alteração, passando

40. Grifo.

41. TJ-CE – APL: 07637743020148060001 CE 0763774-30.2014.8.06.0001, Relator: Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 2ª Câmara Criminal, Pub. 21.07.2015. Disponível em: [https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211619048/apelacao-apl-7637743020148060001-ce-0763774-302014806000].

42. STJ – HC: 160475 SP 2010/0013751-7, Rel.: Ministro Campos Marques (Des. convocado do TJ/PR), j. 18.04.2013, T5 – *DJe* 24.04.2013. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23107050/habeas-corpus-hc-160475-sp-2010-0013751-7-stj/relatorio-e-voto-23107052?ref=juris-tabs].

de 15 para 18 anos, configurando *novatio legis in pejus*. Na outra modalidade, em que resulta morte, a cominação punitiva se manteve.

O dispositivo legal é expresso: "se resulta lesão corporal grave". Todavia, para o relator é indiferente se a natureza da lesão é grave ou leve, pois, em sua decisão, equipara o resultado morte ao homicídio doloso e o elege como base valorativa para tipificar o crime de latrocínio em sua forma tentada ou consumada, violando assim o princípio da legalidade, ao expandir infundadamente o alcance epistemológico do tipo penal e aplicar uma pena maior do que a cabível.

A hipótese suscitada pelo relator do julgado anteriormente referido não é referente a um crime preterdoloso ou qualificado pelo resultado, visto que, nesses casos, o resultado que qualifica o crime de roubo, o qual está descrito no tipo penal derivado (lesão corporal ou morte), é imputado a título de culpa. Em decorrência, se o agente pratica a conduta conscientemente dirigida à realização de um roubo, utilizando como meio uma arma de fogo, por exemplo, e por qualquer motivo resolve matar a vítima, há, nessa hipótese, uma substituição dolosa. Por consequência, a culpa é afastada do tipo penal derivado.

Os tribunais brasileiros admitem quase unanimemente a possibilidade da tentativa de latrocínio, independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima, seja ela leve ou grave, pois consideram que o elemento definidor da tentativa é a vontade de matar (*animus necandi*). Nesse sentido é o julgado dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70051764678, proferido pelo Terceiro Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Nesse julgado, ao analisar o caso em que o agente disparou arma de fogo contra a vítima de roubo e o projétil não foi acionado, o relator concluiu: "Relato da vítima que se mostra objetivo e coeso quanto à ocorrência de disparo em sua direção realizado pelo embargante, não deflagrado. Latrocínio tentado configurado"[43]

Todos esses julgados partem da mesma premissa equivocada[44], porque, conforme se observa no mapa conceitual, no contexto epistêmico do latrocínio, o roubo e o homicídio são colocados linearmente em relação de conexão, mas em planos analíticos distintos. Dessa forma, o resultado morte não é concebido como

43. TJ-RS – EI: 70051764678-RS, Rel.: Bernadete Coutinho Friedrich, j. 05.04.2013, Terceiro Grupo de C.Crim. *DJ* 09.05.2013. Disponível em: [https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112891914/embargos-infringentes-e-de-nulidade-ei-70051764678-rs].

44. No mesmo sentido: STJ – AgRg no REsp: 1354004 MG 2012/0242365-2, rel: Min Maria Thereza de Assis Moura, j. 11.03.2014, 6ª Turma, *DJe* 28.03.2014. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25034654/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1354004-mg-2012-0242365-2-stj/inteiro-teor-25034655?ref=juris-tabs].

um crime contra a vida, porém, como uma circunstância que qualifica o roubo, consubstanciada no tipo penal derivado que não é autônomo, pois epistemologicamente está conectado ao roubo. Essa é a razão pela qual seu elemento subjetivo é normativo. Nessa hipótese, afastam-se tão somente as penas definidas no *caput* do 157 do CPB, para adotar o *quantum* referencial definido no § 3º, II, do mesmo artigo.

Partindo-se desse pressuposto, teoricamente é inadmissível a combinação da tentativa, prevista no art. 14, II, do CPB, com o tipo penal derivado, visto que o resultado morte descrito no § 3º, II, do art. 157 do CPB não é constitutivo de um tipo autônomo, entretanto de um tipo penal derivado que qualifica o crime de roubo pelo resultado.

No julgamento da Apelação Criminal 10702140069361001-TJ/MG, ainda que partindo de premissa distinta da adotada no presente artigo, o relator, em decisão praticamente isolada dos tribunais brasileiros, contrariou o entendimento consolidado por força da Súmula 610-STF, ao imputar os crimes de roubo qualificado em concurso com o homicídio, ambos na forma tentada, aos agentes que, durante a realização de um roubo, desferiram golpes de faca contra a vítima, produzindo-lhe lesões corporais graves. Em sua decisão, o relator se manifestou:

> "Quando incidente uma das circunstâncias do § 3º do art. 157, do CP, quais sejam, a qualificadora do resultado lesão corporal grave ou a qualificadora do resultado morte – latrocínio –, é inadmissível a aplicação concomitante da causa geral de diminuição da tentativa, pois não se trata de um tipo penal autônomo, mas sim de forma qualificada do crime de roubo, sendo o aumento de pena decorrente da efetiva maior gravidade do resultado."[45]

Deve-se observar, ainda, que a tentativa é um recurso técnico operativo corporificado em uma norma penal extensiva que, articulada ao tipo penal doloso, possibilita a ampliação de seu alcance ontológico para promover a imputação por meio da tipicidade mediata, sem violar o princípio da legalidade, hipótese inadmissível nos crimes culposos, por não admitirem a forma tentada.

Diversamente, tanto no crime qualificado pelo resultado quanto no crime preterdoloso, o resultado derivado da conduta dolosa está relacionado à gradação da pena. Logo, afigura-se infundado perquirir sobre o *animus necandi* para definir se

45. TJ-MG–APR: 10702140069361001 MG, Relator: Jaubert Carneiro Jaques, j. 03.03.2015, Câmaras Criminais / 6ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 13.03.2015. Disponível em: [https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173807743/apelacao-criminal-apr-10702140069361001-mg/inteiro-teor-173807794?ref=juris-tabs].

o latrocínio é tentado ou consumado, porquanto a violência empregada para realizar a subtração potencializa a ocorrência do resultado objetivamente previsível, sobre o qual incide o aumento da pena. Assim sendo, pode-se concluir, em última instância, que o § 3º, I e II, do artigo 157 do CPB constituem "espécies de causa de aumento da pena", materializadas na lesão corporal de natureza grave ou na morte da pessoa visada ou de terceiros. Nesses casos, a pena a ser aplicada é elevada de quatro a dez anos, respectivamente, para sete a 18 anos ou para 20 a 30 anos.

Como referido, conceitualmente, o preterdolo se difere tanto do dolo como da culpa, assumindo o viés de outro recurso técnico-operativo de imputação empregado em determinadas hipóteses que não são abrangidas por esses conceitos, tais como a lesão corporal seguida de morte, tipificada no art. 129, § 3º, do CPB. Todavia, não se realiza como um novo elemento subjetivo do tipo. Isso significa que a valoração ontojurídica[46] das condutas praticadas pelo agente devem ser realizadas em planos analíticos distintos. Assim, a análise do tipo penal derivado deve ser realizada com base no desdobramento analítico de todos os elementos que compõem o crime culposo[47], uma vez que o art. 19 do CPB não admite a responsabilidade objetiva. Sob essa perspectiva, no crime preterdoloso ou no crime qualificado pelo resultado, a base valorativa que define o tipo penal em sua forma tentada ou consumada deve ser o tipo penal determinado e não o tipo penal derivado.

Nesse mirante, embora contrarie o entendimento consolidado pela Súmula 610-STF, nos juízos monocráticos e tribunais brasileiros, tecnicamente o adequado é conceber o latrocínio tentado quando o roubo se exaure na tentativa e há o resultado morte. Somente nessa hipótese, é factível a incidência do § 3º, II, do artigo 157 c/c art. 14, II, ambos do CPB. Essa súmula ampliou infundadamente o alcance do latrocínio consumado ao colocar no mesmo plano epistêmico situações que ontologicamente são distintas e suprimir o direito subjetivo do agente ter sua pena reduzida de um a dois terços.

Nessa decisão, por conseguinte, houve desconsideração à dualidade do tratamento conferido à matéria disposta no § 3º, II, art. 157 do CPB e violação ao princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, visto que incluiu no tipo penal situação fática inexistente. O núcleo do tipo penal determinado é o verbo "subtrair". Em razão disso, não havendo a subtração, por motivo alheio à vontade do agente, a solução oferecida pela Súmula 610-STF infringe a adequação típica.

46. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

47. Nesse sentido: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 263.

Consoante o princípio da legalidade, associado às disposições do art. 157, § 3º, II, do CPB, ontologicamente, o latrocínio deve ser concebido como um crime contra o patrimônio, consubstanciado na realização de um roubo, cujo uso da violência física produz a morte da vítima ou de terceiros. Nessa hipótese, o resultado morte não se expressa como um tipo subjetivo doloso, visto que a morte da vítima se constitui em evento objetivamente previsível, mas subjetivamente inesperado, que não estava finalisticamente inscrito na vontade do agente. Por via de consequência, para sua caracterização é suficiente o emprego da violência física para roubar e que dela resulte a morte previsível da vítima, razão pela qual o resultado morte não se equipara ao homicídio e é imputado a título de culpa.

Ademais, deve-se observar que a imputação do latrocínio tentado não se reduz a uma questão meramente terminológica, com base em obscura analogia incriminadora, que conduz o Direito Penal a uma questão meramente técnica de vigiar e punir[48]. Ela é conceitual, epistemológica e ontológica. Logicamente, não é admissível rotular o roubo tentado qualificado pelo resultado morte como latrocínio consumado, com base no tipo penal derivado, sob a ótica exclusiva do dolo.

Conferir legitimidade a essa decisão é, indubitavelmente, fechar os olhos às iniquidades e aos desacertos sobre os quais se assentam a Súmula 610-STF, visto que ela não é dotada de força jurídica para modificar os elementos descritivos do tipo, nem tem o condão de modificar o elemento subjetivo do tipo penal derivado.

A introdução do dolo como elemento subjetivo do tipo penal derivado para preencher o sentido atribuído à expressão "latrocínio tentado" contraria completamente a lógica de imputação do crime preterdoloso ou do crime qualificado pelo resultado, ao mesmo tempo que produz uma série de consequências desfavoráveis ao acusado, tais como a supressão do direito subjetivo de ser sentenciado pela prática do crime de roubo qualificado pelo resultado morte em sua forma tentada, cuja pena é reduzida de um a dois terços.

Por todos esses equívocos e prejuízos gerados não só ao apenado, mas principalmente pela necessidade de viabilizar a segurança jurídica, o conteúdo normativo inscrito na Súmula 610-STF deve ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal.

3.4. Dolo direto, tentativa e crime impossível

De acordo com o artigo 14, II, do CP, a tentativa configura-se quando, iniciada a execução, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do

48. Nesse sentido: FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1998; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

agente. Por sua vez, o artigo 17 do CP estatui que não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto material, é impossível consumar-se o crime. É muito comum haver dúvidas na diferenciação entre a tentativa e o crime impossível, visto que são espécies do mesmo gênero (tentativa, em sentido lato), cujo tipo penal determinado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O artigo 14, II, do CP constitui uma norma extensiva que, ao ampliar o alcance epistêmico de um tipo penal incriminador, incorpora a ele situações fáticas que não estão expressamente tipificadas. Sem esse dispositivo seria inadmissível, por exemplo, a imputação de um homicídio, se a morte da vítima não se consumasse, por violação ao princípio da legalidade.

Consoante Welzel[49], a conduta dolosa é concebida como ação ou omissão ontologicamente ordenada, dotada de sentido jurídico-penal que se realiza como um processo de consciência dos efeitos causais da ação finalista. Por esse motivo, a vontade está na base da conduta dolosa, constituindo-se elemento psicológico integrado a ela, visto que ontologicamente não há como separá-la de seu elemento volitivo e finalístico, razão pela qual se sustenta que a tipicidade não se esgota na simples conexão causal entre a conduta e o resultado, vale dizer, a valoração da conduta transcende o conteúdo naturalista do nexo causal, expresso no art. 13 do CP.

Nesse sentido, a tentativa não se reduz a um simples processo causal que uma vez acionado não foi capaz de concretizar o tipo penal determinado. Na perspectiva desse autor, a tentativa pode ser compreendida como uma conduta voluntária e racionalmente dirigida à produção de um tipo penal previamente determinado, cuja inocorrência é independente da vontade do agente. Isso porque, os homens agem ou deixam de agir conscientemente orientados para fins determinados e à satisfação da vontade.

Partindo desse pressuposto, a valoração da conexão de sentidos inscritos na conduta provida de consciência e vontade dirigida à produção de um tipo penal determinado, no contexto em que é praticada, configura o meio ideal para definir a conduta típica, em sua forma consumada ou tentada, bem como para dimensionar o alcance da tipicidade em oposição à excludente de tipicidade.

Para Welzel[50], a vontade integra-se à conduta e a valoração de seu conteúdo se estende aos "meios empregados" pelo agente para realizar o tipo penal determinado, bem como à "propriedade material do objeto" descrito na norma penal.

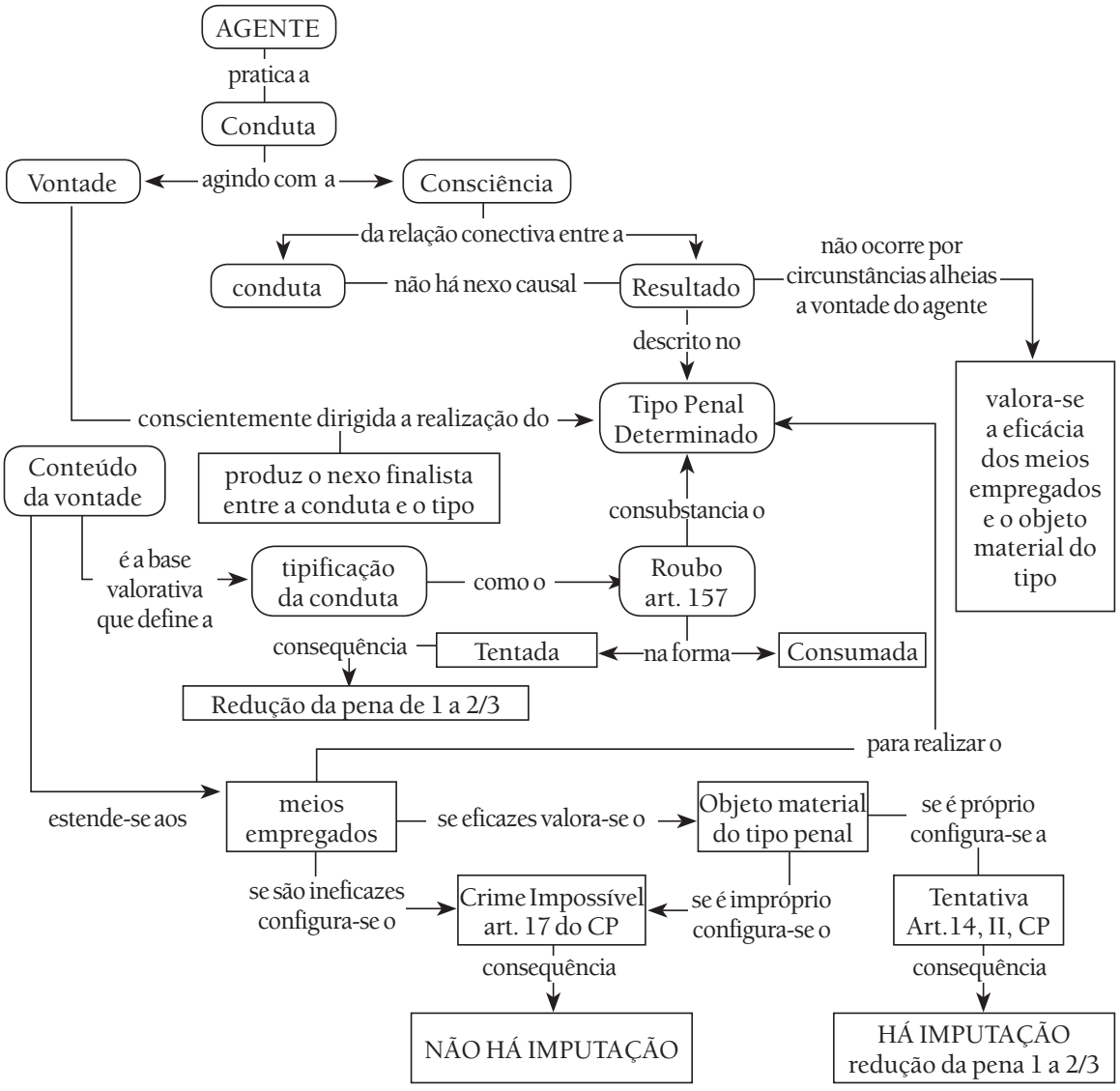
49. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 33-34.

50. Idem.

Nos crimes materiais, teoricamente não há diferença substancial no conceito de dolo empregado para valorar a conduta típica, seja ela consumada, seja tentada. Todavia, a forma de operacionalizá-lo apresenta leve variação nos componentes de sua estrutura conceitual. Tal ocorre porque, diversamente do crime consumado que apresenta conduta, resultado e nexo causal, no crime tentado não há consumação e, consequentemente, não há resultado ou nexo causal.

Dessa forma, a diferença ontológica entre a tentativa, prevista no art. 14, II, do CP e o crime impossível, previsto no art. 17 do CP é tecnicamente resolvida na estrutura conceitual do dolo, centrada na valoração da (in)eficácia dos meios empregados e na (im)propriedade material do objeto do tipo penal, conforme se observa no mapa 2.

Mapa 2 – Estrutura conceitual do latrocínio



Fonte: mapa elaborado por Hélio Moreira.

Conforme se observa no mapa 2, quando o agente pratica a conduta conscientemente dirigida à realização de um tipo penal determinado e o resultado não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente, abrem-se duas possiblidades:

1) a conduta típica configura o crime em sua forma tentada, consoante disposição do art. 14, I, do CP;

2) a conduta configura o crime impossível, consoante o disposto no art. 17 do CP.

Assim, suponha-se a seguinte hipótese:

Portando um revólver, calibre 38, Alberto ingressou em um bar e disparou três tiros contra João, seu desafeto, com a finalidade de matá-lo. Ocorre, porém, que ao ver Alberto entrando, com arma em punho, João fugiu pela janela, sendo atingido apenas por um dos projéteis, o qual lhe produziu lesões corporais leves.

Nessa hipótese, a tipificação penal da conduta praticada de Alberto será definida a partir da valoração do conteúdo de sua vontade e a finalidade inscrita em sua conduta, e não no resultado que objetivamente ela produziu. Objetivamente, pois, a conduta praticada por Alberto produziu apenas lesões corporais leves, conforme previsão do art. 129 do CP. No entanto, a valoração do nexo finalista que se estabelece entre a finalidade de sua conduta e o tipo penal determinado (art. 121 – matar alguém) afasta a possibilidade de imputá-lo apenas por lesões corporais simples.

Na estrutura do dolo, a finalidade da conduta corresponde à meta descrita no núcleo do tipo penal que o agente pretende alcançar ao praticar a conduta. Senão, veja-se:

1) Ao disparar três tiros contra seu desafeto, Alberto tinha plena consciência que poderia matá-lo, tornando a morte da vítima um resultado objetivamente previsível;

2) Sua vontade foi racionalmente dirigida à realização de um tipo penal determinado, tornando-o subjetivamente previsível;

3) Os meios empregados eram eficazes, idôneos, capazes de realizar o tipo penal determinado.

Logo, embora com sua conduta, objetivamente, tenha produzido apenas lesões corporais leves na vítima, a Alberto será imputado o crime de homicídio doloso, em sua forma tentada, consoante art. 121 c/c 14, II, ambos do CPB.

Nesse caso, conforme se observa no mapa 2, o problema é resolvido na estrutura conceitual do dolo quando valorada a conduta ante à seguinte questão:

1) Os meios empregados eram idôneos, capazes de realizar o tipo penal determinado?

Se a resposta for não, encerra-se a operação e estará caracterizado o crime impossível, portanto, não haverá imputação, porque não basta querer realizar o tipo penal; faz-se necessário empregar meios idôneos, capazes de produzi-lo. Na hipótese apresentada, o meio empregado era idôneo, eficaz, capaz de produzir o resultado morte da vítima.

Caso contrário, segue-se a operação para se valorar a propriedade material do objeto do tipo penal, formulando a seguinte questão:

2) O objeto material do tipo penal é próprio?

Se a resposta for não, encerra-se a operação e estará caracterizado o crime impossível. Todavia, se a resposta for sim, encerra-se a operação e estará caracterizada a tentativa, consoante previsão do art. 14, II, do CPB. Portanto, é o resultado da valoração da conduta concretamente realizada com base nesse referencial de valoração que definirá se ela ocasiona a configuração do crime impossível ou a tentativa. Na hipótese em exame, o objeto material do crime é próprio, visto que a vítima estava viva, portanto, está caracterizado o crime de homicídio em sua forma tentada. Ocorre, porém, que, no caso do latrocínio, teoricamente não é admissível essa operação com base no tipo penal derivado, o que torna absolutamente incoerente o conteúdo normativo da Súmula 610-STF.

Considerações finais

Pelo que se infere, a Súmula 610-STF não deveria coexistir com um ordenamento pós-Constituição Federal de 1988. Vislumbra-se que sua criação se resumiu à reprodução de vocábulos utilizados pelos membros do Judiciário, responsáveis pelas demandas como verdadeiros álibis retóricos, para que as peculiaridades do caso concreto não fossem analisadas. Ademais, demonstrou-se que tecnicamente é inadmissível a tipificação da tentativa de latrocínio com base no tipo penal derivado. A citada súmula ampliou infundadamente o alcance do latrocínio ao colocar no mesmo plano epistêmico situações que ontologicamente são distintas, bem como ao suprimir o direito subjetivo do agente de ter sua pena reduzida de um a dois terços.

Percebe-se a violação direta de direitos positivados no texto constitucional, na norma penal, bem como do princípio da legalidade. Continuar aceitando e homologando decisões judiciais pautadas na Súmula 610-STF representa uma afronta aos direitos individuais, à disseminação de escusas aos magistrados, para violarem garantias fundamentais, sem qualquer embasamento jurídico.

Segundo dados do 11º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança, entre 2010 e 2016 (com dados atualizado em novembro de 2017) o número de latrocínios

cresceu em 67,35 no Brasil[51]. Ocorre, porém, que os estudos quantitativos não abordam o mérito das decisões, o que dificulta a quantificar com precisão o número de casos cuja condenação teve como base a Súmula 610. Essa é outra razão pela qual a revisão do conteúdo normativo da súmula em análise necessita ser revisado, se não revogado.

Referências bibliográficas

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, ano 11, 2017. p. 17. *Fórum Brasileiro De Segurança Pública*, São Paulo, 2017. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/publicacoes/11o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/]. Acesso em: 01.05.2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAROLLO, João Carlos. *Crimes de furto, roubo e o latrocínio* – Doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto, LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul.-dez. 2010. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/download/1206/1149].

FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1998.

GOFFMAN, E. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. São Paulo: LTC, 1988.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., intr. e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. v. 3.

JÓRIO, Israel. *Latrocínio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. 2. ed. amp. Salvador: JusPodivm, 2014.

51. ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, ano 11, 2017. p. 17. *Fórum Brasileiro De Segurança Pública*, São Paulo, 2017. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/publicacoes/11o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/]. Acesso em: 01.05.2018.

NOVAK, Joseph Donald. *Learning, creating, and using knowledge*: concept maps as facilitative tools in schools and corporations. 2. ed. Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, 2010. Disponível em: [http://books.google.com.br].

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2018.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. t. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: teoria constitucional do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

YIN, Robert K. *Estudo de caso*: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

WACQUANT, Louis. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WELZEL, Hans. *Estudios de filosofia del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Agravação pelo resultado: análise do crime de roubo agravado pelo resultado de morte nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, de Gabriela Borghi Affonso – *RBCCrim* 139/39-67 (DTR\2017\7100); e
- Crimes complexos: a especial dificuldade do reconhecimento da forma tentada no latrocínio, de Nereu José Giacomolli e Tomás Grings Machado – *RT* 866/446-459 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/877 (DTR\2007\852).

A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado

The objective imputation of the result to a neglectful act

Ingeborg Puppe

Professora Titular de Direito Penal da Universidade de Bonn, Alemanha.
Doutora e Livre-Docente pela Universidade de Heidelberg, Alemanha.
puppe@jura.uni-bonn.de

Tradutora:

Beatriz Corrêa Camargo

Professora de Direito Penal da Universidade Federal de Uberlândia.
Pós-Doutora e LL.M. pela Universidade de Bonn, Alemanha. Doutora
e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.
beatrizcamargo@ufu.br

Autora convidada

Área do Direito: Penal

Resumo: Na base de qualquer imputação de natureza objetiva encontra-se a relação causal entre a ação e o resultado. Qualquer outra exigência feita no plano da imputação objetiva constitui uma característica daquela relação causal. Uma ação é causal para um resultado se figurar como elemento necessário de uma condição suficiente e verdadeira do resultado de acordo com leis causais gerais. É possível haver múltiplas condições verdadeiras para o mesmo resultado (causalidade múltipla ou dupla). A explicação causal verdadeira do resultado não apenas tem que incluir a própria ação, mas também os aspectos ilícitos da ação como elementos necessários para a explicação (causalidade da lesão do dever de

Abstract: It is the causal relation between the act and the result that is the foundation of any objective imputation. Any other requirement of the objective imputation is a feature of that causal relation. An act is causal for a result if it is a necessary element of a true and sufficient condition for the result according to general causal laws. There can be multiple true conditions for the same result (double or multiple causality). The true causal explanation of the result does not only have to include the act itself but also the act's wrongful aspects as necessary elements (causality of the wrongful aspects of the act). Finally, the norm that forbids the act has to be generally fit to prevent that the causal process

Puppe, Ingeborg; Camargo, Beatriz Corrêa. A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 155. ano 27. p. 103-123. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

cuidado). Por fim, a norma que proíbe a ação deve ser adequada de modo geral para evitar que o processo causal conduza a um acidente (critério do fim de proteção da norma). Esse não será o caso se alguma modificação nas circunstâncias permitidas do caso singular tivesse por efeito que, não a violação da norma, mas precisamente a sua observância, tivesse produzido o acidente. Tais problemas serão demonstrados e analisados com referência a decisões famosas do Superior Tribunal de Justiça alemão.

Palavras-chave: Imputação objetiva – Causalidade – Lesão ao dever de cuidado – Crime culposo.

leads to an accident (criterion of the purpose of the norm). That is not the case if some change in the permitted circumstances of the singular case would have the effect that not the violation of the norm but its observance would have led to the accident. These problems are demonstrated and analyzed by reference to famous decisions of the German Federal Court.

Keywords: Objective Imputation – Causality – Duty of care – Negligence.

Sumário: 1. A causalidade entre a ação e o resultado como relação fundamental da imputação. 1.1. O caso do paciente perigoso. 1.2. O problema: Que tipo de relação condicional se estabelece entre o resultado e o comportamento de um agente quando ele deve ser responsabilizado pelo resultado?. 1.3. A irrelevante diferença entre o certo e o errado na determinação da relação de causalidade. 2. A causalidade da lesão do dever de cuidado, também conhecida como relação de ilicitude ou relação de contrariedade ao dever ou, ainda, realização do risco não proibido. 2.1. O caso da seta (*Blinkerfall*). 2.2. Algumas dificuldades supérfluas. 3. Dupla causalidade de lesões ao dever de cuidado. 3.1. O caso do ponto de ônibus (*Bushaltestellenfall*, BGH VRS 25, 262). 3.2. O problema. 3.3. A solução. 4. O caso da bicicleta e do caminhão para juristas experientes (*Lastzug-Radfahrer-Fall*). 4.1. O caso. 4.2. O problema. 4.3. A solução. 5. O fim de proteção de uma norma de cuidado e sua averiguação. 5.1. O problema. 5.2. O caso. 6. A sistemática da imputação objetiva. 7. Referências.

1. A causalidade entre a ação e o resultado como relação fundamental da imputação

1.1. O caso do paciente perigoso

A decisão BGHSt 49, 1 e ss., trata de dois médicos diretores de uma clínica psiquiátrica na qual se encontrava um paciente condenado por crimes sexuais e crimes de violência grave. Esse indivíduo já havia sido considerado pelos médicos diretores como um paciente extremamente perigoso e incapaz de ser tratado terapeuticamente, o qual, portanto, se encontrava ali por razões de segurança. Já duas vezes o paciente havia fugido da clínica, o que ele conseguiu fazer entortando as barras de uma janela fraca que se encontrava sob proteção de tombamento. Ambos os médicos, réus no processo, haviam permitido que o paciente saísse da clínica desacompanhado, ocasião que ele utilizou para matar duas senhoras de idade e praticar diversos crimes de estupro. O tribunal de primeira instância absolveu os dois médicos da acusação de homicídio culposo. Isso foi feito sob o

argumento de que o paciente teria conseguido obter sua liberdade caso essa permissão de saída não tivesse lhe sido concedida. Por essa razão, faltaria, de todo modo, a causalidade do comportamento dos médicos para os crimes praticados por seu paciente. Com essa argumentação, o tribunal de primeira instância utilizou exatamente o método para determinação e constatação da causalidade que é propagado pela doutrina majoritária na Alemanha e também pelo Superior Tribunal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof, "BGH"*). De acordo com esse método, um comportamento apenas é causal para um resultado quando ele não puder ser suprimido sem que o resultado deixe de ocorrer[1], ou, para expressar isso de uma maneira mais simples, quando esse comportamento seja uma condição necessária para a ocorrência desse resultado.

1.2. O problema: Que tipo de relação condicional se estabelece entre o resultado e o comportamento de um agente quando ele deve ser responsabilizado pelo resultado?

Essa determinação da causalidade como primeiro pressuposto da imputação de um resultado parece bastante plausível à primeira vista. Somente quando dependeu do comportamento errado de um agente, o fato de o resultado ter ocorrido ou não, é que esse agente deve ser responsabilizado por esse resultado. Por sua vez, o resultado depende do comportamento errado do agente apenas quando esse comportamento tiver sido uma condição necessária para a ocorrência do resultado. O problema é que as consequências para a proteção de bens jurídicos seriam devastadoras caso se levasse a sério a ideia de causa como uma condição necessária para a ocorrência do resultado, bastando considerar que o resultado, no caso concreto, poderia ter ocorrido de várias maneiras distintas. Assim, na hipótese em que diversos motoristas implicados em um acidente tivessem, cada qual, se comportado de maneira contrária ao dever de cuidado, de tal forma que cada erro de direção fosse suficiente para a explicação do acidente, teríamos a situação em que cada um deles poderia se eximir de responsabilidade com o argumento de que nada teria auxiliado a vítima caso ele tivesse se comportado de maneira correta, já que o comportamento errado do outro seria suficiente para a causação do acidente. (a respeito dessa constelação, ainda iremos falar mais adiante).

Um outro caso no qual cada participante de uma lesão poderia se apoiar na lesão do dever alheia com a finalidade de se eximir de responsabilidade é o caso

1. Cf., por todos, BGHSt 1, 332; 2, 24; 3, 69; 7, 114; 24, 34; 31, 98; 37, 106; OGH 1, 330 (367); 2, 286; OLG Stuttgart JZ 1980, 618; mas também BGHZ 86, 157 (170).

no qual o comportamento errado do autor criou um perigo que, dado às circunstâncias preexistentes, viria a ser causado do mesmo modo por outra pessoa caso o autor tivesse se comportado de maneira correta, ou seja, uma "causa substitutiva" (*Ersatzursache*). É o que ocorre no caso em análise. Assim, se os médicos, réus na ação, tivessem negado o direito de saída ao paciente, como era o seu dever, então o paciente poderia ter se libertado entortando as grades da janela que se encontrava sob patrimônio tombado, como já fizera outra vez. E de fato, de acordo com o princípio do *in dubio pro reo*, deveria realmente o juiz partir do pressuposto de que o paciente teria feito isso, ou seja, teria fugido, na hipótese de não receber a permissão para deixar a clínica. Nessa hipótese, haveria de se considerar que as duas senhoras idosas, de qualquer forma, teriam sido mortas. O seu destino não teria dependido, portanto, do comportamento errado dos médicos. Com efeito, o seu destino não teria dependido sequer do estado arruinado das grades sob tombamento, pois afinal de contas, o paciente sequer precisaria entortar as grades dessa janela para poder adquirir a liberdade que desejava. Logo, a consequência da teoria da causa como uma condição necessária seria, também nessas constelações fáticas, a conclusão de que nenhum dos implicados teria sido responsável pelo desastre das vítimas nessa situação, nem os médicos responsáveis pelo paciente, nem as pessoas responsáveis pela segurança da clínica. Esse resultado não é aceitável e o STJ alemão tampouco o aceitou.

Para fundamentar a conclusão de que os médicos, sim, são responsáveis pelos crimes cometidos por seu paciente, o STJ alemão faz a seguinte afirmação:

> "que a possibilidade hipotética de uma fuga violenta do paciente não é apta a eliminar a causalidade dos réus pelo ocorrido é algo que fundamenta também a responsabilidade de terceiros pela segurança do prédio da clínica [...]. Na hipótese da causação de um resultado após uma fuga, teriam respondido pelo ocorrido, no lugar dos réus, [...] aquelas pessoas que tivessem tornado possível a liberdade ao paciente, as quais tivessem responsabilidade pela ausência de segurança da área fechada da clínica psiquiátrica em razão de uma omissão contrária ao dever. Desta sorte, não poderia ser excluído como causa a saída garantida ao paciente pelos réus."[2]

Mas como se pode exigir essa conclusão do tribunal de primeira instância se o próprio STJ alemão reafirmou, pouco antes, a teoria de que a causa apenas pode ser uma condição necessária do resultado, tendo feito isso com as seguintes palavras: "segundo a jurisprudência consolidada, deve ser vista como causa de

2. BGHSt 49, 1 (5).

um resultado penalmente relevante, capaz de gerar responsabilidade penal, toda condição que não pode ser suprimida sem que o resultado deixe de existir"?[3]. Caso se suprima a ação errada dos réus, ou seja, a permissão para saída do prédio sem supervisão, então justamente não deixam de existir os delitos de homicídio praticados pelo paciente, na medida em que era muito fácil para ele fugir da estação psiquiátrica. Desta sorte, ao contrário do que expressou o STJ alemão, o tribunal de primeira instância não excluiu o comportamento errado dos médicos como causa dos delitos de homicídio. Em realidade, o tribunal de primeira instância já não deu conta da tarefa de sequer conseguir fundamentar a causalidade da ação dos réus através da aplicação da fórmula da condição necessária, ou seja, "da jurisprudência consolidada".

1.3. A irrelevante diferença entre o certo e o errado na determinação da relação de causalidade

A solução para o problema apontado anteriormente consiste em ignorar a pergunta acerca de saber o que teria ocorrido caso o autor não tivesse agido da maneira como agiu, e sim, ater-se ao que de fato realmente ocorreu. Caso não se queira aceitar que mais de uma pessoa implicada, de forma real ou hipotética, em determinado evento, se exima de responsabilidade sob a justificativa do comportamento do outro, então é necessário que se abra mão da premissa segundo a qual somente figura como causa de um resultado o comportamento que constitui uma condição necessária para a ocorrência desse resultado, isto é, apenas quando o destino do bem jurídico lesionado tenha dependido do comportamento do autor. Mas, se for assim, qual relação condicional deve ser adotada no lugar da condição necessária?

Como o resultado de fato aconteceu, deve ter havido em realidade uma condição que foi suficiente para a sua ocorrência. Uma condição é suficiente para o resultado quando nós podemos indicar leis gerais (as chamadas "leis causais") que sejam da seguinte natureza: sempre que estiverem presentes determinadas condições, ocorrerá um resultado de determinado tipo. Assim, uma ação será causal para um resultado quando ela se apresentar como parte necessária de uma condição suficiente do resultado conforme as leis gerais, desde que essa condição também tenha ocorrido na realidade[4].

3. BGHSt 49, 1 (3).

4. *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl, 2016, § 2 nm. 5 e ss.; *Idem*., in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar,

Assim, se formos aplicar esse procedimento de determinação da causalidade em nosso exemplo, então deveríamos perguntar como é que foi possível ao autor, que estava mantido em uma instituição psiquiátrica fechada, conseguir praticar crimes de homicídio fora dela. A resposta consiste primeiramente no fato de que isso somente foi possível porque o sujeito saiu da instituição psiquiátrica. A ele foi possível sair do estabelecimento pela porta principal porque a ele foi possível apresentar ao segurança uma declaração de permissão para saída não vigiada emitida pelos médicos. Com isso, surge na explicação causal dos crimes de homicídio praticados pelo paciente apenas o fato de que os médicos denunciados garantiram a saída ao paciente, mas não o fato de que as grades da janela eram muito fracas para poderem impedir uma fuga deste paciente. Este último fato mostra-se, portanto, como uma causa substitutiva (*Ersatzursache*). Em contrapartida, a permissão de saída emitida pelos médicos denunciados foi parte necessária daquela condição suficiente para os crimes de homicídio praticados pelo paciente, condição a qual realmente é verdadeira. Fôssemos eliminar dessa condição suficiente a emissão de uma permissão dos médicos, então referida condição não seria mais suficiente. Não seria mais possível explicar como que o paciente pôde sair pela porta principal.

Nesse sentido, é preciso considerar que esse conceito causal não é apenas aquele que se encontra na técnica e nas ciências naturais, até onde elas ainda trabalham com um conceito causal. Mais do que isso, ao contrário da fórmula da condição necessária, esse conceito causal também é aquele conceito que permite a imputação de um resultado a uma ação, ainda quando uma chamada "causa substitutiva" (*Ersatzursache*) esteja posta no caso concreto ou, ainda, quando existam diversos causadores do resultado, cujas contribuições causais possam se substituir reciprocamente, hipótese na qual se tem a chamada "sobredeterminação causal" (*Mehrfachkausalität*), também conhecida como "causalidade alternativa" (*alternative Kausalität*). Somente assim é possível alcançar o objetivo do STJ alemão de que, na situação de mais de um envolvido, não seja possível que cada qual possa se eximir de responsabilidade ao fazer alusão às lesões de dever dos demais, seja essa lesão hipotética ou real.

Logo, é evidente a diferença das implicações da ideia segundo a qual a causa consiste em uma parte necessária de uma condição suficiente para o resultado

Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 nm. 106; *Idem*, ZStW 92 (80), 863 (876) = Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, p. 101, 112; *Idem*, SchwZStr 1990, p. 141, 151; igualmente, *Roxin/Greco*, AT/1 (publicação em breve), § 11 nm. 15a; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 84 ff.; *Idem,* ZStW 120 (2008), p. 481, 485; *Rodriguez Montanes,* Roxin-FS (2001), p. 307 (313 e s., 317).

em comparação com a ideia de que a causa consiste simplesmente em uma condição necessária do resultado. Apesar dessa diferença evidente, alguns autores consideram que entre essas duas fórmulas ou não existe diferença alguma[5], ou que entre ambas existe apenas uma diferença mínima[6]. Outros autores consideram ainda que, embora a fórmula da *conditio sine qua non* se mostre como inútil ou supérflua para verificar a causalidade no caso concreto, ainda assim seria ela uma "afirmação conceitual-definitória fundada normativamente sobre a causalidade"[7]. A diferença irrelevante que existe entre ambas as fórmulas é a diferença que existe a respeito de uma definição que seja correta ou errada exclusivamente do ponto de vista lógico sobre a relação causal que se estabelece entre uma causa e um resultado no direito penal. Agora, que a fórmula da *conditio sine qua non* também se mostra equivocada do ponto de vista normativo, é algo que se comprova no fato de que ela conduz a resultados normativamente inaceitáveis nos casos de sobredeterminação causal (*Mehrfachkausalität*) e nos casos de existência de uma chamada "causa substitutiva" (*Ersatzursache*), na medida em que ela permite que cada implicado possa se eximir de responsabilidade amparando-se no comportamento equivocado do outro. Isso é algo que, em princípio, qualquer penalista minimante instruído sabe. Apesar disso, como nós vimos, o STJ alemão e a grande maioria da literatura de manuais práticos que o seguem insistem na fórmula da *conditio sine qua non*.[8]

Até onde seja possível reconhecer, de forma intuitiva, que as conclusões extraídas da fórmula se mostram equivocadas no caso concreto, a fórmula vai sendo modificada por meio de supressões e adições de condições ao ocorrido até que se chegue na solução que intuitivamente havia sido reconhecida como correta. É o que faz a chamada "teoria da *conditio sine qua non* modificada"[9].

---

5. *Samson*, Rudolphi-FS (2004), p. 259 (265 e s.).
6. *Röckrath*, ZStW 115 (2003), p. 641 (646).
7. *Frisch*, Gössel-FS (2002), p. 51 (56 e ss.).
8. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, nm. 237; *Kindhäuser,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 10 nm. 9; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 10 nm. 7; *Frister,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 9 nm. 5 e ss.; crítica completa a respeito em *Roxin/Greco,* AT/1 (publicação em breve), § 11 nm. 12 e ss.
9. *Kindhäuser* (referência em nota n. 8), § 10 nm. 15 f; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 nm. 11 e ss., chama essas modificações de "regra de aplicação da fórmula" – melhor seria chamá-las de "regras de não aplicação". A mais importante dessas modificações/fórmulas é a chamada "fórmula alternativa". Ela diz: se, entre diversas

A razão para que nenhuma comprovação de sua falsidade seja suficiente para abalar o domínio da fórmula da *conditio sine qua non* consiste em sua conveniência nos casos em que a causalidade obviamente esteja presente[10]. Afinal, o que haveria para divagar tanto sobre a causalidade na situação em que o agente desfere 23 golpes com um machado na cabeça de sua vítima e esta morre em consequência disso?[11] Mas como os juristas e, sobretudo os estudantes de direito, são obrigados a fundamentar toda a afirmação que suscitam, escreve-se realmente ainda: "os 23 golpes de martelo não podem ser suprimidos sem que o resultado, a morte da vítima, deixe de existir".

2. A causalidade da lesão do dever de cuidado, também conhecida como relação de ilicitude ou relação de contrariedade ao dever ou, ainda, realização do risco não proibido

2.1. O caso da seta (Blinkerfall)

Certa manhã, quando "A" quer chegar ao escritório com seu carro, ele percebe que a seta esquerda do automóvel não está funcionando. Evidentemente, estourou o fusível ou a lâmpada do dispositivo. Muito embora ele possa trocar a lâmpada ou um fusível que tem à disposição, "A" prefere partir com a seta que está com defeito, a fim de não chegar atrasado no serviço. No momento em que ele precisa parar diante do farol vermelho, a traseira do seu carro é atingida por outro automóvel, cujo motorista conduz a direção muito rápido, em primeiro lugar, e, em segundo lugar, sem atenção. "A" comportou-se de maneira contrária ao seu dever porque ele dirigiu

---

ações, cada uma delas possa, de modo alternativo, porém não cumulativo, ser suprimida mentalmente sem que o resultado deixe de existir, então é cada uma delas causal para o resultado. Esse método apresenta três erros: primeiro, de acordo com ele, cada causa substitutiva ("*Ersatzursache*") seria uma causa. Em segundo lugar, esse método é aplicável apenas quando há duas causas que concorrem entre si. Tente aplicar essa fórmula alternativa para o caso de uma execução ilegal em que 12 atiradores atiram ao mesmo tempo contra a vítima e todos acertam o coração. Em terceiro lugar, e esse é o pior, essa fórmula supõe que já se tenha reconhecido tratar-se de um caso de sobredeterminação causal ("*Mehrfachkausalität*") e qual dessas causas concorrem entre si. Caso não se tenha reconhecido esses fatores, então se tem uma aplicação originária da fórmula da *conditio sine qua non*, com o resultado de que o réu será absolvido porque sua ação não pode ser suprimida mentalmente sem que o resultado deixasse de existir. Acerca das falhas da chamada "fórmula alternativa", vide *Puppe* GA 2010, p. 551 (553 e s.).

10. *Kühl,* AT (referência em nota n. 9), § 4 nm. 9; *Frisch,* Gössel-FS, p. 66 e s.

11. Caso BGH StV 1987, 92.

com a seta quebrada. Apesar disso, e apesar do fato de que ele, com exatamente essa forma de dirigir, e com essa parada perante o semáforo vermelho, também tenha sido causal para o acidente (afinal de contas, a um acidente pertencem duas pessoas), "A" não será considerado responsável pelos danos pessoais do outro motorista caso não seja possível considerar que ele tenha causado esses danos culposamente da maneira como está descrito no parágrafo 222 do Código Penal alemão.

Obviamente, não é suficiente que a sua ação tenha sido contrária ao dever e que a mesma ação tenha sido causal para um dano. Mais do que isso, é preciso que exatamente aquela característica da ação que constitui a qualidade de ser contrária ao dever é que precisa ser causal para o dano, no sentido de que ela seja parte necessária de uma condição suficiente para sua ocorrência[12]. Acontece que para poder explicar esse acidente, eu não precisaria fazer qualquer referência sobre o estado da seta do automóvel, pois "A" não precisou de maneira alguma utilizar a seta antes da ocorrência do acidente. Assim, eu poderia tranquilamente negar a causalidade da relação de contrariedade ao dever de cuidado com o argumento de que precisamente a informação sobre o defeito da seta esquerda não aparece como parte da condição suficiente para o acidente. Em deferência à doutrina majoritária poder-se-ia expressar essa conclusão também dizendo: que seria possível suprimir mentalmente a seta com defeito sem que o resultado deixasse de ocorrer.

2.2. Algumas dificuldades supérfluas

O STJ alemão caracteriza essa relação de imputação como "causalidade da lesão ao dever de cuidado", o que está absolutamente correto na sua essência[13]. Porém, essa expressão gerou críticas na doutrina, com uma certa razão. Isso porque uma lesão de dever, enquanto tal, não pode ser uma causa, já que ela é a contradição entre um comportamento e uma norma de cuidado. Todavia, esse erro de expressão poderia ser facilmente corrigido, se ao invés de se falar na lesão ao dever de cuidado, se falasse na característica contrária ao dever de cuidado da ação. Em vez de proceder a essa correção simples, a doutrina prefere não caracterizar a relação necessária como relação de causalidade, mas como "relação de ilicitude",

12. *Puppe,* AT (referência em nota nr. 4) § 3 nm. 2 e ss.; Idem, in: NK (referência em nota n. 4), vor § 13 nm. 206 e ss.; Idem, GA 2015, p. 203 (209 e ss.).

13. BGHSt 11, 1 (7); 21, 59; 33, 61 (64); VRS 21, 6; JR 1982, 382; OLG Thüringen VRS 111, 180 (184); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, vor § 13 nm. 35 m.w.N.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 7 nm. 78; *Puppe*, AT (referência em nota n. 4), § 3 nm. 3 e ss.; Idem, in: NK (referência em nota n. 4), vor § 13 nm. 200, 206.

"relação de contrariedade ao dever" ou "realização do risco não permitido"[14]. Essas expressões não são erradas em si. Contudo, tais expressões pecam por não falarem nada sobre o tipo da relação necessária que deve se estabelecer entre a contrariedade ao cuidado devido pela ação e o resultado produzido. Quem não diz nada, também não diz nada de errado.

Uma outra dificuldade supérflua diz respeito não apenas à doutrina, como também à jurisprudência. Ambas resistem em deixar de determinar no caso concreto uma descrição que pode ser detalhada. Por isso, no procedimento de constatação da causalidade da lesão ao dever de cuidado, ambas se negam a deixar indeterminadas as informações sobre as características da ação que contrariam o cuidado devido. Ao invés disso, o que a doutrina e a jurisprudência exigem é que, no lugar de um comportamento que contraria o cuidado devido, seja colocada uma conduta conforme o dever, isto é, o chamado "comportamento alternativo conforme o dever de cuidado correspondente" (*das korrespondierende sorgfaltsgemäße Alternativverhalten*)[15]. Acontece que essa operação não apenas é totalmente supérflua, como, ainda, ela torna ambígua a relação de imputação necessária. Isso porque a fórmula não especifica exatamente qual seria o comportamento alternativo conforme o dever de cuidado que "corresponde" ao comportamento contrário ao dever, realizado pelo sujeito[16]. Em nosso caso, o autor poderia ter consertado a seta defeituosa ao mesmo tempo que ele poderia também ter ido para o trabalho de metrô, de bicicleta ou de táxi. Assim, caso se defina como comportamento conforme ao dever a locomoção de carro com a seta funcionando, o resultado não vai deixar de existir. Em contrapartida, caso se pense na corrida de táxi, então não se sabe se o resultado deixaria de existir, pois, afinal, ninguém sabe se o taxista iria dirigir exatamente do mesmo modo que fez o denunciado. Quais desses comportamentos, então, deve ser o "correspondente"? Deve a resposta a essa pergunta depender do fato de o autor possuir uma lâmpada

14. *Lackner/Kühl*, § 15 nm. 41 e s.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, Vor § 13 Rn. 95 f.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder § 15 nm. 173; *Wessels/Beulke/Satzger* AT (referência em nota nr. 8), nm. 304; *Kindhäuser,* AT, § 33 nm. 34 e s.; *Kühl* AT (referência em nota nr. 9) 17/47; *Frisch,* GA 2003, p. 719 (728).

15. *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (referência em nota n. 14), § 15 Rn. 174 ff.; *Kindhäuser*, in: Paeffgen-FS (2015), p. 129 (139), considera que quando se elimina uma informação de uma descrição, sem acrescentar uma outra no lugar, desaba a realidade como quando se retira uma carta de uma casa de cartas, fazendo aqui alusão a *Rödig*, Die Denkform der Alternative (1969), p. 122 e s.

16. *Puppe,* AT (referência em nota n. 4), § 3 nm. 7 e ss.; Idem, in: NK (referência em nota nr. 4), vor § 13 nm. 202, 209 e ss.

extra ou um fusível de segurança à sua disposição, bem como da sua capacidade de consertar a seta, ou de não ter ele essa possibilidade de fato? Esse critério deve ser rechaçado, pois a direção com a seta consertada seria permitida nesse caso, com a consequência de que outros participantes no trânsito teriam que arcar com o risco vinculado à direção por se tratar de um risco permitido. Do fato de que, a esse motorista, no caso concreto, não tenha sido possível consertar a seta imediatamente, não deriva uma pretensão para os demais participantes no trânsito de ficarem isentos desse tipo de risco[17].

3. Dupla causalidade de lesões ao dever de cuidado

3.1. O caso do ponto de ônibus (Bushaltestellenfall, BGH VRS 25, 262)

No caso do ponto de ônibus, o réu passou por um ônibus coletivo que estava parando no ponto. Nessa manobra, atropelou uma criança que saía detrás do ônibus em questão. Conforme a jurisprudência do STJ alemão, um motorista que ultrapassa um ônibus que está parando no ponto é obrigado a seguir certas regras de cuidado: ou ele deve dirigir com uma velocidade muito reduzida, de modo que ele também possa parar no ponto, ou ele deve manter uma distância mínima de dois metros do ônibus que está parando no ponto. A razão para esse dever consiste na possibilidade de se garantir que os pedestres não serão colocados em risco por motoristas que estão fazendo a ultrapassagem quando saírem alguns passos detrás do ônibus, a fim de se certificarem se a rua está livre antes de atravessarem.

No caso, o motorista denunciado dirigia mais rápido do que a velocidade permitida e com uma distância menor do que dois metros, tendo atropelado a criança de maneira fatal. O réu se defendeu com a alegação de que a criança saiu correndo de forma inesperada e desnorteada pela rua, de maneira que ela teria sido atingida de forma letal mesmo que ele tivesse mantido a distância mínima de dois metros do ônibus. Como a criança estava morta e não havia nenhuma outra testemunha do acidente, o STJ alemão deu como provada a correção da alegação do réu sob o princípio *in dubio pro reo* e cassou a condenação do réu por homicídio culposo com o fundamento de que uma condenação desse caráter somente seria possível, "caso fosse certo que o resultado não teria ocorrido na hipótese do comportamento conforme o cuidado devido no trânsito".[18]

17. *Jakobs,* AT (referência em nota nr. 13), § 7 nm. 86; *Puppe,* AT (referência em nota n. 4), § 3 nm. 4; *Puppe*, in: NK (referência em nota n. 4), vor § 13 nm. 213.

18. BGH VRS 25, 262 (263).

3.2. O problema

Imagine-se que a criança tivesse sobrevivido e perguntasse ao juiz: – "Quem é responsável pelo meu acidente? Se não é o acusado, porque ele não podia ter evitado o acidente, então eu é que devo ser responsável. Mas também eu não teria sido capaz de evitar o acidente por meio do comportamento que era esperado de mim, pois o réu me atropelou em um espaço menor do que a área de proteção de dois metros. Mesmo que eu não tivesse corrido desnorteada pela rua, como ele afirma, e sim, apenas saído alguns passos atrás do ônibus, como se esperava de mim, de todo modo ele teria me atropelado. Quem é responsável, então, por esse infortúnio?"

3.3. A solução

Nesse caso se realizou exatamente o perigo que se esconde na aplicação da fórmula da *conditio sine qua non* no que se refere à hipótese de uma causalidade dupla (*Doppelkausalität*). Essa hipótese não é muito fácil de se reconhecer porque não se trata da causalidade dupla de ações (o que poderia parecer, já que para a explicação de uma colisão são necessárias as ações de ambos os implicados no acidente), mas sim um caso de causalidade dupla de lesões dos deveres de cuidado. Exatamente porque são necessárias duas pessoas para uma colisão é que o fenômeno da causalidade dupla das lesões de deveres de cuidado é bastante frequente, ao contrário do fenômeno da causalidade dupla de ações, que é rara na prática. Na hipótese de uma causalidade dupla de lesões de deveres de cuidado, pode-se excluir mentalmente a lesão do dever de cuidado de um dos implicados sem que o resultado deixe de existir, pois a lesão do outro já basta por si só para a explicação do acidente. Logo, caso se exija, nos termos da fórmula da condição necessária, que a lesão do dever de cuidado do autor não seja excluída mentalmente sem que o resultado deixe de existir, então a conclusão nesses casos será pela negação da causalidade da lesão do dever de cuidado. Da mesma forma procedeu o tribunal no caso em análise quando absolveu o réu com a justificativa (pressuposta sob o princípio *in dubio pro reo*) de que a lesão do dever de cuidado da criança seria por si só suficiente para explicar o acidente, mesmo na situação em que o réu tivesse se comportado de maneira conforme ao dever de cuidado. Mas o que se aplica a um, deve também se aplicar ao outro, com a consequência de que o acidente não poderia ser imputado a nenhuma das partes caso a lesão do dever de cuidado de ambos fossem tão extremas, que cada qual fosse por si só suficiente para explicar o acidente – um resultado inaceitável.

Mas para poder confirmar, se além da lesão do dever de cuidado da vítima também a lesão do autor constituiu uma condição suficiente para o acidente, nós não devemos indagar se o acidente teria ocorrido da mesma forma se o autor ti-

vesse se comportado em conformidade ao dever, e sim, se o acidente também teria acontecido caso a vítima tivesse se comportado de maneira conforme ao dever de cuidado[19]. Se a conclusão for a de que o resultado teria ocorrido mesmo sob essas condições, então o autor não pode se eximir de responsabilidade sob a alegação de que o comportamento contrário ao dever de cuidado por parte da vítima foi suficiente para a ocorrência do resultado.[20]

Por essa razão, do modo como costuma ser formulada, tampouco se sustenta a chamada "teoria da evitabilidade" (*Vermeidbarkeitstheorie*). Em sua formulação corrente, essa teoria considera que o autor não é responsável pelo acidente que ele não poderia ter evitado por meio de uma conduta conforme a atenção devida[21]. Essa exigência de evitabilidade faz com que, justo nos casos mais graves de lesão ao dever de cuidado, ambos os implicados possam se eximir de responsabilidade, cada qual sob a invocação da lesão ao dever de cuidado praticada pelo outro. Certa é a exigência de evitação, quando muito, no sentido de que o resultado poderia ter sido evitado se todas partes tivessem agido conforme o cuidado exigido.[22]

4. O caso da bicicleta e do caminhão para juristas experientes (*Lastzug-Radfahrer-Fall*)

4.1. O caso

A decisão BGHSt 11, 1 é possivelmente a decisão mais conhecida, e com absoluta certeza, é a decisão mais citada do STJ alemão. Dirigindo um caminhão com carreta, o réu ultrapassou uma bicicleta com uma distância de 0,75 metros. Segundo as normas de trânsito, o correto seria manter uma distância de 1,50 a 2,00 metros. O ciclista foi parar embaixo das rodas da frente da carreta. Ele estava bêbado. Um perito esclareceu ao Tribunal que é típico de ciclistas bêbados puxarem a bicicleta na direção de uma fonte de ruído que se aproxima. Em favor do motorista de caminhão denunciado, o STJ alemão considerou que foi isso o que teria acontecido. Entretanto, o Tribunal também deveria ter pensado que o

19. *Ranft*, NJW 1984, 1425 (1429); *Puppe*, in: NK (referência em nota n. 4), vor § 13 nm. 219 e s.
20. *Puppe,* AT (referência em nota n. 4), § 3 nm. 13 e ss.
21. *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (referência em nota nr. *14),* § 15 Rn 174 ff.; LK-*Walter Vor § 13 Rn* 99; LK-*Vogel* § 15 Rn 182 e ss.; *Jakobs, AT, §* 7 nm. 98 e ss.; *Kindhäuser,* AT (referência em nota nr. 8), § 33 nm. 34, 38; *Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht,* 1972, p. 47, 153 e ss.; *UlsenheimerI,* JZ 1969, p. 364 (367); *Otto,* Schlüchter-GS (2002), p. 77 (86 e s.); *Haas, GA 2015*, p. 86 (93 e ss.); *Kindhäuser,* Paeffgen-FS (2015), p. 129 (139 e s.).
22. *Puppe*, in: NK (referência em nota n. 4), Vor § 13 nm. 203.

ciclista não foi parar debaixo das rodas da frente do caminhão e sim sob as rodas da carreta, isto é, que a ultrapassagem já tinha se iniciado no momento em que o ciclista foi parar debaixo do caminhão.

Por ocasião desse julgado, o STJ alemão desenvolveu a exigência da causalidade da lesão do dever de cuidado,[23] e esclareceu que essa exigência sobre a causalidade não havia sido preenchida porque o acidente muito possivelmente teria ocorrido mesmo que o autor tivesse mantido uma distância mínima de 1,50 a 2,00 metros. Pois o ciclista estava bêbado.

4.2. O problema

Segundo as provas produzidas, não era possível ter certeza quanto ao fato de que o ciclista bêbado teria sido capaz de manejar a ultrapassagem caso o motorista do caminhão a tivesse realizado conforme a distância de 1,50 a 2,00 metros. Essa incerteza foi eliminada pelo STJ alemão, tendo-se em vista a aplicação do *in dubio pro reo*, na medida em que o Tribunal considerou que o ciclista poderia igualmente ter ido parar sob as rodas do caminhão com a distância de ultrapassagem anteriormente indicada. Por isso, o Tribunal absolveu o réu da acusação sob a alegação de ausência da causalidade da lesão do dever de cuidado. Grande parte da doutrina concordou com a decisão.[24]

Roxin se escandalizou com essa decisão porque ela resulta na desproteção dos portadores de bens jurídicos que já se encontram em perigo no momento da ação do autor. Por isso, ele desenvolveu, por ocasião desse julgamento, a sua famosa teoria da elevação do risco[25].

4.3. A solução

Nem o STJ alemão, nem Roxin, nem os seus opositores reconheceram que aqui se apresenta um problema de causalidade dupla (*Doppelkausalität*) das lesões de dever de cuidado. Segundo restou provado nos autos, as lesões aos de-

23. BGHSt 11, 1 (6 e s.). A respeito, *Puppe*, AT (referência em nota n. 4), § 3 nm. 44 e ss.; Idem, Roxin-FS (2001), p. 287 e ss.

24. Nesse sentido, *Kühl* (referência em nota nr. 9), § 17 nm. 48 e ss.; *Wessels/Beulke/Satzger,* AT (referência em nota nr. 8), nm. 307; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele,* AT, § 10 nm. 90; *Kindhäuser,* AT, § 33 nm. 38.

25. *Roxin,* ZStW 74 (1962), p. 411 (430 e ss.).

veres de cuidado de ambos os implicados no acidente, vale dizer, a embriaguez do ciclista somada ao curto espaço de ultrapassagem do caminhão, formaram uma condição suficiente para o acidente, pois, afinal de contas, o acidente aconteceu. Todavia, o resultado probatório deixa dúvidas acerca de saber se a lesão ao dever de cuidado do motorista de caminhão, por si só, constitui uma parte necessária dessa condição suficiente. Ela não seria uma parte necessária da condição do resultado se a embriaguez do ciclista fosse, por si só, suficiente para explicar o resultado mesmo na hipótese em que o motorista do caminhão tivesse respeitado a distância exigida de 1,50 a 2,00 metros para a ultrapassagem. Isso é duvidoso, e não apenas porque os fatos não foram esclarecidos de maneira satisfatória, mas porque não é possível assegurar, de maneira objetiva, se o ciclista poderia, ou não, ter conseguido controlar a situação sem sua embriaguez.

Entretanto, essa poderia ser uma hipótese de sobredeterminação causal (*Mehrfachkausalität*). Esse seria o caso se o acidente também pudesse ser esclarecido exclusivamente através da lesão ao dever de cuidado do motorista, isto é, do espaço estreito para ultrapassagem. Também isso é incerto, pois ninguém pode afirmar que um ciclista, ou que esse ciclista individualmente, poderia, em estado sóbrio, vencer uma ultrapassagem na distância de 0,75 m por um caminhão. Isso não é uma questão de prova, mas de uma incerteza por princípio[26].

O resultado probatório se apresenta, portanto, da seguinte maneira: a lesão do dever de cuidado do ciclista, qual seja, a sua embriaguez, resulta, sem a lesão do dever de cuidado do motorista de caminhão, em uma probabilidade de ocorrência do resultado de menos de 100%. Por sua vez, a lesão do dever de cuidado do motorista do caminhão, isto é, a ultrapassagem apertada, resulta igualmente em uma probabilidade de ocorrência do resultado de menos de 100% sem a lesão do dever de cuidado do ciclista. Nesse sentido, a relação exata dos números envolvidos não possui maior importância. Decisivo é apenas que, conforme o resultado probatório, somente as duas lesões do dever de cuidado juntas constituam uma probabilidade de 100%. Por isso são ambas as lesões do dever de cuidado parte necessária de uma condição verdadeira e suficiente do acidente. E justamente porque ambas as lesões do dever de cuidado são necessárias para uma explicação causal de 100% é que não precisamos da teoria do aumento do risco para a decisão desse caso. Nenhum dos implicados pode se eximir de responsabilidade com a lesão do dever de cuidado do outro.

26. *Puppe,* Roxin-FS (2001), p. 287 (300 e ss.).

5. O fim de proteção de uma norma de cuidado e sua averiguação

5.1. O problema

Ainda que estejam presentes a causalidade da ação do agente, sua lesão ao dever de cuidado e também a causalidade da característica contrária ao dever dessa ação para o resultado, a imputação do sujeito ainda pode fracassar pelo fato de a finalidade de proteção da norma não abarcar o caso em questão. De maneira semelhante à formulação segundo a qual o risco não permitido deve se realizar no resultado, a ideia do fim de proteção da norma também é aplicada como uma espécie de fórmula universal, com a qual os problemas mais diversos da imputação devem ser resolvidos[27], de "A" a "Z"[28].

Por que razão, após se ter comprovado a causalidade da lesão do dever de cuidado para o resultado, ainda se indaga sobre se a aplicação da norma de cuidado coincide com o seu fim de proteção? (isso, muito embora já se tenha concluído, para esse mesmo caso, que a observância da norma de cuidado devido teria evitado o resultado, vale dizer, o curso causal para o resultado).

Para *Roxin*, é preciso que se comprove se no caso realizou-se o perigo que "o dever de cuidado violado queria prevenir"[29], ou ainda, conforme coloca *Satzger*,

27. *Kühl,* AT (referência em nota n. 9), § 17 nm. 68 e s.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 10 nm. 27; *Gössel,* Frisch-FS (2013), p. 423 (442 e ss.).

28. (N.T.): Aqui, a autora faz uma brincadeira utilizando um trocadilho que apenas faz sentido com os termos originais em alemão (*Ähnlich wie die Formulierung, dass sich das unerlaubte Risiko im Erfolg realisiert haben muss, wird auch dies als eine Art Universalformel angewandt, mit der die verschiedensten Probleme der Zurechnung gelöst werden sollen, von A wie atypischer Kausalverlauf bis Z wie Zweitschaden*). No manuscrito original, "A" se refere à solução dada para o "atypischer Kausalverlauf" (o curso causal atípico), e "Z" diz respeito à solução que a fórmula oferece para o "Zweitschaden" (dano sucessivo), que é o caso, no direito civil, em que não se pode exigir compensação por dano quando um acidente atinja um objeto já danificado por outro acidente anterior. Na teoria da imputação objetiva de *Jakobs*, por exemplo, o conceito de "dano sucessivo" é utilizado para se referir a situações nas quais o dano determinado por um sujeito é derivado de um dano anterior causado por outrem, como no caso de um médico negligente, que não atende adequadamente a vítima de um acidente. Em tais situações, a doutrina questiona se o primeiro sujeito deve responder pela lesão precipitada pelo segundo indivíduo. O próprio *Jakobs* considera que não estaria desincumbido da responsabilidade pelas lesões corporais irreversíveis da vítima o indivíduo que a atropelou, ainda que o quadro clínico da vítima apenas tenha avançado para essas lesões em virtude de um diagnóstico errado do médico que a atendeu. A respeito, vide *Jakobs*, AT, § 7 nm. 55.

29. AT/1, 4. Aufl. 2006, § 11 nm. 85; de forma semelhante, *Kühl*, AT (referência em nota n. 9) § 4 nm. 74; *Gössel,* Frisch-FS (2013), p. 423 (442).

se a norma de comportamento lesionada "é destinada à proteção do bem jurídico em questão"[30]. Em todo caso, o que se pode querer dizer aqui é que se trata de uma vontade do legislador que foi acrescentada à norma no sentido de estabelecer uma regra para sua aplicação. Mas as razões pelas quais um legislador promulga uma norma não limitam a sua função de proteção. Isso se deixa entrever facilmente nos exemplos das normas de trânsito. Quando o órgão competente pela normatização do trânsito define uma limitação de velocidade através da placa de trânsito de n. 325 (espaços de trânsito calmo) com o intuito de que as crianças possam brincar na rua, o motorista que dirige a 40 km/h nessa área também será responsabilizado caso atropele um senhor de idade que ande por ali. Logo, a finalidade de proteção deve ser averiguada a partir da própria norma e não de alguma espécie de vontade acrescentada à norma que lhe restrinja o âmbito de aplicação.

Dessa forma, é preciso considerar que a norma cujo âmbito de proteção deva ser esclarecido não consiste no próprio tipo penal[31]. A finalidade da proibição de se matar uma pessoa culposamente é evitar que uma pessoa morra em decorrência da culpa. Não há nada mais o que se dizer a respeito disso. Assim, o objeto de análise da finalidade de proteção apenas pode consistir na relação da lesão do dever de cuidado com a ocorrência do resultado, isto é, a causalidade para o resultado daquelas características do comportamento do agente que são contrárias ao dever de cuidado. Caso já esteja, porém, definido que as características do comportamento do agente que são contrárias ao dever de cuidado foram causais para o resultado, e que, portanto, ele teria evitado o resultado, ou pelo menos esse curso causal para o resultado, se ele tivesse respeitado o dever de cuidado, então parece que a norma de cuidado já cumpriu a sua finalidade de proteção nessa hipótese.

Contudo, é possível que justo essa evitação do curso causal por meio da norma de cuidado tenha sido meramente casual. Isso significa que a atenção a essa norma de cuidado se mostrou apta a impedir um curso causal do tipo em questão nesse caso concreto, mas, não em geral. O impedimento de um resultado que se deva simplesmente ao acaso não está contido no âmbito de uma norma de cuidado. A evitação de um curso causal para o resultado por meio do respeito à atenção devida no caso concreto é puramente fortuita quando ela depende de casualidades que não são passíveis de serem apreendidas por meio de regras, de tal modo que, com uma modificação desses fatores causais aleatórios, justamente o respeito à norma de cuidado produziria o resultado.

30. *Wessels/Beulke/Satzger,* AT (referência em nota n. 8), nm. 264.

31. *Puppe*, in: NK (referência em nota n. 4), Vor § 13 nm. 232 e s.; Idem, AT (referência em nota n. 4) § 4 nm. 14; Idem, GA 2015, p. 203 (213).

5.2. O caso

Pouco antes do fim de uma área urbana, o réu atingiu uma velocidade significativamente mais alta que o limite de 50 km/h. Do lado de lá da placa amarela que apontava o fim do perímetro urbano, ele foi cortado por uma bicicleta de forma tão apertada, que mesmo freando imediatamente não pôde evitar o acidente fatal. Nesse momento ele tinha uma velocidade de 83 km/h. Se o réu tivesse se atido ao limite de velocidade de 50 km/h exigido para dentro do perímetro urbano, ele não estaria no lugar do acidente no momento em que o outro cruzou sua pista. O Tribunal de Justiça da Baviera (*Bayerisches Oberstes Landesgericht, "BayObLG"*) negou a imputação do resultado com a seguinte fundamentação: "não é suficiente que o excesso de velocidade reprovado ao réu constitua uma condição para o resultado ocorrido, a qual não pode ser excluída mentalmente sem que o mesmo deixasse de existir". Segundo o Tribunal, seria preciso ainda que o desrespeito ao limite de velocidade tenha se mostrado lesivo no âmbito da finalidade de proteção pretendida com a definição do limite máximo de velocidade dentro da área habitável. Entretanto, um fluxo de trânsito que se passa fora do perímetro urbano não cumpre esse requisito; pois o limite de velocidade vigente dentro do perímetro urbano serve apenas para atender os riscos de tráfego do perímetro urbano.[32]

No resultado e no fundamento, a decisão está correta. Porém, de onde conclui o Tribunal que os limites de velocidade "devem" reduzir somente os riscos de tráfego que ocorrem dentro da área de sua incidência? Eles são apenas de modo geral adequados para esse propósito. No presente caso, o cumprimento da velocidade máxima em áreas urbanas não teria impedido o acidente se o infrator tivesse dirigido um carro mais potente. Que a imposição do limite de velocidade não é apta em geral para impedir acidentes vê-se no fato de que essa aptidão depende de eventualidades no caso concreto, assim como existem casos nos quais o respeito ao limite de velocidade não impediria, e sim causaria o acidente fora da área estabelecida. O fato de se a direção dentro do limite de velocidade impediria uma colisão fora do âmbito de vigência do limite ou se, pelo contrário, teria, antes disso, produzido a colisão, é algo que depende do comportamento não regulado, isto é, fortuito, dos implicados no acidente – por exemplo, o momento em que iniciaram a partida, que pausas fizeram e com quais velocidades dirigiram no âmbito permitido. O fato de que, no geral, uma regra de comportamento apenas é apta para impedir acidentes dentro do seu âmbito de vigência imediato, é algo

32. BayObLG VRS 57, 360 (360 e s.).

que vale não apenas para os limites de velocidade, conforme costuma ser exemplificado nos manuais[33], mas também para inúmeras outras regras de conduta no trânsito – por exemplo, a exigência de respeitar a preferência de passagem do outro ou de parar no sinal vermelho. Se um motorista de caminhão, depois de ter passado no sinal vermelho, continua dirigindo conforme as regras de trânsito e, apesar disso, se vê envolvido em um acidente, isso significa que ele teria impedido o acidente caso tivesse respeitado o sinal vermelho. Em outros casos, o motorista de caminhão que se comporta adequadamente poderá ter evitado o acidente justamente se tivesse desrespeitado o sinal vermelho, porque aí sequer teria encontrado a outra parte do acidente. Com isso fica demonstrado que a observância de uma obrigação de parar não é apta, em geral, para evitar acidentes posteriores.

6. A sistemática da imputação objetiva

As exigências da teoria da imputação objetiva se referem não apenas à ação e ao resultado, mas ao curso causal que conduziu ao resultado desde a ação. Primeiramente, portanto, há de se averiguar esse curso causal. Ou seja: deve-se identificar aquela condição verdadeira e suficiente para a ocorrência do resultado, da qual a ação constitui parte necessária. Com isso, há de ser investigado quais as características dessa ação que se mostram incompatíveis com o dever de cuidado do autor na situação concreta. Apenas quando a ação possuir tais características é que o agente terá criado um perigo proibido, verificando-se, então, se esse risco proibido se realizou no curso causal para o resultado. Esse somente será o caso, quando não apenas a ação, como ainda as suas características contrárias ao dever de cuidado se manifestem como parte necessária da condição verdadeira e suficiente para a ocorrência do resultado, isto é, quando não seja possível explicar a produção do resultado sem mencionar as características da ação que contrariam o dever de cuidado.

Como normalmente diversas pessoas se encontram implicadas em um acidente e também várias costumam se comportar de modo contrário ao dever, deve-se considerar a possibilidade de que diversas delas, duas, por exemplo, criem uma condição suficiente para a produção do resultado, de tal modo que em cada uma dessas condições o comportamento contrário ao dever de cuidado da outra apareça como elemento necessário (dupla causalidade das lesões do dever de cuidado). Para comprovar isso, deve-se imaginar o comportamento do outro im-

33. *Wessels/Beulke/Satzger*, AT (referência em nota n. 8), nm. 265, 1127; *Roxin,* AT/1, 4. Aufl. 2006, § 11 nm. 75.

plicado como contrário ao cuidado devido. Não representa problema algum o fato de que apenas conjuntamente ambas as lesões do dever de cuidado constituam uma condição suficiente para a ocorrência do resultado, a chamada "causalidade cumulativa". De acordo com essa perspectiva, os riscos proibidos de ambas as condutas se realizaram no mesmo curso causal rumo ao resultado.

Por fim, pode-se indagar ainda se o curso causal que leva ao resultado está coberto pelo fim de proteção da norma. Esse não será o caso se o respeito à norma lesionada, embora fosse capaz de impedir a produção do resultado no caso concreto, de fato não seja adequado de modo geral, mas tão apenas por um acaso tenha se mostrado apto a evitar o resultado. Isso se pode reconhecer no fato de que é preciso modificar apenas levemente os parâmetros aleatórios do caso concreto para se obter a conclusão de que não é a lesão da norma, mas precisamente o seu respeito que conduziu ao resultado. Assim, tampouco está coberto pelo fim de proteção da norma o curso causal verdadeiro que apenas casualmente teria impedido o resultado na hipótese de observância da norma.

7. Referências

BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016.

EISELE, in: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 29. Aufl. 2014.

FRISCH, *GA* 2003, 719.

FRISCH, in: *Gössel-FS* (2002).

FRISTER, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015.

GÖSSEL, in: *Frisch-FS* (2013).

HAAS, *GA* 2015, 86.

JAKOBS, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991.

KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989.

KINDHÄUSER, *Paeffgen-FS* (2015).

KINDHÄUSER, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017.

KINDHÄUSER, *ZStW* 120 (2008), 481.

OTTO, *Grundkurs Strafrecht* –- Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004.

OTTO, in: *Schlüchter-GS* (2002).

PUPPE, *GA* 2010, 551.

PUPPE, *GA* 2015, 203.

PUPPE, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2017.

PUPPE, in: *Roxin-FS* (2001).

PUPPE, *SchwZStr* 1990, 141.

PUPPE, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl, 2016.

PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, 2006.

PUPPE, *ZStW* 92 (1980), 863.

RÖCKRATH, *ZStW* 115 (2003), 641.

RODRIGUEZ MONTANES, in: *Roxin-FS* (2001).

ROXIN, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, v. 1, 4. Aufl. 2006.

ROXIN, *ZStW* 74 (1962), 411.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, v. 1 (será publicado em breve).

SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972.

SAMSON, in: *Rudolphi-FS* (2004).

STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 29. Aufl. 2014.

ULSENHEIMERI, *JZ* 1969, 364.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva. algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758, de Gustavo de Oliveira Quandt – *RBCCrim* 106/297-326 (DTR\2014\302); e
- Reflexões sobre nexo causal, imputação objetiva e teoria do cotejo das esferas de risco na responsabilidade civil extracontratual, de Matheus Pereira Rocha – *RDPriv* 67/213-238 (DTR\2016\21943).

