Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 137 • nov. / 2017

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 25 • vol. 137 • nov. / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORA-CHEFE – Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EDITORES-ASSISTENTES – Chiavelli Facenda Falavigno, Clécio Lemos, Daniel Leonhardt, Gabriel Divan, Pedro Castro e Vinicius Gomes de Vasconcellos

EDITORES-EXECUTIVOS – Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, 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 Gímenez-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); 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)

Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/SC); Américo Bedê Freire Júnior (Faculdades de Vitória – Vitória/ES); André Szesz (UNIPOSITIVO – Curitiba/PR; Andrei Zenkner Schmidt (PUCRS – Porto Alegre/RS); Artur César de Souza (UFPR – Curitiba/PR); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Shimizu (USP – São Paulo/SP); Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Diogo Malan (UERJ e UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – BA); Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS); Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Positivo – Curitiba/PR); Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia – ITA); Helena Regina Lobo da Costa (USP – São Paulo/SP); João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Rio de Janeiro/RJ); Leonardo Ortegal (UnB – Brasília/DF); Luciano Anderson de Souza (USP – São Paulo/SP); Luís Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM); Manuela Abath Valença (UnB – Brasília/DF); Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG); Marcelo Almeida Ruivo (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR); Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT); Miguel Tedesco Wedy (Unisinos – São Leopoldo/RS); Oliveiros Guanais de Aguiar Filho (PRBA – Salvador/BA); Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS); Patrick Lemos Cacicedo (USP – São Paulo/SP); Pedro Andrade Caribé (UnB – Brasília/DF); Pedro Jorge Costa (PR – Recife/PE); Raquel Lima Scalcon (Uniritter – POA/RS); Salah Khaled Jr. (FURG – Rio Grande/RS); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP); Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ); Tomás Grings Machado (PUCRS – Porto Alegre/RS)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Ademar Borges de Sousa Filho (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Adriana de Oliveira Gonzaga Bisi (FDV – Vitória/ES); Allian Djeyce Rodrigues Machado (PUC-PR – Curitiba/PR); Bruna Capparelli (Università di Bologna – ITA); Flávio da Silva Andrade (UFMG – Belo Horizonte/MG); Halley Jhason Medeiros Mendes (FDV – Vitória/ES); Ilton Garcia da Costa (UENP – Jacarezinho/PR); James B. Jacobs (New York University – EUA); Luciano Alberto Ferreira (UFRR – Boa Vista/RR); Marcelo Almeida Ruivo (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT); Marcos Pereira da Silva (Faculdade Cathedral – Boa vista/RR); Regina Geni Amorim Juncal (UFMG – Belo Horizonte/MG); Renan Cauê Miranda Pugliesi (UENP – Jacarezinho/PR); Rodrigo Sánchez Rios (PUC-PR – Curitiba/PR); Rogério Cangussu Dantas Cachichi (UENP – Jacarezinho/PR); Sheila Jorge Selim de Sales (UFMG – Belo Horizonte/MG); Thiago Fabres de Carvalho (FDV – Vitória/ES); Verçulina Firmino dos Santos (UFRR – Boa Vista/RR); Wilton Bisi Leonel (UFF – Rio de Janeiro/RJ); Zoe A. Fuhr (New York University – EUA)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 137 • nov. / 2017

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 137 • nov. / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

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.

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

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 RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

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

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [11-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [25.09.2017]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
1º Vice-Presidente
Alexis Couto de Brito
2º Vice-Presidente
Eleonora Rangel Nacif
1º Secretário
Renato Stanziola Vieira
2º Secretário
Carlos Roberto Isa
1º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
André Adriano Nascimento da Silva
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
Membros
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

Ouvidor

Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Atualização do Vocabulário Básico Controlado
Roberto Portugal de Biazi
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali Caetano Dias
Comunicação
Gabriel de Freitas Queiroz
Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico
Silvio Luiz de Almeida
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacional
Sylvia Helena de Figueiredo Steiner
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies S. Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Jornal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Enedina do Amparo Alves
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas
Juliana de Oliveira Carlos
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Revista Liberdades
Ivan Luis Marques da Silva
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi
21º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida
23º Seminário Internacional
Alexis Couto de Brito

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira
Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Natália Macedo Sanzovo

Comissão Especial IBCCRIM Coimbra

Presidente
Rafael Serra de Oliveira

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Luciana Zaffalon
Núcleo Administrativo Financeiro
Supervisão
Roberto Seracinskis
Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Alexandre Soledade de Oliveira
Camila dos Santos Silva
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Priscila Nicastro
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Carolina Diniz
Equipe
Gabriel Elias
Lorraine Carvalho Silva
Rafael Vieira dos Santos

Núcleo de Biblioteca

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

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Cristina Uchôa
Equipe
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Allyne Andrade
Equipe
Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Adriano Galvão
Equipe
Eduardo Carvalho
Taynara Alves Lira
Willians Meneses

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 137 • nov. / 2017

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editorial
Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Produção Editorial
Coordenação
IVIÊ A. M. LOUREIRO GOMES E LUCIANA VAZ CAMEIRA

Líder Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thaís Rodrigues Sampaio e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Analistas Editoriais: Claudia Helena Carvalho, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco e Maria Cecilia Andreo

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva e Marcelo Ventura

Estagiários: Angélica Andrade, Guilherme Monteiro dos Santos, Larissa Gonçalves de Moura, Miriam da Costa e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi
Adaptação capa: Brenno Stolagli Teixeira

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal

Direito penal do inimigo e Lei de Segurança Nacional de 1935, no Brasil

Criminal law of enemy and National Security Law, in the year 1935, in Brazil

Adriana de Oliveira Gonzaga Bisi, Wilton Bisi Leonel e Thiago Fabres de Carvalho 17

Direito e moral: discussão sobre a criminalização do consumo de pornografia infantil através de uma perspectiva garantista

Law and morals: discussion on the criminalization of child pornography consumption through a garantistic perspective

Regina Geni Amorim Juncal 63

Criminalidade intraempresarial, sistemas de denunciação interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do *whistleblowing*

Inside corporation criminality, internal systems of report and its repercussions on criminal law scope: whistleblowing phenomenon

Rodrigo Sánchez Rios e Allian Djeyce Rodrigues Machado 89

Anotações sobre o estudo da *recklessness* na doutrina penal italiana: por uma terceira forma de imputação subjetiva?

Notes on the study of recklessness in light of the Italian criminal doctrine: for a third form of subjective imputation?

Sheila Jorge Selim de Sales 125

Processo Penal

Superando paradigmas: a aplicação da justiça restaurativa em casos que envolvem violência doméstica

Overcoming paradigms: the application of restorative justice in cases involving domestic violence

Ilton Garcia da Costa, Renan Cauê Miranda Pugliesi e Rogério Cangussu Dantas Cachichi 153

Garantias liberais e eficácia repressiva: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil

Individual guarantees and repressive efficiency: the plea bargaining controversies in the persecution of white collar crimes in Brazil

Luciano Alberto Ferreira, Marcos Pereira da Silva e Verçulina Firmino dos Santos 197

Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no Projeto de Lei do Senado 554/2011

Custody hearing: critical analysis of the legal discipline provided for in Senate Bill 554/2011

Flávio da Silva Andrade..... 223

Técnicas investigativas italianas articuladas com a utilização dos denominados captadores informáticos: *quis custodiet custodes*?

Italian investigative techniques based on use of trojans virus: "quis custodiet custodes?"

Bruna Capparelli 253

O *habeas corpus* coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana

The collective habeas corpus: a proposal for Brazilian law inspired by Latin America's jurisprudential experience

Ademar Borges de Sousa Filho 287

Crime e Sociedade

Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal

Four essential scientific differences between criminology and criminal law

Marcelo Almeida Ruivo 323

O "capital jurídico" e sua incompatibilidade com sua função declarada: uma análise da Magistratura brasileira e outras profissões jurídicas e seu comportamento perante o jurisdicionado

The "legal framework" and its incompatibility with its declared function: an analysis of the brazilian judges and other legal professions and its behavior before the jurisdiction

Halley Jhason Medeiros Mendes e Thiago Fabres de Carvalho..... 347

Universal Background Checking – New York's Safe Act
Verificação do Fundo Universal – Lei de Segurança de Nova York
James B. Jacobs e Zoe A. Fuhr 371

Índice Alfabético-remissivo 407

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 413

Diretrizes ao corpo de avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 423

Condições para Submissão (*Checklist*) 429

Direito penal do inimigo e Lei de Segurança Nacional de 1935, no Brasil

Criminal law of enemy and National Security Law, in the year 1935, in Brazil

Adriana de Oliveira Gonzaga Bisi

Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Teoria, Sociologia e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora de Teoria Geral do Direito da Graduação em Direito da FDV.
adrianagbisi@outlook.com

Wilton Bisi Leonel

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Teoria, Sociologia e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Ciência Política e Teoria do Estado da Graduação da FDV. Professor de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF).
wiltonbisifdv@hotmail.com

Thiago Fabres de Carvalho

Mestre e Doutor em Direito pela UNISINOS, com estágio de doutoramento na Universidade de Coimbra (2006). Professor de Direito Penal, Filosofia do Direito e Criminologia da Graduação em Direito da FDV. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Coordenador do grupo de pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. Membro do grupo de pesquisa Criminologia Crítica: Perspectivas Atuais.
thiagofabres@gmail.com

Recebido em: 20.09.2016
Aprovado em: 06.03.2017
Última versão do autor: 24.03.2017

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: Em *O inimigo no direito penal*, Eugenio Zaffaroni promove uma análise crítica da tese do Direito Penal do Inimigo do jurista alemão Günther Jakobs, ou seja, da legitimação, no interior de um mesmo Estado, de um tratamento penal discriminatório para inimigos e para cidadãos. Zaffaroni aponta que tal tese além de não ser

Abstract: In *O inimigo no direito penal*, Eugenio Zaffaroni critically examines Günther Jakobs' thesis of Criminal Law of the Enemy, that is: the legitimacy of a discriminatory criminal treatment of enemies and citizens within the same State. Zaffaroni points out that such a thesis, in addition to not being a historical novelty, is politically

Bisi, Adriana de Oliveira Gonzaga; Leonel, Wilton Bisi; Carvalho Thiago Fabres de. Direito penal do inimigo e Lei de Segurança Nacional de 1935, no Brasil.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 137. ano 25. p. 17-62. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

uma novidade histórica, é politicamente indesejável e juridicamente incompatível com uma ordem democrática. Essas reflexões teóricas são especialmente importantes para os países latino-americanos, visto que recorrentemente experimentaram durante o século XX regimes políticos autoritários como condição necessária para a implantação do capitalismo. Nesse sentido, tais ordens autoritárias consolidaram, a partir de um forte apelo à ideologia da segurança nacional, um sistema penal configurado para criminalizar oposições políticas (em especial, as demandas oriundas da classe trabalhadora). O objetivo deste artigo é demonstrar a pertinência das observações do jurista argentino a partir de uma experiência histórica brasileira, identificando as percepções e ideias esposadas por parlamentares brasileiros no ano de 1935 para legitimar a aprovação de uma *Lei de Segurança Nacional*, calcada na exceção, cujo objetivo oficialmente declarado seria o de neutralizar o avanço do inimigo da mais alta periculosidade para a Nação brasileira, a saber: o Comunismo.

Palavras-chave: Inimigo no Direito penal– Lei de Segurança Nacional – Comunismo – Exceção – Ideologia autoritária.

undesirable and legally incompatible with a democratic order. These theoretical reflections are especially important for Latin American countries, since they have repeatedly experienced authoritarian political regimes during the twentieth century as a necessary condition for the consolidation of capitalism. In this sense, these authoritarian orders consolidated, from a strong appeal to the ideology of national security, a criminal system configured to criminalize political opposition (especially demands from the working class). The objective of this article is to demonstrate the pertinence of the observations of the Argentine jurist from a Brazilian historical experience, identifying the perceptions and ideas adopted by Brazilian congressmen in the year 1935 to legitimize the approval of a National Security Law, based on the exception, whose officially declared objective would be to neutralize the advance of the enemy of the highest danger to the Brazilian Nation, namely: Communism.

Keywords: The enemy in Criminal law – National Security Law – Communism – Exception – Authoritarian ideology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Discursos legitimadores do tratamento penal diferenciado ao perigoso inimigo comunista na primeira Era Vargas. 2.1. O pensamento político-jurídico autoritário de Carl Schmitt. 2.1.1. A construção do perigoso inimigo comunista, nos anos 1930, no Brasil. 2.2. A criminologia positivista. 3. A identidade entre a lógica político-jurídica autoritária do "direito penal do inimigo" e os argumentos mobilizados nos debates parlamentares para aprovação da LSN, de 1935. 4. Uma breve consideração final sobre o direito penal do inimigo no período varguista, no Brasil. 5. Referências

1. Introdução

O[1] "mercado das ideias" do Direito Penal [referência ao Direito como objeto de consumo] colocou como ordem do dia a normalização da tese "desenvolvida"

1. Artigo desenvolvido pelos doutorandos em coautoria com o Professor Thiago Fabres de Carvalho, a partir das discussões realizadas no Grupo de Pesquisa: Direito, Sociedade e Cultura, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Doutorado) em

pelo jurista alemão Günther Jakobs, em seu livro *O direito penal do inimigo,* da existência necessária no interior do Estado de Direito de um Direito Penal para os cidadãos/amigos/normais para os quais deveriam ser endereçadas todas as garantias penais e processuais penais clássicas liberais e de um Direito Penal para os inimigos/indesejáveis/hostis/anormais/não pessoas, em que seria legitimado flexibilizar e/ou suprimir tais garantias.

Assim, Jakobs defende uma percepção de inimigo – subjacente ao Direito Penal do Inimigo – como sendo aquele que (2007, p. 35; RESTA, 2006, p. 742), com seu comportamento (delinquência sexual, habitual, reincidente), ocupação profissional (delinquência econômica, organizada, tráfico de entorpecentes) ou mediante o vínculo com uma organização (terrorismo, delinquência organizada, ou inclusive a antiga conspiração para o assassinato), rechaçou voluntariamente, de forma presumivelmente duradoura, o *status* de cidadão para converter-se em inimigo do sistema.[2]

Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), sob a Coordenação dos Professores Doutores Thiago Fabres de Carvalho e André Filipe Pereira Reid dos Santos.

2. Cabe chamar a atenção para o fato de que os tipos penais caracterizadores do Direito Penal do Inimigo são indeterminados semanticamente, o que acarreta uma vulnerabilidade quanto ao princípio da taxatividade; possuem exasperado rigor repressivo; e, como têm apontado os estudiosos da área, são inefetivos, possuindo, consequentemente, funcionalidade meramente simbólico-performativa. Federica Resta, em *Enemigos y criminales. Las Lógicas del control*, aponta para o paradoxo que conduz esta lógica social-defensiva. Na sua ótica, ela é disfuncional também em termos de prevenção geral de integração, visto que, no lugar de estabilizar na consciência coletiva a confiança na vigência das normas violadas, amplifica a relevância – assumida como perigosa – dos atos dos inimigos-criminosos, cuja identidade diferencial (e desviada) é atribuída pelo preceito mesmo. Carlos Julio Lascano, por sua vez, sustenta que o "Direito Penal do Inimigo" não estabiliza normas – prevenção geral positiva – mas *demoniza* determinados grupos de infratores e, em consequência, não é um Direito Penal do fato, mas do autor, desrespeitando, de forma radical, o princípio da culpabilidade (garantia crucial do Estado de Direito na área penal) substituindo-o pela preocupação – retomando a Criminologia Positivista do século XIX – com a periculosidade (LASCANO, 2006, p. 743 e 210, respectivamente, tradução livre). São pertinentes nesse sentido as observações de Feeley e Simon defendendo que o Direito Penal do Inimigo aparece como o caso extremo do que estes autores denominaram de Nova Penologia: a preocupação hodierna do sistema penal e da Criminologia residiria no gerenciamento dos autores [de práticas tipificadas como criminosas] como fatores de risco. Assim, o Direito Penal do Inimigo exponenciaria, ou melhor, tornaria funcional a teoria da incapacitação nos tempos atuais, tidos como emergenciais. A *exclusão* (detenção por tempo indeterminado) e a *incapacitação – física e jurídica* – (a

Por isso, na opinião de Jakobs, o Estado somente se autolegitimaria, oferecendo aos demais cidadãos uma proteção reforçada perante aqueles que violaram as expectativas normativas que sobre eles repousavam, admitindo-se a aplicação de medidas de segurança (muitas delas na forma aparente de penas) em uma condição adiantado-a diante da realização da conduta típica, em razão da periculosidade própria do tipo de autor.

O tratamento mais severo ao indivíduo perigoso justifica-se pelo fato de que, ao recusar a opção do *status* de cidadão decorrente do ingresso no contrato social – que significa o estabelecimento de uma rede de segurança cognitiva para o comportamento alheio, dada a renúncia à violência recíproca ilimitada –, o sujeito não pode ter como contrapartida o gozo dos benefícios do conceito de pessoa. O Direito Penal do Inimigo não visa então à mera manutenção da ordem perante conflitos interpessoais, mas o restabelecimento de uma situação estrutural aceitável mediante a *neutralização* daqueles que não ofereçam uma garantia mínima de segurança cognitiva necessária para o reconhecimento do indivíduo enquanto pessoa.

Para entender de que modo o Direito Penal do Inimigo opera é necessário analisar concomitantemente o Direito Penal do Cidadão, já que o funcionamento de ambos é complementar (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 21-22; SCHEERER; BÖHM; VÍQUEZ, 2006, p. 927 e ss.). Enquanto o Direito Penal do Inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos, e, entre eles, é fundamental o direito à segurança, o Direito Penal do Cidadão otimiza esferas de liberdade concordando, dessa forma, com o fim precípuo (e supremo) do Estado de Direito: a liberdade. Isso significa que o Direito Penal do Inimigo operacionaliza o direito à segurança e atua, portanto, protegendo a sociedade daqueles indivíduos, não pessoas, que representam um perigo.

A técnica de proteção aplicada é a *exclusão, jurídica e física*, técnica própria da segregação punitiva, que tem por finalidade a proteção da população e o resguardo de seu direito à segurança[3].

"despersonalização") pelo maior tempo possível aos inimigos são uma técnica usada desde sempre no exercício efetivo do poder político e atualizada pelos pressupostos teóricos do Direito Penal do Inimigo com o objetivo de neutralizar o perigo que os inimigos representam e "presentear" os cidadãos de bem com segurança, ao menos simbolicamente (SCHEERER, BÖHM, VÍQUEZ, 2006, p. 930, tradução livre; DIETER, 2013; CARVALHO, 2012; 2014; PRITTWITZ, 2004).

3. Para uma análise jurídica, filosófica e sociológica mais aprofundada do "Direito Penal do Inimigo", vide, dentre outros: VALE, Ionilton Pereira do. *O direito penal do inimigo*: fundamentos filosóficos e sistêmicos – *RT* 909/165-186 (DTR\2011\1879);

O livro de Eugenio Raúl Zaffaroni, *O inimigo no direito penal*, pode ser visto como uma reflexão teórica que serve de contraponto crítico para mostrar que as teses de Jakobs não são novas (conforme mencionado a seguir), possuem referenciais teóricos insatisfatórios (ao desconsiderar as lutas de classes) e politicamente ingênuos, se observarmos especialmente os contextos latino-americanos. Isso porque acredita ser possível circunscrever a lógica política autoritária da exceção dentro de limites normativos do Estado de Direito, esquecendo-se da Política. Em outras palavras, a racionalidade penal autoritária sempre será usada politicamente para criminalizar a oposição, especialmente em contextos de aguda luta de classes (operando muitas das vezes com um "Direito Penal subterrâneo", à margem da lei). Para Zaffaroni (2007, p. 12), por mais que se insista nesta *tese* (de um Direito Penal específico para Inimigos) *como jurídica*, *a reação inusitada* (a fatos tidos como de grande gravidade ensejadores da constituição de inimigos) é *política*, porque a questão que se coloca é – e sempre foi – dessa natureza. Nesse sentido, o Direito Penal do Inimigo é um instrumento mobilizado pelo exercício do poder político para a superação de crises políticas (ou, no mínimo, politizadas): trata-se de um instrumento de declaração do *status* de inimigo (interno) do Estado, o qual (1) é responsável pela crise de falta de segurança e ordem; (2) proporciona à maior parte da população o sentimento tranquilizador de não terem concorrido para a crise, e que somente têm que lutar contra o inimigo para voltar a recuperar o Estado desejado. Ademais, (3) a polarização e a pressão para o isolamento do inimigo exerce inclusive um poder sobre a população de submeter o "consenso coercitivo" em favor do *status quo* e de sua análise da ameaça. Nesse sentido, as relações do titular das posições de domínio são simplificadas, pois, se a população acredita na crise, aumenta a predisposição generalizada de seguir as autoridades políticas, as quais podem mobilizar recursos adicionais e perseguir, durante o tempo necessário, seus objetivos, uma vez que o "inimigo útil" tem o condão de tornar irrelevante a pretensão de enfrentar outras pautas políticas.

Portanto, para o criminólogo argentino, é uma constatação histórico-social – um "dado de fato" – que o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos desconsiderando alguns deles enquanto pessoas com autonomia ética, visto que eram percebidos apenas como entes perigosos ou danosos (assinalados como) inimigos da sociedade ou estranhos; e esse fato (o tratamento penal diferenciado) é chancelado pelo Direito ("dado jurídico"): tanto as leis quanto a doutrina jurídica autorizam esse tratamento diferenciado para os

COSTA, Fernanda Otero. *Aquém da paz e além da guerra*: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo – *RBCCrim* 94/57-85 (DTR\2012\15).

"estranhos", que exacerba a violência do poder punitivo estatal, debilitando o tradicional Direito Penal Liberal ou de garantias[4], e adotando uma visão empobrecida de Política, reduzida ao *mero poder de assinalar o inimigo* (em vez de agasalhar uma concepção de Política apta a resolver os conflitos sociais não pela violência, mas por intermédio da negociação, estimulando a construção de uma ordem democrática).

O que importa ressaltar, a partir da politização realizada por Zaffaroni (2007, p. 81) da construção do inimigo no exercício real do poder punitivo, é que: (1) o tratamento repressivo diferenciado (destinado a iguais e a estranhos), que sempre existiu, *deriva da própria seletividade estrutural da sociedade*. A sociedade não é composta por iguais; a distribuição de poder – econômico, político, jurídico, cultural – é desigual. Logo, a discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante. Daí a importância de não perder de vista *a natureza política da tese do Direito Penal do Inimigo* mostrando a relação umbilical entre Direito Penal e Política: a reação teórica a fatos tidos como de grande gravidade, ensejadores da constituição de inimigos, advém de uma racionalização jurídica de demandas políticas; (2) o que ocorre são graus de seletividade punitiva entre os considerados iguais/amigos e estranhos/inimigos (quanto mais aberta, igualitária e tolerante é uma sociedade, as diferenças no tratamento entre iguais e estranhos tendem a atenuar); e (3) os rótulos caíram sobre estereótipos diferentes (bruxas, protestantes, leprosos, políticos dissidentes, inferiores – índios, servos, negros –, indesejáveis/incômodos: bêbados, prostitutas, vadios, homossexuais; judeus, terroristas, traficantes, pedófilos...) conforme a emergência invocada (circunstâncias políticas e econômicas concretas).

Como mostra a análise histórica do exercício real do poder punitivo [enquanto instrumento de verticalização social corporativa dos Estados nacionais

4. Assim, tem-se, de forma ilustrativa: o "endurecimento das legislações penais sancionadas por causa ou a pretexto de situações de emergência; antecipação das barreiras de punição – até os atos preparatórios –, desproporção das consequências jurídicas – penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida –; marcada debilitação das garantias processuais; identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o Direito Penal do autor, propício para que o tema do inimigo ganhe a ordem do dia. No âmbito da *doutrina jurídico-penal*, por sua vez, a flexibilização do Direito Penal de garantias pode ser vista através da imputação jurídica conforme critérios independentes da causalidade; cancelamento da exigência de lesividade conforme a multiplicação de tipos de perigo sem perigo (perigo abstrato ou presumido); lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas leis penais em branco" (ZAFFARONI, 2008, p. 14-15).

há séculos], o conceito de inimigo (ZAFFARONI, 2007, p. 102) não é nada mais além de um rótulo que se distribuiu (a quem enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente, a quem detinha o poder político) sempre com a mais vasta arbitrariedade, a ponto de ninguém poder considerar-se livre de ser eventualmente rotulado enquanto tal. Tendo por base as considerações críticas de Zaffaroni sobre a falta de novidade quanto à atuação efetiva autoritária do poder punitivo estatal, este artigo pretende oferecer uma modesta contribuição para compreender uma pequena dimensão do duro aparato de repressão penal aos chamados crimes políticos (ou contra a segurança nacional) no Brasil, qual seja: os argumentos mobilizados nos debates parlamentares para aprovar a legislação de segurança nacional, de 1935. Cabe ressaltar que o sistema penal de segurança nacional – Lei de Segurança Nacional, Tribunal de Segurança Nacional, DEOPS e CF/37 – foi justificado pela e operou com a lógica político-jurídica da exceção presente no "Direito Penal do Inimigo", pois considerada adequada para lidar com o inimigo interno, notadamente o comunismo. Partindo da premissa de que todo sistema penal necessita de um discurso legitimador que o anteceda, essa tarefa ganha cores mais fortes quando se trata de um arcabouço repressivo penal excepcional.

Este artigo restringe-se à tentativa de identificar os fundamentos teóricos do discurso político-jurídico e criminológico que circulou socialmente no período da primeira Era Vargas (sobretudo entre os anos de 1935-1945) e que justificou oficialmente tanto (a) a existência de um tratamento penal diferenciado para o inimigo interno, protagonista do crime contra a segurança da Nação brasileira (primeira parte do artigo), quanto (b) a aprovação da legislação de segurança nacional (segunda parte do artigo). Nesse sentido, o artigo não pode tratar de importantes aspectos da repressão penal aos "crimes contra a segurança penal", como a efetiva atuação da Polícia Política e do Tribunal de Segurança Nacional, órgãos responsáveis por aplicar a Lei de Segurança Nacional, bem como uma análise crítica das funções não declaradas desse aparato repressivo de segurança nacional, especialmente a criminalização da Política. Ou, mais precisamente, a contundente repressão penal às ideias e às atividades políticas revolucionárias da classe trabalhadora, num contexto de imposição do capitalismo industrial no Brasil.

2. Discursos legitimadores do tratamento penal diferenciado ao perigoso inimigo comunista na primeira Era Vargas

A tese do Direito Penal do Inimigo encontrará, em especial na recepção do pensamento político autoritário de Carl Schmitt – com a ideia de inimizade política e com a lógica político-jurídica da exceção – e da Criminologia

Positivista, com a ideia de periculosidade e do Direito Penal como instrumento de defesa da sociedade, os referenciais de sua legitimação ideológico-discursiva para a dura repressão penal aos comunistas (e aos anarquistas) no Brasil, concretizada na aprovação da legislação de segurança nacional em 1935. Tais fundamentos intelectuais serão resumidos a seguir.

2.1. O pensamento político-jurídico autoritário de Carl Schmitt

Chave de leitura do pensamento de Carl Schmitt é a definição de Política. No livro *O conceito do político*, ele procura lidar com a essência, com a lógica, do político, a qual está fundada na *relação* – ôntica – entre amigo e inimigo. E a relação de inimizade política possui sinteticamente as seguintes características: (1) ela não é uma relação entre indivíduos, como espelha o individualismo metodológico do Liberalismo. O inimigo tem que ter uma *potencialidade concreta* de produzir consequências sociais; a relação de inimizade é entre grupos, e tem que ser um *grupo socialmente relevante*; (2) ela se caracteriza a partir do momento em que o diálogo – negociação mediada pela palavra – se interrompe entre esses grupos; (3) o inimigo representa uma ameaça à identidade existencial (o modo de ser, os valores, as crenças fundantes, as instituições, as normas) de um povo, tornando a coexistência impossível; e (4) *a guerra*, ou seja, a eliminação física, *surge como possibilidade*.

Importa ressaltar que a identificação da inimizade política é, porém, uma construção intelectual. Como enfatiza Bernardo Ferreira (2004, p. 47-50): a identificação do inimigo não é natural, não se dá em face de um adversário ocasional, não é oriunda do mero contexto político, já que o inimigo não é apenas um elemento da realidade empírica, mas antes de tudo uma elaboração do pensamento, é *uma construção intelectual*. Nesse sentido, o Comunismo será percebido como o grande inimigo da Nação brasileira: como num "jogo de espelhos", a Nação brasileira é simbolicamente apresentada como a imagem invertida especialmente do estrangeirismo comunista. A definição legal de Nação brasileira presente nos artigos que compõem os capítulos da LSN, de abril de 1935, corrobora o que foi dito[5]. Tendo por base as instituições protegidas na

5. Esta lei (n. 38, de 4 de abril de 1935) pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0038.htm]. Cabe ressaltar que a legislação de segurança nacional possuiu, durante os anos de 1935 a 1945, três redações distintas, em graus crescentes de aprofundamento da lógica político-jurídica autoritária: Lei 38, de 4 de abril de 1935 (redigida pelo Ministro da Justiça da época: Vicente Ráo); Lei 136, de 14 de dezembro de 1935 (enquanto uma resposta política ao movimento revolucionário, denominado "Intentona

repressão aos crimes contra a ordem política e social: Estado e suas instituições (Forças Armadas, burocracia, Igreja), família, trabalho, propriedade privada, é possível perceber que o Comunismo, com suas ideias políticas revolucionárias, que pretendem subverter essas instituições, será representado como o inimigo da mais alta periculosidade para o Brasil. Nesse momento, será aberto um parêntese na argumentação para evidenciar que a circunscrição do inimigo político do povo brasileiro não é natural.