Disciplinamento social: percepções dos tribunais de justiça e a (in)validade da contravenção de vadiagem

Social discipline: perceptions of the courts of justice and the (in)validity of contravention of vagrancy

Lúcio Mauro Paz Barros

Mestre em Direito pela UniRitter Laureate International Universities. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Instituto de Desenvolvimento Cultural. Bacharel em Direito pela UniRitter. Professor do programa de pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da UniRitter e da FADERGS. Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Advogado inscrito na OAB-RS.
luciobarros@terra.com.br

Recebido em: 09.09.2018
Aprovado em: 16.11.2018
Última versão do autor: 05.12.2018

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: Considerando os princípios insculpidos na Constituição da República de 1988, os milhões de desempregados podem ser considerados vadios? Quais as percepções dos tribunais de justiça acerca da criminalização da vadiagem e sua (in)validade frente aos direitos humanos? Para responder tais questões, desenvolveu-se uma pesquisa estruturada na análise de 50 julgados sobre o tema, extraídos dos repositórios jurisprudenciais disponíveis nos *sites* dos 27 tribunais de justiça brasileiros no período entre 1963 e 2014. Sucede que, no Brasil, não trabalhar e não ter meios materiais de subsistência é infração penal. Assim, o presente artigo examina os fundamentos jurídicos das referidas decisões acerca da (des)criminalização da vadiagem, desnudando as percepções dos tribunais de segunda instância. Verificou-se que as decisões dos

Abstract: In Brazil, not working and not having material means of subsistence is a criminal offense. Given the principles enshrined in the Constitution of the Republic of 1988, can millions of unemployed people be considered idlers? What are the perceptions of the courts about the criminalization of vagrancy and it's (in)validity regarding human rights? In order to answer such questions, a master's research was developed in the analysis of 50 judgments on the subject, extracted from the jurisprudential repositories available on the websites of the 27 Brazilian courts of justice in the period between 1963 and 2014. This article examines the legal foundations of decisions concerning the (dis) criminalization of vagrancy, stripping the perceptions of the courts of second instance. It was verified that the perceptions of the Brazilian

tribunais de justiça brasileiros, em 82% dos casos, são contrárias à criminalização da vadiagem. Em que pese a diversidade de entendimentos no Judiciário, a integralidade dos indivíduos pobres e desempregados está sujeita à criminalização. Trata-se de tipificação penal seletiva, um instrumento discriminatório e de controle social dirigido aos necessitados. Tal fato não se coaduna com os preceitos de dignidade e isonomia do Estado Democrático de Direito inscritos na Constituição de 1988, restando comprovar sua invalidez frente ao ordenamento jurídico brasileiro e aos direitos humanos.

Palavras-chave: Vadiagem – Disciplinamento social – Tribunais de Justiça – Direitos humanos.

courts of justice, in 82% of cases, are contrary to the criminalization of vagrancy. Despite the diversity of understandings in the judiciary, the integrality of poor and unemployed individuals is subject to criminalization. It is a question of selective criminal classification, a discriminatory and social control instrument aimed at those in need. This fact is not in line with the precepts of dignity and isonomy of the Democratic State of Law inscribed in the 1988 Constitution, and it is necessary to prove it's invalidity in the Brazilian legal system and human rights.

Keywords: Vagrancy – Social discipline – Courts of Justice – Human rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Disciplinamento social. 3. Percepções dos Tribunais de Justiça. 4. A (in)validade da contravenção de vadiagem. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem como objeto a análise de como se processa a criminalização (ou não) da conduta de vadiagem pelo Direito Penal, sua (in)validade frente aos direitos humanos e como os tribunais de justiça no Brasil julgam a criminalização da conduta social de vadiagem, ou do não trabalho. Propõe-se uma análise crítica entre a utilidade, a funcionalidade e a seletividade da criminalização da vadiagem no contexto brasileiro.

No que tange à metodologia, trata-se de uma pesquisa empírica que se distingue da pesquisa bibliográfica tradicional, buscando de forma interdisciplinar a análise do *ser* da norma, rompendo com a lógica do *dever ser*; importando a dinamicidade do contexto social em que esta se subsome. Tal entendimento aparece em debates, seminários e estudos no âmbito da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED), uma organização de pesquisadores e professores dedicados ao tema, bem como às reflexões epistemológicas e metodológicas na esfera das investigações jurídicas.

O artigo apresenta sinteticamente a análise jurisprudencial dos tribunais de justiça do país com 50 acórdãos sobre o tema, extraídos dos repositórios disponíveis nos *sites* dos 27 tribunais, no período entre 1963 e 2014; destes, inclusive, a amostragem de cinco processos originários constante do rol de 13 decisões

do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, disponibilizados para consulta pelo Arquivo Judicial do respectivo órgão. A referida amostragem consiste em cinco processos, pois foram apenas estes os autos localizados pelo Arquivo Judicial. Assim, face as referidas jurisprudências dos tribunais de justiça, acrescidas da amostragem dos casos constantes do TJRS, apresenta-se o estudo dos fundamentos jurídicos das decisões, identificando os fatores responsáveis pela imputabilidade (ou não) da contravenção de vadiagem em razão da conduta e da qualidade do indivíduo denunciado.

O período selecionado localiza-se entre os anos 1963 e 2014, temporalidade total disponível nos *sites* dos tribunais de justiça. Dos 50 acórdãos, em 9 dos 27 tribunais pesquisados, existem 19 julgamentos anteriores à Constituição da República de 1988 e 31 posteriores.

A respectiva análise é qualitativa e preocupa-se com aspectos da realidade que não devem ser meramente quantificados. O estudo não está focado na supervalorização dos números. Ele privilegia o exame das decisões e apresenta os dados através de séries também "denominados itens ou termos da série e sua classificação atende a quatro modalidades principais que podem caracterizar um fato em observação: tempo, lugar, categoria e intensidade" (MARCONI; LAKATOS, 2002, p. 188).

O artigo expõe tabelas comparativas dos julgados encontrados e respectivas análises, objetivando o exame dos fundamentos jurídicos das decisões em busca das respostas aos problemas apontados: os milhões de desempregados podem ser considerados vadios? Quais as percepções dos tribunais de justiça do Brasil acerca da criminalização da vadiagem e sua (in)validade frente aos direitos humanos?

Através de uma interpretação jurídico-sociológica, o referido mapeamento serve de base para justificar a descriminalização da vadiagem. A observação crítica sobre as percepções dos julgadores ampara o desnudar do problema influenciando as possíveis ações revogatórias, seja por iniciativa das autoridades do Poder Legislativo, seja pelo Executivo[1].

Nesse sentido, espera-se que o presente estudo assegure uma contribuição acumulativa à ciência jurídica e à transformação social na perspectiva da garantia dos direitos humanos.

1. Saliente-se que existe a possibilidade de extinção do Decreto-Lei 3.688/1941, em face de um Novo Código Penal (PLS 236/2012), que revogará as "contravenções penais", se aprovado.

2. Disciplinamento social

O Estado é construído em face da formação das próprias sociedades cujas referidas forças econômicas, sociais e políticas se evidenciam, permitindo verificar também que: "a ação estatal é simultaneamente considerada um inimigo potencial da liberdade individual e como condição para o seu exercício" (SANTOS, 2013, p. 149). Nessa esteira, o Estado é a arena em que o poder político-jurídico se perfectibiliza na normalização das subjetividades[2]. A par disso, a criminalização da conduta social de vadiagem está inserida dentro de um contexto que interlaça as diversas concepções e nuances acerca das relações de poder, ditando normas e comportamentos.

Boaventura de Sousa Santos (2013) aduz que: "as sociedades capitalistas são formações ou configurações políticas constituídas por quatro modos básicos de produção de poder que se articulam de maneiras específicas". Isto é, o mapa estrutural das sociedades capitalistas, enquanto um fenômeno complexo, dá-se, em primeiro lugar, através do "espaço doméstico", constituído pelas relações sociais entre os membros familiares. Em segundo lugar, o "espaço de produção", que se forma pelas relações de trabalho, tendo como unidade de prática social a divisão em classes; onde a exploração é o mecanismo de poder, por meio do direito de produção e, como modo de racionalidade, a maximização do lucro. Ainda, as relações entre os cidadãos e o Estado, que constituem o "espaço da cidadania", cuja lealdade social impõe-se aos indivíduos. E, por fim, tem-se o "espaço mundial", compreendido pelas relações econômicas internacionais e pelas relações entre os Estados-nação que compreendem o sistema mundial. A referida teorização[3] evidencia que a natureza política do poder não é prerrogativa de uma determinada forma, pelo contrário, congrega a combinação entre suas distintas expressões em seus espaços, cujos mecanismos se manifestam através do

2. A respeito da subjetividade, cf. Boaventura, "[...] envolve as ideias de autorreflexividade e de autorresponsabilidade, a materialidade de um corpo (real ou fictício, no caso da subjetividade jurídica das 'pessoas coletivas'), e as particularidades potencialmente infinitas que conferem cunho próprio e único à personalidade" (SANTOS, 2013, p. 229).

3. Sobre a análise da produção de poder nas sociedades capitalistas, Boaventura aprofunda e considera o "espaço de mercado" enquanto conjunto de relações sociais de distribuição e consumo de valores de troca através das quais se produz e reproduz a mercadorização das necessidades e dos meios de as satisfazer. E ainda, o "espaço da comunidade", constituído pelas relações sociais desenvolvidas em torno da produção e da reprodução de territórios físicos e simbólicos e de identidades e identificações com referência a origens ou destinos comuns (*A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002. p. 284-290).

patriarcado, no espaço doméstico; na exploração, no espaço da produção; na dominação, no espaço da cidadania; e na troca desigual, no espaço mundial (SANTOS, 2013, p. 159-160).

Nesse contexto, à medida que a modernidade se desenvolve alinhada ao capitalismo e suas relações de poder, fortalece-se uma regulação estatal em detrimento da própria emancipação social, por vezes, com vieses autoritários e criminalizantes, como no caso da vadiagem, em que o Estado disciplinador impõe ao indivíduo a sua sujeição ao trabalho.

A pesquisa mostra que a legislação brasileira define a conduta social de vadiagem como contravenção penal, nos termos do artigo 59 do Decreto-Lei 3.688/1941, no qual a justiça punitiva se impõe para resolver um problema manifestamente social afetando o *pobre* a partir de suas condições subjetivas e, ainda, presumindo uma potencialidade às práticas delitivas. Sendo assim, busca-se, além da apropriação do corpo e do tempo do indivíduo pobre e miserável, também sua alma e mente, introjetando a ideologização do trabalho a serviço da produção, expansão e acumulação do capital. Nessa linha de pensamento, cumpre ao direito penal legitimar a hegemonia do capital (BATISTA, 2011, p. 79-80). Trata-se da denominada economia política da pena e do controle social, em que o processo punitivo se imbrica ao controle e ao disciplinamento da mão de obra no mercado de trabalho.

Nesse diapasão, a necessidade de descriminalização da vadiagem como sendo uma conduta atrelada aos pobres, adquire a dimensão complexa de efetiva emancipação social frente à regulação e ao controle estatal, podendo chocar-se (ou não) com a vontade dominante.

Em tese, a questão é que os indivíduos legitimam a regulação coercitiva do Estado sobre a vadiagem e, nessa seara, a concepção de "poder" da filósofa alemã Hannah Arendt se destaca. De acordo com Arendt (2010), o poder não é propriedade de um indivíduo, pertence a um grupo em "comum acordo" quanto à institucionalização do poder nas comunidades organizadas, materializado através da autoridade estatal e inter-relacionando vontade de poder e vontade de obediência:

> "O 'poder' corresponde à habilidade humana de não apenas agir, mas de agir em uníssono, em comum acordo. O poder jamais é propriedade de um indivíduo; pertence ele a um grupo e existe apenas enquanto o grupo se mantiver unido. Quando dizemos que alguém está 'no poder' estamos na realidade nos referindo ao fato de encontrar-se esta pessoa investida de poder, por certo número de pessoas, para atuar em seu nome. No momento em que o grupo, de onde originara-se o poder (*potestas in populo*, sem um povo ou um grupo não há poder), desaparece, 'o seu poder' também desaparece (ARENDT, 2010, p. 36)."

É nessa linha que se tornam imprescindíveis aos grupos dominantes do estado burguês, instrumentos de vigilância e controle das "categorias indóceis", como a política de contenção repressiva dos pobres (WACQUANT, 2015, p. 111-113).

Por outro lado, há a necessidade de manter o constante desenvolvimento econômico e o crescimento do sistema financeiro. Assim, estrutura-se a reserva de mão de obra e a exploração permanente de um contingente de indivíduos empobrecidos "disciplinados" a trabalhar por salários míseros para sair da pobreza. Nessa acepção,

> "[...] Se os vagabundos eram forçosamente empregados em obras públicas a baixos salários, o objetivo principal era empurrá-los para o emprego privado de acordo com a remuneração estabelecida. Em outras palavras, o propósito básico dessas medidas era superar a escassez de força de trabalho, sem que se permitisse uma alta nos salários." (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 59)

Com efeito, a conexão entre a precarização espoliativa do indivíduo disciplinado e relegado ao mercado laboral e a criminalização do não trabalho é manifesta através da sanção punitiva e restritiva de liberdade, reprimindo e conduzindo o pobre à prisão fundamentada na lógica absolutista de punir, proteger, condenar e controlar, desempenhando, o encarceramento,

> "[...] um papel essencial no funcionamento das sociedades pós-modernas, neoliberais: a de instrumento 'civilizado' e 'constitucional' de segregação das populações problemáticas criadas pela economia e pelos arranjos sociais atuais." (GARLAND, 2008, p. 422)

Pode-se afirmar que a concepção burguesa é de que numa situação de estabilidade social, através do trabalho e de condições materiais mínimas de subsistência, o índice de práticas delituosas seja menor; por outro lado, num quadro de rompimento da ordem e de instabilidade social, surge a tendência de um índice maior de criminalidade. Assim, ao Estado importa a necessidade de racionalização, cuja "política penal é um tipo de válvula usada para regular o fluxo da criminalidade" (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 265).

Na complexidade do sistema burguês, as denominadas posturas desviantes precisam ser controladas e extintas do seio social, e os indivíduos disciplinados e adestrados à ideologia dominante. Para enfrentar tal situação, é imprescindível atentar ao exame e a análise acerca das decisões dos tribunais de justiça brasileiros sobre o não trabalho, isto é, a criminalização da conduta social de vadiagem, confrontando as suas fundamentações legais e suas perfectibilizações no plano fático nacional.

Como forma de sistematização, as tabelas a seguir apresentam os dados pertinentes aos julgados dos 27 tribunais de justiça do país, compreendidos entre os anos de 1963 até 2014 (espaço temporal correspondente aos dados sobre "vadiagem" na base jurisprudencial disponível nos *sites* dos respectivos tribunais). Os tribunais são agrupados e divididos pelas regiões brasileiras. As categorizações consideram o marco temporal do advento da Constituição da República de 1988 dividindo os julgados em antes e após a Carta Magna; a tipificação somente de vadiagem e também de vadiagem em concurso com outras tipificações; o contraste entre as absolvições e condenações, inclusive na primeira instância; e, ainda, o quadro do desemprego no país, entre os anos de 1985 a 2014.

O quadro 1 refere-se aos julgados sobre a criminalização da vadiagem em cada tribunal e por regiões do país:

Quadro 1 – Julgados sobre a criminalização de vadiagem nos tribunais e regiões brasileiras

REGIÃO DO BRASIL	TRIBUNAL DE JUSTIÇA	NÚMERO DE JULGADOS	%
NORTE	AC	0	
	AP	0	
	AM	0	
	PA	0	
	RO	0	
	RR	0	
	TO	0	
SUBTOTAL		**0**	**0%**
NORDESTE	AL	0	
	BA	0	
	CE	0	
	MA	0	
	PB	1	2%
	PE	3	6%
	PI	0	
	RN	0	
	SE	0	
SUBTOTAL		**4**	**8%**

REGIÃO DO BRASIL	TRIBUNAL DE JUSTIÇA	NÚMERO DE JULGADOS	%
CENTRO-OESTE	DF	20	40%
	GO	5	10%
	MT	0	
	MS	0	
SUBTOTAL		**25**	**50%**
SUDESTE	ES	0	
	MG	1	2%
	RJ	3	6%
	SP	3	6%
SUBTOTAL		**7**	**14%**
SUL	PR	1	2%
	SC	0	
	RS	13	26%
SUBTOTAL		**14**	**28%**
TOTAL		50	100%

Fonte: elaborado pelo autor.

Observa-se no quadro 1 que foram identificados um total de 50 julgados na pesquisa realizada entre os 27 tribunais de justiça brasileiros. Dividido por regiões, a centro-oeste lidera com 25 ocorrências, ou seja, 50% dos julgados do país, com destaque para o TJDF, com 20 processos (40%). Em seguida, a região sul aparece com 14 ocorrências, isto é, 28% dos julgados, evidenciando-se o TJRS, com 13 processos (26%). O sudeste, por sua vez, apresenta 7 ocorrências, quer dizer, 14% dos julgados. E, por fim, a região nordeste aparece com 4 ocorrências, ou seja, 8% dos julgados.

Interessante referir que, na região norte do Brasil, nenhum julgado sobre a criminalização da vadiagem foi encontrado na pesquisa realizada através dos *sites* dos respectivos tribunais. Pode-se inferir que as condições socioeconômicas da região tenham uma influência significativa na compreensão dos próprios indivíduos, e, por conseguinte, das próprias instituições do que seja a conduta social de "vadiagem". Para não cair num discurso genérico, importa considerar o estudo realizado pelo sociólogo Tulio Kahn (2013), interpretando o crescimento econômico e a criminalidade entre as regiões norte/nordeste e sudeste do Brasil.

Kahn (2013, p. 155) analisa os contextos sociais e os índices econômicos das referidas regiões, entre o período de 1999 e 2009. O autor assevera que o Brasil poderia ser dividido em duas grandes regiões em virtude do nível socioeconômico dos Estados, tendo-se 18 Estados em um primeiro grupo, principalmente das regiões norte, nordeste e centro-oeste e 9 Estados no segundo grupo, compreendendo as regiões sul e sudeste.

O primeiro grupo se caracteriza pelos Estados com condições precárias de saneamento, expectativa de vida em 71 anos de idade, elevados índices de analfabetismo, renda e menor Produto Interno Bruto (PIB), e comércio varejista menos desenvolvido. Por outro lado, o segundo grupo está constituído por Estados com elevado nível socioeconômico, com alta cobertura de esgoto nas residências, expectativa de vida de 75 anos de idade e reduzida porcentagem de analfabetismo.

Não obstante, o sociólogo aduz que a organização do sistema de justiça criminal também varia de acordo com a riqueza dos Estados, já que influi no desenvolvimento econômico e na criminalidade local. Isso ocorre porque onde a renda média é maior, maiores são os recursos para o sistema de justiça criminal (polícia, sistema prisional etc.) e as taxas de encarceramento e de policiais por habitante também são superiores (KAHN, 2013, p. 156). Desse modo, seria possível cogitar que a inexistência de ocorrências de criminalização por vadiagem na região norte, bem como o menor índice na região nordeste, expressam a influência do desequilíbrio socioeconômico, havendo uma compreensão "tolerante" com o não trabalho, até porque, no intento de "inibir" tal conduta, os Estados deveriam abdicar de combater outros crimes para concentrar esforços, recursos financeiros e aparato policial para criminalização da "vadiagem" nessa região. Os aventados entendimentos ensejariam uma pesquisa mais aprofundada, por exemplo, sob o enfoque específico do sistema prisional e das forças policiais na atuação sobre a criminalização da vadiagem.

Assim sendo, evidencia-se a afirmação de que nas regiões menos desenvolvidas, como a norte e a nordeste, ocorre menos criminalização da vadiagem. Por outro lado, as mais desenvolvidas, concentram os maiores índices de criminalização. Nessas, o TJDF (em que pese localizar-se na região Centro-Oeste, possui características próprias, como as apontadas adiante), e o TJRS, representam conjuntamente 66% dos julgados. A reflexão que se impõe é sobre quais os motivos dessas ocorrências estarem majoritariamente nesses tribunais?

Ao analisar os acórdãos dos respectivos órgãos, verifica-se que os fundamentos jurídicos para a não criminalização da vadiagem guardam simetrias, o que pode ser constatado no exame sobre as percepções dos tribunais através dos julgados mais adiante. Dissecando os casos entre as referidas instâncias, apenas no TJDF

encontram-se entendimentos favoráveis à criminalização da vadiagem baseados na própria subsunção do tipo contravencional; por outro lado, no TJRS, não se compreende que a entrega habitual do indivíduo à ociosidade, mesmo sendo válido para o trabalho, seja uma questão criminal. Aliás, pode-se afirmar que tanto o ócio quanto o trabalho são direitos na visão do TJRS; não é o caso do TJDF.

Porém, ainda persiste a necessidade de uma compreensão sobre o elevado índice de criminalização da vadiagem no planalto central. Pode-se depreender que o fato do Distrito Federal, desde 1960, ser a *capital* do Brasil, o centro do poder político nacional, é o local onde o exercício de controle e "limpeza social" se evidencia de forma mais arbitrária. Nessa senda, importa considerar que a construção da capital federal arregimentou um exército de reserva de migrantes, sem qualificação para o trabalho urbano, e formou um contingente de pessoas que passou a habitar a periferia do DF, as denominadas cidades satélites.

Para Gouvêa (1995, p. 25), a população trabalhadora foi jogada para periferia, expandindo o Distrito Federal de forma desnecessária, impossibilitando o acesso físico e social de grande parte da população, inclusive pelos altos preços dos transportes. Com efeito, o governo investiu fortemente na infraestrutura urbana, valorizando os empreendimentos imobiliários e alienando-os às classes de maior poder aquisitivo, identificadas com o poder, dentro de uma ótica segregadora do Estado.

No caso do Rio Grande do Sul, as características culturais, em especial as influências de uma colonização europeia com fortes traços em suas tradições e costumes, poderiam explicar o resultado encontrado: dos 13 julgados do tribunal gaúcho, 8 deles (62%) têm sua origem em regiões marcadas pela presença de imigrantes alemães, italianos, portugueses, poloneses e espanhóis, cujos valores morais acerca do trabalho e do consequente desbravamento das terras, enraizaram-se na formação e no desenvolvimento social das seguintes localidades, Frederico Westphalen, Lajeado, Santa Cruz do Sul, Novo Hamburgo e Bagé. Entretanto, considerar apenas os *estereótipos* de colonização para compreender as "causas" explicativas para os resultados encontrados no TJRS, tratar-se-ia de robustecê-los na disseminação, aceitação e consolidação de certos valores dominantes na sociedade, materializados na ilusão social, como a conduta padrão do homem "trabalhador" e "não preguiçoso".

Nessa linha de raciocínio, Lenio Streck (1988, p. 109) assevera: "[...] o 'senso comum' que, de alguma forma encontra guarida no imaginário social, se articula na apreensão tipicamente empírica dos fatos sociais que surgem como 'naturais', a-históricos e, portanto, incontestes." Assim, a afirmação de que as influências de colonização europeia formam comunidades mais rigorosas, empreendedoras ou trabalhadoras, perfectibiliza uma forma típica discursiva, objetivando uma padronização de comportamentos a partir de *estereótipos*. No dizer de Streck:

> "[...] Especificamente, no caso das comunidades que mantem laços étnicos bastante acentuados, produtos do processo imigratório ocorrido há mais de um século, notadamente no Rio Grande do Sul, ocorre com razoável facilidade a manipulação do imaginário social dos indivíduos, através da supressão de determinantes históricos – por exemplo, processos de aculturação –, favorecendo o desvirtuamento cultural dos mesmos, os quais, completamente desvinculados da pátria de seus antepassados, são manipulados pelos interesses da classe dominante, através da 'manutenção' de traços culturais que privilegiam e garantem o 'status quo'." (STRECK, 1988, p. 111)

Dessa forma, o imaginário social consubstancia-se na concretude das ações que elegem as condutas "naturais", ou seja, o padrão de normalidade é trabalhar; o não trabalho e a "vadiagem" são condutas "anormais", "atípicas" e "contrárias" à comunidade.

> "[...] Dessa forma, dissimula-se, através de um discurso eficaz e competente, a perpetuação de uma forma de dominação que, antes de passar por questões de etnias, passam por explorações sócio/econômico/políticas de classes dominantes sobre as classes dominadas." (STRECK, 1988, p. 114)

Assim, não se pode afirmar que no âmbito do TJRS, o elevado índice de criminalização da vadiagem se justifica pelas características culturais de influências europeias. Contudo, evidencia-se o poder econômico, social e político das classes dominantes, acobertado pelo senso comum dos estereótipos de colonização, garantindo-se a exploração (e a criminalização) das classes dominadas.

Os outros cinco casos julgados (38%) originam-se em Porto Alegre, *capital* do Estado, caracterizada pela concentração urbana, cuja formação da *periferia* evidencia um conjunto de desigualdades sociais em que os indivíduos, sem condições de empregabilidade, formam um contingente de "vadios", passíveis de criminalização.

No quadro 2, constam os julgados dos tribunais de justiça brasileiros considerando o contraste entre absolvições e condenações:

Quadro 2 – Julgados dos tribunais de justiça considerando o contraste entre absolvições e condenações

REGIÃO DO BRASIL	TRIBUNAL DE JUSTIÇA	ABSOLVIÇÕES	CONDENAÇÕES
NORDESTE	PB	1	0
	PE	3	0
SUBTOTAL		**4**	**0**

REGIÃO DO BRASIL	TRIBUNAL DE JUSTIÇA	ABSOLVIÇÕES	CONDENAÇÕES
CENTRO-OESTE	DF	14	6
	GO	3	2
SUBTOTAL		**17**	**8**
SUDESTE	MG	1	0
	RJ	2	1
	SP	3	0
SUBTOTAL		**6**	**1**
SUL	PR	1	0
	RS	13	0
SUBTOTAL		**14**	**0**
TOTAL		41 (82%)	9 (18%)

Fonte: elaborado pelo autor.

Depreende-se, do quadro 2, o alto índice de absolvições ou da não criminalização pelos tribunais de justiça acerca da conduta social de vadiagem, onde se encontram 41 julgados (82%); contrastando com o índice de condenações/criminalizações em 9 julgados (18%).

O destaque está nas regiões nordeste e sul, onde não há nenhuma condenação ou criminalização da vadiagem em segunda instância. Entretanto, o centro-oeste, concentra o índice de condenações/criminalizações em, aproximadamente 89% dos respectivos casos. Impende cogitar, por que o alto índice de absolvições ou reformas de decisões condenatórias sobre a vadiagem nos tribunais de justiça?

Mais uma vez encontram-se simetrias em suas fundamentações jurídicas, independentemente da região. Nesse sentido, cabe deter-se na própria estrutura e composição dos tribunais. Um dos primeiros elementos que pode ser considerado é o da própria progressão da carreira dos magistrados[4], cujo nível de experiência, maturidade e compreensão contribuem para melhor análise sobre cada caso. Outra

4. Conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), "Em média, leva-se de 20 a 25 anos para que um juiz estadual chegue ao posto de desembargador de um Tribunal de Justiça." Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82067-cnj-servico-saiba-como-funciona-a-carreira-de-magistrado]. Acesso em: 23.10.2017.

referência está na composição das câmaras julgadoras, nas quais a apreciação do processo se submete ao crivo de cada integrante, consagrando o *duplo grau de jurisdição*. Não obstante, nos tribunais prima-se pela objetividade, diminuindo os subjetivismos e os eventuais erros de julgamento. Outra característica que pode contribuir para justificar o alto índice de absolvições nos tribunais sobre a criminalização da vadiagem, é que os magistrados de segunda instância possuem a necessidade de lidar com a multiplicidade de casos das mais diversas regiões do Estado, enriquecendo a sua compreensão sobre a totalidade dos jurisdicionados e seus conflitos.

Entretanto, para melhor compreender a criminalização da vadiagem no Brasil, concerne o questionamento sobre como se posicionam os juízos de primeiro grau, em relação aos casos constantes dos tribunais. No quadro 3, apresentam-se os julgados em 1ª instância (adstritos aos identificados nos tribunais), considerando o contraste entre absolvições e condenações:

Quadro 3 – Julgados em primeira instância considerando o contraste entre absolvições e condenações.

REGIÃO DO BRASIL	TRIBUNAL DE JUSTIÇA	ABSOLVIÇÕES	CONDENAÇÕES
NORDESTE	PB	0	1
	PE	0	3
SUBTOTAL		**0**	**4**
CENTRO-OESTE	DF	4	16
	GO	1	4
SUBTOTAL		**5**	**20**
	MG	0	1
SUDESTE	RJ	0	3
	SP	1	2
SUBTOTAL		**1**	**6**
SUL	PR	1	0
	RS	4	9
SUBTOTAL		**5**	**9**
TOTAL		11 (22%)	39 (78%)

Fonte: Elaborado pelo autor.

Percebe-se no quadro 3 o alto índice de condenações em primeira instância acerca da conduta social de vadiagem, com 39 julgados (78%); contrastando com o índice de absolvições presente em 11 julgados (22%). Situação bastante distinta, dos posicionamentos identificados nos tribunais.

Interessante observar que a região nordeste, em que pese o menor número de ocorrências, e onde, em segunda instância há a absolvição em todos os casos; na primeira instância o entendimento dos juízes é diferente, em 100% dos processos ocorre a condenação/criminalização da vadiagem. Na sequência, vem a região sudeste com 86% de condenação; o centro-oeste com 80%; e, a região sul, com 69% dos casos de condenação.

Doravante, resta analisar os motivos para a primeira instância condenar de forma predominante a conduta social de vadiagem. A primeira resposta que pode explicar a tentativa de compreender tal situação, é o fato de que os juízes de primeiro grau julgam próximo do fato, diferente dos magistrados dos tribunais que julgam longe do fato; ou seja, os juízes das varas estão perante a sociedade local, com a(s) vítima(s) e o(s) réu(s). Outro elemento importante é que o juiz julga sozinho, permitindo a afirmação de que os julgamentos de primeiro grau estariam mais vulneráveis à imprecação local e, com isso, tendentes a serem mais rígidos. Ademais, ao condenar um indivíduo, no caso, pela contravenção de vadiagem, é possível que o juiz de primeiro grau tenha a ciência de que sua decisão tenderia a não ser mantida em sede recursal, e assim, poderia isentar-se de um possível desgaste junto à "opinião pública", atendendo um eventual clamor de "higienização" social.

Entretanto, cumpre referir o que dispõe o artigo 5º do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme a Lei 12.376/2010): "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". É nesse sentido que está inserida na história jurídica e social a sentença[5] que extinguiu uma acusação de vadiagem, em 27 de setembro de 1979, proferida pelo então Juiz de Direito Moacir Danilo Rodrigues, da 5ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, em que assenta ser a contravenção de vadiagem uma "norma legal draconiana, injusta e parcial".

A sentença de primeiro grau referida é dotada da *sensibilidade* perseguida por aqueles que compreendem o caráter discriminatório do preceito contravencional. Trata-se de uma decisão *progressista* e *vanguardista* na perspectiva de atender

5. RODRIGUES, Moacir Danilo. *A justiça é cega, mas o juiz não é*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/392-A-justica-e-cega-mas-o-juiz-nao-e]. Acesso em: 18.08.2017.

aos fins sociais e ao bem comum, gravada em um momento histórico, cuja sociedade brasileira buscava romper com a repressão militar.

O quadro 4 retrata os julgados, considerando a tipificação exclusiva de vadiagem, bem como a associação da vadiagem e outras tipificações:

Quadro 4 – Julgados considerando a tipificação exclusiva de vadiagem, bem como a associação da vadiagem e outras tipificações.

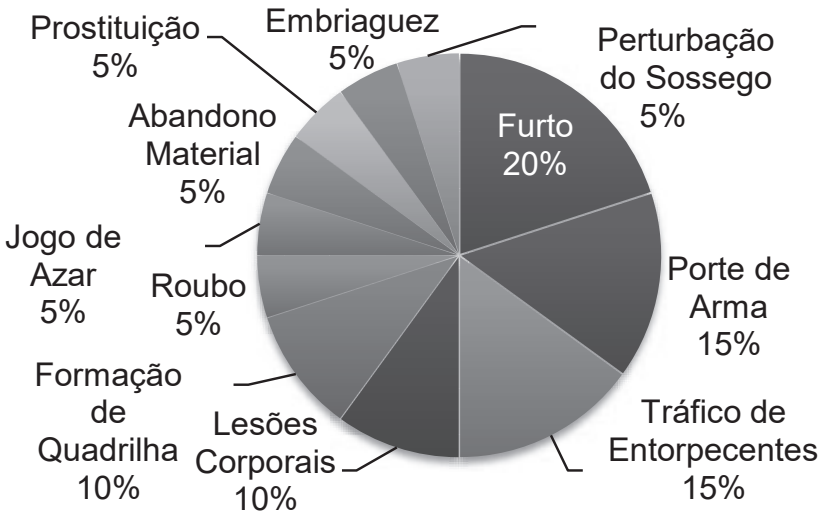
REGIÃO DO BRASIL	TRIBUNAL DE JUSTIÇA	SOMENTE VADIAGEM	VADIAGEM E OUTRAS TIPIFICAÇÕES
NORDESTE	PB	1	0
	PE	2	1
SUBTOTAL		**3**	**1**
CENTRO-OESTE	DF	13	7
	GO	4	1
SUBTOTAL		**17**	**8**
SUDESTE	MG	1	0
	RJ	1	2
	SP	1	2
SUBTOTAL		**3**	**4**
SUL	PR	0	1
	RS	9	4
SUBTOTAL		9	5
TOTAL		32 (64%)	18 (36%)

Fonte: elaborado pelo autor.

Verifica-se no quadro 4 que a criminalização da vadiagem, na maioria dos casos, não está associada a nenhuma outra conduta delitiva, ou seja, em 64% dos julgados, trata-se exclusivamente da tipificação contravencional de vadiagem.

As tipificações associadas à conduta contravencional, em análise, de acordo com os julgados dos tribunais de justiça, estão apresentadas no gráfico a seguir:

Gráfico 1 – Tipificações associadas à conduta contravencional segundo a amostra dos julgados dos tribunais de justiça



Fonte: Elaborado pelo autor.

Constata-se no respectivo gráfico que dos 18 julgados, isto é, em 36% dos casos de criminalização da vadiagem do país, a metade está associada ao *exercício de trabalho em atividades ilícitas* ou contrárias aos denominados "bons costumes", como furto (20%), tráfico de entorpecentes (15%), formação de quadrilha (10%), e prostituição (5%).

Portanto, pode-se afirmar que o elemento conjuntural sobre as condições econômicas do país tem, indubitavelmente, influência sobre as condutas sociais.

Outra questão que se observa é que a *violência*, em tese, está presente apenas em lesões corporais (10%) e roubo (5%); sugerindo que a potencialidade ofensiva aos bens jurídicos tutelados é efetivamente muito baixa, corroborando o entendimento de que não se trata de um problema criminal, mas de ordem social.

O quadro 5 refere-se aos julgados entre o período de 1963 até o advento da Constituição da República de 1988, e após a Carta Magna até 2014. Para tanto, são apresentados apenas os tribunais com indicadores sobre a criminalização da vadiagem:

Quadro 5 – Julgados antes e após a Constituição da República de 1988.

REGIÃO DO BRASIL	TRIBUNAL DE JUSTIÇA	JULGADOS ANTES CR/88	JULGADOS APÓS CR/88
NORDESTE	PB	0	1
	PE	0	3
SUBTOTAL		**0**	**4**

REGIÃO DO BRASIL	TRIBUNAL DE JUSTIÇA	JULGADOS ANTES CR/88	JULGADOS APÓS CR/88
CENTRO-OESTE	DF	12	8
	GO	0	5
SUBTOTAL		**12**	**13**
SUDESTE	MG	0	1
	RJ	0	3
	SP	0	3
SUBTOTAL		**0**	**7**
SUL	PR	0	1
	RS	7	6
SUBTOTAL		**7**	**7**
TOTAL		19 (38%)	31 (62%)

Fonte: elaborado pelo autor.

Nota-se no quadro 5 que a partir do advento da Constituição da República de 1988 os índices de ocorrências sobre a criminalização da vadiagem aumentaram na ordem de 63,16%, saltando de 19 para 31 julgados.

Percebe-se que nas regiões centro-oeste e sul, os índices se mantêm estáveis. Entretanto, sudeste e nordeste, que não apresentavam ocorrências, passam a integrar a estatística, com julgados, predominantemente, a partir das décadas de 1990 e 2000.

A questão que surge, à luz da denominada Constituição Cidadã de 1988, que preconiza os princípios da *não discriminação*, da *isonomia* e da *dignidade humana*, consagrando na ordem criminal o denominado *direito penal do fato*, garantindo a estabilização das relações sociais, é qual é a razão de um acréscimo significativo na criminalização sobre a vadiagem?

Para o constitucionalista Michel Temer (2014), ex-Presidente da República, a CR/88 condensou princípios do *liberalismo* e do *socialismo*, permitindo um verdadeiro "banho de democracia", garantindo, por exemplo, o direito à alimentação e o direito à moradia, enquanto normas programáticas, exigindo que as políticas públicas não fossem contrárias a esses preceitos. Temer assegura que ao lado dos direitos liberais, os direitos sociais foram aplicados resultando a coincidência entre a Constituição formal e a Constituição real. Na visão do

constitucionalista, isso é que tem oferecido segurança jurídica e institucional; e que, no instante em que se obedece: "a ordem jurídica, especialmente aquela que é nascente do Estado, que é a Constituição, você garante estabilidade nas relações sociais, que é o que nós temos vivido" (TEMER, 2014).

Contudo, pode-se afirmar que o aspecto conjuntural brasileiro dessas referidas décadas, *auge do neoliberalismo*, das privatizações e da abertura ao capital financeiro internacional, o que menos se viu foi o respeito aos princípios do *socialismo* ou de uma estabilidade das relações sociais, principalmente em temas como *moradia*. Logo, quadros de aprofundamento das desigualdades sociais, a partir de uma instabilidade econômica, podem contribuir para o aumento de uma repressão social sobre a vadiagem mesmo sob a égide dos preceitos insculpidos na CR/88, às vezes subvertidos pelos interesses dominantes.

Com efeito, a taxa de desemprego médio no Brasil entre os anos de 1985 a 2014 (BRASIL – FATOS E DADOS, 2010) foi de 5,2%, no ano de 1985, e de 4,6%, em 1989. De 1990 a 1994, o desemprego aumenta de 4,6% para 8,3%. Entre os anos de 1995 e 2002, salta de 8,3% para 12,2%. A redução do desemprego é identificada no período de 2003 a 2010, que recua de 12,2% para 6,8% e continua entre 2011 e 2014 de 6,8% a 4,8%.

Pode-se perceber o aumento do desemprego no país na década de 1990 até 2002. Contextualizando os períodos, impõe-se a determinação dos respectivos governos federais correspondentes, para compreendermos melhor os cenários, frente à criminalização (ou não) da conduta social de vadiagem.

Destarte, recorre-se à tabela 6 que contrasta os índices de desemprego com os julgados sobre a criminalização da vadiagem no Brasil, entre o período de 1985 a 2014:

Quadro 6 – Contraste entre os índices de desemprego e os julgados sobre vadiagem, no período de 1985 a 2014

GOVERNO	PERÍODO	JULGADOS	DESEMPREGO
Sarney	1985-1989	4	5,2% – 4,6%
Collor/Itamar	1990-1994	12	4,6% – 8,3%
FHC	1995-2002	7	8,3% – 12,2%
Lula	2003-2010	4	12,2% – 6,8%
Dilma	2011-2014	5	6,8% – 4,8%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Interessante observar, no quadro 6, que no período compreendido entre os anos de 1990 até 2002 (governos Collor, Itamar e FHC), no qual o índice de desemprego cresce de 4,6% para 12,2%, há um aumento no número de julgados de 4 (ocorridos durante o governo Sarney) para 19, ou seja, uma elevação na ordem de 475%. Por outro lado, no período entre 2003 até 2014 (governos Lula e Dilma), em que ocorre uma redução no índice de desemprego de 12,2% para 4,8%, o número de julgados cai de 19 (dos governos Collor, Itamar e FHC) para 9, isto é, uma redução de 53%. Em síntese, conclui-se que o aumento da criminalização (e/ou da repressão) sobre a vadiagem, acompanha a elevação do desemprego, isto é, trata-se de mais um elemento para a compreensão de que a vadiagem é uma questão de ordem social e econômica, e não de ordem penal.

Assim, importa o estudo dos fundamentos jurídicos das decisões, confirmar as afirmações (e explicações) para as diferenças dos números encontrados entre as situações de manutenção e/ou reforma sobre a criminalização da conduta social de vadiagem.

3. Percepções dos Tribunais de Justiça

A primeira região do país a ser analisada é a *região nordeste*, com quatro ocorrências, todas após a CR/88, representando 8% do total de julgados brasileiros.

O entendimento predominante desses tribunais é o de não considerar a criminalização da conduta social de vadiagem "diante do grande número de pessoas desempregadas por falta de condições e oportunidades de entrar no mercado de trabalho" (Apelação 74996-8, de 30 de outubro de 2002, TJPE). Assentam ainda que "a vadiagem, nos tempos atuais, não pode ser utilizada como fundamento da prisão preventiva. Além disso, evidencia-se, [...] constrangimento ilegal" (*Habeas Corpus* 151787-3, de 30 de maio de 2007, TJPE).

Em que pese a pesquisa realizada, identificar a criminalização da conduta social de vadiagem em uma faixa etária adulta, ela não se limita aos maiores de idade, pois o entendimento de *constrangimento ilegal* pela imputação de vadiagem também é verificado no caso de uma jovem menor de 18 anos que vive *perambulando* pelas ruas, enquadrada pela autoridade policial e pelo juízo *a quo*, em *ato infracional semelhante à vadiagem* (*Habeas Corpus* 99920080006651001, de 11 de novembro de 2008, TJPB). Ocorre que a adolescente, em 16 de setembro de 2008, foi internada provisoriamente na Casa Educativa, unidade da Fundação Desenvolvimento da Criança e do Adolescente *Alice de Almeida* (FUNDAC), pois se encontrava, em tese, praticando ato infracional equiparado à contravenção penal de vadiagem. A decisão de primeira instância entendeu que o fato da

adolescente *perambular* pelas ruas, configurava-se num risco à sociedade com a possível prática de algum delito. Assim, até o julgamento do *habeas corpus* impetrado, a jovem permaneceu interna por dois meses, inclusive, junto a homicidas. Tal condição foi entendida pelo relator como demais severa, devendo-se averiguar, inclusive, a extensão dessa atitude e quais implicações que ela traria, depreendendo-se a sensibilidade do julgador inclusive de que medidas socioeducativas têm por natureza a proteção e não a punição. Conforme o voto no *Habeas Corpus* 99920080006651001, de 11 de novembro de 2008, TJPB:

> "[...] Tenho alguns precedentes nesse sentido, cabendo ponderar que, não se trata de prática de ato infracional, com todo o respeito à norma legal, num país que existem milhões de pessoas excluídas da sociedade, que vivem à margem de qualquer possibilidade de vida digna, uma menor que está nas ruas, sabe-se lá por que, já que nos autos não há nada que constate a realidade da vida dessa menor, se exerce atividade escolar, se mora com os pais, se não, com quem e ser punida com uma medida extremada."

O exame das fundamentações presentes nos julgados da região nordeste aponta que a descaracterização objetiva do tipo contravencional de vadiagem também deve basear o provimento liberatório, uma vez que inexistindo a *habitual ociosidade*, não há o que se falar em prática delituosa (*Habeas Corpus* 20.155-6, de 28 de setembro de 1994, TJPE).

A *região centro-oeste* representa 50% dos julgados analisados na pesquisa; um total de 25 ocorrências, 12 das quais anteriores à CR/88 e 13 posteriores. Tais julgados correspondem aos tribunais de Goiás e do Distrito Federal, sendo que este último concentra 80% dos casos da região e 40% dos casos do país.

A jurisprudência do TJDF acerca da criminalização da vadiagem apresenta dez apelações, nove *habeas corpus* e um de embargos infringentes. Ao todo são 14 absolvições (70% dos casos) e 6 condenações (30% dos casos). Entre os fundamentos desse tribunal para a não condenação do indivíduo por vadiagem está o *contexto social, político e econômico do país*.

Nesse sentido, destaca-se o processo de Embargos Infringentes 1340194, de 23 de novembro de 1994, estabelecendo em sua decisão, preliminarmente, que é obrigação do órgão de acusação provar, através de sindicância prévia, os indicativos de trabalho (ou do não trabalho) do acusado, pois em virtude da crise vivenciada no Brasil, conseguir um emprego é equivalente à "sorte grande da loteria"; não competindo, portanto, ao acusado, o encargo da prova às alegações acusatórias, sob pena de "prática de flagrante injustiça por conta de inexplicável insensibilidade social." A respectiva decisão vai além e afirma que o dispositivo

contravencional é "visivelmente discriminatório", uma vez que se destina apenas ao pobre, sendo que "há inúmeras pessoas ricas e de posse que vivem no mais completo e absoluto ócio, sem nada produzir de útil para a sociedade, e que por tal não são acusadas pelas autoridades de serem vadias".

A decisão constante do *Habeas Corpus* 576.591, de 07 de novembro de 1991, afirma que com o elevado índice de desemprego, "não se pode presumir a ociosidade, máxime habitual, daquele que eventualmente se encontra sem trabalho".

A análise da prova, no entendimento do TJDF, adquire singular relevância como fundamento para absolver ou condenar o indivíduo pela vadiagem, pois é imprescindível no caso concreto verificar a existência ou não dos elementos tipificadores da contravenção. Havendo prova do trabalho lícito do indivíduo, inexiste qualquer possibilidade de imputação da vadiagem. Da mesma forma, está a falta (ou insuficiência) de prova quanto ao critério objetivo da ociosidade habitual. Também a presunção de culpa é afastada pelo princípio constitucional da *presunção de inocência*, consagrado no artigo 5º, LVII, da CR/88 como corolário dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o *Habeas Corpus* 620.093, de 03 de fevereiro de 1994, dispõe que no caso de existir "prova suficiente a afastar a suspeita de ser o paciente vadio", deve-se deferir a concessão de fiança, liberando o indivíduo. Entretanto, tal entendimento, acerca da imposição de uma fiança, remonta aos métodos punitivos preferidos na Idade Média, em que se privilegiavam as classes mais abastadas, na perspectiva de garantir a paz social pelo método de arbitragem privada. "A incapacidade dos malfeitores das classes subalternas de pagar fianças em moeda levou à substituição por castigos corporais" (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 25). No caso, pode-se afirmar, inclusive, tratar-se de um *bis in idem* penal, pois o indivíduo sofre a punição restritiva de liberdade pela criminalização de sua conduta e, ainda, imputam-lhe uma punição financeira.

O *Habeas Corpus* 496.689, de 13 de março de 1989, consagra o princípio *in dubio pro reo*, asseverando que havendo dúvida da configuração dos elementos contravencionais, deve-se conceder o *remédio jurídico*.

Ainda sobre a análise da prova, a Apelação 874.187, de 24 de outubro de 1988:

> "[...] a punição da vadiagem objetiva evitar a periculosidade do ocioso, não tendo caráter essencialmente retributivo e, por isso mesmo, não se deve emprestar grande relevância ao quantitativo imposto, desde que a sanção alcance a sua finalidade preventiva."

O entendimento esposado na decisão considera, caso seja demonstrada a atividade garantidora de subsistência, que se deve afastar a condenação. Ora, *contrario*

sensu, se o indivíduo não provar que trabalha condenado será. Em relação aos fundamentos não criminalizadores dos julgados anteriores à CR/88, majoritariamente, encontra-se a falta de provas para a configuração da conduta contravencional, forte no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Entretanto, merece destaque a decisão disposta na Apelação 262, de 06 de julho de 1964, em que o "simples fato de o indivíduo haver delinquido, não se infere estar em permanente estado de delinquência".

Com efeito, a Apelação 665083, de 08 de março de 1985, aduz que:

> "[...] somente se configura a contravenção de vadiagem se o acusado, com habitualidade comprovada, se entrega à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure os meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita."

No mesmo sentido do *Habeas Corpus* 620.093, de 03 de fevereiro de 1994, que estabelece a figura da fiança, está o *Habeas Corpus* 2.594, de 07 de novembro de 1979, dispondo que se concede o provimento mediante fiança desde que "não provada à alegada vadiagem, através de processo regular, onde se deve demonstrar a habitualidade do ócio".

Ainda sobre a questão da prova, a Apelação 3.371, de 20 de junho de 1977, exigindo a habitualidade como elemento indissociável à criminalização por vadiagem. Nessa esteira também a Apelação 932, de 19 de maio de 1969, asseverando que a "contravenção de vadiagem não se caracteriza sem prova de habitualidade"; bem como, a Apelação 187, de 30 de maio de 1963.

O exame jurisprudencial do TJDF também revela a criminalização de *travestis*, conforme a decisão na Apelação 886.387, de 09 de maio de 1988. Sucede que duas travestis foram presas sob a alegação de roubo qualificado e vadiagem. A vítima arguiu que fora ameaçada pelas travestis e que lhe roubaram uma quantia em dinheiro e o relógio. As travestis negaram a autoria, relatando, inclusive, que a vítima se envolvera pouco antes em *prática amorosa* com uma delas e que o desentendimento ocorrera sobre o pagamento que seria devido; mesmo assim as duas acusadas foram presas, processadas e condenadas em primeira instância. Em sede recursal, pesou a circunstância de a vítima ter silenciado no processo quanto à alegada *prática amorosa*, sendo considerado o seu comportamento "insincero", levando à inconclusividade das provas quanto ao roubo. Sobre a vadiagem, a decisão é cristalina em não admitir tal tipificação pelo simples fato de terem sido encontradas as travestis em via pública. A criminalização da juventude aparece no *Habeas Corpus* 329.784, de 09 de dezembro de 1983, cuja decisão expressa o entendimento de que:

> "constitui um exagero considerar-se vadio um jovem de 19 anos que mora com a família. Em época de acentuado desemprego, para que se considere alguém vadio é preciso que se ofereça, antes, a oportunidade de aproveitamento no mercado de trabalho."

Por seu turno, importa a análise dos julgados do TJDF que admitem, consideram e mantêm os preceitos criminalizatórios sobre a conduta social de vadiagem. Diametralmente oposto ao referido processo de Embargos Infringentes 1.340.194, de 23 de novembro de 1994, dispondo que o ônus da prova é da acusação, está a Apelação 1.340.193, de 03 de fevereiro de 1994, que estabelece ser competência do acusado provar não ser vadio, "contrariando a acusação que lhe foi feita, isso porque se trata de fato negativo". Observe-se que são dois julgados do mesmo período temporal, com entendimentos distintos, em que o primeiro se coaduna, inclusive, com o preceito constitucional de presunção de inocência (isso sem mencionar a conjuntura econômica); e o segundo que nega o princípio de inocência, bem como a disposição constante do artigo 156 do Código de Processo Penal, que estipula a incumbência sobre a prova da alegação a quem a fizer.

Todos os demais julgados condenatórios se baseiam na convicção do juízo *ad quem* da vadiagem ser caracterizada pelos elementos integrantes da tipicidade contravencional, como no caso da ociosidade habitual. Assim, a Apelação 654, de 27 de maio de 1968, uma vez que "evidenciada que foi a figura típica da contravenção de vadiagem, há de ser mantida a sentença condenatória". O *Habeas Corpus* 35, de 11 de março de 1963, dispõe que "a contravenção caracteriza-se pela ociosidade habitual". Nessa linha, a Apelação 208, de 07 de agosto de 1963, em que "configurados todos os elementos integrantes da tipicidade da vadiagem, ocorre hipótese de condenação". Por óbvio, não se pode abstrair, nos referidos casos, o aspecto temporal dos mesmos.

Tem-se assim, os julgados do TJDF que concentram 40% dos casos sobre a conduta social de vadiagem no país, corroborando a afirmação de que para a *capital* do Brasil, congregada as forças dominantes e suas representações políticas, outra postura não seria esperada, a não ser a criminalização dos "candangos" e "desocupados". Em outras palavras, a manifesta expressão da dominação das classes dirigentes. Nesse sentido, "[...] Quem não entender a luta de classes por trás dos processos de criminalização não dará conta do problema" (BATISTA, 2011, p. 90).

O TJGO apresenta cinco ocorrências, todas sob a égide da CR/88, sendo três de caráter absolutório e duas condenatórias. Entre as fundamentações para a não criminalização da vadiagem está a prova de *ocupação honesta* através de declaração do empregador, suprindo a Carteira de Trabalho e Previdência Social (*Habeas Corpus* 15.096-3/217, de 23 de junho de 1998); bem como a insuficiência

probatória no que tange à conduta contravencional (Recurso em Sentido Estrito 4938-0/220, de 13 de dezembro de 1994); e, ainda, a necessidade do juízo em justificar o seu convencimento, não se admitindo o mandamento punitivo em que o juiz "se limita a formular hipótese sobre o receio de furtar-se o paciente a ação da justiça bem como presumi-lo pessoa ociosa e praticante de vadiagem" (*Habeas Corpus* 10.176-4/217, de 07 de fevereiro de 1991).

Por outro lado, o TJGO entende que caracterizada a vadiagem, existindo provas sobre ser o indivíduo entregue a ociosidade habitual (*Habeas Corpus* 10194-1/217, de 05 de fevereiro de 1991), ou não tendo ocupação lícita, e ainda, presente as características de vadio (*Habeas Corpus* 23.750-6/217, de 30 de novembro de 2004), impõe-se a punibilidade pela prática da conduta delituosa. No caso do *Habeas Corpus* 10.194-1/217, de 05 de fevereiro de 1991, o tribunal declara que tampouco a fiança deve ser concedida se houver no processo prova de ser o réu vadio.

A terceira região analisada é a *região sudeste*, compreendendo os tribunais de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, com um total de sete ocorrências, que representa 14% dos julgados da presente pesquisa.

O debate acerca do encargo probatório sobre a conduta de vadiagem aparece no único julgado do TJMG, o *Habeas Corpus* 4455280-73.2006.8.13.0000, de 09 de janeiro de 2007, cujo entendimento é o de que cabe "ao sistema fazer prova da vadiagem".

Nesse sentido, o TJRJ dispõe que na ausência probatória de ser o indivíduo vadio, incabível a prisão preventiva (*Habeas Corpus* 199705920276, de 10 de fevereiro de 1998). Por outro lado, se a conduta é comprovada, pela confissão do acusado, ratificada pela prova testemunhal e endossada pela prova documental, impõe-se o mandamento condenatório (Apelação 0011262-21.1995.8.19.0000, de 10 de outubro de 1995).

Destaca-se, no exame jurisprudencial do TJRJ, o *Habeas Corpus* 0058378-32.2009.8.19.0000, de 22 de setembro de 2009, que apresenta o julgado sobre um indivíduo que ficou preso por 36 anos em face da condenação por vadiagem. O réu, com idade avançada e alienação mental, apresentava ainda sinais de demência, senilidade e esquizofrenia. Sucede que o idoso foi condenado por *vadiagem* e preso por quase quatro décadas, estando internado em *Medida de Segurança* desde 27 de abril de 1972. Importa salientar, que antes da reforma penal de 1984, o sistema adotado pelo legislador era o denominado *duplo binário*, sendo possível a aplicação cumulada da pena e da medida de segurança. Vige, atualmente, o *sistema unitário*, ou também denominado *vicariante*, estando o sujeito submetido à pena, *ou* à medida de segurança, nunca às duas. No caso, intentando a liberdade, por quase três décadas, e um tratamento de saúde em hospital da rede

pública, sobreveio parecer psiquiátrico favorável, fundamentando o pleito de desinternação de estabelecimento prisional. Não se opondo o Ministério Público, foi designada audiência para 23 de novembro de 2000. Ocorre que por motivos de saúde, o paciente não pode comparecer à audiência. Em 24 de julho de 2002, as partes manifestaram-se pela transferência do idoso para estabelecimento não prisional, o que só veio ocorrer em 14 de setembro de 2009. O respectivo *habeas corpus* restou prejudicado pela perda do objeto, pois fora julgado oito dias após a soltura do idoso, desnudando um sério problema do judiciário, a morosidade.

No âmbito do TJSP, a Apelação 0001149-61.2010.8.26.0396, de 20 de março de 2014, apresenta um caso em que o indivíduo foi sumariamente absolvido com relação às imputações consistentes na prática das contravenções penais de vadiagem e embriaguez. Inconformado, o Ministério Público recorreu, arguindo que o apelado se dedicava à vadiagem e, em 1º de março de 2010, após embriagar-se, teria praticado ato obsceno (expondo seu pênis e urinando em praça pública), embora advertido por um vigia, resistiu à ordem de retirar-se do local, sendo dominado com apoio policial. Cabe ressaltar que o apelado negou as condutas delitivas, tampouco ficou provada a embriaguez ou a prática de ato obsceno. Em face da decisão ocorrer quando transcorrido quatro anos das alegadas práticas delituosas, foi declarada extinta a punibilidade em virtude da *prescrição em abstrato* da pretensão punitiva.

No que tange à questão probatória, o Recurso em Sentido Estrito 9185703-85.1999.8.26.0000, de 05 de janeiro de 2000, do TJSP, dispõe que "não satisfeita a exigível exposição do fato criminoso com todas as circunstâncias", havendo genéricas referências, inclusive na denúncia, trata-se de um excesso acusatório e, portanto, deve ser rejeitada a contravenção de vadiagem, bem como outras tipificações.

Ainda do TJSP, merece um especial destaque o *Habeas Corpus* 0237401-35.2012.8.26.0000, de 20 de março de 2013, em que no rol de impetrantes constam 51 pessoas entre homens, mulheres e jovens. Aduziram os impetrantes, que

> "atendendo a determinação não formalizada do Juízo das Execuções Criminais da comarca de Franca/SP, a Polícia Militar passou a abordar e encaminhar para a Delegacia do município, indistintamente, todas as pessoas que se encontravam em situação de rua para ser lavrado termo circunstanciado de ocorrência policial por vadiagem."

Argumentaram que sofreram constrangimento ilegal ao direito de ir e vir e estar em logradouros públicos, pois a ação policial foi dirigida contra várias pessoas que nem sequer foram encontradas em situação ou conduta suspeita da

perpetração de crime. No caso, o juízo entendeu que restou evidenciado que as abordagens policiais vinham sendo dirigidas de modo arbitrário contra mendigos e moradores de rua sem que fossem observados os preceitos legais, violando a liberdade de locomoção dos indivíduos, o que, por si só, já seria suficiente para a concessão do *habeas corpus*. Ademais, fundamenta-se que os pacientes eram conduzidos à presença da autoridade policial para a lavratura de termo circunstanciado por vadiagem, medida inadequada para a solução de *problemas de natureza social*. Afirma ainda, o julgado, tratar-se de uma completa ilegalidade, visando coibir a presença de pedintes na via pública, atendendo aos reclamos e a segurança da população.

A última região do país a ser analisada é a *região sul*, especificamente os tribunais do Paraná e do Rio Grande do Sul, com 14 ocorrências, representando 28% do total de julgados brasileiros.

Na mesma linha dos tribunais anteriormente referidos, o TJPR entende que a ausência dos elementos que integram o tipo contravencional de vadiagem afasta a sua caracterização, sendo inviável, portanto, a punibilidade (Apelação 53.830-5, de 03 de dezembro de 1992).

Já o repositório jurisprudencial do TJRS sobre a criminalização da vadiagem apresenta seis apelações, quatro recursos crime, dois *habeas corpus* e um recurso em sentido estrito. Ao todo, os 13 julgados do tribunal gaúcho, antes e após o advento da CR/88, posicionam-se contrariamente à criminalização da conduta social de vadiagem. No rol desses processos, como adiantado na introdução, serão abordados com maior profundidade, uma amostragem de cinco processos localizados e disponibilizados para consulta pelo Arquivo Judicial do respectivo órgão, visando à consideração de mais elementos pertinentes ao presente estudo.

A Apelação 16525, de 21 de agosto de 1975, trata da tentativa de criminalização por vadiagem de um indivíduo que furtou uma porção de comida. O relator em seu voto nem considera o alegado prejuízo da vítima, pois considera ínfimo perto da necessidade do indivíduo em saciar sua fome, não sendo passível de condenação tal ato, o denominado *furto famélico*. A decisão dispõe que o réu, na qualidade de miserável e sem emprego, que ganhava o sustento *aqui e ali*, como um verdadeiro pária, não deve sofrer os rigores da lei penal. O indivíduo furtou pela janela de uma residência uma porção de batatas cozidas que se encontravam à mão. Apenas as batatas foram subtraídas para saciar a fome. O juízo reforça o entendimento de que, embora as circunstâncias, o furto de comida não tem nenhum valor econômico, é insignificante e imponderável, pois não houve desfalque do patrimônio alheio. Tangido pela fome, não se lhe poderia exigir procedimento diverso, em virtude do estado de necessidade.

A vadiagem em concurso com a prostituição aparece na Apelação Crime 14.803, de 05 de fevereiro de 1975; no Recurso Crime 15.920, de 09 de abril de 1975; e no *Habeas Corpus* 15.647, de 20 de maio de 1982.

A Apelação 14.803, de 05 de fevereiro de 1975, evidencia o alegado favorecimento à prostituição feminina em conjunto com a tipificação de vadiagem e outras como importunação ofensiva ao pudor, embriaguez, perturbação da tranquilidade e ato obsceno. São impetrantes duas pacientes (apesar de presas e condenadas mais de seis pessoas), sendo uma dessas idosa com 76 anos de idade, dona da *pensão* em que residiam as prostitutas. O julgado está calcado na contestação sobre o fato de manter-se uma casa (que abrigava prostitutas) como fato típico de favorecimento à prostituição. Defende o juízo que auxiliar uma prostituta, enquanto ser humano, para que ela sobreviva, tenha lugar para morar, dormir, alimentar-se, não se enquadra no tipo de favorecimento à prostituição. Conforme a decisão:

> "[...] No que concerne à vadiagem, farei uma sintética observação. Assim como um homem rico não responde por vadiagem enquanto não for provado que careceria de trabalho, assim também uma meretriz não pode responder por vadiagem enquanto não for provado que ela teria outras condições de sobrevivência econômica. Em resumo, absolvo as rés apelantes e, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, estendo a absolvição a todos os demais réus condenados. É o voto."

O Recurso Crime 15.920, de 09 de abril de 1975, dispõe ser "imoral a atividade da mulher que se entrega a atos de libidinagem mediante paga, mas esse fato, por si só, não caracteriza a contravenção de vadiagem". Sucede que, indignado o Ministério Público, em face do não recebimento da denúncia pelo juízo *ad quo*, recorre na tentativa de criminalizar por vadiagem, quatro mulheres, sendo três menores de 18 anos, todas presas em flagrante num apartamento destinado para *fins libidinosos*. O julgado apresenta o entendimento de que tal circunstância não seria o suficiente, em tese, para tipificar a vadiagem. Além do mais, todas as recorridas comprovaram ocupações definidas. O relator assevera que "se a par das profissões dispõem seus corpos, obtendo ganhos extras", não existe proibição legal a tanto; e onde a lei não proíbe, permitido não é, por analogia, incriminar alguém. Uma das recorridas era, inclusive, *mulher casada* e, conforme o exame do julgador, o processo em tela poderia acarretar-lhe *consequências desastrosas em seu lar*. O julgado conclui que não punido o meretrício, impossível é considerar-se ilícito o mercado que, de seus corpos, fazem as recorridas, devendo ser improvido o recurso.

O *Habeas Corpus* 15.647, de 20 de maio de 1982, delibera sobre três prostitutas presas em flagrante pela autoridade policial, pela contravenção de vadiagem e que não tiveram a prisão homologada pelo juízo *a quo*. O entendimento esposado

pelo julgado assevera que não se pune as prostitutas nem pelo seu comércio tampouco por vadiagem. Nessa linha de pensamento: "A prostituta que, sozinha ou acompanhada, passar por logradouros públicos, não pode, *unicamente por isto*, e por não provar que tem emprego, ser autuada como vadia".

A vadiagem relacionada com a questão homossexual aparece na Apelação Crime 7.039, de 16 de junho de 1977; na Apelação 11.623, de 16 de outubro de 1980; no Recurso em Sentido Estrito 13.968, de 27 de outubro de 1981; e no *Habeas Corpus* 695.184.929, de 20 de dezembro de 1995.

A Apelação 7.039, de 16 de junho de 1977, busca a criminalização por vadiagem ao indivíduo que confessa viver de rendimentos sobre *a prática de atos pervertidos*. A concepção, à época, considera o fato como uma *anomalia psíquica* e a falta de um exame psiquiátrico para avaliação da imputabilidade ou não, e até mesmo a individualização da pena, é considerada uma nulidade insanável, ensejando a absolvição. Conforme o voto:

> "[...] em tais casos é indispensável o exame psiquiátrico, para avaliação da imputabilidade do agente, sendo, na sua falta, irremediavelmente nulo o processo, visto que impedido o juiz inclusive de dar cumprimento ao comando constitucional de individualização da pena."

No caso em comento, J.R.M.R, 24 anos de idade, foi preso em flagrante em 25 de abril de 1977, por volta das 23h30, na Rua Osvaldo Aranha, próximo ao Instituto de Educação, em Porto Alegre, encaminhado para Delegacia de Costumes pela alegada homossexualidade e vadiagem contumaz, sendo enquadrado por "Vadiagem e Importunação Ofensiva ao Pudor", conforme o Ofício 326/77, datado de 26 de abril de 1977, dirigido ao juízo competente do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. O referido ofício foi assinado pelo delegado de costumes, titular da delegacia especializada, informando, inclusive, que o autuado fora recolhido ao Presídio Central, ficando à disposição da justiça.

O *auto da prisão em flagrante* retrata que os policiais civis efetuavam uma ronda costumeira com a finalidade de reprimir o *trottoir* masculino, sendo tal prática incompatível com a "moral e os bons costumes", razão pela qual houve a *voz de prisão*. O depoimento foi acompanhado por advogado, sendo-lhe dada a palavra, nada requereu. As testemunhas ouvidas foram os próprios policiais que executaram a ronda de repressão, culminando na respectiva prisão em flagrante, aduzindo que se tratava de um *homossexual* conhecido na delegacia, portando-se de maneira inconveniente. De alcunha "Verusca", o acusado declarou à autoridade policial que mantinha sua subsistência através da *prostituição masculina*, não tendo um ponto fixo, tampouco estipulando previamente um preço por seus

"programas", deixava a critério de seus "fregueses" as respectivas gratificações que, na média, giravam em torno de 50 cruzeiros. Um "programa" por noite já garantia a residência em um hotel, com *cama e comida*, cuja diária era igualmente de 50 cruzeiros. "Verusca" informa ainda, que os "programas" eram realizados em quartos de hotéis ou no interior dos carros de seus clientes.

O interessante no depoimento de "Verusca" é que a mesma trabalhou como *trocador* na Empresa de Ônibus Murialdo, porém estava desempregada há quatro anos e mantinha sua subsistência por meio da "viração". Concluído o interrogatório das partes, "Verusca", após assinar a *Nota de Culpa*, foi recolhida ao Presídio Central, sendo o auto da prisão em flagrante homologado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal, conforme o Ofício 213/77. Saliente-se que não foi a primeira autuação e prisão de "Verusca" por vadiagem, todavia, nunca por outro delito. Ela já havia sido "recolhida" outras três vezes.

Em 04 de fevereiro de 1977, após assinado o *Termo de Tomar Ocupação*, em que se comprometera a "tomar ocupação lícita" e, dentro de um prazo de 30 dias, apresentar à autoridade policial os devidos comprovantes da ocupação "que houvesse tomado", com indicações precisas sobre a natureza do serviço, nome do empregador, local de trabalho e o seu endereço fixo, não houve tempo hábil para o cumprimento dos mencionados compromissos firmados. "Verusca" havia permanecido presa por 37 dias, no Presidio Central, e em menos de três meses lá estava "recolhida" novamente.

Em 03 de maio de 1977, a defensora de "Verusca", peticionou ao juízo intentando o relaxamento da prisão. A mencionada petição fundamentou-se na alegação de que não havia nenhuma perturbação à sociedade, e ainda:

> "[...] A própria autoridade coatora, diz que mesmo que o indivíduo pederasta fichado naquela Especializada tenha sua vida regularizada profissionalmente, sempre que o encontrar em via pública, o deterá. Isto nos mostra vivamente, uma certa perseguição a todo elemento desprovido de uma melhor condição social, ocorrendo então a injustiça pura e simples por parte dos servidores da Segurança Pública, podendo-se aceitar até como um desrecalque, um desabafo, por estarem prestando serviço sob um clima intranquilo.
>
> [...] O 'trottoir', não é proibido em diploma algum, pela Lei Penal, desfigurando-se assim, por não estarem tipificadas as contravenções impostas ao acusado."

Em audiência realizada em 09 de maio de 1977, na 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, aproximadamente 15 dias após a prisão em análise, a promotoria pública pediu a condenação de "Verusca", pois a prova produzida era

"satisfatória". Por seu turno, a defesa pediu a absolvição, em face da inexistência de provas. Em sua decisão, o juiz assim prolatou:

> "[...] Mais uma vez uma legislação arcaica e a ação, incompleta da autoridade policial, leva o julgador a uma situação de perplexidade. A lei é antiga, superada, sem o mínimo respeito a verdade cientifica e totalmente em desacordo com a realidade atual. Para o delito, digo, para a infração relacionada com o desvio sexual do acusado a lei comina apenas uma pena pecuniária, ridícula para os dias atuais. Na época da edição da lei, o homossexualismo era uma raridade e não havia a maior preocupação do legislador com o problema. Os órgãos de repreensão procuram, naturalmente reunir o problema da prostituição masculina, à vadiagem. Mas nem sempre os dois problemas estão reunidos e assim, na maior parte dos casos, quando alguém é mantido na prisão e condenado, por vadiagem, de fato, está sendo apenado por exercer a prostituição masculina."

Nesse contexto, a acusação foi julgada improcedente e ordenada a expedição de *Alvará de Soltura* à "Verusca". Inconformado, em 11 de maio de 1977, o promotor apelou da decisão, reiterando a tese de que haviam provas de todos os elementos caracterizadores da contravenção prevista como vadiagem, e ainda, que a própria decisão de primeiro grau reconheceu a conduta como um "escândalo social pelos travestis". Nessa esteira, o promotor: "[...] Mormente quando a degeneração, a aberração sexual, é vivenciada em frente de um estabelecimento de ensino tradicional deste Estado, frequentado por crianças e adolescentes."

Ora, cabe lembrar que a prisão em flagrante de "Verusca", ocorreu às 23h30. Sendo, salvo melhor juízo, inadmissível a alegação da promotoria. Tanto é verdade que, em segunda instância, o promotor público designado, em 08 de junho de 1977, opina pelo não provimento da apelação interposta por seu colega *a quo*, com base nos fundamentos da própria decisão apelada.

Assim, em 16 de junho de 1977, a 2ª Câmara Criminal, sem divergência, ratifica o decisório de primeiro grau. Interessante referir que, considerando as fundamentações dos respectivos magistrados, seja na primeira ou na segunda instância, se houvesse alguma tipificação vigente tendente à criminalização da *prostituição masculina*, depreende-se que a mesma seria aplicada. Ademais, o caráter de "problema" de *ordem psíquica* não foi refutado nas decisões. De qualquer sorte, por óbvio, cumpre considerar, igualmente, a época do caso em questão.

O Processo de Apelação 11.623, de 16 de outubro de 1980, sustenta que o *auto de prisão em flagrante*, por apanhar apenas um momento do fato, não se presta à prova da contravenção penal de vadiagem, cujo elemento da habitualidade é requisito. A acusação baseia-se na circunstância do indivíduo haver vivido às expensas de um homossexual e por possuir maus antecedentes. O julgado

confirma que o réu não possuía um emprego formal, todavia o mesmo estava trabalhando como pequeno camelô e fundamenta o seu entendimento de que "não deve ser perdida de vista a realidade de nosso País, onde, para conseguir emprego, não basta querer trabalhar". Isso posto, o julgado invoca o princípio contido no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

O Recurso em Sentido Estrito 13.968, de 27 de outubro de 1981, dispõe que a inafiançabilidade da infração não impede o relaxamento do flagrante se houver motivo e fundamento. Ocorre que o indivíduo, em flagrante por vadiagem, ficou preso por um mês e vinte dias, mesmo estando doente e em tratamento, tendo sua soltura deferida pelo juízo *a quo*, pois já havia pago bastante "pelos pecados".

Irresignado, recorre o Ministério Público. A decisão fundamenta-se no fato de ser a vadiagem, contravenção cominada com prisão simples, não autorizando a prisão preventiva, salvo nos delitos punidos com reclusão ou detenção, sendo irrelevante tratar-se, no caso, de infração inafiançável. Além disso, o acusado era primário, tendo cumprido mais da metade da pena máxima cominada à infração.

O Habeas Corpus 695.184.929, de 20 de dezembro de 1995, apresenta o julgado sobre 13 travestis presas em uma *blitz* policial (pois transitavam em via pública, juntamente com prostitutas, gigolôs e outros desocupados), sob a alegação de vadiagem e outras tipificações como perturbação do sossego público, atentado ao pudor, formação de quadrilha.

A *blitz* foi realizada na noite de 14 de novembro de 1995, às 23h, pela Delegacia de Trânsito do município de Novo Hamburgo, juntamente com a Brigada Militar, nas ruas centrais do referido município. A operação policial tinha como intenção coibir alegados abusos de homossexuais que faziam *ponto* em várias ruas da cidade, o que ensejava muitas reclamações dos moradores e comerciantes, pois, conforme as *queixas*, as *travestis* faziam muito barulho e atrapalhavam o repouso. Assim, foram autuadas e presas em flagrante: A.T.V., 20 anos de idade, *mãe de santo*; A.V.G., 31 anos de idade; J.V.D., vulgo "Bia", 23 anos de idade; E.B., 24 anos de idade, técnica de enfermagem; L.M.S.I., vulgo "Bianca", 23 anos de idade; O.X., 18 anos de idade, sem profissão; G.A., 26 anos de idade; M.T., 25 anos de idade, revisora de calçados; N.L., 30 anos de idade; B.A.S., vulgo "Vânia", 32 anos de idade; L.F.M., 19 anos de idade; J.C.Q., 21 anos de idade, costureira; e, A.V.S., 31 anos de idade, preparadeira de calçado.

As testemunhas, ambos policiais militares destacados na 1ª Cia do 3º BPM, que participaram da *blitz*, afirmaram ser detentores de informações sobre *focos* de travestis que se "viravam" pelas ruas e praticavam assaltos, alaridos e barulhos que prejudicavam as pessoas, tinham informações também de agressões praticadas, depredações de patrimônio e que não descartavam elementos suspeitos de

formação de quadrilha e tráfico de drogas. O delegado, conforme Ofício 1361/95, em 15 de novembro de 1995, dirigido ao juízo criminal de Novo Hamburgo, colocou à disposição da justiça pública as 13 presas encaminhadas ao Presídio Central de Porto Alegre.

Em 16 de novembro de 1995, a 2ª Vara Criminal de Novo Hamburgo homologou a prisão em flagrante das 13 *travestis*. Na mesma data, a advogada que representava todas as presas peticionou ao juízo visando o relaxamento das respectivas prisões, aduzindo que as acusadas foram recolhidas por serem *travestis*, num flagrante ato discriminatório, uma vez que *prostitutas* que também circulavam pelas imediações do local onde fora realizada a *blitz* foram detidas e soltas. A defensora arguiu que o meretrício e o *trottoir* não são puníveis, e que não houve importunação, tampouco ultraje público ao pudor. O relaxamento da prisão das *travestis* foi indeferido pela 2ª Vara Criminal. Em 20 de novembro de 1995, o promotor público, na apresentação da denúncia, justificou o pedido de condenação por ato obsceno, formação de quadrilha, vadiagem, pois, além das práticas homossexuais, mediante pagamento, as denunciadas desnudavam-se nas vias públicas, nas imediações de várias residências e estabelecimentos comerciais, não desenvolvendo nenhuma atividade produtiva lícita, dedicando-se à vadiagem permanente. Nessa esteira, a promotoria também fundamentou sua denúncia no fato de que as *travestis*, como de costume e hábito, vestidas de forma característica, seminuas, chocavam a *opinião pública média*, os "homens e mulheres de bem", as famílias da região.

No dia 21 de novembro de 1995, o flagrante foi transformado em prisão preventiva "para garantir a ordem pública e assegurar a paz social", sendo designado o dia 06 de dezembro para o interrogatório das acusadas. É nesse embate que a defensoria, em prol das 13 *travestis*, impetra o *habeas corpus*, em 23 de novembro de 1995.

Em sede recursal, o Ministério Público apresentou seu parecer no sentido de denegar o *habeas corpus*, fundamentando-o pelos próprios argumentos do juízo *a quo*, entendendo que "[...] Ninguém melhor do que o Juiz do processo para, com sua sensibilidade, saber da necessidade da constrição de liberdade imposta aos pacientes, já que vive e convive com a problemática local". Entretanto, a compreensão da Primeira Câmara Criminal, à unanimidade, foi de conceder a ordem para que os pacientes fossem postos imediatamente em liberdade. Nesse diapasão, o relator:

> "[...] A denúncia lhes atribui os delitos, em conjunto, sem individualizar qualquer ação, sem indicar dias, horas, vítimas e outras circunstâncias, em termos absolutamente vagos, nem mesmo indicando as propriedades danificadas e a res furtiva correspondentes aos crimes contra o patrimônio [...]"