2.1.1. A construção do perigoso inimigo comunista, nos anos 1930, no Brasil

O período entre 1920 e 1935 é um dos mais representativos em transformações da História Republicana brasileira e é igualmente marcado por um cenário de crises: econômica (os impactos socioeconômicos da Primeira Guerra Mundial e da Quebra da Bolsa de Valores de Nova York tornaram insustentável a manutenção do sistema agrário-exportador da República Velha); social (o incremento dos processos de urbanização e de industrialização, acarretando a formação de um proletariado urbano que começava a se organizar politicamente para reivindicar mudanças, colocou a "questão social" como temática da ordem do dia); e política (ambiente de intranquilidade política e de apreensão gerado pelo problema da sucessão presidencial a Washington Luís, pelo comício programado pela Aliança Nacional Libertadora em julho de 1935 para leitura do manifesto revolucionário de Luís Carlos Prestes à Nação e, em especial, pela tentativa real de revolução, por meio de movimentos insurrecionais ocorridos em Natal, Recife e Rio de Janeiro em novembro de 1935, conhecidos pejorativamente pela denominação de Intentona Comunista).

Nesse período de crises surgiram propostas delineadoras de novos projetos políticos para o Brasil. Cabe chamar a atenção para a importância da dimensão do imaginário ideológico na constituição desses projetos de sociedade[6].

Comunista") e Decreto-lei 431, de 18 de maio de 1938 (elaborado pelo então Ministro da Justiça: Francisco Campos).

6. O campo ideológico não pode ser subestimado na reprodução de relações sociais dominantes: um conjunto de ideias (palavras, símbolos, imagens, mitos) mobiliza significado em função do poder: é parte constitutiva e ativa da estrutura de dominação; dota de sentido e recorre a uma série de procedimentos que concorrem para sua legitimação. Nesse sentido, a dimensão ideológica compõe o espectro das lutas sociais; esse conjunto de ideias é organizado em função e a serviço do poder instituído ou de um projeto de poder. As ideologias se desenvolvem com o exercício desse poder, mas se formam na luta por esse poder (ganhando relevo a luta pelo poder do Estado). A

O debate ideológico compõe de forma especial o espectro político e é o lugar privilegiado dos conflitos sociais; isso porque grupos sociais rivais orientam ações, discursos e projetam imagens sobre si mesmos e sobre o seu rival/inimigo (como também sobre o seu aliado) a partir da construção de representações simbólicas sem as quais não seria possível relação social ou instituição política[7]. E essas representações simbólicas atestam a adesão a valores e a um sistema de regras que estrutura forças afetivas que atuam na vida social por intermédio de pares de oposição.

Aplicados ao terreno político, conforme salienta Agnes Heller (apud DUTRA, 1997, p. 36), esses pares antitéticos, enquanto "categorias de valor" que servem de referência para que as pessoas possam se posicionar no seu entorno, referem-se a uma série de significações, passíveis de manipulação do imaginário e de interferirem no exercício do poder político. Assim, o embate ideológico central captado no discurso entre comunistas e anticomunistas dar-se-á em torno da ideia de revolução (as outras três ideias-chave polarizadoras do antagonismo presente nas representações simbólicas dos campos políticos do Comunismo e do Anticomunismo, quais sejam: pátria, trabalho e moral, dados os limites da escrita deste artigo, não poderão ser abordadas).

A revolução representa para o campo político da esquerda uma fonte privilegiada de mudança social, já para a direita uma prática política extremista, que traz consigo o signo do medo da ruptura político-social abrupta. No Brasil, o Comunismo foi interpretado como a representação política de toda a conotação negativa trazida pelo impacto e pela agressividade trazidos pela revolução, tendo como reverso, como inimigo, o anticomunismo: englobando setores sociais – tidos como conservadores – que abarcavam desde liberais, católicos, integralistas, parlamentares, militares. Cumpre nesse momento evidenciar a constelação de imagens que se pretendeu impor no seio da sociedade brasileira sobre a doutrina comunista, nos anos 1930. A tese de doutorado de Eliana Dutra, *O ardil totalitário*, sintetiza as representações negativas, desmoralizadoras,

força da ideologia, conforme ressalta Marilena Chaui, está no desejo de identidade. O imaginário ideológico (CHAUI, 1978, p. 122) "responde a duas necessidades. De um lado fornece aos membros de uma sociedade dividida e separada do poder a imagem da indivisão política; por outro, elabora para a classe que detém o poder uma imagem de si e do social que faça do poder um representante homogêneo e eficaz da sociedade como um todo. Assim a operação ideológica passa por dois ocultamentos: oculta a divisão social e oculta o exercício do poder por uma classe ou uma de suas frações sobre as outras".

7. Cornelius Castoriadis, em seu livro *A instituição imaginária da sociedade*, reflete de forma magistral sobre a relação entre o imaginário social e o âmbito do simbólico.

satanizadoras sobre os comunistas (por isso será aproveitada aqui, dado os limites deste artigo), produzidas por várias instâncias sociais (Teoria Política, Sociologia, Teologia Católica, Imprensa, juristas...) e que serão, posteriormente, articuladas na forma jurídica (redação da LSN/35).

A construção do imaginário anticomunista trabalhará inicialmente com a simbologia entre o bem e o mal para definir o outro, o hostil, o inimigo comunista, a qual se articulará posteriormente com outras oposições, garantindo uma gama de significações negativas sobre as lutas políticas da classe trabalhadora.

a) Comunismo como encarnação do mal

Um trecho do discurso de Tristão de Athayde numa conferência intitulada "Educação e Comunismo", organizada como parte de um ciclo de debates sobre os problemas nacionais, e inserta dentro da estratégia de combate ao Comunismo, é paradigmático para revelar os argumentos que o elevaram à condição de inimigo da Nação brasileira bem como as imagens construídas e associadas a tal ideia (apud DUTRA, 1997, p. 38, grifo do original):

> Dizia Bonald que, durante as revoluções, o difícil não era tanto cumprir o dever como saber onde ele está. Também nos momentos históricos de transição como o nosso, não é tão difícil talvez combater os inimigos como desvendá-los. De modo que não só para as pessoas mas ainda para os Estados o fato de *fixar* um inimigo é tão importante como para os doentes o diagnóstico de um mal obscuro. Tanto mais quanto nas épocas que perderam a uniformidade de princípios, como a nossa, e estão sujeitas à lei de heteronomia, é considerável a confusão e mais considerável ainda o número das provocações de confusão por interesses.
>
> Foi, portanto, para o Brasil a última e fugaz revolução de novembro [Intentona Comunista] um desses acontecimentos providenciais que permitiram convencer muitos céticos da iminência de um perigo social que havia adotado, com êxito, a tática da confusão para despistar os incautos. E com isso pode ser fixado, com segurança, ao menos um dos inimigos em ação: o comunismo.

Importa chamar a atenção para a importância na seara política da fixação da figura do inimigo, a que a tentativa de revolução em novembro de 1935 (Intentona Comunista) conferiu materialidade: faz convergir para a figura do inimigo a possibilidade de sanar a dispersão de princípios e as controvérsias sobre a efetiva ameaça de um perigo social; ao percebê-lo enquanto um mal, pode-se canalizar as energias da Nação e instituir um domínio no plano social reagrupando setores sociais e ressignificando aspirações, princípios, valores.

b) Associação do inimigo comunista não só com a projeção do mal mas também com a de perigo social

O argumento utilizado para sustentar a imagem de que o inimigo comunista é perigoso é o fato de que ele professa ideias estrangeiras, o credo russo; é, portanto, o invasor que vem de fora, o estranho, que pilha e tudo destrói. Saques, pilhagens, vandalismo, rapinagem são representações do imaginário de guerra, linguagem muito apropriada para denotar o embate com esse inimigo externo.

Nesse sentido, aqueles que querem implantar no Brasil o credo russo, essa ideologia estrangeira corruptora de nossa integridade social, por estarem ao lado do inimigo, só podem ser vistos como traidores. Assim, outro aspecto relevante da identificação do inimigo político comunista é oferecer ao povo brasileiro a consciência da sua unidade e ao poder político, a legitimidade para combater o mal que ameaça a integridade do corpo social.

c) Referência ao mal/perigo comunista por intermédio de metáforas médicas e biológicas

Discursos políticos e posicionamentos na imprensa atestam a utilização por parte do imaginário anticomunista de metáforas médicas e biológicas para reproduzir de forma simples, direta e eficaz a imagem do perigo representado pelo Comunismo. Nessa linha de considerações é interessante mencionar um trecho do discurso de Vargas, que associa a imagem do Comunismo à de *doença* (DUTRA, 1997, p. 42):

> O fermento das doutrinas exóticas e subversivas facilmente se propaga, quando encontra meio adequado e propício. (...) Compreende-se, assim, que não basta punir os que pretenderem, usando de violência e traição, abater o regime. Torna-se indispensável, também, fazer obra preventiva e de saneamento, desintoxicando o ambiente, limpando a atmosfera moral e evitando, principalmente, que a mocidade, tão generosa nos seus impulsos e tão impressionável nas suas aptidões de percepção e inteligência, se contamine (...).

Editoriais do jornal *Folha de Minas*, em 1937, apresentam igualmente a associação entre o perigo comunista e a linguagem médico-biológica, defendendo, inclusive, a legitimidade de medidas de exceção para combater esse mal que ameaçava o País (DUTRA, 1997, p. 42):

> Todos sentem que a democracia precisa defender-se. Mas não se defende a democracia apenas de armas na mão e muito menos com belas tropas de retórica. Quando se impõe a repressão pela força e pelos recursos de exceção é que o mal já se alastrou demasiado, infeccionando o corpo político. Isso não invalida o recurso à violência, à repressão pela força. Mostra simplesmente que a terapêutica se há de seguir à intervenção cirúrgica.

> O povo poderá compreender toda a extensão do perigo que ameaça a Nação em suas bases (...). E porque o povo terá assim a compreensão nítida da gravidade do perigo, há de também compreender a justeza das medidas que seja necessário pôr em prática para conjurar esse perigo, para evitá-lo, para livrar a sociedade dessa contaminação (...). A sociedade já se acha contagiada pelo vírus comunista. [Este último parágrafo foi escrito por ocasião da divulgação do falso Plano Cohen.]

Pelo exposto, é possível perceber que a ideologia anticomunista se vale de estratégias retóricas que articulam o Comunismo às imagens médicas e biológicas representativas do mal/perigo, tais como a imagem do *vírus*, um *agressor externo* que *ardilosamente* quer se *infiltrar, contagiar* a alma daqueles que compõem as multidões, dada a inaptidão de suas percepção e inteligência: os jovens sonhadores e os operários revolucionários (além dos pobres e necessitados), e *ameaçar* a *integridade do organismo social*.

Cabe mencionar que o que confere sentido às analogias médicas e biológicas e ao Comunismo é a *concepção orgânica da sociedade*: a imagem que justapõe a imagem do organismo físico com a sociedade (organismo, corpo social). Tal como um corpo físico são, o corpo social "são", enquanto um "todo orgânico" é percebido como unitário e possuidor de uma vida política sem agitações extremistas; ao contrário, com uma dinâmica social harmoniosa. Daí a legitimação da profilaxia social, da repressão pela força para afastar a maléfica doença comunista capaz de desintegrar a unidade do todo social.

d) O imaginário religioso fortalecendo as representações do mal e do perigo comunista

As imagens do Comunismo associadas à peste e ao flagelo, além de referidas aos planos físico e biológico, serão articuladas também com o âmbito religioso, mais especificamente com o imaginário da tradição judaico-cristã.

O Papa Pio XI orientava os católicos para que vissem "(...) na diabólica ideologia comunista, o maior mal de todos os tempos, a peste mais danada que o poder infernal já inoculou no curso de todos os séculos" (DUTRA, 1997, p. 49). A adesão ao Comunismo será vista pela Igreja Católica no Brasil como transgressão, como *pecado*, como *diabólico*, ensejando a possibilidade de nos deparar com o medo, com o castigo, com a morte, com a peste, com o mal.

Ademais, o Comunismo liga-se às imagens religiosas que operam com os pares de opostos: luz e *sombra* e visível e *invisível*. A desordem trazida pelas agitações subversivas comunistas é negra, sombria; já a ordem, a passividade, é a luz que ilumina o país. E o inimigo é invisível, espreita na escuridão, não pode ser facilmente visto; o que o torna ainda mais ameaçador e perigoso. As estratégias

por ele utilizadas para se ocultar são a *mentira*, a *dissimulação*, o *uso da inocência e da ingenuidade alheios*. Mas é possível tornar o inimigo visível e, com isso, identificá-lo: quando ele é desmascarado, quando ele é preso pela Polícia.

A linha argumentativa esboçada até aqui pretendeu evidenciar como a simbologia do mal embasou as representações do imaginário anticomunista. Porém, cumpre não perder de vista, conforme aborda Eliana Dutra de forma muito pertinente, *que é devido ao medo da revolução que os comunistas são vistos como a representação do mal*.