Ainda conforme o voto do relator: "[...] Imprecisas, pois, as práticas delituosas atribuídas aos pacientes, não há como manter a segregação cautelar, pois esta reclama "prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria" (CPP, art. 312)".

De fato, é manifesta a imprecisão acusatória, uma vez que todas as "informações", "queixas" ou "reclamações", conforme as próprias testemunhas, são indefinidas, carentes de teores probatórios. Nenhum comerciante, nenhum "cidadão de bem" figura nos autos. Tudo se baseia na *fé pública* dos depoimentos dos respectivos policiais militares. Ora, claras ilações tendentes a justificar uma efetiva e inadmissível operação de "limpeza", "higienização social". Interessante repisar que a denúncia atribuiu os delitos em conjunto, sem individualizar qualquer ação, tampouco, sem apresentar e esclarecer de forma lógica e precisa quais os dias, as horas, as vítimas e as propriedades danificadas e/ou arrombadas e, ainda, quais substâncias tóxicas encontradas ou apreendidas. Saliente-se que as *travestis* ficaram recolhidos ao Presídio Central, em face de todo o exposto, por 35 dias.

No rol jurisprudencial do TJRS, tem-se, ainda, um caso de conflito de competência para apreciação da contravenção de vadiagem, suscitado pelo então Tribunal de Alçada ao TJRS, no Processo de Apelação 694.040.643, sem a análise de mérito. Registre-se que o Tribunal de Alçada foi extinto e incorporado ao Tribunal de Justiça através da Lei Estadual 11.133, de 16 de abril de 1998.

Os próximos três casos são originários do município de Bagé, situado na região da campanha do Rio Grande do Sul, distante a 377 km de Porto Alegre. A cidade, denominada "rainha da fronteira", tem sua economia fundada, predominantemente, na agricultura e pecuária. Nesse contexto destacam-se, entre os anos de 2011 e 2012, os Recursos Crimes 71003203031, de 12 de setembro de 2011; 71003349370, de 30 de janeiro de 2012; e 71003392669, de 12 de março de 2012. Cabe ressaltar que os referidos julgados apresentam as mesmas características, criminalizando indivíduos por "ocupação ilícita", isto é, pelo exercício de atividades de *flanelinha*, cujas circunstâncias serão abordadas, a seguir, individualmente.

Primeiramente, o Recurso Crime 71003203031, de 12 de setembro de 2011, retrata a situação de um indivíduo condenado à pena de três meses de prisão simples substituída por pena restritiva de direitos. Ocorre que o indivíduo foi visualizado pelo patrulhamento da Brigada Militar abordando pessoas na via pública, pedindo-lhes dinheiro e importunando-as.

L.A.A.F., 20 anos de idade, foi acusado de prover a própria subsistência mediante "ocupação ilícita". No dia 14 de dezembro de 2010, às 17h58, de acordo com o patrulhamento da BM, o acusado estava constrangendo as pessoas na via pública. O Termo Circunstanciado 2688211, relata que a polícia recebeu uma *denúncia anônima*, através do telefone 190, em que um "elemento negro" estava

pedindo dinheiro aos motoristas nas proximidades de uma área comercial. O acusado, abordado e identificado pela Brigada Militar, informou que era "guardador de veículos" havia oito meses e confirmou que pedia dinheiro aos motoristas. O acusado comprometeu-se a comparecer em audiência judicial quando intimado.

Importa ressaltar que a *Folha de Antecedentes Criminais* do acusado era negativa. Em 14 de fevereiro de 2011, no Juizado Especial Criminal da Comarca de Bagé, às 13h50, foi aberta a audiência, sendo que as partes não compareceram. Nova audiência foi aprazada para 23 de março de 2011, às 10h15, sendo que o acusado não compareceu, tendo sua revelia decretada. Outra audiência foi marcada para 30 de março de 2011, às 16h20. Novamente o acusado não compareceu, sendo-lhe designado um defensor dativo que requereu o não recebimento da denúncia já que os fatos não ocorreram como descritos na inicial acusatória.

O juízo de primeiro grau recebeu a denúncia entendendo que se tratava de matéria de mérito. Em seguida, a juíza passou a oitiva das testemunhas, ambos policiais militares, que confirmaram o atendimento da ocorrência e que o indivíduo era *flanelinha*. Por sua vez, o Ministério Público requereu a condenação em face da autoria e da materialidade do delito de "ocupação ilícita", apurada pela prova oral das testemunhas. Sendo concluso os autos, a juíza condenou o réu aduzindo que a materialidade do delito estava demonstrada pela prova oral colhida e que a autoria era certa. Conforme a juíza:

> "[...] Veja-se que o réu confirmou que exigia dinheiro dos motoristas que estacionavam seus carros no local, denúncia esta feita por populares, por meio do telefone 190 da Brigada Militar, ou seja, o réu vivia da vadiagem, o que se denota ser habitual."

Destarte, em 18 de abril de 2011, o juízo de primeiro grau condenou o réu primário fixando a pena base em grau máximo, ou seja, três meses de prisão, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, ou seja, três meses.

Em Recurso de Apelação, através do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade da Região da Campanha, o réu aduziu que não houve provas suficientes para corroborar a condenação, tanto que uma das testemunhas informou que "não viu" o acusado pedindo dinheiro. Por seu turno, em Contrarrazões, o promotor reiterou o entendimento esposado de que a ocupação era ilícita e antijurídica, uma vez que a função de proporcionar segurança em via pública é do Estado e não de particulares.

Entretanto, na instância recursal, a promotoria emitiu parecer, em 27 de junho de 2011, aduzindo que diante do contexto, não havia provas suficientes para

condenação, especialmente sobre a habitualidade da conduta. Não obstante, arguiu o promotor de que a conduta de *flanelinha*, no que se refere à contravenção de vadiagem, é muito controvertida no plano doutrinário e jurisprudencial, manifestando-se, portanto, pela absolvição do indivíduo. De fato, conforme consta no próprio Acórdão, a única testemunha foi um policial militar que afirmou não ter visto o réu praticando a contravenção, mas que passou no local e o mesmo estava "cheio de moedas no bolso". Desse modo, o julgado, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, absolveu o indivíduo pela absoluta falta de indícios sobre a autoria e a materialidade delitiva. Entretanto, o referido julgado foi além e declarou a inconstitucionalidade do artigo 59 da Lei das Contravenções Penais:

> "[...] De tal modo, partindo de tal premissa, penso seja o caso de reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 59 da Lei das Contravenções Penais.
>
> [...] Penso, na hipótese, que o disposto no art. 59 da Lei das Contravenções Penais importa em violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana consagrado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, o qual se constitui em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, portanto, não pode ser interpretado como norma de conteúdo meramente programático.
>
> [...] Nítido, ao meu sentir, o caráter discriminatório do tipo penal consagrado no art. 59 da Lei das Contravenções Penais, o qual, a toda evidência, não se coaduna com um Estado Democrático de Direito, tornando válido o que afirma Juarez Freitas. *Na linha de Santo Tomás, afirmamos que uma lei tirânica, como não é conforme à razão, não é lei, absolutamente falando, senão certa perversão da lei, ou seja, irracionalidade e opressão*."

A decisão ainda assevera:

> "[...] Inconstitucionalidade do dispositivo: não somente pela aplicação do princípio da intervenção mínima, mas, sobretudo, pelo caráter discriminatório da contravenção penal do art. 59, sustentamos a sua inconstitucionalidade. Ser vadio ou ocioso é parte da liberdade de expressão de qualquer ser humano, constituindo, identicamente, manifestação da sua personalidade, quadro pertencente à sua intimidade. O Estado não tem que se imiscuir nessa esfera, sob pena de encarnar o totalitarismo e não a promessa de ser um Estado Democrático de Direito, como consta no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal. Além do mais, o tipo penal consagra a desigualdade social, a pretexto de defender os bons costumes (é o título do Capítulo VI). Se alguém se entrega à ociosidade, *tendo renda para prover a subsistência*, é lícito. Ser ocioso, sem possuir tal renda, é infração penal. Por acaso, os seres humanos bem nascidos, ricos de origem, dedicando-se ócio a vida toda, por terem renda proveniente de

> herança (vulgarmente os filhinhos de papai) dão mostras de ter *bons costumes?* Parece-nos óbvio que não. Por outro lado, os nascidos pobres, sem recursos econômicos, que vivam da caridade alheia, entregando-se ao ócio, tornam-se contraventores. Estes ofenderiam os *bons costumes*; aqueles não. Se todos são iguais perante a lei, não há de ser a conta bancária como fator de diferenciação entre pessoas. Ociosidade é característica da personalidade, abrangendo ricos e pobres. Não se deve punir nem um nem outro, sob o pretexto de que todo ser humano *deve* trabalhar. Pode-se sustentar não ser moralmente aceitável viver em estado de ociosidade, porém, a partir disso, constituir infração penal há um verdadeiro abismo."

Ora, impende referir que as testemunhas se restringem aos próprios policiais que atenderam a ocorrência, sendo inclusive no caso comprovado que não presenciaram quaisquer atitudes delituosas. Observa-se, nesse compasso, a dosimetria da pena adotada pela juíza *a quo*, mesmo sendo o réu primário, a pena base parte do grau máximo e assim é fixada, sepultando qualquer grau razoável de *justiça* se assim fosse a intenção.

O segundo caso é o Recurso Crime 71003349370, de 30 de janeiro de 2012, aludindo à situação de um indivíduo, I.M.F.A. com 20 anos de idade, que estaria pedindo dinheiro aos clientes no estacionamento de um supermercado e, em função disso, os "perturbando".

Cabe ressaltar que a única testemunha foi o policial militar que atendeu a ocorrência. Essa foi reclamada pelo Comandante (do policial) que estava fazendo compras e sentiu-se perturbado pela suposta abordagem do acusado.

No entendimento do relator, não houve a comprovação da autoria e materialidade da infração penal de vadiagem; diferentemente do entendimento do promotor e da juíza de primeiro grau que condenou o indivíduo a três meses de prisão. A pena base é fixada em grau máximo e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo de três meses.

O terceiro caso é o Recurso Crime 71003392669, de 12 de março de 2012, consubstanciando a vulnerabilidade do grupo social de guardadores de carro, vulgos *flanelinhas*. Sucede que, de acordo com o Termo Circunstanciado 2688208, em 03 de dezembro de 2010, às 14h10, R.F.R., 25 anos de idade, foi abordado, identificado e autuado pela guarnição militar em serviço, acionada por "reclamações" acerca de *flanelinhas* que estavam "exigindo" dinheiro de condutores de veículos, próximos a estabelecimentos comerciais, no centro do município de Bagé. Tal fato foi confirmado pelo acusado, sendo o mesmo liberado, após comprometer-se a comparecer em juízo quando intimado. Em 07 de fevereiro de 2011, as

partes não compareceram em audiência. Nova audiência ocorreu em 16 de março de 2011, dessa vez compareceu o Ministério Público, mas ausente o réu, sendo-lhe nomeada defesa dativa.

Em 13 de abril de 2011, sobreveio outra audiência de instrução, dessa vez com a presença de todas as partes. A defesa pugnou pelo não recebimento da denúncia. Sendo recebida, pois no entendimento da juíza, tratava-se de matéria de mérito. Os debates orais foram convertidos em *memoriais*. Impende salientar que, na instrução, uma das testemunhas de acusação, empregado das Lojas Colombo, não reconheceu o acusado. Todavia, outra testemunha, policial militar, que também figurou como testemunha nos autos do Recurso Crime 71003203031 (analisado anteriormente), identificou o acusado, informando que o mesmo estava nas proximidades da referida loja. Por sua vez, o promotor sustentou que haviam provas suficientes da atividade ilícita do acusado e pediu a condenação do réu como incurso na sanção do tipo penal previsto no artigo 59 da Lei das Contravenções Penais. Como não deveria ser diferente, a sentença condenou o réu por vadiagem, entendendo-se que havia sido demonstrada pela prova oral a materialidade do delito, sendo que a autoria era certa. Conforme a decisão condenatória:

> "[...] A defesa, em memoriais, aduziu que o fato de o réu ser pedinte resulta da consequência de miserabilidade em que se encontra, tratando-se de um problema social, o que não acolho. Ora, o réu não demonstrou que não é apto ao trabalho ou que não tivesse condições de realizar atividade lícita que justificasse sua conduta.
>
> Outrossim, registre-se que a segurança da via pública é do Estado, cabendo a delegação da mesma mediante lei, inteligência do art. 144 da Constituição federal. Com isso, muito embora a defesa argumente que a Prefeitura municipal de Bagé forneça crachá aos "flanelinhas" e que a atividade está regulada por lei, esta não prospera, uma vez que não há prova nos autos da legalidade mencionada. Aliás, a despenalização de uma conduta é competência privativa da União (art. 22, inc. I, da CF/88)."

Da mesma forma que em sentenças análogas, a juíza substituiu a pena restritiva de liberdade por prestação de serviço à comunidade por 28 dias. Irresignado, o réu apelou através do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade da Região da Campanha.

O fato é que o acusado se postava em frente a um estabelecimento comercial, "perturbando" os interesses mercantis da loja, bem como as camadas médias da sociedade local. Examinando as circunstâncias, a segunda instância entendeu que o fato de abordar clientes, pedindo-lhes dinheiro e os "perturbando", não

configura qualquer espécie de ocupação ilícita. Nessa linha de raciocínio, afirma o julgado:

> "[...] Ou configura a perturbação prevista no art. 65 da LCP, que exige as elementares de acinte ou de motivo reprovável, ou configura mendicância, por ociosidade ou cupidez. No primeiro caso, a prova nada indica a respeito. No segundo, o dispositivo pertinente à mendicância mostra-se revogado expressamente pela Lei nº 11.983, de 16 de julho de 2009."

O entendimento demonstrado no recurso crime considera ainda que, mesmo que se pudesse enquadrar a conduta do indivíduo como vadiagem, esta não se configura "se não se prova a habitualidade, o estado em que o indivíduo, podendo trabalhar, não o faz porque não quer". Inobstante, também, requer-se a anterior comprovação da habitual ociosidade, uma vez que pode alguém ser surpreendido naquela momentânea situação de desemprego, o que não é suficiente para comprovar a habitualidade.

Ora, a ocupação do réu não pode ser considerada ilícita, pois foi legalizada através da Lei Federal 6.242, de 23 de setembro de 1975, dispondo "sobre o exercício da profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores".

Desse modo, repise-se, pela insuficiência probatória não se logrou comprovar a prática delituosa, provendo-se o recurso e absolvendo o réu com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Em nenhuma dessas três apelações analisadas, quais sejam 71003203031, 71003349370 e 71003392669, os indivíduos foram presos pela autoridade policial, bastando suas respectivas assinaturas nos *Termos Circunstanciados*. Todavia, há algumas características muito peculiares nos referidos casos. Em todos, tratam-se de rapazes jovens, solteiros, com ensino fundamental e não empregados formalmente. Em dois processos tratam-se de jovens negros. As três autuações e consequentes inquéritos, bem como os pertinentes processos em primeiro grau, ocorreram num curto espaço de tempo, entre os anos de 2010 e 2011, na Comarca de Bagé, atuando a mesma autoridade policial, representante do Ministério Público e juíza titular. Tal conjunção de fatores demonstra, manifestamente, que mesmo em desuso, a simples existência e manutenção de uma tipificação discriminatória como a da "vadiagem", presta-se ao "serviço" ideológico de determinados agentes públicos na implementação de uma política repressiva tendente a um clima de *perseguição* aos *flanelinhas* na comunidade, objetivando uma "higienização social" e o atendimento aos interesses empreendedores e dominantes das camadas médias da sociedade, tais como *comerciantes* ou "famílias de bem".

Em situações como essas é que o cidadão desempregado, desocupado, sem trabalho é tido como vadio, criminoso, sendo processado, recolhido e condenado à prisão, segundo os entendimentos previamente modulados.

É imperioso destacar que tanto nos julgados gaúchos (Recurso Crime 71003203031 e Recurso Crime 71003349370), como no julgado paulista (*Habeas Corpus* 0237401-35.2012.8.26.0000), examinados nos respectivos tribunais entre os anos de 2011 e 2012, as condutas sociais dos indivíduos continham a característica de abordar e pedir dinheiro aos transeuntes. Tal contexto, em virtude da ociosidade, tenderia à tipificação, cumulada ou não, com a conduta social de mendicância. Contudo, com a revogação da contravenção de mendicância, restou a contravenção de vadiagem como *instrumento* para fundamentar a "limpeza", a repressão, o disciplinamento e o controle social.

Os dados coletados e a análise dos 50 julgados selecionados revelam que em 82% dos casos levados à segunda instância, ou seja, em 41 julgados, todos foram absolvidos. Predominantemente, aparece como fundamento absolutório o contexto econômico do país, evidenciado pelo desemprego; também o constrangimento ilegal; a arbitrariedade e o excesso das forças policiais em determinadas situações. Outro fato é que, a grande maioria dos tribunais se debruçou no encargo e na análise da prova que, por vezes, mostrou-se inexistente, insuficiente ou inconclusiva. Questões processuais também contribuíram para a absolvição, como a prescrição em abstrato ou até mesmo o conflito de competência entre os tribunais. De outra banda, em 18% dos casos, as condenações foram deferidas ou mantidas pela plena convicção dos julgadores, a partir da análise da prova, entendendo-se que as condutas estavam caracterizadas e subsumidas pelo tipo contravencional.

Impende destacar que no TJRS, os desembargadores apresentaram uma *sensibilidade* na prestação da tutela jurisdicional, ponderando e sopesando os elementos fáticos e jurídicos, atentos aos movimentos e concertos sociais; e, em questões relacionadas ao desemprego, furto famélico, prostituição, homossexualidade, mendicância e aos denominados flanelinhas, indistintamente de condutas tidas como "desviantes", conforme garantida na Constituição da República. Aliás, o TJRS foi o único tribunal que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da contravenção penal de vadiagem.

4. A (in)validade da contravenção de vadiagem

A pesquisa jurisprudencial evidencia o contraste entre o índice de condenações em primeira instância (78%) e o índice de absolvições em segunda instância (82%). Contudo, a totalidade dos indivíduos foi constrangida pelo aparato

policial, denunciada e processada pelo MP, julgada e, na maioria dos casos, condenada pelo Judiciário em primeira instância, restringindo a liberdade em seu direito de ir e vir por dias, semanas, meses, anos, e até décadas.

Não se pode negar que tais indivíduos foram atingidos em sua dignidade, afetados em seus direitos de igualdade frente à comunidade. Ainda que seja importante considerar que os tribunais possuam certa *sensibilidade* ao julgarem os "vadios", absolvendo-os em sua maioria, não se pode abstrair que isso ocorra apenas em grau recursal.

Mesmo nos governos Lula e Dilma, identificados com as pautas sociais, não foi possível revogar a criminalização da vadiagem pois não se conseguiu *sensibilizar* o Congresso Nacional; ou seja, infere-se que os interesses das classes dominantes que compõem o legislativo federal que formulam e estabelecem as regras ao povo são "insensíveis" aos temas de ordem humanitária; entretanto, a questão crucial é a colidência do tipo contravencional em análise frente aos preceitos constitucionais de direitos humanos.

Sucede que os processos de criminalização por vadiagem são funcionais ao poder dirigente, aliás, um dispositivo de poder para "limpar", "higienizar" os espaços públicos, conferindo efetividade aos empreendimentos de uma "cidade sadia", valorizada do ponto de vista imobiliário, segura, ordenada, organizada e propícia ao desenvolvimento através da remoção dos "desocupados", "transgressores", "anormais", "vagabundos".

As concepções de ordem pública, sobre o que é normal ou anormal em uma sociedade consubstanciam a arena social, na qual se estabelecem as regras concebidas pelos grupos dominantes, seja por seus valores, seja pelos seus interesses, definindo situações e comportamentos como "certos" e "errados".

A ociosidade (o não trabalho) é uma conduta, entendida para alguns, como um "desvio social", algo errado, inadmissível e que deve ser combatido. O vadio é rotulado como alguém em desacordo com as regras estipuladas socialmente. Nesse sentido, a análise sobre o que se entendia por delinquência, o cientista social Howard Becker (2008) assevera que:

> "[...] Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um *outsider* (BECKER, 2008, p. 15)"

A abordagem crítica de Becker (2008) sobre o desvio social, a partir de estudos etnográficos, considera a interação entre o desvio e o controle social, além da análise do padrão comportamental do criminoso ou da tipificação legal do crime.

Desse modo, avançando para os processos de reação social que consubstanciam o próprio desvio. Destarte, a definição de desvio estabelece-se a partir das relações de poder dentro da sociedade.

> "[...] o desvio não é uma qualidade simples, presente em alguns tipos de comportamento e ausente em outros. É antes o produto de um processo que envolve reações de outras pessoas ao comportamento. O mesmo comportamento pode ser uma infração das regras num momento e não noutro; pode ser uma infração quando cometido por uma pessoa, mas não quando cometido por outra; algumas regras são infringidas com impunidade, outras não (BECKER, 2008, p. 26)."

De fato, o tipo contravencional de vadiagem, insculpido no artigo 59 do Decreto-Lei 3.688/1941, prevê que entregar-se à ociosidade habitual é uma infração penal àqueles que não possuem condições de subsistência, que não possuem renda, quer dizer, apenas o *pobre* é vadio e criminalizado. O rico possuidor de condições materiais não é vadio, não é, portanto, criminalizado. Há um caráter discriminatório no tipo da vadiagem. Tanto é verdade que os extratos sociais identificados nos julgados encontrados nos tribunais de justiça corroboram tal compreensão e referem-se às prostitutas, homossexuais, dependentes químicos, doentes mentais, desocupados em geral, jovens ou idosos.

De forma mais abrangente sobre o "certo" e o "errado" numa sociedade, pode-se traduzir que o "certo" está no comportamento alinhado às constituições sociais; sendo, por seu turno, tudo o que estiver em desalinho, uma ameaça à estrutura social. Tal entendimento comporá o espectro de domínio e intervenção social pelos grupos e interesses dominantes, rotulando (e podendo segregar) aqueles tidos como "vadios", os "indivíduos desviantes".

Analogamente, na perspectiva da ideologização do trabalho, é vital para a atividade econômica que se mantenha um exército de mão de obra ativo, excedente e rotativo, inadmitindo-se a propagação de qualquer cultura ociosa. É preciso apropriar-se do tempo livre do homem para conferir efetividade ao controle social. Aqueles que porventura desviarem-se do dever do trabalho precisam ser punidos e transformados em exemplos para o conjunto da sociedade.

Essa concepção predomina nos julgados que corroboraram a criminalização da conduta social de vadiagem.

Parte da análise dos julgadores restringiu-se à literalidade do tipo contravencional, em que o fato de não trabalhar ou de não provar o trabalho com habitualidade, impõe a punibilidade pela prática da conduta tida como delituosa. Trata-se do poder coercitivo do Estado para impor a lei enquanto uma regra social que

precisa ser obedecida diante dos interesses dos grupos sociais dominantes. Nessa direção, as regras variam de acordo com os tipos de estrutura social. Segundo Becker (2008) há várias premissas para a imposição de uma regra; primeiramente, requer um empreendimento em que o empreendedor deve tomar a iniciativa e punir o desviante; segundo, aqueles que querem a regra imposta levem a infração à atenção do público; terceiro, diante de vantagens e de acordo com os interesses pessoais, os que querem a regra imposta delatam os desviantes para que estes sejam punidos; por fim, considera-se que o tipo de interesse pessoal varia de acordo com a complexidade da situação (BECKER, 2008, p. 129-130).

De fato, considerando os elementos fáticos de cada julgado sobre a vadiagem, nota-se, em muitos casos, a presença de um determinado "clamor" criminalizante, cujos indivíduos ou "empreendedores" denunciam e exigem a retirada dos "vadios" de circulação gerando uma imprecação social. Não obstante, esse fato somente se torna possível porque os grupos cuja posição social detém o maior poder possuem mais condições de impor e manter as suas regras.

Pode-se afirmar, assim, que essa função empreendedora capaz de punir o indivíduo tido como vadio incumbirá ao Estado através de seu poder de polícia e coerção outorgados pelo conjunto dos grupos sociais. A publicização da regra que veda a vadiagem ao *pobre* dá-se pelos próprios processos administrativo e judicial. Os "empreendedores morais" são movidos por interesses pessoais ou sociais, muitos legitimam sua posição em função de suas decisões, é o caso de juízes, advogados, políticos, psiquiatras quando tomam decisões relacionadas ao padrão de comportamento, regras, convenções sociais e tudo que dê suporte legítimo à manutenção do *status quo*. Becker (2008) assenta que, "O impositor, portanto, pode não estar interessado no conteúdo da regra com o tal, mas somente no fato de que a existência da regra lhe fornece um emprego, uma profissão e uma *raison d'être*. (BECKER, 2008, p. 161) Nesse sentido, Becker (2008) destaca:

> "[...] as cruzadas morais são em geral dominadas por aqueles situados nos níveis superiores da estrutura social – significa que eles acrescentam ao poder que extraem da legitimidade de sua posição moral o poder que extraem de sua posição superior na sociedade." (BECKER, 2008, p. 155)

A complexidade da situação embasará também a própria motivação delatora e julgadora, como o fato de os indivíduos tidos como vadios encontrarem-se nas proximidades dos estabelecimentos comerciais "prejudicando" as atividades econômicas empresariais ou "perturbando" os seus clientes. Foi o que se verificou no Recurso Crime 71003349370, de 30 de janeiro de 2012, do TJRS, na

abordagem policial e na prisão do indivíduo que estava na porta de um supermercado pedindo dinheiro aos clientes.

Depreende-se, portanto, que os valores dos grupos sociais contribuem para o estabelecimento das regras específicas, embasando a legislação. Assim, a criminalização da conduta social de vadiagem subverte os preceitos constitucionais vigentes, no Estado Democrático de Direito, discriminando os indivíduos em função de sua condição econômica, afrontando os direitos humanos, em prol de objetivos políticos, morais e econômicos das classes dominantes. Isso posto, importa a necessidade de restabelecer a ordem dos referidos princípios humanistas, na busca da garantia da igualdade, da liberdade, da isonomia, descriminalizando a conduta social de vadiagem. Como, aliás, suscitou a inconstitucionalidade do artigo 59 da LCP, a decisão no Recurso Crime 71003203031, de 12 de setembro de 2011, do TJRS.

Nesse embate, coaduna-se a afirmação de que "se os valores gerais são transformados na base para que deles se deduzam regras específicas, cumpre procurar a pessoa que se encarregou de assegurar a dedução das regras" (BECKER, 2008, p. 141).

> "[...] Onde quer que regras sejam criadas e aplicadas, deveríamos estar atentos quanto à possível presença de um indivíduo ou grupo empreendedor. Suas atividades podem ser propriamente chamadas de empreendimento moral, pois o que empreendem é a criação de um novo fragmento da constituição moral da sociedade, seu código de certo e errado." (BECKER, 2008, p. 151)

Indubitavelmente a criminalização da vadiagem atende a um conjunto de *interesses empreendedores* da burguesia, sendo sua infração penal uma construção jurídica e, como ficção jurídica, tal desvio não existe de fato. Verificou-se no âmbito do TJSP, o Processo de Apelação 0001149-61.2010.8.26.0396, de 20 de março de 2014, em que o indivíduo, numa praça pública, foi dominado e recolhido à prisão, pela força policial, a partir da denúncia de um vigia que anteriormente havia ordenado que se retirasse do local. Ora, qual o "desvio" praticado? Qual a transgressão cometida? A referência importa, pois tal indivíduo foi absolvido *de plano*; entretanto, o MP, representando os "interesses da sociedade" recorreu da decisão; e os interesses dominantes buscaram impor a criminalização do *outsider* que estava "incomodando" os moradores da localidade.

Nessa linha, tangente à crítica das políticas contemporâneas de crime e justiça criminal, Hayward e Ferrel (2012, p. 207) propõem a *criminologia cultural*, sendo essa uma das vertentes da criminologia crítica, buscando compreender o crime "como uma expressiva atividade humana". Ou seja, é preciso romper com uma

compreensão sobre crime e justiça criminal, que desconsidera demonstrações simbólicas de transgressão e controle, o que precisa ser incorporado. Afinal, o crime e suas consequências são definidos pelos "sentimentos e emoções que surgem dos eventos criminais, e bases ideológicas de campanhas públicas e políticas".

Os *outsiders* identificados nos julgados sobre a criminalização da conduta social de vadiagem, ou seja, as prostitutas, os homossexuais, os *pobres* em geral, reforçam a afirmação do caráter discriminatório sobre as desigualdades e vulnerabilidades culturais desses indivíduos, fruto de um sistema capitalista em que a desumanidade está institucionalizada, e que às vezes parece tão normal à comunidade. Tais elementos estão presentes no *Habeas Corpus* 695.184.929, de 20 de dezembro de 1995, do TJRS, em que 13 travestis foram detidas, juntamente com prostitutas e outros desocupados, como narra o julgado. Viu-se, nesse caso, que foram associadas outras imputações às travestis, além da vadiagem, perturbação do sossego público, formação de quadrilha, entre outros. Tudo originado pela *reclamação anônima* de moradores e comerciantes, pois a presença das referidas *travestis* atentava à opinião pública média, ou seja, fundamentações eminentemente de cunho moral, preconceituoso e discriminatório.

Com efeito, as classes sociais do capitalismo possuem uma importância que vai além de uma mera posição econômica ou produtiva, constituem o próprio sistema, a partir da estética, do consumo coletivo, da renda e do emprego. Depreende-se, portanto, que o não trabalho, a ociosidade, não pode ser tolerada, pois caracteriza um elemento estranho ao sistema capitalista, um desvio, uma infração que através do Direito Penal precisa ser controlado, reprimido, segregado. Pode-se inferir também que a permanente criminalização da vadiagem está calcada na consideração dessa conduta enquanto uma espécie de *animus* preparatório aos crimes patrimoniais, intoleráveis na ordem capitalista, justificando, portanto, ainda a sua vigência. Todavia, é imperioso reafirmar que o sujeito *pobre* e sem trabalho, desempregado, não pode ser criminalizado por sua *condição subjetiva*.

De maneira geral, a conduta social de vadiagem é interpretada como a ausência de uma formalidade laboral que, inclusive, reduz os encargos fiscais e tributários; condição na qual um indivíduo desempregado, portanto, sem renda, não consome, refletindo na produção e na economia, onerando o Estado no fornecimento (ou não) de benefícios sociais; além de atentar a um conjunto de valores morais burgueses e, à mencionada integridade patrimonial.

Mesmo que os indivíduos possam alcançar renda através de subtrabalhos ou até mesmo através da prostituição, a condição econômica será insuficiente aos empreendimentos capitalistas.

Dessa forma, é que a criminologia cultural tenta compreender as interconectividades entre crime, ativismo e resistência política e cultural, a partir da dinâmica de classe e do controle social. Não se trata de reverenciar os desvios enquanto transgressões ou "possibilidades insurgentes", ou ainda, como "inversão subversiva dos símbolos", mas considerar as dimensões da sociedade e da criminalidade, avançando para além de uma racionalidade realista e simplista.

Ora, a ideologização do trabalho propaga a essência de que o indivíduo só pode ascender às melhores condições de vida fundamentado no *labor*, participando ativamente do mercado formal, produzindo e consumindo. Entretanto, uma das fundamentações para a não criminalização da vadiagem, presente em todos os tribunais de justiça, é a compreensão do contexto econômico e social, que em tempos de desemprego não se pode exigir que o indivíduo esteja trabalhando, pois, por óbvio, isso não depende de sua vontade, mas de haver oportunidade. Nesse sentido, verificou-se, por exemplo, nos Embargos Infringentes 1340194, de 23 de novembro de 1994, do TJDF, o entendimento de que em virtude da crise brasileira, conseguir um emprego equivaleria à "sorte grande da loteria".

É possível observar claramente esses elementos no Brasil, em que a seletividade e o controle social se evidenciam com mais ou menos vigor para criminalizar a "vadiagem", perpetuando-se através dos ordenamentos jurídicos até o presente momento. Atualmente, para ocupar um posto de trabalho não basta querer trabalhar, o próprio mercado oferta (ou não) essa condição. Aliás, um dos principais fundamentos esposados pelos magistrados dos tribunais de justiça brasileiros ao apreciarem processos sobre a criminalização da vadiagem é sintetizado pela compreensão de ser "um problema de ordem social e não penal".

Nessa arena, a *criminologia cultural* pode contribuir para despertar novos olhares sobre as questões sociais, no necessário embate ideológico, fomentando e embasando ativismos em prol dos direitos humanos, operando um contradiscurso sobre a criminalização da vadiagem e por uma *justiça criminal*.

O foco da *criminologia cultural* é tratar da classe e do crime como uma experiência vivida com significado e representação na construção da transgressão, criando-se a possibilidade de desnudar as armadilhas impostas pelo capitalismo e pelo direito. A criminalização da vadiagem, ao eleger apenas o *pobre* como agente de punibilidade, revela o conteúdo ideológico dominante do sistema, ensejando, num contexto democrático, a defesa pela igualdade, pela dignidade humana.

Os aspectos e as concepções culturais peculiares aos grupos sociais distintos, menos abastados, não possuem o condão, por si só, de coexistirem no mesmo plano dos interesses dominantes. Visualiza-se isso no significado apontado de que o número maior ou menor de condenações ou absolvições por vadiagem

possui um efeito prático: todos foram constrangidos, processados, julgados e presos (em sua maioria).

Cabe a ressalva de que não se trata de defender ou glorificar os desvios, os criminosos e, sim, de examinar questões fundamentais sobre como realmente se apresenta a realidade e quem a determina. Pode-se considerar, a título de exemplo, o recrudescimento do discurso penal, os debates públicos e midiáticos sobre violência, as políticas de segurança e a "tolerância zero". Questões como essas emergem de processos eivados de injustiças, confundindo culpa e inocência, vida e morte, certo e errado, normal e anormal. Exatamente essas complexidades que embasam a criminologia cultural: "A chave é não aceitar atos criminosos por aquilo que eles são, mas interrogá-los pelo o que eles se tornam" (HAYWARD; FERREL, 2012, p. 215).

Diante disso, não há como negar que a conduta social de vadiagem, ou da ociosidade habitual, ou ainda, do não trabalho, está caracterizada como uma infração penal, constante do artigo 59 do Decreto-Lei 3.688/1941, a partir de uma construção jurídica que determinou tal situação ser um desvio, considerando-se os empreendimentos dominantes; todavia, pode-se igualmente afirmar que "vadiagem" não existe de fato, senão como um *fruto do capitalismo*.

Repisa-se que a criminalização da vadiagem se dirige apenas aos pobres, vulneráveis, despossuídos e marginalizados; portanto, é manifesto o caráter discriminatório, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º da Constituição da República de 1988. Admitir a validade do preceito criminalizador da vadiagem é transmutar o próprio *Estado Democrático* em um *Estado Totalitário*, fundamentado em um autoritarismo ideológico.

Assim, importa considerar que os objetivos fundamentais do Estado brasileiro estão assentados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, CR/88), e nesse sentido é imperioso destacar o direito à liberdade, uma vez que a adoção de uma postura de ociosidade, de não trabalho, ou de "vadiagem", pode ser uma possibilidade insurgente do indivíduo, constituindo manifestação de sua personalidade, sua liberdade de expressão, de resistência ao poder dominante; sem mencionar o fato de que mesmo que se deseje trabalhar, num quadro de desemprego elevado, não se torna tarefa fácil uma ocupação no mercado laboral cada vez mais competitivo.

Cumpre referir também, que a erradicação da pobreza, da marginalização, e da redução das desigualdades sociais (artigo 3º, III, CR/88) também integram os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, chocando-se frontalmente com a criminalização da vadiagem, pois se todos são iguais perante a lei, *renda* não poderia ser um elemento de diferenciação entre as pessoas.

Ainda dispõe a Magna Carta que se deve promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV, CR/88). Exatamente o caráter discriminatório presente na criminalização da vadiagem que importa na afirmação de sua invalidade, uma vez que o tipo penal se destina apenas aos pobres, punindo-os pelo que são.

É preciso considerar o princípio da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II, CR/88) e, igualmente, as garantias fundamentais (artigo 5º da CR/88); restando, portanto, evidente que a criminalização da vadiagem afronta os direitos à liberdade, livre locomoção, igualdade, livre expressão e à dignidade das pessoas.

5. Conclusão

De acordo com o estudo, a vadiagem é a criminalização da pobreza e tem caráter discriminatório e ideológico. Essa interpretação afeta grupos sociais específicos, os *outsiders*, como homossexuais, prostitutas, flanelinhas, perpetuando, por meio do Direito, valores e regras funcionais que criminalizam todos e quaisquer desvios ameaçadores aos interesses dominantes. Restando ao Estado, através do disciplinamento e controle social, *a prima facie*, a repressão, segregação, seletividade, "limpeza social".

O exame das decisões dos tribunais de justiça brasileiros sobre a criminalização da vadiagem revelou que o quadro seletivo imposto aos extratos sociais vulneráveis, em primeira ou segunda instância, culminou em ações policiais e judiciais, mesmo depois da denominada Constituição Cidadã de 1988. Aliás, observou-se que houve um crescimento significativo da criminalização da vadiagem sob a égide da Constituição da República de 1988. Desse modo, apoiar-se na criminologia crítica, através de sua vertente cultural, parece robustecer a afirmação de que o tal crime é mera ficção jurídica, não podendo, portanto, existir validamente, ainda mais estando a serviço dos interesses dirigentes, tutelando, em especial, os "interesses patrimoniais".

Outra característica que merece relevo é a de que a violência associada à vadiagem aparece em reduzidos percentuais, ou seja, atesta a afirmação de que a referida contravenção não se trata de um problema criminal, mas de ordem social. Tanto é verdade, que no período compreendido entre os anos de 1990 até 2002, cujo índice de desemprego cresce de 4,6% para 12,2%, há um aumento no número de julgados na ordem de 475%. Por outro lado, no período entre 2003 até 2014, em que ocorre uma redução no índice de desemprego de 12,2% para 4,8%, o número de julgados reduz em 53%. Considerando-se os dados do Quadro 6, pode-se depreender que, entre os períodos de 1985 a 2014, o aumento ou a

diminuição da criminalização sobre a vadiagem acompanhou a elevação ou a redução do desemprego. Assim sendo, o capitalismo estabelece o que é normal ou anormal em uma sociedade, concebendo as regras dos grupos dominantes, por seus valores ou interesses, definindo as situações e tipos de comportamentos determinados como "certos" e "errados".

Nesse sentido, o estudo, além de examinar os julgados dos tribunais brasileiros sobre a vadiagem na contemporaneidade, contribui para desvelar os estratagemas capitalistas, compreendendo as classes e o disciplinamento social, em uma leitura interdisciplinar das denominadas condutas desviantes. Também contribui para a *criminologia cultural*, enquanto vertente da criminologia crítica sobre a análise das questões sociais, fomentando e embasando ativismos em prol dos direitos humanos, operando um contradiscurso sobre a criminalização da vadiagem. Conclui-se que o tipo contravencional afronta os direitos à liberdade, livre locomoção, igualdade, livre expressão, à dignidade das pessoas, e, portanto, não se coaduna com os preceitos do Estado Democrático de Direito, insculpidos na CR/88, restando comprovada sua invalidez frente ao ordenamento jurídico brasileiro e aos direitos humanos.

6. Referências

ARENDT, H. *A condição humana*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BATISTA, V. M. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL – FATOS E DADOS. Taxa de desemprego. 2010. Disponível em: [https://brasilfatosedados.files.wordpress.com/2010/09/taxa-de-desemprego-mc3a-9dia-rece bida-e-entregue-rev-b.png.]. Acesso em: 12.04.2017.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOUVÊA, Luiz Alberto de Campos. *Brasília*: a capital da segregação e do controle social: uma avaliação da ação governamental na área da habitação. São Paulo: Annablume, 1995.

HAYWARD, K.; FERREL, j. Possibilidades insurgentes: as políticas da criminologia cultural. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 206-218, jul.-dez. 2012.

KAHN, T. Crescimento econômico e criminalidade: uma interpretação da queda dos crimes no Sudeste e aumento no Norte/Nordeste. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 152-164, fev.-mar. 2013.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. *Técnicas de pesquisa*: planejamento e execução de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RODRIGUES, Moacir Danilo. *A justiça é cega, mas o juiz não é*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/392-A-justica-e-cega-mas-o-juiz-nao-e]. Acesso em: 18.08.2017.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, B. S. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

STRECK, L. L. *O Tribunal do Júri e os estereótipos*: uma leitura interdisciplinar. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1988. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/75478/82056.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 12.10.2017.

TEMER, Michel. Entrevista. *Revista Fórum Jurídico*, 29 jul. 2014. Disponível em: [http://micheltemer.com.br/noticias/o-constitucionalista-e-poeta-entrevista-de-michel temer-na-revista-forum-juridico]. Acesso em: 11.08.2017.

WACQUANT, L. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminalização da vadiagem na primeira república: o sistema penal como meio de controle da população negra (1900-1910) – *RBCCrim* 135/269-306 (DTR\2017\5637);
- Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos – *RBCCrim* 135/189-229 (DTR\2017\5657); e
- O corpo, espaço e cidade: tensão e violência na formação da cidade de São Paulo – *RBCCrim* 81/280-293 (DTR\2009\632).

O dever constitucional de não incorrer em *bis in idem*: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal

The constitutional duty to not incur in bis in idem *(double jeopardy): identification of the apparent joinder of criminal rules and administrative rules and the prevalence of the criminal law*

Sirlene Nunes Arêdes

Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Público pela UFMG.
Professora da Faculdade Milton Campos/Nova Lima – MG.
Professora da Nova Faculdade/Contagem – MG.
Procuradora da Câmara Municipal de Belo Horizonte – MG.
sirlenearedes@gmail.com

Recebido em: 27.08.2018
Aprovado em: 16.11.2018
Última versão da autora: 16.12.2018

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional; Administrativo

Resumo: Este trabalho, considerando que a ordem jurídica brasileira agasalha a teoria da unidade do poder punitivo estatal, pretende identificar critérios objetivos para caracterização da identidade de sujeitos, fatos e fundamentos quando da incidência do *ne bis in idem* nas relações entre as instâncias penal e administrativa. A hipótese de trabalho é a aplicabilidade, nas relações entre as esferas, dos princípios penais usados para identificação e solução do concurso aparente de normas penais apenas para identificação da unidade de fatos e a caracterização da unidade de fundamento desvinculada do conceito de bem jurídico. Propõe-se que a identidade de fatos decorre da existência de relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade entre as normas analisadas; enquanto a unidade

Abstract: In the current work, based on the applicability of the theory of unity of punitive power in the Brazilian legal system, we aimed to identify criteria for the incidence of ne bis in idem (double jeopardy) in the relationship between criminal law and administrative law. As a hypothesis, the manuscript proposes the unit of facts can be characterized by the incidence of the principles used to solve the apparent joinder of criminal rules. In addition, it is possible to characterize the unit of fundaments without considering the criminal legal object protected by the norm. As a conclusion of this work, the identity of facts occurs through the existence of relations of specialty, merger, subsidiarity and alternativity between the norms wich regulate the same fact. It is proposed also that unit of fundaments be

Arêdes, Sirlene Nunes. O dever constitucional de não incorrer em *bis in idem:* identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 155. ano 27. p. 175-212. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

de fundamento verifica-se pela relação jurídica substrato à imposição da sanção: a aplicação de mais de uma sanção em razão de um só ilícito na mesma relação jurídica ofende o *ne bis in idem.* Por fim, analisa-se o concurso aparente de normas penais e administrativas gerais, cuja solução proposta é a prevalência da norma penal, independentemente da gravidade da sanção ou da especialidade da norma. O trabalho consiste em *pesquisa bibliográfica*, orientada pela *vertente jurídico-dogmática;* e adota, como marco teórico, a teoria da unidade do poder punitivo estatal.

Palavras-chave: *Ne bis in idem* – Requisitos – Concurso aparente de normas penais a administrativas – Prevalência da instância penal.

identified by the legal relationship underlying the imposition of a punishment: the application of more than one sanction because of a single offense in the same legal relationship offends the ne bis in idem. Finally, the apparent joinder of criminal rules and administrative rules is analyzed, whose proposed solution is the prevalence of criminal law, regardless of the severity of the sanction or specialty of the norm. The presented results were obtained from bibliographical research, guided by the normativist Legal Science model. The theory of the unity of the state punitive power was adopted as theoretical framework.

Keywords: Double Jeopardy – Requisites – Apparent joinder of criminal rules and administrative rules – Prevalence of criminal law.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira. 2.1. Preponderância da teoria da autonomia e independência entre as instâncias. 2.2. Inserção do *ne bis in idem* na ordem jurídica pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88. 3. Requisitos para aplicabilidade do *ne bis in idem.* 3.1. Identidade de sujeito. 3.2. Identidade de fatos. 3.2.1. Especialidade. 3.2.2. Consunção. 3.2.3. Subsidiariedade. 3.2.4. Alternatividade. 3.3. Identidade de fundamento. 3.3.1. Critérios propostos. 3.3.2. Identidade de fundamento como identidade de relação jurídica substrato da sanção. 4. Concurso aparente de normas penais e administrativas. 5. Conclusões. Referências.

1. Considerações iniciais

No Brasil, durante o século XX, a teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa foi amplamente defendida pela doutrina, reconhecida pela legislação e jurisprudencialmente aplicada. Contudo, nos últimos anos, essa teoria começou a ser questionada por uma nova doutrina que, influenciada especialmente pela espanhola, defende a adoção, no direito brasileiro, da unidade do poder punitivo estatal.

Essa teoria concebe a repressão estatal em sentido amplo, da qual são manifestações as vias punitivas penal e administrativa, de forma que os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo, tradicionalmente vinculados ao Direito Penal, também devem ser aplicados à repressão administrativa. Dessa concepção ampla de poder punitivo, decorre a aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias penal e administrativa geral.

Este trabalho, partindo do pressuposto de que ordem jurídica brasileira, agasalha a teoria da unidade do poder punitivo estatal, pretende identificar critérios objetivos para caracterização da identidade de sujeitos, fatos e fundamentos quando da incidência do *ne bis in idem* nas relações entre as instâncias penal e administrativa.

Para tanto, inicia-se com a apresentação do conceito e fundamentação constitucional do *ne bis idem* no sistema brasileiro. Na sequência são apresentados os requisitos para sua aplicação: identidade de sujeito, fatos e fundamentos; bem como as divergências doutrinárias quanto ao conteúdo desses requisitos. Como critério objetivo para o reconhecimento da identidade de fatos, é proposta a análise da existência de relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade entre as normas que regulam o mesmo fato.

Defende-se, ainda, que a unidade de fundamento seja identificada pela relação jurídica substrato à imposição da sanção: a aplicação de mais de uma sanção em razão de um só ilícito (identidade de fatos) na mesma relação jurídica (identidade de fundamento) ofende o *ne bis in idem*. Considera-se que o Estado estabelece relações gerais e especiais com as pessoas submetidas à sua ordem jurídica, de forma que o descumprimento de obrigações impostas pelo Estado nas relações gerais leva ao sancionamento pelas vias penais, judiciais não penais ou administrativas de polícia; enquanto o inadimplemento de obrigações estabelecidas nas relações especiais implica imposição de sanções disciplinares ou de sanções políticas constitucionalmente determinadas.

Por fim, analisa-se o concurso aparente de normas penais e administrativas gerais, cuja solução proposta é a prevalência da norma penal, independentemente da gravidade da sanção ou da especialidade da norma.

A obtenção dos resultados apresentados decorreu de *pesquisa bibliográfica*, orientada pela *vertente jurídico-dogmática*, na qual foram utilizadas fontes diretas, primárias e secundárias; e, como marco teórico, valeu-se da teoria da unidade do poder punitivo estatal.

2. O *NE BIS IN IDEM* NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O *ne bis in idem* surgiu no âmbito civil e com sentido processual já no direito romano (SILVA, p. R. A; 2008, p. 290; TORRADO, 2008, p. 17; MAIA, 2005, p. 27). Somente depois sua incidência foi ampliada para a esfera punitiva e integrou a vertente material.

Seu reconhecimento no direito processual penal objetivou impedir a reiteração de julgamentos por fatos judicialmente decididos (TORRADO, 2008, p. 18).

Dessa forma, a *vertente processual* assegura "que contra uma mesma pessoa não se inicie um processo, quando outro se encontra aberto, ou que se volte a processar a pessoa que havia sido processada pelo fato em questão" (TORRADO, 2008, p. 306, tradução livre). Parte da doutrina sustenta que, sob essa perspectiva, o *ne bis in idem* deriva da coisa julgada, uma vez que o pronunciamento judicial firme impede a reiteração de processos punitivos relativos àqueles fatos (NIETO GARCÍA, 2005, p. 474).

Desse aspecto processual, o *ne bis in idem* evoluiu para a *vertente material*, que proscreve a aplicação de mais de uma punição em razão dos mesmos fatos. Essa vertente também teve seu âmbito estendido, pois, se de início era limitada à esfera penal, atualmente, sustenta-se a impossibilidade de reiteração punitiva não apenas no interior de cada esfera, mas também, por uma infração penal e outra administrativa, quando idênticos sujeitos, fatos e fundamentos (NIETO GARCÍA, 2005, p. 474).

O reconhecimento do *ne bis in idem* nem sempre advém de expressas determinações legais. Na Espanha, por exemplo, sua integração à ordem jurídica deu-se pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol (TCE), pois a Constituição de 1978 (CE/1978) não o estabelecera expressamente (SOTOMAYOR, 2008, p. 21).[1]

Na ordem jurídica brasileira, a teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa goza de ampla aceitação doutrinária e constitui o principal fundamento da inaplicabilidade do *ne bis in idem* na relação entre as vias punitivas.

2.1. Preponderância da teoria da autonomia e independência entre as instâncias

A doutrina brasileira sustenta que *a competência para aplicar sanções punitivas é atribuição inerente à função administrativa exercida pelo Poder Executivo* (OSÓRIO, 2005, p. 372 et seq.; OLIVEIRA, 2005, p. 20). Segundo essa vertente,

1. Em relação à aplicação do *ne bis in idem* no sistema espanhol, cujo reconhecimento na relação entre as instâncias ocorreu por via jurisprudencial, consultar: Alejandro Nieto García (2005, p. 469 et seq.), Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales (2013, p. 209 et seq) e Lucía Alarcón Sotomayor (2008). Já em Portugal e na Itália, a matéria encontra-se regulada, respectivamente, pelo Decreto-lei 433, de 27.10.1982, e pela Lei 689, de 24.11.1981. No espaço da União Europeia, observa-se a relativização da teoria da autonomia e independência das instâncias por decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no sentido de que o duplo sancionamento (penal e administrativo) viola o art. 4º do Protocolo 07 do Convênio Europeu de Direitos Humanos (SOTOMAYOR, 2008, p. 55 et seq.)

identifica-se o ilícito administrativo pela autoridade competente para a imposição da sanção administrativa: autoridade integrante do Poder Executivo (CARVALHO FILHO, j. S., 2012, p. 91). Essa competência fundamenta a autonomia e independência das infrações e sanções administrativas em relação às penais, por entender-se que os mesmos fatos assumem "identidades distintas, desde diversas perspectivas normativas e valorações autônomas" (OSÓRIO, 2005, p. 341).

Entretanto, o poder punitivo desenvolve-se por meio das atividades de legislação, fiscalização, sancionamento e execução da pena. Essas atividades encontram-se dispersas entre os órgãos estatais e apenas a fiscalização de condutas privadas constitui atividade típica do Poder Executivo. Na ordem jurídica nacional, a tipificação primária decorre de lei e é exercida prioritariamente pelo Poder Legislativo; enquanto a aplicação de sanções punitivas decorrentes do inadimplemento de obrigações impostas nas relações gerais e a execução dessas sanções são atribuídas ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário (PRATES, 2005, p. 37). Assim, rejeita-se que o Poder Executivo exerça competência materialmente diversa ao aplicar sanções administrativas.

Outro setor doutrinário sustenta a autonomia e independência das instâncias na *diferenciação ontológica entre infrações e sanções penais e administrativas* (CERVEIRA, 2005, p. 21 et seq.), o que também é rejeitado por não existir, sob o aspecto material, clara distinção entre infrações ou sanções penais e administrativas gerais (REALE JÚNIOR, p. 2007, p. 93 et seq.; ARÊDES, 2017, p. 435 et seq.; SABOYA, 2014, p. 108 et seq.).

Há ainda doutrina que, fundamentada nos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, defende que suas normas destinam-se à proteção dos bens jurídicos mais importantes ou à punição das condutas que lesam esses bens de maneira mais grave. Nesse contexto, em função da proporcionalidade entre delitos e penas, as sanções mais graves devem ser impostas na via penal. Dessa construção derivam as distinções quantitativas entre infrações e sanções penais e administrativas (CEREZO MIR, 1993, p. 29). Sustenta-se, que, a partir dos diferentes graus de ilicitude seja possível estabelecer distinção material entre delitos penais e administrativos (CORACINI, 2004, p. 257; GOLDSCHMIDT, 2010, p. 314 et seq., D'AVILA, 2006, p. 16 et seq.).

Contudo, mesmo essa construção não é agasalhada pela teoria da unidade do poder punitivo, que rejeita a prévias cominações penais, isto é, um âmbito de obrigatória intervenção penal, sem análise de cada conduta, em razão dos princípios da subsidiariedade e *ultima ratio* que fundamentam a intervenção penal (SABOYA, 2014, p. 134 et seq.). Os defensores da teoria da unidade do poder punitivo sustentam que não é possível determinar o ponto do "salto qualitativo"

que diferencia materialmente a infração penal da administrativa em razão do grau de ilicitude (TOMILLO; RUBIALES, 2013, p. 86 et seq.) e apontam as dificuldades em determinar, de forma objetiva, diante da subsidiariedade das normas penais, as situações em que os outros mecanismos punitivos estatais devem ser usados (ARÊDES, 2017, p. 463).

Reputa-se, assim, que ressalvados os casos em que a conduta gera apenas perigo abstrato aos bens jurídicos, que deve ser remetida às vias administrativas, as demais condutas, ou seja, aquelas que geram perigo concreto ou lesam os bens jurídicos, podem ser remetidas indistintamente à esfera penal ou à administrativa. Nesse sentido, mesmo que determinada conduta ofenda gravemente a bens jurídicos, o uso do Direito Penal não é impositivo, exceto quanto a criminalizações constitucionalmente determinadas, uma vez que, ressalvadas as hipóteses de imposição da pena privativa de liberdade, o Direito Administrativo Sancionador comporta a imposição de sanções mais graves que as correspondentes penais (SABOYA, 2014, p. 137; ARÊDES, 2017, p. 465 et seq.).

Defende-se ainda que a competência legislativa implícita, reconhecida aos entes federados em relação aos temas enumerados no art. 23 da Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988 (CRFB/88), autoriza que leis estaduais e municipais prescrevam punição administrativa em razão dos mesmos pressupostos fáticos que implicam punição penal ou administrativa federal. Por vezes, há a punição não apenas nas instâncias penal e administrativa, mas em esferas administrativas de entes diversos em razão dos mesmos fatos.

A autonomia e a independência entre as instâncias é reafirmada por previsões legais de punibilidade administrativa independentemente da penal, das quais são exemplos o art. 256, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e o art. 56 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).[2] Além de previsões genéricas de reiteração punitiva nas esferas penal e administrativa, há leis que, ao tipificarem a conduta como infração administrativa, expressamente, tipificam-na também como crime (v.g. art. 15, § 3º, do Decreto-Lei 25/1937).

A autonomia entre as esferas sustenta ainda a criação de "novas instâncias" punitivas, caracterizadas por distintas autoridades competentes para processar e punir fatos já objeto de sanção em outras vias. Admite-se que a legislação, ao

2. Art. 256. […] §1º A aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei. (CTB). Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: […]. (CDC).

atribuir competência sancionatória a órgãos e poderes diversos, multiplique o exercício do poder punitivo estatal (OSÓRIO, 2005, p. 348).[3]

Assim, a interdependência entre as instâncias é reconhecida somente diante de hipóteses legalmente determinadas, caracterizadas como mera liberalidade do Poder Legislativo e não como direitos constitucionais das pessoas submetidas a processos punitivos.[4]

A aplicação do *ne bis in idem* também é limitada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual a absolvição penal não influi na punição administrativa fora das hipóteses legalmente previstas, e a absolvição administrativa não repercute na esfera penal, exceto nas restritas hipóteses em que a condenação administrativa é condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo penal.[5] Embora seja corrente na jurisprudência do STF a aplicação da teoria da autonomia e independência entre as instâncias, são raras as

3. Nesse sentido, dispôs o art. 12 da Lei 8.429/92 que, ao estabelecer penas aplicáveis aos agentes condenados por atos de improbidade, determina que suas sanções sejam aplicadas "independentemente das sanções penais, civis e administrativas". Dessa forma, esse dispositivo parece criar nova instância punitiva, sem qualquer relação com as existentes, e impõe a reiteração punitiva sem que se possa fundamentar a natureza diversa da nova categoria punitiva em relação às excluídas. Dúvidas quanto à natureza da sanção também podem decorrer do disposto no art. 56 do CDC e no art. 5º da Lei 10.028/2000. Essa última estabelece infrações administrativas puníveis pelos Tribunais de Contas, cujas sanções, segundo a jurisprudência do STF, são autônomas e independentes em relação às aplicadas nas esferas civil (MS 25.880/DF. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018), penal (MS 23.625/DF. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018 e HC 103.725/DF Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018) e administrativa disciplinar (MS 22.728/PR Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018).

4. É o que ocorre em relação à sentença penal que declara a inexistência do fato ou de sua autoria e faz coisa julgada em todas as esferas em razão de expressas determinações legais (v.g. art. 126 da Lei 8.112/90; art. 66 do Código de Processo Penal (CPP); art. 935 do Código Civil). Também as sentenças penais absolutórias fundamentadas em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento dever legal irradiam efeitos a outras vias punitivas em razão do disposto no art. 65 do CPP.

5. Cita-se, como exemplo, a necessária configuração do débito tributário pelo lançamento definitivo para o início da ação penal em crimes contra a ordem tributária; hipóteses em que a condenação em processo administrativo torna-se requisito de justa causa para a ação penal, conforme decisão do STF nos HCs 81.611/DF Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018 e HC 85.185/SP (Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018).

decisões em que os fundamentos dessa teoria são expostos, limitando-se a maior parte dos votos à repetição e citação dos precedentes do próprio Tribunal.[6]

Uma das principais manifestações do STF quanto ao fundamento da autonomia entre as sanções penais e administrativas consta em acórdão de lavra do Ministro Rafael Mayer em *Habeas Corpus* impetrado em favor de paciente punido por dirigir veículo sem habilitação na esfera administrativa (art. 89, I, da Lei 5.108/66 – Código de Trânsito revogado) e na penal (art. 32 da Lei das Contravenções Penais).[7] A decisão fundamentou a autonomia entre as instâncias na competência da autoridade para imposição da sanção e na ausência de natureza repressiva da multa administrativa, o que retiraria da sanção administrativa o caráter de pena e lhe garantiria natureza diversa em relação às sanções penais.

Contudo, essa aplicação irrestrita da teoria da autonomia e independência entre as instâncias deve ser rejeitada, pois inexistem diferenças materiais, inclusive quanto à natureza e finalidade, que sustentem a autonomia entre as vias punitivas. Pelo contrário, atualmente a legislação vigente aproxima as relações entre elas (OSÓRIO, 2005, p. 347).

Nesse contexto, verifica-se que a teoria da autonomia e independência das instâncias ofende a princípios vigentes na ordem constitucional brasileira e é incompatível com o modelo de Estado de Direito, pois não garante segurança

6. Nesse sentido, os seguintes julgados do STF: MS 23.625-6/DF (Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018), *MS 23.188/RJ* (Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018), *MS 21.545/SP* (Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018), *MS 25.880/DF* (Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018). No MS 21.293 (Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018), o voto do Ministro Relator aponta os fundamentos da independência e autonomia entre as instâncias nos seguintes termos: "Apregoa o Impetrante a circunstância de estar sendo processado, pelo homicídio, perante a Justiça estadual, mas a definição dessa competência, em matéria criminal, que se deduz da ocorrência, ou não, do detrimento de bens, serviços ou interesses da União, tem pressupostos não coincidentes com aqueles que serviram à capitulação da transgressão disciplinar, perante os elementos acima considerados."

7. O *Habeas Corpus* foi denegado por se entender que há diversidade na: "[…] natureza e objetividade jurídica das normas que sancionam a mesma conduta, em um e outro fundamento legal, não importando até mesmo a sua simultânea aplicabilidade em *bis in idem*, pois enquanto a multa prevista na lei de trânsito tem a ver com o exercício do poder de polícia administrativa, que se cumpre no âmbito da Administração, a multa contravencional tem o verdadeiro caráter de pena, somente aplicável pelo Poder Judiciário, em repressão contra a conduta voluntária que põe em perigo o bem jurídico protegido pela lei penal, qual seja a incolumidade pública. São normas, portanto, que não se conflitam e, de conseguinte, não interferem para efeito de revogabilidade." (HC 62.196/MG Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 14.12.2018.)

jurídica,[8] devido à multiplicação de esferas punitivas em relação aos mesmos acusados pelo mesmo ilícito, e desconsidera a autoridade da coisa julgada, ao permitir que a autoridade administrativa manifeste-se contrariamente às decisões judiciais.

A despeito da vigência da teoria da autonomia entre as instâncias, o *ne bis in idem* encontra-se inserido no texto constitucional brasileiro. Por isso é necessário rever os fundamentos dessa teoria, que não se sustenta no paradigma constitucionalmente estabelecido, por se manter com o cerceamento de direitos fundamentais nas esferas administrativa e judicial cível (CORACINI, 2004, p. 273).

2.2. *Inserção do* ne bis in idem *na ordem jurídica pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88*

A teoria da unidade do poder punitivo estatal, por considerar que as instâncias punitivas são interdependentes, amolda-se ao modelo constitucional traçado pela CRFB/88. Essa teoria reconhece que, embora encontre-se disperso entre diversos órgãos estatais, o poder punitivo possui uma só natureza jurídica: repressão em razão do descumprimento de obrigações estipuladas em relações jurídicas. Sua reiteração é desproporcional, mesmo que legislativamente prevista, pois as sanções, ainda que reguladas por diversas disciplinas jurídicas, desde que manifesta sua natureza punitiva, integram um fenômeno deontologicamente unitário e global.[9]

---

8. "Teoricamente, não pode o sujeito ter sua conduta considerada lícita, correta conforme o Direito, na esfera administrativa, em determinados domínios especializados e idôneos e, ao mesmo tempo, ver-se acusado da prática de crimes em razão de supostas transgressões às mesmas normas que noutro terreno se diz que foram cumpridas integralmente. […] Se o sujeito agiu ao abrigo da licitude, na esfera administrativa, não pode, pelos mesmos fatos, ser censurado por suposto cumprimento de deveres legais, quando o tipo sancionador está integrado por elementos provenientes da ilicitude administrativa ou quando haja condições objetivas de punibilidade ou de legitimação da ação sancionadora." (OSÓRIO, 2005, p. 343 et seq.).
9. A teoria da unidade do poder punitivo estatal, adotada como pressuposto nesse trabalho, é majoritariamente adotada pela doutrina e jurisprudência espanhola, conforme ampla exposição e indicações bibliográficas de Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales (2013, p. 91 et seq.). Esse arcabouço teórico influenciou o desenvolvimento dessa teoria no Brasil, conforme expressamente assumido por Keity Saboya (2014, p. 50) ao tratar do tema, que também foi desenvolvido por Paulo Roberto Coimbra e Silva (2007, p. 304), Fábio Caldeira (2012, p. 327 et seq,), Sirlene Arêdes (2017, p. 435 et seq.), Eduardo O. Andrade Filho (2003, p. 39 et seq.) e Miguel Reale Júnior (2007, p. 95 et seq.).

Portanto, as penas e sanções previstas pelo Direito Administrativo Sancionador e pelo Direito Penal possuem a natureza repressiva. Quanto ao tipo, as restrições impostas como penas são as mesmas em ambas as esferas, exceto em relação à pena privativa de liberdade, à extinção de associações e à cassação de direitos políticos. Nesse contexto, a vigência do *ne bis in idem* entre as vias penal e administrativa tem por finalidade a concretização de direitos fundamentais.[10]

O *ne bis in idem* é direito fundamental não expresso inserido no sistema pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88 (SILVA, p. R. A., 2008, p. 291 et seq.). Esse dispositivo estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Salienta-se que esse dispositivo "retrata uma *fattispecie* aberta, servindo de porta de entrada para que outros direitos e garantias não expressamente referidos na Carta Magna, adentrem ao rol de direitos fundamentais. É o que a melhor doutrina internacional identifica como '*princípio da não identificação*' ou da '*cláusula aberta*'." (AVELAR; PONER, 2011, p. 48, destaques do original).

Verifica-se, portanto, constitucionalmente, a possibilidade de ampliação dos direitos fundamentais, sempre que novo direito puder garantir ou ampliar os direitos expressamente assegurados. Nesse contexto, o devido processo legal, a segurança jurídica e a intangibilidade da coisa julgada são direitos constitucionais, cuja eficácia e efetivação dependem do reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem* e de sua aplicação na relação entre as instâncias penal e administrativa.

Essa é a lição sustentada por Rodolfo Tigre Maia (2005, p. 57 et seq.) que, ao tratar do tema na esfera penal, defende que o *ne bis in idem* é direito fundamental não expresso, reconhecível constitucionalmente pelo art. 5º, § 2º, em razão de sua relação com a dignidade da pessoa humana, com os princípios penais de culpabilidade (art. 5º, XLVI), proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, *e*), e por seus vínculos com os princípios da intangibilidade da coisa julgada, da legalidade ou da reserva legal.

Em sentido semelhante, Fábio Medina Osório (2005, p. 362) sustenta que o *status* constitucional do *ne bis in idem* decorre do modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido pela CRFB/88 e da garantia de *devido processo legal*, de forma que sua aplicação não se condiciona à existência de outras normas

10. Os direitos fundamentais garantem *status* de liberdade às pessoas e são essenciais à ordem jurídica de um estado democrático; eles impõem aos órgãos e poderes do Estado o dever de sua concretização (SARLET, 2005, p. 346 e 352). Esse dever torna ilegítimas e inconstitucionais medidas estatais contrárias à realização desses direitos.

legislativas. Esse direito limita a atuação punitiva do Estado ao impor que o exercício do poder punitivo ocorra em contexto que permita a defesa material do acusado, o que não é possível se o Estado puder desconsiderar a defesa apresentada por meio da instauração de novos processos punitivos em relação ao mesmo ilícito. Dessarte, o *ne bis in idem* concretiza o devido processo legal ao impedir que o Estado se utilize, em face das mesmas pessoas, de diversos processos, nos quais são reduzidos os requisitos necessários à condenação em cada um deles, até que se obtenha a punição.

Acrescente-se que a vedação de *bis in idem* também é essencial à materialização da *coisa julgada*, pois ao estabelecer expressamente que *a lei não a prejudicará*, a CRFB/88 impede que sejam criadas, por meio de leis, "novas" instâncias punitivas que afastam sua proteção. Ainda que o *status* de coisa julgada seja atribuído exclusivamente a decisões judiciais, a reiteração punitiva, em diversas instâncias, ofende sua intangibilidade ao permitir que a Administração se pronuncie em relação a litígios solucionados por decisão judicial transitada em julgado.

Logo, o reconhecimento de caráter de "firme" às decisões administrativas é admissível para ampliar direitos fundamentais e, por vezes, é necessário para impedir a eternização dos conflitos e a submissão das pessoas a esferas punitivas intermináveis. Por esse motivo, a vigência do *ne bis in idem* é necessária à efetivação da *segurança jurídica*.[11]

Ademais, devido à identidade ontológica entre os ilícitos penais e administrativos, a reiteração punitiva viola a *proibição de excesso*. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é usado pelo Tribunal Constitucional Peruano para fundamentar a aplicação do *ne bis in idem* na relação entre infrações penais e administrativas, ainda que a Constituição do Peru não fosse expressa sobre o tema (Coria, 2007, p. 315). No Brasil, Pablo Rodrigo Alfen da Silva (2008, p. 293) também fundamenta na proporcionalidade a vedação de *bis in idem* e o STF adota a vertente da proibição de excesso como mecanismo de contenção e conformação da atividade normativa do Estado, concernente ao poder punitivo (HC 106.442 MC/MS e HC 103.308/SP).

11. "A segurança jurídica, alicerçada na confiança, pressupõe densidade normativa ao princípio do *non bis in idem*. A idéia de unidade estatal recomenda que os órgãos públicos punitivos apareçam perante a cidadania através de uma identidade nítida, sem posturas contraditórias, nebulosas ou incoerentes, despidas não apenas da boa-fé objetiva, mas da transparência e lealdade que tais relações exigem. A unidade do Direito Punitivo, numa vertente material, é corolário lógico da segurança jurídica e da racionalidade do Estado no manejo de normas que afetam os mais valiosos direitos fundamentais, aqueles submetidos às relações punitivas" (OSÓRIO, 2005, p. 358).

Portanto, conclui-se que as relações do *ne bis in idem* com esses e outros princípios expressamente inseridos na CRFB/88, garantem e exigem o reconhecimento de seu *status* constitucional, consoante determinado no art. 5º, § 2º, da CRFB/88 (OSÓRIO, 2005, p. 357).

O mesmo dispositivo constitucional garante ainda a vigência do *ne bis in idem* nas relações entre a esfera penal e administrativa geral em função da ratificação pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678, de 06.11.1992) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 591, de 06.07.1992).

Consoante dispõe o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, "o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos". Ora, a Convenção protege os "acusados" em geral; ela não limita a aplicação do *ne bis in idem* à absolvição por "crime", já que trata de "fatos" objeto de julgamento. Da mesma forma, sua proteção decorre de qualquer sentença transitada em julgado, não apenas de sentença penal. Por conseguinte, a Convenção não limita a aplicação do *ne bis in idem* à esfera penal, mas garante-o em qualquer manifestação do poder punitivo estatal, inclusive nas relações entre as diversas instâncias punitivas.

Já a cláusula 7 do art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos garante que "ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país". O Pacto veda a reiteração do poder punitivo, em relação aos mesmos fatos, após o trânsito em julgado de sentença penal absolutória ou condenatória. Portanto, o acusado absolvido (por qualquer motivo) ou condenado por sentença penal não poderá ser processado em outra esfera judicial ou administrativa pelos mesmos fatos.

Ressalta-se que, nos termos desse Tratado, o trânsito em julgado da sentença penal absolutória ou condenatória impede o início de novo processo em relação aos mesmos fatos e também a continuidade de processos administrativos ou judiciais já iniciados, uma vez que a norma não faz distinção entre processo judicial e instâncias administrativas. Logo, diferentemente do apregoado pela teoria da independência das instâncias, aplicada pelo STF, o ordenamento jurídico pátrio garante, expressamente, a interdependência entre as vias punitivas.

Como a coisa julgada protege as pessoas contra alteração de situações decididas pelo Poder Judiciário, ela não pode ser invocada para limitar os direitos de defesa dos acusados pelo Estado, de forma que mesmo sua inexistência não obsta a aplicação do *ne bis in idem*, que consubstancia o direito fundamental de não

responder a inúmeros processos punitivos perante o Estado em razão dos mesmos fatos.

Deve-se registrar ainda que, como a CRFB/88 por meio desse dispositivo "dá primazia especial aos tratados sobre direitos humanos", as normas dos tratados citados possuem natureza materialmente constitucional,[12] ainda que não o sejam sob o aspecto formal, motivo pelo qual há doutrina que sustenta que são protegidos como cláusula pétrea (AVELAR; PRONER, 2011, p. 61). Dessarte, a legislação ordinária não pode diminuir as garantias neles inseridas[13]

Assim, reconhecida a compatibilidade da aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa, necessária a análise dos requisitos de sua aplicação no caso concreto.

3. Requisitos para aplicabilidade do *ne bis in idem*

José Cid Moliné (1996, p. 163, tradução livre) destaca que a aplicação do *ne bis in idem* requer a presença de três requisitos: "a) a existência de uma pessoa; b) que realiza um comportamento; e c) que as duas (ou mais) normas que regulam esse comportamento tenham o mesmo fundamento". Conquanto a enunciação desses requisitos seja unânime, diversos critérios são apresentados para determinar o conteúdo de cada um deles sem que, até o momento, obtenha-se a desejável objetividade na identificação das hipóteses que os qualificam.

12. "A doutrina argumenta ainda que, o § 2º deixa claro a intenção do constituinte originário em determinar que, se sequer os princípios constitucionais expressos, poderiam excluir aqueles princípios que mesmo não expressos, mas implícitos e dedutíveis dos princípios e do regime adotados pela Constituição Federal, fossem então reconhecidos como materialmente constitucionais e em os assim reconhecendo ampliassem o catálogo de direitos constitucionalmente protegidos. Tal determinação é ainda mais precisa quanto às normas constantes de tratados. [...] Dessa forma, o catálogo dos direitos fundamentais não possui a pretensão de ser exaustivo, mas de determinar os parâmetros para se apurar sempre os direitos que se encontrem implícitos no que, segundo o § 2º, do art. 5º da CF/88 constem 'do regime e dos princípios por ela adotados' segundo os critérios que levem à justiça e ao atendimento da dignidade humana por ela enunciados" (SIMÕES NETO, 2009, p. 17).

13. "Assim, antes de se olhar cegamente para o cenário legislativo nacional, deve o aplicador do direito dar especial atenção aos diplomas internacionais relativos aos direitos humanos, os quais, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, fazem parte do chamado '*bloco de constitucionalidade*' e geram uma dupla fonte normativa de mesmo plano e eficácia e igualdade" (AVELAR; PRONER, 2011, p. 68, destaques do original).

No contexto de interdependência entre as esferas, certeira a lição de Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 54), de que o campo de aplicação do *ne bis in idem* não difere do âmbito de incidência do concurso aparente de normas, que ocorre nas hipóteses em que o mesmo ilícito é regulado por mais de uma norma jurídica.

Contudo, é necessário diferenciar o concurso aparente de normas penais do concurso aparente entre normas penais e administrativas, pois, no último caso, além da identidade de sujeito e de fatos, é necessário analisar a identidade de fundamento. Ademais, o *ne bis in idem* impede a dupla punição pelos mesmos fatos, mas não oferece meios para, diante das diversas normas concorrentes, estabelecer a norma aplicável e excluir as demais – diferentemente, portanto, do que ocorre em relação ao concurso aparente de normas penais, cujos critérios de identificação já apontam a norma aplicável.

3.1. Identidade de sujeito

Segundo Maria Lourdes Ramírez Torrado (2008, p. 227 et seq.), no ordenamento jurídico espanhol, há identidade de sujeito se a dupla sanção ou o segundo processo sancionatório recair sobre a mesma pessoa – identificada por suas características físicas. Nesses termos, o *ne bis in idem* não impede a punição de várias pessoas por sua participação individual em um mesmo ilícito (SOTOMAYOR, 2008, p. 42), nem deve ser considerada a identidade da vítima ao se analisar a identidade de sujeito (Coria, 2007, p. 317).

Todavia esse requisito pode ser caracterizado não apenas pela identidade da pessoa natural, mas também sob o prisma jurídico. A segunda forma procura solucionar situações em que a pessoa natural atua sob distintos fundamentos ou títulos jurídicos ou diversas pessoas naturais atuam apenas como uma (Torrado, 2008, p. 228). Como a ordem jurídica regula a conduta das pessoas de acordo com as relações que estabelecem e as sanções são impostas às pessoas que integram determinada posição social juridicamente regulada, a identidade subjetiva deve ser analisada sob o prisma jurídico. Isso porque há situações em que, embora existam duas pessoas no plano físico, há identidade subjetiva no plano jurídico, como nos casos em que lei admite a sub-rogação subjetiva (TORRADO, 2008, p. 229 et seq.).[14]

De certa forma, a conceituação da identidade de sujeitos sob o prisma jurídico conduz à parcial discricionariedade legislativa na aplicação do *ne bis in idem*, ao

14. No Brasil, essa situação ocorre, especialmente, em relação às obrigações tributárias e trabalhistas, reguladas pelos arts. 130 a 132 do CTN e art. 2º, § 2º, da CLT.

admitir que a norma jurídica estabeleça hipóteses que a afastam (NIETO GARCÍA, 2005, p. 509 et seq.). A fim de reduzir essa discricionariedade deve-se exigir que a lei estabeleça a imposição de sanção tão somente à pessoa obrigada ao cumprimento de um dever jurídico previamente estipulado ou que tenha assumido voluntariamente o ônus econômico da sanção.