É contra a revolução (e o que subjaz a ela: a doença, o maligno, a morte, o apocalipse, a escravidão) que o anticomunismo se insurge por meio de determinados conteúdos que, enquanto valores positivos, encarnam as forças do bem e podem servir de obstáculos para deter a ameaça das forças do mal, tais como: a integridade nacional, a pátria soberana, a civilização cristã, a família, a moral, a propriedade, a ordem; e, para tanto, tomando partido pelas forças do bem, se recorre à (DUTRA, 1997, p. 66): Deus, tradição, costume, sociedade, natureza. Pelo exposto, ao defender os conteúdos mencionados, percebe-se que o imaginário anticomunista é a expressão no Brasil da ideologia dos filósofos contrarrevolucionários católicos (De Maistre, Bonald e Donoso Cortés), restauracionistas, que oferecem o fundamento filosófico para a luta contra o espírito ativista da revolução.[8]

Um discurso proferido em 1937 pelo Governador de Minas Gerais Benedicto Valladares, numa solenidade organizada pelo Governo Mineiro para homenagear um capitão morto na Intentona Comunista, sintetiza os conteúdos anteriormente elencados que traduzem a cruzada maniqueísta entre comunistas e anticomunistas (DUTRA, 1997, p. 67):

> As revoluções para mudança de governos políticos constituem um mal algumas vezes necessário, quando inspiradas em nobres objetivos de servir à coletividade. Se as revoluções, porém, têm por fim destruir a organização social, a família, a religião, a propriedade, para satisfazer ambições que não

8. Carl Schmitt, igualmente influenciado pelos filósofos estatais católicos contrarrevolucionários do século XIX, desenvolve importante estudo sobre essa perspectiva em seus livros *Teologia politica* (interessando em especial para o tema em tela o capítulo 4) e *Interpretación europea de donoso cortés* (é particularmente importante o ensaio *Para la filosofia política de la contrarrevolución*. Neste texto, Schmitt (2006, p. 57, tradução livre) indica que: "é peculiar ao decisionismo do espírito donosiano admitir sempre o caso extremo, à espera do Juízo Final. Por isso despreza os liberais, e, ao contrário, respeita o socialismo ateu-anarquista como seu inimigo mortal, reconhecendo-lhe uma grandeza diabólica").

> podem vencer na luta de concurso de dotes morais e intelectuais elas se transformam num monstruoso atentado. Contra essas revoluções, temos o dever imperioso de sacrificar a nossa existência de povo digno. Qualquer fraqueza ou tolerância para com os autores morais ou materiais de tão hediondo crime não se justifica.

Nesse ponto é relevante mencionar que os desdobramentos explicativos desse discurso do Governador seguem exatamente as perspicazes ponderações vislumbradas por Eliana Dutra (1997, p. 67). Existe um esforço retórico para identificar o bem com o interesse da coletividade (da Nação), que diz respeito à propriedade, à família, à religião, tal como na ordem social vigente. Em prol desse interesse coletivo justifica-se até a revolução, vista como um mal necessário, mas anúncio de instauração de uma ordem política e social onde se encontram proteção e segurança dentro da legalidade; mas não qualquer revolução: aquela nos moldes da de um passado recente, a de outubro de 1930. Isso porque existe outro sentido para a revolução, o negativo; refere-se àquela almejada pelos comunistas, a ambiciosa, que pretende subverter o social por intermédio da modificação artificial e injusta da mobilidade tradicionalmente vinculada à inteligência e ao esforço. Trata-se de uma perspectiva egoísta e individualista cuja expressão mais evidente é a luta de classes.

As palavras de Eliana Dutra (1997, p. 68, grifos nossos) sintetizam precisamente a apropriação do sentido da ideia de revolução por parte dos anticomunistas, conferindo uma conotação altamente negativa a qualquer questionamento perante as precariedades de condições econômico-sociais e qualquer desejo de mudança social:

> A *revolução comunista* é *má porque* seu *ateísmo* instaura um império sem Deus e, sendo *materialista*, retira do homem sua condição humana – portanto, é contra a natureza; escraviza o homem, portanto *tira-lhe a liberdade*; *destrói o patrimônio*, assim anula o que foi construído no tempo; *opõe os homens uns aos outros*, tornando-os hostis, egoístas, inúteis, incapazes para a vida em comum. O egoísmo, expresso na luta de classes, deve anular-se quando todos se irmanarem na Nação. Assim, os valores do bem aparecem associados aos valores do cristianismo, ao amor ao próximo, à tradição, à ordem, à moral, à propriedade, à defesa da Nação.

Continuando a linha argumentativa oriunda da matriz política schmittiana, importa enfatizar que a tarefa precípua da Política para o jurista e politólogo alemão é garantir a unidade do corpo político de um povo, neutralizando todo grupo que se coloca com suas ideias e ações como contrário à identidade

existencial do povo, aos seus valores, às suas normas, às suas instituições, às suas crenças fundantes, à sua cultura identitária.

E surgem dessa constatação consequências decisionistas: quando se atinge o ponto do político não há que se dialogar com o inimigo; o soberano deve tomar uma decisão a respeito do outro e adotar a lógica política e jurídica da exceção, para evitar a situação política irresponsável presente na forma de pensar *idealista* liberal e nas instituições daí derivadas. Ao elevar o indivíduo a princípio supremo da ordem jurídico-política, concedendo-lhe "proteções desmesuradas", o Liberalismo político-jurídico cria as condições propícias para que grupos políticos extremados (inimigos políticos da Nação) utilizem esses mesmos direitos e liberdades individuais e políticas, constitucionalmente assegurados, como instrumentos táticos para a difusão social de ideias revolucionárias cuja finalidade é promover atividades políticas dirigidas à destruição da ordem vigente, garantida pelo Estado, representante político da Nação. Nesse sentido, a marca autoritária da exceção, que defende discursivamente o reforço da autoridade estatal, personificada no Chefe do Executivo Federal, o Presidente da República, para lidar adequada e *realisticamente* com a situação-limite, extraordinária, excepcional, não subsumida na programação normativa, que acarreta crise extrema colocando em perigo a manutenção da unidade política, pode ser sintetizada na proibição do dissenso político e na defesa da relativização ou supressão de direitos, garantias e liberdades individuais e políticas (o que assume maiores implicações quando referido ao âmbito penal) em prol dos interesses e da manutenção da existência do Estado forte.

Esses casos-limite, irregulares, excepcionais, incalculáveis, que geram tensões intensas, exigem o reconhecimento da necessidade de intervenções políticas igualmente extraordinárias, a justificação de suspensão de garantias constitucionais, de rupturas, inclusive a Ditadura (enquanto instrumento para restaurar a ordem), e da adoção de medidas, enquanto reações do Estado, únicas, determinadas pela situação de necessidade e superadoras das normas.

Os mecanismos repressivos penais de criminalização do crime político (LSN, TSN, DEOPS, todos amparados pela CF/37) são orientados por uma racionalidade política autoritária, apropriada para justificar oficialmente a criminalização da difusão de ideias e atividades políticas "subversivas" e, com isso, proteger a Nação brasileira em face de seus inimigos. O jurista mineiro Francisco Campos é um dos intelectuais brasileiros que representaram de forma emblemática, também devido à sua posição institucional[9], a defesa dessa

9. O mineiro Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968) foi um dos juristas e homens de Estado mais influentes na configuração institucional do Estado brasileiro

perspectiva político-jurídica schmittiana. Ademais, é possível encontrar no pensamento campiano elementos que esboçam uma "teoria jurídica do crime político", calcada na lógica autoritária de anulação da oposição política e de relativização ou supressão de direitos e garantias individuais em prol da defesa do Estado, tais como: a diminuição da malha da ordem legal; a defesa de que os direitos individuais sejam protegidos de forma condicional; a pertinência da legislação penal de exceção; a chancela constitucional desse arcabouço institucional diante da inimizade política.

O trecho a seguir atesta a percepção campiana de se adotar um realismo político schmittiano (apud MEDEIROS, 1978, p. 13):

> Nestes períodos críticos de dissolução de um estado social e de liquidação de tradições é que é preciso conter os espíritos, refrear os impulsos, apertando as malhas desta armadura elástica, que é a ordem legal, de maneira a tornar mais rigorosa e estrita a disciplina quanto mais ativos os fermentos que trabalham pela decomposição.

O constitucionalista brasileiro acrescenta que: as decisões políticas fundamentais são subtraídas ao princípio da livre discussão. Isso porque o novo dogma do sistema constitucional passa a ser o de que acima da Constituição escrita há a não escrita, cuja regra fundamental é (CAMPOS, 1940, p. 21): os direitos fundamentais são concedidos com reserva, quais sejam: não atentar contra os dogmas básicos ou as decisões constitucionais nucleares ao regime, isto é, não praticar o crime político.

Nessas hipóteses extraordinárias, que fogem à normalidade institucional, deve-se invocar a exceção: especificamente no caso brasileiro, para este grupo, os comunistas/anarquistas, haverá restrição ou supressão dos direitos de liberdade individual e política (perda de mandato de parlamentares; partidos e sindicatos colocados na ilegalidade; perda de cargo público, confisco e/ou queima de material propagandístico; fechamento de associações e de editoras de livros tidas como difusoras do comunismo etc.); suas ideias políticas – porque inimigas – não serão permitidas de circularem socialmente, em defesa da

---

no século XX. Foi nomeado secretário de Educação do Distrito Federal (1935) e tornou-se um dos pilares da instalação da Ditadura do Estado Novo (1937), sendo nomeado Ministro da Justiça por Vargas (1937-1941), com a missão específica de elaborar a nova Constituição, fundada em suas convicções antiliberais, além de ficar responsável por uma verdadeira "revolução legislativa", a fim de adequar o regime aos novos fundamentos políticos e jurídicos de exceção. Rogério Dultra dos Santos, em sua tese de Doutorado, demonstra a recepção privilegiada de Carl Schmitt, no Brasil, por Francisco Campos.

manutenção da integridade da Nação brasileira, pois deve prevalecer os interesses do Estado, representante político da Nação, em detrimento dos direitos e das garantias individuais. Invocar politicamente a exceção para o inimigo é exercer a característica masculina e pessoal da decisão, no caso das situações sociais de grave crise.

O preâmbulo da CF/37, redigido pelo constitucionalista mineiro, enuncia expressamente a "guerra" institucional ao Comunismo (grifos nossos):

> Atendendo às legitimas aspirações do povo brasileiro à *paz política e social*, *profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem,* resultantes da *crescente agravação dos dissídios partidários*, que, uma, notória propaganda demagógica *procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes*, pelo seu desenvolvimento natural, *resolver-se em termos de violência*, colocando a Nação sob a funesta *iminência da guerra civil*;
>
> Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela *infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;*
>
> Atendendo a que, sob *as instituições anteriores* [Liberalismo], não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;
>
> Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos *perigos que ameaçam a nossa unidade* e da *rapidez* com que se vem processando a *decomposição das nossas instituições civis e políticas*;
>
> Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País.

O espírito do regime autoritário brasileiro de operar com uma lei produzida de acordo com as necessidades políticas e com a vontade pessoal do líder, Presidente da República Getúlio Vargas (por via administrativa, os Decretos-lei), justifica a relativização ou mesmo supressão das liberdades e dos direitos dos indivíduos em detrimento da supremacia dos direitos e interesse do Estado, a fim de garantir a segurança da Nação em face dos inimigos políticos. O centro de gravidade da Política deve migrar na matriz schmittiana-campiana, em consonância com a crítica dos autores ao Liberalismo parlamentar, do Parlamento para o Executivo Federal; e a defesa dessa ideia é exemplificada pelo jurista brasileiro quando faz referência ao aparato repressivo penal do regime.

O Projeto do Código de Processo Penal é visto como um imperativo das novas diretrizes autoritárias da Constituição Federal de 1937: conferir "maior facilidade e energia da ação repressiva do Estado", a fim de desestimular a criminalidade. Em palavras mais precisas (CAMPOS, 1940, p. 128-130):

> (...) urgia abolir semelhante critério [extenso catálogo de garantias e "favores" individuais] de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se podia continuar a transigir com direitos individuaes em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostra rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar outras franquias ou imunidades além daquelas que o garantem contra o exercício do poder publico, fora da medida reclamada pelo interesse social. (...) por um lado, os dispositivos do projecto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado, na sua função repressiva. (...) O projecto abandonou radicalmente o systema chamado da "certeza legal", substituindo-o pelo da "certeza moral" do juiz, e atribue a este a faculdade de iniciativa de provas, quer no curso da instrução criminal, quer, afinal, antes de proferir a sentença. Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o principio de que o acusado não pode ser coagido a responder ao que se lhe pergunta, já não será esse termo do processo (...), mas, sim, uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e, si é certo que o silencio do acusado não importa confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, para formar a convicção do juiz. (...) Considera-se, além disso, equivalente ao estado de flagrância o caso em que o indivíduo, logo em seguida à perpetração do crime, é encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser elle autor ou cumplice da infracção penal. O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos.

No que tange ao anteprojeto de Código Penal, que se encontrava em última revisão, Francisco Campos atesta a atualidade e a pertinência do diploma legal. Pertinência porque a legislação está "à altura do grau de civilização e do regime político" do País; e atualidade, porque está perpassada pelo princípio cardeal do moderno Direito Penal, de influência da Criminologia Positiva, qual seja, o da "defesa social" (CAMPOS, 1940, p. 131-132):

> É necessário defender a comunhão social contra todos aquelles que se mostram perigosos à sua segurança. O critério de imputabilidade deixa, assim, de ser dominante. Isto é, não se indaga apenas, para o efeito da reacção penal, si o individuo é ou não moralmente responsável por seus actos. O grau dessa responsabilidade servirá para diversificar a espécie de sancção

> [penal] aplicável: a pena, ou a medida de segurança [ou a pena de morte, no caso dos mais nocivos crimes contra a segurança da sociedade, como são os crimes políticos].

Por fim, cabe evidenciar as observações de Francisco Campos (1940, p. 126) sobre as leis de segurança (a LSN e a lei que instituiu o TSN): elas constituem um sistema cuja "precisão e justeza" têm apresentado "excelentes resultados":

> Podemos dizer que o problema da ordem deixou, graças a um modellar aparelho repressivo (...) de ser o phantasma que tolhia quaisquer iniciativas proveitosas para o paiz. Os crimes contra o Estado são punidos com rapidez, serenidade e isenção de animo.

Por tudo o que foi exposto, fica evidenciada a *ratio político-autoritária* informadora e justificadora da punição do crime político, enquanto crime contra a segurança da Nação, na legislação da mais alta gravidade, como é a Lei de Segurança Nacional.

Após essa sucinta exposição da lógica político-jurídica autoritária, fundante da existência de um "Direito Penal do Inimigo", cabe mencionar o discurso criminológico que igualmente sustentou este último.

2.2. A criminologia positivista

A Criminologia Positiva, por sua vez, oferece a outra contribuição teórica para sustentar o cerne da defesa de um "Direito Penal do Inimigo". Defende a perspectiva de que certos indivíduos/grupos devem ser punidos não devido ao desvalor do resultado de suas ações, mas pelo desvalor de sua intrínseca periculosidade. Tal visão criminológica surge no contexto histórico de prestígio das ciências naturais no século XIX, as quais serviram de modelo para o ambicioso projeto de unificação metodológica das ciências. O método das ciências naturais para orientar o intelecto, a fim de alcançar de forma segura a verdade, envolve experimentação, quantificação, enquadramento lógico-matemático (medição), neutralidade, descoberta de regularidades a partir de leis causais.