O principal problema apontado pela doutrina é a *imposição de sanções a pessoas naturais e jurídicas pelo mesmo fato,* nos casos em que a pessoa natural atua em representação ou gestão da pessoa jurídica (CORIA, 2007, p. 317; TORRADO, 2008, p. 254). Como, sob o prisma jurídico, as pessoas naturais têm existência diversa das pessoas jurídicas que representam, que compõem ou em nome de quem atuam, regra geral, há o afastamento da proibição de *bis in idem* sempre que as sanções, pelos mesmos fatos, sejam dirigidas às pessoas naturais e às pessoas jurídicas (SOTOMAYOR, 2008, p. 42).[15]

A responsabilidade pessoal, corolário do princípio da individualização das penas, impede que outra pessoa, que não aquela a quem a ordem jurídica atribui responsabilidade por determinada obrigação legal, seja sujeito de uma sanção punitiva.[16] De fato, imposição de sanções punitivas às pessoas jurídicas não afasta o princípio da individualização das penas, pois sua atuação ocorre por imputação a elas de condutas humanas. Trata-se, portanto, de conduta atribuída à pessoa jurídica como própria.

15. Essa posição não é aceita pacificamente na doutrina espanhola, pois alguns autores defendem a necessidade de modulações em sua aplicação: "En nuestra opinión, aplicar esta doctrina sin matices puede menoscabar gravemente la prohibición del doble castigo; sobre todo, cuando se pena a la persona física por ser administradora o representante de la persona jurídica en virtud del art. 31 del Código Penal. Podría suceder que se castigase dos veces lo mismo, sólo que, en un caso, manteniendo la ficción de la personalidad jurídica y, en el otro, prescindiendo de ella. Para que, de verdad, no haya vulneración del *non bis in idem*, es necesario que la pena impuesta a la persona física y la sanción irrogada a la persona jurídica expresen un reproche distinto, una antijuridicidad y una culpabilidad non coincidentes. Si no es así, se chocará con la prohibición de *non bis in idem* aunque formalmente la condena penal y la resolución sancionadora administrativa recaigan sobre personas distintas" (SOTOMAYOR, 2008, p. 43). Da mesma forma, Maria Lourdes Ramírez Torrado (2008, p. 256, tradução livre) defende que viola o *ne bis in idem* a aplicação de uma sanção punitiva à pessoa jurídica e outra à pessoa natural nas hipóteses em que esta atua como representante e executora da vontade da pessoa jurídica, pois, neste caso, "o indivíduo não atuou por sua conta, mas como representante e executor da vontade da empresa".
16. Coisa diversa é outra pessoa voluntariamente assumir, ainda que diante da previsão legal, o ônus econômico da sanção aplicada a outrem, v.g. aquisição de veículo com multas não quitadas.

Portanto, a questão é definir se a conduta será atribuída à pessoa jurídica ou se será suportada individualmente pela pessoa natural. Há situações em que a ordem jurídica imputa condutas das pessoas naturais às pessoas jurídicas e exclui a responsabilidade da pessoa natural pela atuação. Em outras hipóteses, a ordem jurídica impõe a mesma obrigação a ambas (pessoa natural e jurídica), de forma que, configurado o ilícito, a sanção é imposta à pessoa jurídica, em nome da qual a pessoa natural agiu, e à pessoa natural (v.g. art. 12 da Lei 9.613, de 03.03.1998).

Por conseguinte, para caracterizar a identidade do sujeito é necessário identificar o sujeito ao qual a ordem jurídica atribuiu a obrigação, o qual deverá suportar a sanção; admitindo-se a punição simultânea da pessoa natural e da jurídica apenas nas hipóteses em que a lei cria deveres para cada uma deles de forma individualizada.

3.2. Identidade de fatos

Consoante a doutrina penalista, a *unidade de conduta* pode ser determinada por dois critérios: "o que atende ao caráter unitário da conduta em função de sua *unidade natural* e o que estabelece a *unidade* da ação sob o prisma estritamente *jurídico*" (VASCONCELOS, 1975, p. 72, tradução livre, destaques do original). Sob o aspecto natural, há a unidade de conduta se o comportamento é constituído de *um único ato de vontade*, hipótese em que é irrelevante o número de resultados decorrentes desse ato; ou se é constituído por *um único resultado,* provocado por diversos atos de vontade (HORTA, 2007, p. 37 et seq.).

Entretanto, refuta-se que seja possível estabelecer objetivamente o que seja conduta em sentido natural, pois o comportamento humano pode ser fragmentado em diversas ações autônomas, sem que existam padrões objetivos que justifiquem a separação desses fragmentos em unidades autônomas ou sua consideração em conjunto (HORTA, 2007, p. 38).

Devido a questionamentos apontados quanto à definição de unidade de conduta sob o aspecto natural, a análise desse elemento passou a ocorrer com base na norma jurídica, entendendo-se que a unidade de ação ocorre "quando vários atos são unidos como objeto único de valoração jurídica pelo tipo penal" (SÁNCHEZ, 2015, p. 53, tradução livre). Conforme essa vertente, *a unidade de ação é a conduta (ação ou omissão) que dá substrato a cada tipo legal*, de forma que o comportamento pode ser fragmentado em diversas ações juridicamente relevantes, "desde que os tipos legais aplicáveis recaiam sobre distintos atos componentes desse comportamento" (HORTA, 2007, p. 54). Há concurso formal de crimes se a unidade de ação é acrescida de *diversas valorações típicas*, e há concurso aparente

de normas se a unidade de ação for acrescida da *mesma valoração típica*, caracterizadora da *unidade de fato*.

Considerando essas lições, pode-se afirmar que *há uma só ofensa ao ordenamento jurídico se o conteúdo ilícito for um só, isto é, se houver unidade ou pluralidade de conduta(s) tipificada(s) acrescida(s) da unidade de valoração jurídica sobre essa(s) mesma(s) conduta(s)*.

No caso de concurso entre normas penais e administrativas, há unidade de fato se houver entre essas normas relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade. Logo, nesse âmbito, *a unidade de fato é resultado da aplicabilidade desses critérios e não pressuposto para sua aplicação*. Esse também é o posicionamento de Alejandro Nieto García (2005, p. 510 et seq.), ao lecionar que a identidade de fatos é caracterizada pela constatação da existência de relação de identidade entre os tipos punitivos (penais e administrativos ou administrativos).

De forma similar Keity Saboya (2014, p. 194) sustenta que os princípios da especialidade, subsunção e consunção, acrescidos de "uma contemplação valorativa ou, até mesmo, lógico-descritiva, da reprovação que o ordenamento jurídico atribua à(s) conduta(s) imputada(s)," permitem a identificação da unidade de fatos quando da análise de incidência do *ne bis in idem*.

De fato, a natureza lógica desses critérios e sua função, na resolução de concursos aparentes de normas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 631), inserem-nos no Direito Punitivo em sentido amplo. Assim, sua aplicabilidade na relação entre as instâncias administrativa e penal prescinde de norma expressa que os imponham, uma vez que decorrem das relações lógico-estruturais ou identidade valorativa entre essas normas (VASCONCELOS, 1975, p. 99). Assim, passa-se a análise de cada um deles e demonstração de sua aplicabilidade na relação entre as instâncias.

3.2.1. Especialidade

A especialidade é aceita de forma praticamente unânime pela doutrina do Direito Penal e seu enunciado pode ser facilmente expresso: a norma especial prevalece sobre a geral. Segundo a doutrina "a especialidade supõe, em consequência, uma *relação lógica* entre as normas, que fundamenta a prevalência de uma sobre a outra. Tratando-se de tipos penais é válido sustentar que a *especialidade* requer que um tipo esteja *integralmente* contido em outro, mesmo que não se exija que os elementos descritivos sejam idênticos, já que também é *específica* uma disposição 'quando a cuidadosa interpretação mostre que uma figura

importa em descrição mais próxima ou minuciosa do fato'" (VASCONCELOS, 1975, p. 102, tradução livre, destaques do original).

Como a especialidade decorre da estrutura lógica das normas, sua aplicabilidade é deduzida das normas concorrentes em abstrato e a norma prevalecente é determinada por conter elementos especializantes.

Na esfera penal, a caracterização do tipo de infanticídio (art. 123, CP) como especial em relação ao de homicídio (art. 121, CP) é uma hipótese de especialidade. Esse exemplo demonstra que a relação de especialidade não ocorre apenas com a prevalência da norma que prescreve a sanção mais grave, pois a norma especial é a que possui elementos especializantes, ainda que comine pena menor.

Embora não seja pacífica (CARVALHO FILHO, j. C., 2009, p. 56), merece acolhida a tese sustentada por Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 115) no sentido de que a norma especial pode tutelar interesse ou valor distinto do tutelado pela norma geral, uma vez que para caracterizar a especialidade basta a possibilidade abstrata de realização simultânea de ambos os tipos.

A especialidade diferencia-se da subsidiariedade porque, havendo a subsunção dos fatos aos pressupostos da norma especial, a não aplicação da pena não leva à imposição da pena cominada na norma geral (VASCONCELOS, 1975, p. 103). Nessas hipóteses, a decisão reconhece a incidência do tipo especial e não aplica a pena por outro motivo, como a legítima defesa ou o estado de necessidade.

A especialidade entre norma penal e administrativa ocorre, por exemplo, com os arts. 173 e 308 do CTB.[17] O primeiro prevê como ilícito administrativo a conduta "disputar corrida", enquanto o segundo tipifica criminalmente a participação em corrida acrescida de risco à incolumidade pública ou privada. Veja-se que o elemento especializante do tipo penal é a ocorrência de perigo concreto, vez que o perigo abstrato encontra-se tipificado administrativamente.

Nesses casos, a aplicabilidade da norma penal incorpora o desvalor do ilícito contido na norma administrativa. Embora haja hipóteses previstas no art. 173 que não se enquadrem no art. 308, quaisquer condutas que caracterizem o tipo

17. Art. 173. Disputar corrida: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (dez vezes), suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo; Medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação e remoção do veículo. […] Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada: Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (CTB).

penal também caracterizam a infração administrativa. Dessa forma, sendo os mesmos sujeitos e fundamentos, incabível a aplicabilidade da sanção administrativa (art. 173) em razão de fatos já objeto de punição penal (art. 308), sob pena de ofensa ao *ne bis in idem*.

3.2.2. Consunção

Constata-se a consunção pela análise valorativa *in concreto* das normas em concurso, isto é, "dá-se a consunção, quando uma norma inclui em si o desvalor delitivo de outra, o que exclui a aplicação desta, sem que haja uma relação de gênero e espécie" (ROCHA,1966, p. 98).

A consunção exige do aplicador "uma atividade tendente a valorizar tanto o fato em si mesmo, como sua ilicitude" (VASCONCELOS, 1975, p. 108, tradução livre). Contudo, dessa análise valorativa não se conclui sempre pela preponderância do bem jurídico de maior importância, porque a consunção se caracteriza pela maior amplitude do ilícito na norma que estabelece a punição para a *conduta mais lesiva*, e não pela importância do bem jurídico tutelado (VASCONCELOS, 1975, p. 108).

De acordo com Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 150) a norma cuja aplicação é afastada (consumida) é completamente apreciada e valorada pela norma jurídica prevalecente (consuntiva), pois *a conduta punível segundo a norma consumida é contingência normal e esperada da infração à norma prevalecente*. O essencial é que a norma consuntiva "abarque o desvalor próprio da conduta concomitante ou sucessiva proibida" pela norma consumida (HORTA, 2007, p. 148). Cita-se como exemplos de aplicação desse critério, a absorção da norma que pune o crime de dano às roupas da vítima de um homicídio ou ao vinho que foi envenenado pela norma que pune o homicídio (SÁNCHEZ, 2015, p. 60).

Já que a norma consuntiva contempla o fato com maior completude que a norma consumida, via de regra, aquela se caracteriza por sua maior gravidade em relação à norma consumida. Contudo, a doutrina reconhece a possibilidade de que o inverso também ocorra (CARVALHO FILHO, j. C., 2009, p. 105), seja devido à possibilidade de desproporção no estabelecimento das penas, "fruto de falibilidade do processo legislativo", seja porque a norma consuntiva absorve apenas o "desvalor de uma parcela do universo de fatos puníveis segundo a norma consumida" (HORTA, 2007, p. 151 et seq.).

Diferencia-se a consunção da especialidade porque, enquanto esta deriva da estrutura lógica das normas que estabelecem os tipos, a consunção advém da unidade de valoração jurídica.

Reconhece-se a consunção na absorção dos crimes de perigo pelos crimes de dano, se o crime de dano absorver todo desvalor do crime de perigo, ou seja, quando a conduta exaurir o perigo pela concretização de todos os danos possíveis.[18] Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 156) também admite que a consunção seja aplicada para absorver um crime de dano individual por um crime de perigo coletivo, "quando esse dano for considerado ordinário e esperado, ante a iminência, a gravidade e amplitude do risco típico criado".

Um exemplo de consunção entre norma penal e administrativa pode ocorrer, a depender das circunstâncias do caso concreto, com a conduta subsumível ao disposto no art. 1º da Lei 22.258, de 28.0.2016, do Estado de Minas Gerais e no art. 121 do Código Penal. A lei mineira proíbe o porte de arma branca, definida essa como "o artefato cortante ou perfurante usualmente destinado à ação ofensiva, como faca, punhal, espada, florete, espadim ou similar, cuja lâmina tenha dez centímetros, ou mais, de comprimento".

Numa hipótese em que o porte da arma branca teve por objetivo exclusivamente a prática de homicídio específico, o desvalor da ação proibida na esfera administrativa encontra-se inserido na punição pelo crime do art. 121 do CP. *In casu*, não é possível afirmar que a punição por todo homicídio praticado por arma branca consumirá a norma administrativa, pois a consunção exige a análise da situação concreta a fim de verificar se a conduta consumida está integralmente contida na norma consuntiva ou se é conduta autônoma.

3.2.3. Subsidiariedade

A subsidiariedade define "a aplicação de uma norma no pressuposto de que uma delas (das que conflitam) somente entra em jogo quando a outra não o faça" (OSÓRIO, 2005, p. 407). José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 70) explica que "uma

18. "Também podem ter a punibilidade autônoma consumida, como atos típicos acompanhantes da conduta incriminada pela norma consuntiva, o porte ilegal de arma de fogo utilizada no homicídio doloso, quando aquele crime seja exclusivamente orientado para este, assim como o disparo de arma de fogo do qual resulte homicídio culposo, quando o ferimento letal tenha sido causado pelo único projétil disparado. Como se vê, embora se trate de exclusão da norma incriminadora de um perigo pela aplicação de outra norma de dano, não se verifica entre elas o nexo teleológico-sistemático que caracteriza a subsidiariedade, já que uma dessas normas incrimina apenas a ofensa à vida de um indivíduo, enquanto as demais incriminam o risco gerado à incolumidade pública e, portanto, à integridade física ou à vida de indeterminado número de pessoas" (HORTA, 2007, p. 155).

norma é subsidiária quando pode contribuir, com determinadas circunstâncias, para a constituição de delito mais grave previsto em uma norma primária". Por conseguinte, a norma subsidiária não é absorvida pela norma principal, "tanto que, ao deixar de ser reconhecido o crime primário, a norma subsidiária passa a prevalecer para efeito de aplicação da pena" (CARVALHO FILHO, j. C., 2009, p. 71).

Portanto, a subsidiariedade demanda análise abstrata das normas concorrentes (a fim de se averiguar a relação entre elas na defesa do mesmo bem jurídico quanto às formas progressivas de ataque) e dos fatos concretamente subsumíveis a essas normas (para verificar se a ofensa ocorrida e tipificada na norma principal contempla o resultado previsto na norma subsidiária) (HORTA, 2007, p. 144).

Segundo a doutrina, a subsidiariedade pode ser expressa ou tácita (OSÓRIO, 2005, p. 407). Nem sempre a previsão expressa de aplicação de uma norma, no suposto de que outra não seja aplicável, caracteriza a subsidiariedade em sentido estrito, pois essa declaração normativa pode existir ainda que estejam presentes relações de especialidade, consunção ou alternatividade entre as normas; contudo, essa previsão determina solução segura quanto à norma aplicável (HORTA, 2007, p. 135). Já a subsidiariedade em sentido estrito não demanda norma que a declare, pois estará presente sempre que os tipos penais incriminem etapas progressivas da conduta delitiva.

Aplica-se a subsidiariedade nos casos em que a norma principal contém o desvalor de atos que, normalmente, precedem à realização do injusto e que estão tipificados na norma subsidiária. Assim, as normas concorrentes tipificam fases progressivas de ataque ao mesmo bem jurídico e a norma subsidiária é a que tipifica fase anterior em relação à conduta mais avançada prevista na norma principal (SÁNCHEZ, 2015, p. 51). Já a consunção pressupõe que a norma consuntiva abranja de forma mais completa os aspectos lesivos do fato, ainda que sejam diversos os bens jurídicos tutelados (HORTA, 2007, p. 150).

José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 81 et seq.), Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 632) entendem que há aplicação desse critério na absorção da norma que pune a tentativa pela aplicação da pena referente ao crime consumado. Da mesma forma, a subsidiariedade incide ao se afastarem as normas que punem os atos preparatórios em relação àquelas "que punem o crime principal ao qual tais atos visam" (Horta, 2007, p. 136 et seq.). A doutrina também aponta subsidiariedade na prevalência das normas que punem os crimes de dano em relação às que punem os correspondentes crimes de perigo (CARVALHO FILHO, j. C., 2009, p. 82 et seq.), quando "todo o perigo gerado se concretize por danos igualmente decorrentes do comportamento do agente" (HORTA, 2007, p. 138).

Pode-se afirmar que o tipo administrativo previsto no art. 165 do CTB é subsidiário ao crime previsto pelo art. 306 do mesmo Código. O último estabelece que constitui crime "conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência".[19] Reconhecida a subsidiariedade, a infração administrativa "dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência" (art. 165) somente será caracterizada nas hipóteses em que, embora haja uso da substância vedada, o sujeito não se encontre com a capacidade psicomotora alterada e no caso, específico de álcool, não se atinja os limites previstos em lei para caracterização do tipo penal.

3.2.4. Alternatividade

A alternatividade é o critério mais questionado quanto à existência pelos penalistas, cuja rejeição decorre de díspares formulações doutrinárias.[20] Contudo, sustenta-se que a alternatividade deve ser reconhecida como critério remanescente, a incidir na esfera penal, por exemplo, "entre as normas especiais qualificadoras de determinado crime, quando duas ou mais delas convergirem segundo as circunstâncias porventura envolvidas no seu cometimento" (HORTA, 2007, p. 162). São situações em que não é possível determinar a norma que "traduz com maior propriedade e completude o seu [do fato] significado jurídico" (HORTA, 2007, p. 160 et seq.), motivo pelo qual determina-se a norma aplicável pela análise do mandamento das normas em concurso e defende-se a aplicação daquela que estabelece a pena mais grave (OSÓRIO, 2005, p. 408).

De acordo com a doutrina, aplica-se ainda a alternatividade nas hipóteses em que estão em causa os tipos alternativos ou cumulativos (CARVALHO FILHO, j. C., 2009, p. 113 et seq.).[21] Também é aplicável entre distintas disposições

19. Em relação ao álcool, o §1º do art. 306 do CTB estabelece que há alteração da condição psicomotora se presente "concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar".

20. Para aprofundamento nas diversas formulações desse critério, recomenda-se a obra de Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 91 et seq.).

21. "Retomando-se o estudo dos mistos alternativos, tem-se que eles se apresentam sob duas formas. A *primeira*, quando o procedimento delituoso ofende a mesma *disposição legal*, isto é, a mesma figura típica em suas múltiplas ocorrências. É o chamado crime com pluralidade de hipóteses. E a *segunda*, quando a ofensa atinge *disposições diversas*, ou tipos legais diversos, que se opõem ou se excluem, mutuamente, no mesmo contexto da lei. Na segunda forma, as figuras típicas são distintas, compondo o chamado misto

legais, se as duas normas penais disciplinam o mesmo fato ou o mesmo evento delituoso, tal como ocorre, entre furto e apropriação indébita (art. 155 e art. 168 CP) ou entre a receptação dolosa e o favorecimento pessoal (art. 180 e art. 348 CP) (CARVALHO FILHO, j. C., 2009, p. 115 et seq.).

O art. 15, § 3º, do Decreto-lei 25/1937,[22] ao tipificar a mesma conduta como crime e infração administrativa estabelece dupla punição por um só fato. Nesse caso, o reconhecimento da alternatividade entre as disposições, com a consequente imposição apenas da pena mais grave, é medida exigida pelo *ne bis in idem*.

Por fim, há que se acrescer que, em relação ao concurso aparente de normas penais, a doutrina aponta hipóteses em que mais de um desses critérios são igualmente aplicáveis. Essa situação também pode ocorrer entre normas penais e administrativas, o que caracterizará a identidade de fatos entre elas, podendo levar ao afastamento da norma administrativa em razão da aplicabilidade do *ne bis in idem* – se presente a identidade de fundamento.

3.3. Identidade de fundamento

Inicia-se o estudo desse requisito com a apresentação dos critérios propostos pela doutrina e as críticas que recaem sobre eles; a seguir, propõe-se sua identificação sob o prisma das relações jurídicas entre o Estado e as pessoas submetidas ao poder punitivo.

3.3.1. Critérios propostos

Para a configuração do concurso aparente de normas penais e administrativas, exige-se a identidade de fundamento, doutrinariamente caracterizada por

cumulativo. Uma disposição exclui a outra" (CARVALHO FILHO, j. C., 2009, p. 115, destaques do original). José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 115) apresenta, como exemplo de alternatividade em relação à mesma disposição legal, o art. 122 do Código Penal, segundo o qual, constitui crime "induzir" ou "instigar" alguém a suicidar-se ou "prestar auxílio" ao suicídio. Nesses casos, comete um único crime – em razão da alternatividade – o agente que induz alguém a suicidar-se e também lhe presta auxílio a que o faça (CARVALHO FILHO, j. C., 2009, p. 115).

22. Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar. [...] § 3º A pessôa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando. (Decreto-Lei 25/1937).

dois critérios: a) o da norma legal que estabelece a infração; e b) o do bem jurídico protegido ou lesado pela conduta (TORRADO, 2008, p. 283).

De acordo com a primeira posição, há identidade de fundamento se as previsões de punição de um mesmo sujeito, pelos mesmos fatos, encontram-se cominadas na mesma norma (TORRADO, 2008, p. 309 et seq.). Essa teoria deve ser refutada por impedir que a vedação de *bis in idem* seja reconhecida como direito fundamental, oponível ao Poder Legislativo, ao admitir que, para afastar sua incidência, basta que os mesmos fatos, praticados pela mesma pessoa, sejam tipificados em normas diversas.[23] Essa vertente também impede a aplicabilidade do *ne bis in idem* entre normas penais e administrativas, uma vez que a tipificação desses ilícitos raramente ocorre na mesma norma (NIETO GARCÍA, 2005, p. 507). Ora, reconhecido o *ne bis in idem* como direito fundamental dos acusados, é inaceitável que sua incidência dependa exclusivamente de decisões do Poder Legislativo.

A segunda vertente sustenta que há identidade de fundamentos se a conduta gerar uma só lesão ou perigo para um único bem jurídico, de forma que mais de uma lesão, ao mesmo bem jurídico, retira a proteção do *ne bis in idem* (CAMPOS, 2001, p. 196; TORRADO, 2008, p. 277 et seq.; SOTOMAYOR, 2008, p. 47 et seq.).

Todavia o critério de ofensa ou lesão ao bem jurídico protegido pela norma não permite caracterizar a identidade de fundamentos de maneira clara e objetiva (TORRADO, 2008, p. 280; NIETO GARCÍA, 2005, p. 511), tendo em vista os amplos debates doutrinários quanto ao conceito de bem jurídico e à identificação de condutas que lhes são ofensivas (TORRADO, 2008, p. 280 et seq.). Sobre o tema, há mesmo autores que sustentam a inutilidade desse conceito para a legitimidade da intervenção penal (JAKOBS, 2008, p. 65); enquanto outros, que

23. "O terceiro e último pressuposto exigido para legitimar a aplicação do *ne bis in idem* é usualmente chamado de identidade de fundamento. Esse pressuposto não requer, saliente-se, por óbvio, que haja coincidência de motivação dos atos sancionatórios em idêntico dispositivo legal. Se assim fosse: *primus*, seria esvaziado o conteúdo do princípio em tela, pois poderia o legislador facilmente burlar seu comando sempre que o desejasse, bastando para tanto estatuir inúmeras sanções em diferentes dispositivos legais; *secundus*, o *ne bis in idem* não teria alcance além daquele desejado pelo legislador, revertendo, invertendo e evertendo-se a lógica de se submeter a força principiológica ao alvitre do legislador, enquanto aquela deveria impor peias ao arbítrio deste; e, por último, se assim ocorresse, *tercius*, inviável seria a eficácia do *ne bis in idem* nas relações entre sanções penais e as extrapenais (inclusive tributárias), porquanto teriam, necessariamente, previsão em dispositivos distintos de lei. Importante perceber que a dita identidade de fundamento consiste na coincidência dos bens jurídicos protegidos e das funções primordialmente exercidas pela sanção" (Silva, P.R.C, 2007, p. 308).

defendem como função do Direito Penal a defesa de bens jurídicos, admitem incriminações penais legítimas na ausência deles (ROXIN, 2006, p. 27).

Alguns defensores dessa vertente propõem a análise da norma tipificadora para perquirir sobre o bem jurídico, isto é, que se procure "desentranhar a verdadeira intenção do legislador" (TORRADO, 2008, p. 285, tradução livre), hipótese em que se mescla o critério da norma legal com o do bem jurídico protegido.

Deve-se ter em conta, ainda, que a aplicação da sanção administrativa, via de regra, não demanda a análise de lesão ou perigo a bens jurídicos, pois, embora o Direito Administrativo Sancionador seja utilizado para a proteção desses bens, a lesividade não é requisito de legitimidade de sua intervenção (CORIA, 2007, p. 318; D'Avila, 2006, p. 30). Nesse contexto, Alejandro Nieto García (2005, p. 510) sustenta que o regime do *ne bis in idem* não se altera pela variedade de bens ou interesses protegidos.

Por fim, eventual identidade de bens jurídicos lesados ou postos em perigo deve ser analisada ao se perquirir a existência de unidade de fato, consoante o critério usado para identificar esse elemento, e não para configuração da identidade de fundamento.

3.3.2. Identidade de fundamento como identidade de relação jurídica substrato da sanção

Considerando os problemas apontados na caracterização da identidade de fundamentos, sustenta-se que *a unidade de fundamento decorre da relação jurídica substrato à imposição da sanção: a aplicação de mais de uma sanção a uma só pessoa (identidade de sujeito) em razão do descumprimento de um só dever jurídico (identidade de fatos) na mesma relação jurídica (identidade de fundamento) caracteriza ofensa ao* ne bis in idem.

Para tanto, considera-se que, ao regular condutas, a ordem jurídica estabelece relações jurídicas, por meio das quais se estipulam os direitos e deveres entre as pessoas, atribuindo ao titular do direito (sujeito ativo), em caso de descumprimento da obrigação pelo sujeito passivo, o direito de valer-se das garantias e sanções legalmente estipuladas para compeli-lo ao cumprimento de seus deveres (COSTA, 1994, p. 42 et seq.). Se o sujeito ativo da relação é o Estado, a ordem jurídica permite também o exercício do poder punitivo, que não existe fora de qualquer relação jurídica, pois "desde que a ação do Estado, como *sujeito de direito*, não se situe em uma relação jurídica, desborda para fora do direito" (VILHENA, 1996, p. 47, destaques do original).

Entende-se que o Estado estabelece com as pessoas submetidas à sua ordem jurídica relações gerais e especiais.[24] A *relação especial* ocorre quando pessoa determinada mantém com o Estado vínculo oriundo de ato concreto, do qual derivam direitos e deveres diferenciados daqueles garantidos e exigidos das pessoas em geral. Nessas relações, há *discricionariedade administrativa* na regulação de seu conteúdo (MELLO, 2007, 163).

Logo, segundo a doutrina, três são as características dessas relações: (*i*) norma legal determinando a existência e conteúdo mínimo; (*ii*) conteúdo relacionado a temas aos quais a Constituição garante discricionariedade administrativa (organização e gestão interna dos poderes públicos); (*iii*) ato jurídico concreto individualizando a relação entre pessoa determinada e a Administração (ARÊDES, 2014, p. 288).

Já as *relações gerais* existem entre pessoas anônimas e destas com o Estado e as normas que as regulam determinam a esfera de liberdade, ao estipular o comportamento devido nas relações interpessoais (Bandeira de Mello, 2008, p. 810). Nelas, a discricionariedade legalmente atribuída à Administração, especialmente quanto à fiscalização, obriga-lhe a estabelecer critérios impessoais e isonômicos para concessão de direitos, principalmente quando os benefícios não podem ser igualmente concedidos a todos interessados (SUNDFELD, 2003, p. 48).

O descumprimento por particulares de obrigações estabelecidas em relações gerais desencadeia sanções penais,[25] judiciais não penais ou administrativas de

24. "A diferença está em que, quando, por qualquer forma, os particulares atuam no campo estatal, estabelecem com a *Administração* uma relação jurídica específica, em que esta exerce poderes especiais. Quando, ao contrário, atuam no campo privado, submetem-se apenas a vínculo genérico com o *Estado*, caracterizado pelo poder deste, através da lei, regulamentar atividades privadas. Mas, como vimos, essa disciplina pode prever ou não a interferência das autoridades administrativas no cumprimento da lei. Assim, a vinculação genérica do *Estado* com os indivíduos pode ou não se materializar em vinculação genérica entre estes e a *Administração*, na dependência – e, sobretudo, nos limites – da opção legislativa. [...] O particular estabelece com a Administração vínculos específicos, propiciatórios de poderes administrativos especiais, quando: a) integra-se a seu aparelho burocrático; b) recebe delegação de atividade estatal; c) contrata com a Administração; ou d) utiliza serviço público ou é beneficiado pelo direito ao uso especial de bem público" (SUNDFELD, 2003, p. 24, destaques do original).

25. Pressupõe-se, como regra geral, que quaisquer sanções penais encontram-se inseridas no âmbito das relações gerais; contudo, devem ser admitidas exceções nas hipóteses em que o sistema penal é utilizado para punir deveres próprios de pessoas que mantém relação especial com o Estado.

polícia (administrativas gerais). Já o descumprimento de deveres oriundos de relações especiais pode desencadear o poder punitivo estatal na forma de sanções disciplinares ou políticas. Assim, o fundamento diverso, que possibilita a aplicação da norma penal e administrativa, existirá se as sanções forem impostas em razão do descumprimento de obrigações estabelecidas em relações diversas.

O inadimplemento de obrigação imposta em duas ou mais relações, caracteriza um mesmo fato, todavia, passível de dupla punição, pois o fundamento (substrato) de cada sanção é diverso (v.g. o descumprimento de um dever geral determinado a todas as pessoas submetidas à ordem jurídica e de um dever específico para com a Administração, no caso de o mesmo conjunto de fatos caracterizar infração à norma geral e especial).[26]

Embora não se admita aplicar mais de uma penalidade pelo descumprimento das mesmas obrigações estabelecidas em uma só relação jurídica, nas situações em que a pessoa mantém diversas relações especiais com a Administração, pode ser punida por atos praticados em cada uma delas, sem ofensa ao *ne bis in idem*, pois a identidade de fundamento caracteriza-se pela relação estabelecida e não pelo tipo de relação.

4. Concurso aparente de normas penais e administrativas

A unidade do poder punitivo impõe a incidência do *ne bis in idem* nas relações entre as esferas penal e administrativa, uma vez que o mesmo conteúdo de ilícito somente pode ser apenado uma vez, independentemente da instância em que a sanção é imposta (OSÓRIO, 2005, p. 405). Se mais de uma norma regula o mesmo ilícito, caracteriza-se o concurso aparente de normas, que pode ocorrer entre: a) normas penais; b) normas administrativas; ou c) normas penais e administrativas (SOTOMAYOR, 2008, p. 54 et seq.).

O concurso aparente de normas penais e administrativas ocorre em duas situações. A primeira decorre de tipificação, pela União, na esfera penal e administrativa, do mesmo ilícito com idênticos pressupostos, por normas que entram em

26. Essa situação existe nas atividades privadas. Um empregado, que subtrai determinado bem da empresa em que labora, poderá sofrer a sanção penal correspondente ao furto ou apropriação indébita e ter seu contrato rescindido por justa causa. A primeira sanção tem por fundamento as relações gerais entre pessoas indeterminadas, que impõem o dever de respeitar a propriedade alheia; a segunda decorre e recai diretamente na relação que o empregado mantém com a empresa.

vigor na mesma data.[27] Nesses casos, sendo idênticos os pressupostos de ambas as normas, verifica-se a identidade de fatos por meio do critério de alternatividade, e, havendo também a identidade de sujeito e fundamentos, deve ser reconhecido o concurso aparente entre elas. É o que ocorre entre os arts. 176 e 304 do CTB,[28] que tipificam, penal e administrativamente, a omissão de socorro pelo condutor às vítimas em acidentes automobilísticos.[29]

A segunda situação decorre da existência de normas administrativas (federais, estaduais, distritais e municipais) com pressupostos parcialmente coincidentes com normas penais. Nessas hipóteses, incidirá o *ne bis in idem* se, diante do mesmo fundamento, a identidade de fato for demonstrada pelos critérios de especialidade, consunção, subsidiariedade ou alternatividade (v.g. os crimes tipificados pelo art. 4º da Lei 8.137/90 e as infrações administrativas estipuladas pelo art. 36, *caput*, § 3º, da Lei 12.529/2011).

Nesses casos, *seriam aplicáveis os critérios utilizados pelo Direito Penal para solucionar o concurso aparente de normas penais e administrativas? A resposta é negativa,* uma vez que esse concurso deve ser solucionado por critérios expressamente previstos na legislação nacional e, na ausência desses, deve prevalecer

27. Considerando a teoria da unidade do poder punitivo estatal, não se reconhece o concurso aparente de normas legais penais e administrativas federais que entram em vigor em momentos diferentes. É que, nesses casos, sendo ambas as normas manifestação do poder punitivo, de mesmo nível hierárquico, defende-se a revogação da norma anterior pela posterior.

28. Art. 176. Deixar o condutor envolvido em acidente com vítima: I – de prestar ou providenciar socorro à vítima, podendo fazê-lo; [...]. Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave. [...]. (CTB).

29. A tipificação administrativa por Estados, Distrito Federal e Municípios de condutas com idênticos pressupostos de norma penal não caracteriza o concurso aparente de normas, já que a norma local que meramente repete previsão já constante em norma penal federal é inconstitucional por invasão da competência da União. Isso porque a competência da União para legislar sobre Direito Penal, sendo expressa, sobrepõe-se à competência implícita de Estados e Municípios em matéria de Direito Administrativo Sancionador. Se a União já regulou determinada conduta por meio do Direito Penal não há espaço normativo para que os entes locais exerçam a competência implícita com o mesmo conteúdo, especialmente se considerada a natureza de *ultima ratio* e subsidiariedade que assume o Direito Penal na ordem jurídica. Assim, a inserção de determinada conduta no conteúdo do Direito Penal implica no reconhecimento pela ordem jurídica da insuficiência do Direito Administrativo na função repressora ou preventiva.

a norma penal. A discricionariedade atribuída ao Congresso Nacional para regular determinada conduta por meio do Direito Penal, ainda que vise à proteção de bens jurídicos tutelados em outras disciplinas jurídicas, permite-lhe também estabelecer, no caso de concurso aparente de normas penais e administrativas, a norma que deverá prevalecer.

Embora essa prevalência não seja comum, ela é compatível com CRFB/88. Nesse sentido, o art. 87 da Lei 12.529/2011 possibilita que a celebração de acordo de leniência leve à prevalência da esfera administrativa em situações que a conduta caracteriza ilícito penal e administrativo. O cumprimento desse acordo extingue a punibilidade penal e produz efeitos semelhantes aos advindos da suspensão condicional do processo penal, regulada no art. 89 da Lei 9.099, de 26.09.1995.[30] Trata-se de rara hipótese em que o Poder Legislativo, diante do concurso aparente de normas penais e administrativas, previu expressamente a prevalência da esfera administrativa mediante o cumprimento de condições administrativamente firmadas.

Contudo, na maior parte dos casos, não há qualquer norma que estabeleça a prevalência de uma instância em relação à outra, cabendo ao aplicador estabelecer a norma cabível no caso concreto, pois o *ne bis in idem* veda que a ausência de previsão normativa quanto à resolução do concurso aparente leve à dupla punição.[31]

Nessas hipóteses, *há que prevalecer a norma penal devido à expressa atribuição da competência à União para legislar sobre o tema, aos efeitos da coisa julgada,*

30. O acordo de leniência é celebrado pela Administração Pública, que determina seu conteúdo e declara o cumprimento das condições nele estipuladas, declaração da qual decorre automaticamente a extinção da punição na esfera penal, nos termos do art. 87 da Lei 12.529/2011. A suspensão condicional do processo penal é celebrada perante o Poder Judiciário, que fiscaliza seu cumprimento, e também leva à extinção da punibilidade. Nota-se, ainda, que a Lei de Defesa da Concorrência garante maior discricionariedade aos agentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que aquela conferida aos juízes pela Lei 9.099/1995, para o estabelecimento de obrigações a serem cumpridas pelo beneficiário.

31. "É possível à jurisprudência criar regras processuais ou procedimentais que potencializem o *non bis in idem* dentro do devido processo legal, independentemente de previsões em textos legais ou constitucionais. Tais regras decorrem implicitamente do sistema e podem ser construídas pelos operadores jurídicos, envolvendo aspectos como prazos, direitos de defesa, causas suspensivas da tramitação de um feito, entre outras medidas. É certo que resulta igualmente possível a intermediação legislativa no detalhamento das formas procedimentais para a discussão e alegação do *non bis in idem*, o que não equivale a dizer que a omissão do legislador possa inviabilizar o gozo dos direitos fundamentais imanentes ao devido processo legal" (OSÓRIO, 2005, p. 357).

inexistentes na esfera administrativa, e às maiores garantias do processo penal em relação ao procedimento administrativo.

Se essa solução resulta lógica e pouco questionada nos casos em que a norma penal é especial, consuntiva, primária ou comina a penalidade mais grave, a doutrina diverge nos casos em que as previsões normativas são em sentido contrário, especialmente, se as normas administrativas preveem sanções mais graves.[32]

32. No sistema espanhol, o TCE estabeleceu o critério – que entende constitucionalizado – de prevalência da esfera penal, ao qual José Cid Moliné (1996, p. 165 et seq., tradução livre) opõe três objeções. A primeira diz respeito a situações em que as sanções administrativas, mesmo aplicadas em seu patamar mínimo, são mais graves que as sanções formalmente penais, pois, nesses casos, "a prevalência da via formalmente penal pode levar […] à diminuição não justificada na função preventiva". A segunda objeção dirige-se aos casos em que a esfera penal prevê sanções de conteúdo material penal e a via administrativa sanções de gravidade mínima, pois, nessas hipóteses, a prevalência da via penal "supõe opção criticável, tendo em vista o princípio da *ultima ratio*". Por fim, segundo o autor, a proibição de que a Administração atue se constatar que o fato investigado pode constituir ilícito penal, "pode levar à desmotivação da autoridade administrativa no desenvolvimento de suas funções de inspeção e controle […], com a consequente deterioração da função preventiva".

    Em sentido contrário, Tomás Cano Campos (2001, p. 217 et seq., tradução livre) defende a constitucionalidade da prevalência da esfera penal e o acerto da decisão do TCE por entender que o modelo autonômico atribui ao Estado a competência para legislar sobre direito penal, de forma que somente ao Estado compete "determinar quais comportamentos devem ser reputados crimes ou contravenções e ser objeto de sanção penal, motivo pelo qual a ele compete, exclusivamente, decidir que bens jurídicos devem ser protegidos por meio das normas penais". Esse autor ainda afirma que essa competência seria parcialmente cerceada ou burlada se, "em caso de concurso entre uma norma penal e outra administrativa autonômica, fosse admitido o critério cronológico ou da especialidade" (CAMPOS, 2001, p. 218, tradução livre). No caso do critério cronológico, a rápida tramitação de processos administrativos das Comunidades Autônomas levaria à inaplicabilidade das normas penais, e, no caso do critério da especialidade, parte das normas penais não seria aplicável devido à tipificação, pelas Comunidades Autônomas, de "infrações administrativas que apresentem algumas especialidades em relação aos tipos penais" (CAMPOS, 2001, p. 218, tradução livre). Ademais, segundo o mesmo doutrinador, a prevalência da esfera penal também se fundamenta no princípio da *ultima ratio* do Direito Penal e no sistema de fontes adotado pela CE/1978. O direito penal, por ser considerado a "última entre todas as medidas que o Estado pode utilizar para proteger bens jurídicos", "somente pode intervir (isto é, o Estado somente pode dele se utilizar), quando considera que os demais meios de proteção […] resultam inadequados ou ineficientes" (CAMPOS, 2001, p. 218 et seq., tradução livre). Esse princípio, ao lado da função negativa ou limitadora, incorpora a função positiva ou fundamentadora, segundo a qual a utilização do direito penal importa no reconhecimento,

Sobre o tema, Fábio Medina Osório (2005, p. 381 et seq.) defende a prioridade da instância penal em razão de sua dogmática mais desenvolvida no trato dos direitos fundamentais, de suas garantias e da maior gravidade das sanções, via de regra, impostas nessa esfera (OSÓRIO, 2005, p. 308 et seq.); contudo admite a prevalência da sanção administrativa mais grave que a penal (OSÓRIO, 2005, p. 378).

Segundo esse doutrinador, o caráter aflitivo que pode ostentar o processo administrativo sancionador e a possibilidade de aplicação de sanções administrativas mais severas poderiam levar à suspensão do processo penal. Afirma, ainda, que se trata de situações extraordinárias que demandam do intérprete a demonstração da desnecessidade e desproporcionalidade da resposta penal, em razão da imposição da sanção administrativa, além obrigatoriedade de justificar a prevalência dessa sanção com fundamento nos bens jurídicos tutelados (OSÓRIO, 2005, p. 378 et seq.).

Keity Saboya (2014, p. 277), considerando que, via de regra, o direito penal sanciona as infrações mais graves, defende a prevalência de suas normas como critério geral. Entretanto, a autora também admite, de forma excepcional, a prevalência da esfera administrativa fundada nos critérios de especialidade, subsidiariedade e consunção (SABOYA, 2014, p. 277).

Em sentido semelhante, Paulo Roberto Coimbra Silva (2007, p. 310) propõe a utilização do critério da absorção da sanção menos grave pela de maior gravidade, na resolução de concursos entre infrações penais e tributárias, mesmo que prevaleçam essas em relação às penais.

Do ponto de vista do *ne bis in idem*, é indiferente a prevalência de qualquer norma, desde que apenas uma seja aplicada; logo a norma predominante será determinada por outras regras e princípios jurídicos. Especialmente nas hipóteses em que as penas cominadas têm a mesma natureza, como no caso da multa ou restrição de direitos, é possível defender a prevalência da norma mais grave, mesmo que esse critério leve ao afastamento da norma penal.

Todavia, esse critério não é admitido pela ordem jurídica brasileira sem expressa previsão legal, como defendido pelos autores citados, pois a CRFB/88, ao atribuir, com exclusividade, à União, a competência para legislar sobre Direito Penal, determina a uniformidade de aplicação das normas penais no território brasileiro.

Se fosse admitido qualquer outro critério implícito, que não a prevalência da instância penal, a aplicação das normas penais não seria uniforme, especialmente,

pela autoridade competente, da ineficiência dos outros mecanismos na proteção dos bens jurídicos (CAMPOS, 2001, p. 218 et seq., tradução livre).

na consideração de infrações penais com infrações administrativas estaduais, distritais e municipais. Isso porque, bastaria que os entes regionais tipificassem infrações administrativas especiais, com sanções mais graves que o correspondente ilícito penal, para que fosse afastada a aplicação da legislação penal. Essa situação poderia levar a que, em relação à mesma infração, ora fosse aplicada a legislação penal, ora a administrativa.

Nesse caso, duas condutas idênticas, praticadas em dois municípios distintos, integrantes de uma só comarca, poderiam ser punidas com a sanção penal em um caso e com a sanção administrativa em outro, a depender da norma municipal aplicável. Evidentemente que, ao atribuir à União competência privativa para legislar sobre Direito Penal, a CRFB/88 proibiu esse tipo de aplicação das normas penais. Por fim, essa inaplicabilidade de parte das normas penais também caracterizaria burla à competência legislativa da União em matéria penal.

Dessarte, *a ordem jurídica brasileira não comporta a aplicação de outros critérios, que não a prevalência da esfera penal, para solucionar o concurso aparente de normas penais e administrativas estaduais, distritais e municipais, exceto se previstos em legislação nacional de aplicação uniforme.*

Mesmo em relação à legislação administrativa expedida pela União, não seria possível, aprioristicamente, na ausência de lei nacional que estipule outro critério, sobrepor a aplicação da norma administrativa à penal, com fundamento na maior gravidade das sanções administrativas.

Isso porque, a grande maioria das normas penais comina a pena privativa de liberdade aos ilícitos que tipifica, ainda que se admita sua conversão em penas restritivas de direitos, a suspensão condicional do processo ou da pena privativa de liberdade aplicada. Entretanto, a concretização dessas possibilidades, demandam atuação do Poder Judiciário e/ou manifestação do acusado.

A aplicação de penas restritivas de direitos (art. 43 do CP) e a suspensão da pena privativa de liberdade (art. 77 do CP) somente ocorrem após a condenação penal e análise de condições individuais do condenado, o que inviabiliza a comparação abstrata da gravidade da sanção penal com a administrativa. A suspensão condicional do processo, que não exige condenação, somente pode ser oferecida aos que cumprem condições que à Administração não compete avaliar, nos termos da legislação vigente (art. 89 da Lei 9.099/99).

Por conseguinte, a aferição da maior gravidade da sanção administrativa em relação à penal somente ocorre após a sentença condenatória; pois, para uma pessoa, a sanção penal pode ser mais grave que a administrativa, mas para outra, não. Essa situação pode gerar insegurança jurídica em relação à norma aplicável, tornando o critério da maior gravidade da sanção cominada de difícil

aplicação, mesmo se limitado ao concurso aparente de normas penais e administrativas federais.

Por fim, a prevalência da esfera penal sobre a administrativa não é fundamentada apenas na gravidade das sanções cominadas, mas na competência expressa da União para legislar sobre direito penal, nas maiores garantias do processo penal e na coisa julgada. O dever de coerência estatal, na emissão de decisões, e a imparcialidade do Poder Judiciário também sustentam a prevalência das decisões penais em face das administrativas (ARAÚJO, 2011, p. 72 et seq.).

De qualquer forma, a solução adotada deve garantir segurança jurídica na aplicação das normas, pois não se deve admitir que cada controvérsia seja solucionada de forma diversa. Os critérios adotados devem ser gerais e aplicáveis a todos os casos similares, o que se obtém com a prevalência da esfera penal de maneira geral, na falta de norma nacional expressa em sentido contrário.

5. Conclusões

Nas últimas décadas, expande a aplicação da teoria da unidade do poder punitivo estatal, segundo a qual inexistem critérios que possam distinguir materialmente as esferas penal e administrativa, pois ambas integram a repressão estatal em sentido amplo. Decorre dessa unidade a aplicação em todas as instâncias punitivas dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo. Sustenta-se também que, devido à identidade material entre as instâncias, viola a proibição de *bis in idem* a aplicação de sanções administrativas e penais a uma mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos.

O *ne bis in idem* possui vertente processual que objetiva impedir a reiteração de processos por fatos já julgados, independentemente do resultado do processo anterior e fundamenta-se na segurança jurídica, no devido processo legal e nos efeitos negativos da coisa julgada. O princípio também integra a vertente material que veda a aplicação ao mesmo sujeito de mais de uma sanção em razão dos mesmos fatos e fundamentos.

Na ordem jurídica brasileira, a teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa, goza de ampla aceitação por parte da doutrina. Da mesma forma, a legislação pátria possui expressas previsões contrárias à incidência do *ne bis in idem* que são inteiramente acolhidas pela jurisprudência.

Sustenta-se que o *ne bis in idem* é direito fundamental não expresso inserido no sistema pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88. Sua relação com os princípios e direitos expressos na CRFB/88, tais como o devido processo legal, a segurança jurídica e a intangibilidade da coisa julgada, e sua imprescindibilidade para a concretização

desses direitos garantem-lhe o *status* de direito constitucional. O *ne bis in idem*, especialmente aplicável na relação entre as instâncias, também é reconhecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o que também impele ao abrandamento da teoria da independência entre as instâncias.

A aplicabilidade do *ne bis in idem* na relação entre as vias penal e administrativa ocorre diante da identidade de sujeito, fatos e fundamentos. A identidade de fatos pode ser reconhecida pelas relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade entre as normas; enquanto a identidade de fundamento ocorre quando o substrato da sanção é uma só relação jurídica. Como o Estado estabelece relações gerais e especiais com as pessoas submetidas a seu ordenamento, é possível que as sanções (imputadas em razão dos mesmos fatos) sejam simultaneamente aplicadas, se impostas com fundamento em diferentes relações jurídicas do sujeito com o Estado.

Diante de duas ou mais normas que impõem sanções diversas ao mesmo sujeito em razão de mesmos fatos e fundamentos, o *ne bis in idem* veda a aplicação de mais de uma delas. Se as normas que regulam o mesmo fato são válidas na ordem jurídica, está-se diante do concurso aparente de normas, que ocorre em duas situações: se a União por meio de leis que entram em vigor na mesma data tipifica com idênticos pressupostos infração penal e administrativa (critério da alternatividade); ou nos casos em que normas penal e administrativa (que punem inadimplemento de deveres instituídos em uma só relação jurídica) encontram-se em relações de especialidade, consunção, subsidiariedade ou alternatividade.

Em ambos os casos sustenta-se a prevalência da norma penal, exceto se houver norma nacional que disponha em sentido contrário. Essa prevalência fundamenta-se na expressa competência da União para legislar sobre Direito Penal e na necessidade de aplicação uniforme de suas normas no território nacional. Também fundamentam a prevalência dessa instância as maiores garantias do processo penal, especialmente a coisa julgada, inexistente na esfera administrativa.

Referências

ANDRADE FILHO, Eduardo Oliveira. *Infrações e sanções tributárias*. São Paulo: Dialética, 2003.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. Reflexos da decisão judicial penal na esfera administrativo-disciplinar. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, ano 04, n. 08, p. 69-81, jul.-dez. 2011.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 25, n. 129, p. 435-477, mar. 2017. Dossiê especial: Encarceramento em massa.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Tipicidade e discricionariedade na aplicação de penalidades contratuais. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos:* estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 281-303.

AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, sua harmonização e aplicabilidade no direito brasileiro. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 38-87, jul.-dez.2011. Disponível em: [http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br]. Acesso em: 19.04.2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 327-356, jan.-mar. 2012.

CAMPOS, Tomás Cano. Non bis in ídem, prevalencia de la via penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública,* Madrid, n. 156, p. 191-249, set./dez. 2001. Disponível em: [www.cepc.es/es]. Acesso em: 06 .03.2012.

CARVALHO FILHO, José Cândido de. *Concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, José Soares de. Concurso aparente de normas. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, Goiânia, 4(1), p. 29-35, jan.-jun. 1980.

CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 27-40, abr.-jun. 1993.

CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do poder administrativo sancionador e exame da culpabilidade na infração administrativa*. 2005. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 50, p. 237-279, set. out.2004.

CORIA, Dino Carlos Caro. El principio de ne bis in idem em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, tomo I, p. 313-343, anuário 2007.

COSTA, Wille Duarte. *Relação jurídica:* conceito e estrutura. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 60, p. 09-35, mai.-jun. 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso:* problemas fundamentales del derecho. v. I. Jacobo Lópes Barja de Quiroga (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2010.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal:* teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico*, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador:* as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 05.10.1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOLINÉ, José Cid. Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 140, p. 131-172, maio-ago. 1996. Disponível em: [www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=138&IDA=24059]. Acesso em: 10.02.2012.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral:* anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito Administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo:* estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 93-100.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. Conflito aparente de normas penais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 81-115, out.1966. Separata.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem:* história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁNCHEZ, Jeovanny Joel Hernández. Concurso aparente de leyes y concurso de delito. *Revista de derecho*, vol. 36, n. 01, p. 47-67. 2015. Disponível em: [www.lamjol.info/index.php/LRD/article/view/2649/2400]. Acesso em: 11.12.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXXI, p. 325-386, jan. 2005.

SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. Inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas por inobservância ao non bis in idem e violação à proibição de excesso. *Revista Ciência Jurídica ad litteras et verra,* Belo Horizonte, ano XXII, v. 141, p. 289-300, mai.-jun. 2008.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. O princípio *ne bis in idem* e sua vertente substancial na repressão ao ilícito fiscal. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 293-311, jul.-ago. 2007.

SIMÕES NETO, Áureo. A recepção constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 5, p. 1-44, jul.-dez. 2011. Disponível em: [http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br]. Acesso em: 19.04.2018.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantia non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador.* Madrid: Iustel, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría e Práctica del Derecho Penal Administrativo*. 3. ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. *El principio non bis in idem in idem em el ámbito ambiental administrativo sancionador*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em: [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf]. Acesso em: 22.12.2012.

VASCONCELOS, Francisco Pavon. *Concurso aparente de normas*. Puebla: Cajica, 1975.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público direito privado sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. v. 1. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador – *RBCCrim* 129/435-477 (DTR\2017\389); e
- Los principios de non bis in dem y de íntegra valoración del hecho em el marco del concurso de leyes – *Ciências Penais* 10/57–99 (DTR\2009\40).

Arêdes, Sirlene Nunes. O dever constitucional de não incorrer em *bis in idem:* identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 155. ano 27. p. 175-212. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?

German criminal law theory between adaptation and self-assertion: control of criminal politics by criminal law theory?

Urs Kindhäuser

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Universidade de Bonn.
kindhaeuser@uni-bonn.de

Tradutores:

Beatriz Corrêa Camargo

Professora de Direito Penal da Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Doutora e LL.M. pela Universidade de Bonn, Alemanha. Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.
beatrizcamargo@ufu.br

Wagner Marteleto Filho

Promotor de Justiça em MG. Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
wmarteleto@gmail.com

Autor convidado

Área do Direito: Penal

Resumo: Partindo da tarefa celebremente atribuída à dogmática de controle da política criminal, o autor investiga as possíveis funções desempenhadas pela dogmática penal, oferecendo uma análise sobre os pressupostos de legitimação de sua atividade no sistema punitivo, bem como sobre as condições de sua cientificidade. Propõe, assim, a tese de que é possível distinguir pelo

Abstract: In consideration of the famous task assigned to criminal law theory, namely that of controlling criminal politics, the author investigates the possible functions of criminal law theory, offering an analysis of the presuppositions of legitimating his activity in the punitive system, as well as the conditions of his scientificity. He proposes the thesis that it is possible to

Kindhäuser, Urs. Tradutores: Camargo, Beatriz Corrêa; Marteleto Filho, Wagner. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 155. ano 27. p. 213-225. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

menos quatro grandes áreas desenvolvidas pela dogmática penal, quais sejam: (1) a pesquisa sobre os fatos que são relevantes ao direito; (2) a investigação analítica dos fundamentos do Direito Penal; (3) a formulação de teorias para aplicação da lei; e (4) a pesquisa dos fundamentos de ordem material.

Palavras-chave: Dogmática penal – Política criminal – Hermenêutica – Teoria do bem jurídico – Funcionalismo penal.

distinguish at least four major areas developed by criminal law theory, namely: (1) research on facts that are relevant to law; (2) the analytical basic research in Criminal Law; (3) the formulation of theories for law interpretation and application; and (4) material basic research.

Keywords: Criminal law theory – Criminal politics – Hermeneutic – Legal goods theory – Criminal law functionalism.

Sumário: I. Introdução. II. Dogmática e empirismo. III. Teoria estrutural do Direito Penal. IV. Aplicação do direito: "criação de teorias". V. Pesquisa dos fundamentos de ordem material – formação de paradigmas.

Em 28 de maio de 2019, Urs Kindhäuser completa 70 anos de vida. Com vários trabalhos publicados no Brasil, o professor da Universidade de Bonn esteve por diversas vezes no país desde a sua primeira visita, por ocasião do 14º Seminário Internacional do IBCCrim (2008), quando palestrou sobre a culpabilidade penal no Estado Democrático de Direito. Este artigo, inédito em língua portuguesa, oferece uma reflexão de maturidade na obra do autor sobre a legitimidade e as limitações da dogmática penal. Isso é feito, vale dizer, desde a ótica de um cientista alemão, interessado no intercâmbio com outras culturas e particularmente afeito à filosofia. Dado à importância de sua referência para a nova doutrina brasileira, essa data não poderia passar em branco. Um feliz aniversário é o que lhe desejam os tradutores, ansiosos por suas futuras contribuições!

I. Introdução

1. Em razão de sua consolidação no sistema científico universal, a dogmática jurídico-penal alemã[1-2] – desenvolvida particularmente em âmbito universitário – goza da ampla liberdade de pesquisa e ensino asseguradas constitucionalmente. Ao mesmo tempo, contudo, a autoridade de que goze a dogmática penal

1. N.T.: Artigo originalmente publicado na *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 121, 2009, intitulado "Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik".
2. O texto constitui a íntegra da palestra apresentada no Colóquio de Professores de Direito Penal de maio de 2009 em Hamburgo. Foram acrescentadas referências para fins de exemplificação.

alemã não lhe permite reivindicar obrigatoriedade alguma para seus resultados e métodos. Um Código Penal comentado de validade geral como se empreendeu na República Democrática Alemã não existe e não deve existir. Entretanto, ao contrário de outras disciplinas científicas, é possível dizer que a dogmática se encontra vinculada simbioticamente com sistemas dotados de poder institucional. Isso ocorre de duas maneiras distintas: de um lado, é a criação de leis, com a política criminal organizada no Parlamento, a qual determina o objeto da atividade dogmática, determinando, assim, o *input* da dogmática penal. Por outro lado, essa relação simbiótica pode ser percebida na jurisprudência, que aplica os resultados e métodos desenvolvidos pela dogmática na prática, influenciando consideravelmente, portanto, o *output* da dogmática penal.

Esse pequeno espaço de atuação da dogmática, oriundo de sua constituição, diz, porém, muito pouco sobre a sua utilidade, sua autocompreensão e sua força de criação na realização das tarefas que lhe dizem respeito. A dogmática pode, sem dúvidas, também em âmbito limitado, demonstrar um enorme poder de contribuição, mais precisamente por meio do resgate da pretensão à cientificidade por ela reclamada. Com cientificidade, a dogmática pode compensar a sua debilidade institucional e fundamentar, ao mesmo tempo, a justificativa de sua existência e a sua autonomia. A cientificidade é dotada de positividade. Ademais, a cientificidade distancia o próprio posicionamento das exteriorizações espontâneas, particulares e arbitrárias, e, simultaneamente, abre espaço para críticas: sobretudo, a crítica de que as afirmações concorrentes não são científicas e, com isso, infundadas, inadequadas, ou mesmo, ilógicas.

Por isso, eu gostaria de delimitar as questões com as quais esse debate se ocupa desde uma pergunta central a respeito de saber quais são – de certo modo, em sentido kantiano – as condições de possibilidade sob as quais a dogmática jurídico-penal, precisamente na qualidade de disciplina científica, pode conviver com a jurisprudência e a legislação de maneira mutuamente vantajosa.

2. Sob uma perspectiva da teoria da ciência, pode-se distinguir pelo menos quatro grandes áreas da atividade dogmática penal, que devem cada qual satisfazer critérios científicos específicos, mesmo que em si elas frequentemente se misturem:

a) Aqui se encontra primeiramente a compreensão de fatos naturais e sociais, dos quais o direito parte enquanto ordem normativa e os quais o direito considera dignos de proteção ou modificação. Esse âmbito pode ser caracterizado de modo tópico como "pesquisa sobre os fatos que são relevantes ao direito" (*Rechtstatsachenforschung*[3]).

3. N.T.: A *Rechtstatsachenforschung* se aproxima, em parte, do que no Brasil se convencionou chamar de "pesquisa empírica no Direito". Não se resume, porém, ao sentido

b) O segundo domínio da dogmática científica, eu gostaria de denominar investigação "formal" ou "analítica" dos fundamentos do Direito Penal. O resultado dessa investigação é uma teoria estrutural do Direito Penal, isto é, uma teoria que analisa a dinâmica das relações existentes entre os tipos de regras constituintes do Direito Penal.

c) Em terceiro lugar, vem em consideração o campo mais explorado da dogmática: a formulação e a fundamentação das condições sob as quais o Direito Penal vigente, de acordo com os paradigmas admitidos, deve ser aplicado.

d) Por fim, pertence à dogmática a "pesquisa de fundamentos" de ordem material ou substancial (*Grundlagenforschung*[4]). Ela se ocupa dos paradigmas aos quais se vinculam, com maior ou menor intensidade, as teorias da aplicação do direito. Ao campo da investigação dos fundamentos materiais pertencem, especialmente, a fundamentação dos conceitos de culpabilidade e da pena.

Cada um desses quatro âmbitos citados possui uma capacidade de persuasão que lhe é própria. Isso faz com que cada um desses âmbitos, por força de sua cientificidade genuína, vincule de formas distintas o legislador, de um lado, e a jurisprudência, de outro. Dessas questões eu irei me ocupar brevemente a seguir.

II. Dogmática e empirismo

1. Sobre a relação entre dogmática e empirismo, primeiramente: o direito é uma ordem normativa, ou seja, ele cria sobre a base do mundo natural um mundo institucional, ou, como também se poderia dizer, ele transforma os fatos naturais em fatos institucionais. A imputabilidade penal de um ser humano, por exemplo, não é uma característica natural sua como a composição de seu sangue, e sim lhe

empregado pelo autor. De modo mais genérico, algumas publicações no português utilizam a tradução "fatos do direito" para a ideia de *Rechtstatsachen*. Todavia, como não se trata de um termo usual na literatura jurídico-penal, optamos por uma tradução mais descritiva do conceito para o leitor brasileiro.

4. N.T.: Termo bastante utilizado nas ciências naturais, a *Grundlagenforschung* corresponde ao que se designa, em português, como "pesquisa básica" ou *basic research*. A ideia de "pesquisa básica" se contrapõe à noção de "pesquisa aplicada" e apresenta, assim, cunho eminentemente teórico acerca de temas fundamentais, sem o compromisso de oferecer soluções imediatas a problemas concretos de ordem prática. Por se tratar de um texto voltado ao jurista, optamos, contudo, pela expressão "pesquisa de fundamentos", utilizada em uma tradução para o espanhol. Consideramos preferível à "pesquisa básica", na medida em que representa de maneira mais elucidativa ao pesquisador das ciências sociais o sentido conferido originalmente pelo autor do texto.

Kindhäuser, Urs. Tradutores: Camargo, Beatriz Corrêa; Mateleto Filho, Wagner. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 155. ano 27. p. 213-225. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

é atribuída por meio de diversas regras que dizem que, um ser humano, que demonstra ou não uma série de características naturais, *deve* ser *considerado* penalmente imputável. Que um ser humano seja considerado penalmente imputável é, portanto, uma caracterização secundária com relação à sua característica natural primária. Nesse sentido, o processo de constituição de características não conhece limites imanentes. A partir de caracterizações secundárias, caracterizações terciárias podem ser criadas e assim por diante.

Desse modo, fica claro que a atribuição de características institucionais penalmente relevantes é inválida desde o princípio quando as afirmações sobre os fatos primários correspondentes são erradas ou mal fundamentadas. Nessa medida, a compreensão adequada do ser é condição necessária para uma constituição adequada dos fatos jurídicos. Se é possível dizer que houve algum progresso no desenvolvimento do direito e da moral no ocidente, isso se deve também e, sobretudo, à demonstração empírica dos erros existentes a respeito das condições biológicas, antropológicas e sociais do homem: caça às bruxas e conclusões equivocadas sobre a homossexualidade são exemplos evidentes disso.

No que se refere ao empirismo, não há dúvidas de que a dogmática depende dele de uma maneira unilateral. Na medida em que a dogmática quer ajustar o mundo conforme os valores do direito, ela só pode recorrer àqueles mecanismos que, por sua vez, sejam capazes de conduzir efetivamente a modificações reais; a dogmática é dependente, por exemplo, de conhecimentos sobre os processos causais. Entretanto, a dogmática pode dirigir as questões que lhe interessa às ciências empíricas correspondentes e, assim, influenciar pontualmente o objeto de pesquisa e o interesse cognitivo dessas disciplinas ou estimular áreas de pesquisa interdisciplinares, como ocorre de maneira muito clara na criminologia e na medicina legal.

Isso pode, então, em última análise, repercutir indiretamente sobre a legislação e a jurisprudência. Sob esse aspecto, a dogmática pode, por meio de indagações pertinentes dirigidas às ciências empíricas, contribuir para que legislação e a jurisprudência disponham sobre informações úteis.

2. Duas coisas não podem deixar de ser mencionadas nesse contexto. Em primeiro lugar, uma vez que o Direito Penal diz respeito a uma prática social, a sua base empírica é – pode-se dizer: naturalmente – tanto mais escassa quanto mais rudimentar ela for. Quando muito, estados sociais elementares e reações apenas se deixam testar de maneira bastante limitada em condições de laboratório. Isso vale, sobretudo, em relação às possibilidades efetivas de controle por meio da pena, incluindo-se aqui as suas possíveis modificações e alternativas. Nessa medida, é de certo modo tentador substituir esses âmbitos pouco explorados do

conhecimento empírico pelo *pathos* metafísico e imunizá-los contra o empirismo – uma solução cientificamente questionável.

Em segundo lugar, a diferenciação, com base na teoria do conhecimento, entre as determinações empíricas e a constituição de qualidades normativas secundárias pode também contribuir à transparência da argumentação. Assim, a afirmação de que alguém é um inimigo diz, no máximo, que ele apresenta as características empíricas sob as quais ele *deve* ser *considerado* um inimigo. Logo, quem contesta a existência de inimigos jurídico-penalmente relevantes não é necessariamente cego com relação aos fatos naturais. Pode ser sem dúvida admitida a existência de determinados diagnósticos empíricos sem, contudo, se aceitar esses diagnósticos como constituintes de um conceito de inimigo. E, sobretudo, não se pode dizer que quem nega um conceito normativo de inimigo deveria considerar como normativamente correto que os diagnósticos empíricos correspondentes sejam assim como eles são.

III. Teoria estrutural do Direito Penal

1. O segundo âmbito da dogmática penal, o da teoria estrutural, trata da análise e da reconstrução das condições semânticas, pragmáticas e deontológicas sob as quais as proposições dogmáticas podem ser formuladas e aplicadas sem contradições.

Como área de investigação, uma teoria estrutural analítica do direito foi desenvolvida até o momento apenas em alguns de seus fundamentos – sem dúvida, muito importantes[5]. A reserva geral com relação a esse objeto de investigação deve-se, em minha opinião, ao fato de que, por um lado, o instrumento de trabalho do analítico é bastante complexo, ao mesmo tempo em que o produto da análise por vezes parece ser escasso ou trivial, pois o analítico, *ex definitione*, não pode tirar da cartola mais do que ali já se encontrava antes.

Mas isso não deveria ofuscar o fato de que há muitas conexões e implicações condicionadas formalmente, as quais somente podem ser descobertas e tornadas compreensíveis por meio das lentes do trabalho analítico. Eu gostaria de citar alguns exemplos: as regras que servem à atribuição de responsabilidade submetem-se a leis lógicas diversas daquelas com as quais são formuladas as valorações e as exigências de "dever-ser". Em consequência, as regras do estado de necessidade justificante diferenciam-se das regras do estado de necessidade exculpante já no plano lógico. Ou: uma colisão de deveres justificante é logicamente distinta de uma norma geral permissiva, pois ela se relaciona com a

5. Programático a esse respeito, HRUSCHKA JZ 1985. p. 1 e ss.

capacidade de ação e não com a descrição do comportamento. Ou ainda: as proposições de uma metalinguagem possuem um *status* diverso do das proposições de uma linguagem-objeto, com a consequência de que as regras de concorrência e de colisão pertençam a um nível lógico distinto em comparação com as regras constitutivas do delito.

A lista de contribuições da dogmática penal teórico-estrutural é bastante vasta. No contexto que estamos tratando, porém, são de interesse principalmente três aspectos:

a) A teoria estrutural do Direito Penal é uma ciência exata. Nessa medida, a sua lógica imanente é obrigatória e vincula por força da verdade analítica também a legislação e a jurisprudência.

b) Uma vez que a teoria estrutural do Direito Penal é independente do conteúdo contingente da *lex lata*, ela permite um discurso universal que vai além da provincialidade do Direito Penal nacional. Se a dogmática penal alemã quer ter um papel nesse discurso – talvez até um papel de vanguarda – então ela não pode abrir mão de uma contribuição de peso à teoria estrutural.

c) A ampla independência de uma teoria estrutural do Direito Penal com relação ao seu conteúdo possibilita, além disso, recorrer-se aos métodos e resultados da ética e da lógica analíticas. Também aqui se tem a chance de um diálogo interdisciplinar frutífero.

IV. Aplicação do direito: "criação de teorias"

1. Com isso eu chego ao terceiro âmbito de atividade da dogmática jurídico-penal, qual seja, o esclarecimento dos pressupostos substanciais de uma aplicação da *lex lata* que seja realizada de uma maneira igualitária e aberta à revisão. A dogmática jurídico-penal penal possui aqui a tarefa de demonstrar, por meio da interpretação, o sentido e o contexto de fundamentação das proposições jurídicas específicas e relacioná-las às ideias jurídicas fundamentais, integrando-as em um sistema coerente[6]. Tais pressupostos fundamentados de aplicação da lei são comumente denominados "teorias", "correntes doutrinárias" ou "opiniões".

Para teorias desse tipo não existe um sistema de parâmetros rígidos a partir dos quais essas teorias devem se orientar de maneira obrigatória. Elas se orientam

6. Para uma definição correspondente da dogmática jurídica, veja-se HOLLERBACH. Artikel Rechtswissenschaft. In: GÖRRES-GESELLSCHAFT (Org.). *Staatslexikon*. 7. Aufl. 1988. Band 4. p. 751 e s.

livremente pelos princípios de interpretação, tais como a interpretação gramatical, sistemática, histórica e teleológica, bem como se vinculam a diversos paradigmas valorativos. Nesse sentido, a pretensão de validade de tais teorias é relativa à validade desses mesmos paradigmas e princípios de interpretação. Exemplo de paradigmas aos quais nos referimos são a proteção de bens jurídicos, o princípio da culpabilidade ou o princípio da garantia no Direito Penal. Sem dúvida, é raro que as fundamentações se aprofundem tanto a ponto de chegar nesses paradigmas. Na maior parte das vezes, as teorias contentam-se com linhas de raciocínio simples, as quais, de um modo mais ou menos ostensivo, desembocam em afirmações evidentes ou invocam autoridades convenientes – doutrina dominante, legislador, jurisprudência pacífica, e assim por diante.

2. A ordem sistemática das teorias dogmáticas segue uma lógica classificatória e geralmente se orienta por fins didáticos. Por conta de suas divisões classificatórias, as teorias dogmáticas não integram qualquer contexto sistemático geral, nem mesmo quando tomam por parâmetro os paradigmas mais relevantes. Assim, o fato de se adotar a teoria do ato isolado (*Einzelaktstheorie*) na desistência não implica nenhuma consequência sobre a questão acerca de saber se a teoria da potencialidade (*Potenzialitätstheorie*) deve ser adotada no crime de cárcere privado. Em suma: Compilações manualísticas de teorias dogmáticas costumam ter a natureza de livros de receita, cuja qualidade das receitas se orienta à suposta habilidade culinária do leitor. Nesse tocante, em relação aos métodos e resultados da dogmática penal no nível da aplicação do direito, pode-se dizer que eles se encontram no âmbito do *topos* argumentativo.

3. É possível demonstrar de forma relativamente simples a inconsistência de teorias dogmáticas quando elas recaem em contradições valorativas de maneira mais ou menos óbvia, contradizem a letra da lei de modo evidente, ignoram relações sistemáticas ou conduzem a resultados que passam longe da finalidade da lei. Mas o mesmo não vale para o contrário: se uma teoria é correta realmente, é algo que não se deixa verificar. E, consequentemente, duas teorias concorrentes não se excluem reciprocamente no sentido de "verdadeiro ou falso". Assim, deveria ganhar, num sentido negativo inverso, aquela teoria que conflita o mínimo possível com os paradigmas atualmente vigentes. Ou, dito positivamente: possui maior força explicativa a teoria que melhor corresponde aos critérios dos cânones interpretativos e aos paradigmas fundamentais. Critérios externos, como certa segurança de decisão por meio da manutenção de soluções tradicionais, de forma alguma possuem um papel injustificado nesse contexto.

Por não serem raras as vezes em que teorias concorrentes tenham cada qual aspectos positivos em seu favor, podendo, igualmente, a importância desses

aspectos variar conforme o caso, é indispensável um certo poder de decisão no âmbito da dogmática jurídica tópica, contanto que essa se faça plausível.

Disso se segue, no entanto, que são restritas as possibilidades de a dogmática jurídico-penal universitária influir sobre a jurisprudência e o legislador. Ainda que a jurisprudência leve críticas em consideração ou adote uma proposta acadêmica, não necessariamente a nova direção será superior à antiga. Como exemplo, tomemos a ampliação pela jurisprudência dos casos de autoria mediata para abarcar as hipóteses de exploração dos cursos regulares[7]. A questão sobre se esse caminho realmente constitui um passo conveniente na teoria do concurso de pessoas é uma questão da qual até mesmo alguns adeptos da teoria do domínio do fato chegam a duvidar.

4. Por conta disso, me parece completamente equivocado o caminho de tão somente repetir as decisões jurisprudenciais. Embora a jurisprudência aplique a lei também sob o manto do poder institucional, sob o ponto de vista científico, as teorias utilizadas pela jurisprudência são tão criticáveis quanto qualquer outro posicionamento doutrinário (além de serem esses teorias elucidadas apenas conforme o caso, ainda por cima)[8]. Assim, a aclamação superficial à jurisprudência dá mostras de ser um desserviço ao poder judiciário em sua busca por uma aplicação convincente do direito, sobretudo porque não poucas mudanças fundamentais de orientação na jurisprudência remontam a vozes contumazes na literatura penal – nesse sentido, sejam mencionadas apenas as decisões sobre a *actio libera in causa* ou sobre o "crime continuado". Para se estabelecerem, tais ideias necessitam de uma repetição insistente no ensino universitário, além disso.

V. Pesquisa dos fundamentos de ordem material – formação de paradigmas

1. A mera solução tópica de problemas é insatisfatória, e isso não apenas por lhe faltar maior consistência, mas também porque ela não permite compreender a instituição do Direito Penal como um elemento funcional da realidade social. De fato, somente em tal perspectiva podem ser identificados os paradigmas dentro dos quais se movimentam as teorias dogmáticas. Por isso, a dogmática exercida cientificamente precisa, necessariamente, de uma pesquisa dos fundamentos de ordem material, cujo objeto é a reflexão acerca de seus paradigmas.

7. Sobre essa questão, bem como os precedentes da discussão, NACK, GA 2006. p. 342 e ss.

8. Sobre o sentido e a razão dessa crítica desde a perspectiva do juiz, de maneira afortunadamente clara e aberta, FISCHER. In: Michalke u.a. (Hrsg.) Festschrift für Rainer Hamm, 2008. p. 63 (74 e ss.).

Ao contrário da teoria analítica estrutural, a pesquisa dos fundamentos de ordem material encontra-se no centro das atenções da ciência jurídico-penal. Aqui são formulados, testados, reconhecidos ou rejeitados os princípios com base nos quais se pode tomar posição a respeito do desenvolvimento geral do Direito Penal. A ciência jurídico-penal retoma, nesse âmbito, as correntes atuais do desenvolvimento histórico das ideias, mais especificamente, nos âmbitos da filosofia, das ciências sociais e da medicina. As palavras-chave do momento são, entre tantas outras, "pesquisa cerebral", "conceito funcional de culpabilidade", "sociedade do risco" e, como *dernier cri*, o chamado "Direito Penal do inimigo".

A busca permanente da dogmática jurídico-penal por um fundamento vale a pena por pelo menos dois motivos. De um lado, a discussão sobre os fundamentos se mantém ao nível do tempo e recebe, com isso, novos impulsos propulsores. Por outro lado, quem se ocupa da dogmática vê-se confrontado, desde uma perspectiva cambiante, com o juízo elementar inalterado de que lida com os pressupostos da imposição de um *mal*. A dogmática jurídico-penal vê-se nessa medida sujeita constantemente a uma pressão por legitimação, a qual instrui não apenas quanto ao trabalho meticuloso a ser feito, como também quanto ao profundo ceticismo no que se refere às bênçãos obtidas por esse ofício.

2. A autorreflexão sobre o próprio fundamento, junto da clara consciência, que lhe acompanha, de que a pena é um mal que carece imperiosamente de legitimação, é algo que une teóricos do Direito Penal de orientações políticas e de visão de mundo extremamente diversas no reconhecimento quanto à necessidade de ter que apresentar limites à política criminal. Isso leva a uma confrontação, em certa medida condicionada pelo sistema, entre uma dogmática escrupulosa, de um lado, e uma política criminal indiferente, de outro lado.