Nesse sentido, no âmbito social, a Filosofia e a Sociologia Positivistas buscaram responder a uma necessidade prática: conhecer as leis sociais para cientificamente orientar a intervenção de um poder estatal forte a fim de gerar uma "ordem social com progresso", diante da instabilidade inerente às sociedades modernas urbanas, industrializadas, e com conflitos de massa. Especificamente, o fenômeno do crime é visto como fato natural e/ou social causalmente determinado, e a tarefa da Ciência Criminológica Positiva (aludindo sobremaneira às contribuições da "Escola Positiva" na Itália: Cesare Lombroso, Enrico Ferri,

Raffaele Garofalo) é descobrir as causas biológicas, psicológicas, sociais capazes de explicar por que certos indivíduos – tidos como diferentes – cometem crimes. A Criminologia Positiva trata-se, portanto, de uma ciência causal-explicativa que enfatiza o autor do delito, para entender o fenômeno da criminalidade.

Cesare Lombroso, em sua obra clássica *O homem delinquente*, sustentou a ideia de que as causas do crime podem ser identificadas no próprio criminoso: utilizando dos métodos das ciências naturais (observação, verificação empírica, indução), comparou grupos criminosos com grupos não criminosos e concluiu que foi possível identificar, nos primeiros, certas constantes biológicas, anatômicas, fisiológicas (orelhas grandes, pouca capacidade craniana, desenvolvimento maxilar exagerado...). Para Lombroso, tais características revelariam que tais indivíduos não se desenvolveram plenamente enquanto seres humanos; daí a identidade entre criminoso e selvagem.

Enrico Ferri, por sua vez, enfatiza que o crime resulta de causas individuais (orgânicas e psíquicas) e do ambiente social (fatores criminogênicos, tais como: bebida, jogo, pobreza, prostituição, vadiagem...).

Pelo exposto, conclui-se que a perspectiva teórica em tela nega o conceito abstrato de indivíduo e consequentemente que o crime seja decorrência do livre-arbítrio humano (tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade); ao contrário, é o resultado previsível determinado por múltiplos fatores (biológicos, psicológicos, sociais) que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como "socialmente perigosa", antissocial, anormal. E a sociedade é percebida como um organismo vivo que, como tal, reage causalmente contra ataques (crimes) que ameacem sua existência. Daí a pena ser vista como um meio de defesa social (sendo possível evitar que o crime aconteça; por isso, a ênfase deve recair na prevenção como finalidade da pena) e a responsabilidade penal ser baseada na responsabilidade com o bem-estar da sociedade em face da periculosidade do delinquente.

Rafaelle Garófalo oferece importante contribuição teórica a essa ideia. Perigosos são aqueles delinquentes que possuem uma natureza criminosa, pois possuem uma condição orgânica degenerada, que os priva de sentimentos morais. Consequentemente, por não possuírem sentimentos altruístas introjetados (como: piedade, empatia, justiça, culpa...), são capazes de realizar os atos mais brutais em face de seus semelhantes. Cria-se, portanto, a necessidade da individualização da pena de acordo com o histórico e o grau de periculosidade do criminoso que, em última instância, deve ser neutralizado, em face do permanente perigo, da persistente ameaça à vida social.

Essa foi a linha de considerações para defender-se no Brasil – na legislação de segurança nacional [no art. 2º da versão atualizada da legislação em 1938,

cujo redator foi Francisco Campos] – pena de morte para o criminoso político (especificamente para os "cabeças" de movimentos insurrecionais), devido à sua máxima periculosidade, já que pretende destruir com a violência revolucionária todas as instituições e os valores que compõem, em última instância, a civilização ocidental como um todo (Estado, Exército, Igreja Católica, propriedade privada, trabalho assalariado e família patriarcal burguesa). Lembrando que, nessa ótica, qualquer violência é antissocial por natureza (que dirá a violência revolucionária). Após as considerações até aqui expostas, importa neste momento refletir sobre a adesão por parte do exercício do poder punitivo, no contexto brasileiro da época em tela, das teses de um tratamento penal discriminatório para inimigos e para cidadãos. Almeja-se perceber que as ideias (e as representações simbólicas) presentes nos discursos político-jurídico e criminológico, embasadoras de um Direito Penal do Inimigo, reverberaram – dada a difusão social delas – nos debates parlamentares para aprovação da legislação de exceção, protetora da segurança nacional, em sua primeira versão, a de 1935.

3. A identidade entre a lógica político-jurídica autoritária do "direito penal do inimigo" e os argumentos mobilizados nos debates parlamentares para aprovação da LSN, de 1935

Tendo por base a linha de raciocínio até aqui esboçada, pretende-se neste ponto avaliar em que medida a proposta do "Direito Penal do Inimigo" encontra ressonância nas instituições e no discurso de justificação do poder oficial do campo penal.

No cenário brasileiro importa, nos limites deste artigo, ressaltar a disseminação desse paradigma dos dois tipos ideais de Direitos Penais – um para os cidadãos e outro para os não cidadãos – no regime varguista (período entre 1935-1945), perante a criação de inimigos internos, nomeadamente a figura do comunista, encarnação do mal, da destruição, da doença, do demônio, do pecado. Parte-se aqui da hipótese de que o paradigma penal brasileiro já caminhou no sentido de gradativamente afirmar um modelo de exceção no interior do Estado de Direito na década de 30 do século passado, operando a distinção entre "Direito Penal do Cidadão" e "Direito Penal do Inimigo" (embora, é claro, os fundamentos teóricos não sejam os mesmos do funcionalismo sistêmico, de Jakobs)[10]. O que se pretende enfatizar é a existência discriminatória, um

10. Em direção um pouco distinta, ou seja, sustentando que no Estado de Direito brasileiro a noção de inimigo sempre representou a lógica oficial de funcionamento do sistema penal, na esteira de um estado de exceção permanente, tornando praticamente

regime penal diferenciado (legislação penal, procedimentos judiciais, Tribunal de Exceção) para indivíduos considerados de alta periculosidade e, portanto, inimigos da Pátria, no Estado Nacional.

Uma vez apresentado o imaginário político anticomunista, importa ressaltar que ele preparou um ambiente fértil para a *aprovação de legislação responsável pela criação de um regime penal de exceção no Brasil*: Lei de Segurança Nacional e Tribunal de Segurança Nacional.

A fim de demonstrar a existência bem como de refletir sobre o arcabouço institucional autoritário (na seara especificamente penal), apropriado para reger um Estado de igual perfil, como foi o Estado Nacional da primeira Era Vargas, elegeu-se o primeiro discurso do livro *A Lei de Segurança*. A partir da circunscrição dos argumentos esboçados pelos parlamentares para aprovação da Lei de Segurança Nacional, legislação que pretendia estar à altura para lidar com os inimigos da mais alta periculosidade já que violadores da ordem política e social, bem como dos argumentos defendidos para a criação do Tribunal de Segurança Nacional – instância judiciária especial para aplicar essa legislação penal especial –, pretende-se evidenciar a adoção, no Brasil, de um regime penal legitimado pela excepcionalidade das circunstâncias políticas da época e pelo imaginário político anticomunista apresentado *supra* para debilitar para certas classes de indivíduos, considerados inimigos, os benefícios das garantias clássicas do Direito Penal da Culpabilidade. Os trabalhos reunidos no volume *A Lei de Segurança* trazem a discussão oral da aprovação do Projeto 128 em substituição do Projeto original 78[11], que reformulou a Lei de Segurança Nacional sob o argumento

inexistente a separação entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, *vide* o artigo: CARVALHO, Thiago Fabres de. O "direito penal do inimigo" e o "direito penal do *homo sacer* da baixada": exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 25, 2007. Nota 10.

11. Essa discussão oral é composta por dois discursos pronunciados pelo Deputado Covello, na Câmara dos Deputados Federais, em defesa da supressão de vários artigos legais do projeto de lei em tela, respectivamente pronunciados nos dias 26 e 27 de fevereiro de 1935. Além da discussão parlamentar, o livro traz também o Voto em separado do Deputado Antonio Covello sobre o Projeto de Lei 78, divergindo do parecer do relator Deputado Henrique Bayma, além das Emendas apresentadas ao Projeto 78 e que acompanharam o Voto em separado; o Texto primitivo da Lei de Segurança – Projeto 78, de 1935 –; o Substitutivo apresentado pelo Deputado Sr. Henrique Bayma – Projeto 128, de 1935 –; os Discursos pronunciados, respectivamente, pelos Deputados Sampaio Corrêa e Adolpho Bergamini, na sessão da Câmara dos Deputados Federais, de 15 de março de 1935, e um Apêndice contendo o texto definitivo da Lei de Segurança e algumas apreciações feitas pela Imprensa.

da necessidade de o Governo da República se armar de meios para a defesa da ordem social e política. Antonio Covello, representante na Assembleia Legislativa da oposição parlamentar (minoria), membro da Comissão de Constituição e Justiça, traduz de forma significativa com o seu discurso no plenário a posição contrária à aprovação dessa "página sombria e pesada de nossa legislação penal", pois vista como uma legislação penal de exceção. Denota, como se poderá vislumbrar em sua argumentação, a proposta de continuidade de um modelo de Estado Liberal com instituições com ele condizentes.

O discurso pronunciado pelo Deputado Covello – na sessão da Câmara dos Deputados Federais de 26 de fevereiro de 1935 – evidencia basicamente a dupla preocupação de, enquanto oposição, não assumir uma postura abstencionista esterilizadora naquela hora de necessidade geral em que vários acontecimentos importantes estavam ocorrendo na cena política nacional, ou seja, a minoria oferecia uma contribuição propositiva (a partir de emendas ao projeto) para "arrancar do projeto que elaborava uma lei de defesa da ordem política e da ordem social todos os elementos capazes de convertê-lo em arma de compressão política", "negando os princípios fundamentais da democracia e com estes a destruição dos princípios substanciais e eternos da liberdade"[12] (COVELLO, 1935, p. 4).

Em outras palavras (COVELLO, 1935, p. 9), as emendas positivas trazidas ao debate parlamentar a fim de serem incorporadas ao Projeto 128 retratam essencialmente o intuito da minoria de:

> (...) em primeiro lugar, delimitar a materia de que trata o projecto n. 128, estabelecendo rigorosamente o seu campo de acção repressiva, circumscrevendo o assumpto e precisando a finalidade e o objetivo da futura lei[13]; em

12. Esse discurso do Deputado Covello traz seu pronunciamento e os vários apartes a favor e contra a aprovação do projeto da Lei de Segurança Nacional traduzindo um debate mais amplo entre liberais e antiliberais no que tange a projetos de organização política para um Brasil em crises – política, econômica, social – que pretendia ao mesmo tempo superá-las e modernizar-se. As transcrições desse discurso serão feitas em sua literalidade, respeitando a grafia da época. Deve-se observar que essa fala inicial do autor pretende refutar o argumento antiliberal de que os liberais – indicado nesse trecho pela preocupação de que o exercício do poder político se torne uma ameaça ao indivíduo ("arma de compressão política") e pela defesa da democracia e dos princípios da liberdade – não conseguem decidir, são inaptos para apresentar alguma orientação política propositiva em épocas de crise: negou-se uma postura abstencionista estéril naquele momento político e, com isso, refutou-se o "ataque pessoal" implícito aos liberais.

13. O Deputado Covello assevera que o projeto almeja – e ele acredita que inspirado em boa intenção – promover uma eficiente repressão penal, desdobrando os tipos de

> segundo lugar, extirpar do projecto todos os elementos perigosos, incertos e dúbios, á sombra dos quaes possam ser commettidos attentados contra as liberdades publicas, contra os partidos politicos, contra as oposições locaes, contra todos quantos, por divergirem da orientação politica governamental, se transformem em alvo dos odios das autoridades ou dos poderes públicos.

Antes de adentrar nas emendas propriamente ditas, o Deputado Covello (1935, p. 10) questiona a pertinência do Projeto 128, de criação de uma lei penal naquele momento de transição da vida política nacional sob o pretexto de defesa da segurança nacional, ou da ordem política e da ordem social.

> A situação particularissima do paiz (...) os fatos que têm sido denunciados pela imprensa e apontados como expressão de atividade criminal por parte de certos detentores do poder (...) alarmaram (...) uma população tranquila e ordeira, como a do Brasil, despertando uma desconfiança justificada contra a tentativa [perigosa e inquietante] de implantação de medidas de repressão penal, no campo das actividades politicas e doutrinarias[14].

---

delitos políticos em nossa legislação. Mas não basta para tanto multiplicar os delitos, atribuindo gravosas sanções penais. "Desde que a nova lei, ao estabelecer o novo systema penal, não seja susceptível de real aplicação e não constitua um elemento util de defesa da collectidade; desde que seus dispositivos, pela ambiguidade de seus termos e pela imprecisão das suas formulas, se tornem na pratica absolutamente ineficientes, estará ella condemnada ao desuso, e será relegada irremediavelmente ao abandono. Cada absolvição proferida pelo Poder Judiciario importará em um golpe no prestigio da nova legislação, e a este corresponderá um desmentido da autoridade do poder publico que se fundar em semelhante lei, para combater os surtos das agitações que por acaso se manifestem no seio do paiz" (COVELLO, 1935, p. 28-29). "Agitações violentas, actos de força; actos de opressão", completa o Deputado Raul Fernandes. Aqui o Deputado Raul se valeu da falácia do apelo a preconceitos: ao pronunciar os termos carregados e emotivos – violentas, força, opressão –, pretendeu ligar valores morais negativos a qualquer atividade de contestação sociopolítica.

14. Aqui o Deputado Covello denuncia o uso por parte dos detentores do poder da falácia da explicação "distorcer os fatos". Isso porque existia, na época, situação particularíssima do País, uma série de contestações políticas (greves, distribuição de panfletos e edições de livros com doutrinas de esquerda procurando conscientizar a classe trabalhadora de sua situação de exploração, candidaturas políticas de partidos de esquerda, movimentos políticos contestatórios de vários setores sociais, desde intelectuais, tenentes a operários...), e a explicação para tanto – corroborada inclusive por setores da imprensa – era a de que tais fatos tratava-se de atividade criminosa, violadora da ordem política e social. Observa-se, porém, a apresentação parcial, tendenciosa, para a ocorrência de tais eventos: em vez de estes serem vistos como violação da ordem política e social, portanto crime, na verdade a intenção do governo era a de perseguir os opositores ao seu projeto de poder e tornar crime o dissenso político, materializado

Covello denuncia que essa lei, sob o pretexto de defesa da segurança nacional, traz consigo o fundado temor de que as "oposições politicas e adversários do Governo possam, em consequência dos preceitos da nova lei, ser perseguidos quando tentarem conquistar as posições publicas, sob a proteção e garantias que a nova legislação eleitoral lhes assegura" (COVELLO, 1935, p. 10).