Por isso, os cientistas penais aceitam o chamado caráter fragmentário do Direito Penal, sem maiores problemas, como uma barreira para seu próprio trabalho sistemático. Lacunas e fissuras ao nível da aplicação tópica do direito são aceitas se puderem ser niveladas como expressão de uma proteção penal lacunosa e fragmentária. Em contrapartida, o caráter fragmentário do Direito Penal só é tolerado político-criminalmente se ele se deixa associar com o princípio da *ultima ratio*, enquanto é percebido como algo desaprovado se conduzir a um tratamento desigual a ilícitos iguais e comparáveis. A razão pela qual pode ser objeto de apropriação uma coisa que esteja na posse imediata, mas não uma coisa que permaneça na posse apenas mediata, como defendia a doutrina dominante no caso do § 246 StGB, em sua redação antiga, é algo dificilmente compreensível em termos de política criminal.

3. Até o momento, essa confrontação entre posições dogmáticas está tão belicamente travada, que se diferencia entre o bom e o mau Direito Penal, e a própria posição – compreendida como um Direito Penal esclarecido e refletido – é tomada *per se* como mais vantajosa. A partir dessa perspectiva, até mesmo o desenvolvimento da *lex lata* é apresentado como uma permanente deterioração; ainda, segundo essa visão, a lei penal cambaleia, em certa medida, cegamente, em uma direção que se distancia sempre mais de um Direito Penal submetido ao Estado de Direito e limitado pela proteção de lesões de bens jurídicos pessoais. Esse estado "impossível" do Direito Penal contemporâneo[9] é diagnosticado como o sintoma de um alargamento de delitos de perigo abstrato, de uma redução do princípio da culpa e de uma policialização do direito processual

Contudo, esse diagnóstico parece-me sofrer de uma relevante falta de clareza, nomeadamente e, sobretudo, acerca de com qual estado do Direito Penal o estado atual é comparado. Caso se trate de uma tese histórica, eu a considero – medida no nosso estado atual – como simplesmente falsa. Às maiores realizações do Iluminismo pertence, seguramente, sua contribuição para uma formulação mais humana da forma, do conteúdo e da execução da pena estatal. Mas mesmo o Código Penal bávaro de 1813, com suas penas de morte e açoite, casas de castigo e trabalho forçado, castigos corporais, calabouços isolados, me parece estar a anos luz de servir, seriamente, como um modelo a ser seguido. Visto historicamente, o Direito Penal atual, em sua atenção à liberdade e dignidade humanas, bem como em sua compreensão de pena adequada à culpabilidade, supera de longe seus antecessores modernos.

Caso a tese, no entanto, se refira a um estado de coisas imaginado, necessitar-se-ia, primeiro, ser respondida a questão sobre por que esse estado idealizado do Direito Penal deveria ser melhor que uma situação na qual, simplesmente, não se dá nenhuma imposição do mal como pena. Parece-me que a legitimação do "se" é muito mais difícil do que a legitimação do concreto "como". Mas, caso o "se" seja legitimado à partida, então não há outros paradigmas dentro dos quais há de mover-se uma política criminal direcionada a valores humanitários e valores próprio do Estado de Direito que não sejam os nossos reconhecidos princípios de Direito Constitucional. Obviamente, vale também a exigência de que o Direito Penal, desde o início, seja constituído de forma o mais possivelmente restrita, e se oriente, em seu conteúdo, ao princípio da culpabilidade. Mas essa exigência não

9. Comparar: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995; não menos chamativa a coleção "Jenseits rechtsstaatlichen Strafrechts" organizada pelo mesmo Instituto no ano de 2007.

é nada mais do que uma demanda axiologicamente bem fundamentada e fundamentável. De modo algum constitui tal exigência uma referência que faz lembrar uma fase real ou imaginária, na qual o Direito Penal se encontrasse em uma situação menos problemática do que a de hoje.

O já mencionado Código Penal bávaro de 1813 mostra, a propósito, de modo muito ilustrativo, que os pressupostos típicos de um delito se relacionam estreitamente com a severidade do resultado jurídico[10]. Se o legislador de hoje cria tipos – como o da perseguição ou *stalking* (§ 238 StGB), ou da fraude a seguros (§ 265 StGB) – cujo teor literal inclui formas de comportamento socialmente adequadas, então é também porque, face às possibilidades de direito material e processual, não há qualquer risco no sentido de que bagatelas sejam ameaçadas com penas graves. Em suma: hoje nos arrastamos lentamente, e com muitos caminhos acidentados à frente, mas não nos movemos em uma direção completamente equivocada. No entanto, para combater regulamentações apressadas de política criminal, seria conveniente, em minha opinião, seguir a sugestão de *Amelung* no sentido de se exigir uma maioria parlamentar qualificada para a elaboração de leis penais[11].

E ainda uma observação pessoal, para concluir: no discurso acerca de um modelo de Direito Penal correto, os cientistas penais certamente estão na posição de responder adequadamente às questões técnicas pertinentes. Contudo, a consideração de que, em um discurso democrático acerca dos paradigmas fundamentais do Direito Penal, os cientistas penais disporiam de um saber privilegiado em face de outros cidadãos, é algo que dificilmente se deixaria afirmar em boa consciência, como ensina a amarga experiência histórica.

---

10. Suscinto e adequado acerca da ausência de limites do Direito Penal, NELLES. In: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (Hrsg.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000. p. 417 (422 e ss.)

11. AMELUNG. In: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*, 2003. p. 155 (p. 164).

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha – *RBCCrim* 58/64-84 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/245-262 (DTR\2011\1772); e
- Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso – *RBCCrim* 121/127-160 (DTR\2016\21996).

Plea bargaining e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil

Plea bargaining and its legal aspects: foreign challenges for Brazil

Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça (CNPCP/MJ). Ex-Presidente da Comissão de Direito Penal da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo (OAB/SP). Advogado.
alamironetto@terra.com.br

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Processual; Civil

Resumo: Este artigo tem como finalidade fazer uma análise do instituto do *plea bargaining*, estratégia processual característica do sistema jurídico da *common law* e por meio da qual o acusado, ao admitir a culpa pela prática do delito, recebe benefícios e atenuações de penas. São analisadas as origens do modelo, seus principais conceitos, bem como as polêmicas e consequências práticas que produz. Alguns pontos relevantes a respeito do tema são destacados para promover a discussão no âmbito jurídico brasileiro.

Palavras-chave: *Plea bargaining* – Direito penal – Direito processual penal – Política criminal – Seletividade criminal – Direito comparado.

Abstract: This article aims to make an analysis of the plea bargaining institute, procedural strategy characteristic of the common law legal system and through which the defendant, when admitting guilt for the practice of the crime, receives benefits and mitigations of penalties. It analyzes the origins of the model, its main concepts, as well as the controversies and practical consequences that it produces. Some relevant points on the topic are highlighted to promote discussion in the Brazilian legal framework.

Keywords: Plea bargaining – Criminal law – Criminal process law – Criminal policy – Criminal selectivity – Comparative law.

Sumário: 1. Exposição de motivos e finalidades deste breve estudo. 2. O conceito do instituto do *plea bargaining*. 3. A admissão de culpa no modelo anglo-saxão. 4. Tipos de barganha e o incentivo para as admissões de culpa. 5. *Plea bargaining* e o contexto jurídico anglo-saxão. 6. Principais enfoques na literatura e pesquisa especializadas. 6.1. A incidência massiva do

Salvador Netto, Alamiro Velludo. *Plea bargaining* e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 155. ano 27. p. 229-264. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

plea bargaining. 6.2. Discricionariedade e falta de clareza nas decisões dos órgãos acusatórios. 6.3. Disponibilidade de dados e estatísticas. 7. Debates e problemas. 7.1. A condenação de inocentes. 7.2. O viés racial nos acordos de culpa penal. 8. Observações finais: desafios para o Brasil. 9. Bibliografia.

1. Exposição de motivos e finalidades deste breve estudo

O tema do *plea bargaining* assumiu nos primeiros meses de 2019 um relevante protagonismo nas discussões jurídicas e acadêmicas brasileiras. Isso decorreu, fundamentalmente, de proposição do Governo Federal destinada à adoção desta prática processual e judiciária, trazendo ao sistema de justiça nacional um instituto de origem estrangeira[1]. Trata-se de uma forma de resolução de conflitos criminais bastante própria do modelo anglo-saxão (*common law*), o que, sem dúvida, impõe com maior intensidade as mais diversas reflexões acerca da adaptabilidade e compatibilidade desta formulação jurídica com a denominada tradição continental romano-germânica (*civil law*), na qual o Brasil historicamente sempre esteve inserido.

Este estudo não tem como finalidade, evidentemente, esgotar a discussão sobre a matéria, nem sequer abordar todos os pontos e formas de enfoque possíveis. A pretensão é simplesmente, ao aproveitar uma instância de investigação que me foi permitida em janeiro/fevereiro de 2019 na Universidade de Oxford na Inglaterra, perfilar alguns esclarecimentos, ponderações e problematizações acerca do complexo assunto. O texto, portanto, tem um viés preambular, destinado a enfrentar a temática com a lente brasileira e por meio da literatura estrangeira autorizada. Muitos trabalhos posteriores serão necessários, haja vista a necessidade de verticalizar vários dos assuntos aqui referidos e, principalmente, de impedir compreensões apressadas e equivocadas em face do tema.

É preciso dizer, de início, que o instituto jurídico demanda minimamente dois planos de indagação, os quais, tantas vezes, sequer podem ser enfrentados conjuntamente pelo mesmo método e único investigador. Um deles reside no imprescindível conhecimento da origem, significado e formulação conceitual

1. Pesquisa realizada e recentemente divulgada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) mostra que 90% dos juízes posicionaram-se favoravelmente à adoção da medida. Os índices de aceitação são de 92,2% entre os magistrados de segunda instância, enquanto 89% dos juízes de primeiro grau também a aprovam. Disponível: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-de-moro/]. Acesso em 12.02.2019.

do *plea bargaining*. Parece ser irresponsável incorporar qualquer concepção ou instrumento jurídico sem um elevado nível de conhecimento das suas razões de existir em determinado contexto social. Sem estas conceituações básicas e propedêuticas, as discussões se transformam em debates tépidos, repletos de argumentos sem consistência, muito mais baseados em subjetividades intuitivas do que propriamente em fundamentos sólidos e racionais. O sistema criminal não pode apegar-se a falsas soluções, como se a prática existente no estrangeiro fosse, por si só, apta a revelar o segredo mágico para a superação dos sérios problemas do Brasil, a exemplo dos específicos desafios da criminalidade de massa e dos delitos econômicos.

O outro plano de indagação, desta vez sob uma perspectiva mais concreta, alude ao produto efetivo e aos impactos concretos que o *plea bargaining* apresenta na realidade dos países que entenderam por bem assumi-lo em seus respectivos ordenamentos. Não pode ser considerado adequado, por razões óbvias, incorporar um instituto que não conduz a bons resultados sequer em seus locais originais de aplicação. A realidade brasileira deve dispensar quaisquer formulações que aumentem, ainda mais, a seletividade do sistema de justiça e a correlata vulnerabilidade de muitas das pessoas que com ele estão cotidianamente envolvidas. Elementares, portanto, são as preocupações com as consequências práticas dessa fórmula.

Em suma, dois passos devem ser dados. O primeiro, de cunho mais dogmático, consiste na observação e entendimento do conceito e das características essenciais destes *acordos de culpa penal*. O segundo passo reside na busca pelas consequências efetivas que o instituto produz aos sistemas de justiça que o aplicam. Para isso, algumas pesquisas estatísticas podem auxiliar no esclarecimento, eis a atual preocupação com a coleta de dados que parece nortear os trabalhos acadêmicos no Reino Unido e, destacadamente, nos Estados Unidos da América.

2. O conceito do instituto do *plea bargaining*

A existência dos acordos em matéria penal no Direito anglo-saxão, destacadamente nos Estados Unidos e no Reino Unido, é uma de suas marcas mais significativas. Abarcam diversas possibilidades práticas e propósitos jurídicos, a depender, já de início, de ser o acusado uma pessoa física ou uma pessoa jurídica (*corporate liability*) [2].

2. Os denominados *DPAs* (*deferred prosecutions agreement*) são uma invenção norte-americana e se aplica aos casos de infrações envolvendo pessoas jurídicas, cuja

Seguindo as palavras de SPRENGER, esta lógica dos acordos almeja que, em todos os casos, sejam "buscadas remediações apropriadas e proporcionais à infração, ao mesmo tempo em que os acusados obtenham salvaguardas contra indesejáveis efeitos colaterais da condenação criminal"[3]. Percebe-se neste ponto uma dimensão notadamente pragmática. Ao acusado compete um verdadeiro cálculo de custos e benefícios. Por um lado, pode escolher a admissão negociada da responsabilidade com consequências punitivas limitadas e previamente conhecidas. Por outro, pode o réu preferir navegar pela incerteza do resultado do processo judicial, podendo alcançar tanto a absolvição quanto a condenação com sanções penais e reflexos cíveis e administrativos muito mais gravosos.

De modo geral, o *plea bargaining* pode ser definido como o procedimento por meio do qual o acusador e a defesa chegam a comum acordo, resultando essencialmente em espécie de contrato entre as partes. Para tanto, "o acusado dispensa o seu direito de ser processado e julgado em processo criminal, trocando-o pela redução da gravidado dos delitos e/ou da severidade da sentença"[4]. Conforme SPRENGER, "o acusado admite a responsabilidade sem submeter-se ao processo e, como contrapartida, a acusação concorda em retirar certas imputações ou recomendar ao Tribunal uma sentença mais favorável. A depender das diversas jurisdições, estaduais e federal, em que o acordo é celebrado, o papel

---

responsabilidade é amplamente admitida nos Estados Unidos. O acordo tradicionalmente é feito antes mesmo da existência do processo acusatório formal (*pre-trial*), inserindo a empresa em programas de supervisão. Ao final, se houver sucesso no cumprimento das obrigações a empresa sequer será processada ou, na hipótese de já existir a demanda, será esta retirada. Essa modelo *DPA* de negociação com as pessoas jurídicas, adicionado ao comprometimento empresarial no esclarecimento das infrações, remonta ao início da década de 1990 naquele país. SPRENGER, Polly. *Deferred prosecution agreements*: the law and practice of negotiated corporate criminal penalties. London: Thomson Reuters, 2015, p. 78.

3. Evidentemente que os procedimentos são diversos em casos de pessoas físicas ou jurídicas. Segue o texto: "while criminal diversion is generally available to individual defendants accused of certain classes of crimes (most predominantly low-level drug offences), DPAs generally must be earned by the corporate defendant through co-operation. This is consistent with the US government´s frequently articulated policy that the government seeks corporate co-operation in complex financial crime". SPRENGER, Polly. *Deferred prosecution agreements*: the law and practice of negotiated corporate criminal penalties. London: Thomson Reuters, 2015, p. 77.
4. JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. In: *Annual review of law and social science*. Vol. 12: July/2016, p. 482.

desempenhado pelo juiz e pelo promotor de justiça assume específicas nuances. Em algumas jurisdições, principalmente no Reino Unido, a decisão judiciária em aceitar ou recusar a barganha concretizada pelas partes assume maior amplitude e relevância. Entretanto, a atual tendência é conferir ao Poder Judiciário apenas a função formal de homologar os termos da negociação e as cláusulas ali estabelecidas[5].

A doutrina norte-americana ressalta que o *plea bargaining* pode assumir diversas formas. A mais comum é aquela em que o réu e o órgão acusatório celebram acordo no qual o acusado declara-se culpado e, em contrapartida, recebe uma punição atenuada, ou seja, menos grave do que aquela que poderia advir do julgamento e da análise das evidências existentes nos autos. Além disso, e sempre a depender das diversas jurisdições estadunidenses, existem outros casos em que a declaração de culpa tem como condição alguns compromissos assumidos pelo Ministério Público, principalmente aquele de recomendar ao Tribunal maior leniência punitiva com o réu, a exemplo da aplicação de penas alternativas à prisão. Em outra situação, pode ainda o promotor comprometer-se a não prosseguir com acusações atinentes a outros crimes correlatos, valendo tal modalidade para as hipóteses em que o réu se vê investigado por múltiplas infrações penais[6].

No Direito Inglês, e na conformidade do *Federal Rules of Criminal Procedure – rule 11(c)*, o acordo deve ser produto da discussão entre o órgão acusatório e o defensor do acusado, devendo o Tribunal não participar deste debate[7]. No documento a ser subscrito ao final, deverá constar as consequências ajustadas entre os celebrantes, já que o Poder Judiciário tratará o produto da negociação como "um contrato entre as partes, mas que pode ter os seus termos aceitos ou rejeitados"[8]. Caso as cláusulas do acordo sejam descumpridas por algum

5. SPRENGER, Polly. *Deferred prosecution agreements*: the law and practice of negotiated corporate criminal penalties. London: Thomson Reuters, 2015, p. 79.
6. LAFAVE, Wayne R. ISRAEL, Jerold H. KING, Nancy J. KERR, Orin S. *Criminal procedure*. 5. ed. Minneapolis: Thomson Reuters, 2009, p. 1000.
7. O acusado pode admitir a culpa sem qualquer tipo de negociação com o órgão acusatório, motivado simplesmente pelo fato de antever a sua condenação e buscar uma pena atenuada. Porém, "more common is explicit bargaining in which the defendant enters a plea of guilty only after a commitment has been made that concessions will be granted (or at least sought) in his particular case". LAFAVE, Wayne R. ISRAEL, Jerold H. KING, Nancy J. KERR, Orin S. *Criminal procedure*. 5. ed. Minneapolis: Thomson Reuters, 2009, p. 1000.
8. SPRENGER, Polly. *Deferred prosecution agreements*: the law and practice of negotiated corporate criminal penalties. London: Thomson Reuters, 2015, p. 80.

dos signatários, ambos estarão desobrigados em face do quanto tratado. Originalmente, o pacto será feito em sigilo, devendo ser apresentado publicamente somente perante o juízo competente. Em circunstâncias especiais, a sua apresentação poderá ser igualmente feita em caráter reservado no Tribunal.

3. A admissão de culpa no modelo anglo-saxão

O instituto do *plea bargaining* reside no cerne de uma estrutura processual penal que é bastante característica do modelo anglo-saxão. Por isso mesmo, essa dinâmica processual encontra pouca semelhança com as etapas e fases do processo continental e, à primeira vista, pode até mesmo causar alguma estranheza. Não é possível entender os acordos de culpa sem perceber um dos momentos mais relevantes de qualquer procedimento criminal inglês ou norte-americano. Trata-se dos chamados *pleas*, aqui traduzidos, sem maiores rigores, como *declarações*.

Formulada a acusação pelo Ministério Público, o qual estabelecerá o fato imputado e definirá a tipificação de um ou mais delitos, compete ao réu, como providência processualística inicial, uma de duas escolhas possíveis: declarar-se culpado ou inocente (*guilty or not guilty*)[9]. Caso se declare inocente, a pretensão acusatória será objeto de instrução, julgamento e decisão (*trial*). A admissão de culpa, por sua vez, extingue o contraditório e encerra a demanda, competindo ao magistrado, haja vista o consenso estabelecido entre as partes, proferir a sentença. Tudo isso permite dizer sem qualquer exagero que, no âmbito do processo penal anglo-saxão, uma "das decisões-chave para quem é processado é como se declarar"[10].

9. Excepcionalmente existem outras declarações viáveis, como a alegação de situações semelhantes às nossas exceções de coisa julgada e litispendência (*autrefois convict* e *autrefois acquit*) ou, ainda, *the rare plea of not guilty by reason of insanity*. ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 291.

10. *One of the key decisions for people who are prosecuted is how to plead.* A competência para julgamento de infrações penais varia de acordo com a sua gravidade. No caso da Inglaterra, onde não se utiliza o conceito norte-americano de *felony* para definir os delitos mais graves, o julgamento da demanda pode ser feito nas *Magistrate´s courts*, na hipótese de crimes menos graves (*Summary offences*) ou nas *Crowns Court*, situação que envolve as infrações mais graves (*Indictable-only offences*). Há, ainda, uma gama intermediária de delitos que pode ser julgada em ambas as jurisdições (*Either way offences*). ASHWORTH e REDMAYNE anotam que os índices de absolvição são maiores nas *Crown Courts*, entretanto o julgamento tende a ser moroso e, nos casos em que são

Essa possibilidade do acusado em se declarar culpado, e consequentemente abreviar sua decisão condenatória na medida em que será dispensada qualquer instrução ou atividade processual desta índole, é algo bastante inusitado para a racionalidade processual penal brasileira e europeia continental. Não obstante algumas inovações legislativas que apresentaram soluções consensuais na justiça criminal, como foi o caso da Lei 9.099/1995, existe uma diferença profunda entre as transações penais nos moldes aqui conhecidos e a prática britânica e norte-americana de plena admissão ou declaração de culpa. Basta dizer que no Brasil, por exemplo, a aceitação da transação penal ou da suspensão do processo[11] não importam na consequente aceitação da responsabilidade penal. Se não bastasse, mesmo a confissão, tal como posta na legislação nacional, é desprovida de qualquer capacidade de substituir a instrução e encerrar o processo, além de poder ser confrontada com os demais elementos de provas. O réu confesso, a depender das demais provas colhidas, poderá ser absolvido[12].

Essa diferença do sistema brasileiro com o modelo norte-americano e inglês representa duas vertentes muito distintas a respeito do próprio processo penal. Embora nos últimos anos exista uma tendência mundial de "americanização" do

proferidas condenações, as penas costumem ser mais elevadas se comparadas com as fixadas nas *Magistrate´s courts*. ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 291.

11. No direito inglês existe solução que apresenta alguma similitude com a suspensão do processo brasileira, na qual algumas condições podem ser impostas. Exemplo disso: "participation in a programme of work or treatment, and the threat of prosecution is suspended conditionally on compliance with the agreed terms". Ocorre, contudo, que no sistema britânico é imprescindível, para ter direito ao benefício, que o réu admita a culpa, algo absolutamente contrário ao texto legal no Brasil. ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 308.

12. LOPES JR. bem destaca as características da confissão no processo penal brasileiro. Não mais pode ela ser vista como a "rainha das provas", eis que o seu valor é "relativo e não goza de maior prestígio que as demais provas". E suas precisas palavras: "A confissão deve ser analisada no contexto probatório, não de forma isolada, mas sim em conjunto com a prova colhida, de modo que, sozinha, não justifica um juízo condenatório, mas, por outro lado, quando situada na mesma linha da prova produzida, em conformidade e harmonia, poderá ser valorada pelo juiz na sentença". LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 646-647. No mesmo sentido, igualmente estacando a necessidade de confrontar a confissão com os demais elementos de provas existentes nos autos. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 633.

sistema criminal, inclusive com a "exportação" do *plea bargaining* para alguns países filiados à tradição romano-germânica, ainda não se pode considerar como superada a dicotomia entre os modelos adversarial (*common law*) e inquisitorial (*civil law*). A diferenciação tradicional entre as duas modalidades ocorre em face da diversa distribuição de poderes entre os atores processuais (juiz, acusação e defesa). O padrão adversarial afirma que o conflito deve ser estabelecido entre as partes, ante um órgão decisório observador e passivo. Já a noção inquisitorial enxerga o processo penal como um procedimento oficial, que vai além do interesse das partes, cuja finalidade última é desvelar a verdade[13]. Essa bipartição de concepções deixa clara a tendência em conferir maior poder para as partes, inclusive de barganhar e transigir, na formatação adversarial. No sistema inquisitorial, a caracterização pública do processo costuma engessar esse tipo de acordo e confere ao julgador maior centralidade e protagonismo.

Essa distinção entre o padrão adversarial e inquisitorial não se cinge apenas a aspectos procedimentais. Por detrás desses modelos estão sediadas diferenças profundas, verdadeiras e genuínas mentalidades a respeito da missão do processo penal, dos limites do poder do Estado e das garantias conferidas ao cidadão acusado da prática de injustos penais. Nesse ponto, aliás, irretocável a anotação de LANGER, ao afirmar que "os modelos adversarial e inquisitorial não são apenas duas formas de estruturar procedimentos criminais, mas são também dois jeitos de entender e representar o processo criminal". Não é à toa, aliás, que LANGER estuda em seus escritos exatamente a adoção de modelos próximos ou talvez inspirados no *plea bargaining* na Argentina, Itália, França e Alemanha. Para ele, ainda que possa ser transportada uma geral noção procedimental e consensual na esfera criminal, isso é muito diverso de transferir a amplitude real e a estrutura de sentido que esse mecanismo possui dentro do sistema anglo-saxão[14].

13. LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. V. 45: Boston, 2004, p. 4.

14. De acordo com o trabalho de LANGER, a adoção de procedimentos criminais consensuais com características peculiares e próprias em variados países pertencentes à tradição da *civil law* (Argentina, Alemanha, França e Itália) não implicou propriamente na adoção dos valores elementares do sistema anglo-saxão, e sim na possibilidade de uma espécie de fragmentação da unidade ou diferenciação interna do sistema continental. No tocante a essa formulação do professor da Universidade da Califórnia, deve ser acrescentado que os modelos continentais jamais foram unitários ou espelhados e, mais ainda, nenhum dos países estudados, como destacado em seu texto, não foi capaz de adotar algo sequer próximo da mentalidade essencial do *plea bargaining*. LANGER,

Em sendo assim, a incorporação do instituto processual acaba por permanecer alheia ao reconhecimento de seus intrínsecos valores, isto é, de sua mentalidade. Adota-se um rito sem a sua razão, um corpo sem alma.

Essa diferença de mentalidade fica clara ao ser observado que, no sistema anglo-saxão, o *plea of guilty* ou declaração de culpa é suficiente para, por si só, e isoladamente, definir o procedimento. O réu possui, portanto, um pleno poder de selar a própria sorte em juízo ou, melhor dizendo, uma capacidade absoluta de dispor de sua própria defesa e de todos os recursos a ela inerentes. Em outras palavras, "o réu que se declara culpado desiste desses direitos e não coloca à prova a versão acusatória"[15].

Tanto é assim que esse desenho processual, hoje existente na Inglaterra e no País de Gales, é comumente problematizado pelos juristas e acadêmicos locais em face de alguns dos postulados da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Isso decorre principalmente do entendimento de que assumir a declaração de culpa de forma plena, renunciado o réu a todo e qualquer direito de reagir à imputação, pode significar a violação aos princípios da presunção de inocência e de não autoincriminação, além de limitar o direito fundamental de todo cidadão de submeter-se ao crivo do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa. Nas palavras de ASHWORTH e REDMAYNE, em postura assaz crítica, a permissão dada ao acusado para dispensar a sua defesa, somada aos notórios incentivos legislativos para essa admissão de responsabilidade, chega a mostrar uma dificuldade de conciliação da legislação britânica com a "estrutura dos direitos da qual o Reino Unido é signatário"[16].

Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. V. 45: Boston, 2004, p. 9.

15. ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 292.

16. "The argument here is that the sentence discount for pleading guilty runs contrary to the spirit of at least four of the rights recognized under the European Convention on Human Rights, and possibly counter to their letter too. This argument starts by considering the rights of a defendant charged with a criminal offence, rather than starting with the objective of making the criminal justice system operate as smoothly and as cost-effectively as possible. The four rights to be considering are: the presumption of innocence, the privilege against self-incrimination, the right not to be discriminated against in the exercise of Article 6 rights, and the right to a fair and public hearing". ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 311-312.

4. TIPOS DE BARGANHA E O INCENTIVO PARA AS ADMISSÕES DE CULPA

O sistema de justiça criminal anglo-saxão, para além de privilegiar as declarações de culpa com a alegada finalidade de encerrar rapidamente os processos, explicitamente as incentiva por meios legais. No caso inglês, o *Criminal Justice Act 2003,* de modo expresso determina que o juiz deverá considerar em sua decisão condenatória o estágio do procedimento em que foi feita a declaração de culpa. Isto é, quanto mais antecipada, em termos processuais, for a admissão da responsabilidade, maior deverá ser a redução da pena, nos termos demarcados pelas *sentencing guidelines*[17].

Ainda que em países como o Brasil, a Alemanha ou a Itália existam alguns benefícios de redução de pena nas hipóteses em que o réu confesse a infração penal, essa dimensão jurídica é incomparável ao modelo utilitarista da *common law*. Nos padrões continentais, a confissão é um elemento circunstancial que conduz a atenuantes sancionatórias. Na Inglaterra, ao contrário, toda a sistemática judiciária é idealmente formatada para induzir à admissão de culpa e reduzir, em consequência disso, o número de processos. Nas *Magistrate´s Courts* britânicas o número de casos em que há admissão de culpa é de mais de 90%, enquanto apenas um quarto dos acusados nas *Crown Courts* contrapõe-se à acusação para exercer o seu legítimo direito ao contraditório e respectivo julgamento (*right to be tried*)[18].

Dentro deste contexto, a mencionada característica utilitária do sistema é o fator essencial para embasar toda a racionalidade fundante. Um exemplo claro disso é o próprio conceito de frustração ou prejudicialidade do julgamento (*cracked trial*). O conceito deriva daqueles casos em que o acusado resolve alterar a

17. "... the courts should reserve the maximum discount for those who indicate a plea of guilty at the earliest possible stage… In order to secure the maximum sentence reduction of one-third, a defendant has to plea guilty at the first reasonable opportunity". De acordo com o texto inglês da Sentencing Guidelines Council: "A reduction in sentence is appropriate because a guilty plea avoids the need for a trial (thus enabling other cases to be disposal of more expeditiously), shorten the gap between charge and sentence, saves considerable cost, and, in the case of an early plea, saves victims and witnesses from the concern about having to give evidence. This reduction principles derives from the need for the effective administration of justice and not as an aspect of mitigation". ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 306-307.

18. ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 295.

sua declaração (*change of plea*), ou seja, inicialmente afirmou-se inocente e, após iniciado o processo, resolveu por qualquer razão, admitir a responsabilidade pelo delito. A alteração costuma advir, conforme ASHWORTH e REDMAYNE, até por motivos oportunísticos, a exemplo do sujeito que acreditava originalmente que uma testemunha não iria comparecer, mas, na data do julgamento, depara-se com ela presente no Tribunal. Ao mudar sua declaração, e tendo em vista o caráter mais tardio da medida, o réu não poderá ser beneficiado com as mesmas reduções de pena se comparadas com aquelas relativas ao sujeito que, desde o início, optou pela assunção de culpa.

A justificativa para a menor redução costuma derivar do fato de que os *plea-changers* acabam por "produzir ineficiências no sistema de justiça criminal, desde inúteis agendamentos de audiências até, consequentemente, gastos de recursos escassos como o tempo judicial e o dinheiro público"[19]. A atenuação da pena, em toda esta dinâmica, está fundamentada nas economias que o réu proporciona ao sistema de justiça. A barganha não serve à piedade, comiseração ou misericórdia. O *plea bargaining* apenas oferta felizes boas-vindas aos *plea changers* porque eles, mesmo que tardiamente, diminuem os esforços judiciais.

Evidentemente que, nessa lógica de pragmatismos, se por um lado a declaração de culpa serve ao Poder Judiciário como um fator de diminuição de trabalho, tempo e custos, por outro lado é bastante normal que os acusados também usem esse poder/faculdade que lhes foi conferido como um fator de barganha. Afinal, se alguém pode declarar-se culpado e, com isso, evitar esforços maiores de diversos outros atores jurisdicionais, não soa nada estranho que simultaneamente passe a pretender alguma contrapartida para se valer dessa prerrogativa. É exatamente desse ponto nevrálgico que nasce a condição de existência do *plea bargaining*, o qual possui como pressuposto incondicional e necessário esse direito subjetivo ou capacidade jurídico-processual atribuída ao réu de declarar-se culpado e, por via de consequência, renunciar a qualquer direito à presunção de inocência ou à instrução probatória do devido processo legal.

Esse espaço de negociação não existe apenas no tocante à quantidade ou tipo de sanção penal a ser imposta, mas atinge o próprio teor das imputações, já que o acusado pode ter o interesse de assumir a culpa apenas de parcela das infrações penais tipificadas ou, ainda, de admitir a responsabilidade por fatos relativamente diversos daqueles apresentados originalmente pela acusação. Com isso,

19. ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 291.

o acordo tem o condão de alterar a dimensão jurídica (*charge bargains*) ou fática (*fact bargains*) da acusação original.

O conceito de *charge bargains* aplica-se às hipóteses em que a aceitação da culpa estará restrita à parte das diversas imputações formuladas ou, ainda, na admissão de culpa por infração penal menos grave do que aquela inicialmente tipificada. As "*fact bargains*", por outro lado, conduzem à aceitação da responsabilidade por fato relativamente diverso daquele apresentado, existindo, portando, uma reformulação das bases factuais que nortearam a acusação[20]. Em todas essas situações, são apresentadas vantagens e desvantagens para as partes. Para a acusação, a aceitação do acordo diminui os riscos de fracasso processual, mas tem o condão de eventualmente afastar a decisão da realidade ocorrida no caso concreto. Para a defesa, ao seu turno, a aceitação traz maior segurança jurídica, porém sempre o perigo de admitir responsabilidades excessivas sob o receio futuro de condenações severas. Não é incomum, aliás, casos em que o órgão acusador exagera propositalmente e inicialmente na acusação, exatamente por já prever a redução normalmente advinda durante as tratativas de acordos. Situações dessa índole ressaltam, ainda mais, a importância da defesa técnica na assistência e orientação dos acusados na tomada de decisão, inclusive "trazendo à tona questões ético-profissionais"[21].

Além dessas possibilidades mencionadas, existem ainda outros motivos que podem no direito inglês influenciar o réu, sempre assistido por seu advogado, a alterar

20. O redimensionamento das bases factuais do caso (*basis of plea*) pode levar à discordância do magistrado com os termos ajustados pelas partes. Como no direito inglês, ao contrário da tendência norte-americana, o juiz tem maiores poderes para decidir se aceita ou não as bases da declaração, isso ensejará um procedimento mais abreviado conhecido como "*Newton hearing*". ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 300.

21. No direito inglês há uma série de orientações aos promotores de justiça de como proceder nos mais variados aspectos dos acordos. Um exemplo disso, nos casos de *charge bargains*, está no parágrafo 10.2 do *The Code for Crown Prosecutors (2010)*. Diz o dispositivo: "Prosecutors should only accept the defendant´s plea if they think that the court is able to pass a sentence that matches the seriousness of the offending, particularly where there are aggravating features. Prosecutors must never accept a guilty plea just because it is convenient". No caso dos advogados, a existência de um sistema judicial destinado a influenciar os acusados à aceitação de acordos, torna ainda mais relevante o papel da defesa em conscientizar o seu cliente. "... it remains true that the framework of criminal justice (…), based on a substantial sentencing discount, contains strong incentives for those who are innocent to plead guilty, and that it is the lawyer´s duty to explain that". ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 298 e 310.

sua declaração inicial de inocente para a de culpado, mesmo que isso não venha a modificar diretamente a tipificação penal já estabelecida ou a versão dos fatos que embasou a imputação. Esse alargamento das hipóteses procedimentais é produto direto do progressivo aumento do incentivo legal à admissão de culpa. Para tanto, pode o acusado declarar-se culpado simplesmente em razão de um cálculo que aponta que a declaração de culpa poderá diminuir a sua pena, tendo como parâmetro as diretrizes e variáveis judiciais de fixação de sanções (*sentencing guidelines*).

Outro mecanismo previsto no ordenamento inglês, inserido no início deste século, consiste na permissão de indagação judicial feita pelo acusado ao magistrado acerca de quais seriam os prováveis termos de uma eventual e hipotética condenação futura (*advance indication of sentence*). Ao autorizar o juiz a responder essa pergunta, a legislação cria um adicional fator motivacional para a declaração de culpa, eis que será mais fácil ao acusado estabelecer um preciso cálculo de custos e benefícios. Além disso, e na medida em que o sistema vincula o juiz à aplicação da pena nos exatos termos por ele antecipados, a defesa estará mais confortável em avaliar a hipótese de admitir a culpa, eis que diante de uma situação de confortável segurança jurídica[22]. A respeito deste mecanismo, aliás, há todo um debate acadêmico e jurisprudencial acerca de sua razoabilidade, eis que, para alguns, o fato de o magistrado poder antecipar um *quantum* de pena provável implicaria, no mais das vezes, em indevida pressão sobre o réu para que, inocente ou culpado, aceite a responsabilidade penal[23].

22. A vinculação ocorre em face do próprio juízo, isto é: "Once an indication was given, it was binding both on the judge who gave it an also any other judge who became responsible for the case." Na medida em que o advogado faz o requerimento ao magistrado para indicar a provável sentença, passa a ter, enquanto defensor, a obrigação de alertar o seu cliente sobre alguns pontos essenciais do procedimento: "(a) he should not plead guilty unless he is guilty; (b) any sentence indication by the judge is subject to the possibility of a reference by the Attorney-Generalof an unduly lenient sentence to the Court of Appeal; (c) any indication given bay the judge reflects the situation at the time, and if a guilty plea is not tendered in the light of indication, the indication ceases to have any effect; and (d) any indication given refers only to the matters about which it has been sought." SPRACK, John. *A practical approach to criminal procedure*. 15. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 238-239.

23. Caso seja indagado, "the judge may decline to give such an indication; but If an indication is given, this binds the judge and any subsequent judge dealing with the case". No tocante ao argumento de que a manifestação do juiz a respeito de provável pena a ser futuramente aplicada pode causar excessiva pressão sobre o acusado, assim se manifestou a *Court of Appeal*: "(...) if defendant seeks the judge´s view, we do not see why a judicial response to request for information the defendant should automatically de deemed to

A legislação britânica no ano de 2009 introduziu, ademais, outro incentivo para as admissões de culpa, nesses casos especificamente para graves ou complexas acusações de fraude. Cuida-se de um peculiar procedimento para a admissão de culpa nestes delitos-tipo (*plea discussions in serious fraud cases*), cuja finalidade é, uma vez mais, "encorajar os réus a celebrarem um acordo que evite a lentidão e custos dos processos"[24]. Esses acordos importarão no estabelecimento comum entre a acusação e a defesa dos termos de admissão de culpa e da sugestão de sentença, não estando o juiz, conforme a tradição inglesa, obrigado a aceita-los[25]. De todo modo, demonstra esse procedimento especial, outra vez, toda a preocupação existente no mundo anglo-saxão na resolução célere de acusações envolvendo escândalos de cunho econômico e empresarial[26].

Em síntese, algo bastante interessante de ser notado no sistema anglo-saxão é o fato de o *plea bargaining* aparecer não apenas como um instituto jurídico em si mesmo, mas significar uma certa mentalidade para o oferecimento de respostas jurisdicionais aos problemas penais concretos. Essa dinâmica de *acordos*, aliás, não foi gestada primeiro intelectualmente para depois ser transferida à prática forense. Ao contrário, o que houve foi uma habitualidade judiciária que progressivamente ganhou importância, até atingir um excessivo, e agora criticado, protagonismo. O modelo não caminhou da ideia à execução. Tanto é assim que por algum tempo, e embora já existente no cotidiano criminal, sequer a comunidade jurídica percebia a sua relevância.

---

constitute improper pressure on him". ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 303.

24. ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 306.

25. Há nitidamente no direito inglês uma certa preocupação em não permitir uma absoluta liberdade para as partes, confiando ainda ao juiz um papel importante na análise dos termos do acordo. "The English scheme has been drawn up with a view to avoiding some of the excesses encountered in the United States". ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 306.

26. Vale, uma vez mais, ressaltar essa importante diferença do Direito inglês para o norte-americano. Na sistemática britânica, ainda que a lógica da celeridade exista, mantem-se o protagonismo do Poder Judiciário, principalmente no tocante à fixação da pena a ser aplicada ao condenado que admitiu a culpa. Em termos legais, a vontade das partes não tem o condão de substituir completamente a decisão do Estado. "The prosecutor (which in this case was the Serious Fraud Office) could not, under the law of England and Wales enter into an agreement with the offender as to the penalty. That was for the court to decide". SPRACK, John. *A practical approach to criminal procedure*. 15. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 238.

Na Inglaterra, onde a adoção é bem mais tardia se comparada aos Estados Unidos, SEIFMAN, em texto datado de 1980, alerta que professores já observavam, desde o final da década de 1960, que este mecanismo de acordos indubitavelmente já ocupava um largo espaço no "dia-a-dia da administração da justiça criminal". Entretanto, "esse processo informal de barganha, ocorrido entre acusação e defesa para alcançar uma declaração de culpa" era muito pouco conhecido. Desde então, alerta o autor, esta falta de atenção sobre o tema sofreu progressivas mudanças[27].

5. *PLEA BARGAINING* E O CONTEXTO JURÍDICO ANGLO-SAXÃO

A tradição do *plea bargaining*, sempre identificada com a trajetória do sistema anglo-saxão, remonta à segunda metade do século XIX. Até então, e ao contrário do que muitas vezes se intui, as confissões "não eram encorajadas pelos juízes da *commom law* em ambos os lados do Atlântico"[28]. Nos Estados Unidos, a prática era rara até o início da Guerra Civil (1861-1865). No período posterior ao conflito havia ainda uma visão pouco positiva do *plea bargaining*. Entendia-se que a oferecimento de benefícios para que o réu confessasse implicaria em indevido incentivo, maculando a própria noção de liberdade e justiça.

Anotam DERVAN e EDKINS que nesse período as barganhas eram realizadas "nas sombras", muitas vezes motivadas pela corrupção. Somente alguns anos após a virada do século XIX ao XX, a excessiva criminalização de condutas existentes na sociedade norte-americana conduziu gradativamente à aceitação da barganha, mais uma vez como fator pragmático e gerencial, bastante característico da mentalidade do sistema de justiça criminal. Nas palavras dos autores, "enquanto a corrupção manteve o *plea bargaining* vivo durante o final do século XIX e começo do século XX, a criminalização excessiva colocou o *plea bargaining* no protagonismo do processo criminal e garantiu sua ascensão dominante"[29].

27. SEIFMAN, Robert D. Plea-bargaining in England. In: MCDONALD, William F. CRAMER, James A. *Plea-barbaining*. United States: Gower Publishing, 1980, p. 179.

28. JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. Vol. 12: July/2016, p. 482.

29. "While corruption kept plea bargaining alive during the late nineteenth and early twentieth centuries, overcriminalization necessitated plea bargaining's emergence into mainstream criminal procedure and its rise to dominance". DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. In: *The journal of criminal law & criminology*. v. 103. USA: 2013, p. 7-9.

O rápido crescimento do espaço ocupado pelo *plea bargaining* no cotidiano judiciário se deu em praticamente todos os estados e no âmbito federal. No estado de Connecticut, por exemplo, os dados apontam que, já entre os anos de 1890 e 1910, somente de 10% a 20% dos casos não eram resolvidos pelo sistema de acordos. Logo em seguida, no período entre 1910 e 1954, a assunção de culpa passou a ser a forma de solução de 90% dos procedimentos[30]. Nos anos de 1920 e em diversos locais, como Missouri e Illinois, existe documentação que atesta a existência e a centralidade do *plea bargaining* no sistema de justiça. Igualmente relata que boa parte dos casos sequer alcançavam a fase de julgamento (*trial by jury*). Também as estatísticas de Nova Iorque expõem que a dinâmica dos julgamentos foi substituída pelo sistema dos acordos e admissões de culpa. Para se ter ideia, em 1839 "22% das condenações em todo o Estado de Nova Iorque eram resultados de acordos de barganha. Em 1869 esses dados haviam sofrido um incremento de 70%. Já em 1920 o aumento observado foi de 88%"[31].

Esse visível incremento da utilização prática dos acordos deu azo a diversas indagações. Prova disso é o advento da primeira onda de pesquisas sobre o assunto, iniciada no final dos anos de 1920 e realizada nos planos federal e estaduais[32]. Até hoje, permanecem os constantes questionamentos acadêmicos acerca de quais seriam as razões principais para que o sistema se espalhasse de modo rápido, crescente, consistente e com ampla aceitação. Afinal, ao longo de todo esse traçado de mais de um século, não se apresentam maiores sinais de recuo no protagonismo do *plea bargaining*, não obstante as críticas incisivas que recorrentemente é alvo.

Algumas das razões suscitadas pelos estudiosos para esta expansão mostram-se bastante plausíveis. Elas estão intimamente conectadas com o próprio discurso pragmático que sustenta a existência dos acordos, cujos pilares essenciais

30. JOHNSON, Brian D.KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. Vol. 12: July/2016, p. 482.

31. MCDONALD, William F. *Plea bargaining*: critical issues and common practices. Washington: U.S. Government Printing Office, 1985, p. 3.

32. "Early surveys by Moley (1928, 1929) and by state and federal commissions (Am. Law Inst. 1934, Wickersham Comm. 1931; see Alschuler 1979, p. 233) constituted the first wave of plea bargaining research, which effectively exposed the practice and called attention to the increasing rarity of trial in the early twentieth century". JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 481.

estão fixados nas questões da diminuição de custos operacionais da máquina judiciária e na redução do tempo de duração dos processos. Na literatura norte-americana essas preocupações com custos e rapidez nas resoluções das causas ganharam importância determinante para a construção dessa racionalidade processual. O fator desencadeante sempre foi o alegado volume crescente de trabalho perante os magistrados e tribunais. O alto "número de casos ingressando no sistema de justiça dá lugar a recompensas pela declaração de culpa do réu, garantindo o descarte de casos com o mínimo esforço"[33]. Pelo que se depreende do contexto estadunidense, os próprios membros do Poder Judiciário, os acusadores e até os advogados de defesa passaram a ver com bons olhos estas soluções negociadas, fundamentalmente pela redução de trabalho proporcionada em cada uma das demandas.

Somam-se a isso outros fatores contributivos na construção de um ambiente propício para a reprodução do modelo. No plano estrutural/institucional, o avanço do *plea bargaining* caminha relativamente próximo à adoção de eleições para a escolha dos *District attorneys*. Com isso, a discricionariedade conferida aos acusadores permitiu que eles também se transformassem em verdadeiros formuladores de políticas judiciárias, cujo sucesso e aceitação popular assumiram o papel de variável fundamental na obtenção de votos e na consequente eleição dos membros do Ministério Público[34]. Sob o prisma jurídico, a Suprema Corte dos

33. JOHNSON, Brian D.; KING, Ryan D.; SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 485.

34. Narra-se que o advento de eleições para a chefia dos órgãos acusatórios estaduais conduziu à lapidação de específicas políticas judiciárias, para as quais o sistema de *plea bargaining* aparece como uma ferramenta importante. Na medida em que número de condenações é o dado comumente utilizado para medir o sucesso da atividade acusatória, em dadas circunstâncias o modelo de acordos, se usado sob certa perspectiva, é capaz de influir nos resultados judiciários, definindo, por exemplo, a duração de penas e os perfis de condenados. Na metade do século passado, a utilização do *plea bargaining* nas hipóteses em que se tratava da condenação de imigrantes e sua respectiva severidade foi um claro demonstrativo disso: "For example, McConville & Mirsky suggest that the emergence of elected district attorneys, coupled with an influx of large numbers of immigrants during the last half of the twentieth century, led prosecutors to search for effective and politically palatable ways of controlling the immigrant population. As they note, district attorneys allowed defendant to plead guilty to less serious charge to avoid the discontent that harsh terms of punishment would engender among the immigrant underclass, who, under the movement for universal suffrage, had become part of the newly formed electorate". JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia.

Estados Unidos ratificou a validade do procedimento de barganhas, entendo-o como componente da Administração da Justiça. O sistema criminal, em alguma medida, passou a se comportar como refém do modelo, pois a sua eventual supressão somada à quantidade crescente de casos nas cortes demandaria esforços orçamentários indesejados e voltados à multiplicação de juízes, de servidores, de espaços físicos etc. O *plea bargaining* definitivamente foi transformado na solução barata sob a lógica financeira[35].

Todos esses aspectos, contudo, encontram outro reforço não menos essencial. Cuida-se aqui da mentalidade ou da racionalidade econômica que em muitos setores define principalmente o Direito norte-americano. A dimensão econômica aqui suscitada não está relacionada a noções financeiras ou pecuniárias, mas sim à compreensão do ser humano como alguém que sempre age com o fim de maximizar os seus ganhos e, por óbvio, minimizar as suas perdas.

O homem, na faceta da análise econômica do Direito, aparece como um *homus economicus*, sempre racional e objetivo. No que tange ao *plea bargaining*, essa percepção é sintetizada pela expressão: *the shadow of the trial model*. Essa fórmula, aplicada inicialmente para ações judiciais de divórcio e separação de bens, implica a ideia de que o acusado envolvido no processo criminal fará uma "previsão do resultado do processo e aceitará a barganha" desde que oferecida em termos mais benéficos do que aqueles que imagina na sentença final. O raciocínio é, ao mesmo tempo, matematicamente simples e academicamente questionável.

Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. Vol. 12: July/2016, p. 485.

35. "… the Supreme Court has played an important role in institutionalizing plea bargaining in the American justice system. Although the Court was initially skeptical (see United States v. Jackson), it ultimately decided that plea bargaining was an essential component of the administration of justice that when properly administered is to be encourage (Santobello v. New York). In the Santobello decision, the Court defended plea bargaining and noted that if every criminal charge were subject to a full-scale trial, the states and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities". JOHNSON, Brian D KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution.*Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 484. No caso inglês, a literatura jurídica também percebe a existência do discurso lastreado na economia de gastos e interesse público. "It is not usually in the public interest to spend time and money proving the accused guilty precisely as charged if he is prepared to admit the bulk of the case against him, either by pleading guilty to a lesser offence or by pleading guilty to some but not all the counts." SPRACK, John. *A practical approach to criminal procedure*. 15. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 238.

Sua simplicidade produz uma aceitação praticamente intuitiva de sua validade. Contudo, análises mais aprofundadas apontam a dificuldade de transpor para a realidade a existência desse abstrato homem racional e objetivo. Para isso, costumeiramente são desprezadas as nuances concretas, como as subjetividades envolvidas no processo, as assimetrias informativas entre as partes, as relações de poder e de autoridade existentes no sistema de justiça criminal, as desigualdades sociais e o preconceito racial existentes.[36]

Tudo isso mostra-se ainda mais problemático quando toda a literatura jurídica dos países que adotaram o modelo de acordos alerta, sempre em tom prefacial, para as grandes polêmicas e críticas formuladas sobre a matéria. Embora existente nos Estados Unidos há século, o *plea bargaining* é repetidamente uma fonte de controvérsias, principalmente no tocante à sua inadequação e insuficiência. Apenas à título de exemplo, não obstante a Suprema Corte tenha se manifestado favoravelmente à manutenção da medida em 1971, por considera-la uma característica essencial da administração da justiça, "passados dois anos, o prestigiado National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals recomendou que o *plea bargaining* fosse eliminado"[37].

Do mesmo modo, relatório de pesquisa intitulado "*Plea bargaining: critical issues and common practices*", apresentado pelo National Institute of Justice, entidade vinculada ao US Department of Justice, também aponta as divergências em relação à matéria. O estudo publicado em 1985, o qual analisou 711 casos de aceitação de *guilty pleas* e entrevistou mais de 200 pessoas entre juízes, acusadores, advogados, réus e policiais, inicia com a observação de que o *plea bargaining* é uma questão extremamente controvertida, "uma perene fonte de desentendimentos, de inquietação pública e divergências universitárias". Enquanto alguns sustentam a necessidade de sua abolição, outros, embora reconhecendo as

36. Muito própria da análise econômica do Direito, a formulação de uma "*escolha racional*" pode ser assim sintetizada: "A defendant plead guilty if the offered sentence is less than or qual to his or her expected value of the trial. For example, if the expected sentence for a conviction at trial is 20 years and the defendant believes his or her probability of conviction at trial is 0.8, then a plea to a sentence of no more than 16 years (80% of 20) represents a rational choice for a risk-neutral defendant". JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. Vol. 12: July/2016, p. 485.

37. Essa faceta polêmica e controvertida do *plea-bargaining* costuma ser sempre objeto de ponderação das obras jurídicas sobre o tema já em seus inícios. É o caso do prefácio de: MCDONALD, William F. CRAMER, James A. *Plea-barbaining*. United States: Gower Publishing, 1980, p. IX.

críticas formuladas, postulam a continuidade de seu reconhecimento[38]. Tudo isso denota claramente a falta de unanimidade na adoção dos *acordos de culpa* e nas consequências práticas que produzem.

Os pontos críticos elencados fazem referência ao grande potencial de abusos de poder que o modelo permite, suas ineficiências, influências políticas e os largos limites de atribuição conferidos aos acusadores responsáveis pela celebração das tratativas[39]. Sobre este último aspecto, talvez um dos mais sensíveis, existe um apelo por transparência no sistema, haja vista a ampla discricionariedade dos órgãos e a consequente falta de uniformização da solução oferecida para a multiplicidade de casos concretos[40].

6. Principais enfoques na literatura e pesquisa especializadas

No âmbito jurídico pode-se afirmar, sem maiores perigos de engano, que uma das formas de identificar o protagonismo desempenhado por um instituto do direito decorre do próprio grau de interesse acadêmico que ele desperta. As mutáveis escolhas dos objetos de estudos científicos, quando analisadas sob a ótica das tendências, refletem exatamente as sensíveis preocupações de sucessivos momentos históricos, sendo correto extrair das próprias motivações das pesquisas algumas compreensões a respeito da temática enfrentada. Independentemente da conclusão ou resultado a ser obtido pelo pesquisador, a singela decisão de estudar um específico tema já tem algo de significativo em si mesma.

Na literatura norte-americana é muito comum a referência a períodos diversos e intermitentes de interesse acadêmico e de pesquisa no âmbito do *plea bargaining*. Essa maior ou menor atenção pública e intelectual ao instituto se faz depender de uma série de fatores, relacionados, por exemplo, ao incremento do índice de utilização cotidiana do modelo ou, ainda, pela maior ou menor disponibilidade na oferta de informações e de dados estatísticos a seu respeito. MCDONALD, por exemplo, aponta a intensificação das pesquisas em três

38. Entre aqueles que sustentam a possibilidade de reformas no modelo "there are disagreements about what modifications are appropriate". MCDONALD, William F. *Plea bargaining*: critical issues and common practices. Washington: U.S. Government Printing Office, 1985, p. 1

39. MCDONALD, William F. *Plea bargaining*: critical issues and common practices. Washington: U.S. Government Printing Office, 1985, p. 3.

40. MCDONALD, William F. *Plea bargaining*: critical issues and common practices. Washington: U.S. Government Printing Office, 1985, p. 3.

momentos diversos nos Estados Unidos, ou seja, entre os anos de 1920-1930, 1950-1960 e, por fim, nos anos de 1970[41].

Atualmente, nota-se uma sustentável e crescente retomada do interesse pela pesquisa nesse campo. JOHNSON, KING e SPOHN enumeram três razões, aqui tomadas de empréstimo, as quais entendem como principais e essenciais para explicar esse retorno das atenções acadêmicas. São elas: a incidência massiva do *plea bargaining*; a altíssima discricionariedade dos órgãos acusatórios e a falta de clareza das razões de celebração dos acordos; e, finalmente, a maior disponibilidade atual de dados para os especialistas[42].

6.1. *A incidência massiva do* plea bargaining

A primeira delas é a ampla utilização atual do *plea bargaining* na resolução de casos no sistema judiciário norte-americano. Nas exatas palavras dos autores, o fato relevante é de que esses acordos de culpa *"são mais comuns hoje em dia do que em toda a história dos Estados Unidos"*[43]. JOHNSON, KING e SPOHN destacam que, nos tribunais distritais, o percentual de aumento do número de condenações lastreadas em acordos entre o início dos anos 1980 até 2014 foi de 90%. Em alguns locais, principalmente em centros urbanos mais populosos, as sentenças proferidas que responsabilizam os acusados em decorrência dos acordos atingem a marca de 97% do total de condenações proferidas[44].

Realmente, os índices norte-americanos colocam o *plea bargaining* como um elemento central do sistema de justiça criminal. Daí a sempre mencionada

41. MCDONALD, William F. *Plea bargaining*: critical issues and common practices. Washington: U.S. Government Printing Office, 1985, p. 2-5.

42. Os autores também destacam que por algum tempo, principalmente ao longo dos anos 1990, houve uma diminuição do interesse acadêmico pela pesquisa a respeito do *plea bargaining*. Os motivos seriam de duas ordens. O primeiro resultou da dificuldade de obtenção de dados sobre a persecução penal. A segunda razão adveio das políticas judiciais que surgiram à época, a exemplo das *sentencing guidelines*, as quais modificaram o enfoque e os interesses intelectuais. JOHNSON, Brian D.; KING, Ryan D.; SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 480.

43. JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 480.

44. JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 480.

afirmação do magistrado ANTHONY KENNEDY no paradigmático julgamento *Missouri vs. Frye* pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2012. Ao escrever a decisão produto da obtenção da maioria dos julgadores, fez questão de citar a simbólica frase ali extraída de artigo de autoria de SCOTT e STUNTZ: "*Plea-bargaining* (...) não é apenas um adendo do sistema de justiça criminal; ele é o próprio sistema de justiça criminal"[45].

Essa frase possui realmente uma altíssima expressividade. Isso se torna ainda mais claro quando inserida no contexto do qual foi extraída. SCOTT e STUNTZ fazem uma interessante contraposição de ideias, comparando, por um lado, a noção de julgamento criminal que paira na imaginação dos estudantes de direito e dos programas de televisão e, de outro lado, a imensa maioria dos casos reais. Lá os processos criminais são "formais, elaborados e caros", enquanto aqui as decisões derivam de "rápidas conversas em gabinetes dos promotores" e "sem testemunhas presentes". Ou seja, para a imensa maioria dos casos são os acordos que determinam quem vai para o cárcere e por quanto tempo. Daí a afirmação de ser o *plea bargaining* a verdadeira essência do sistema criminal[46].

Essa lição de SCOTT e STUNTZ acerca da incontroversa amplitude dos acordos na justiça americana, desnuda um aspecto que o próprio Direito Penal e Processual Penal brasileiros não podem desprezar. Os autores, ao apontarem que o *plea bargaining* é o elemento definidor do sistema criminal dos Estados Unidos, enfatizam igualmente que o instituto não é um mero "adendo", "acessório" ou "complemento". Com isso, fica aberta a questão sobre se é possível, em algum sistema judiciário, o *plea bargaining* se contentar em ser um mero acessório. Ou, ao contrário, se ao ser adotado e dada a sua vocação de protagonismo, ele tenderá a se expandir e a fagocitar as formas tradicionais de procedimentos, até mesmo em razão do comodismo que naturalmente oferta aos atores da justiça criminal[47].

---

45. HEUMANN, Milton. Plea bargaining: lesson learned, issues outstanding. *Harvard law & policy review*: July/2018, p. 2/12.

46. "To a large extent, this kind of horse trading determines who goes to jail and for how long. That is what plea bargaining is. It is not some adjunct to the criminal justice system: it is the criminal justice". SCOTT, Robert E. STUNTZ, Willian J. Plea bargaining as a contract. In: *Yale law journal*. 101: 1992, p. 1911-1912.

47. O texto traz alguns dados dos anos de 1980 nos Estados Unidos. Já em 1989, 86% de todos os casos do sistema federal americano eram resolvidos sem o processo. Fenômeno muito parecido também ocorria na justiça estadual. Em 1988, 91% das condenações por *felony* nos 75 condados mais populosos eram obtidas por meio de *guilty pleas*. SCOTT, Robert E. STUNTZ, Willian J. Plea bargaining as a contract. In: *Yale law journal*. 101: 1992, p. 1909-1968.

Algo visto originalmente como acessório e lateral pode se transmutar em elemento principal e central. O modelo britânico também convive com esse problema, ou seja, sente a tensão existente entre conter e estender os próprios incentivos legislativos para que o maior número de casos seja resolvido por meio de acordos. No âmbito brasileiro, por tudo isso, adotar essa fórmula não pode ser objeto de uma discussão subestimada, como se isso fosse um mero detalhe ou apêndice processual. Trata-se sim de uma ampla mudança de mentalidade jurídica.

6.2. Discricionariedade e falta de clareza nas decisões dos órgãos acusatórios

Em segundo lugar, a forte expansão do poder dos órgãos acusatórios nas últimas décadas no sistema de justiça norte-americano também é motivo para as preocupações e interesse de pesquisas no tema. Para a compreensão deste fenômeno, é importante perceber que o grau de liberdade decisória do órgão acusador no direito anglo-saxão não apresenta qualquer nível possível de razoável comparação com aquilo existente no Brasil. MCKENZIE, STEMEN, COURSEN e FARID, ao publicarem artigo que ressalta a importância da coleta de dados judiciários como um fator fundamental de supervisão das atividades dos personagens forenses, bem destacam esse peculiar e excessivo nível de discricionariedade, independência e influência judicial do Ministério Público. Pontuam os autores que os promotores possuem a capacidade de decidir, entre outras coisas, "se uma acusação criminal será arquivada, o número e a severidade das infrações que serão imputadas aos réus, o oferecimento de *plea bargain*, além de recomendarem ao magistrado o teor das sentenças condenatórias dos acusados"[48].

Não é à toa que esse acréscimo e nível de poder levou à possibilidade de identificação dos promotores de justiça norte-americanos como *"kings of the courtroom"*[49]. Do ponto de vista específico do *plea bargaining*, essa realidade de poderes inflados dos acusadores conduz a algumas questões bastante complexas. Essa potencialidade decisória conferida ao Ministério Público está em boa medida conectada com os custos políticos e eleitorais que poderão recair sobre os *District attorneys*. Isso porque o cargo de chefia de muitos dos órgãos acusatórios nos Estados Unidos, ao contrário do mecanismo brasileiro de provimento

48. MCKENZIE, Wayne. STEMEN, Don. COURSEN. FARID, Elizabeth. Prosecution and racial justice: using data do advance fairness in criminal prosecution. *Prosecution and racial justice*: Vera Institute of Justice. New York: March/2009.

49. JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 481.

por concursos públicos, é definido por eleições, com mandatos certos e temporários. Isso tudo, naturalmente, impõe aos seus ocupantes um papel de autênticos e verdadeiros formuladores de políticas públicas em matéria criminal, tarefa que vai muito além de funções burocrático-jurisdicionais.

Evidentemente que essas políticas poderão ser variadas, a depender da própria concepção ideológica do indivíduo que temporariamente ocupa o cargo, bem como dos ventos que sopram da opinião pública. Se, por um lado, a noção superficial de sucesso de um órgão acusatório pode ser medida pelo número de condenações que foi capaz de obter em dado período[50], por outro lado a maturidade social é responsável por progressivamente auferir e sopesar outros indicadores para avaliar o êxito institucional. Um bom promotor não precisa ser necessariamente aquele que mais condena, mas poder ser, por exemplo, aquele que possui critérios coerentes e isonômicos nos mais diversos casos, ou que impede o encarceramento de pessoas por delitos de pouca gravidade ou, ainda, que envolve a sociedade em seu trabalho diário para evitar ou minimizar vieses raciais nas propostas de acordos de culpa penal.

Exemplo disso é trazido por HEUMANN, ao ilustrar essas divergências políticas mediante a comparação do atual *District Attorney* da Filadélfia, Larry Krasner, com o programa estabelecido em nível federal por Eric Holder, nomeado pelo presidente Trump. No âmbito federal há recomendação a todos os *US Attorneys* para buscarem as penas mais severas possíveis. Já no âmbito estadual da Filadélfia, a proposta é inversa, ou seja, almeja-se evitar o encarceramento em massa, eliminar a exigência do pagamento de fiança para acusados de cometerem delitos de menor gravidade, bem como desenvolver dentro do próprio sistema judiciário a discussão e conscientização dos gastos econômicos suportados pelo Estado em consequência da execução das penas. Nas palavras de HEUMANN, um observador do padrão liberal norte-americano pode tranquilamente concluir que a Filadélfia vive o melhor de seus dias, enquanto, "simultaneamente, são os piores tempos em nível federal"[51]. Para um conservador muito provavelmente a impressão será a inversa.

Essa manifesta preocupação acadêmica com o excessivo poder dos órgãos acusatórios sinaliza que o funcionamento concreto do modelo de *plea bargaining* está diretamente conectado com esse papel político-institucional que é assumido

50. MCKENZIE, Wayne. STEMEN, Don. COURSEN. FARID, Elizabeth. Prosecution and racial justice: using data do advance fairness in criminal prosecution. *Prosecution and racial justice*: Vera Institute of Justice. New York: March/2009.

51. HEUMANN, Milton. Plea bargaining: lesson learned, issues outstanding. *Harvard law & policy review*: July/2018, p. 5/12.

pelo Ministério Público nos Estados Unidos. Ainda que se possa discutir o grau adequado de discricionariedade de que deve gozar, além de debater as estruturações adequadas para a sua fiscalização por organismos internos ou externos, é certo que a má-decisão do acusador trará inevitáveis consequências de ordem, inclusive, eleitoral. Há sempre aqui uma decisão política e, em razão disso, um potencial custo igualmente político a ser suportado.

Em face da ampla gama de possibilidades de atuação acusatória, parece difícil, inclusive, racionalizar "como os promotores utilizam sua discricionariedade, e quais os motivos que estão por detrás da conformação da decisão de celebrar o acordo". Essas respostas parecem "pouco compreendidas fora da comunidade de promotores", haja vista a alta discricionariedade e a falta de supervisão pública dos trabalhos desenvolvidos[52]. Em resumo, coloca-se neste contexto a relevante dúvida a respeito de quais os verdadeiros objetivos perseguidos e os critérios observados por parte dos agentes do Estado quando da efetivação concreta das tratativas entre as partes.

6.3. Disponibilidade de dados e estatísticas

Por fim, o terceiro e último dos motivos elencados para a retomada dos estudos acerca do *plea bargaining* deriva da maior facilidade hoje em dia encontrada para a coleta e sistematização de dados, elemento imprescindível para a abertura de novos horizontes no avanço e desenvolvimento das pesquisas[53]. Esse, certamente, é um dos pontos mais relevantes, uma vez que a elaboração de estatísticas e padrões de atuação servem tanto para o diagnóstico dos defeitos e disfuncionalidades que a lógica dos acordos pode apresentar, quanto para a propositura de melhores formas de atuação com a intenção de melhorar os resultados concretamente alcançados na prática forense.

A discricionariedade conferida aos acusadores necessita, como contrapartida, da constante conferência de seus respectivos trabalhos. Apenas com a coleta ordenada de informações é possível comparar uma ampla amostragem de acordos celebrados em diferentes jurisdições e, assim, apontar distorções ou desproporcionalidades nas punições convencionadas para delitos e pessoas em situações análogas. Do mesmo

52. JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 481-482.

53. JOHNSON, Brian D.; KING, Ryan D.; SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 482.

modo, um eventual viés social ou racial de seletividade é apto a ser percebido pela comparação das consequências impostas e aceitas por diferentes pessoas que admitiram a culpa e a condenação. Afinal, se a pena é uma espécie de preço artificial pela prática de um delito[54], é muito natural que qualquer sistema de justiça esteja comprometido com padrões de isonomia no tratamento de infrações e indivíduos, independentemente de considerações neutras ao direito, como etnia, religião, grau de escolaridade, local de residência ou ocupação profissional.

Muitas são as entidades que, neste cenário, passaram a desenvolver métodos e sistemáticas para a coleta de números com a finalidade de "combinar uma ampla e cuidadosa análise de dados com o compromisso em usar as informações para melhorar as políticas"[55]. Exemplo disso é o VERA Institute of Justice, o qual percebeu que a amplitude da discricionariedade dos promotores deveria motivar a constante avaliação de suas práticas e auxiliar, quando adequadas, a própria legitimidade de sua atuação coerente perante a opinião pública[56]. Para isso, detectou pontos nevrálgicos no transcorrer dos procedimentos criminais onde o monitoramento da decisão do órgão acusatório se faz necessário para a compreensão de sua atuação discricionária em geral[57].

---

54. Na medida em que não há um "preço certo para cada delito em particular", o que deve almejar o Poder Judiciário é um tratamento isonômico entre os indivíduos. O excesso de discricionariedade pode conduzir a grandes distorções, pois sujeitos em situações jurídicas semelhantes podem se ver obrigados a celebrarem acordos em condições "contratuais" muito diferentes. No caso norte-americano, as "sentencing guidelines" vieram neste mesmo influxo, ou seja, nos últimos anos houve um crescimento dos esforços para o estabelecimento de padrões voltados a uniformizar as decisões emanadas de inúmeros juízes nas diversas jurisdições. Cuida-se da complexa busca pela segurança e expectativa jurídicas. Afinal, assim como os preços das coisas, as sentenças não são *naturalmente certas ou erradas*. HEUMANN, Milton. Plea bargaining: lesson learned, issues outstanding. *Harvard law & policy review*: July/2018, p. 3/12.

55. MCKENZIE, Wayne. STEMEN, Don. COURSEN. FARID, Elizabeth. Prosecution and racial justice: using data to advance fairness in criminal prosecution. *Prosecution and racial justice*: Vera Institute of Justice. New York: March/2009.

56. Estas pesquisas estão inseridas em âmbito criminológico, podendo ter como objeto de análise diversos dados processuais aptos a realçarem o papel desempenhado pelas mais diversas instituições que atuam no processo penal e, consequentemente, no procedimento do *plea bargaining*. Podem ser genericamente inseridas na tradição criminológica denominada *The focal concerns of prosecution*. JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 486.

57. O instituto diagnosticou quatro momentos processuais essenciais para a análise dos dados. São eles: a triagem inicial dos casos nas promotorias; a acusação; o oferecimento

7. Debates e problemas

O sistema do *plea barganing*, conforme já afirmado nas linhas anteriores, está longe de ser considerado uma unanimidade no sistema anglo-saxão. A aceitação do modelo tende a ser festejada por meio de autores que comungam de uma perspectiva mais pragmática do Direito. Em sentido contrário, juristas apegados a valores e princípios de justiça costumam apontar diversos defeitos, incongruências e resultados negativos produzidos pelos acordos de culpa. Se o mundo judiciário parece ser um pouco mais tolerante com os problemas apresentados, o pensamento acadêmico é bem mais rigoroso.

7.1. A condenação de inocentes

Um ponto que simboliza essa divergência está sediado no antigo problema jurisdicional da condenação de inocentes. Evidentemente, não existe nenhum modelo processual penal que seja capaz de impedir completamente que pessoas inocentes sejam consideradas culpadas e, mais do isso, sofram consequências punitivas concretas em face da condenação. Não há, portanto, uma estrutura infalível, mesmo porque os julgamentos são, inexoravelmente, feitos por homens e sujeitos a uma série de variáveis. O debate central, portanto, não reside na busca de um modelo perfeito, mas sim no alcance daquele que seja capaz de minimizar essa ocorrência. Sob essa lógica, os melhores institutos processuais são aqueles que redundam no menor número possível de condenações de inocentes e, na hipótese de erro judicial, no menor grau de sofrimento a eles imposto com a sanção criminal. Em suma, a indagação que deve ser formulada é: o sistema de *plea bargaining* proporciona, ou não, uma elevação da média de condenações e imposições de pena para pessoas não culpadas?

Toda a sistemática do *plea bargaining*, bem como a racionalidade que a sustenta, baseia-se em estabelecer a celeridade e a diminuição de custos processuais como objetivos centrais a serem atingidos. Assim, estas metas prioritárias devem ser buscadas a despeito de algumas consequências negativas porventura ocasionadas. Nesta dinâmica, o problema aparece de modo mais evidente quando o

da possibilidade de acordo; e o pedido final. Somadas a outras informações sobre o fato delitivo e a pessoa do réu, passou a ser possível "descobrir, por exemplo, se os promotores estão postulando penas mais severas para certa categoria de acusados que, em outros casos similares de réus diferentes, foram almejadas penas menos graves". MCKENZIE, Wayne. STEMEN, Don. COURSEN. FARID, Elizabeth. Prosecution and racial justice: using data to advance fairness in criminal prosecution. *Prosecution and racial justice*: Vera Institute of Justice. New York: March/2009.

incentivo feito pelos ordenamentos jurídicos para a admissão de culpa por parte dos acusados passa a ser mais relevante do que as *"salvaguardas"* postas em favor dos inocentes. A obsessão pela celeridade, ao chegar a determinado nível, repercute no desprezo ao princípio da presunção de inocência, no abandono do direito ao devido processo legal, na sublimação do interesse público à realização efetiva da justiça.

No caso britânico, esse assunto suscita dissensões. ASHWORTH e REDMAYNE sustentam que os benefícios dados aos acusados que se declaram culpados (*plea of guilty*), a exemplo da diminuição de um terço da pena, gera efeitos inaceitáveis sobre os inocentes. A pressão imposta pelo ordenamento aos réus tende a criar um irresistível estímulo para a admissão de responsabilidade, fazendo com que esses mesmos inocentes, sempre sob o receio de severas condenações, falsamente assumam a prática de delitos[58]. Sob outro viés, agora no discurso norte-americano, SCOTT e STUNZ divergem mediante um duvidoso argumento. Sustentam que o *plea bargaining* se, por um lado, pode aumentar o número de inocentes condenados, por outro conduz à aplicação concreta de penas menos severas. Com isso, e partindo da premissa de que erros judiciários existem em todos os modelos, os autores alegam ser preferível um número maior de inocentes cumprimento penas mais baixas, do que poucos encarcerados por longos períodos[59].

Independentemente de uma questão numérica de condenações de inocentes ou absolvição de culpados, a essência da divergência parece residir na escolha da prioridade do sistema de justiça criminal. Os partidários do *plea bargaining* assumem como dado inafastável a impossibilidade concreta da máquina judiciária em administrar todos os procedimentos que lhe são, diariamente, apresentados. Isso implicaria tempo excessivo e custos injustificáveis. De outro lado, aqueles que enxergam os acordos de culpa com alguma reserva sustentam outra prioridade judicial, isto é, a realização da justiça e a observância de valores jurídicos elementares. Para eles, a sistemática processual não deve ser sacrificada em razão de custos e celeridade de julgamentos, toda a sua orientação precisa ser no sentido de evitar, ao máximo possível, que um inocente seja submetido a dor e ao sofrimento da pena criminal. O *plea bargaining* coloca aqui um dilema, pois os incentivos ao acordo precisam buscar um ponto ótimo ou de equilíbrio, ou seja, ser bom o suficiente para que o culpado o aceite e, ao mesmo tempo, ruim o bastante para que o inocente o recuse.

58. ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 319-320.

59. SCOTT, Robert E. STUNTZ, Willian J. Plea bargaining as a contract. In: *Yale law journal*. 101: 1992, p. 1909-1968.

De todo modo, pesquisa realizada por DERVAN e EDKINS mostra que as pressões impostas pelo risco de uma condenação, mesmo que injusta, impõem natural tendência aos réus em assumir culpas inexistentes para evitar punições maiores na hipótese de eventual julgamento de procedência da ação penal. Os índices demonstram que a aceitação de culpa por réus inocentes passa longe de ser algo esporádico, episódico ou isolado[60]. Os autores norte-americanos, nesse sentido, dão azo à preocupação inglesa concernente aos cuidados em evitar excessos de incentivos ao *plea guilty*. A dimensão quantitativa e qualitativa das penas cominadas, a disciplina processual, a severidade ou leniência dos julgadores, a prática de execução antecipada da sanção, enfim, tudo isso deve ser pensado de modo racional e sistemático para ao menos minimizar que pessoas inocentes sejam compelidas a abdicar de seu direito de defesa.

Além disso, há um significativo grau de insensibilidade judiciária em relação ao problema. Conforme conhecido precedente da Suprema Corte norte-americana, fica evidente como os magistrados continuam, a despeito das evidências, pouco problematizando essa realidade atinente à aceitação de culpa por pessoas inocentes. No caso *Brady v. United States*, datado de 1970, demonstra o tribunal as suas dúvidas de que o procedimento do *plea bargaining* "aumente substancialmente a probabilidade de acusados que, aconselhados competentemente por advogados, falsamente condenem a si próprios"[61]. O Poder Judiciário, assim, continua convicto em sua infundada crença nas escolhas racionais, na opção inteligente que será feita pelo réu na decisão acerca de seu destino jurídico-processual. Por isso mesmo, DERVAN e EDKINS finalizam seus escritos com a afirmação peremptória, qual seja, os magistrados estão equivocados ao "confiar na capacidade dos indivíduos em exercerem seu direito ao processo e julgamento em face de escolhas tão gravosas"[62].

60. DERVAN, Lucian E. EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. In: *The journal of criminal law & criminology*. v. 103. USA: 2013, p. 34.

61. "We would have serious doubts about this case if the encouragement of guilty pleas by offers of leniency substantially increased the likelihood that defendants, advised by competent counsel, would falsely condemn themselves". DERVAN, Lucian E. EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. In: *The journal of criminal law & criminology*. v. 103. USA: 2013, p. 47.

62. "As is now evident from the study described herein, the Supreme Court was wrong to place such confidence in the ability of individuals to assert their right to trial in the face of grave choices". DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. In: *The journal of criminal law & criminology*. v. 103. USA: 2013, p. 48.