O Deputado, líder da maioria, Raul Fernandes assinala, num aparte (apud COVELLO, 1935, p. 11), que este não era o intuito de quem formulou o projeto; o que é corroborado pelo Deputado Moraes de Andrade, que assevera que não é intenção do projeto "*impedir as atividades politicas dos partidos proletários*" (apud COVELLO, 1935, p. 14, grifos nossos). O Deputado Covello os refuta ressaltando que se pode, sim, depreender que o projeto da Lei de Segurança Nacional busca criminalizar o dissenso político, as atividades políticas que podem levar as oposições ao poder (ou os "partidos avançados"; leia-se quem professa ideias de esquerda, em especial, os comunistas) seriam objeto de repressão penal. E isso se dá porque (COVELLO, 1935, p. 11):

> (...) os dispositivos do projecto n. 128, pela sua elasticidade, pelo caracter vago de que se revestem, pela imprecisão da linguagem, pela indeterminação da matéria a que eles se destinam, abre a porta ás interpretações perigosas, temerárias e suspeitas mediante as quaes podem degenerar numa verdadeira negação dos direitos políticos.

Daí a preocupação em não vulnerar o princípio da estrita legalidade penal, da taxativadade; as emendas têm o propósito de precisar, enquanto garantias dos princípios anteriores, a ação-tipo objeto de repressão penal.

Interessante ressaltar na próxima fala do Deputado Covello (1935, p. 13) que o que está em jogo no debate parlamentar é, em última instância, a sua objeção contundente ao tratamento repressivo-penal para questões sociais cujas soluções deveriam ser políticas:

> (...) sustento que o problema da situação das classes proletárias e do encaminhamento proveitoso das atividades partidárias dos adeptos das doutrinas avançadas [leia-se: em especial, os comunistas] não se resolve,

---

em ações políticas (candidaturas políticas, atuação sindical, greves operárias, movimentos políticos de contestação...) ou em doutrinas políticas questionadoras do *status quo* (daí a criminalização da profusão de certas ideias políticas ameaçadoras do regime político estado-novista, notadamente o Comunismo. Relevante sobre esse tema é, por exemplo, o livro da historiadora Maria Luiza Tucci Carneiro: *Livros proibidos, ideias malditas*: o Deops e as minorias silenciadas).

> unilateralmente, por um projecto de lei penal, chame-se ella "de segurança nacional", "de defesa da ordem politica" ou "da ordem social", mas por um complexo de medidas defensivas de ordem econômica, medidas que o poder publico tarda a trazer para o terreno da realidade politica, na persuasão de que, com a força, conseguirá esmagar a irreprimível ancia de liberdade e de justiça que agita e sacode todas as classes sofredoras!

Cabe mencionar a fala do Deputado Henrique Bayma (apud COVELLO, 1935, p. 13), relator do Projeto Primitivo 78 da LSN, nesse ponto, pois reveladora do imaginário político anticomunista no Brasil dos anos 1930: para o Deputado o projeto de lei se justifica tendo em vista a necessidade de atualmente reprimir as "actividades extremistas [de quem professa ideias comunistas capazes de subverter a ordem política e social] (...) para que o Brasil possa continuar a viver como Nação".

Após essas considerações preliminares, o Deputado Covello (1935, p. 14) pretende sustentar a adesão às emendas (supressivas ou modificativas) ao Projeto Substitutivo 128 da Lei de Segurança Nacional, a fim de reconciliá-lo com o "sentimento liberal do paiz"; isto é, visa-se com as emendas circunscrever/precisar a matéria objeto do projeto em tela, com o intuito de "combater o emprego da violência como meio de acção politica, social ou partidária". A tentativa era a de que a legislação penal não perdesse as garantias liberais clássicas.

A primeira emenda supressiva refere-se ao *art. 4º do projeto*:

> (...) será punido com as mesmas penas dos artigos anteriores[1º, 2º, e 3º], menos a terça parte, em cada um dos graos, aquelle que, para a realização de quaesquer dos crimes definidos nos mesmos artigos, praticar qualquer destes actos: aliciar ou articular pessoas; organizar planos ou plantas de execução; aparelhar meios e recursos para esta; formar juntas ou comissões para direção, articulação ou realização daqueles planos; instalar ou fazer funccionar clandestinamente estações radiotransmissoras ou receptoras; dar ou transmitir, por qualquer meio, ordens ou instruções para execução do crime.

O problema aqui está na *equiparação de atos meramente preparatórios* (sob a roupagem de delitos autônomos) *ao delito consumado, sujeitando-os* à *mesma sanção penal*, o que é uma temeridade. Isso porque sustentar essa doutrina – como defendem os Deputados Moraes de Andrade e Cunha Mello[15] em seus apartes –

15. O Deputado indica – por meio de um argumento de exemplo – que essa tese não é tão nova nem esdrúxula (apud COVELLO, 1935, p. 19-20): já foi sustentada recentemente em 1920 no Parlamento Nacional pelo Senador Adolpho Gordo na ocasião da

de que os atos preparatórios são suscetíveis de sanção penal, levando em conta essa nova legislação penal, delicada e grave, traz lamentáveis consequências práticas, de concretização desses dispositivos. Em concreto, os atos preparatórios seriam punidos com a terça parte das penas dos artigos anteriores – 1º, 2º e 3º,[16] cujos crimes têm modalidades de delitos diferentes e, portanto, penas diferentes. Seria impossível a classificação exata do delito imputado ao agente (para os subsequentes efeitos da ação criminal, já que em face do ato preparatório se abrem três caminhos que nos levam a três conclusões diferentes), bem como a definição segura da responsabilidade penal do agente. Nessas condições (COVELLO, 1935, p. 16-24), *sem a prévia confissão do objetivo que o agente teve em mira* para resolver a questão da responsabilidade penal, só restaria a *predeterminação da intenção criminosa do sujeito ativo do delito* (é como se houvesse então autorização legal para "perseguição do pensamento") auferida sem uma base aceitável, isto é, de acordo com o *arbítrio da autoridade ou com o emprego de um método inquisitorial*.

O Deputado Henrique Bayma (apud COVELLO, 1935, p. 24) defende que o critério que refutaria as colocações do Deputado Covello residiria no fato de que "a repressão a esses actos [preparatórios a *delitos* que são *políticos*, *que atentam contra o Estado*] decorre do damno potencial, da potencialidade immediata"!

O Deputado Covello (1935, p. 24), por sua vez, é veemente ao refutar tal consideração da invocação do critério do dano potencial: para a integração de uma figura de delito formal, é condição indispensável a existência do dano, ainda que potencial, e esta expressão "dano potencial" possui um sentido rigorosamente técnico.

> Consiste na offensa, senão concreta, pelo menos virtual, a um direito estabelecido. Quando não se caracteriza esse direito, nem a possibilidade de sua

---

discussão da 1ª lei da repressão a crimes sociais, de repressão ao Anarquismo. E a tese do Senador Adolpho foi incorporada à legislação brasileira, já que o projeto de lei foi convertido em lei. Ademais, conforme menciona o Deputado Cunha Vanconcellos, as leis alemã, argentina e espanhola também admitem em suas legislações a punição de atos preparatórios.

16. Art. 1º Tentar, diretamente, e por factos, mudar, por meios violentos, a Constituição da Republica, no todo ou em parte, ou a forma de governo por ella estabelecida – pena: reclusão por 10 a 15 annos aos cabeças e por 5 a 10 annos aos co-réos.

    Art. 2º Oppor-se alguém, directamente e por factos, á reunião ou ao livre funcionamento de qualquer dos poderes políticos da União – pena: reclusão por 2 a 4 annos.

    Art. 3º Oppor-se alguém, por ameaça ou meios violentos, ao livre exercício de suas funções a qualquer agente de poder politico, da União ou dos Estados – pena: de 1 a 3 anos de prisão cellular (COVELLO, 1935, p. 18).

> lesão, mesmo ideologicamente; quando não se verifica a existencia de um nexo de relação juridicamente certa, entre o acto reputado criminoso e a consequencia damnosa em via de consummação, não há damno potencial e, consequentemente, não há declito formal ou autonomo.

Nesse sentido, para que os fatos mencionados no art. 4º do referido projeto de lei fossem transformados em delitos formais, seria premente retirar deles a qualidade de:

> (...) atos meramente preparatórios e, ao lado de cada um deles, mencionar, inequivocamente, a lesão jurídica ou o dano material ou moral de que, respectivamente, poderiam ser causadores, tornando indubitável a intenção do acusado [e não operando com intenção presumida], estabelecendo o dolo de sua vontade.

Por fim, o Deputado Covello (1935, p. 25), nesse ponto, refuta a objeção do perigo de impunidade de algumas manifestações de atividades[17] que, pelo caráter suspeito de que se revestem, enchem de inquietação o Governo constituído, uma vez que "pelos meios preventivos de vigilancia e fiscalização, póde a autoridade policial agir com segurança no momento em que dos actos preparatorios passem os suspeitos á prática de actos de execução".

O *art. 13 do projeto* também é objeto de emenda supressiva proposta pela minoria: "Publicar, diffundir ou espalhar noticias exaggeradas ou falsas, sabendo ou devendo saber que o são e que possam gerar na população desassossego ou temor" (COVELLO, 1935, p. 26).

Este artigo deveria ser suprimido porque, dada a incerteza dos termos que o compõem, sem definir o que é notícia falsa, nem precisar as circunstâncias de modo e de lugar que acompanham esse delito, se descortina um imenso campo de arbitrariedades contra a imprensa. Novamente, nesse ponto, a estratégia retórica de base utilizada foi a denúncia do perigo da ausência de controle da vagueza e da ambiguidade na seara penal, já que coloca em xeque o princípio da estrita legalidade penal, da taxativadade: não se sabe qual é a ação-tipo precisa, objeto da repressão penal; daí as possibilidades de tirania e, no caso em tela, em especial em face da imprensa.

Os *arts. 19 e 20* devem ser igualmente suprimidos, respectivamente: "Instigar ou preparar a paralisação de serviços públicos, ou abastecimento da população" e "Induzir patrões ou operarios á cessação ou suspensão do trabalho,

17. Já que não se pode oferecer à autoridade judiciária um critério seguro para a distinção entre o que é ato preparatório e o que é ato de execução.

por motivos estranhos ás condições do mesmo". Isso porque acarretam a proibição do direito de greve (que é um dos elementos de defesa dos interesses e dos direitos da classe trabalhadora), que é uma consequência da liberdade do trabalho, concorrendo para a criação de um ambiente de lutas incessantes entre empregados e empregadores.

Nesse ponto, o debate entre o Deputado Covello e um dos membros do Partido Constitucionalista, base governista, Deputado Moraes de Andrade é paradigmático para representar o imaginário político conservador da época. Para o Deputado Moraes, a greve é um fato (diga-se de passagem, um fato ab-rogador do direito), e não um direito[18]. Já Covello argumenta que, mesmo aceitando essa hipótese, de que a greve é um fato, deve-se concluir que, para que esse fato não seja perturbador da ordem jurídica, da ordem política e da ordem social, deve ser disciplinado pelas instituições jurídicas e políticas; daí a desnecessidade de preceito penal para combater a greve, já que a pena é meio de reação contra atividade criminosa, e a greve constitui um meio legítimo de defesa dos interesses das classes profissionais. Novamente, o Deputado argumenta que as questões sociais não devem ser resolvidas no âmbito penal, e sim politicamente (COVELLO, 1935, p. 37): "O solucionamento dos antagonismos, entre empregados e empregadores, recae sempre sobre questões de fundo econômico e reclama o emprego de medidas que escapam á esfera odiosa do direito criminal".

O Deputado Moraes coloca a discussão nos seguintes termos: na verdade, não se quer punir todas as greves, o que está em jogo é a repressão do *fenômeno antissocial* ou, em conformidade com o apoio dos Deputados Henrique Bayma, "punimos tão somente as *greves que constituam tactica bolchevista*", e Raul Fernandes, "o projecto [não proíbe a greve, pois está em consonância com os preceitos da legislação trabalhista da época], só prohibe a *greve política*" (apud COVELLO, 1935, p. 37 e 39, grifos nossos) (aqui há o *apelo a preconceitos*: há uma associação da greve – que é um dos meios legítimos de atividade política da classe trabalhadora – com termos pejorativos, de alta carga valorativa negativa, como: fenômeno antissocial, tática bolchevista, estrangeira, traidora da Pátria).

Como se identifica uma greve de caráter bolchevista, quais são suas características? É possível apontar uma greve que não tenha caráter político? (além

18. Nesse ponto há uma *petição de princípio*: o Deputado pressupõe a verdade da conclusão de seu raciocínio, mas não a prova. E a exigência de uma argumentação mais sofisticada nesse aspecto surge uma vez que a legislação trabalhista da época não proibia o direito de greve.

da falácia do "apelo a preconceitos" é possível identificar também uma falácia de ambiguidade: "equívoco", quando a mesma palavra pode ser usada com dois significados diferentes: greve, fazendo referência a greves legítimas, trabalhistas, e a greves ilegítimas, ilegais, antissociais, políticas, bolchevistas). O Deputado Covello (1935, p. 37-38), tendo esses questionamentos em mente, refuta os colegas parlamentares:

> Mesmo as greves de caracter revolucionario trazem, no fundo, um problema de ordem economica. Ha greves que constituem um meio de reparação de injustiças; outras, que se destinam á reparação de prejuizos, e outras que visam o equilibrio de interesses entre patrões e operarios; todas, porém, fundam-se no principio da liberdade do trabalho.