7.2. O viés racial nos acordos de culpa penal

Uma das preocupações principais nas pesquisas acadêmicas nos Estados Unidos reside no questionamento acerca da influência que o procedimento do *plea bargaining* possui no incremento de um viés racial inerente ao âmbito da justiça criminal. Não está aqui a se dizer, evidentemente, que o instituto é o único responsável pela diferenciação no tratamento que o sistema de justiça criminal confere a negros e brancos. Longe disso, inúmeros trabalhos já foram desenvolvidos para apontar que o elemento racial aparece em vários outros momentos, como é o caso da aplicação da pena de morte[63], na realização de prisões, no índice de condenações e na duração das penas aplicadas. Em todas essas circunstâncias, pesquisas já destacaram a seletividade judiciária, na qual negros estão sempre em situação de maior vulnerabilidade se comparados aos brancos. Os índices norte-americanos de encarceramento de acusados negros homens são cinco vezes maiores do que os de brancos homens, bem como "um terço dos homens negros podem ter a expectativa de serem presos em algum momento de suas vidas"[64].

Ao tratar do *plea bargaining*, portanto, jamais pode ser assumida a premissa de que se trataria de um instituto cujo eventual viés racial se apresenta como uma peculiaridade. O que se pretende indagar é se os acordos de culpa implicam, ou não, em mais uma etapa processual sujeita a também estar contaminada por este viés. O resultado da pesquisa realizada por BERDEJÓ é muito interessante e conduz a algumas reflexões. De acordo com seu trabalho, a diferenciação no tratamento entre negros e brancos não aparece de forma significativa nas hipóteses envolvendo delitos graves e naquelas em que os acusados, independentemente do componente racial, apresentam antecedentes criminais.

Entretanto, e com a ressalva das exceções apontadas, existe nos demais casos uma notável distinção de tratamento. Os dados apontam que a exclusão da acusação ou a redução da pena dos delitos imputados em decorrência dos acordos são vinte e cinco por cento mais comuns em face de acusados brancos do que negros. A chance de um réu branco em alterar a imputação inicial de crime grave (*felony*) para uma condenação por infração de menor gravidade (*misdemeanor*) é cinquenta por cento maior do que a de negros em decorrência de *plea bargains*. Mais ainda, as estatísticas indicam que os acusados brancos a quem são

63. HANKS, Gardner C. *Against the death penalty*: christian and secular arguments against capital punishment. Scottdale: Herald Press, 1997, p. 95 ss.

64. BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in plea-bargaining. In: *Boston College law review*. 59: 2018, p. 1190.

imputadas originalmente infrações de menor gravidade (*misdemeanor*) possuem setenta e cinco por cento mais chances do que negros de serem condenados por delitos que não conduzem ao cárcere ou de sequer sofrerem punições. Em resumo, a eficiência do *plea bargaining* para os homens brancos no tocante à diminuição da gravidade da infração, redução da pena ou exclusão de responsabilidade é bastante mais visível quando comparada aos negros[65]. Os acusados brancos, portanto, tendem a alcançar um melhor acordo.

A esses dados apresentados soma-se outro aspecto, qual seja, no momento dos acordos penais nos Estados Unidos, a definição das consequências jurídicas tem como protagonistas os promotores responsáveis pela persecução. Ainda que os defensores dos acusados participem das negociações, a ampla discricionariedade dos acusadores é fator determinante para o desenho final do pacto. São eles que estabelecem o teor da imputação original e, posteriormente, negociam com o acusado as margens de redução da pena ou a alteração das tipificações legais. Os juízes, nesse momento, possuem uma função mais secundária, consistente em proferir as condenações nos exatos moldes ajustados pelas partes[66]. Nesta configuração, pode-se dizer que o viés racial recai principalmente sobre a atividade ministerial, influenciando-a, tantas vezes de forma inconsciente, no modo de proceder.

BERDEJÓ, com bastante sensibilidade, percebe que o viés racial não emerge sempre, mas em algumas situações. Nos casos em que existem maiores informações sobre o caso ou sobre os acusados, a disparidade de tratamento entre

65. Os números foram extraídos de pesquisa realizada no estado de Wisconsin/EUA. "This Article fills this gap in the literature by examining disparities in the plea-bargaining process that precede judge´s sentencing decisions and constrain their sentencing discretion. Using data obtained from the Wisconsin Circuit Courts, this Article documents striking racial disparities in these earlier stages". BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in plea-bargaining. In: *Boston College law review*. 59: 2018, p. 1190-1191.

66. "Except in cases adjudicated in bench trial, the judge has no direct control over the ultimate crime of conviction, which itself is, in the great majorities of cases, a result of the plea-bargaining agreement between the defendant´s counsel and the prosecuting attorney. Not surprisingly, prosecutors are considered to be the most influential players in the criminal justice process… In exercise their discretion, prosecutors may, like judge when imposing a sentence, be subject to implicit biases that adversely impact certain types of defendants. For example, prosecutors may consciously or subconsciously perceive race as a proxy for recidivism or latent criminality". BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in plea-bargaining. In: *Boston College law review*. 59: 2018, p. 1197-1198.

brancos e negros é quase que totalmente suprimida. Isso acontece exatamente nas hipóteses de crimes graves e naquelas outras envolvendo acusados com antecedentes. Tanto em uma quanto em outra situação, os fatores determinantes para o acordo circulam em torno de aspectos mais objetivos, baseando-se nas circunstâncias que envolvem o crime ou no próprio atestado de antecedentes do indivíduo. Por outro lado, nos casos em que as informações são mais precárias, a avaliação dos acusadores ganha um componente mais subjetivado e intuitivo, o que faz aflorar a dimensão racial. Nas palavras de BERDEJÓ, os padrões estatísticos sugerem que "na ausência de evidências a respeito do risco de recidiva dos acusados, promotores podem estar usando a raça como um equivalente para avaliar a probabilidade de reincidência"[67].

Essa conclusão parece ser sustentável. Não há dúvidas de que o órgão acusatório tem como critério essencial na celebração de acordos um juízo prospectivo a respeito do comportamento do acusado. Quanto mais favorável for este juízo mais leniente tendem a ser as cláusulas firmadas. Na hipótese de crimes graves ou réus reincidentes, esta projeção fica assentada em torno dessas variáveis, tornando indiferente o componente racial. Na falta de elementos concretos de apoio, o viés racial exsurge como um equivalente funcional. O preconceito acaba por sugerir que negros possuem uma latente criminalidade ou, ao menos, uma propensão criminosa mais intensa do que a de brancos. Não é à toa que essa distinção de tratamento fica ainda mais evidente em casos de menor gravidade, onde a imagem do negro desajustado e a pouca informação existente criam conjuntamente um ambiente propício para o pleno florescimento do viés racial[68].

A constatação da existência desse viés racial conduz a discussões e proposições tendentes a buscar modos de diminuí-la. Dentre várias, menciona-se aqui a restrição da discricionariedade dos órgãos acusatórios, com o consequente aumento de atribuições e relevância dos magistrados. Outro tema bastante

67. BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in plea-bargaining. In: *Boston College law review*. 59: 2018, p. 1191-1192.

68. "This pattern suggests that in the absence of evidence of a defendant´s recidivism risk (for example, when there is no criminal history), prosecutors may be using race as a proxy for the defendant´s likelihood to recidivate. Second, racial disparities in plea-bargaining outcomes are greater in cases involving misdemeanors and low-levels felonies relative to cases involving more severe offenses. This second pattern suggests that prosecutors may be using race as proxy for a defendant´s latent criminality (for example, propensity to commit a severe offense in the future) in cases involving low-level offenses. BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in plea-bargaining. In: *Boston College law review*. 59: 2018, p. 1191-1192.

candente na realidade acadêmica norte-americana reside na descriminalização das infrações de menor gravidade (*misdemeanors*), bem como maiores exigências e critérios sobre as denúncias que as tipificam[69].

8. Observações finais: desafios para o Brasil

Os desafios para a adoção de um modelo de acordos penais impõem reflexões bastante profundas para toda a comunidade jurídica brasileira. Surgem aqui preocupações de distintas ordens, as quais se situam desde as questões de *mentalidade jurídica* até os aspectos atinentes à efetiva compatibilidade do *plea bargaining* com o conjunto normativo nacional. O tema ressalta os conhecidos contrapontos estabelecidos entre os sistemas da *commow law* e da *civil law*. A tradição jurídica anglo-saxã teria como fator característico o seu cunho mais realístico e pragmático, empregado para a solução concreta de casos com os menores custos sociais possíveis. Já o modelo romano-germânico, ao seu turno, estaria marcado por seu maior apego às fórmulas jurídicas e suas respectivas abstrações, sempre atrelado à busca da decisão mais justa.

Cinco observações finais e pontos de discussão podem ser sintetizados à guisa de conclusão:

A) O *plea bargaining* tem o seu incremento nos Estados Unidos da América a partir do final do século XIX, motivado principalmente pelo excesso de criminalizações (*overcriminalization*) e pelo consequente aumento dos custos judiciários para o processamento e julgamento do número crescente de casos. Antes disso, sua aplicação não era motivo de maiores atenções, havendo, inclusive, indicações na literatura norte-americana acerca de práticas de corrupção em sua utilização em favor de alguns acusados. A racionalidade por detrás do instituto assume como premissa político-criminal a redução dos custos e da duração dos processos (*speed and costs*), porém não problematiza as suas próprias causas, ou seja, a eventual ilegitimidade de muitos tipos penais incriminadores, bem como a falta de investimentos estatais na máquina judiciária em face do aumento das demandas;

B) A adoção do *plea bargaining* impõe um total redimensionamento da valoração jurídica a respeito do direito de defesa. Se a noção ideal do sistema de justiça é a celeridade e a redução de custos, o exercício do direito de defesa passa a sofrer limitações. Mais ainda, torna-se disponível, podendo a lei prever ao acusado

69. BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in plea-bargaining. In: *Boston College law review*. 59: 2018, p. 1241.

benefícios e incentivos em razão da admissão de culpa e do abreviamento do procedimento criminal. Essa disponibilidade do direito de defesa é exatamente o requisito necessário para os acordos penais. No âmbito nacional, entretanto, a tradição jurídica aponta para o sentido diametralmente oposto, alçando o direito de defesa à condição de fator inalienável e inerente ao processo criminal;

C) No sistema norte-americano a discricionariedade concedida ao Ministério Público para a celebração dos acordos é bastante ampla, existindo, ao contrário do modelo inglês, raríssima participação do Poder Judiciário. Com isso, os órgãos acusatórios convertem-se em autênticos formuladores de políticas criminais, cuja aceitação será, inclusive, submetida ao crivo popular quando da realização de eleições para a chefia dessas entidades. Ao mesmo tempo, essa discricionariedade traz a obrigação estatal de criar mecanismos de controle, fiscalização e supervisão. O excesso de poderes concentrados no mesmo órgão pode conduzir a incoerências e falta de homogeneidade no tratamento jurídico-legal dos delitos e das pessoas, além de implicar, eventualmente, em práticas ilegais por parte das próprias autoridades;

D) O tema do *plea bargaining* ocasiona relevante preocupação relativa à admissão de culpa por parte de pessoas inocentes. Isto é, sob o risco e receio de condenações, muitos indivíduos, ainda que inocentes, aceitam os acordos como garantia de aplicação de penas menos severas. Essa realidade ressalta o cuidado com os limites para a realização de incentivos legais aos acusados, questão essa bastante suscitada pela literatura inglesa. Além disso, destaca a importância do aconselhamento dos réus por defensores capacitados, os quais sejam capazes de demonstrar todas as possíveis consequências e implicações dos acordos penais. No caso brasileiro, a massificação judicial poderá redundar na utilização de acordos como mero instrumento comodista de resolução rápida de processos criminais, sempre sob o perigo de intensificação desse grave problema observado no contexto anglo-saxão;

E) Finalmente, o *plea bargaining* acentua o viés seletivo do sistema de justiça criminal, de tal sorte a incrementar a maior vulnerabilidade dos negros nos Estados Unidos. No caso brasileiro, a desigualdade social presente no país pode ser reproduzida no âmbito dos acordos de culpa, significando diferentes oportunidades de tratamento na realização da barganha. A seletividade do sistema de justiça do Brasil, hoje perceptível, por exemplo, pelos dados estatísticos prisionais, pode encontrar na prática de acordos mais um componente destinado à sua reprodução.

Dito isso, a possível incorporação do *plea bargaining* no Brasil importa na mudança ou redesenho de uma mentalidade jurídica muito consolidada, na qual,

em que pese a existência de defeitos, enxerga no processo criminal um fator de garantia do cidadão em face do Estado. A adoção da estrutura de acordos nos moldes anglo-saxões significa mudar essa direção, implicando na permissão da alienação do direito de defesa por parte do réu e tingindo o sistema criminal com as cores pragmáticas da redução de custos e da celeridade de julgamentos. Troca-se a justiça por uma perspectiva bastante polissêmica e ambígua de eficiência.

9. Bibliografia

ASHWORTH, Andrew. REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in plea-bargaining. *Boston College Law Review*. 59: 2018.

DERVAN, Lucian E. EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. In: *The journal of criminal law & criminology*. v. 103. USA: 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

HANKS, Gardner C. *Against the death penalty*: christian and secular arguments against capital punishment. Scottdale: Herald Press, 1997.

HEUMANN, Milton. Plea bargaining: lesson learned, issues outstanding. *Harvard law & policy review*: July/2018.

JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D.; SPOHN, Cassia. Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016.

LAFAVE, Wayne R. ISRAEL, Jerold H. KING, Nancy J. KERR, Orin S. *Criminal procedure*. 5. ed. Minneapolis: Thomson Reuters, 2009.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: *Harvard international law journal*. v. 45: Boston, 2004.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MCDONALD, William F. *Plea bargaining*: critical issues and common practices. Washington: U.S. Government Printing Office, 1985.

MCDONALD, William F. CRAMER, James A. *Plea-barbaining*. United States: Gower Publishing, 1980.

MCKENZIE, Wayne. STEMEN, Don. COURSEN. FARID, Elizabeth. Prosecution and racial justice: using data to advance fairness in criminal prosecution. *Prosecution and racial justice*: Vera Institute of Justice. New York: March/2009.

SCOTT, Robert E. STUNTZ, Willian J. Plea bargaining as a contract. *Yale law journal*. 101: 1992.

SEIFMAN, Robert D. Plea-bargaining in England. In: MCDONALD, William F. CRAMER, James A. *Plea-barbaining*. United States: Gower Publishing, 1980.

SPRACK, John. *A practical approach to criminal procedure*. 15. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SPRENGER, Polly. *Deferred prosecution agreements*: the law and practice of negotiated corporate criminal penalties. London: Thomson Reuters, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A delação nos sistemas punitivos contemporâneos, de Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckner – *RBCCrim* 128/65–89 (DTR\2017\223);
- Apontamento sobre política criminal e a *plea bargaining*, de Walter Fanganiello Maierovitch – *RT* 678/301-305 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/957–965 (DTR\1992\139);
- Meios alternativos de solução de controvérsias, de Marcelo Barbi Gonçalves – *RePro* 242/599–631 (DTR\2015\3694);
- O processo penal norte-americano e sua influência, de José Carlos Barbosa Moreira – *RePro* 103/95–107 (DTR\2001\316) e;
- *Plea Bargaining*: aproximação conceitual e breve histórico, de André Gomes Ismael, Diaulas Costa Ribeiro e Julio Cesar de Aguiar – *RePro* 263/429–449 (DTR\2016\24939).

Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição?

Can the judge convict when the prosecution asks for absolution?

Alexandra Fonseca Rodrigues

Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA (2018). Especialista em Direito Processual pela UNAMA (2017).
alexandra_fr12@hotmail.com

Recebido em: 11.11.2018
Aprovado em: 12.01.2019
Última versão da autora: 26.01.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: O trabalho que se segue foi desenvolvido com o escopo de analisar a (in)adequação do art. 385 do Código de Processo Penal ao sistema de garantias penais proposto pela Constituição Federal (CF) e ao modelo acusatório no qual se baseia o processo penal brasileiro. Para tanto, foi efetivada pesquisa do tipo teórica, mas também empírica, através da análise de decisões jurisprudenciais. Assim, buscou-se entender se a possibilidade apresentada pelo mencionado dispositivo legal de que o magistrado condene o réu mesmo diante do pedido de absolvição realizado pelo Ministério Público (MP) quando da apresentação de memoriais finais se adequa ao sistema acusatório. E, concluiu-se que, em virtude do papel de titular da ação penal pública que a CF delega ao MP, não é cabível a aplicação do referido art. 385 do CPP em face do hodierno sistema de garantias processuais penais brasileiros, por representar traços de um sistema inquisitório; que não mais deve ser admitido, posto que contrário aos preceitos da Carta Constitucional nacional.

Abstract: The following work was developed with the scope of analyzing the (in) adequacy of art. 385 of the Code of Criminal Procedure to the penal guarantees system proposed by the Federal Constitution (CF) and the accusatory model on which the Brazilian penal process is based. Therefore, a theoretical and empirical research was carried out, through the analysis of jurisprudential decisions. Thus, it was sought to understand whether the possibility presented by the aforementioned legal device that the magistrate condemn the defendant even before the request for acquit performed by the Public Prosecutor's Office (MP) when the presentation of final memorials, fits the Accusatory system. And, it was concluded that because of the role of holder of the public criminal action that CF delegates to the MP; It is not appropriate to apply the aforementioned art. 385 of the CPP in the face of the today's system of Brazilian criminal procedural safeguards, for representing traces of an inquisitory system; That no longer should be admitted, as opposed to the precepts national constitution.

Rodrigues, Alexandra Fonseca. Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 155. ano 27. p. 265-291. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

Palavras-chave: Sistema acusatório – Ministério Público – Imparcialidade judicial – Art. 385 do CPP – Direitos fundamentais.

Keywords: Acusatory system – Public ministry – Judicial impartiality – Art. 385 of the CPP – Fundamental rights.

Sumário: Introdução. 1. A (in)constitucionalidade do artigo 385 do CPP perante a Constituição Federal de 1988. 1.1. Os limites da normatividade e a dificuldade de constitucionalização do ordenamento penal brasileiro. 2. Da rigidez do Código à amplitude das políticas criminais. 2.1. Dificuldades de implementação da política criminal e da axiologia constitucional. 3. Desvinculação do juiz ao pedido de absolvição interposto pelo Ministério Público: resquício de inquisitivismo em um sistema acusatório. 3.1. O necessário equilíbrio entre poder acusatório e poder punitivo. 4. A (des)vinculação sob a ótica dos tribunais de justiça nacionais. 4.1. A anunciação de novos ares para a questão da (des)vinculação. Conclusão. Referências.

Introdução

Este trabalho se propõe a desenvolver uma pesquisa jurídica em consonância com os novos patamares científicos que exigem uma Ciência do Direito crítica, e irá questionar o instituto que permite ao magistrado condenar mesmo diante da adoção de posição contrária por parte do MP; positivado no ordenamento jurídico nacional no art. 385 do CPP e que pode estar reproduzindo o *status quo* do inquisitivismo e mesmo ignorando as demandas de transformação da realidade jurídica, social e cultural mais abrangente.

Assim, aqui se intenciona proporcionar à coletividade maior segurança jurídica e mais ampla possibilidade de alcance da justiça social, através de uma postura mais ativa por parte do MP e de um posicionamento efetivamente imparcial por parte do julgador. Desse modo, a pesquisa vai perquirir se vincular o juiz ao pedido de absolvição ministerial poderia ser uma resposta para diminuir os riscos de inocentes serem condenados em decorrência de meros estigmas sociais e pressões populares sobre o magistrado, e também, para efetivar o princípio da paridade de armas entre acusação e defesa; princípio este cuja aplicação é essencial para a correta aplicação de um devido processo legal penal, regido pela presunção de inocência e pela imparcialidade judicial, nos moldes do que preceitua a Constituição Federal de 1988 (CF).

Para tanto, a pesquisa a ser realizada será teórica e empírica, sendo este último tipo de construção do conhecimento, efetivado aqui através do estudo da jurisprudência de alguns tribunais nacionais, escolhidas por terem se demonstrado como as mais completas para a abordagem do tema em questão. Uma vez que esse parece ser o meio mais eficaz para proporcionar o necessário diálogo entre as

partes, o tribunal e as leis; possibilitando a adequação destes aos preceitos constitucionais democráticos.

O objetivo maior é reanalisar a sistemática processual penal e, em específico, o teor do art. 385 do CPP. Há de se deixar claro que qualquer posicionamento a ser adotado no presente trabalho não almeja criticar as funções judiciais ou ministeriais, mas sim clamar por um juiz mais imparcial e pugnar por uma promotoria mais ativa e ciente de suas funções constitucionais, que não aja de modo a repassar para o julgador os encargos processuais ministeriais. Tal confusão de atribuições e papéis gera incontáveis prejuízos para a sociedade e, sobretudo, para o réu que, como parte naturalmente hipossuficiente no processo penal, torna-se ainda mais vulnerável diante de um MP que não cumpre seus papéis constitucionais e de um magistrado que acusa e julga o processo ao mesmo tempo, acolhendo uma condenação que não mais foi perseguida, senão por ele mesmo.

Como afirmou a antropóloga e pesquisadora Luciana Ribeiro Oliveira[1], neste trabalho não se fará apologia ao crime, mas se dará voz aos sujeitos envolvidos no fenômeno criminal. Almeja-se a produção de conhecimento jurídico novo, crítico e que caminhe na contramão dos conceitos e soluções fechadas da dogmática jurídica tradicional em prol da maior efetivação dos direitos fundamentais de todos os sujeitos processuais, em consonância com a nova ordem jurídica democrática estabelecida pela CF, a qual pugna por um Processo Penal que se transforme de mero instrumento para condenação e aplicação de penas em um meio de tutela de direitos fundamentais.

1. A (in)constitucionalidade do artigo 385 do CPP perante a Constituição Federal de 1988

Sabe-se que o Código de Processo Penal, vigente até os tempos atuais, remonta ao ano de 1941, editado, portanto, em um período histórico conturbadíssimo do ponto de vista político, em que o Brasil vivia o apogeu do Estado Novo de Getúlio Vargas. Bem como, em âmbito mundial, enfrentavam-se fortes regimes ditatoriais nas grandes potências europeias, como o nazismo, na Alemanha e o fascismo, na Itália. Tendo sido fortemente influenciado pelos ideais fascistas, uma das características principais do Estado Novo era o intervencionismo estatal, não

1. OLIVEIRA, Luciana Ribeiro. A pesquisadora do crime: notas antropológicas de uma arriscada observação participante com mulheres praticantes de atividades ilícitas. *Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia, v. 25, n. 2. jul.-dez. 2012. p. 173.

só no campo econômico, mas também no caráter social; visando reprimir a força popular e desarmar as tensões sociais que desestabilizavam o sistema[2].

Nesse contexto histórico, surge um Código de Processo Penal rígido e voltado para a repressão criminal, deixando apenas em um segundo plano a garantia dos direitos fundamentais e da dignidade dos acusados. Tem-se uma legislação herdada de concepções e paradigmas ditatoriais, enraizada num sistema puramente inquisitório.

Entretanto, com o surgimento e com a evolução da democracia no país, foi promulgada, no ano de 1988, a Constituição Federal que hoje vigora; a qual, por enquadrar-se perfeitamente nos moldes e princípios democráticos, revogou uma série de dispositivos até então previstos pelo CPP, uma vez que muitos destes destoavam dos preceitos que fundamentam a CF. Destarte, muitas normas previstas na Carta Magna servem como direcionamento e embasamento para o processo penal, especialmente aquelas que pugnam pelo respeito aos direitos e às garantias fundamentais do acusado, previstas, em sua maioria, no art. 5º do referido diploma legal.

Procedendo-se a uma leitura ainda que superficial da atual Constituição da República, verifica-se que não há em nenhum de seus dispositivos o enunciado expresso de que o país adota, em termos de processo penal, o sistema acusatório. Entretanto, da leitura do texto legal, bem como da correta abstração dos princípios que regem tal Carta Cidadã, pode-se inferir que o citado sistema é o mais adequado aos preceitos democráticos ali previstos, sendo aquele que deve ser adotado para a correta elaboração e aplicação das normas e procedimentos penais. E, como lembra Lopes Junior[3], a adoção de um regime democrático implica, necessariamente, na recepção de um sistema acusatório; pois assim como o inquisitório caminhou lado a lado com as ditaduras, democracia e sistema acusatório são preceitos indissociáveis.

Assim, pode-se inferir que o modelo de sistema penal brasileiro adotado pela CF/88 é claramente acusatório, uma vez que consagrado o devido processo legal, amparado na ampla defesa e no contraditório; asseguradas a competência e a imparcialidade judicial e atribuída ao MP a titularidade privativa da ação penal pública. Entretanto, apesar de ter sofrido alterações fundamentais no decorrer das últimas décadas para melhor se adequar ao regime democrático, não se pode

2. COSTA, Luís César; MELLO, Leonel Itaussu A. *História geral e do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2008. p. 538.

3. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 214.

olvidar, como o faz Coutinho[4], que o CPP possui essência inegavelmente inquisitória. Dessa decorrência lógica, entende a mais respeitada doutrina, como Lopes Júnior, Prado e Coutinho que qualquer dispositivo do CPP que possua preceitos de cunho inquisitivo deve ser considerado inconstitucional, uma vez que contraria o preestabelecido pelo sistema acusatório constitucional.

Nesse diapasão, uma vez estabelecido que a acusação é o meio pelo qual se define o objeto do processo, portanto, indispensável para que o réu seja julgado e condenado; pode-se questionar a constitucionalidade do art. 385 do CPP, o qual permite que o juiz condene mesmo diante do pedido de absolvição realizado pelo MP em alegações finais. Segundo Lopes Junior[5], pode-se dizer que tal dispositivo fere o princípio da necessidade, uma vez que autoriza a condenação sem o integral exercício acusatório.

Com a adoção do sistema acusatório, a Carta Magna estabelece que não pode haver unidade entre o ente incumbido de julgar e o órgão ao qual compete acusar. De modo que, como explica Abade[6], este último, ao realizar a mencionada acusação, deve estabelecer os limites entre os quais o primeiro poderá exercer sua discricionariedade. É dessa forma que se garantirá a imparcialidade e a independência judicial, bem como será consagrado o devido processo legal penal com amplitude defensiva e efetiva presunção de inocência. Pode-se afirmar que os esforços direcionados à fomentação da paridade entre acusação e defesa objetivam concretizar a justiça que deve ser inerente a toda relação jurídica processual.

Entende-se que o supracitado dispositivo legal não está em consonância com a Constituição Federal, por violar não apenas o sistema acusatório, mas principalmente por contrariar princípios basilares do ordenamento constitucional vigente; como o mencionado princípio da necessidade ou oportunidade do processo penal, além do princípio que se refere à exigência do contraditório, mencionado por Prado[7]. Assim, se o órgão acusador pugna pela absolvição

4. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *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.
5. LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 1144.
6. ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório:* O novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de janeiro: Renovar, 2005. p.140-142.
7. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional da lei processual penal. 3. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005. p.116-117.

do réu, não haverá contraditório no sentido de contestar a tese defensiva, logo, o juiz não poderá sentenciar com base em provas e em argumentos nos quais não houve a aplicação do procedimento contraditório, sendo tal sentença eivada de nulidade.

Há de se considerar, ainda, que o supracitado dispositivo processual penal data de 1941, momento em que foi editado o código de processo penal no qual se encontra. Silva[8] ressalta que, na realidade da época, o MP não possuía a importância que assumiu nos dias atuais, pois ainda não era titular da ação penal pública e, como menciona expressamente o próprio dispositivo, cabia ao membro do *parquet* apenas "opinar" pela absolvição. Sendo flagrantemente incompatível com o sistema acusatório atual, imposto pela Constituição de 1988, é evidente que o mencionado artigo não se coaduna à dogmática jurídica contemporânea.

Contudo, constitucionalizar tal dispositivo processual, o CPP, e o próprio Direito Penal, como um todo, não é tarefa fácil. E, apesar dos grandes levantes e questionamentos doutrinários e jurisprudências, observa-se uma série de dificuldades práticas para a implantação efetiva dos preceitos constitucionais no processo criminal, bem como para adoção de práticas acusatórias concretas, que façam valer o sistema proposto e se desvencilhem das influências inquisitivas.

Um dos principais fatores que contribuem para essa dificuldade de constitucionalização do âmbito penal é a característica intrínseca deste ramo do direito que, por lidar com bens jurídicos muito caros, revestiu-se de limites normativos e, em muitos momentos se fechou sobre si mesmo. Entender a necessidade e o funcionamento de tais limites se faz fundamental para tentar transpô-los e abrir as portas do Direito Criminal para as orientações constitucionais.

1.1. Os limites da normatividade e a dificuldade de constitucionalização do ordenamento penal brasileiro

A concepção clássica de Direito Penal se estabeleceu na Europa do século XVIII, onde a justiça divina passou a ser substituída por uma justiça humana pautada nas leis. Dessa forma, o Direito Penal era visto como um conjunto específico de normas que pouca relação tinha com as demais áreas do Direito.

8. SILVA, Edimar Carmo da. Natureza Jurídica do pedido de absolvição feito pelo Ministério Público. *Jus Navigandi*, nov. 2007. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/10629/natureza-juridica-do-pedido-de-absolvicao-feito-pelo-ministerio-publico]. Acesso em: 21.09.2014.

Contudo, como explica Delmas-Marty[9], o pensamento penal clássico passou a ser questionado pelas diversas escolas de pensamento que surgiram, o que fez com que as práticas e o campo de observação penal se modificassem, de modo que a Ciência do Direito Penal se alargou em razão de três fatores principais: a perda da especificidade das categorias penais; o crescimento da complexidade dos fenômenos criminais; e o esboço de novas categorias oriundas da grande propagação mundial dos Direitos Humanos.

Com relação ao primeiro ponto, passa-se a reconhecer um Direito Penal que não se limita ao estudo da matéria criminal, mas que se transformou em uma ciência mais do que multidisciplinar, mas transdisciplinar, pois precisa agregar elementos de outros ramos do Direito e de Ciências externas para formular seus conceitos e institutos. Vislumbra-se um penalismo que vem se socorrendo de técnicas de mediação, de repressões administrativas e de institutos civilistas de indenização das vítimas; na tentativa de se desafogar. O Direito Penal foi forjado para ser a *ultima ratio* e, portanto, não consegue, sozinho, atender à crescente demanda por penalização e criminalização de matérias e comportamentos que nem sempre deveriam ser direcionados para esta seara de juridicialização.

Gustin[10] afirma que a transdisciplinariedade possibilita a produção de uma teoria única a partir de campos ou ramos do conhecimento autônomos e, essas novas estratégias estatais e sociais que o Direito Penal tem buscado para responder às infrações ou às condutas de desvio das normas tem gerado um campo novo, amplo e puramente interdisciplinar de estudo da criminalidade, que tem sido denominado pela melhor doutrina de Política Criminal.

Por sua vez, Delmas-Marty[11] também menciona que a grande influência dos direitos humanos na seara penal como definidores de limites que não devem ser ultrapassados pelos Estados quando da aplicação das sanções penais, faz com que surjam dentro do Direito Penal novas categorias além das preexistentes, por exemplo: medidas diversas de privação da liberdade (prisão provisória, prisão temporária, medidas socioeducativas, medidas de segurança); e uma novel categoria de matéria penal que esta englobaria também outras sanções repressivas extrapenais que atendam a determinados critérios.

9. DELMAS-MARTY, Mirreille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 6.
10. GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 4.
11. DELMAS-MARTY, Mirreille. 2005. p. 22 e ss.

Reconhecida a insuficiência do Direito Penal para dar conta de suas problemáticas e compreendendo a necessidade de que este seja estudado em conjunto com as demais especialidades do Direito e ciências vizinhas, há de se buscar um princípio capaz de unificar todos os elementos penais e extrapenais necessários para a realização de uma boa Política Criminal. Delmas-Marty[12] propõe que, para a solução desse imbróglio, seja utilizado um método sistemal, que é ao mesmo tempo sistêmico e estrutural, e que busca um princípio para a sua harmonização, sem impor uniformidade de práticas – até porque já resta estabelecida a necessidade de transdisciplinariedade – mas que é capaz de limitar as inúmeras escolhas possíveis.

O elemento estrutural do sistema que vai realizar essa função de unificação do direito criminal – material e processual – é a Constituição Federal que, por irradiar seus princípios e valores por todo o ordenamento jurídico, permitirá a transdisciplinariedade necessária à Política Criminal, mas que também funcionará como limitadora das ações e decisões tomadas em esfera pública penal, disciplinando até onde as leis penais podem ir para não ferir ou deixar de promover a dignidade da pessoa humana. Ou seja, a Constituição é fonte supralegislativa do Direito como um todo, e também do Direito Penal. A constitucionalização do ordenamento penal requer a efetiva implantação dos princípios constitucionais nas práticas criminais e também em sua legislação ordinária.

2. Da rigidez do Código à amplitude das políticas criminais

O Direito Penal, por sua própria natureza sancionadora, criminalizadora e restritiva de direitos e liberdades, é um campo fechado[13], que, segundo a teoria clássica, só funcionaria adequadamente se se restringisse aos exatos limites legais, afastando-se das demais redes de sanções e dos outros ramos do Direito. Segundo Yacobucci, o Direito criminal deveria ser um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos[14] e, justamente por isso, exigiria um uso especial, racionalizado e bem calculado. Contudo, essa ideia levantada pelo autor corresponde apenas ao mundo do dever-ser, o que leva ao questionamento do que efetivamente acontece

12. Ibidem, p. 407.
13. DELMAS-MARTY, Mirreille. *A imprecisão do direito*: do Código Penal aos direitos humanos. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005. p. 31.
14. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Limites racionales al derecho penal. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo. *Ciências criminais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 226.

no mundo do ser: será que na prática o Direito Penal protege bens jurídicos? Ou seria apenas um discurso legitimado pelo Estado e que varia de acordo com os interesses políticos? E, ainda, seria possível compatibilizar razão e punição e fazer do processo criminal um ambiente de política criminal?!

Fato é que, para o discurso de legitimação que o Estado precisa manter para efeitos de controle social, o Penal é taxativo, não é negociável, não pode ser flexibilizado sob pena de ferir direitos e garantias de forma irreparável. Delmas-Marty[15] enumera os principais motivos que tornam o sistema penal um ramo fechado sobre si mesmo: a) a principal pena é a prisão, que além de representar uma clausura física, se implementada de maneira equivocada, infringe irreversivelmente o direito à liberdade; b) o sistema se concentra na rede de sanções penais e não avalia as demais possibilidades extrapenais de retribuição, reparação e ressocialização; c) as normas aplicadas na seara penal são quase que exclusivamente penais, não se recorre à interdisciplinaridade. Contudo, com a crescente evolução e complexidade do fenômeno criminal, acompanhando a globalização mundial, o Direito Penal tem sido pressionado a apresentar respostas cada vez mais efetivas.

Sanchez[16] também enumera diversos fatores responsáveis pela expansão ou explosão do direito penalista, entre eles estão: a efetiva aparição de novos riscos, a sensação social de insegurança, e o descrédito de outras instituições de proteção. Muitos desses motivos estão relacionados, portanto, à intensificação da compreensão social acerca do valor dos bens jurídicos tutelados e das funções que o Estado, através do *jus puniendi* deve realizar para protegê-los. Assim, a exigência da defesa de bens difusos ou macrossociais, representativos do sentimento coletivo, *v.g.*, representam um grande desafio para a dogmática penal tradicional, uma vez que os elementos da teoria do crime não foram forjados para responder a estas novas formas de organização e novos riscos sociais.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência foram se dando conta de que não há formas de atender a essa demanda autonomamente, sem o auxílio dos demais campos jurídicos e mesmo não jurídicos. Assim, apesar de, na prática, o sistema penal ter permanecido fechado e inflexível, a doutrina estatal foi mudando aos poucos seu discurso e afirmando que as concepções penais clássicas foram sendo superadas, e que o sistema estaria se abrindo: afinal, concebeu-se e incentivou-se a aplicação das penas alternativas à prisão e a inflação legislativa penal permitiria que este ramo do

15. DELMAS-MARTY, Mirreille. 2005. p. 32.

16. SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *La expansion del derecho penal*: aspectos de la politica criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrir: Civitas, 2001. p.21 e ss.

Direito se tocasse com as demais ciências e ramificações, abrindo à possibilidade de diversas outras redes de sanção – administrativa, civil, de mediação etc.

Não obstante o discurso de dominação estatal, é fato que a possibilidade de diálogo entre processo, dogmática e política criminal seria desejável para a humanização do campo criminal. Como há muito defendido por Roxin[17], deve haver não uma dicotomia, mas sim uma síntese entre a dogmática penal e a política criminal. Ou seja, decisões axiológicas de cunho político-criminal devem ser consideradas na aplicação prática da normativa penal. A Política Criminal assume o papel de centro de convergência de princípios penais e constitucionais, e, é por esse caminho que o rígido Direito Criminal poderia iniciar sua abertura, acompanhada de mudanças valorativas.

Entretanto, a implementação de tal síntese, se não for utópica, é extremamente difícil, pois política representa exercício de poder, e o direito penal é pura dogmática, condicionada, portanto, pelos desígnios políticos. Em países de desenvolvimento e democracia recentes, como o Brasil, essa tentativa de composição é ainda mais problemática, tendo em vista o recente e, ainda frágil, reconhecimento dos direitos humanos. Bem como o fato, bem lembrado por Delmas-Marty[18], de que ainda reside uma grande dificuldade no que compete à compatibilização das normas penais com os comandos constitucionais, tendo em vista que o controle de constitucionalidade foi um fenômeno mais recente.

Contudo, tais dificuldades e complexidades de cunho político, social e jurídico não devem ser tomadas como empecilhos insuperáveis para a constitucionalização do ordenamento penal mas, ao contrário, devem servir para chamar ainda mais atenção para a necessidade de conformação constitucional. Pois, quanto mais conflituoso e complexo for o contexto político-social a ser ordenado, maior será a necessidade e a validade dos preceitos constitucionais. Portanto, a melhor saída é identificar os óbices ao sistema constitucional que tem resistido na esfera criminal e buscar alternativas para vencê-los.

2.1. Dificuldades de implementação da política criminal e da axiologia constitucional

A implementação das políticas criminais da maneira ampla como foram concebidas e propagadas pelos principais teóricos da área não é tarefa simples nem

17. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. passim.

18. DELMAS-MARTY, Mirreille, 2005. p. 36.

mesmo nos países europeus onde forma pensadas, mas se torna desafio maior em nações de terceiro mundo, como o Brasil. A primeira problemática enfrentada nesse sentido refere-se ao fato de que, justamente por ter um conceito e um área de abrangência muito alargados, as propostas de política criminal acabam por retirar a densidade dos princípios e regras que são fundantes para o funcionamento do ordenamento jurídico criminal. Em um segundo ponto, ressaltado por Delmas-Marty[19] e D'Ávila[20], o conceito político-criminal foi desenhado como se fosse aplicado em um contexto político ideologicamente "neutro", o que não corresponde, por óbvio, a nenhuma realidade prática, mas menos ainda a realidade brasileira, na qual a posição criminal assumida pela sociedade é de um interesse de prevenção geral, ou, trocando em miúdos, de punição a qualquer custo.

Em síntese, a dificuldade de implementação da Política Criminal no cenário brasileiro tem se dado em razão da flexibilização excessiva de regras e valores em um ambiente caracterizado por um forte posicionamento político no sentido da prevenção. Justamente por isso é que, diariamente, princípios fundamentais e regras de Direito Penal são deixados de lado em prol do atendimento social prevencionista e repressista. Os conceitos e os institutos mais tradicionais de Direito Penal e, até mesmo aqueles oriundos da norma constitucional, como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* são frequentemente "flexibilizados" quando começam a representar um empecilho para a consecução dos fins políticos estatais. D´Avila[21] esclarece:

> "Se os objetivos tidos como relevantes pelo Estado, como o paradigmático caso do combate ao terror, entram em conflito com a manutenção de direitos e garantias fundamentais, colocando em xeque o êxito na obtenção de tais fins, não se leva a sério a possibilidade de existirem limites materiais intransponíveis à sua atuação."

Daí, fica fácil localizar o problema no cerne do sistema de Direito Penal: o princípio unificador que deveria zelar pela boa e correta aplicação de todos os demais elementos, que é a Constituição Federal, ainda esboça, em âmbito político

19. Cf. DELMAS-MARTY, Mirreille. 2004. Acerca dos elementos invariantes escolhidos para a estruturação de uma ciência política criminal que, teoricamente, não variariam sob nenhuma circunstância ideológica.
20. D´AVILA, Fabio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chitto (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdipucRS, 2008. p. 321.
21. D`AVILA, Fabio Roberto. Op. cit., p. 322-323.

criminal, uma força normativa muito inexpressiva, que não consegue –ou não se esforça para conseguir – competir com os arbítrios políticos estatais. Com a força normativa do princípio unificador debilitada, as demais engrenagens do sistema não funcionam devidamente e, então, temos a famigerada crise: crise do Direito e do Processo Penal, crise dos poderes estatais, crise da Democracia.

Sanchez[22] denomina o momento atual como uma terceira crise da Ciência Penal, que se caracteriza por uma supervalorização das respostas punitivas. Tal cenário crítico é causado, entre outros fatores, pela falta de vinculação dos titulares dos poderes públicos às regras jurídicas e aos valores constitucionais. Pois, como ensina Ferrajoli[23], a ilegalidade pública se manifesta também em forma de crise constitucional, com a degradação dos valores e regras constitucionais e dos limites que estes impõem ao exercício dos poderes públicos.

Como esclarece D'Avila[24], o discurso da Política Criminal está tão em voga que a dimensão político-criminal acaba sempre sendo priorizada quando da aplicação das normas penais, relegando para um outro momento ou, simplesmente, deixando passar o critério mais importante para filtrar a realização de qualquer prática penal, qual seja: a adequação jurídico-constitucional da mesma.

A realização adequada da abertura do Direito Penal deve obedecer a uma ordem – afinal, já se discutiu a relevância de esse sistema ser fechado – e essa ordem deve se dar de modo que primeiro haja a compatibilização das decisões penais com os comandos constitucionais e só em um segundo momento é que se deve avaliar sua adequação e pertinência em termos de política criminal. Portanto, qualquer interesse estatal, por melhor que seja, possuindo cunho preventivo, ressocializador ou punitivo, só poderá ser efetivado se estiver dentro dos limites estabelecidos pelas normas penais e, sobretudo, pelos ditames constitucionais.

É nesse sentido que Sanchez[25] fala em três "velocidades do Direito Criminal", em que a primeira velocidade corresponderia a um sistema penal encarcerador, cujo principal objetivo seria a punição, e onde as normas criminais deveriam ser aplicadas da maneira mais rigorosa; na segunda velocidade ocorreria o oposto da primeira, com a adoção de diversos mecanismos alternativos ao cárcere e a flexibilização das normas penais com o escopo de buscar mais ressocialização e penas mais brandas; já a terceira velocidade, idealizada pelo autor e que poderia

22. SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. Op. cit.
23. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p p.15-16.
24. D´AVILA, Fabio. Op. cit., p. 323.
25. SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. Op. cit., p.163.

perfeitamente solucionar a problemática atual da dificuldade de constitucionalização do sistema penal brasileiro, seria um equilíbrio entre o Direito Penal do inimigo[26] – representado na primeira velocidade – e a relativização desmedida das garantias político-criminais – trazida na segunda velocidade. Assumindo que o Direito Criminal, por suas próprias características, é sempre um mal, Sanchez[27] pugna que se retraia este à condição de "mal menor". Um mal mais aceitável do que a impunidade ou a violação de direitos fundamentais.

Tem-se, portanto, na esteira de Yacobucci[28], que a Política Criminal deve ser utilizada como elemento de abertura do Direito Penal, como alternativa aos processos de criminalização e penalização em massa e como auxiliar do direito material e processual no que lhe for útil e compatível. Mas não é possível sobrepor os anseios de cunho político ao atendimento das normas constitucionais. E também não é cabível a aplicação integra do raciocínio funcionalista de Roxin, que busca forjar uma identidade entre a Ciência Penal e a Política Criminal. Pois esta última é muito mais ampla que a primeira, e assim realmente o deve ser para que se resguardem os direitos e garantias fundamentais. Porque a Ciência Penal não apenas restringe direitos, mas também é responsável por concretizar muitos deles, devendo garantir liberdade e segurança mais amplas e eficazes do que aquelas que poderiam ser atribuídas aos titulares sem sua intervenção.

Diante da atual etapa dos fenômenos criminológicos e à expansão do Direito Penal, Sanchez[29] defende um retorno ponderado ao liberalismo, ou seja, para uma organização jurídica criminal que tutele os bens jurídicos mais essenciais e com observância dos princípios e garantias constitucionais. Há de se recuperar a ideia de Direito Criminal como conjunto de garantias do cidadão em face das intervenções estatais. Amilton B. de Carvalho[30] afirma que "a lei é o limite ao poder desmesurado", e por isso, sempre vai representar proteção ao mais fraco na relação jurídica. Assim, o Direito Penal sempre será, como previsto pelo Mestre Ferrajoli[31], a lei do mais débil.

26. Cf. JAKOBS, Gunther. Criminalizacion en el estadio prévio a la lesion de um bien jurídico. Trad. Peñaranda. *Estudios*, 1985. p.293 e ss.
27. SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. Op. cit., p.166.
28. YACOBUCCI, Guillermo. Op. cit., p.222.
29. SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. Op. cit., p.149.
30. BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei para que(m)?. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 56.
31. Cf. FERRAJOLI, Luigi, 2011.

D'Avila[32] sugere, como tentativa de uma efetiva constitucionalização da esfera criminal a valorização da normatividade, num sentido de que esta deve sempre ser o critério primeiro quando da análise das questões criminais. O espaço de atuação da Política Criminal deve sempre ser aquele previamente demarcado pelos postulados constitucionais. E, o espaço daquela que Zagrebelsky[33] denomina como Política Constitucional, por sua vez, é marcado não apenas pela execução da letra constitucional, mas sim pela realização dos valores intrínsecos neste texto supremo.

3. Desvinculação do juiz ao pedido de absolvição interposto pelo Ministério Público: resquício de inquisitivismo em um sistema acusatório

Uma vez afirmado que a atuação judicial além dos limites impostos pela acusação é inconstitucional, passemos à análise mais específica acerca dos porquês doutrinários, principiológicos e práticos que levam à afirmação de que o juiz criminal inserido em um modelo acusatório não pode se desvincular do pedido de absolvição realizado pelo Ministério Público, como prevê atualmente o art. 385 do CPP. Lopes Junior[34] explica que, tendo em mente que o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória, harmonizada, como o próprio nome diz, ao sistema acusatório; conclui-se que o titular dessa pretensão de acusar nos crimes de ação penal pública é o MP, que, ao acusar um indivíduo, invoca –ou mesmo provoca – a tutela judicial. Ao juiz, enquanto representante do poder estatal, caberá a pretensão de punir.

Entretanto, o Brasil ainda adota princípios, como os da indisponibilidade e não oportunidade da ação penal pública, embora tal situação esteja sendo aos poucos relativizada, a começar pelos delitos de menor potencial ofensivo, que já admitem transação. O fato é que a adoção de tais princípios faz com que o MP tenha seu poder de disposição limitado acerca da ação penal pública, o que não se faz compatível com o papel de real *dominus litis* que deve assumir num sistema acusatório. Quem possui a titularidade de um direito deve dele dispor de maneira plena[35] e se,

32. D´AVILA, Fabio. Op. cit., p.325-326.

33. ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascon. [s.l]: Editorial Trotta, 1995. p. 14.

34. LOPES JUNIOR, Aury. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidit. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 39, jul.-set. 2002. p. 103-124.

35. Idem.

por um absurdo não puder fazê-lo – em razão do princípio da obrigatoriedade- deve ter sua decisão de não mais prosseguir na busca pela condenação acatada pelo juiz, pois o contrário impede a concretização da justiça.

Faz-se mister recordar, como o faz Abade[36], que os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário *strictu sensu* são agentes políticos cuja característica principal é a independência no exercício da função. O que possibilita e, até mesmo, exige a análise da existência dos pressupostos constitucionais para que o membro do *parquet* possa atuar, sem que decisão posterior de órgão distinto venha obrigá-lo a mudar seu entendimento pessoal e contrariar a função que lhe é soberanamente imposta pela CF.

O próprio pai do garantismo penal, Ferrajoli[37], não obstante defenda a adoção do princípio da obrigatoriedade, do qual deriva a máxima da indisponibilidade, afirma que tal obrigatoriedade deve se referir ao fato de que o MP possui o dever de apreciar o fato criminoso que chegue a seu conhecimento, possuindo, entretanto, o poder de decidir de que modo deve proceder: se pugnando pela condenação, pela absolvição ou mesmo arquivando o feito. Assim, a obrigatoriedade está ligada à autonomia do órgão que deve exercê-la e que, por conseguinte, não poderá ter seus posicionamentos frustrados por órgão distinto. O MP tem por obrigação intentar a ação penal quando estiverem presentes os requisitos para tanto, contudo, possui plena liberdade e autonomia para verificar se existem e se persistem os motivos que ensejaram tal iniciativa processual.

Na seara dos direitos e das garantias fundamentais, há de se recordar de outro pilar fundamental para a concretização da justiça, que não pode se dar sem a formulação de uma acusação adequada e legal, qual seja: o contraditório. Como coloca Abade[38], essa relação inegável de dependência entre contraditório e acusação é dotada de logicidade própria, pois para que haja defesa criminal é essencial que haja primeiramente uma acusação válida. Se, em vez disso, houver um pedido de absolvição, os polos processuais estarão posicionados em favor da defesa, não sendo aceitável, uma condenação judicial.

Bargi[39] afirma categoricamente que o contraditório pressupõe uma dualidade antagônica, ou seja, deve haver dois polos processuais com teses e interesses diversos. Portanto, para que se garanta efetivamente o contraditório, é necessária

36. ABADE, Denise Neves. Op. cit., p. 184.
37. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e y garantias*: la ley del mas débil. S.I. Editorial Trotta. 2011. p. 525.
38. ABADE, Denise Neves. Op. cit., p. 207.
39. BARGI, 1990 apud ABADE, Denis Neves, 2005. p. 215-226.

a observância da correlação entre acusação e sentença, a fim de apreciar exposições e pedidos da acusação com imparcialidade. Ou seja, não é lícito ao juiz apreciar imputações que não foram ou deixaram de ser feitas ao réu. Também como menciona Prado[40], se o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em atos processuais que não tenham sido produzidos com observância ao contraditório, quando profere sentença condenatória em detrimento do pedido de absolvição formulado pelo órgão ministerial, está proferindo decisão absolutamente nula, em razão da violação ao princípio constitucional do contraditório.

Ressalta-se que a função constitucional delegada ao MP é a de zelar pelo cumprimento da justiça, por condenação ou por absolvição. Assim, a posição ministerial no sentido de absolvição do acusado e o acolhimento judicial de tal tese na sentença não contraria os interesses estatais, porque assim como almeja punir os que delinquem, transgredindo as regras sociais, também é interesse da coletividade que inocentes não sejam condenados injustamente. Assim é que Faria[41] lembra que a absolvição é matéria de ordem pública, devendo ser acolhida e proferida pelo magistrado sempre que se mostrar cabível ou mesmo que se desenhe apenas a máxima do *in dubio pro reo*. Em razão da presunção de inocência, compete à acusação o ônus de provar a autoria e materialidade inerentes ao delito.

Se a acusação não se desincumbe satisfatoriamente de seu ônus probatório, o juiz deve, em obediência aos princípios constitucionais, absolver o réu, evitando agir como um "acusador suplente". E com muito mais propriedade deverá fazê-lo se a própria acusação pedir a absolvição. Em síntese, se pela regra da indisponibilidade, o MP, depois de iniciar a ação penal pública, não pode dela desistir; então, o único meio do qual dispõe para evitar injustiças e condenações desarrazoadas é pedindo a absolvição do acusado em memoriais ou em alegações finais. Em um modo de dizer: "abro mão de minha pretensão acusatória". Pedido este que, por óbvio, deve ser aceito pelo juiz, posto que não pode haver o exercício da pretensão condenatória se nem mesmo houver o antecedente lógico de uma pretensão acusatória.

3.1. O necessário equilíbrio entre poder acusatório e poder punitivo

Gloeckner[42] relembra que, com a ocorrência e a apuração do crime surgem para o Estado dois poderes-deveres: o de acusar e o de punir. O poder acusatório,

40. PRADO, Geraldo. Op. cit., p.190.

41. FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal*: uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 107-109.

42. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 243-245.

nos crimes de ação penal pública, compete ao MP e corresponde a uma decisão, pautada nos paradigmas legais, de sujeitar ou não o acusado ao processamento penal estatal. Por sua vez, o poder de punir deverá ser exercido pelo magistrado e, caso procedente, desaguará na aplicação da penalidade correspondente e proporcional ao delito julgado. Assim, tem-se que o poder de punir não pode ser exercido, sob pena de ferir diversas garantias constitucionais, fora do processo penal estando condicionado à decisão ministerial de concretizar seu poder acusatório em cada caso concreto e de acordo com o enquadramento legal.

Para a efetivação da pretensão acusatória do processo penal é necessário que tanto a acusação quanto o julgador entendam pela existência do crime, só assim poderá ser alcançada a condenação e, consequentemente, estará aberta a possibilidade de exercício do *jus puniendi* estatal. Pode-se dizer que a apreciação judicial acerca da condenação fica prejudicada quando esta não é solicitada pelo MP. É como se a acusação por parte deste último fosse pressuposto de validade ou mesmo *conditio sine qua non* para a condenação judicial. Tal interdependência é denominada por Freire Junior[43] de "relação de prejudicialidade" entre o convencimento do membro ministerial e o do magistrado. Assim, ao condenar sem alegações finais ministeriais no mesmo sentido, o juiz condena de ofício, em flagrante contrassenso ao sistema acusatório e suas garantias. Nas palavras do autor[44]:

> *"Não se pode analisar a discussão sobre o ângulo de ampliar ou reduzir o poder dessa ou daquela instituição, mas sim de verificar que somente é possível condenar o réu quando os dois filtros do Estado (MP e juiz) entendem que existiu por parte do réu a violação de um bem jurídico relevante tipificado penalmente.* O sistema acusatório foi construído para servir de direito fundamental do réu, e não para garantir o direito de punir do Estado. Ora, de nada adianta afirmar que há a separação, se apenas a vontade do juiz for suficiente, de per si, para condenar o réu. Definitivamente, não é papel do juiz acusar ninguém; logo, retirada a acusação, a absolvição é medida que se impõe." (grifos nossos)

Não é possível que a condenação de um indivíduo esteja monopolizada nas mãos do Ministério Público ou do magistrado. Tais órgãos apresentam funções complementares, devendo trabalhar em conjunto para o alcance da justiça. Portanto, o mérito da atuação ministerial não se encerra no oferecimento da denúncia, pois, enquanto sujeito participativo que é da relação processual e,

43. FREIRE JUNIOR, Americo Bede. Da impossibilidade de o juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo ministério público. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v .6, n. 35, dez.-jan. 2006. p.53.

44. FREIRE JUNIOR, Americo Bede. Op. cit., p. 54.

devendo resguardar os interesses sociais, o MP necessita sustentar tal acusação até o momento da sentença, demonstrando a convicção de que assim se fará justiça. Entretanto, se o referido órgão pugna pela absolvição, não é possível que o juiz traga para si um "monopólio da condenação", sentenciando de maneira contrária ao solicitado por ambas as partes.

Sabe-se que, no processo penal, a distribuição do ônus probatório é realizada de maneira diferenciada com relação ao processo civil, já que o acusado está sob o manto constitucional da presunção de inocência, motivo pelo qual compete à acusação demonstrar de maneira convincente os requisitos para que haja a condenação do réu- de modo que *in dubio pro reo*. Portanto, como assevera Gloeckner[45], se na ação penal pública o MP não se desincumbe de sua carga probatória, o acusado deverá ser absolvido, uma vez que em nenhuma hipótese haverá deslocamento do ônus da prova. Por óbvio, se não sendo provada cabalmente a culpa do acusado pela acusação, o juiz deve absolvê-lo; deverá fazê-lo com muito mais propriedade nos casos em que a própria acusação peça a absolvição. Tal é a lógica que decorre do inafastável princípio da presunção de inocência.

Não há de se afirmar que pugnando o órgão ministerial pela absolvição e ocorrendo o automático acolhimento pelo magistrado esteja a sociedade livre do risco da produção de decisões injustas, pois, como já mencionado, o processo é um risco por si só. Gloeckner[46] afirma que as decisões processuais penais, sejam interlocutórias, sejam com teor definitivo, representam um risco, de modo que não há processo cem por cento seguro ou mesmo justo. Entretanto, é justamente em razão da incerteza processual que se faz necessário estabelecer um núcleo mínimo e rígido de garantias processuais que previnam, não só o acusado, mas principalmente a sociedade, do arbítrio estatal e da insegurança jurídica.

Como já mencionado, o processo penal deve buscar a produção da verdade formal, passível de ser alcançada com os elementos presentes nos autos, de modo que o juiz não se valha de medidas inquisitivistas nem fira as garantias processuais sob o argumento de buscar a verdade real. Para que tal verdade seja alcançada, é necessário um procedimento acusatório, amparado em todos os ângulos pelos princípios constitucionais. A acusação deve ser formulada de acordo com os requisitos legais e se basear em provas lícitas e legítimas. E, ao deparar-se com a dúvida gerada pela falta de provas ou de acusação, o magistrado deve absolver em homenagem aos pilares da presunção de inocência e do *in dubio pro*

45. GLOECKNER, Ricardo. Op. cit., p. 279.

46. Ibidem, p. 280.

reo que, como lembra Lopes Junior[47], constituem os critérios técnicos nos quais o julgador deve se amparar para dirimir as incertezas processuais penais.

4. A (des)vinculação sob a ótica dos tribunais de justiça nacionais

O fato é que, apesar da crescente discussão doutrinária sobre a adequação do art. 385 do CPP ao sistema acusatório e, até mesmo, sobre uma provável inconstitucionalidade do mesmo; a grande maioria dos Tribunais nacionais, quando provocados a apreciar tal questão, não reconhece a incompatibilidade do referido dispositivo processual com o sistema acusatório. Até mesmo porque os tribunais superiores se manifestaram, até então, no sentido de recepção total do artigo em tela pela CF, sem levar em conta que o CPP possui origens fascistas e inquisitoriais e argumentando que o sistema acusatório está sendo obedecido.

O STJ, provocado por reiteradas vezes nos últimos anos a se manifestar acerca da recepção e constitucionalidade do art. 385 do CPP, especialmente no que se refere à questão da vinculação do magistrado ao pedido de absolvição do MP em memoriais finais, tem julgado as alegações de inconstitucionalidade como improcedentes. Como se observa nas decisões que o STJ tem utilizado como paradigmas: Agravo regimental no Recurso Especial 1.612.551/RJ[48] e Agravo regimental no Recurso Especial 607.479/DF[49], são utilizados dois fundamentos principais pelos quais se entende que o magistrado não fica vinculado ao pedido ministerial de absolvição: a alegação de o art. 385 do CPP ter sido recepcionado pela CF e o princípio do livre convencimento motivado do juiz.

Também na decisão monocrática proferida no processo 214.706 MG[50], chega-se a mencionar que a desvinculação decorre da independência do Magistrado

47. LOPES JUNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. [s.a.]. Disponível em: [www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C-4CD2C6%7D_022.pdf]. Acesso em: 06.09.2014. p.09.

48. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Recurso Especial n.1.612.551/RJ*. Relator Minstro Reynaldo Soares da Fonseca. *DJ* 10.02.2017. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608991778/recurso-especial-resp-1746229-am-2018-0137192-0]. Acesso em: 01.11.2018.

49. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Recurso Especial n. 607.479/DF*. Rel. Min. Ericson Maranhão. *DJ* 15.10.2015. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608991778/recurso-especial-resp-1746229-am-2018-0137192-0]. Acesso em: 01.11.2018.

50. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 214.706 MG*. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. *DJ* 08.09.2016. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468093637/habeas-corpus-hc-214706-mg-2011-0178993-4]. Acesso em: 01.11.2018.

e do fato de a jurisdição só ter sido atribuída ao Poder Judiciário. Contudo, tais fundamentos são falhos, uma vez que o MP não apenas é o titular constitucional da ação penal pública, como também possui a função de fiscalizar os atos judicias e dos demais poderes. Isto sem deixar de mencionar a igual independência do promotor de justiça e a necessidade soberana de imparcialidade por parte do julgador que resta comprometida se a acusação é retirada.

Entretanto, com a maior conscientização no meio jurídico e, sobretudo acadêmico, de que o processo penal é área muito distinta do processo civil e, em decorrência da tentativa de se substancializar a adoção do sistema acusatório pela Carta Magna, observa-se que tal realidade não é absoluta; pois há decisões judiciais em sentido diverso e, é crescente a pressão doutrinária no sentido de uma mudança a favor da vinculação. Ainda que seja com aplicação do art. 28 do CPP, pelo qual, se o magistrado não concordar com o parecer ministerial, não pode agir de ofício, mas pode solicitar a apreciação da celeuma pelo Procurador Geral de Justiça.

Tais posicionamentos podem levar a crer que, em algum momento mais avançado de constitucionalização do processo penal nacional, o entendimento atual venha a ser invertido em prol de uma maior adequação à separação de funções proposta pela sistemática acusatória. Atualmente, em que pese o fato de os tribunais superiores – STJ/STM – se manterem firmes acerca da inexistência de vinculação ou, no caso do STF, manterem-se silentes sobre o assunto; é representativo o número de decisões judicias nas quais o próprio magistrado reconhece sua vinculação ao pedido de absolvição realizado pelo MP em alegações finais.

4.1. A anunciação de novos ares para a questão da (des)vinculação

No sentindo de posicionamento pela vinculação, pode-se afirmar que tem saído na frente os Tribunais do sul e sudeste do Brasil no que compete a adoção da vinculação e acolhimento da inconstitucionalidade, em sede de controle concreto, do art. 385 do CPP. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, desde 2009 vem proferindo algumas decisões pela vinculação, a exemplo do acórdão proferido em apelação criminal de 1.0024.09.480666-8/001[51], no qual o réu recorreu da decisão condenatória de primeiro grau alegando que o pedido de absolvição realizado pelo MP em memoriais, obstaria a condenação.

51. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação criminal n.1.0024.09.480666-8/001 MG*. Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho. *DJ* 12.04.2010. Disponível em: [http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8824291/100240948066680011-mg-1002409480666-8-001-1]. Acesso em: 15.10.2015.

Entendendo que tal condenação contrária ao pedido ministerial fere os paradigmas do sistema acusatório, pois, nesse caso, haveria ausência de pretensão acusatória; o tribunal de segundo grau absolveu o réu. Fundou-se, para tanto, na absoluta separação de funções entre as partes no processo penal acusatório e na afirmação de que se o julgador condena mesmo diante do parecer absolutório do MP, o primeiro assume a posição do segundo, contrariando a divisão acusatória e deixando de lado o cumprimento da garantia constitucional do contraditório. O relator traz a lume que o livre convencimento judicial encontra seus limites no princípio do contraditório e que a falta de observância do mesmo torna o julgador parcial quando a decisão proferida faz com que permaneça sendo perseguida uma pretensão que já foi abandonada pelo seu titular, qual seja o órgão ministerial.

Tal decisão, como já mencionado, não é isolada. Na mesma esteira decidiu também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quando do julgamento da apelação criminal 70053333803[52], na qual o MP, representado na figura do procurador de justiça, competente para atuar na segunda instância judicial, opinou pela absolvição do acusado em sede recursal. Assim, o magistrado entendeu que, devido ao papel atribuído ao *parquet* pela Constituição Federal de titular exclusivo da ação penal, uma vez que se posiciona pela absolvição e, consequentemente, pelo fim do exercício da pretensão de punir, o processo penal perde sua razão de ser, pois não mais apresenta objeto conflituoso diante do consenso das partes.

Observe-se que, em tal acórdão, também se reconheceu a vinculação como forma de resguardar o sistema acusatório, sendo considerada a adoção do mesmo pela Constituição Federal de 1988, que não mais admitiu a figura do juiz inquisidor ou, como mencionado pelo relator, "persecutor". Funda-se, ainda, a citada decisão, no objetivo de garantir a imparcialidade judicial que, para ser alcançada, dependerá da inércia deste. Ressalte-se que tal inércia, não deve personificar a figura de um juiz engessado, mas sim, de um magistrado que aprecia o que lhe é apresentado pelas partes, sem assumir o lugar de nenhuma delas.

Ainda sem fugir do âmbito das decisões proferidas nas regiões sul e sudeste do Brasil, pioneiras em admitir a vinculação, faz-se mister salientar, por seus próprios fundamentos, a decisão proferida pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando da apreciação da apelação

52. BRASIL, Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação criminal n. 70053333803 RS*. Relator Des. Francesco Conti. *DJ* 12.06.2013. Disponível em: [http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113038342/apelacao-crime-acr-70053333803-rs/inteiro-teor-113038352]. Acesso em: 15.10.2015.

0005443-72.2012.8.19.0044[53]. Nessa paradigmática decisão a relatora expôs que há controvérsias na doutrina acerca da constitucionalidade do art. 395 do CPP em virtude de o mesmo não estar de acordo com o sistema acusatório adotado pela CF em seu art. 129, I. Assim, não é possível exigir que tal dispositivo seja aplicado em sua literalidade, pois as conclusões a que o órgão ministerial chega quando da valoração das provas autuadas não pode ser ignorada pelo magistrado que, ressalte-se, não é o senhor plenipotenciário do processo.

Se o próprio titular da ação penal entende que não há provas da materialidade do delito, como ocorreu no caso em análise, não há meios de o juiz sustentar uma condenação por si próprio. Deve-se apreciar que a apelação em comento foi interposta por outro membro do MP, distinto daquele que pugnou pela absolvição em memoriais. Mesmo assim, a relatora não entendeu que o recurso deveria ser acolhido uma vez que não houve sucumbência ministerial, já o juiz de primeiro grau absolveu o réu. Abre-se aqui um parêntese para ressaltar que o Ministério Público é órgão dotado de unicidade, sendo assim, não é plausível que um membro entre com recurso para modificar decisão judicial que atendeu aos pedidos realizados por membro que atuou anteriormente. O MP é uno, apresentando posicionamento unificado independente da atuação de seus diversos membros.

Analisando tal decisão, observa-se que a relatora não apenas obedeceu ao princípio acusatório, como também reconheceu a função ministerial e delegações constitucionais ao mencionar que, ainda que houvesse, pela literalidade da lei fundamentos para a condenação, haveria de se levar em conta o posicionamento ministerial para a valoração probatória. Com tal atitude, a desembargadora reconhece a relevância da atuação ministerial e restringe o posicionamento a suas funções judiciais, abstendo-se de assumir qualquer tipo de posição acusatória, uma vez que o próprio *dominus litis* não o fez.

Por fim, para demonstrar que o posicionamento pela vinculação vem sendo defendido também na região norte do país e que esta não é, portanto, apenas uma tendência sulista, analisa-se também decisão da 1ª Câmara Criminal isolada do Tribunal de justiça do Estado do Pará, proferida em sede de Recurso em Sentido Estrito, interposto contra decisão de pronúncia na fase de prelibação do júri, RESE 00056904220128140028[54]. Nesse caso, o réu recorreu da

53. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação criminal n. 0005443-72.2012.8.19.0044 RJ*. Relatora Des. Maria Sandra Kayat. *DJ* 14.03.2014. Disponível em: [http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116611427/apelacao-apl-54437220128190044-rj-0005443-7220128190044]. Acesso em: 15.10.2015.

54. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *RESE n. 00056904220128140028 PA*. Relatora Des. Nadja Nara Cobra Meda. *DJ* 10.08.2015. Disponível em: [http://www.

pronúncia alegando que, em sede de memoriais finais, o MP pediu a absolvição, entretanto, tal pedido foi rejeitado pelo juiz de primeiro grau. O juízo de segunda instância reconheceu o recurso do réu, absolvendo-o sumariamente pelo fundamento de que o magistrado está vinculado ao pedido do MP, uma vez que o mesmo não pode acolher uma pretensão acusatória que deixou de existir. Afirma ainda o relator que, tal vinculação é decorrência lógica do sistema acusatório, no qual deve haver separação das funções processuais e provocação judicial para a condenação.

Como observado, o posicionamento tomado na decisão mencionada acompanhará o raciocínio dos demais, revelando que há também, ainda que pouco desenvolvida, uma tendência atual dos tribunais de reconhecer a vinculação do magistrado às alegações ministeriais, uma vez que sem o exercício da pretensão acusatória não pode haver condenação. Mas por que estudar decisões minoritárias e acreditar que uma mudança de posicionamento pode estar por vir?

Os estudos tradicionais de empiria jurídica, através da análise de decisões judiciais são pautados, em larga escala, no que Nunes[55] chama de "jurisprudência mecânica", pois tem por base a crença de que as leis predeterminam as jurisprudências e atribuem ao juiz uma função de "boca da lei modernizada", na qual este deve, apenas e mecanicamente, atribuir um sentido à legislação apreciada. Acontece que as decisões jurídicas não são produto apenas do que a lei diz, mas também derivam de uma soma de fatores sociais, políticos e econômicos que influenciam o julgador, além de eventuais pressões externas ou de sua classe, e de sua própria bagagem histórica e emocional. Assim, é que Nunes[56] diz que, para uma correta análise jurisprudencial: "É também necessário construir modelos capazes de descrever os casos individuais e entender como eles surgiram e porque estão sendo resolvidos dessa ou daquela maneira".

Portanto, se há algum tipo de levante doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a não vinculação do magistrado ao pedido de absolvição ministerial pode ferir os pilares do sistema acusatório e macula a decisão judicial de parcialidade, também há de se investigar os porquês, a procedência e as possíveis respostas para tal entrave. Respondendo, então, à supramencionada pergunta a cerca de estudar um posicionamento que, até então, pode parecer minoritário: Porque

jusbrasil.com.br/diarios/documentos/217844041/andamento-do-processo-n-00056904220128140028-10-08-2015-do-tjpa?ref=topic_feed]. Acesso em: 15.10.2015.

55. NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria*: como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 26.

56. Ibidem, p. 27.

é necessária pesquisa, questionamento e inquietação para mudar, de trilha em trilha, o caminho jurisprudencial e doutrinário no sentido de tentar adotar os meios e soluções mais adequadas para a efetivação do sistema acusatório, reafirmando a positivação deste pela Constituição Federal.

Conclusão

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar com veemência que um dos principais objetivos a ser alcançado pelo País, não só para o desenvolvimento da justiça, mas também para a evolução da sociedade, é a utilização da Constituição Federal e das demais leis como forma de limitação do poder estatal. As regulamentações constitucionais e processuais penais são armas fundamentais na luta pela edificação de uma verdadeira estrutura acusatória em nosso sistema jurídico, pois impedem a imposição do poderio estatal de maneira ilimitada e tirânica sobre os cidadãos, como ocorria na aplicação do sistema inquisitivo.

Restou claro que o Direito Penal brasileiro ainda não alcançou um sistema acusatório puro, carregando pesarosamente traços de inquisitorialismo. Entretanto, esse rompimento se faz necessário, uma vez que não basta afirmar que a CF adota um sistema acusatório se, na prática, tal sistema deixa de funcionar ao ser confrontado com as demais normas orientadoras do processo penal. Essa contradição precisa ser modificada, pois é a causadora de grande parte da falta de efetividade da justiça criminal brasileira.

Assim, somos reconduzidos a outro ponto crucial na luta pela efetivação de uma realidade acusatória brasileira: a superação da disparidade de armas entre as partes e a correta alocação dos sujeitos processuais. Para tanto, faz-se necessário que a relação jurídica processual penal seja sempre triangular e nunca linear, de modo que o julgador, vértice da mesma, necessita estar completamente desvinculado da iniciativa da persecução penal que caberá, por atribuição constitucional expressa, ao MP.

Há de se deixar claro que o posicionamento adotado no presente trabalho não almeja criticar às funções judiciais e nem ministeriais. Mas sim, clamar por um juiz mais imparcial, e pugnar por uma promotoria mais ativa e ciente de suas funções constitucionais, que não aja de modo a repassar para o julgador os encargos processuais ministeriais. Tal confusão de atribuições e papéis gera incontáveis prejuízos para a sociedade e, sobretudo, para o réu que, como parte naturalmente hipossuficiente no processo penal, torna-se ainda mais vulnerável diante de um MP que não cumpre seus papéis constitucionais e de um magistrado que acusa e

julga o processo ao mesmo tempo, acolhendo uma condenação que não mais foi perseguida, senão por ele mesmo.

Por óbvio que não há meios de se garantir 100% a justiça de uma decisão, e que, na sociedade de riscos e incertezas em que o direito criminal se insere, sempre haverá a possibilidade, ainda que pequena, de que inocentes sejam condenados e culpados sejam absolvidos. Mas, num contexto em que não se pode controlar completamente os riscos, o papel do processo é justamente lançar as regras para buscar controlar e reduzir ao máximo estes riscos.

E, para ser devido e legal, tal processo deve seguir as diretrizes e, sobretudo, a axiologia da CF, principalmente em virtude da força normativa da mesma, que vincula todo o ordenamento infraconstitucional. Sabe-se das inúmeras dificuldades sociais, políticas, econômicas e até mesmo dos empecilhos decorrentes da própria dogmática penal para constitucionalizar a seara criminal. Contudo, tais dificuldades e complexidades de cunho político, social e jurídico não devem ser tomadas como empecilhos insuperáveis para a constitucionalização do ordenamento penal mas, ao contrário, devem servir para chamar ainda mais atenção para a necessidade de conformação constitucional.

Quanto mais conflituoso e complexo for o contexto político-social a ser ordenado, maior é a necessidade e a validade dos preceitos constitucionais. Grande parte dessa dificuldade tem se dado em razão da flexibilização excessiva de regras e valores em um ambiente caracterizado por um forte posicionamento político no sentido da prevenção. Justamente por isso é que, diariamente, princípios fundamentais e regras de Direito Penal são deixados de lado em prol do atendimento social prevencionista e repressista, e a necessária vinculação dos titulares dos poderes públicos a leis é constantemente flexibilizada quando, na verdade, as normas e os procedimentos constitucionais deveriam ser seguidos de maneira mais fiel para garantia da democracia.

Por todos os motivos expostos, entende-se que o art. 385 do CPP não se adequa aos moldes do sistema acusatório, uma vez que este último é reflexo da tentativa de garantir ao máximo possível os direitos do réu a um processo, julgamento e pena justos e adequados, e não para ampliar ainda mais o *jus puniendi* estatal. Nesse contexto, pode-se afirmar que só é cabível a condenação do réu quando os dois filtros estatais, quais sejam MP e juiz entendam que esta é devida. E, uma vez que o acusador deixa de entender pela condenação, não caberia ao magistrado – figura mais imparcial do processo – continuar a busca-la por conta própria.

Destarte, não basta apenas a vontade do juiz ou o livre convencimento motivado para que o acusado seja condenado, sendo claro que este não é o papel que

cabe ao julgador num processo penal acusatório. Portanto, se o real *dominus litis* – consubstanciado na figura do MP – entender por retirar a acusação, a medida cabível seria a absolvição, sob pena de violação ao sistema acusatório, à democracia constitucional e a diversos princípios processuais que fundamentam o Estado Democrático de Direito, especialmente às regras de ouro do contraditório e da presunção de inocência.

Referências

ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório*: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de janeiro: Renovar, 2005.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei para que(m)?. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA, Luís César; MELLO, Leonel Itaussu A. *História geral e do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*: análise crítica do Projeto de Lei 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D´AVILA, Fabio Roberto. O Direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chitto (Org. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdipucRS, 2008.

DELMAS-MARTY, Mirreile. *A imprecisão do direito*: do Código Penal aos direitos humanos. T. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005.

DELMAS-MARTY, Mirreile. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole,2004.

FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no Processo Penal:* uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e y garantias*: la ley del mas débil. S.I. Editorial Trotta. 2011.

FREIRE JUNIOR, Americo Bede. Da impossibilidade de o juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo ministério público. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 35, p. 53-54, dez.-jan. 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. [s.a.]. Disponível em: [www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf]. Acesso em: 06.09.2014.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidit. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 103-124, jul.-set. 2002.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria*: como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

OLIVEIRA, Luciana Ribeiro. A pesquisadora do crime: notas antropológicas de uma arriscada observação participante com mulheres praticantes de atividades ilícitas. *Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia, v. 25, n. 2. jul.-dez. 2012.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional da lei processual penal. 3. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *La expansion del derecho penal*: aspectos de la politica criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA, Edimar Carmo da. Natureza Jurídica do pedido de absolvição feito pelo Ministério Público. *Jus Navigandi*, nov. 2007. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/10629/natureza-juridica-do-pedido-de-absolvicao-feito-pelo-ministerio-publico]. Acesso em: 21.09.2014.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Limites racionales al derecho penal. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo. *Ciências criminais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascon. [s.l]: Editorial Trotta, 1995.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O controle do princípio da obrigatoriedade nos casos de competência originária dos tribunais, de Marcos André Chut – *RT* 756/471-478 (DTR\1998\465);
- O direito fundamental ao "processo justo" e seu conteúdo jurídico, de Richard Pae Kim e Maria Cristina Kunze dos Santos Benassi – *RePro* 279/139-172 (DTR\2018\12723); e
- O ministério público no processo penal, de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa – *RBCCrim* 20/369-374 (DTR\2011\2880).