Nesse sentido, a greve deve ser vista como um fenômeno comum, inerente às condições do regime normal da nossa vida econômica, é uma válvula de desabafo para as reações irremovíveis que nascem do choque frequente de interesses e direitos entre empregadores e empregados. Assim, se a Carta Constitucional consignasse ou não o direito de greve, este existiria independentemente da sua menção expressa no corpo de nossas leis fundamentais. Muito mais inteligente para o poder público do que a repressão ao direito à greve, tornando-a uma atividade ilícita, é a solução da atual legislação social trabalhista, que trasladou o conflito da fábrica para a esfera jurídica, despolitizando-o:

> (...) verificamos que, pelo instituto do arbitramento, é facil deslocar-se o conflito, nascido das divergencias entre patrões e empregados, para a esphera das soluções estrictamente jurídicas, com a applicação dos preceitos da nossa actual legislação trabalhista [na qual abundam os recursos e meios[19], cujo emprego acertado e honesto permittirá que sejam dirimidas,

19. "(...) verificaremos que, pelo contracto collectivo de trabalho, as questões, divergencias e conflitos de interesse entre trabalhadores e patrões, encontram nesse instituto jurídico [referência aos sindicatos enquanto detentores legítimos da defesa dos interesses econômicos da classe e dos seus associados] (...) um meio de facil entendimento, permittindo o afastamento do perigo de greve, que é sempre recurso ultimo dos interessados" e "(...) contra a greve o remedio está em uma legislação adequada e no reconhecimento do contracto collectivo de trabalho. (...)" (COVELLO, 1935, p. 39 e p. 41, respectivamente). Covello refere-se de forma positiva ao regime jurídico brasileiro que assegurou a autonomia dos sindicatos e a "cooperação das novas e poderosas forças sociais": "Quiz assim o destino que, antes das lutas sangrentas que aqui poderiam sobrevir, se organizasse o apparelhamento destinado a dirimir os modernos e complexos problemas que opprimem todos os povos e a solucionar, sob o sentimento de paz e da concordia, esses antagonismos que agitam e sacodem, em

> sem abalos, todas as questões que possam surgir, nesse terreno, entre industriaes e operarios, entre os detentores do capital e os detentores da mão de obra], sem necessidade do emprego das medidas repressivas de caracter penal. (COVELLO, 1935, p. 39-40)

A argumentação do Deputado Covello (1935, p. 42) procura, por fim, sistematizar uma linha de raciocínio a fim de buscar, "(...) por todos os meios, evitar que o syndicato pudesse servir de alvo ás perseguições (...)". Isso porque, se a proposta é a de criminalizar a greve, quem a induz – os sindicatos – estaria praticando uma atividade ilícita[20]. Daí a proposta do art. 20 do projeto da Lei de Segurança Nacional,[21] dado o imaginário político da época informador da legislação de exceção, ser exatamente a de criminalizar a atividade – que é eminentemente política – dos sindicatos (mais um dos mecanismos de organização da classe operária na luta política por melhoria de suas condições sociais). Para mascarar esse desiderato, os parlamentares da base governista no debate aqui reproduzido procuraram refutar a argumentação do Deputado Covello de que os sindicatos exercem uma função política lícita, pois reconhecida pela Constituição de 1934 (art. 120) e pela legislação trabalhista vigente (por exemplo, arts. 1º e 2º do Decreto 23.611/33).

> Art. 120, CF/34: Os syndicatos e as associações profissionaes serão reconhecidos de conformidade com a lei. Paragrapho único: A lei assegurará a pluralidade syndical e a completa autonomia dos syndicatos.

---

lufadas de odios ferozes e selvagens, todas as classes componentes das velhas sociedades" (COVELLO, 1935, p. 47).

20. O Deputado Antonio Covello chama a atenção para a tentativa dos defensores da aprovação da LSN de mascararem a criminalização da greve e, consequentemente, dos sindicatos que a promoveriam. Na perspectiva do Deputado Covello, conforme já explanado, a proibição penal da greve repousa em estratégias retóricas como as utilizadas pelos Deputados Henrique Bayma, Raul Fernandes e Moraes de Andrade (1935, p. 37, 39, 41 e 40) que distinguiam greves legítimas, atinentes às relações de trabalho, que seriam lícitas, e greves ilegítimas, ilícitas, "políticas", com finalidade de subverter a ordem política ou social, sustentando que somente as últimas seriam proibidas (na prática, toda greve seria considerada 'política' sendo rotulada, portanto, de atividade criminosa). O outro recurso retórico é perceber a greve como um fato social e não como um direito dos trabalhadores, não obstante reconhecimento contrário operado pela legislação constitucional de 1934 e trabalhista da época, e consideração de que o antagonismo de interesses entre patrões e empregados, traduzido na estratégia política da greve, é normal dentro de uma sociedade capitalista.

21. Relembrando: "Induzir patrões ou operarios á cessação ou suspensão do trabalho, por motivos estranhos ás condições do mesmo".

> Art. 2º, Decreto 23.611/33: Consideram-se os syndicatos como órgãos:
>
> *a)* de *defesa* da respectiva profissão e *dos direitos e interesses profissionaes dos seus associados*;
>
> *c)* de *colaboração, com o Estado*, no estudo e solução dos problemas que, directa ou indirectamente, se relacionarem com os interesses da profissão. (grifos nossos)
>
> [...]
>
> § 2º Como órgãos *de coordenação* de direitos e deveres reciprocos entre empregados e empregadores, poderão os syndicatos: b) *cooperar*, por intermedio dos seus representantes, nas commissões e tribunaes de trabalho, para a solução dos dissidios entre empregados e empregadores. (grifos nossos)

Os parlamentares da maioria [Deputados Raul Fernandes, Pedro Aleixo] defendem, a partir da leitura dos mesmos dispositivos legais, que a *função dos sindicatos* é meramente *corporativa*[22], profissional, *e não política*. "*A representação do povo é que é politica; a dos syndicatos é profissional*" (ALEIXO apud COVELLO, 1935, p. 44, grifos nossos).

Para Covello (1935, p. 45), ao contrário, a função dos sindicatos é eminentemente política e a consequência dessa visão é:

> (...) se é funcção politica do syndicato pugnar pelos direitos e interesses dos seus associados, amanhã, quando o syndicato entender, para dirimir uma questão de interesse de classe, que deva promover uma gréve, exercitará uma faculdade legal. Nestas condições, não poderá incidir em penalidade de especie alguma.

Além da preocupação em não criminalizar o direito de greve, acresce-se a de não ferir a autonomia sindical garantida constitucionalmente (CHARLIER[23] apud COVELLO, 1935, p. 47): "o syndicalismo lucta para se subtrahir ao dominio das diversas formulas politicas que visam submettel-o ao seu serviço e

22. A ideia de Sindicalismo Corporativo, enquanto mais uma das estratégias do Estado Novo de despolitização da classe trabalhadora, possui como um dos seus mais dignos representantes o jurista Francisco José Oliveira Vianna, que foi não só um importante integrante do "núcleo" da ideologia legitimadora do regime estado-novista (juntamente com pensadores como: Azevedo Amaral, Alberto Torres e Francisco Campos) mas também participou ativamente como consultor do Ministério do Trabalho no período varguista, entre 1937-45.

23. Professor da Faculdade de Direito da Toulouse à época, estudioso da "função política" dos sindicatos.

quer subtrahir-se tanto á absorpção insidiosa dos reformadores democraticos, como á submissão brutal das dictaduras".

Outro *artigo* legal que deveria ser suprimido na ótica da minoria é o *23*, devido à discordância da definição (com as consequências práticas daí derivadas) empregada nos §§ *1º e 2º* do que seja ordem política e ordem social, respectivamente.

> § 1º (definição de ordem política): "Ordem politica, a que se refere este artigo, é a que resulta da independencia, soberania, integridade territorial da União, bem como da organização e atividade dos poderes politicos, estabelecidas na Constituição da Republica, nas dos Estados e nas leis organicas respectivas".

E a pena deste artigo 23 estaria no art. 24 do projeto: "A propaganda de processos violentos para subverter a ordem politica é punida com a pena de 1 a 3 annos de reclusão".

Na perspectiva do Deputado Covello, o relator do projeto, ao definir naqueles termos "ordem pública", apenas *condensaria, numa fórmula genérica, os delitos especificados nos artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º do seu projeto, de modo que o acusado poderia ser condenado pelo ato duas vezes* (vulnerando a importante garantia inserta no princípio da proibição do *bis in idem*). Chega-se a essa conclusão a partir da definição do que seja propaganda de processos violentos para fins subversivos e pela enumeração das diversas formas de incitamento. O mesmo delito é punido como gênero e como espécie, e não é questão de simples redação (como levantou o relator Henrique Bayma); porém, para Covello, o inconveniente pode ser superado caso se uniformize a classificação dos delitos e as respectivas penas.

Já o § 2º do artigo 23 do referido projeto da LSN define ordem social:

> (...) é a estabelecida pela Constituição, pelas leis relativas aos direitos e garantias individuaes, sua proteção civil e penal; ao regime juridico da propriedade, da familia e do trabalho; á organisação e funccionamento dos serviços públicos e de utilidade geral; aos direitos e deveres das pessôas de direito publico para com os indivíduos e reciprocamente.

Em ambos os casos, o problema de maior perigo para o Deputado Covello (1935, p. 51-52) reside no método empregado para a definição de ordem política e ordem social (vulnerando o princípio da taxatividade).

> Ou a definição do que seja ordem politica abrange tudo quanto a Constituição encerra em materia de organização politica e, nestas condições, é

> desnecessaria; ou não abrange tudo e, neste caso, é incompleta e inacceitavel. Egualmente em relação á ordem social. Difficil, senão impossível, é a enumeração dos elementos componentes da ordem social [em especial num momento como o da actualidade]. [Houve omissão, por exemplo, para Covello nesta definição do fator econômico enquanto uma das condições constitutivas da ordem social; o regime jurídico da propriedade e do trabalho – como sustentou o relator do projeto Henrique Bayma – é um aspecto do fator econômico; não são, porém, todo ele]. Nestas condições, *no criterio enumerativo*, empregado pelo projecto, *reside o maior perigo* da definição proposta, porque *incompleta* a definição, *actividade* haverá que, *violadora da ordem social, escape ao effeito da sanção penal;* e, ao contrario, se a formula *ultrapassar* a materia que pretende definir, creará uma *fonte de injustiças,* expondo á ameaça da repressão penal casos que não seriam mais de offensa da ordem social.[24]

A minoria sustenta, também, a supressão do *art. 27*:

> São vedadas a impressão, a venda e a circulação, por qualquer via ou forma, de gravuras, livros, pamphletos, boletins, ou de quaesquer publicações não periodicas, nacionais ou estrangeiras, em que se verifique a pratica dos actos definidos como criminosos nesta lei, devendo se apprehender os exemplares, sem prejuízo da acção penal correspondente. Paragrapho único. Feita a apprehensão, proceder-se-á na fórma dos parágrafos 1º ao 5º do artigo anterior.

Várias são as razões para a supressão desse artigo, porém Covello enfatiza a impossibilidade de se delimitar, nesse assunto, a esfera de atividade não nociva aos interesses sociais (desrespeitando, mais uma vez, o caro princípio em matéria penal da taxatividade): para essa modalidade de propaganda já há medidas eficientes em outros artigos do projeto. Em outras palavras, a preocupação aqui é que, perante a ausência de taxatividade, "nada ha que escape a esse dispositivo" (Deputado ALOYSIO FILHO apud COVELLO, 1935, p. 54) (novamente: "definição demasiado lata"):

> Ou seja, há o perigo de criminalizar todas as manifestações de atividade literária e cultural do país, manifestações da liberdade de pensamento: Desde

24. O problema das definições de ordem social e de ordem política, calcadas no critério enumerativo, incorre no erro de definição ou de "definição demasiado lata" – em que a definição inclui mais do que deveria incluir – ou de "definição demasiado restrita" – em que a definição não inclui tudo o que deveria incluir. De qualquer forma, ou se torna desnecessária ou incompleta e inaceitável, pois fonte de injustiças.

> que o livro, a publicação, o impresso, o periodico ou a gravura contenha materia que importe na violação de qualquer dos artigos referentes aos crimes contra a ordem politica ou contra a ordem social, ficará o autor do impresso, do livro, da gravura, do boletim, do periódico, sujeito ás penalidades desse delicto, dispensando-se, consequentemente, o estabelecimento de agentes inquisitoriaes, fiscais da circulação litteraria do paiz, inspectores da atividade cultural brasileira, para irem descobrir e apprehender aqui, ali, acolá, mais adeante, livros supeitados de propaganda de meios violentos para a subversão da ordem politica ou da ordem social. [Ademais, para Covello,] *tudo pode incidir na fórmula do art. 27*: [ele abrange, numa regra geral,] todas as manifestações da atividade mental, que se podem traduzir na impressão, venda, circulação, ou qualquer meio ou fórma de publicidade, quer se trate de gravuras, livros, pamphletos, quer de boletins, revistas e jornaes, nacionaes ou estrangeiros. E vou além: refiro-me tambem a outras formas de publicidade, como sejam as canções, o theatro, os disticos, as inscripções (...) (COVELLO, 1935, p. 54 e 55, respectivamente)

Cabe aqui um parêntese para mencionar a observação do Deputado Covello (1935, p. 56, grifos nossos) diante dos apartes de alguns colegas indicando que o seu empenho ao examinar, por intermédio de um viés político, as medidas e as providências voltadas à realidade brasileira reside no intuito de "*reconduzi-la á pacificação pela qual todos anceam e da qual os poderes públicos parecem querer afastar-nos*". Nesse momento, o Deputado Cunha Vasconcellos assevera que, se a situação do Brasil não está pacificada, *"a culpa cabe aos importadores do comunismo"*[25] (apud Covello, 1935, p. 56). Covello concorda, em parte, indicando o imaginário político acerca do Comunismo até mesmo dos mais "progressistas": o Comunismo é aceitável desde que se

25. Nessa parte ocorre uma falácia causal: como a relação entre causa e efeito é complexa, é fácil cometer equívocos. Porém, o que se evidencia mesmo são os motivos políticos que conformam um radical imaginário anticomunista na época. Quanto à especificidade da falácia em questão, é possível sustentar a existência do "efeito conjunto": sustenta-se que uma coisa causa outra, mas, de fato, ambas são o efeito de uma mesma causa subjacente. No caso em tela, em vez de sustentar que a causa da instabilidade política (sucessão presidencial, movimentos insurrecionais, greves, "disputa política de candidatos de esquerda") – que demanda a pacificação ansiada da realidade social brasileira – está no Comunismo, ambos, a instabilidade política e o Comunismo, são o efeito, por exemplo, do que se convencionou chamar de a "questão social". Outras causas podem ser apontadas para a instabilidade política, que demanda a pacificação da realidade social brasileira, como a crise econômica gerada pela Quebra da Bolsa de Valores de Nova York; daí constituiria também uma "petição de princípio" alegar que o Comunismo é responsável pela instabilidade política da época, sem provar.

despolitize, permaneça nos limites teóricos, enquanto gozo estético, não se perfazendo em ações políticas concretas.

> Se por comunismo o nobre e ilustre representante do Acre [Deputado Cunha Vasconcellos] traz á baila o programma dos que pregam e empregam a *acção directa*, como *arma de combate* ás *instituições vigentes; dos que aconselham o emprego da violencia para promover a destruição da sociedade existente,* estou de acordo; mas se quer referir-se ao comunismo, sob a forma de *simples teoria ou doutrina política,* como uma nova concepção de pensamento que os críticos estudam [... para] apontar *os erros e as mentiras de que possam ser victimas as massas populares, deslumbradas por miragens falazes*, está a V. Ex. enganado, porque não há força humana, concretizada ou não em leis de segurança, capaz de reprimir o poder de expansão das idéas consagradas pela consciencia, na sua perene ancia de renovação moral, mental e politica. (COVELLO, 1935, p. 56-57, grifos nossos)

Corroborando com a linha de raciocínio de Covello, o Deputado Acyr Medeiros (apud COVELLO, 1935, p. 57) ressalta – num tom de denúncia – que a subversão da ordem é feita pela "propria policia-politica da situação, a qual, diariamente, está a matar operários por manifestarem o seu pensamento (...)".