A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal

Sentencing and substantial assistance: an analysis of the determination of rewards according to the Act 12,850/2013 and the Brazilian Supreme Court

Felipe da Costa De-Lorenzi

Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com estágio doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado.
felipe.lorenzi91@gmail.com

Recebido em: 12.11.2018
Aprovado em: 12.01.2019
Última versão do autor: 28.01.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo analisa os critérios fixados pela Lei 12.850/2013 para a determinação de benefícios aos colaboradores premiados, assim como sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, com foco no julgamento do HC 127.483/PR. Constata-se que o Ministério Público tem ampla discricionariedade para determinar a pena em concreto aos colaboradores, mesmo sem observar os benefícios legalmente previstos, restringindo-se a análise judicial à verificação (i) dos requisitos formais do acordo na homologação e (ii) da eficácia da colaboração na sentença, uma vez que o réu que cumpre suas obrigações tem direito subjetivo aos benefícios acordados. Além disso, na fixação do benefício privilegia-se os aspectos utilitários – eficácia da colaboração –, em detrimento dos relacionados à gravidade do fato e à culpabilidade. A hipótese defendida é de que

Abstract: This article analyzes the criteria established by the Act. 12,850/2013 for the determination of rewards to the defendant who gives substantial assistance to authorities, as well as their interpretation by the Brazilian Supreme Court. It is verified that prosecutors have wide discretion in sentencing, even without observing the benefits provided by the legislation. The judicial control is restricted to the verification (i) of the formal requirements of the deal in the homologation and (ii) of the assistance effectiveness in the sentence, since the defendant who fulfill his/her obligations has subjective right to the agreed rewards. Besides, in the determination of rewards the utilitaristic aspects – assistance effectiveness – has greater value than the aspects related to the crime seriousness and the culpability. The hypothesis is that, in sentencing in

De-Lorenzi, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 155. ano 27. p. 293-337. São Paulo: Ed. RT, maio 2019.

alguns dos benefícios e dos critérios para concessão, assim como o modo de controle judicial, contrariam as finalidades da determinação da pena, o que é inadmissível, visto que a Colaboração Premiada é apenas um instrumento para efetivação do direito penal, não podendo contrariar os fins deste. Faz-se proposições de *lege lata* e de *lege ferenda*.

Palavras-chave: Direito penal – Processo penal – Delação premiada – Aplicação da pena – Individualização da pena.

cases of substantial assistance, some rewards, some criteria and the judicial review contradict the theoretical purposes of the sentencing. This is not admissible, since the substantial assistance is an instrument of the criminal law and therefore may not contradict its purposes. Some propositions de *lege lata* and de *lege ferenda* are made.

Keywords: Criminal law – Criminal procedure – Crown witness – Substantial assistance – Sentencing.

Sumário: Introdução. 1. A Colaboração Premiada no Brasil: definição, estatuto dogmático e fundamento. 2. A determinação da pena ao colaborador conforme a Lei 12.850/2013 e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 127.483/PR. 3. Determinação da pena e Colaboração Premiada: aspectos gerais. 4. Aspectos especiais da determinação da pena ao colaborador. 4.1. Problemas e proposições relacionados aos benefícios. 4.2. Problemas e proposições relacionados aos critérios para concessão dos benefícios. 4.3. Problemas e proposições relacionados ao controle judicial dos benefícios. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Agradeço, pela leitura das versões preliminares do texto e pelas críticas e sugestões, aos professores Alexandre Wunderlich e Raquel Scalcon e a Antônio Martins-Costa, Guilherme Ceolin, Lucas Minorelli e Marcelo Buttelli. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Introdução

A busca por efetividade e eficiência[1] na descoberta e punição de crimes cuja produção da prova é de alta complexidade levou legisladores de diversos países a adotarem mecanismos especiais de investigação. Entre eles, se insere a Colaboração Premiada[2], pela qual se incentiva o auxílio do investigado, acusado ou condenado, às autoridades públicas encarregadas da persecução penal mediante

1. Entende-se aqui por *efetividade* a produção real de um resultado objetivado, o cumprimento da finalidade a que se destina; por *eficiência*, a capacidade de produzir o resultado objetivado ou cumprir a finalidade a que se destina com o máximo aproveitamento dos recursos disponíveis.
2. Outros mecanismos são, por exemplo, o agente infiltrado e a entrega vigiada de bens de origem ilícita. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborador con la justicia*, p. 14.

a promessa de prêmios relacionados à sanção. No Brasil, entre polêmicas e questionamentos, o instituto tem sido frequentemente aplicado a casos de crimes econômicos e contra a Administração Pública cometidos no âmbito de organizações criminosas – o exemplo mais evidente é a denominada Operação Lava-Jato.

A Colaboração Premiada teve, em tempos modernos, desenvolvimento destacado no *common law*, com institutos como a *substantial assistance* nos Estados Unidos e o *Crown witness* na Inglaterra, países nos quais o sistema jurídico-penal tem características bastante distintas da tradição romano-germânica.[3] Por isso, ao ser incorporada ao nosso ordenamento, tem de ser compatibilizada com os pressupostos basilares de nossa tradição jurídica, devendo ser inserida no quadro geral dos fundamentos e finalidades do direito penal e, por conseguinte, submetida aos princípios mais elementares reconhecidos pela tradição romano-germânica[4], como os da legalidade e da culpabilidade. Nesse contexto, tendo em vista que o colaborador recebe como contraprestação pelo seu auxílio um benefício ligado à sanção, especialmente importante é sua compatibilização com a determinação da pena, momento no qual os benefícios decorrentes de colaboração anterior à sentença[5] devem ser concedidos e quantificados pelo julgador.

Com base em uma compreensão sobre os fundamentos e finalidades da atividade de determinação da pena, buscarei demonstrar alguns dos problemas existentes na fixação dos benefícios ao colaborador conforme a regulação da Lei 12.850/2013 e a prática dos atores judiciais, com foco na decisão paradigmática do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2015, no julgamento do HC 127.483. Entre os problemas analisados estão a legitimidade da negociação do não oferecimento da denúncia, a negociação de prêmios não previstos em lei, a preponderância dada à eficiência em detrimento do ilícito e da culpabilidade na fixação dos benefícios, a interpretação do conceito de "eficiência da colaboração" para fins de aplicação da pena e a falta de efetivo controle do Judiciário sobre a sanção acordada. Entretanto, como à dogmática penal não basta apresentar críticas à legislação e à jurisprudência, sendo sua função essencial propor alternativas para o aprimoramento da aplicação do direito,[6] esboçarei também

3. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborador con la justicia*, p. 77-78.

4. Semelhante, mas com destaque para a dimensão processual: ROMERO, *A Colaboração Premiada,* p. 255.

5. Embora existam aspectos importantes relacionados com a concessão de benefícios após a sentença condenatória, eles não serão analisados neste escrito.

6. Conforme Ruivo: "O apogeu da crítica a determinadas compreensões somente se consuma quando ultrapassa a mera desconstrução das premissas e dos argumentos

algumas propostas de solução aos problemas apontados, oferecendo argumentos para o aperfeiçoamento, de *lege lata* e de *lege ferenda*, do instituto da Colaboração Premiada.

Destaco que não discutirei neste texto a legitimidade do instituto. Simplesmente partirei do pressuposto de que sua previsão em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (Convenção de Palermo e Convenção de Mérida[7]) e sua incorporação à legislação brasileira, além da aplicação por diversas instâncias do Poder Judiciário, inclusive o STF, devem ser vistas com uma presunção relativa de legitimidade. Em outras palavras: não se analisa *se* a Colaboração Premiada deve existir, apenas *como* deve existir. Não será igualmente discutida, de forma direta, a relação do instituto com regras e princípios processuais penais. Trata-se, portanto, de exame relativo ao direito penal material, restrito aos limites e às possibilidades de compatibilização da Colaboração Premiada aos fundamentos e finalidades da determinação da pena.

O artigo inicia com uma abordagem geral acerca da definição, do estatuto dogmático e do fundamento da Colaboração Premiada no Brasil (item 1); posteriormente, se analisa os dispositivos da Lei 12.850/2013, assim como a interpretação que lhes foi dada pelo STF no julgamento do HC 127.483/PR, em 2015, no que diz respeito aos benefícios que podem ser concedidos ao colaborador, aos critérios para concessão e ao controle judicial (item 2); em seguida são apresentadas algumas das relações gerais entre os fundamentos e finalidades da atividade de determinação da pena e a Colaboração Premiada (item 3); por fim, aponta-se problemas específicos em relação aos benefícios, aos critérios para concessão e ao controle judicial, propondo-se alternativas para uma compatibilização com a metodologia geral de determinação da pena (item 4).

---

da doutrina penal, do direito positivo ou da orientação jurisprudencial. Mesmo porque a função essencial [da dogmática] 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." (RUIVO, *Diferenças fundamentais entre a criminologia e o direito penal*, p. 338-339). No mesmo sentido, Gimbernat Ordeig crítica o distanciamento da ciência do direito penal em relação à jurisprudência e vice-versa, defendendo um maior diálogo entre ambas, uma vez que "uma ciência sem influência na prática é uma ciência castrada". (GIMBERNAT ORDEIG, *Conceito e método da ciência do direito penal*, p. 109-10).

7. O compromisso consta no art. 37 da Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), de 2003, e no art. 26 da Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), de 2000.

1. A Colaboração Premiada no Brasil: definição, estatuto dogmático e fundamento

A Colaboração ou Delação Premiada está prevista no ordenamento jurídico brasileiro em diversas legislações. Em tempos recentes[8], a primeira positivação do instituo foi na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990)[9], à qual se seguiu uma série de outras previsões em diplomas legais, cuja mais recente foi feita pela Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas). Uma breve análise histórica da legislação possibilita visualizar claramente duas perspectivas[10] da Colaboração Premiada em seu desenvolvimento no Brasil: (i) como causa material de diminuição ou extinção da punição a ser aplicada pelo juiz na sentença e (ii) como um acordo processual entre as partes em que são negociadas a colaboração do acusado na persecução penal e a outorga de um benefício relacionado à sanção.[11] A primeira privilegia o direito material; a segunda, o direito processual.[12]

---

8. Aponta-se a existência de institutos análogos à Colaboração Premiada já no Código Criminal do Império, de 1830. Cf. PENTEADO, *Delação Premiada*, p. 643.

9. Nesse sentido: PENTEADO, *Delação Premiada*, p. 643. BITTAR, *Delação premiada*, p. 89. VASCONCELLOS, *Colaboração Premiada no processo penal*, p. 70.

10. De forma semelhante, VASCONCELLOS, *Colaboração Premiada no processo penal*, p. 53-54.

11. Na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), a colaboração do acusado possibilitava a redução pelo juiz de um a dois terços da pena. Posteriormente, uma série de legislações inseriram previsões semelhantes, como a Lei 9.034/1995 (antiga Lei das Organizações Criminosas), a Lei 9.080/1995, a Lei 9.269/1996 e a Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro). Nessas leis, o instituto da Colaboração Premiada era simplesmente uma *causa material de redução de pena a ser aplicada pelo juiz* em caso de condenação. A Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção a Testemunhas) prevê pela primeira vez de forma expressa a possibilidade de concessão de benefícios "a requerimento das partes" e amplia os prêmios disponíveis, possibilitando a concessão de perdão judicial. No mesmo sentido, a antiga Lei de Drogas (Lei 10.409/2002) previa a possibilidade de sobrestamento do processo e redução da pena por "acordo entre o Ministério Público e o indiciado". Nessas legislações, a Colaboração Premiada *assume feições processuais, como um acordo entre as partes*, e não mera causa de diminuição da pena a ser aplicada pelo juiz. A nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e a Lei 12.683/2012 retomaram as redações tradicionais. Por fim, a Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) trouxe uma vasta regulamentação da matéria, ampliando os benefícios, possibilitando a concessão por requerimento das partes, fixando requisitos e um procedimento para o acordo, assim como critérios para a concessão dos benefícios, e disciplinando o modo de controle judicial.

12. Na doutrina brasileira, é possível visualizar uma divisão semelhante. Com enfoque no direito material, Bittar define a delação premiada como um "instituto de Direito Penal

A perspectiva preponderante atualmente é a processual[13], sobretudo em razão da forma como regulamentada pela Lei 12.850/2013 – que faz referência expressa a "negociações" e "acordo" entre as partes –, devendo a Colaboração Premiada ser entendida como um instituto de justiça penal negocial[14], cuja transação envolve, de um lado, a confissão do imputado[15] e sua colaboração na investigação ou processo penal e, de outro, a concessão de um benefício relacionado à sanção por parte das autoridades públicas, com objetivo de obter elementos de informação ou prova, facilitando e simplificando a persecução penal. Ademais, a perspectiva processual restou consolidada pela decisão unânime do Plenário do STF, no julgamento do HC 127.438 em 2015:

> "A Colaboração Premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de

que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação de pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)". (BITTAR, *Delação premiada*, p. 5). No mesmo sentido, Franco analisa a delação premiada como causa extintiva de punibilidade e como causa de diminuição de pena. Veja-se FRANCO, *Crimes Hediondos*, p. 356-258. Com enfoque no direito processual, Vasconcellos a define como "um acordo realizado entre acusador e defesa visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva". VASCONCELLOS, *Colaboração Premiada no processo penal*, p. 53-54.

13. Conforme posição do STF no HC 127.483: "embora a Colaboração Premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal." (STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 24). No mesmo sentido, citando ampla bibliografia a respeito, veja-se VASCONCELLOS, *Colaboração Premiada no processo penal*, p. 55-56, especialmente na nota de rodapé 12.
14. Fazendo comparação entre a Colaboração Premiada e outros institutos reconhecimento ou não contestação da culpa (especialmente o *plea bargain*), inserindo ambos no conceito de justiça penal negocial, veja-se: VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal*, p. 114 e ss. Ressaltando as diferenças entre os institutos: CANOTILHO/BRANDÃO, *Colaboração premiada*, p. 144-145. PEREIRA, *Delação premiada*, p. 48-52. ROMERO, *A Colaboração Premiada*, p. 257.
15. Para uma síntese da discussão acerca da necessidade de a Colaboração Premiada envolver a confissão do colaborador, veja-se VASCONCELLOS, *Colaboração Premiada no processo penal*, p. 127-132.

> prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração."[16]

Apesar disso, a Colaboração Premiada produz importantes efeitos sobre o direito material, na forma de "prêmios" concedidos ao colaborador, que podem consistir em mitigação ou isenção da punição ou em benefícios na execução da pena. Ademais, admite-se hoje até mesmo o não oferecimento da denúncia.[17] Os benefícios concedidos aos investigados, acusados ou condenados que colaboram com a justiça penal para o descobrimento do delito estão inseridos no que se convencionou chamar "direito penal premial", que abarca um conjunto de hipóteses normativas de redução ou isenção de pena que objetivam fomentar a desistência, o arrependimento ou o abandono de atividade ilícitas ou a colaboração com autoridades de persecução.[18]

Em uma perspectiva sistemática de direito material, a colaboração com a justiça tem estatuto dogmático de um *comportamento pós-delitivo positivo*[19], isto é, um comportamento realizado pelo réu após a consumação do crime, em benefício da vítima ou da Administração da Justiça, ou considerado útil por esta, e que, por essa razão, é valorado positivamente pelo direito penal[20], produzindo efeitos sobre a sanção. Entre os comportamentos pós-delitivos positivos reconhecidos

16. STF, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. (Acórdão)
17. Sobre as posibilidades de regulamentação da colaboração pelos diversos ordenamentos jurídicos, afirma García de Paz: "Podemos encontrar disposiciones premiales en los ordenamientos tanto en la Parte General de los Códigos Penales como en la Parte Especial, referidas a específicos delitos; otras veces aparecen sin embargo en el marco del proceso penal; finalmente en ocasiones encontramos incluso disposiciones de carácter premial en el Derecho penitenciario, conectadas a la ejecución de la pena ya impuesta." GARCÍA DE PAZ, *El coimputado que colabora con la justicia*, p. 2.
18. GARCÍA DE PAZ, *El coimputado que colabora con la justicia*, p. 2. Veja-se, também: BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborador con la justicia*, p. 34. ORTIZ, *La delación premiada en España*, p. 53-56.
19. GARRO CARRERA, *Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa*, p. 4.
20. VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, p. 40. Deve-se atentar para a existência de alguma controvérsia a respeito do momento inicial do que se considera um comportamento pós-delitivo positivo, o qual pode ser a consumação, mas, também, o início ou o fim da execução, o que poderia fazer o conceito abarcar a desistência voluntária e/ou o arrependimento eficaz (art. 15 do CP). Para os fins deste artigo, contudo, a discussão não tem maior relevância.

no direito brasileiro estão, por exemplo, o arrependimento posterior (art. 16 do CP), as atenuantes da confissão (art. 65, III, *d*, do CP) e reparação do dano/mitigação das consequências do crime (art. 65, III, *b*, do CP), a retratação em relação ao crime de calúnia ou difamação (art. 143 do CP) e o pagamento integral do débito tributário oriundo de crimes previdenciários e tributários (art. 83, *caput* e § 4º, da Lei 9.430/1996 e art. 9º, *caput* e § 2º, da Lei 10.684/03). Em todos esses casos, o comportamento posterior ao crime produz efeitos sobre a pena, implicando sua isenção ou redução.

A doutrina aponta, porém, uma diferença importante entre a Colaboração Premiada e outros comportamentos pós-delitivos positivos. Enquanto o arrependimento posterior, a reparação do dano, a retratação etc. seriam condutas que visam a reparar a ofensa causada ao bem jurídico ou que demonstram o arrependimento do réu, conectando-se com a gravidade do crime ou com a reprovabilidade da conduta; a Colaboração Premiada não teria conexão direta com tais elementos, caracterizando-se antes como uma atuação processual de auxílio às autoridades públicas por meio do fornecimento de informações úteis.[21]-[22] Haveria, portanto, distintos discursos em relação a eles: por um lado, a redução ou isenção de pena estaria fundada em considerações predominantemente axiológicas, ligadas ao arrependimento do autor ou ao seu esforço para reparar o dano; por outro, a redução ou isenção de pena estaria fundada em critérios de utilidade e pragmatismo, sendo relevante a contribuição para a obtenção de um resultado prático desejado.[23]

Vislumbra-se, com isso, que o principal fundamento para a positivação do instituto da Colaboração Premiada é a sua contribuição para o esclarecimento de

21. GARRO CARRERA, *Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa*, p. 6-11. No mesmo sentido, diferenciando o "arrependimento" substantivo do processual: BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborador con la justicia*, p. 35 e ss. PEREIRA, *Delação premiada*, p. 40 e ss. Criticando a utilização do termo "arrependimento" para se referir aos comportamentos pós-delitivos positivos, veja-se: VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, p. 40-41.

22. No Brasil, a atenuação da pena pela confissão também está, atualmente, baseada em critérios de utilidade e pragmatismo, enquanto facilitação da prova do crime, não se exigindo para seu reconhecimento o arrependimento do autor, o que fica nítido pelo texto da Súmula 555 do STJ: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do CP." Sobre o tema, veja-se: BOTTINO, *Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal*, p. 2-5.

23. Assim, criticamente, GARRO CARRERA, *Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa*, p. 10.

crimes, primacialmente relacionados às formas modernas de organização criminosa[24], cuja dinâmica de funcionamento e a consequente dificuldade probatória por meio das técnicas tradicionais criam enormes obstáculos à punição, requerendo a adoção de mecanismos especiais de investigação e inteligência, entre os quais se insere a colaboração de pessoas envolvidas na atividade criminosa[25]. Trata-se, portanto, de instituto fundado em razões utilitárias[26], cuja finalidade é possibilitar uma melhor operatividade e efetividade do sistema criminal em relação a certos crimes.[27] Ilustrativa no contexto brasileiro é sua utilização constante para investigação de crimes de corrupção envolvendo políticos e grandes empresários.

2. A determinação da pena ao colaborador conforme a Lei 12.850/2013 e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 127.483/PR

A legislação mais recente a tratar da Colaboração Premiada no Brasil, como visto, é a Lei 12.850/2013. Foi ela que ofereceu, pioneiramente, uma regulamentação procedimental para o acordo de Colaboração Premiada[28], devendo tal

24. A implementação do instituto nos países de *civil law* remete às décadas de 1970 e 1980, em casos envolvendo a Máfia, na Itália, e crimes de terrorismo, na Espanha. Posteriormente, difundiu-se, também, em relação ao tráfico de drogas. (BITTAR, *Delação premiada*, p. 7 e ss.) No mesmo sentido, citando as mesmas décadas e incluindo ainda a Alemanha: GARRO CARRERA, *Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa*, p. 8-9.

25. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborador con la justicia*, p. 13-14. PEREIRA, *Delação premiada*, p. 27-28.

26. O termo "utilitário" é empregado aqui em sentido amplo, referindo-se à ideia de que o instituto busca maximizar/otimizar certas finalidades empíricas do sistema criminal.

27. PEREIRA, *Delação premiada*, p. 28. Assim também García de Paz: "Desde una perspectiva político-criminal, son, pues, razones de pragmatismo las que fundamentan estas disposiciones que conceden beneficios penales: la evitación de futuros delitos y el descubrimiento de los ya cometidos." (GARCÍA DE PAZ, *El coimputado que colabora con la justicia*, p. 2). No mesmo sentido: BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborador con la justicia*, p. 49-50.

28. Bittar apontava em 2011, portanto, anteriormente à Lei 12.850/2013, que "não houve a mínima preocupação do legislador, até hoje, com a regulamentação das normas procedimentais para a aplicação do instituto, o que acentua o conteúdo material das normas previstas na lei pátria sobre o tema, em detrimento do formal (processual)". (BITTAR, *Delação premiada*, p. 2-3).

procedimento ser seguido, por analogia, nos acordos realizados conforme as previsões de outras leis.[29] Em relação aos aspectos materiais da colaboração – isto é, em relação aos benefícios, requisitos e critérios para concessão – deve ser aplicada a legislação específica, sendo o regime geral dado pela Lei 9.807/99, que possibilita a aplicação da Colaboração Premiada a qualquer espécie de crime. Apesar disso, examinarei a Lei 12.850/2013, por três razões: (i) por ter as mais amplas e radicais possibilidades de concessão de benefícios, abarcando as previsões das demais legislações, de modo que sua análise compreenderá as demais; (ii) por ser a legislação mais recente e por suas disposições terem sido objeto de discussão das últimas decisões do STF sobre o tema; e (iii) porque os aspectos procedimentais por ela regulados, como o controle judicial na homologação e na sentença, têm enorme relevância para a discussão da determinação da pena. Ademais, examinarei a interpretação dada aos seus dispositivos pela paradigmática decisão do STF, no HC 127.483, em 2015[30], que julgou de forma abrangente e sistemática a regulamentação de 2013.

A regulamentação da Colaboração Premiada, na Lei 12.850/2013, é feita pelos arts. 4º a 7º. Conforme o art. 4º, *caput* e §§ 4º e 5º, os benefícios que podem ser concedidos pelo juiz, a requerimento das partes, são: (1) em caso de *colaboração anterior à sentença*: (a) o perdão judicial; (b) a redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade; (c) a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; (d) o não oferecimento da denúncia em relação ao réu que não seja líder da organização criminosa e que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração; (2) em caso de *colaboração posterior à sentença condenatória*: (e) a redução de pena em até metade; e (f) a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos. Conforme previamente esclarecido, a discussão deste artigo se restringe aos benefícios anteriores à sentença, porque são os que afetam diretamente a determinação da pena. Desse modo, não tratarei dos benefícios para colaborações posteriores à sentença condenatória (*e f*).

Para que sejam concedidos esses prêmios ao colaborador, o mesmo art. 4º exige que alguma das seguintes consequências seja obtida:

> "I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles 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

29. Afirmando ser essa a posição majoritária da doutrina e referindo ampla bibliografia, veja-se VASCONCELLOS, *Colaboração Premiada no processo penal*, p. 76.

30. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

> 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."[31]

Portanto, é requisito para a concessão dos benefícios citados *supra* que "um ou mais" destes resultados se realize.[32] A partir da verificação de sua obtenção e da medida em que foram alcançados valorar-se-á a *eficácia da colaboração*, critério apontado para a concessão do benefício (art. 4º, § 1º) e que deve ser apreciado pela sentença (art. 4º, § 11).

Os critérios para concessão dos benefícios, fixados pelo art. 4º, § 1º, são (i) a personalidade do colaborador; (ii) a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso; ao lado da já referida (iii) eficácia da colaboração. No julgamento do HC 127.483, o STF entendeu que tais elementos não são "*requisitos para o acordo* de colaboração" a serem considerados já no momento da homologação judicial, mas *critérios para a concessão dos benefícios* ("sanção premial") ao imputado a serem avaliados "no estabelecimento das cláusulas do

31. Garro Carrera aponta a coincidência entre as condutas exigidas do colaborador em distintos ordenamentos: "Pese a estas diferencias respecto a las consecuencias jurídicas en derecho comparado, en diversos ordenamientos jurídicos se constata una clara coincidencia en relación a la clase de conducta exigible al colaborador. El premio se condiciona a que el infractor abandone voluntariamente su vínculo con la organización y contribuya además de alguna de las siguientes maneras: colaborando en el esclarecimiento de hechos pasados; proporcionando información que sirva para la identificación o captura de otros miembros; proporcionando información que sirva para prevenir delitos futuros de la organización; o bien proporcionando información que desestabilice la organización y ponga en riesgo su continuidad." (GARRO CARRERA, *Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa*, p. 9).

32. Nesse sentido, no julgamento do HC 127.483 pelo STF, asseverou-se que: "havendo um acordo de colaboração existente, válido e eficaz, nos termos do art. 4º, I a V, da Lei n. 12.850/13, a aplicação da sanção premial nele prevista dependerá do efetivo cumprimento pelo colaborador das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos seguintes resultados: a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. *Se não sobrevier nenhum desses resultados concretos para a investigação, restará demonstrado o inadimplemento do acordo por parte do colaborador, e não se produzirá a consequência por ele almejada (aplicação da sanção premial)*." (STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 39). (Sem grifo no original.)

acordo de colaboração" e na aplicação da sanção em sentença, "após a homologação do acordo e a efetiva cooperação do agente".[33]

Conforme dispõe o art. 4º, § 6º, os acordos devem ocorrer entre o delegado de polícia ou o membro do Ministério Público, o investigado ou acusado e o seu defensor. No caso de ser firmado diretamente com a autoridade policial, deve haver manifestação do Ministério Público.[34] O mesmo dispositivo proíbe expressamente a participação do juiz nas negociações.

Os requisitos para o acordo de Colaboração Premiada foram sistematizados pelo STF em três planos: existência, validade e eficácia. A *existência* do acordo depende do atendimento das exigências do art. 6º[35], segundo o qual o termo de acordo deve ser feito por escrito e conter:

> "I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário."

Em relação aos requisitos de *validade* do acordo, o art. 4º, *caput* e § 7º, exige a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos termos. Assim, a colaboração será válida apenas se:

> "i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável."[36]

---

33. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 54-55. O voto trata especificamente do critério da personalidade do agente, mas faz referência genérica aos critérios do art. 4º, § 1º. Consta na ementa do acórdão: "A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei 12.850/13)."
34. Sobre a possibilidade de a autoridade policial firmar acordo de Colaboração Premiada, veja-se o recente julgamento da ADI 5.508/DF, rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 20.06.2018. (Inteiro teor do Acórdão não publicado na data da submissão.)
35. Veja-se STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 31.
36. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 32.

Por fim, em relação à *eficácia*, o acordo apenas produzirá efeitos se houver *homologação judicial*.[37]

O primeiro momento de controle judicial do acordo ocorre somente após finalizadas as negociações, uma vez que, conforme referido, o juiz não pode delas participar. Realizado o acordo entre as partes, o art. 4º, § 7º, determina que devem ser enviados ao juiz o termo, as declarações do colaborador e a cópia das investigações para verificação da "regularidade, legalidade e voluntariedade". Para esse fim, o magistrado pode ouvir o colaborador, na presença de defensor.[38]

A *homologação*, conforme entendimento do STF, consiste em um simples "provimento interlocutório" que não decide sobre o mérito da pretensão acusatória, "não emite nenhum juízo de valor" sobre as declarações eventualmente prestadas pelo colaborador e nem atribui idoneidade às declarações subsequentes.[39] Por meio dela são verificados apenas os requisitos formais do acordo – relativos à regularidade, legalidade e voluntariedade –, de modo a se possibilitar a produção dos efeitos jurídicos (eficácia) visados pelas partes, que dependem da decisão homologatória.[40] O art. 4º, § 8º, possibilita ao juiz recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais ou adequá-la ao caso concreto. Caso o juiz intervenha nos termos acordados

> "para glosar cláusulas (v.g., por ilegalidade) ou readequar sanções premiais, de modo a modificar a relação jurídica entre as partes, a decisão homologatória

37. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 36.

38. Em relação à presença do defensor, destaco a previsão do art. 4º, § 15: "Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor."

39. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 36-37.

40. Consta na ementa do acórdão: "A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador." Ademais, nos termos do voto do relator: "a homologação judicial do acordo de Colaboração Premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. A homologação judicial constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes. Cabe aqui uma ressalva: se o juiz se limitar a homologar, in totum, o acordo, essa decisão deverá ser considerada fator de atribuição de eficácia." (STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 38-39).

> do acordo de colaboração deverá ser considerada elemento de existência desse negócio jurídico processual."[41]

Importante ainda ressaltar que, em órgãos colegiados, a homologação pode ser feita monocraticamente pelo relator se houver previsão regimental de que ele pode ordenar, desse modo, a realização de meios de prova. Isso porque o acordo de Colaboração Premiada é considerado um meio de obtenção de provas, análogo a outros também previstos no art. 3º da Lei 12.850/2013, como a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; a infiltração policial; e a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais.[42] Como o Regimento Interno do STF, no art. 1, I e II, define como atribuições do relator "ordenar e dirigir o processo" e "determinar às autoridades judiciárias e administrativas providências relativas ao andamento e à instrução dos processos de sua competência", entendeu-se que ele tem poderes para homologar monocraticamente o acordo de Colaboração Premiada.[43]

O segundo momento de controle judicial sobre o acordo de Colaboração Premiada é a *sentença*, que, conforme o art. 4º, § 11, "apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia". Desse modo, na sentença, o juiz verificará a eficácia da colaboração em relação aos resultados previstos nos incisos do art. 4º e a adequação da sanção premial com base nos critérios fixados no art. 4º, § 1º, determinando o benefício ao colaborador. Entretanto, o STF entendeu que, se a

41. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 38-39.

42. Importante a diferenciação feita no voto do relator entre o acordo de colaboração, que é meio de obtenção de prova, e os depoimentos do colaborador, que são meios de prova. Entretanto, estes apenas podem fundamentar uma sentença condenatória quando corroborados por outros meios idôneos de prova, uma vez que o art. 4º, § 16, dispõe que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador". (STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 21).

43. Consta na ementa do acórdão do HC 127.483: "2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do STF, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). 3. Considerando-se que o acordo de Colaboração Premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13)." No mesmo sentido: STF, QO na PET 7.074/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017.

colaboração for efetiva e produzir os resultados constantes no acordo, o colaborador tem *direito subjetivo* à aplicação das sanções premiais acordadas, podendo inclusive exigi-las judicialmente, por meio de recurso, caso a sentença deixe de aplicá-las.[44] Trata-se, ainda conforme a decisão referida, de imposição decorrente dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, que "tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador."[45]

Em síntese, o controle judicial sobre o acordo ocorre em dois momentos: 1) na *homologação*, na qual há apenas controle formal sobre a regularidade, a legalidade e a voluntariedade; e 2) na *sentença*, na qual há a determinação efetiva dos benefícios com base na eficácia da colaboração; na personalidade do colaborador; e na natureza, nas circunstâncias, na gravidade e na repercussão social do fato criminoso. Entretanto, o colaborador que cumpre sua parte no acordo tem direito subjetivo aos prêmios negociados, estando o juiz vinculado ao acordo homologado.

3. Determinação da pena e Colaboração Premiada: aspectos gerais

O processo de estabelecimento de sanções adequadas a diferentes situações – o que é comumente chamado de "individualização da pena" – envolve momentos distintos: (i) o legislador estabelece em abstrato os critérios gerais para aplicação da pena e as espécies e marcos de pena aos distintos tipos penais (individualização legislativa); (ii) o juiz, com base nos parâmetros dados pelo legislador e tendo em vista as circunstâncias fáticas do caso concreto, estabelece a pena adequada ao caso (individualização judicial); e (iii) a autoridade responsável pela execução da pena estabelece as medidas relativas ao tratamento do apenado no cumprimento da sanção (individualização executiva ou administrativa).[46] O ob-

44. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 63.

45. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 65. Consta na ementa do acórdão: "Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador."

46. Sobre essa classificação, criticamente: ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 23. Deve-se ressaltar que, no Brasil, a terceira fase tem como autoridade responsável um magistrado, de modo que a execução penal é judicializada. Apesar disso, a classificação da autora é ilustrativa acerca da distinção em três momentos da "individualização da pena".

jeto de análise deste artigo é o segundo momento, de individualização judicial, que chamo de "determinação da pena" [47].

A determinação da pena é o "ato mediante o qual o juiz fixa as consequências de um delito"[48]. Tal atividade envolve não apenas o estabelecimento de espécie e medida de pena, mas também a fixação do modo de execução da punição, conforme certos critérios explícitos ou tácitos que orientam a decisão sobre qual a pena adequada ao caso concreto.[49] Em relação à determinação da pena, o grau de desenvolvimento dogmático é muito distante do refinamento encontrado na teoria do delito.[50] Apesar disso, tentarei delinear algumas características que entendo essenciais à determinação da pena no contexto de uma compreensão geral acerca das finalidades do direito penal e, em seguida, abordarei a relação com a Colaboração Premiada.

A finalidade última do sistema penal é a proteção de bens jurídicos por meio da prevenção de condutas que os ofendam. O meio utilizado para isso é a criação e aplicação de normas penais. A tipificação de uma conduta (criação de uma norma penal) pelo legislador, simultaneamente, denota a valoração positiva de um bem jurídico pela comunidade, cria um imperativo de conduta aos cidadãos e fixa uma ameaça de pena para o caso de descumprimento.[51] O crime (infração da norma penal), por sua vez, representa a negação da importância do bem jurídico, da validade da norma como parâmetro de comportamento e da seriedade da ameaça de pena. A imposição da pena, como reação ao crime, reafirma

47. Demetrio Crespo utiliza o termo "determinación de la pena" para se referir à "fijación en la ley del marco penal correspondiente a un delito determinado" e o termo "invidualización de la pena" para a "fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito", o que inclui, além da medida e quantidade da pena, a eventual substituição. (CRESPO, *Prevención General y Invidivualización Judicial de la Pena*, p. 43). Desse modo, o que chamarei de determinação da pena corresponde ao que o autor chama de individualização da pena.

48. ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 23. Tradução livre de "acto mediante el qual el juez fija las consecuencias de un delito".

49. ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 23.

50. TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, p. 21.

51. De forma semelhante, com foco na cominação em abstrato, Schünemann assevera que: "La amenaza penal atribuida a la prohibición tiene un efecto de prevención general tanto positiva como negativa: por un lado, ya la prohibición acompañada de la conminación penal robustece la conciencia jurídica general y hace presente el valor del bien jurídico; por otro lado, cuando la amenaza de pena anticipa idealmente un efecto intimidatorio, es manifestación de prevención general negativa." (SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica a la teoria de la prevención general positiva*, p. 96).

(contrafaticamente) o valor do bem jurídico e a validade da norma, assim como a seriedade da ameaça de punição àqueles que a infringirem[52].

Nesse contexto, a determinação da pena tem duas finalidades antagônicas que se relacionam dialeticamente. De um lado, tem de efetivar o interesse público na proteção de bens jurídicos mediante a prevenção de crimes, isso por meio tanto (i) da *prevenção geral positiva*[53], reafirmando a validade da norma de comportamento e a importância do bem jurídico por ela protegido; quanto (ii) da *prevenção geral negativa*, reafirmando a seriedade da ameaça de pena prevista pelo preceito secundário.[54-55] Por outro lado, a determinação da pena deve proteger o indivíduo contra o arbítrio estatal, onde ganha importância (i) o *princípio da culpabilidade,* que, em consideração à dignidade do infrator, impõe que o limite máximo da punição deva ser a reprovabilidade subjetiva do autor (possibilidades de prever e evitar o delito) no cometimento do ilícito; e (ii) o *princípio da legalidade*, especialmente na dimensão da reserva legal e do mandado de determinação (princípio da taxatividade), que exigem que os critérios para aplicação da pena estejam legalmente previstos e que sejam cognoscíveis, confiáveis e calculáveis.[56]

---

52. De modo muito semelhante: RUDOLPHI, *El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, p. 81-83.

53. Veja-se: FREUND, *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal*, p. 98-101. RUDOLPHI, *El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, p. 83). Também o reconhece Schünemann, mas como "un simple epifenómeno, al cual no se añade ningún significado por el hecho de que se determine elevar la pena. Formulada de otro modo, la prevención general positiva es, pues, un bienvenido efecto concomitante, pero carente de significado teorético propio." (SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica a la teoria de la prevención general positiva*, p. 98).

54. Assim já na teoria da pena de Feuerbach, veja-se: FEUERBACH, *Tratado de derecho penal*, p. 60-1. Para uma explicação detalhada: GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoria de la pena de Feuerbach*, p. 339 e ss. Evidências empíricas de que a ameaça de pena tem efeitos preventivos, ao menos no que diz respeito à certeza da punição, são demonstradas por meta-análises. Sobre isso, veja-se: BOTTOMS/VON HIRSCH, *The crime-preventive impact of penal sanctions*, p. 98 e ss.

55. A prevenção especial positiva tem (ou deveria ter) relevância na Execução da Pena, como fica claro pela redação do art. 1º da Lei de Execução Penal: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

56. Sobre a relevância dos princípios da culpabilidade e da legalidade para a determinação da pena, veja-se TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, p. 106-115.

A prevenção não pode ser considerada como fator para aumento da punição, cujo limite máximo deve ser dado pela culpabilidade[57], sendo vedado que a pena supere em sequer um dia esse limite[58]. Não obstante, a pena também tem de ser suficiente para a obtenção das finalidades preventivas acima referidas, de modo que, embora o limite máximo seja dado pela culpabilidade, o limite mínimo deve ser a sanção adequada à realização das finalidades preventivas do direito penal.[59]

Viu-se que a Colaboração Premiada encontra fundamento em razões utilitárias relacionadas à efetividade do sistema penal. Nesse sentido, por um lado, ela pode ser um instrumento relevante para tornar efetiva a punição de crimes que, sem ela, dificilmente se conseguiria identificar e comprovar. O conhecimento generalizado da impunidade de certas infrações pode passar a mensagem de que a norma de comportamento não é válida e que a ameaça de pena não é séria, de modo que a eficácia preventiva seria afetada em razão da alta probabilidade da não punição.[60] Não se ignora que as normas penais têm vigência contrafática, is-

57. Fala-se aqui da culpabilidade como elemento de justificação da pena em relação ao autor. Enquanto em relação à coletividade a pena é justificada por razões consequencialistas, em relação ao autor ela se justifica por sua responsabilidade pessoal pela infração da norma. Desse modo, em respeito à dignidade do autor, na determinação da pena o máximo de punição não poderá ultrapassar o merecido em razão de sua culpabilidade. (BARABERÁ, *Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena*, p. 33-34).

58. TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, p. 106.

59. FRISCH, *Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung*, p. 23-26. ROXIN, *Derecho penal*, p. 100-101. Em sentido contrário, defendendo que o limite máximo e mínimo deve ser dado pela culpabilidade: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 944 e ss.

60. Conforme clássica lição de Beccaria: "Uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse. La certezza di un castigo, benché moderato farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito con la speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani, e la speranza, dono celeste, che sovente ci tien luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia e la debolezza spesso accordano, ne aumenti la forza. L'atrocità stessa della pena fa sì che si ardisca tanto più per schivarla, quanto è grande il male a cui si va incontro; fa sì che si commettano più delitti, per fuggir la pena di uno solo." (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, p. 66). Se a certeza da punição aumenta o efeito preventivo, a *contrario sensu*, a alta probabilidade de não ser punido debilita o efeito preventivo da ameaça de pena. Essa clássica concepção é atualmente confirmada pela constatação empírica de que a certeza da pena, mais que a severidade, tem efeitos sobre o comportamento humano. Cf. BOTTOMS/VON HIRSCH, *The crime-preventive impact of penal sanctions*, p. 98 e ss.

to é, que continuam válidas (normativamente) apesar de serem infringidas (empiricamente). Entretanto, o conhecimento geral de que a norma é descumprida de modo sistemático, sem consequências, tem o condão de colocar em xeque sua validade, em razão da pequena probabilidade de que haja punição.[61]

Por outro lado, deve-se notar que a Colaboração Premiada também pode representar, quando desproporcionados e ilimitados os benefícios concedidos, um enfraquecimento da função preventiva do direito penal. Quando se sabe previamente que, após cometer um crime, é possível negociar uma drástica redução da punição ou até mesmo sair impune, cria-se igualmente a ideia de que a validade de norma de comportamento é relativizável e que a ameaça legal de punição não é séria.[62] Além disso, tendo em vista que a dimensão dos benefícios depende da quantidade e da qualidade das informações que se detenha, a perspectiva de um benefício desmesurado pode até mesmo incentivar o investigado a dar depoimentos falsos[63] ou cometer mais ilícitos, a fim de obter dados que possam ser

61. Sobre essa constatação empírica, falando de um "empirismo jurídico-penalmente relevante", veja-se GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoria de la pena de Feuerbach*, p. 340-341.

62. Nesse sentido, mas criticando o instituto da Colaboração Premiada como um todo: BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborador con la justicia*, p. 48. Critica semelhante, porém em relação à *plea bargaining*: SCHÜNEMANN, *El proprio sistema de la teoría del delito*, p. 8-9

63. Assim, conforme Bottino: "em determinados cenários, onde há muita assimetria de informação, isto é, quando a parte acusatória não promoveu investigações independentes relacionadas à atuação de determinada pessoa ou sobre determinados fatos, os quais são 'revelados' pelo colaborador, o criminoso colaborador pode optar pela cooperação falsa, calculando que os benefícios esperados são mais altos que os custos. Significa dizer que se outros acusados afirmam determinada coisa, ele poderá confirmar algo que não é necessariamente verdade apenas para se beneficiar com a cooperação, uma vez que a probabilidade de que se identifique a falsidade de suas declarações é pequena. Da mesma forma, se houver necessidade de que novos autores sejam identificados (porque já houve outras cooperações no sentido de identificar meios pelos quais a prova será produzida), esse colaborador poderá indicar pessoas com participação de menor importância, ou que atuaram sem saber que estavam inseridos em um processo criminoso, maximizando a importância dessas pessoas, com a finalidade de receber as enormes vantagens do acordo de colaboração." (BOTTINO, *Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal*, p. 10). No mesmo sentido é a crítica do Min. Gilmar Mendes: "Um sistema que oferece vantagens sem medida propicia a corrupção dos imputados, incentivados a delatar não apenas a verdade, mas o que mais for solicitado pelos investigadores." (STF, QO na PET 7.074/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017). Mendonça afirma que "não há vinculação direta entre o benefício concedido e o aumento ou diminuição do risco de colaboração falsa", asseverando que tal risco está mais diretamente relacionado com a ausência de

usados como moeda de troca no acordo. Por essa razão, os benefícios concedidos pela colaboração têm de ser limitados.

Em relação à culpabilidade como limite máximo da punição, a Colaboração Premiada, em tese, não parece trazer maiores problemas[64], uma vez que os benefícios reduzem ou isentam de pena o colaborador, inexistindo possibilidade de aumento da sanção. Porém, o princípio da legalidade das penas, tanto na dimensão da reserva legal, quanto na cognoscibilidade, na calculabilidade e na confiabilidade do direito exigidas pelo mandado de determinação, pode ser frustrado pela ausência de critérios e de controle no que diz respeito aos benefícios da colaboração processual.

Portanto, para atender as finalidades atribuídas à atividade de determinação da pena, a concessão da sanção premial deve ser inserida na metodologia geral da aplicação de sanções penais. O CP estabelece etapas e critérios para a determinação judicial da pena, sendo a planificação geral dada pelo art. 59[65], do qual se extrai pelo menos duas importantes constatações sobre a determinação da pena: (i) ela é *competência do julgador* e (ii) deve ser aplicada em modalidade e quantidade *necessária* e *suficiente* para a obtenção de duas finalidades: reprovação e prevenção do crime.

---

mecanismos de controle sobre as declarações do colaborador do que com a dimensão do benefício. Afirma ainda que o custo da colaboração é, em geral, também alto para o colaborador, pois abre mão de garantias e de brechas e falhas do sistema penal e ficará exposto à pecha de delator e, caso minta, perderá os benefícios, mas as provas contra si se manterão válidas. (MENDONÇA, *Os benefícios possíveis na colaboração premiada*, p. 84-57). Tem razão o autor ao sustentar que, em regra, os colaboradores também suportam altos custos e que a existência de mecanismos de controle é fundamental para evitar as declarações falsas. Contudo, a afirmação de que o risco de colaboração falsa e a dimensão do benefício não têm relação direta é absolutamente contraintuitiva, pois implicaria dizer que, em geral, pessoas não estão dispostas a assumir maiores ônus em troca de maiores recompensas.

64. Um problema relacionado à culpabilidade, mas não diretamente à determinação da pena, é a utilização de ameaças ou de prisão processual como meios para coação à colaboração, o que, além de ofender princípios processuais, como o *nemo tenetur*, aumenta o risco de que inocentes se declarem culpados, afetando a proibição de punir inocentes imposta pelo princípio em apreço.

65. Art. 59. O *juiz (...) estabelecerá*, conforme seja *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível." (Sem grifo no original.)

4. Aspectos especiais da determinação da pena ao colaborador

Embora uma explicação mais ampla sobre o método de determinação da pena adotado pelo CP brasileiro seja, aqui, inviável, os delineamentos anteriores são suficientes para os fins deste artigo. Neste tópico analisaremos três grupos de problemas relacionados à determinação da pena ao colaborador: o primeiro diz respeito aos benefícios (item 4.1), o segundo aos critérios utilizados para sua concessão (item 4.2) e o terceiro ao controle judicial sobre os prêmios acordados (item 4.3).

4.1. Problemas e proposições relacionados aos benefícios

Entre os benefícios para a colaboração antes da sentença condenatória – perdão judicial, redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade, a substituição por restritiva de direitos e não oferecimento da denúncia – é na sentença que o julgador deve aplicar os três primeiros.

a) A redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade

Em relação à mitigação da punição em até 2/3, deve ser inserida no método geral de fixação da pena privativa de liberdade instituído pelo art. 68 do CP, que prevê três fases: "A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento." Portanto, primeiramente o magistrado deve fixar a *pena-base* entre o mínimo legal e o termo médio abstrato, tendo em consideração as oito *circunstâncias judiciais* previstas no art. 59, *caput*, do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima). Sobre a quantidade de pena fixada na primeira fase incidem as circunstâncias legais atenuantes e agravantes, previstas nos arts. 61 a 67, que não podem conduzir a *pena provisória* para além dos marcos legais abstratos (o mínimo e o máximo previstos no preceito secundário)[66]. Na última fase, o juiz fixa a *pena definitiva* por meio da aplicação das causas de aumento e diminuição (majorantes e minorantes) da Parte Geral e as relativas aos crimes em espécie, que aumentam ou reduzem a pena de um sexto a dois terços, podendo levar a pena até quantia superior ou inferior aos marcos penais do preceito secundário.

Nesse contexto, a redução de até 2/3 deve ser entendida como uma causa especial de redução de pena de caráter procedimental, que deve incidir na fixação

66. Assim dispõe a Súmula 231 do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

da *pena definitiva* (terceira fase), após a aplicação das causas materiais (tentativa, arrependimento posterior, erro evitável sobre a ilicitude, semi-imputabilidade, concurso formal, crime continuado, entre outras), reduzindo a quantidade total de pena até então calculada e acarretando, assim, uma redução global da pena privativa de liberdade. Parece ser essa a *ratio legis* do art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013.[67]

b) O benefício de não oferecimento da denúncia

Especialmente problemática, porém, é a possibilidade de não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Para a concessão desse benefício, a lei exige dois requisitos: (i) um ligado à culpabilidade do colaborador, consubstanciada no fato de que ele não pode ser o líder da organização criminosa, e (ii) outro ligado à utilidade da colaboração, consistente na exigência de que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração. Porém, o não oferecimento da denúncia acarreta a inexistência de processo penal, prejudicando de modo irreparável o controle judicial que deveria ser realizado na sentença sobre tais requisitos e sobre a efetividade da colaboração.

Conforme anteriormente exposto, o controle judicial sobre o acordo ocorre em dois momentos: na homologação e na sentença. O primeiro realiza controle apenas formal sobre o acordo, atribuindo-lhe eficácia; o segundo faz análise primacialmente da efetividade do acordo, aplicando as sanções premiais. Entretanto, caso seja concedido o benefício de não oferecimento da denúncia, o único controle judicial sobre o acordo de colaboração será formal, no momento da homologação, uma vez que não existirá processo penal contra o colaborador e, consequentemente, não haverá sentença para realização de controle material pelo Judiciário.[68] Assim, a análise sobre a efetividade da colaboração em relação aos resultados elencados nos incisos do art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013 fica impossibilitada, já que a homologação apenas possibilita a produção dos efeitos jurídicos do negócio, ocorrendo o real auxílio do colaborador com as autoridades após tal ato, cuja efetividade seria avaliada na sentença, a qual inexistirá na hipótese.

Da mesma forma, o requisito de que o colaborador não seja líder da organização criminosa só pode ser constatado durante o processo penal, com a produção e valoração de provas. Se não houver oferecimento da denúncia, sua verificação resta igualmente impossibilitada, ficando a constatação submetida à

67. BITENCOURT/BUSATO, *Comentários à lei de organização criminosa*, p. 128. Entendendo, também, que a aplicação da redução deve ocorrer na terceira fase: VASCONCELLOS, *Colaboração Premiada no processo penal*, p. 148.

68. BITENCOURT/BUSATO, *Comentários à lei de organização criminosa*, p. 134.

discricionariedade da autoridade que negocia o acordo.[69] Em relação a esse requisito, ademais, existe um problema aparentemente insolúvel: se a homologação do acordo implica na constituição de um direito subjetivo do colaborador à sanção premial, então, caso se verifique após a homologação que o colaborador era o líder da organização, ou os benefícios não são aplicados, frustrando-se a confiança no acordo, ou concede-se os benefícios, frustrando-se a exigência legal.

O não oferecimento da denúncia, portanto, parece ser incompatível com a determinação judicial da pena, deixando o poder de decidir sobre a não punição à completa discricionariedade do Ministério Público[70] e impossibilitando o adequado controle pelo juiz acerca da efetividade da colaboração e dos demais critérios legais para concessão do benefício. Deve-se notar, ainda, que a consequência mais direta do não oferecimento da denúncia é a isenção de punição. Entretanto, tal finalidade pode ser suficientemente cumprida pelo benefício do perdão judicial, que evita os problemas antes apontados, uma vez que é concedido pelo juiz na sentença. Não se ignora que o não oferecimento da denúncia é um benefício maior, já que evita a submissão a um processo penal, o qual pode representar, por si mesmo, uma restrição de direitos do acusado; não obstante, é um ônus a ser suportado pelo colaborador em prol de um adequado controle do acordo pelo Judiciário. Por estas razões, se propõe, de *lege ferenda*, a exclusão do benefício de não oferecimento da denúncia.

c) A negociação de benefícios não previstos em lei

Outra relevante questão é a possibilidade ou não de se acordar benefícios diversos daqueles previstos em lei. Apesar de o art. 4º, *caput* e §§ 4º e 5º, ter expressamente fixado os benefícios que podem ser concedidos em troca da colaboração

69. BITENCOURT/BUSATO, *Comentários à lei de organização criminosa*, p. 134. Nesse sentido é o questionamento feito pelo Min. Gilmar Mendes, em voto no julgamento da PET 7.074-QO/DF, o qual trata de caso em que foi acordado o benefício do não oferecimento da denúncia: "Como pretende o Procurador-Geral da República avaliar se Joesley Batista é o líder da organização criminosa? O Ministério Público acaba de isentar os delatores de responder a processos. Que tipo de investigação usará para provar o contrário? (...) Pior, e isso é grave, neste caso, em que não haverá nem sequer denúncia – e essa é a aporia que precisa ser resolvida –, nem sequer existirá momento jurisdicional posterior para a verificação da eficácia do acordo." (STF, QO na PET 7.074/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017).

70. O que, inclusive, foi reconhecido pelo Min. Marco Aurélio Mello, em voto prolatado no julgamento da ADI 5.508/DF: "Nas situações especificadas no § 4º, o Órgão acusador pode deixar de apresentar a denúncia, campo no qual atua – ato omissivo – com absoluta discricionariedade." (STF, ADI 5.505/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 20.06.2018 (Voto do relator, p. 14).

processual, na prática, os acordos têm negociado prêmios que não estão previstos na legislação. Em acordos de Colaboração Premiada no âmbito da Operação Lava-Jato, em 2014, houve fixação de benefícios como: a substituição da prisão cautelar pela domiciliar somada ao uso de tornozeleira eletrônica; a limitação do tempo de prisão cautelar (em 30 dias a partir do acordo); fixação do tempo máximo de duração da pena privativa de liberdade (máximo de dois anos, por exemplo) e do regime inicial (semiaberto ou aberto), independentemente da quantidade de pena fixada na sentença; progressão automática de regime após certo período de tempo, independentemente do preenchimento dos requisitos legais; autorização para utilização de bens produto do crime; obrigação do Ministério Público de pleitear a não aplicação de sanções ao colaborador e suas empresas em processos cíveis e de improbidade; entre outros.[71]

Por um lado, argumenta-se que a fixação de benefícios não previstos em lei violaria o princípio da legalidade das penas, frustrando a separação das funções do poderes Legislativo e Judiciário na determinação da sanção aplicável.[72] Contra-argumenta-se que o princípio da legalidade tem como finalidade a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal, de modo que não poderia ser interpretado em prejuízo do réu para vetar a possibilidade de concessão de benefícios mais favoráveis do que aqueles previstos em lei – o que estaria, inclusive, amparado pelo texto constitucional, que admite a analogia *in bonam partem* ao permitir expressamente que a lei penal retroaja em benefício do réu (art. 5º, XL, da Constituição). Além disso, afirma-se que a homologação da colaboração se caracterizaria como uma jurisdição voluntária, não havendo conflito de interesses entre as partes, de modo que o juiz não precisaria se submeter à legalidade estrita (art. 723, parágrafo único, do CPC).[73]

---

71. Assim, descrevendo alguns dos benefícios específicos negociados em acordos entre o Ministério Público e Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef e Pedro José Barusco Filho, veja-se BOTTINO, *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal*, p. 7-8. Analisando, também, benefícios concedidos em acordos da Operação Lava-Jato: CANOTILHO/BRANDÃO, *Colaboração premiada*, p. 156-164. VASCONCELLOS, *Colaboração Premiada no processo penal*, p. 151-158.

72. Conforme Canotilho e Bandão: "o princípio da separação de poderes, que se procura garantir e efectivar através da prerrogativa de reserva de lei formal ínsita no princípio da legalidade penal, seria frontal e irremissivelmente abatido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação de sanções não previstas legalmente ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu de uma punição". (CANOTILHO/BRANDÃO, *Colaboração premiada*, p. 147).

73. MENDONÇA, *Os benefícios possíveis na colaboração premiada*, p. 79-84.

De fato, é correto o argumento de que o princípio da legalidade tem como objetivo precípuo a proteção do indivíduo contra o poder estatal, de modo que não pode ser invocado para impedir uma interpretação da lei favorável ao réu. Entretanto, não se pode ignorar a finalidade preventiva que cumpre a lei penal – e aqui, de fato, é equivocado falar em princípio da legalidade –, e é ela que assume especial relevância na limitação das possibilidades de concessão de benefícios não previstos na legislação. A proibição unida à cominação de uma sanção penal, conforme previamente argumentado, objetiva prevenir a prática de certos comportamentos, expressando o valor do bem jurídico protegido e fixando uma ameaça aos potenciais infratores. A imposição da pena ao infrator reafirma a validade da norma e a seriedade da ameaça de pena, sendo essencial à manutenção do efeito preventivo.

A competência exclusiva para a criminalização de condutas e para a fixação em abstrato das penas necessárias para expressar o valor dos bens jurídicos e para intimidar potenciais infratores é dos legisladores federais, representantes eleitos pelos cidadãos, aos quais cabe estabelecer os critérios para o *se* e o *como* da punição. Trata-se de uma consequência direta do princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º da Constituição) – concretizado no princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIV, da Constituição) e na competência privativa da União para legislar sobre matéria penal (art. 22, I, da Constituição).[74] As penas, assim como os benefícios a serem concedidos ao colaborados, derivam de decisões dos legisladores sobre a medida adequada para estimular a obediência ao direito e, no caso da Colaboração Premiada, a cooperação com as autoridades de persecução.[75]

Da mesma forma, mostra-se equivocado o entendimento de que não é necessária observância dos ditames legais por não haver conflito de interesses entre as

74. Roxin assevera que: "La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo." (ROXIN, *Derecho penal*, p. 145).

75. Conforme Bottino: "São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos." (BOTTINO, *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal*, p. 8).

partes. O caráter negocial da Colaboração Premiada não afasta a natureza pública das normas de direito penal, que têm como finalidade a proteção de bens jurídicos de elevado valor para a comunidade. O interesse protegido pelo direito penal, e que deve ser tutelado por meio do processo penal, é público, razão pela qual de modo geral as disposições das leis penais não podem ser afastadas pela simples vontade das partes (diferentemente do que ocorre no direito civil). Portanto, ao Poder Judiciário – e ao Ministério Público, como instituição essencial à jurisdição (art. 127 da Constituição) – cabe apenas a aplicação das normas dentro dos limites traçados pelo Poder Legislativo, sem que se possa criar modalidades de sanção não previamente cominadas em lei.[76] Por isso, a concessão de benefícios não previstos na legislação – e onde não há lacuna a ser integrada –, ainda que favoráveis ao réu, não constitui analogia *in bonam partem*, mas incursão nas funções constitucionais atribuídas aos membros democraticamente eleitos do Congresso Nacional.

Um terceiro argumento a favor da concessão de benefícios sem expressa previsão legal foi utilizado pelo Min. Luís Roberto Barroso, no julgamento da Questão de Ordem na PET 7.074/2017. No entendimento do Ministro:

> "Se a lei permite o não oferecimento da denúncia, se a lei permite a concessão de perdão judicial, isto é, permite que isente o colaborador de qualquer pena, a meu ver, é intuitivo que se admita o estabelecimento de condições outras, que não resultem na total liberação do colaborador. Simplesmente porque quem pode o mais – não oferecer a denúncia ou negociar o perdão judicial – pode perfeitamente negociar uma sanção mais branda do que a que consta na textualidade da lei."

Trata-se, aqui, do que é conhecido como argumento *a fortiori*, que aplicado ao caso poderia ser resumido na frase: se é permitido até mesmo isentar o colaborador de pena (ou de processo), com muito mais razão se pode aplicar alguma sanção mais branda do que a prevista em lei.

Mais uma vez, desconsidera-se que, no processo penal, o Ministério Público e o Poder Judiciário estão vinculados à legislação, que não dá cheque em branco para fixação das sanções. A Lei 12.850/2013 é expressa em determinar critérios que devem ser levados em conta para a concessão dos benefícios (art. 4º, § 1º). Também em relação ao não oferecimento da denúncia, há circunstâncias expressamente estabelecidas que condicionam sua concessão (art. 4º, § 4º, I e II). Desse modo, não se trata de uma completa discricionariedade dada às autoridades públicas na negociação, pois o oferecimento das sanções premias deve observar

76. ROXIN, *Derecho penal*, p. 145.

as diretrizes fixadas pela legislação. Basta pensar, por exemplo, na aplicação da pena privativa de liberdade, na qual o juiz tem de observar os critérios estabelecidos pela lei para a aplicação da pena, não lhe sendo permitido aplicar a sanção no mínimo legal (ou abaixo do mínimo legal) quando as circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais e as causas de aumento e diminuição de pena impõem a aplicação da sanção acima do termo médio. Da mesma forma, o fato de que o juiz possa aplicar ao crime de dano uma detenção de um a seis meses ou uma multa não lhe permite aplicar uma terceira espécie de pena, carente de previsão legal, que ele considere menos severa que a detenção e mais severa do que a multa. O julgador está vinculado aos critérios estabelecidos pelos legisladores.[77]

Nessa linha, em recente decisão monocrática na PET 7.265/2017, o Min. Ricardo Lewandowski não homologou acordo que previa regime fechado "mitigado (...) pelo recolhimento domiciliar noturno (...) acrescido da prestação de serviços à comunidade", por se tratar de matéria "disciplinada no acordo de colaboração de maneira incompatível com o que dispõe a legislação aplicável". Asseverou que

> "validar tal aspecto do acordo, corresponderia a permitir ao Ministério Público atuar como legislador. Em outras palavras, seria permitir que o órgão acusador pudesse estabelecer, antecipadamente, ao acusado, sanções criminais não previstas em nosso ordenamento jurídico, ademais de caráter híbrido. (...) Simetricamente ao que ocorre com a fixação da pena e o seu regime de cumprimento, penso que também não cabe às partes contratantes estabelecer novas hipóteses de suspensão do processo criminal ou fixar prazos e marcos legais de fluência da prescrição diversos daqueles estabelecidos pelo legislador, sob pena de o negociado passar a valer mais do que o legislado na esfera penal."[78]

Ademais, essa prática também é criticável sob o aspecto da teoria das normas. Enquanto a norma de comportamento cria um imperativo para o cidadão agir de uma determinada forma (por exemplo: "não se deve matar pessoas"),

77. Corroborando esse entendimento, o STJ já decidiu pela impossibilidade de se isentar o réu hipossuficiente da sanção pecuniária prevista no preceito secundário, uma vez que sua aplicação é compulsória: "II. A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade. III. Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída." (STJ, REsp 736.469/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 08.11.2005). (Acórdão)

78. STF, PET 7.265/DF, Min. Ricardo Lewandowski (Decisão Monocrática), j. 14.11.2017. p. 22-23.

a norma de sanção cria um imperativo para as autoridades públicas, sobretudo o juiz, de aplicar àquele que infringe a norma de comportamento a sanção legalmente prevista: se alguém matar pessoas, deve-se aplicar a pena de 6 a 20 anos (art. 121 do CP).[79] É evidente que a Colaboração Premiada cria um espaço de negociação acerca da sanção, mas em relação às autoridades públicas envolvidas no acordo (delegado ou membro do Ministério Público) se trata de uma discricionariedade regrada, isto é, que pode ser exercida apenas nos limites em que permitido pelos legisladores[80], já que a regra no Brasil é a obrigatoriedade da ação penal. E é dever do julgador verificar se a sanção negociada está em conformidade com a legislação.

Portanto, conclui-se que não pode ser admitida a negociação de benefícios distintos daqueles constantes na legislação, cujo catálogo é taxativo, não devendo ser homologados acordos que os prevejam.

4.2. Problemas e proposições relacionados aos critérios para concessão dos benefícios

Igualmente importante em relação à determinação da pena são os critérios para concessão dos benefícios pela colaboração. A determinação da pena ao caso concreto deve harmonizar as necessidades preventivas e o grau de culpabilidade, tendo como base um crime pretérito.[81] Utilizando a terminologia da legislação brasileira, deve-se fixar a pena necessária e suficiente à prevenção e à reprovação (art. 59 do CP).

a) Preponderância dos critérios utilitários em detrimento dos relacionados ao ilícito culpável

Os fatores utilizados para a determinação da pena podem ser divididos em dois grupos: (i) os que se relacionam com o *ilícito culpável*, para o qual interessa o fato ocorrido no passado; e (ii) os que se relacionam com as *necessidades*

79. Sobre a distinção entre normas de comportamento (ou primárias) e normas de sanção (ou secundárias), veja-se: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporâneo*, p. 311 e ss.

80. Nesse sentido, Bottino: "Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu." (BOTTINO, *Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal*, p. 7-8). Criticando, também, a concessão de benefícios não previstos em lei: VASCONCELLOS, *Colaboração Premiada no processo penal*, p. 147 e ss.

81. ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 99.

preventivas, que estão voltados para o futuro.[82] É notável uma tendência atual a se destacar o papel do *ilícito culpável,* vinculando-se, assim, a determinação da pena a conceitos desenvolvidos pela teoria do crime[83], cuja graduação ofereceria os critérios para a medida da pena e permitiria uma maior segurança e uniformidade nas decisões sobre a sanção imposta. As necessidades preventivas, por sua vez, se relacionam com os benefícios sociais da punição para a redução da prática de crimes, tendo importância secundária. Entendo que elas podem atuar apenas reduzindo a pena; nunca a aumentando-a para além do merecimento decorrente da realização culpável do ilícito. Desse modo, como o foco deve estar no ilícito culpável, especial importância deve ser dada ao desvalor do resultado (relevância do bem jurídico e grau de ofensividade), ao desvalor da ação (dolo e culpa) e ao grau de culpabilidade (previsibilidade e evitabilidade).[84]

Viu-se que os vetores fixados pela Lei 12.850/2013 para concessão da sanção premial foram: (i) a personalidade do colaborador; (ii) a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso; e (iii) a eficácia da colaboração. Primeiramente, é necessário apontar que a personalidade do autor não é critério idôneo para influenciar a escolha do benefício, pois absolutamente incompatível com uma responsabilidade penal pelo fato. Uma análise acerca do caráter moral do colaborador é completamente irrelevante para se definir sua punição ou premiação, as quais devem levar em conta apenas a conduta delitiva e suas consequências sociais.[85] As pautas para tanto devem ser, por isso, apenas o fato (natureza, circunstância, gravidade e repercussão social) e a utilidade (eficácia) da colaboração.[86] Portanto, o critério da personalidade deveria ser, *de lege ferenda*, excluído.

Particularmente relevantes no ponto são, contudo, os problemas gerados pela preponderância dada à eficácia da colaboração na escolha do benefício. Essa

82. ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 100.

83. Veja-se TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, p. 120 e ss. SILVA SÁNCHEZ, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático)*, p. 8 e ss. HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, p. 68-70. FRISCH, *Delito y sistema del delito*, p. 266.

84. Neste sentido, com detalhamentos que aqui não podem ser feitos: TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena*, p. 122 e ss.

85. Analisando criticamente a personalidade do autor como circunstância judicial para fixação da pena-base: CARVALHO, *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*, p. 373-375. Sequer adentraremos aqui nos problemas empíricos relacionados à avaliação da personalidade do autor, que exigiriam escolha de um referencial teórico da psicologia e/ou psiquiatria e utilização de um método científico adequado.

86. BITENCOURT/BUSATO, *Comentários à lei de organização criminosa*, p. 126.

preponderância parece estar implícita já na Lei 12.850/2013, que, ao tratar da concessão dos prêmios, destaca, por diversas vezes, a necessidade de "eficácia" (art. 4º, §§ 1º e 11) e a efetividade (art. 4º, *caput*) da colaboração e, ademais, possibilita a concessão de perdão judicial com base simplesmente na "relevância da colaboração prestada" (art. 4º, § 2º).[87] Embora seja certo que a Colaboração Premiada é um instituto fundado em razões utilitárias, não significa que tudo seja válido com base nelas. Não se pode abdicar de uma resposta penal que corresponda minimamente à gravidade do crime, uma vez que, como visto, não só a infração da norma penal tem potencial para gerar desconfiança da população sobre sua validade, mas também uma reação estatal insuficiente face ao infrator. Deste modo, na linha das principais teorias sobre a aplicação da pena, deve-se atentar especialmente ao *ilícito culpável* como elemento para determinação do prêmio, atribuindo-se aos fatores utilitários – onde se inclui a eficácia da colaboração – relevância secundária.

Uma alternativa que considera a necessidade de diferenciação dos critérios, aqui apresentada apenas a título exemplificativo e sem maiores concretizações[88], seria dividir a atividade de concessão dos benefícios em dois momentos. Na escolha da *qualidade* – ou espécie – do benefício ao colaborador, atribuir-se-ia preponderância aos critérios relacionados ao fato (natureza, circunstância, gravidade e repercussão social[89]), de modo que a espécie e o número de crimes cometidos, a pena em abstrato, a importância do bem jurídico, a gravidade da ofensa, o elemento subjetivo, o grau de exigibilidade de conduta conforme o direito, entre

87. Destacando os critérios ligados à relevância/eficácia da colaboração como principais para a determinação dos benefícios: VASCONCELLOS, *Colaboração premiada no processo penal*, p. 160. PEREIRA, *Delação premiada*, p. 150. Em mesmo sentido, Dipp afirma que na sentença "o Juiz apreciará os termos do acordo homologado e seus efeitos sobre a prova e a pena imponível, isto é, com exame do conteúdo, como recomenda a lei, particularmente sob o aspecto da eficácia. Essa determinação reveste-se de grande importância pois é o momento em que o julgador atribui às declarações do colaborador o relevo e significado processual correspondente deliberação que se refletirá na fixação e aplicação da penalidade ou no perdão, mitigação ou exclusão da pena ou do processo." (DIPP, *A "delação" ou colaboração premiada*, p. 54).

88. A *vagueza dos critérios* fixados pela lei é um problema adicional, que aumenta a discricionariedade na fixação dos benefícios. Cf. ROMERO, *A colaboração premiada*, p. 273. Uma concretização desses critérios e a proposição de pautas para sua aplicação excede o escopo deste trabalho, mas é uma tarefa de extrema importância para um adequado controle sobre a determinação da pena ao colaborador.

89. A personalidade do colaborador, enquanto permanecer como critério para atribuição dos benefícios, deve ser inserida nesse grupo de elementos.

outros fatores, deveriam ser considerados na decisão acerca do benefício a ser concedido (perdão judicial, redução de pena ou substituição por restritiva de direitos)[90]. A eficácia da colaboração, enquanto critério utilitário, deveria atuar em um segundo momento, determinando o *quantum* – ou medida – do benefício (a fração de redução da pena ou o número e a duração de penas restritivas de direitos, por exemplo) com base na relevância que a colaboração pode ter para a produção dos resultados previstos nos incisos do art. 4º e no momento em que ela ocorre (quanto mais cedo, maiores os benefícios; quanto mais tarde, menores).[91]

Ter-se-ia, portanto, um *método bifásico* de determinação do benefício: (1) na primeira fase, deveria ser escolhida a *qualidade* do benefício com base na valoração dos requisitos ligados ao fato; (2) na segunda fase, deveria ser determinada a *quantidade* do benefício, com base na valoração da eficácia da colaboração. Esse método teria de ser utilizado já pela autoridade pública envolvida na celebração do acordo e posteriormente submetido a controle judicial.

A isenção de pena por meio do perdão judicial, nesse contexto, apenas poderia ser concedida em casos excepcionalíssimos, em que se constatasse, simultaneamente, uma escassa gravidade do ilícito e da culpabilidade e uma grande relevância da colaboração para a produção dos resultados previstos na lei, em analogia com os critérios atualmente fixados para o não oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º), na qual se exige que o colaborador não seja líder da organização (critério de menor reprovabilidade da conduta) e que tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração (critério de relevância da colaboração)[92]. Nessa linha, também a hipótese legal de concessão, ao longo do processo, de perdão judicial não previsto na proposta inicial, com base exclusivamente na "relevância da colaboração prestada" (art. 4º, § 2º), não deve ser admitida, sendo cabível apenas quando verificar-se, concomitantemente, a escassa gravidade do fato.

b) Eficácia virtual e eficácia real da colaboração

Ademais, em relação à valoração da eficácia da colaboração, é preciso atentar para a existência de dois juízos distintos acerca dela, a depender do momento

90. Em sentido oposto, dando prioridade à utilidade da colaboração em detrimento da gravidade do crime, Nucci entende que a opção sobre a espécie de prêmio: "deve levar em consideração o grau de cooperação do delator, pois quanto mais amplo e benéfico aos interesses do Estado, maior deve ser o seu prêmio." (NUCCI, *Organização Criminosa*, p. 62).

91. VASCONCELLOS, *Colaboração premiada no processo penal*, p. 160.

92. Comparação entre o benefício do não oferecimento da denúncia e o perdão judicial é feita por VASCONCELLOS, *Colaboração premiada no processo penal*, p. 161.

em que ocorre: (i) na homologação, será valorada a *eficácia virtual*, verificando-se, com base no termo de colaboração, a relevância das informações que o colaborador *poderá prestar* e os *possíveis efeitos a serem produzidos no futuro* a partir da colaboração; (ii) na sentença, será valorada a *eficácia real*, verificando-se a *relevância das informações já prestadas* pelo colaborador e os *efeitos produzidos no passado*. No primeiro momento, trata-se de um juízo prospectivo, de expectativa sobre o futuro; no segundo, de um juízo retrospectivo, de constatação do ocorrido no passado.

Desse modo, não se sustenta a compreensão de que, na avaliação pela sentença da eficácia da colaboração, a concessão dos benefícios está condicionada à produção de resultados concretos, como a condenação de coautores ou a apreensão do produto do crime, como parece exigir o art. 4º, *caput*, ao dispor que os benefícios podem ser concedidos "desde que dessa colaboração *advenha*" ao menos um dos resultados dos seus incisos. Semelhante posição consta no voto do relator, no julgamento do HC 127.483 pelo STF, segundo o qual

> "se não sobrevier nenhum desses resultados concretos para a investigação, restará demonstrado o inadimplemento do acordo por parte do colaborador, e não se produzirá a consequência por ele almejada (aplicação da sanção premial)."[93]

Os resultados são circunstâncias sobre as quais o colaborador não tem qualquer controle e que, por isso, não podem condicionar a sanção premial, sob pena de a Colaboração Premiada converter-se na aposta em um jogo de azar. Por exemplo, a declaração de uma nulidade, por qualquer razão, ou a existência de prescrição em um processo derivado das informações prestadas pelo colaborador podem obstar a produção dos resultados previstos na lei, mas não podem ser consideradas para medir a eficácia da colaboração. É possível, inclusive, que a não produção de resultados ocorra por falha dos órgãos de investigação e persecução.[94] Portanto, se o colaborador cumprir os compromissos firmados no acordo, deve ter direito aos benefícios negociados, independentemente dos resultados concretos.[95]

93. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 39. Parece ser, também, a posição de Bitencourt/Busato, ao afirmarem que "a colaboração deve gerar, obrigatoriamente, resultado específico, ao menos um dentre os cinco elencados". (BITENCOURT/BUSATO, *Comentários à lei de organização criminosa*, p. 126).

94. GARRO CARRERA, *Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa*, p. 15.

95. PEREIRA, *Delação premiada*, p. 146. BITTAR, *Delação premiada*, p. 180-181.

Nesse ponto, apesar do fundamento utilitário do instituto, sua aplicação deve estar limitada pelo reconhecimento da dignidade do colaborador, que não pode ser tratado como mero instrumento para fins sociais. Desse modo, a interpretação deve privilegiar a proteção da confiança e da segurança jurídica do colaborador, que está obrigado a cumprir sua parte do acordo, mas não pode ter o direito à sanção premial condicionado à produção de resultados sobre os quais não tem controle. Como consequência, a eficácia a ser analisada para determinação dos benefícios deve ser entendida como *capacidade potencial da colaboração para produção de efeitos*, e não como produção efetiva de resultados. Isto é, o relevante para a concessão dos benefícios é a "extensão e profundidade" das informações que tenham sido reveladas pelo colaborador[96] e o cumprimento das obrigações por ele assumidas.

4.3. Problemas e proposições relacionados ao controle judicial dos benefícios

Viu-se que há dois momentos para controle judicial sobre o acordo. O primeiro é a *homologação*, um "provimento interlocutório" que não decide sobre o mérito da pretensão acusatória[97] e no qual são verificados apenas os requisitos formais do acordo – relativos à regularidade, legalidade e voluntariedade –, de modo a se possibilitar a produção dos efeitos jurídicos (eficácia) visados pelas partes.[98] O segundo momento é a *sentença*, na qual o juiz verificará a eficácia da colaboração e a adequação da sanção premial ao colaborador. Entretanto, se a colaboração for efetiva e produzir os resultados constantes no acordo, o colaborador tem *direito subjetivo* à aplicação das sanções premiais negociadas.[99]

Esse entendimento cria um círculo vicioso que tem como consequência a ausência de efetivo controle judicial acerca dos benefícios acordados. Observe-se: na homologação há apenas controle formal sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo entre as partes, não sendo os critérios do art. 4º, § 1º, requisitos a serem analisados na decisão; homologado e cumprido o acordo pelo colaborador, a concessão dos benefícios na sentença é seu direito subjetivo,

96. Nesse sentido, conforme Pereira: "A razão de ser do prêmio ao colaborador com a justiça está na concretização integral das informações relevantes aos fins investigativos e probatórios e não no resultado, do ponto de vista punitivo, advindo dessas revelações." (PEREIRA, *Delação premiada*, p. 148).

97. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 36-37.

98. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. Acórdão e p. 38-39.

99. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 63.

estando o *quantum* do prêmio condicionado apenas à eficácia da colaboração. Logo, o que se está fazendo é afastar o controle judicial sobre o conteúdo do acordo, pois o primeiro momento é apenas de controle formal e no segundo momento, em que deveria haver controle material, o juiz está vinculado aos termos negociados.

Na prática, se está atribuindo poder discricionário para determinar os benefícios à autoridade que negocia o acordo, de modo semelhante ao que ocorre na permissão legal para o não oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º), hipótese na qual a homologação será o único momento de controle judicial do prêmio ao colaborador, e na admissibilidade que tem sido reconhecida pela jurisprudência de fixação de benefícios sem previsão legal, que entra em confronto mesmo com o poder dos legisladores de definirem em abstrato as penas aplicáveis, conforme anteriormente explicitado.

A discricionariedade do Ministério Público na fixação dos benefícios é defendidasob o argumento de que nos acordos de colaboração há uma maior atenção às particularidades do caso concreto e à situação pessoal do réu do que na determinação da pena tradicional, por se tratar de um processo "dialógico e negocial, em que as partes chegam a um consenso". Além disso, o fato de que a individualização da pena interessa à sociedade não seria um obstáculo, uma vez que o Ministério Público tem como função primordial a defesa do interesse público.[100] Esses argumentos também poderiam ser estendidos ao acordo negociado pela autoridade policial.

Em primeiro lugar, é questionável se, de fato, os acordos de colaboração dão maior atenção às particularidades do caso e à situação pessoal do réu. Mesmo assumindo que isso seja verdade, o argumento parte de uma equivocada compreensão acerca da atividade de determinação da pena e da própria função da lei penal. A aplicação da pena não é simplesmente a escolha de uma pena ao caso concreto; a tarefa de uma teoria da determinação da pena é identificar de forma abstrata e objetiva critérios para distinguir e valorar as circunstâncias que devem ser consideradas na fixação da uma punição adequada. Esses critérios são estabelecidos, de forma tácita ou explícita, pelo sistema sancionatório[101] e, também, devem ser buscados nos princípios e finalidades do direito penal. Portanto, não basta que se dê maior atenção ao caso concreto e à situação pessoal do réu, é preciso levar em conta as diretrizes oferecidas pelo ordenamento jurídico para a imposição de uma pena adequada. É possível que se esteja priorizando na fixação dos

100. MENDONÇA, *Os benefícios possíveis na colaboração premiada*, p. 87-88.

101. ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 23-24.

benefícios, por exemplo, a quantidade de informações que o réu detém, o que poderia ser considerado tanto uma particularidade do caso quanto uma situação pessoal do réu. Contudo, isso não torna o critério idôneo para, isoladamente, conduzir a um perdão judicial. Os critérios para determinação da pena não podem ser escolhidos arbitrariamente para cada caso, mas devem estar fixados antecipadamente, mantendo-se a pretensão de objetividade e abstração do direito penal. É fundamental para uma adequada determinação da pena, portanto, a obediência a parâmetros objetivos.

Além disso, limitar o poder do Ministério Público na concessão dos benefícios não significa questionar o fim institucional de defesa do interesse público, sobre o qual, aliás, não resta qualquer dúvida. Trata-se antes de imposição do princípio da separação de poderes, que atribui ao Poder Judiciário a competência exclusiva sobre a aplicação das leis penais – inclusive a sanção penal –[102] e, ademais, de disposição expressamente reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro na redação do art. 59 do CP, segundo o qual "*o juiz* (...) estabelecerá [a pena], conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime", e do próprio art. 4º, *caput*, para o qual "*o juiz* poderá, a requerimento das partes" conceder os benefícios ao colaborador.[103] Desse modo, a determinação da pena é indubitavelmente função do magistrado, não de qualquer outra

102. Assim, Canotilho e Brandão asseveram que "a circunstância de a pena ou o seu regime de execução poderem decisivamente resultar daquilo que houver sido pactuado entre o Ministério Público e o réu é susceptível de comprometer o monopólio judicial em matéria de aplicação de penas criminais se determinadas cautelas não forem observadas. (...) relativo ao *princípio da jurisdicionalidade*, o regime da Lei 12.850/2013 só será constitucionalmente solvente no que a ele diz respeito se o tribunal competente para homologação do acordo de Colaboração Premiada e para efectivação das vantagens convencionada tiver um *real poder decisório* sobre a outorga de benefícios penais que constem de tal acordo. Não sendo esse o caso, se na prática, a obtenção de um regime punitivo de favor decorrer exclusiva e materialmente do pactuado entre Ministério Público e réu, será manifesta a afronta à máxima da jurisdicionalidade em sede de aplicação e execução de *penas*" (CANOTILHO/BRANDÃO, *Colaboração premiada*, p. 151-152). Afirmando a existência de uma "reserva de jurisdição" relativa às sanções criminais, também: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 28.

103. Nesse sentido, ainda, a decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski na PET 7.265/2017: "o Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado." (STF, PET 7.265/DF, Min. Ricardo Lewandowski (Decisão Monocrática), j. 14.11.2017. p. 21-22).

autoridade pública, devendo a legislação ser interpretada de forma a restituir ao Poder Judiciário o controle material sobre a sanção premial.

Uma proposta de solução para esse problema é atribuir ao juiz um maior poder para revisar os termos do acordo, no que diz respeito aos benefícios concedidos – restabelecendo assim um "real poder decisório"[104] ao julgador. Vimos, porém, que a determinação da pena também é guiada pelo princípio da legalidade, exigindo-se cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade[105] da sanção, não sendo possível frustrar a confiança do réu colaborador que acorda certos benefícios com uma autoridade estatal. Desse modo, é correto o entendimento jurisprudencial de que o réu tem direito subjetivo aos benefícios constantes no acordo homologado pelo juiz,[106] cabendo revisão na sentença apenas com base no cumprimento das obrigações pelo colaborador e na relevância das informações prestadas (eficácia da colaboração). Admitir uma mais ampla revisão dos prêmios na sentença traria grande insegurança jurídica ao colaborador.

Uma alternativa que equaciona o problema é o ato de homologação ser elevado a momento principal de controle judicial sobre os benefícios. Deve-se fazer uma interpretação que amplie os poderes do juiz de adequar ao caso concreto as condições negociadas[107] (art. 4º, § 8º) com base no termo do acordo (art. 6º).[109]

---

104. Termo utilizado por CANOTILHO/BRANDÃO, *Colaboração premiada*, p. 151.

105. Cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade são os termos utilizados por Humberto Ávila para se referir aos subprincípios decorrentes do princípio da Segurança Jurídica. *Cognoscibilidade* é a capacidade relativa de se conhecer os conteúdos normativos possíveis de um texto normativo, substituindo a noção absoluta de determinação; *confiabilidade* é a exigência de um ordenamento jurídico protetor das expectativas e garantidor de mudanças estáveis, opondo-se ao conceito absoluto de imutabilidade do ordenamento; e *calculabilidade* é a capacidade relativa de se prever as consequências jurídicas da norma, em substituição à noção absoluta de previsibilidade. ÁVILA, *Segurança jurídica*, p. 250 e ss.

106. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 63. No mesmo sentido: PEREIRA, *Delação premiada*, p. 146. VASCONCELLOS, *Colaboração premiada no processo penal*, p. 200-202. Com posição contrária, Greco Filho: "A decisão de homologação é uma interlocutória simples que não produz efeito de coisa julgada nem assegura a concessão de benefício" e "O juiz, também, na sentença de mérito poderá adequar a proposta ao que melhor indicar o caso concreto, inclusive tendo em vista o grau de efetividade da colaboração e as circunstâncias pessoais do agente." (GRECO FILHO, *Comentários à Lei de Organização Criminosa*, p. 41-42).

107. Em sentido contrário, Vasconcellos defende uma interpretação restritiva da possibilidade de readequação do acordo ao caso concreto, afirmando que "o julgador não pode interferir diretamente, em oposição à vontade das partes, nos benefícios propostos em

Em consequência disso, em vez de mera decisão interlocutória de autorização de meio de obtenção de prova e análise de requisitos formais (regularidade, voluntariedade e legalidade), como tem entendido o STF, a homologação passa a ser já uma decisão antecipada sobre o mérito, uma vez que resolve questões de direito material que não poderão ser mais revisadas (relativas à aplicação da pena), a não ser pelo descumprimento do acordo por parte do colaborador. Assim, considero

troca da colaboração" em razão das "imposições do sistema acusatório". (VASCONCELLOS, *Colaboração premiada no processo penal*, p. 188-189). Criticamente, em relação à admissibilidade em si de o juiz adequar o conteúdo da Colaboração Premiada: BITENCOURT/BUSATO, *Comentários à lei de organização criminosa*, p. 132. Penso que, mesmo em um sistema acusatório, não há óbice à intervenção do magistrado nos termos do acordo, afinal, cabe ao Poder Judiciário a aplicação das leis penais – e a negociação não pode retirar a determinação da pena, atividade jurisdicional por excelência, das mãos do julgador. Assim, caso o magistrado entenda, no momento da homologação, que os termos do acordo relativos a prêmios sancionatórios não são adequados, deve corrigi-los e submetê-los novamente à apreciação das partes, que decidirão se aceitam ou não. Só assim é possível compatibilizar um efetivo controle jurisdicional sobre os benefícios com a proteção da confiança do colaborador.

108. Em razão da importância que assume o termo de acordo de colaboração nesse contexto, suas informações devem ser completas, claras e detalhadas, especialmente em relação ao relato da colaboração e dos possíveis resultados (inciso I) e às condições da proposta (inciso II). Nesse sentido, valem as observações de Dipp: "O termo de acordo (art. 6º) deverá ser elaborado por escrito (…) e terá de mencionar e conter, obrigatoriamente, o relato da colaboração oferecida pelo acusado, observados e demonstrados os requisitos legais essenciais de voluntariedade e efetividade com os resultados correspondentes (inciso I). Esse relato, igualmente não tem forma predeterminada, mas é inegável que será detalhado e preciso de modo a mostrar não só o atendimento das exigências da lei como as circunstâncias e condições em que se deu a colaboração. (…) O relato da colaboração não poderá omitir informações ou reservar para outro momento a revelação de dados existentes, pois o cumprimento da proposta e a aplicação das penas, sua redução, substituição, perdão judicial ou não aplicação, têm como pressuposto o acordo homologado. (…) Ou seja, consoante o disposto nesse artigo 6º o termo de acordo contém todos os seus componentes formais e os resultados com as declarações e documentos recolhidos. (…) O termo de acordo haverá de conter também as condições da proposta do Ministério Público ou da autoridade policial (art. 6º, inciso II), minuciosamente descritas, sendo, portanto, condições relacionadas aos limites da colaboração e da voluntariedade e efetividade, isto é, da extensão e profundidade das declarações em relação às vantagens oferecidas, o que constitui importante fator de avaliação dos resultados e da própria colaboração. (…) Além disso, as condições propostas devem ser claras e objetivas de modo a evitar incompreensões ou dúvidas que, existindo, repercutirão no juízo de homologação uma vez que vinculam todos os membros do MP que venham a atuar no caso." (DIPP, *A "delação" ou colaboração premiada*, p. 25-30).

equivocado o entendimento de que os critérios do art. 4º, § 4º não são "requisitos para o acordo" a serem verificados já no momento da homologação judicial, mas apenas "critérios para a concessão dos benefícios", avaliados na aplicação da sanção em sentença.[109]

O juiz deverá exercer controle, no momento da homologação, sobre a espécie e o *quantum* dos benefícios acordados com base nos critérios relacionados ao fato (natureza, circunstância, gravidade e repercussão social) e à eficácia virtual da colaboração, com especial atenção aos primeiros, já que a eficácia (real) será reavaliada na sentença. Esse controle pode ocorrer para ampliar ou reduzir o benefício em sua espécie e medida, visto que dependerá da valoração do magistrado acerca da correção da sanção estipulada no acordo, tendo em vista os critérios previstos em lei para tanto.[110] Se houver readequação das condições pelo magistrado, o colaborador deverá ser notificado para se manifestar, podendo recusá-las,[111] hipótese na qual ficará prejudicado o acordo. Uma revisão mais ampla dos benefícios na sentença, com base em critérios ligados ao ilícito culpável, poderia ocorrer apenas em circunstâncias excepcionais, como quando as provas produzidas ao longo do processo demonstrarem que o colaborador mentiu ou omitiu informações relevantes sobre os fatos delituosos por ele praticados, impossibilitando o controle adequado no momento da homologação do acordo.

Além disso, a homologação do acordo de Colaboração Premiada não pode ser comparada com decisões que autorizam outros meios de produção de prova, já que há um elemento que a diferencia substancialmente das demais: os efeitos que produz sobre o direito material. A homologação do acordo de colaboração vincula o juiz aos benefícios negociados, afetando a determinação da pena. Assim, contrariamente ao entendimento do STF, em juízos colegiados a decisão de homologação deve ser tomada pelo plenário e não pelo relator, ainda que este seja o responsável pela autorização de meios de prova. Se a homologação ficar a cargo do relator, na prática o que ocorrerá será a concessão a ele de poderes para decidir monocraticamente sobre parte da determinação da pena, frustrando-se a análise em colegiado.

---

109. STF, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 54-55.

110. Não estou de acordo, portanto, com a opinião de Coura e Bedê Jr., para os quais: "a adequação legal da proposta prevista no § 8.º do art. 4.º deve ser interpretada como a possibilidade do juiz ampliar, nunca reduzir, a proposta do benefício feito pelo MP." (COURA/BEDÊ JR., *Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e garantia dos direitos fundamentais do acusado*, p. 153-154).

111. BITENCOURT/BUSATO, *Comentários à lei de organização criminosa*, p. 126.

Considerações finais

A finalidade última do direito penal é a proteção de bens jurídicos. O meio que utiliza para isso é o estabelecimento de imperativos e de ameaças de pena, que objetivam prevenir condutas perigosas – criação de normas penais. Quando uma norma primária é infringida, deve-se aplicar a pena para reafirmar a validade da norma, o valor do bem jurídico e a seriedade da ameaça. A determinação da pena é a atividade realizada pelo juiz que tem como finalidade fixar uma punição adequada (necessária e suficiente) à reprovação e prevenção do crime e que deve respeitar os princípios da culpabilidade e da legalidade. A verificação da existência de um crime, entretanto, depende do esclarecimento de uma suspeita por meio do processo penal, que dá suporte probatório para a aplicação do direito material.[112]

A Colaboração Premiada é um mecanismo de facilitação da produção de prova em casos de difícil investigação pelos métodos tradicionais – é, portanto, um instrumento do processo penal. Desse modo, a Colaboração Premiada está, mediatamente, submetida aos princípios e finalidades do direito penal, não podendo a eles se opor. O instrumento, embora tenha finalidades imediatas, nunca pode contrariar o fim ao qual é instrumental. Por isso, os prêmios concedidos ao colaborador para a finalidade utilitária de dar efetividade à aplicação das normas penais não podem contrariar os fundamentos materiais para a criação e imposição dessas mesmas normas. Do contrário, a Colaboração Premiada perde sua justificativa – que é contribuir para a realização do direito penal. Assim, a concessão dos benefícios ao colaborador deve ser reconduzida aos fundamentos e à metodologia geral de determinação da pena, o que se buscou fazer na última parte deste artigo (item 4).

Em síntese, as propostas em relação à determinação dos benefícios são as seguintes:

1) A redução da pena de até 2/3 é uma causa especial de redução de pena de caráter procedimental, que deve incidir na terceira fase de aplicação da pena (fixação da pena definitiva), após a aplicação das demais causas materiais de redução da pena (majorantes e minorantes), acarretando uma redução global da pena privativa de liberdade.

112. TIEDEMANN, *O direito processual penal*, p. 147. Acerca da relação entre direito penal e processo penal e de sua compreensão como subsistemas em um sistema integral: DE-LORENZI, *O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre direito penal e processo penal*, p. 227 e ss.

2) O benefício de não oferecimento da denúncia deveria ser, *de lege ferenda*, excluído, porque deixa o poder de decidir sobre a não punição à completa discricionariedade do Ministério Público, sem possibilidade de adequado controle pelo juiz dos requisitos legais para sua concessão. A função de isenção da pena pode ser suficientemente cumprida pelo benefício de perdão judicial, o qual permite efetivo controle pelo Poder Judiciário.

3) A negociação de benefícios distintos daqueles previstos na legislação não pode ser admitida por violar a separação de Poderes e a eficácia preventiva cumprida pela lei penal, uma vez que é dos legisladores a atribuição exclusiva para cominação das sanções penais, de modo que não devem ser homologados acordos que prevejam benefícios distintos dos admitidos por lei.

4) A personalidade do autor como critério para a concessão dos benefícios deve ser, *de lege ferenda*, excluída, por ser incompatível com a responsabilidade penal pelo fato.

5) O principal elemento para determinação do prêmio ao colaborador tem de ser o ilícito culpável, atribuindo-se a fatores utilitários – onde se inclui a eficácia da colaboração – relevância secundária. Sugeriu-se, para tanto, a adoção de um método bifásico: (i) na primeira fase, é escolhida a espécie do benefício com base na valoração do fato (natureza, circunstância, gravidade e repercussão social); (ii) na segunda fase deve ser determinada a quantidade do benefício, com base na valoração da eficácia da colaboração.

6) O perdão judicial apenas pode ser concedido em casos excepcionais, de escassa gravidade do fato e grande utilidade da colaboração. A hipótese de concessão de perdão judicial não previsto na proposta inicial, exclusivamente em razão da "relevância da colaboração prestada" (art. 4º, § 2º), não deve ser admitida, sendo cabível apenas quando houver, concomitantemente, escassa gravidade do fato.

7) A eficácia da colaboração é analisada em dois juízos distintos: (i) na homologação é valorada a eficácia virtual, verificando-se a relevância das informações que o colaborador poderá prestar e os efeitos possíveis de se produzir no futuro a partir da colaboração; (ii) na sentença, será valorada a eficácia real, verificando-se a relevância das informações prestadas no passado pelo colaborador e os efeitos já produzidos.

8) A eficácia da colaboração, na análise pela sentença, deve ser entendida como capacidade potencial da colaboração para produção de efeitos e não como produção de resultados concretos, já que estes são circunstâncias sobre as quais o colaborador não tem qualquer controle e que, por isso, não podem condicionar a sanção premial. Assim, relevantes para verificar a eficácia da

colaboração serão a qualidade das informações reveladas e o cumprimento das obrigações assumidas no acordo.

9) A homologação tem de ser elevada a momento principal de controle judicial sobre os benefícios, no qual se controlará sua espécie e medida com base nos critérios relacionados ao fato e à eficácia (virtual) da colaboração, com especial atenção aos primeiros, já que a eficácia (real) será reavaliada na sentença. Nesse momento, o juiz pode ampliar ou reduzir o benefício em sua espécie e medida. Se houver readequação das condições, o colaborador deverá ser notificado para se manifestar, podendo recusar o acordo.

10) O réu tem direito subjetivo aos benefícios constantes no acordo homologado pelo juiz, pois deve ter sua confiança e segurança jurídica protegidas pelo Estado.

11) A quantificação dos benefícios na sentença deve ter por base apenas a avaliação sobre o cumprimento das obrigações pelo colaborador e a relevância das informações fornecidas. Cumpridas as obrigações assumidas e prestadas as informações prometidas, deve receber o benefício acordado. Permitir uma mais ampla revisão dos prêmios na sentença traria grande insegurança jurídica ao colaborador, o que apenas pode ser admitido em situações excepcionais, como quando o colaborador mente ou omite no momento do acordo informações relevantes sobre os fatos por ele praticados.

12) Em juízos colegiados, a decisão de homologação da colaboração deve ser tomada pelo pleno, e não pelo relator, ainda que este seja o responsável pela autorização de meios de prova, caso contrário restaria frustrada a determinação da pena pelo colegiado.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBERÁ, Gabriel Pérez. Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como instituición. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*. n. 4. out. 2014. Disponível em: [www.indret.com/es/]. Acesso em: 07.07.2017.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Editado por Renato Fabietti. Milão: Mursia, 1973. Disponível em: [www.institutoeduardocorreia.com.br/downloads/15032013142104.pdf]. Acesso em: 29.10.2017.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia*: aspectos substantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del "arrepentido". Madrid: Dykinson, 2004.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*: Lei 8.250/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016. (Acessado por meio da versão digital da revista).

BOTTOMS, Anthony; VON HIRSCH, Andrews. The crime-preventive effect of penal sanctions. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert M. (Ed.) *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. New York: Oxford University Press, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO; Nuno. Colaboração Premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava-Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 133, p. 133-171. jul. 2017.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de Colaboração Premiada e garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 969, p. 149-159. jul. 2016.

CRESPO, Demetrio. *Prevención General y Invidivualización Judicial de la Pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre direito penal e processo penal: a transcendência dos critérios de merecimento e necessidade de pena. In: GIACOMOLLI, Nereu José et al. *Processo penal contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DIPP, Gilson. *A "delação" ou Colaboração Premiada*: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Ed.). *El sistema integral del derecho penal*: delito, determinación de la pena y proceso penal. Trad. Guillermo Benlloch Petit et al. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. Trad. Ricardo Robles Planas. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Ed.). El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung. In: FRISCH, Wolfgang. (Hrsg.) *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*. Tübigen: Mohr Siebeck, 2011.

GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. El coimputado que colabora con la justicia. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07:05, p. 1-33, 2005. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf]. Acesso em: 02.10.2017.

GARRO CARRERA, Enara. Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1. jan. 2013. Disponível em: [www.indret.com/es/]. Acesso em: 20.09.2017.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Globbis Pagliuca. São Paulo: Ed. RT, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoria de la pena de Feuerbach. Una contribuición a lo debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2015.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena em Alemania*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e autonomia da vontade. In: ASSIS MOURA, Maria Tereza de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 39-70. jan.-abr. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38].

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação Premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ROMERO, Eneas. A colaboração premiada. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Org.). *Crime organizado*: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general: fundamentos: la estrutura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

RUDOLPHI, Hans-Joachin. El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *El sistema moderno del derecho penal*: cuestiones fundamentales. Trad. Jesus-Maria Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

RUIVO, Marcelo Almeida. Diferenças fundamentais entre a criminologia e o direito penal. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (Org.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. El proprio sistema de la teoría del delito. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*. n. 1. jan. 2008. Disponível em: [www.indret.com/es/]. Acesso em: 14.12.2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoria de la prevención general positiva. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria (Ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José Maria Bosch Editor: 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2. abr. 2007. Disponível em: [www.indret.com/es/]. Acesso em: 05.04.2018.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. O direito processual penal. In: ROXIN, Klaus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

VICENTE REMESAL, Javier de. *El comportamiento postdelictivo*. Leon: Universidade de Leon, 1985.

ZIFFER, Patrícia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual, de Aury Lopes Júnior – *RBCCrim* 143/117-153 (DTR\2018\12745); e
- Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato, de J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão – *RBCCrim* 133/133-171 (DTR\2017\1844).

Veja também Jurisprudência

- *RBCCrim* 51/370 (JRP\2004\3256); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\47212.

A hermenêutica da linguagem e a (re)interpretação no processo penal

The hermeneutics of language and the (re)interpretation in the criminal process

Ricardo Araujo Dib Taxi

Doutor em Direito pelo programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (2015). Mestre em Direito pelo programa de pós-graduação em Direito da UFPA (2011), com período sanduíche na Unisinos (Procad). Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2009). Professor adjunto de Direito Civil e do Consumidor da Universidade Federal do Pará (2016). Professor de Introdução ao Estudo de Direito e Filosofia de Direito da graduação em Direito e do curso especialização em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. *Visiting Researcher* da Birkbeck College – University of London (Orientador: Peter Fitzpatrick). Membro do Grupo de Pesquisa (CNPQ) Direitos Humanos, Ética e Hermenêutica.
ricardoadt@gmail.com

Maria Carolina Braz da Silva Azevêdo

Mestranda em Direitos Humanos, na linha de pesquisa Estudos Críticos do Direito, pela Universidade Federal do Pará. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará.
carolbrazsa@gmail.com

Recebido em: 01.10.2018
Aprovado em: 12.01.2019
Última versão dos autores: 25.01.2019

Áreas do Direito: Filosofia; Processual; Penal

Resumo: Partindo de uma discussão fundamentada nos aspectos da hermenêutica gadameriana, este trabalho busca colocar em evidência as problemáticas existentes na atribuição de elevado grau de certeza às decisões judiciais, em crítica ao pensamento de que estas traduzem a realidade histórica dos casos nelas discutidos. Para isto, utilizamos conceitos básicos da referida hermenêutica filosófica e, em seguida, discutimos a influência que a linguagem sofre de

Abstract: Starting from an argument substantiated on the aspects of the Gadamerian hermeneutics, this paper seeks to put in evidence the existing problems in the attribution of a high degree of certainty to judicial decisions, in criticism to the thought that these translate the historical reality of the cases discussed in them. For this, we use basic concepts of said philosophical hermeneutics and, then, we discuss the influence that language suffers from historical-social

contextos histórico-sociais e de tradições e como isto altera e determina a forma de compreensão de fatos, dispositivos normativos e princípios do direito que são expressos nas decisões, ressaltando a necessidade de percepção do elevado grau de variação delas e da consciência de que elas não se constituem em compreensões ou determinações definitivas sobre o caso, mas tão somente uma forma de compreendê-lo dentro de determinado contexto.

Palavras-chave: Hermenêutica – Dialética – Decisão judicial – Linguagem – Compreensão.

contexts and traditions and how this changes and determines the way of facts comprehension, normative devices and principles of law that are expressed in the decisions, highlighting the necessity to perceive the high degree of variation of them and the consciousness that they do not constitute understandings or definitive determinations about the case, but only a way of understanding it within a certain context.

Keywords: Hermeneutics – Dialectic – Judicial decision – Language – Comprehension.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais de uma hermenêutica gadameriana. 3. Ontologia da linguagem, espaços do jogo e alteridade. 4. Linguagem e a compreensão de dispositivos normativos e decisões judiciais. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O direito moderno possui uma longa tradição de identificação com a produção de um discurso de verdade. Foucault atesta a guinada decisiva dessa concepção quando salienta a preponderância que passou a ter, no século XIX, o discurso do perito na produção da verdade a ser encontrada no processo penal. Isso prova tanto que essa verdade passou a dever ser ditada na linguagem da ciência, tendo sido marcada pelo suposto racionalismo puro e cientificismo do Iluminismo, como prova também que aquilo que é supostamente subjetivo, narrativo, é visto como incerto, como oposto àquilo que aparece como metódico, como orientado por um tipo de saber que está para além das opiniões.

Por certo, o discurso da ciência já havia adentrado na concepção de norma jurídica e de decisão judicial desde a revolução francesa e da chamada era das codificações com a escola da exegese[1]. Entretanto, peculiaridades do processo penal, como a garantia de uma certeza que seja capaz de sustentar qualquer condenação, e sua herança moral da tradição confessional cristã explicam, embora não exaustivamente, que a produção da certeza e a busca da verdade assumem nessa seara um rigor distinto e bem maior. Só ali se defendeu com tanta veemência o alcance de uma certeza fática para além das várias narrativas que perfazem os

1. PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Trad.: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1996].

autos, para além dos limites temporais que separam os fatos do processo, para além da subjetividade do julgador etc.

Diferentemente da seara Cível, em que há uma série de presunções e limites probatórios impostos às partes no processo visando a manutenção da imparcialidade do juiz, o processo penal é conhecido como aquele que tem por finalidade a busca a verdade real, a pretensão de reconstrução do fato criminoso tal como se alega ter ocorrido. Isso explica inclusive que, nos casos de responsabilidade simultaneamente civil e penal, as juízas e juízes geralmente suspendam o processo da vara cível até que a questão se resolva no criminal, uma vez que ali a empreitada probatória é muito mais densa, sendo que a decisão penal acaba servindo como fundamentação para sentença cível, ou ainda, se torna vinculante para esta, nos casos de sentença penal absolutória por inexistência do fato ou por expressava determinação, pelo juiz, de que não foi o réu quem praticou o ato ou que ele não concorreu para a prática.

Além da busca de uma suposta verdade para além de presunções e narrativas, o processo penal também lida com a aplicação de leis supostamente claras e diretas, que é a imagem moderna de uma lei penal. Diferente de códigos que funcionam com princípios mais abertos e cláusulas gerais, a sistemática penal é vista como devendo ser o mais fechada e direta possível[2], sendo o trabalho do Juiz apenas recognitivo com relação à norma, devendo realizar tão somente a subsunção do fato à norma.

Mas será que essas concepções, em que pese sua importância política e jurídica, são exequíveis? Será que o funcionamento da linguagem na argumentação jurídica de fato garante aquilo que os processualistas chamam de verdade real e que os hermeneutas tradicionais chamam de interpretação unívoca ou exegética da norma? Ou para dizer ainda de outro modo: Será que essa visão cientificista e calcada em uma concepção objetiva da linguagem resistiu ao giro linguístico representado pela filosofia do século XX?

A presente pesquisa se insere nessa discussão e possui dois objetivos. O primeiro é responder negativamente à pergunta do parágrafo anterior, mostrando

2. É típico de regimes fascistas a elaboração de normas indeterminadas, como aquelas que punem tudo aquilo que atentar contra os bons costumes. Esse tipo de norma amplia desmedidamente o poder das autoridades. Em contraposição a isso, a tradição liberal da qual as codificações modernas fazem parte erigiu a ideia de que as autoridades, se puderem, tenderão a abusar de seu poder, devendo a legislação, sobretudo a definição de crimes e o procedimento processual, ser rígida e fechada, representando assim uma garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal.

a partir da hermenêutica filosófica que conceitos como verdade real e interpretação literal não resistem a uma problematização do caráter histórico e situacional da linguagem humana e sobretudo da linguagem jurídica. Em seguida, buscar-se-á mostrar que essa crítica não tem como consequência relativizar a busca da verdade ou de uma aplicação racional da lei, mas justamente denunciar os momentos em que a suposta verdade alcançada e a suposta aplicação rígida escondem na verdade juízos velados, preconceitos (que um criminólogo crítico chamaria de meta-regras) que são revestidos de uma linguagem científica para esconder seus elementos obscuros.

É importante ressaltar que a denúncia desses elementos obscuros não pretende implodir a ideia de aplicação racional do processo penal, mas justamente mostrar que, se é possível alcançar algum grau de racionalidade, trata-se de algo construído narrativa e argumentativamente, por meio da garantia de um processo penal constitucional dialético, ao contrário do alcance de uma resposta simplesmente dada e de uma interpretação previamente unívoca.

Nesse sentido, a pesquisa tem como norte uma espécie de atualização do substrato político liberal do processo penal à luz da virada linguística e da hermenêutica filosófica, mostrando em que condições permanece sendo possível falar em certeza e verdade sem pressupor uma visão objetivista da linguagem e da interpretação.

Para isso, vale destacar que foi realizado um recorte metodológico para análise da linguagem e interpretação a partir da perspectiva da hermenêutica de Hans Georg Gadamer, que se afigura como autor expoente no que tange a esta temática, como será exposto no tópico a seguir.

Destaca-se que, por questões relacionadas à estrutura metodológica do artigo, não se entrará mais profundamente na história do pensamento hermenêutico, o que exigiria considerar as refutações feitas a Gadamer desde Verdade e Método, bem como os termos em que o debate se dá hoje tanto na tradição analítica quanto na continental. Também não serão discutidas outras possíveis críticas a uma leitura positivista da interpretação no direito penal, por exemplo, o movimento conhecido como Critical Legal Studies, a criminologia crítica, etc. Ao contrário, o objetivo central, já suficientemente desafiador, será pensar o processo penal a partir da hermenêutica filosófica.

2. Aspectos gerais de uma hermenêutica gadameriana

Hans Georg Gadamer (1900-2002) foi um filósofo alemão que resgatou a tradição hermenêutica a partir do arcabouço filosófico de seu mestre Martin Heidegger e da filosofia grega, especialmente a ética aristotélica.

Desde o século XVI, sendo intensificada sobretudo no dezenove pelo filósofo e teólogo Ernst Schleiermacher, a hermenêutica é vista como a arte (no sentido grego de *téchné)* da interpretação, isto é, no conjunto de saberes que visa extrair o sentido correto de um texto, tornando claro aquilo que se encontra obscuro. Embora existam escritos acerca desse tema desde a antiguidade, somente após a reforma protestante é que essa disciplina passou a ser sistematicamente estudada e tornou-se um elemento central dos estudos nas humanidades.

Já no século XIX, com Schleiermacher e Wilhelm Dilthey, a hermenêutica passou a ser a porta voz de duas tradições aparentemente distintas. Por um lado, o apreço romântico pelo singular, pela profundidade e distância do *tu*, o que implica que compreender um texto signifique mergulhar e recriar internamente as vivências originárias que animaram seu autor; por outro lado, e em tensão com essa tradição, a herança iluminista que requer que todo conhecimento – incluída nesse caso a hermenêutica – deva ter o rigor e o método de uma ciência, chegando assim a resultados objetivos.

Frente a esse resumido panorama histórico, o pensamento de Hans Georg Gadamer representou um giro radical nas premissas acima apontadas. Primeiramente, a partir de uma filosofia da linguagem como a morada do ser e o espaço de desvelamento da tradição, o filósofo se afasta do psicologismo da hermenêutica romântica e da possibilidade de recriação de vivências internas, pois defende que todo texto vai ganhando novos sentidos e aparecendo sob outra luz a novos interpretes. No que tange ao peso iluminista de ter que legitimar a hermenêutica como ciência e seus resultados como objetivos, Gadamer resgata com a ética aristotélica a compreensão de que o tipo de saber deve ser determinado pelo seu objeto, o que implica que o mundo da cultura, o mundo dos valores ou da ética lidam com outro tipo de verdade que não pode ser subsumida metodologicamente ao conceito cartesiano de método que triunfou na modernidade[3].

No caminho oposto à defesa de um conceito universal e estritamente lógico de interpretação, Lawn lembra que o pensamento de Gadamer, "seguindo uma linha de pensamento de Vico e Hegel, nos séculos XVII e XIX, a Foucault e Oakeshott num período mais recente, enfatiza a importância do passado como

3. É interessante perceber que a crítica de Gadamer ao método científico não ocorre a partir de uma linguagem da tradição pós-moderna, mas na verdade implica muito mais um retorno a uma noção pré-moderna de conhecimento e de verdade, na medida em que busca resgatar no pensamento grego e no humanismo uma forma mais ampla de tratar a questão da hermenêutica do que aquela construída a partir do iluminismo.

um momento irredutível no pensamento humano: todo entendimento é, de alguma forma, histórico"[4].

Além disso, Gadamer rejeita a ideia proveniente do Iluminismo de que há um método racional para alcançar a verdade completa sobre determinado objeto. Segundo Cris Lawn[5], "Gadamer, seguindo Heidegger, rejeita o discurso ortodoxo da verdade como correspondência, representação ou, como ficou conhecido, adequação". Para este filósofo, "seja como for definida a razão [...], ela tem de estar localizada num contexto cultural específico, dentro de uma determinada estrutura histórica"[6], considera-se que, inevitavelmente "... os indivíduos são [...] enraizados, e incrustados num ambiente cultural específico, dentro do qual os movimentos em direção ao autoentendimento sempre devem ser reconciliados. Este ambiente específico Gadamer chama de tradição"[7], logo, ao se estabelecer um método, deve-se sempre observar a força fundamental da tradição devido ao fato de que toda atividade exercida pelo indivíduo inevitavelmente se dá com ele estando inserido na tradição, sendo somente possível conhecer algo ao reconhecer a tradição na qual ele está inserido.

A pretensão iluminista de alcançar alguma espécie de verdade objetiva por meio de um método a-histórico (e nesse sentido universal) é criticada por Gadamer desde Verdade e Método[8] como falta de consciência histórica, isto é, incapacidade de perceber que toda construção teórica e todo método supostamente objetivo ganha sentido em determinado contexto, em determinado horizonte histórico. Querer afastar a investigação da tradição histórica em busca de objetividade metódica não aproxima o pesquisador da verdade, mas torna seus resultados mais superficiais, na medida em que deliberadamente busca ignorar os próprios fios que historicamente forjaram aquele pensamento.

Como crítica à ideia de uma metodologia para o alcance da verdade, Clóvis Vitor Gedrat[9] afirma "... o método, em si, já traz o resultado 'verdadeiro' esperado e, assim, não pode constituir um buscar da verdade autêntica visto ter condições

4. LAWN, C. *Compreender Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 23.
5. Ibid., p. 83.
6. Ibid., p. 54.
7. Ibid., p. 91.
8. GADAMER, H.G. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
9. GEDRAT, C. V. O conceito de verdade a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. 2008. 96 f. Tese (Mestrado em Filosofia) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2008, p. 65.

de, apenas, acessar determinada parte desta verdade que *quer* saber pelo método". Ou seja, a verdade a ser alcançada pelo método somente pode ser aquela dentro dos limites das etapas dele e não a verdade real, final e completa acerca do objeto.

Também negando a metodologia para o alcance da verdade, Cris Lawn[10] estabelece que

> "A verdade, como um produto do método infalível, ignora as verdades da experiência contidas dentro de uma tradição cultural comum [...] Isso é pra mostrar como a verdade nunca deve ser metodizada. E que ela nunca é algo que finalmente alcançamos e obtemos. Todas as nossas atividades no mundo social estão 'no caminho da' verdade, mas nunca finalmente a alcançam."

A articulação do conceito filosófico de verdade como sendo necessariamente produto de uma tradição histórica aproximou Gadamer de uma releitura crítica do conceito de *pré-juízo* (*Vorurteil)*, também traduzido como preconceito. Se o iluminismo contrapôs preconceitos a conhecimento verdadeiro, como se a busca da verdade científica ensejasse o afastamento de toda visão prévia acerca do objeto, a construção da historicidade em Gadamer mostra que todo conhecimento é forjado necessariamente a partir de pré-juízos, isto é, de significados construídos historicamente que são como que a ferramenta a partir da qual qualquer novo conhecimento pode ser construído.

Desse modo, podemos afirmar que a teoria de Gadamer tem por base a influência dos preconceitos em todas as atividades humanas, isto se dá devido à própria condição do ser humano, sua existência e, consequentemente, suas experiências adquiridas e seu pertencimento à historicidade, como afirma Ana Maria D'Ávila Lopes[11] "não existe interpretação sem pressupostos ou sem preconceitos, pois são condicionamentos prévios do 'estar ali'".

Os preconceitos podem ser descritos como sendo as pré-compreensões dos indivíduos acerca do objeto interpretado. Tais concepções prévias são adquiridas pelas vivências do intérprete, tudo aquilo que ele experienciou constitui um significado para as coisas do mundo, a sua forma de vê-las, é pré-compreensão de si mesmo. Gadamer[12] afirma que

10. LAWN, C. *Compreender Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 61.
11. LOPES, A. M. D. *A hermenêutica jurídica de Gadamer*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 145, a. 37, jan./mar. 2000, p. 106.
12. GADAMER, H.G. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 12.

> "É verdade que os preconceitos que nos dominam frequentemente comprometem o nosso verdadeiro reconhecimento do passo histórico. Mas sem uma prévia compreensão de si, que é neste sentido um preconceito, e sem a disposição para uma autocrítica, que é igualmente fundada na nossa autocompreensão, a compreensão histórica não seria possível nem teria sentido."

Assim, podemos afirmar que toda compreensão só se torna possível devido à existência e ao reconhecimento destas pré-compreensões.

Neste sentido, surge na hermenêutica gadameriana o conceito de *horizonte*. Este pode ser entendido como a visão de mundo do intérprete constituída por seus preconceitos, é uma visão prévia global, construída em diversos contextos anteriores e sob a qual se projeta toda a compreensão futura.

> "The horizon is a limited openness, therefore, which changes as soon as one changes one's vantage point. A horizon of meaning, which is a continually changing range of linguistic existence, is a whole insofar as it can give itself together with the infinity of the unsaid."[13]

A compreensão ocorre com o questionamento da compreensão prévia sobre o objeto, a legitimidade desses preconceitos pode ser medida a partir da confirmação ou do estranhamento entre o preconceito e o objeto, posto que "Toda interpretação de um texto deve, pois, começar por uma reflexão do intérprete sobre as ideias preconcebidas que resultam da 'situação hermenêutica' em que ele se encontra. Ele deve legitimá-las, isto é, investigar sua origem e seu valor."[14]

Devemos considerar, ainda, que não somente o intérprete possui um horizonte, mas o próprio objeto a ser interpretado – e já adiantamos aqui que trataremos especificamente de textos escritos – possui também um horizonte. Isto se dá em razão do fato de que o texto foi escrito em determinada situação hermenêutica, com o uso de termos linguísticos a ela condizentes, traduzindo também a visão de mundo do autor que o escreveu. Portanto, o texto tem um significado próprio a revelar condicionado à abertura do intérprete a se permitir conhecê-lo.

Desse modo, passamos, então, à análise da fusão de horizontes. A compreensão não se dá somente observando-se a partir de uma perspectiva – do intérprete

13. FIGAL, G. The Doing of the Thing Itself: Gadamer's Hemeneutic Ontology of Language. In: *The Cambridge Companion to Gadamer*. Cambridge University Press, USA, 2002. p. 120.

14. GADAMER, H.G. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 61-62.

ou do texto – não é possível analisá-las de forma isolada, no processo compreensivo ocorre a fusão dos horizontes de ambos, tendo em vista que se toma a expressão que o texto apresenta aplicando-a à situação hermenêutica atual em que o intérprete busca compreender.

Por consequência, surge a noção de círculo hermenêutico para expressar o movimento de circularidade da compreensão que decorre da fusão de horizontes,

> "[...] o círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (*inhaltlich erfüllt*) que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (*processual whole*). A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos."[15]

Devemos ter em vista, ainda, que o texto escrito viabiliza a possibilidade de diversas interpretações serem realizadas por pessoas em contextos históricos completamente distintos daquele em que foi escrito – o que não é possível com a linguagem falada, a qual permite a compreensão somente àqueles que têm contato com o falante.

Estas possibilidades de interpretações surgem em razão de que a compreensão de algo se dá a partir de seu questionamento pelo intérprete, é o modo como ele realiza perguntas ao objeto que direciona a sua compreensão acerca dele. A isto Gadamer chama de *lógica das perguntas e das respostas*. Contudo, o indivíduo não deve buscar compreender impondo ao texto, por meio do questionamento, os seus preconceitos. Deve, por outro lado, manter-se também aberto à perspectiva do texto, ao que este pode lhe apresentar,

> "a text, which raises questions for the reader and motivates him to pause, challenges the interpreter to let the Being in the language come into dialogue. If the interpretation of a text is to be successful, it must be determined through the same openness that characterizes a successful conversation between persons. Yet something additional is decisive in the experience of a text, because texts always already have been."[16]

Em razão disto, podemos perceber também que há determinados aspectos dessas distintas compreensões que coincidem, ou seja, que perduram, e a isto

15. Ibid., p. 13.

16. FIGAL, G. The Doing of the Thing Itself: Gadamer's Hemeneutic Ontology of Language. In: *The Cambridge Companion to Gadamer*. Cambridge University Press, USA, 2002. p. 110.

chamamos de história efeitual. Esta é o conjunto de implicações que as compreensões anteriores causam nas compreensões futuras do objeto interpretativo que decorre do caráter histórico da compreensão. Considera-se os efeitos que as interpretações causaram ao próprio a-ser-compreendido e os efeitos que este objeto causou no intérprete e na construção de sua visão de mundo que é constantemente mutável.

Portanto, no processo compreensivo o intérprete deve ter consciência da história efeitual, ou seja, de que o processo compreensivo não é objetivo e nem pode ser realizado unicamente de forma pura do objeto, mas sim, que sempre estará sob a incidência de preconceitos, bem como que possui como característica a historicidade.

> "O conhecimento histórico não pode ser descrito segundo o modelo de um conhecimento objetivista, já que ele mesmo é um processo que possui todas as características de um acontecimento histórico. A compreensão deve ser entendida como um ato da existência, e é portanto um 'projeto lançado'. O objetivismo é uma ilusão."[17]

Por isso Gadamer[18] afirma que "a consciência histórico-efeitual é um momento da realização da própria compreensão", é ter a percepção de estar inserido no círculo hermenêutico, de que a compreensão é história efetiva em um determinado momento histórico,

> "[...] a tomada de consciência histórica não é o abandono da eterna tarefa da filosofia, mas a via que nos foi dada para chegarmos à verdade sempre buscada. E vejo na relação de toda compreensão com a linguagem a maneira pela qual se revela a consciência da produtividade histórica."[19]

Ainda, Gadamer[20] reconhece a possibilidade do seguinte questionamento,

> "o problema posto pela hermenêutica pode ser definido pela seguinte questão: que sentido se deve dar ao fato de que uma única e mesma mensagem

17. GADAMER, H.G. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 57.
18. Id., *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 398.
19. GADAMER, H.G. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 71.
20. Ibid., p. 47.

> transmitida pela tradição seja, não obstante, apreendida sempre de maneira diferente, isto é, em relação à situação histórica concreta daquele a recebe?"

A partir disto poderíamos questionar se essa constante possibilidade de modificação da compreensão do texto dependente de quem o compreende e da situação hermenêutica em que ocorre a compreensão poderia levar a um relativismo do sentido do texto, que permitiria atribuir a ele qualquer significado que se pretendesse justificando-o com a abertura inerente ao processo compreensivo. Contudo, o próprio Gadamer[21] responde a este questionamento dizendo que

> "embora deva ser compreendido cada vez diferente, um texto continua sendo o mesmo texto que se apresenta cada vez diferente. O fato de que, com isso, não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação torna-se claro pelo fato de que a toda interpretação é essencialmente inerente seu caráter de linguagem. O caráter expressivo da linguagem, que a compreensão ganha na interpretação, não gera um segundo sentido além do que foi compreendido e interpretado."

Desse modo, evitamos a consideração de interpretações sempre relativas, o que inviabilizaria a pretensão de verdade dos processos de compreensão, e assumimos que toda interpretação sempre circundará a expressão da linguagem do texto, "todo o saber racional se enraíza numa compreensão que nunca pode ser levada a um termo definitivo"[22]. Passaremos, então, a tratar sobre as nuances relativas à questão da linguagem.

3. Ontologia da linguagem, espaços do jogo e alteridade

Na Terceira Parte de *Verdade e Método I*, Gadamer trata da questão da linguagem como sendo o momento em que se dá toda a compreensão, sendo possível ocorrer o compreender somente na linguagem. Segundo Josef Bleicher "Para Gadamer, o problema da linguagem constitui o tema central da filosofia hermenêutica."[23] Não existe ponto de vista de interpretação ou visão nenhuma exterior à experiência do mundo da linguagem, "el lenguaje en la concepción gadameriana,

21. Id., *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 515.
22. STEIN, E. Gadamer e a consumação da hermenêutica. *Problemata: Rev. Intern. Fil.*, v. 5, n. 1, 2014, p. 225.
23. BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 162.

no se limita sólo a referir otra cosa: invita a demorarse en él. No está escindido de lo que representa, sino que participa de algún modo en ello"[24].

A partir disto, nasce a pretensão de universalidade da hermenêutica de Gadamer, no sentido de que toda experiência é uma experiência hermenêutica e se dá por meio da linguagem, visto que somente nela é possível conhecer e compreender. Acerca da dimensão ontológica da universalidade da hermenêutica proposta por Gadamer, João Duque afirma que sua especificidade

> "residirá, precisamente, na percepção de que o todo da realidade assim como o sentido do ser não são dizíveis ou mesmo experienciáveis – isto é, cognoscíveis – diretamente, enquanto objeto de qualquer percepção, por parte do sujeito cognoscente, mas que a sua articulação no pensamento se dá pela mediação da sua articulação na linguagem, que se deve à particularidade de uma tradição de pertença."[25]

A recusa, por Gadamer, "do metodologismo, enquanto ação de um mecanismo neutro de produção de significado, implica na ênfase e na prioridade da compreensão ao caráter dialógico da linguagem como mediação e meio produtor de sentido e de sua apropriação."[26]

Assim, a linguagem não é tratada por Gadamer como sendo mero instrumento de compreensão, mas sim, o próprio compreender, indicando que o *ser* em si é linguagem e somente pode ser compreendido nela. Assim também compreende Ana Cláudia Bastos de Pinho[27] ao afirmar que "A linguagem, portanto, não é mero instrumento capaz de ser aprimorado, formalizado [...] É condição de possibilidade da própria compreensão".

"A linguagem corresponde ao que Gadamer chama de compreender o dizível e o indizível. [...] esta não pode ser reduzida a um sistema de signos, pois constitui a linguagem do próprio Ser"[28]. Relacionando isto ao processo penal, per-

24. ARRIZABALAGA, L.G. *Hermenéutica del linguaje y simbolismo*. UNED, Madrid: *ÉNDOXA*: Séries Filosóficas, n. 20, 2005. p. 250.
25. DUQUE, J. Da hermenêutica dos limites aos limites da hermenêutica: para uma leitura crítica de Gadamer. In: *H.-G.GADAMER: Experiência, linguagem e interpretação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 78.
26. SANTUÁRIO, L. C. *Filosofia e psicanálise:* a linguagem em Lacan, Apel e Gadamer. Revista de Filosofia, Curitiba, v. 17, n. 20, jan/jun 2005. p. 160.
27. PINHO, A. C. B. *Para além do garantismo:* uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. 2011. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, 2011, p. 169.
28. VENTURA, P. R. *Linguagem e tradição em Hans Georg Gadamer*. Sociais e Humanas, Santa Maria, v. 28, n. 01, jan.-abr. 2015. p. 47.

cebemos que no processo de construção de seu convencimento e proferimento da decisão judicial, o juiz não deve levar em conta somente aquilo que foi dito pelas partes no processo, mas também analisar a linguagem (em suas diversas acepções, ex. corporal, escrita, falada etc.), considerando os fatores que nela influenciam e que expressam o próprio *ser* dos entes na relação processual e o seu próprio ser.

De acordo com Jean Grondin[29], Gadamer formula duas teses acerca da linguagem. "A primeira é que o entendimento é sempre um processo 'linguístico'. Sob um aspecto negativo: não há entendimento que não seja, de certa maneira, expressão linguística." O entendimento é sempre permeado por um sentido que já está contido em nossa linguagem.

Ou seja, a linguagem não é um fator posterior ao pensamento e sim é o que o fundamenta, é prévia a ele. "Não existe pensamento sem linguagem"[30] essa linguagem compreende todo e qualquer objeto que pode ser compreendido, bem como é uma forma de abertura ao objeto e a outros horizontes linguísticos. "Isso não quer dizer que nossa linguagem não conheça limites: nossas palavras são, com frequência, bem impotentes para exprimir tudo o que sentimos. Mas os limites da linguagem são então também os limites do nosso entendimento."[31]

Em decorrência da racionalidade dialógica da linguagem, a qual lhe atribui abertura ao que pode ser entendido, é elaborada a segunda tese de Gadamer segundo a qual "não apenas a realização do entendimento é uma expressão pela linguagem, como o *objeto* do entendimento é ele mesmo linguístico"[32]. Ou seja, tudo aquilo que se apresenta a nós para ser compreendido é em si linguagem. Os objetos não se apresentam como realidades físicas às quais damos significados (significância) por meio da linguagem, mas eles só se apresentam a nós por meio desta, o que significa que "é a linguagem que nos permite conhecer o ser das coisas"[33].

Assim, destacamos: o ser que pode ser compreendido é linguagem, ou seja, a linguagem ao mesmo tempo que possibilita a compreensão do ser limitando-a aos seus próprios limites – somente podemos compreender no limite daquilo que pode ser expresso por meio da linguagem – também possui o caráter ilimitado no sentido de que possui abertura às mais diversas interpretações a serem feitas pelos indivíduos. "Para o homem, a linguagem não é variável só no sentido

29. GRONDIN, J. *Hermenêutica*. São Paulo: Parábola, 2012, p. 75.

30. Ibid., p. 76.

31. Ibid., p. 76-77.

32. Ibid., p. 77.

33. Ibid., p. 78.

de que existem outras línguas que podem ser aprendidas. Para ele, ela é variável também em si mesmas, na medida em que lhe dispõe diversas possibilidades de expressar uma mesma coisa"[34].

As interpretações dos dispositivos normativos variam de acordo com que variam os hábitos culturais e as tradições de um povo, em razão do fato de que "quem foi criado numa determinada tradição cultural e de linguagem vê o mundo de uma maneira diferente daquele que pertence a outras tradições"[35], bem como há entendimentos distintos acerca de uma norma legal em um mesmo contexto histórico e em uma mesma tradição porque os indivíduos vivenciam experiências diferentes as quais formam seu modo de ver o mundo e determinam o direcionamento de sua compreensão que, por consequência, também são diversos aos dos outros indivíduos.

Como dito no tópico anterior, Gadamer entende a existência humana como lançada em uma tradição, forjada em um contexto histórico. Aqui, importa mencionar que esses elementos são articulados na terceira parte de Verdade e Método como elementos que são acima de tudo linguísticos. Assim, pode-se dizer que a tradição e o contexto histórico formam a experiência de "linguisticidade" (*Sprachlichkeit*) humana. O diferencial de Gadamer na questão da linguisticidade "consiste na consideração da relação da linguagem com a totalidade do mundo. [...] a sua linguisticidade significa a universalidade do caráter linguístico de toda a experiência – por isso de todo o ser-no-mundo, do próprio mundo, do próprio ser"[36].

A partir disto, passamos a compreender os espaços de jogo como sendo a soma dos estados de fato (facticidade) e dos sentidos e significações que atribuímos às coisas (significância). Devemos perceber que o intérprete, ao compreender, sempre joga com os pressupostos consolidados nas significâncias de um mundo fático, ou seja, sempre compreende partindo daquilo que está dado no mundo fático, contudo, é significado pelas interpretações que já foram feitas a respeito deste objeto. Logo, a compreensão é sempre de uma significância dos estados de fato.

Este acesso à compreensão por meio da linguagem é o que caracteriza o giro ontológico realizado pela hermenêutica gadameriana, "para a hermenêutica

34. GADAMER, H.G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 574.

35. Ibid., p. 577.

36. DUQUE, J. Da hermenêutica dos limites aos limites da hermenêutica: para uma leitura crítica de Gadamer. In: *H.-G. GADAMER: Experiência, linguagem e interpretação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 77.

filosófica, a linguagem não designa o mundo. O mundo, ele próprio, somente existe porque há linguagem. A linguagem constitui o mundo, pois"[37].

A este espaço de jogo podemos relacionar a prática decisional judicial. No caso, há um estado de fato, qual seja, o caso concreto ao qual atribui-se uma significância, as partes realizam uma compreensão acerca dele, bem como também há uma regra penal geral e abstrata a ser aplicada, à qual também se atribui um significado para aquele caso concreto, a fim de tornar a aplicação concreta, específica, designada e adequada às circunstâncias factuais. Neste ponto percebemos a ocorrência de dois espaços de jogo, um em relação ao caso e outro em relação à norma jurídica que se inter-relacionam, posto que "Todo o direito, toda lei, toda regra jurídica aplica-se a um fato, ou melhor, somente podem ser pensados a partir da facticidade"[38].

Vale ressaltar, em relação a este aspecto, que a compreensão deste caso concreto para a atribuição de uma significância a ele, somente é possível por meio da abertura à compreensão que a linguagem permite aos intérpretes, a qual é necessária. Somente podemos compreender algo à medida que permitimos que este objeto *se mostre* a nós, que não impomos a ele o significado prévio que possuímos ou construímos com base em nossos preconceitos, é necessária a abertura ao outro para que se possibilite a ocorrência do "estranhamento", momento no qual ocorre a compreensão.

> "De acordo com Gadamer, a abertura ao outro não pode significar, contudo, um simples 'deixar vir à fala'. Antes, essa marca da compreensão deve ser mais radical: estar aberto ao outro implica estar disposto a ser contradito por aquele, isto é, estar disposto à possibilidade do erro, de ter suas razões superadas pelo que o outro tem a dizer."[39]

Este momento é caracterizado pela divergência entre o que já compreendíamos de acordo com nossos preconceitos e, de outro lado, aquilo que o objeto nos mostra. A isso chamamos de alteridade. E este movimento de compreensão se dá pela lógica da pergunta e da resposta. No âmbito processual penal, devemos questionar o texto legal acerca do que queremos compreender e aplicar em determinado momento, para determinado caso concreto, tendo em vista a situação hermenêutica atual, que influencia no modo de compreensão.

37. PINHO, A. C. B. *Para além do garantismo*: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. 2011. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, 2011, p. 169.
38. Ibid., p. 167.
39. SILVA, R. R. *Compreensão e linguagem:* o caminho para a reabilitação da tradição no pensamento de Hans-Georg Gadamer. Synesis, Rio de Janeiro, v.6, n.1, jan.-jun. 2014. p. 218.

A partir deste confronto onde ocorre a compreensão é possível atribuirmos novos significados às coisas, adequando-os ao momento hermenêutico em que nos encontramos, ou seja, num caso concreto penal, é possível realizar compreensão diferenciado acerca de determinado dispositivo legal a fim de que se relacione de forma mais harmônica com sua relevância social em determinada situação histórica, de acordo com a mudança de costumes e valores, atribuímos novos significados às palavras, "no acontecimento da linguagem não encontra lugar somente aquilo que persiste, mas também e justamente a mudança das coisas. Assim, por exemplo, no declínio das palavras podemos ler a mudança dos costumes e dos valores"[40].

Segundo, Vinícius Silva Bonfim

> "Gadamer afirma que esse processo de confronto em que há a possibilidade de o velho ser substituído pelo novo, constitui uma comunicação cuja estrutura corresponde ao modelo dialético. [...] Por este motivo é que o processo de comunicação é importante, pois o homem e, consequentemente, a sociedade, se constituem pela linguagem."[41]

Isto ocorre em razão do fato de que "A linguagem é autônoma, e a língua é desenvolvida em contextos e culturas diferentes. Cada cultura cultiva suas tradições, e a linguagem não está desvinculada da tradição cultural humana e histórica".[42] Assim, em virtude de a linguagem ser modificada conforme se sucedem mudanças sociais, passamos, então, a compreender de forma distinta das compreensões de outros momentos históricos.

Assim, ao buscar entender o caso concreto, as partes devem se permitir conhecer o objeto de forma a não o induzir e, também, tendo consciência de seus preconceitos.

4. Linguagem e a compreensão de dispositivos normativos e decisões judiciais

Após o estudo de aspectos gerais da hermenêutica gadameriana, podemos depreender que, de acordo com seus entendimentos, a hermenêutica jurídica não

40. GADAMER, H.G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 580.

41. BONFIM, V. S. *Gadamer e a experiência hermenêutica*. Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 49, abr.-jun. 2010. p. 82.

42. VENTURA, P. R. *Linguagem e tradição em Hans Georg Gadamer*. Sociais e Humanas, Santa Maria, v. 28, n. 01, jan/abr 2015. p. 46.

busca alcançar o sentido histórico da lei ao ser criada, mas sim busca obter um sentido dela com aplicação na atualidade e para um caso concreto específico[43]. Nesse sentido, podemos perceber como se dá a diversidade das interpretações das normas legais, decisões judiciais e princípios nos mais distintos casos concretos e, mesmo naqueles que aparentam ter semelhanças, ocorrem aplicações distintas e mudanças de entendimento na norma legal, de acordo com o contexto histórico-social no qual a decisão é proferida.

Isso porque a tradição em Gadamer é sempre transformada e repensada a cada interpretação, então, sua compreensão de linguagem é consequentemente vista como um movimento contínuo, que não pode ser reduzida a sentidos ideais ou significados convencionais. Assim, por mais que um dado conceito possua um núcleo de sentido e um conjunto convencional de significados atribuídos por determinada sociedade, novas aplicações e novos contextos poderão alargar, reduzir ou simplesmente reformular o significado daquele termo.

Para exemplificar esse caráter dinâmico da linguagem e dos conceitos, Gadamer por mais de uma vez se valeu justamente da experiência do direito. Com efeito, juristas possuem determinados conceitos previstos em normas legais e princípios, os quais possuem significados canonizados pela chamada dogmática jurídica. Entretanto, novas situações reclamam interpretações distintas, o que faz com que o sentido de um princípio ou de uma norma vá sendo modificado à medida em que os sentidos daquele sistema jurídico vão sendo concretamente construídos.

> "Nesse contexto de superação de uma hermenêutica conservadora centrada na dogmática estrita é que se procura investigar qual é a função social dos operadores jurídicos frente a essa passagem de (e/ou rompimento com) um modelo de interpretação de cunho objetivista, reprodutivo, que trabalha com conceitos ensimesmados nas palavras da lei para o modelo 'transformador' da nova hermenêutica, que tem como missão principal realizar uma profunda alteração no modo de pensar e aplicar o Direito."[44]

Trataremos, aqui, acerca de decisões judiciais, mais especificamente das decisões proferidas em textos escritos, dispositivos normativos e princípios, partindo

43. GADAMER, H.G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 422.

44. SPAREMBERGER, R. F. L. Betti X Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 13, 2003, p. 173.

da perspectiva gadameriana sobre a compreensão destes e a sua influência nas decisões que ocorrem no processo penal e, ainda, das alterações de entendimento conforme o decorrer de mudanças sociais.

Primeiramente apontamos a diferenciação que Gadamer[45] realiza entre textos escritos e não escritos, da qual podemos inferir que o processo de compreensão de textos escritos requer sempre maior esforço que a compreensão dos não escritos, visto que o texto escrito possui um significado por ele mesmo.

> "Escrita é uma forma de auto alienação. Sua superação, a leitura do texto, é portanto a mais elevada tarefa da compreensão. Inclusive só podemos ver e articular corretamente o simples conjunto de signos de uma inscrição quando conseguimos reconverter o texto em linguagem. [...] Os monumentos não escritos impõem uma tarefa hermenêutica apenas num sentido mais amplo, pois não podem ser compreendidos por si mesmos. Seu significado é um problema de interpretação (*Deutung*) e não de decifração e de compreensão de sua literalidade."

Assim, entendemos que o texto escrito já *é*, no sentido de que já está dado, existente no mundo e sua existência independe de eventuais compreensões a serem feitas sobre ele. O intérprete, então, detém a tarefa de situar historicamente determinada compreensão daquele texto. Neste sentido podemos perceber que Gadamer[46] destaca o aspecto particular dos textos escritos afirmando que

> "Na escrita a linguagem se liberta do ato de sua realização. Na forma da escrita todo o transmitido está simultaneamente presente para qualquer atualidade. Nela se dá uma coexistência de passado e presente única em seu gênero, na medida em que a consciência presente tem a possibilidade de um acesso livre a tudo quanto tenha sido transmitido por escrito [...] ganha uma possibilidade autêntica de avançar os limites e ampliar seu horizonte, enriquecendo assim seu próprio mundo com toda uma nova dimensão de profundidade."

Por isso, acreditamos que a decisão judicial ser transmitida por linguagem escrita permite abertura a interpretações que serão feitas para além dos limites para da sua realização, no sentido de que possibilitará o acesso a ela por intérpretes em contextos históricos e culturais completamente distintos daquele no qual ela foi

45. GADAMER, H.G. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 506.

46. GADAMER, H.G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 505.

proferida, isto implica em sua abertura à possibilidade de reinterpretações conforme novos moldes e valores sociais de outros tempos, o que pode gerar tanto readequações daquela decisão a situações e necessidades sociais diferentes – significando uma superação de precedentes – quanto a sua utilização em fundamentação de decisões futuras, reafirmando-a.

O texto escrito permite ao intérprete a possibilidade de, acessando uma concepção sobre determinado objeto situado historicamente, trazê-lo à atualidade, realizando uma compreensão de algo pré-existente no contexto em que se encontra, de acordo com seu horizonte interpretativo, readequando o significado daquele texto à sua situação histórico-social. Nisso podemos compreender que a releitura de dispositivos normativos e princípios, bem como de decisões anteriores, é sempre um processo compreensivo de textos escritos onde ocorre a fusão dos horizontes históricos do texto e do intérprete, possibilitando diversidade de compreensões e adequação de um dispositivo normativo, escrito em outro contexto social visando outras necessidades e realidades, ao contexto social em que está sendo aplicado, a fim de suprir as necessidades de resolução de conflitos ocorridos neste momento histórico, em uma aplicação para determinado caso concreto considerando, ainda, suas especificidades, entender um texto do passado significa interpretá-lo de acordo com nossa situação presente, obtendo dele resposta aos questionamentos de nossa época.

Permite, também, que reconheçamos os significados da norma legal que permaneceram no tempo e continuam sendo aplicados, o que significaria a história efeitual daquele dispositivo, já despidos de preconceitos ilegítimos, posto que apenas os preconceitos legítimos perduram nas interpretações ao longo do tempo, é um significado repassado pela tradição, "é só a tradição escrita que pode desligar-se da mera persistência de resíduos de uma vida passada, a partir dos quais é possível à existência (*Dasein*) remontar a outra existência completando-a."[47] A vantagem de um texto escrito é a possibilidade de sua posterior interpretação por qualquer indivíduo que possa ler independentemente do contato deste intérprete como autor do texto, "Compreender pela leitura não é repetição de algo passado, mas participação num sentido presente"[48].

No entanto, é necessário destacarmos que um texto escrito pode ser reiteradamente interpretado mediante mal-entendidos deliberados ou involuntários, podendo ser este o sentido repassado pela tradição. Porém, "existe também

47. GADAMER, H.G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 506.

48. Ibid., p. 508.

uma arte da escrita capaz de vir em auxílio do pensar, e é a esta que deve subordinar-se a arte da compreensão que presta a mesma ajuda ao escrito"[49], também é necessária uma habilidade para a escrita, tendo em vista que o que está fixado na forma escrita, não possui as formas de expressão que um discurso falado apresenta, como a inserção em um contexto específico, o tom da fala, as expressões corporais do falante (no caso de um diálogo presencial), o quais permitem uma melhor compreensão, assim, Gadamer afirma a necessidade da "'arte' de escrever"[50].

Dessa maior dificuldade de expressão pela linguagem escrita decorrem as diversas discussões doutrinárias acerca da compreensão de dispositivos normativos, bem como de princípios. Ana Cláudia Pinho[51] exemplifica este processo de compreensão

> "Quando se procura interpretar, por exemplo, o tipo legal do delito de furto (*subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel*), ainda que não se tenha em mãos uma situação concreta para decidir e ainda que se queira apenas avaliar o grau de extensão da regra, não há como pensar o aberto. Imaginar um delito de furto implica, necessariamente, considerar uma pessoa (ainda que fictícia) subtraindo um objeto qualquer (um livro, um relógio – ainda que imaginários). Isto é, não se interpreta no vazio. A compreensão da regra jurídica pressupõe uma *applicatio* que, mesmo em tese, possa dar-lhe vida."

A compreensão de um dispositivo legal para aplicá-lo em uma decisão judicial será feita de acordo com a motivação do intérprete ao elaborar perguntas para que o texto lhe resposta. É por isto que os entendimentos judiciais são tão distintos e variáveis, pois cada caso permite ao aplicador realizar perguntas diferentes ao texto normativo, conforme os questionamentos provocados.

Esta possibilidade de reinterpretação permite a ocorrência daquilo que a doutrina constitucionalista chama de *mutações constitucionais*, caracterizadas por ser uma mudança de leitura de determinado texto normativo previsto na Constituição da República, sem que ocorra a sua transformação material, perceptível, essa mudança se dá com a alteração dos valores sociais que alteram o significado

49. Ibid., p. 509.

50. Ibid., p. 509.

51. PINHO, A. C. B. *Para além do garantismo:* uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. 2011. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, 2011. p. 166.

atribuído à disposição normativa. Pedro Lenza[52] afirma que estas mutações "exteriorizam o caráter *dinâmico* e de *prospecção* das normas jurídicas, por meio de *processos informais*." Seriam informais, no caso, por não constituírem modo de alteração formal do texto constitucional.

Como exemplo de mutações de dispositivos legais em geral realizadas pelo Poder Judiciário – o que é mais comum em razão deste ser o responsável pela aplicação da norma ao caso concreto, mas não é a única hipótese, podendo ser realizada também pelos Poderes Executivo e Legislativo[53] – este mesmo autor, utilizando-se do Código Penal, assevera que

> "antes da *Lei 11.106/2005*, os arts. 215, 216 e 219 do CP traziam a expressão 'mulher honesta'. Quando falamos que essa expressão sofreu uma *mutação interpretativa*, não queremos dizer que o artigo foi alterado, mas, sim, que o conceito de 'mulher honesta', ao longo do tempo, levando em consideração os padrões aceitos pela sociedade da época, adquiriu significados diversos."[54]

Partindo disto, e utilizando novamente o tipo penal de furto, agora em comunhão com o princípio da insignificância[55], também trazemos à análise do HC 138.697, no qual o STF determinou que o furto de um aparelho telefônico no valor de R$ 90,00 (noventa reais) incidia no princípio da insignificância cumprindo seus requisitos, quais sejam: conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. Avaliando o contexto social no qual foi proferida a decisão e as particularidades da vítima, entendeu que o valor do bem não implicava a necessidade de utilização do direito penal, o qual deve ser aplicado com *ultima ratio*, tendo em vista, ainda, que o bem havia sido devolvido à vítima, não tendo sido lhe causado dano, portanto.

---

52. LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 158.
53. Para melhor conhecimento destas outras possibilidades, vide: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 160.
54. LENZA, P, op. cit., 2014. p. 159.
55. De acordo com a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt, este princípio está relacionado ao elemento do crime da tipicidade, mais especificamente à tipicidade material. Assim, este autor define o princípio como sendo "uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*" (BITENCOURT, 2015, p. 60). Não basta, portanto, a mera correspondência do fato ao tipo penal (tipicidade formal), sendo necessária a relevância penal da conduta a ensejar a intervenção.

Contudo, outro ponto que devemos observar é a divergência nas decisões dos juízos anteriores. Conforme relatório do referido *habeas corpus*, o juízo de 1º grau condenou o acusado. Em seguida, após interposição de recurso de Apelação pela defesa, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em grau recursal, absolveu o acusado aplicando o princípio já citado. A acusação, no entanto, interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, que reformou a decisão condenando o acusado, levando em conta outros fatores (como a reincidência). E, por fim, a defesa, após negado o provimento de Agravo Interno no Recurso Especial, interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que novamente reformou a decisão absolvendo o acusado, aplicando o princípio da insignificância e utilizando outro precedente desta mesma Corte.

Nosso objeto, aqui, não é discutir o mérito das decisões e nem da incidência da excludente de tipicidade material (relevância da conduta), mas sim demonstrar com concretude a alteração de entendimento em cada instância judiciária, a possibilidade de compreensões diversas de um tipo penal relacionado a um princípio, dentro de um mesmo caso concreto.

Com isso, percebemos que não há que se falar em uma decisão que determine de modo definitivo um caso concreto, posto que se fosse outro juízo até no mesmo contexto social daquele que proferiu uma dada sentença, esta poderia ser proferida de forma distinta. Há sempre a possibilidade de mudanças de entendimento acerca da aplicação de dispositivos legais, princípios e precedentes. Por isto são mais relevantes as interpretações feitas em casos concretos do que as disposições abstratas,

> "O que a lei prescreve, o que é caso de lei, esta só determina univocamente na cabeça de perigosíssimos formalistas. Aplicar o direito significa pensar conjuntamente o caso e a lei de maneira tal, que o direito propriamente dito se concretize. Por isto, frequentemente, a jurisprudência, isto é, as sentenças que se ditam, são mais importantes nos sistemas jurídicos que a lei geral, de acordo com a qual são tomadas as decisões. E isto porque, o sentido de algo geral de uma norma, só pode ser justificado e determinado realmente, na concretização, e através dela. Só assim se cumpre também o sentido prático da utopia. Tampouco, ela é uma linha de ação, mas uma linha de reflexão."[56]

56. GADAMER, H.G. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 51-52.

Considerações finais

Levando em consideração as influências que os aspectos históricos e sociais exercem sobre a compreensão não só de fatos, mas também de dispositivos normativos e decisões judiciais conforme fora discutido durante o artigo, podemos afirmar a clara impossibilidade de se legitimar a busca pela verdade real a partir da premissa inquisitorial que apesar de ainda existente tanto no meio acadêmico como na própria práxis do Direito que já devia ter sido superada a partir do giro linguístico proposto por Gadamer na hermenêutica filosófica.

Tal giro traduz a noção de que o mundo somente é expresso por meio da linguagem e nela constituído. Assim, toda a compreensão somente se faz possível na linguagem. Disso decorre o fato de que os fatores que definem sua limitação (quanto à forma de expressão) e seu aspecto ilimitado (quanto às formas de compreensão) influenciam diretamente nas decisões judiciais, na elaboração de dispositivos normativos e na aplicação de princípios no curso do processo, neste caso, o penal.

Em razão disto, é necessária a efetivação de um processo dialético, em que se permita a abertura do intérprete ao objeto, estando aquele ciente da influência de seus preconceitos e, pelo "estranhamento" seja possível uma compreensão livre de preconceitos ilegítimos.

Por fim, diante do recorte metodológico de pesquisa realizado para análise e discussão a partir da hermenêutica gadameriana, concluímos que a linguagem é o fator determinante na aplicação do direito ao caso concreto, ocorrendo de formas distintas conforme à variação de situações históricas e sociais e à tradição em que o intérprete está inserido. Por isso, não podemos afirmar acerca de uma sentença em caso concreto que ela o decide de forma definitiva isto porque outros intérpretes, juízes ou Tribunais poderiam atribuir a ele significado diferente conforme a linguagem empregada.

Referências

ARRIZABALAGA, L.G. *Hermenéutica del linguaje y simbolismo.* UNED, Madrid: *ÉNDOXA*: Séries Filosóficas, 2005. n. 20.

BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal:* parte geral I. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea.* Lisboa: Edições 70, 2002.

BONFIM, V. S. *Gadamer e a experiência hermenêutica.* Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 49, abr.-jun. 2010.

DUQUE, J. Da hermenêutica dos limites aos limites da hermenêutica: para uma leitura crítica de Gadamer. In: *H.-G. GADAMER: Experiência, linguagem e interpretação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

FIGAL, G. The Doing of the Thing Itself: Gadamer's Hemeneutic Ontology of Language. In: *The Cambridge Companion to Gadamer.* Cambridge University Press, USA, 2002.

GADAMER, H.G. *A razão na época da ciência.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, H.G. *O problema da consciência histórica.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

GADAMER, H.G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GADAMER, H.G. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GEDRAT, C. V. O conceito de verdade a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. 2008. 96 f. Tese (Mestrado em Filosofia) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2008.

GRONDIN, J. *Hermenêutica*. São Paulo: Parábola, 2012.

GRONDIN, J. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.

LAWN, C. *Compreender Gadamer.* Petrópolis: Vozes, 2011.

LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, A. M. D. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, n. 145, a. 37, jan.-mar. 2000.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito.* Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1996].

PINHO, A. C. B. *Para além do garantismo:* uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. 2011. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, 2011.

SANTUÁRIO, L. C. *Filosofia e psicanálise:* a linguagem em Lacan, Apel e Gadamer. Revista de Filosofia, Curitiba, v. 17, n. 20, jan.-jun. 2005.

SILVA, R. R. *Compreensão e linguagem:* o caminho para a reabilitação da tradição no pensamento de Hans-Georg Gadamer. Synesis, Rio de Janeiro, v.6, n.1, jan.-jun. 2014.

SPAREMBERGER, R. F. L. Betti X Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* v. 13, 2003.

STEIN, E. Gadamer e a consumação da hermenêutica. *Problemata: Rev. Intern. Fil.*, v. 5, n. 1, 2014.

VENTURA, P. R. *Linguagem e tradição em Hans Georg Gadamer.* Sociais e Humanas, Santa Maria, v. 28, n. 01, jan.-abr. 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A norma jurídica e o caso concreto: duas ilhas interpretativas? uma abordagem hermenêutica sobre os precedentes de jurisprudência, de Mauricio Martins Reis – *RePro* 289/355-378 (DTR\2019\23967);
- A prova oral e o problema da verdade no direito processual: as contribuições do construtivismo lógico-semântico, de Luciano Athayde Chaves – *RePro* 275/67-88 (DTR\2017\7112); e
- Entre dúvidas e certezas: a resposta correta no processo penal, de Israel Domingos Jorio e Alexandre de Castro Coura – *RBCCrim* 149/227-257 (DTR\2018\20687).