Em síntese, o Deputado Covello chama a atenção para o fato de que a motivação da supressão do art. 27 não é prevenção especial, mas sim a remoção de um perigo: a dificuldade irremovível de se distinguir o que é lícito e honesto em matéria de publicidade (livro, jornal, gravura, publicação, panfleto, carta, disco, inscrição, canção, peça teatral) do que é ilícito ou criminoso. A repressão dos delitos de propaganda e de incitamento criminosos pode ser feita pelos demais dispositivos referentes à ordem política ou à ordem social.

O *art. 31* também é objeto de proposta de supressão:

> É prohibida a existencia de partidos, centros, aggremiações ou juntas de qualquer natureza, que visem a subversão, pela ameaça ou violência, da ordem politica ou da ordem social. *Paragrapho unico.* Fechada a séde, a autoridade communicará immediatamente o acto ao juiz federal, em exposição fundamentada, procedendo-se, em seguida, na fórma dos §§ 2º a 5º do art. 265.

Esse artigo viola preceito constitucional que indica que nenhuma associação será dissolvida, senão em consequência de sentença judicial. Existe uma inquietação e desconfiança em face desse artigo legal (COVELLO, 1935, p. 59): "dentro do qual poderá germinar a ameaça contra a liberdade das organizações partidarias que se estão formando, sob a proteção das garantias constitucionais, para disputar legal e licitamente as posições publicas".

Ademais, é inteiramente dispensável esse artigo de legislação penal especial para proibir a existência de partidos, centros, agremiações ou juntas que visem, pela ameaça, à subversão da ordem política ou social (COVELLO, 1935, p. 59): se uma associação, partido ou junta incorrer na sanção de qualquer dos dispositivos da futura lei de segurança, é impossível aplicar penas a entidades jurídicas; seria possível a responsabilização individual dos membros componentes dessas associações que tivessem cometido a infração. Como as regras comuns do Direito Penal já punem quem pratica qualquer dos delitos definidos na lei, independentemente de pertencerem ou não a partidos, associações ou juntas, e, igualmente, na hipótese de uma associação para fins criminosos ou ilícitos, o poder público já possui na lei penal comum os meios para combatê-la, o art. 31 dessa legislação especial é absolutamente desnecessário.

O art. 37, referente ao *exercício das funções de professor,* também deveria ser suprimido:

> O professor que, na cathedra, praticar qualquer dos actos punidos por esta lei, perderá o cargo que exerça, provado o facto em processo administrativo. Paragrapho único. Se se tratar de professor que goze de regalia de vitaliciedade, só perderá o cargo por sentença judiciaria.

Aqui, a preocupação reside no cerceamento da liberdade de cátedra e, em última instância, na liberdade de pensamento [referência à necessidade de se proteger a garantia liberal do direito à liberdade de pensamento, ressaltando o "apelo à força", às consequências negativas que poderiam advir caso se discordasse do enunciador]. Já que o professor, quando exerce suas funções, asseguradas pela liberdade constitucional de cátedra (art. 155, CF/34), não comete um ato punível, na hipótese de ele se utilizar da liberdade de cátedra para fins estranhos ao ensino, ou mais precisamente: *para propaganda de processos violentos destinados* à *subversão da ordem social*, ele deve responder por esse crime em conformidade com a qualificação do ato praticado – delito definido no capítulo referente à ordem política ou no capítulo referente à ordem social. Logo, o Deputado Covello (1935, p. 61) argumenta novamente sustentando a desnecessidade desse artigo legal específico.

O Deputado Moraes de Andrade refuta a argumentação anterior defendendo, ao contrário, a necessidade do artigo legal em tela para "evitar as chicanas da defesa": isto é, se um professor se tornasse criminoso, devendo ser punido, os advogados poderiam usar as "chicanas da defesa" alegando que o professor estaria no exercício da sua liberdade de cátedra quando, na verdade, *nunca há liberdade de se cometer crime*. Em outros termos, não há que se levantar o perigo de esse dispositivo penal específico violar preceito constitucional – a

liberdade de cátedra – já que não há liberdade para se cometer crime (apud COVELLO, 1935, p. 62 e 64) [ao se referir à expressão pejorativa "chicanas da defesa" utilizou-se a falácia do "apelo ao preconceito" para embasar a linha de raciocínio da necessidade de continuidade do artigo legal em discussão].

O Deputado Covello contra-argumenta mencionando que o tipo de argumento levantado pelo colega traduz uma preocupação muito mais própria do advogado que ele é do que do homem de responsabilidades políticas.

No mesmo sentido da linha de raciocínio de Covello, o Deputado Adolpho Bergamini (apud COVELLO, 1935, p. 62 e 64) levanta a possibilidade de, uma vez instaurado processo contra um professor, as testemunhas que serviriam de prova seriam os alunos que poderiam usar de revanchismo contra seus professores caso reprovados em exames; tal hipótese real diminuiria a independência e a autonomia asseguradas constitucionalmente ao professor.

Nesse momento, o Deputado Moraes de Andrade, num tom provocativo ao Deputado Adolpho, diz que o colega com o seu aparte "atira á mocidade brasileira a acusação gratuita de capaz de falso testemunho" e o Deputado Adolpho ao mencionar que o colega em questão não conseguirá intrigá-lo com a mocidade brasileira o refuta prontamente mencionando que ele, igualmente, apelou para todos os advogados brasileiros, com a possibilidade de chicana de defesa. Ambos utilizaram em suas respectivas linhas de raciocínio a falácia argumentativa de "enumeração do todo pela parte" (nem todos os alunos reprovados usariam de revanchismo para com seu professor denunciando-o por prática de crime político, bem como nem todos os advogados utilizariam a liberdade de cátedra como uma estratégia de defesa do professor acusado de crime político).

O Deputado Covello politiza uma vez mais o debate recuperando a fala do Deputado Moraes de Andrade sobre a possibilidade de chicana de defesa por parte dos advogados para inocentar professores criminosos no contexto da defesa, naquela Casa, da necessidade de elaboração de um Código Penal dos Crimes Políticos, da República Brasileira (COVELLO, 1935, p. 64). "É possivel que tenhamos de descer a minucias, a pormenores na formulação de regras para a punição dos novos e dos futuros delinquentes". E acrescenta, mencionando a reprovação radical de Filangieri às barbaridades das legislações do final do século XVIII em relação às de Scylla, de César e de Tibério (apud COVELLO, 1935, p. 64-65):

> Em verdade, que a lei de Scylla, de Augusto ou de Tiberio, estabelece como regra geral que, nos delictos de lesa-majestade, póde o julgador afastar-se de todas as regras de direito? Encontrar-se-á, nos codigos desses monstros coroados, uma lei egual a que, em França, prescreve ao magistrado ouvir, nos casos de lesa-majestade, as testemunhas inimigas declaradas do acusado?

> [referência à possibilidade de os alunos serem as testemunhas contra eventuais falas do professor enquadradas como crimes que atentam contra a ordem política ou social].

Essa fala sintetiza perfeitamente a preocupação do Deputado Covello (1935, p. 65) com a criminalização política e em caráter de exceção:

> (...) ao verificarmos, em presença dos ensinamentos da historia, que os códigos especiaes destinados á repressão dos delictos políticos encerravam as monstruosidades de que os tyrannos lançavam mão para perseguir todos quantos se educavam no principio da liberdade do pensamento, podemos avaliar, em toda a extensão, que perigo representa para a Republica brasileira, para o regime democrático, tal como o instituímos, uma codificação especial de leis penaes para a exclusiva repressão dos delictos políticos, sujeita a reformas periódicas, com o accrescimo de outros dispositivos dictados pelo espirito de reação e prepotência, á medida que a chicana dos advogados destruir – e bemdita chicana que assim proceder – no exercício do direito de defesa, as novas regras compressoras, as novas armas de perseguição, os novos instrumentos de asphyxia do pensamento humano (...).

Na luta política por significações, o Deputado Cunha Vasconcellos (apud COVELLO, 1935, p. 65) registra: "Queremos a liberdade dentro da lei, e a lei dentro da liberdade".

Por fim, a minoria propõe a supressão do *art. 44*:

> As sentenças e decisões proferidas em processo penal por crimes previstos nesta lei nenhum efeito produzirão sobre os actos de exoneração resultantes de processos administrativos, nem sobre os demais actos cuja pratica esta lei attribue ao Poder Executivo.

Caso se adote esse princípio, a consequência será a chancela para a prevalência da autoridade do julgado administrativo em detrimento do julgado judiciário, violando a teoria da separação dos poderes ao conferir ao Poder Executivo atribuições constitucionalmente outorgadas somente ao Judiciário, como "guarda supremo dos direitos individuaes" (COVELLO, 1935, p. 66).

Nesse ponto, o relator do projeto, Deputado Henrique Bayma indica a necessidade de o dispositivo legal ser realmente modificado. E o Deputado Covello aproveita a oportunidade para reforçar as posições defendidas pela minoria ao propor a supressão dos demais preceitos legais, anteriormente expostas: "Como espero, acceitará também, se effectivamente o domina o *espirito liberal para o qual todos se inclinam*, as outras emendas que visam *suprimir os*

perigos do abuso e de arbitrariedade, que se encontram no projecto em debate" (COVELLO, 1935, p. 66, grifos nossos).

Após a exposição do caráter persuasivo presente na argumentação dos parlamentares por ocasião do discurso do Deputado Covello, na Câmara dos Deputados Federais em 1935, cabe chamar a atenção para o fato de que o Projeto 128 é uma reformulação do Projeto 78, que aprovou a original Lei de Segurança Nacional. Três meses após a sua criação, a [primeira formulação da] Lei de Segurança Nacional foi usada para embasar o fechamento da Aliança Nacional Libertadora (que abarcava liberais, socialistas moderados e radicais – já que o PCB encontrava-se na clandestinidade), devido ao discurso do seu Presidente de Honra Luís Carlos Prestes, lido por Carlos Lacerda, aparentemente insuflando as massas para instaurar uma revolução. Movimentos revolucionários realmente ocorreram em Natal, Recife e Rio de Janeiro em 1935 (conhecidos como Intentona Comunista) e o "perigo vermelho" ganha materialidade e contornos nítidos.

É nesse contexto que se desencadeia uma forte campanha para dar ao governo poderes extraordinários, necessários para lidar com eficácia com essas situações igualmente urgentes e extravagantes. Tendo como aliado um subserviente Legislativo, o governo conseguiu aprovar – sempre a pretexto de combate ao Comunismo – uma série de medidas pesadamente coercitivas: estado de sítio equiparado ao "estado de guerra"; Lei de Segurança Nacional reformada (o Projeto 128 cujo debate parlamentar para aprovação foi analisado anteriormente); direito de cassar – por decreto – patentes de oficiais, da ativa e da reserva (Emenda 2 da Lei de Segurança Nacional); direito de demitir funcionários civis, também por decreto (Emenda 3 da Lei de Segurança Nacional); possibilidade de atingir até mesmo empregados de empresas privadas, que poderiam ser dispensados sem indenização, mediante prévia apuração e autorização do Ministério do Trabalho.

Ademais, o governo entendia que o julgamento dos envolvidos nos acontecimentos de novembro de 1935 (Intentona Comunista) esbarraria nos Tribunais, onde a tramitação ocorreria nos moldes da tradição liberal (devido processo legal, garantias processuais, apreciação de provas, proteção de direitos individuais, ritos processuais não sumários), completamente ineficaz para lidar com as emergências da época. Assim, em julho de 1936, o então Ministro da Justiça Vicente Ráo comparece à Câmara dos Deputados e realiza um discurso expondo enfaticamente "o doloroso anacronismo da liberal democracia que desarmava o Estado na luta contra os seus inimigos", defendendo a urgência de alterações no "tradicionalismo jurídico". Se antigamente eram necessárias leis que protegessem o indivíduo contra o Estado, naquela época fazia-se

urgente proteger a estabilidade do regime, e não a garantia de supostos direitos de criminosos (apud CAMPOS, 1982, p. 39).

Dada a receptividade da criação do inimigo político comunista e embalado pela percepção de que os crimes previstos na Lei de Segurança Nacional não eram crimes comuns – devendo ser julgados por um Tribunal Especial com amplos ou ilimitados poderes –, Getúlio Vargas envia ao Congresso Nacional, no dia seguinte ao da visita do Ministro Vicentre Ráo, documento solicitando a criação de um órgão especial de Justiça: o Tribunal de Segurança Nacional, "em razão da natureza das causas" (observa-se um discurso calcado na lógica político-jurídica autoritária schmittiana, que denuncia as consequências desastrosas que se seguirão caso as instituições liberais idealistas e frágeis politicamente permaneçam e não se aprove a proposta de criação do TSN: ineficácia na luta contra os inimigos da Nação, cumplicidade com criminosos, fragilidade na manutenção da estabilidade do regime. Havia a necessidade de um órgão especial para processar e julgar crimes que também eram especiais, crimes políticos, que atentavam contra a ordem política e social e que colocavam em xeque a integridade do País enquanto Nação soberana).

O TSN foi instituído como órgão de primeira instância da Justiça Militar cujas decisões tinham por base a "livre convicção", um rito sumário, sessão secreta, sem debates. Como o "perigo comunista" continuava ameaçando as instituições, e a prova maior foi o famoso Plano Cohen, além da instabilidade que poderia instaurar-se se o povo elegesse um dos candidatos à sucessão de Vargas, evocou-se o golpe e implantou-se o Estado Novo em novembro de 1937.

Nesse contexto estado-novista, o Tribunal de Segurança Nacional foi erigido a órgão autônomo de Justiça Especial. O TSN compunha as duas instâncias processuais (de julgamento e de apelação) e, na hipótese de sentença absolutória na primeira instância, o juiz era compelido a apelar *ex officio* de sua própria sentença. A nova legislação foi igualmente orientada por um rito sumário e reduziu os instrumentos de defesa do réu: redução do número de testemunhas, as sentenças eram irrecorríveis; o réu sem advogado obtinha indicação de defesa por parte do juiz e não mais da Ordem; o Tribunal não ficava adstrito à tipificação do delito feito na denúncia, e o réu poderia ser surpreendido no julgamento com a imputação de outros crimes que não os arrolados na denúncia.

Por essas movimentações de caráter essencialmente político, pode-se sustentar que subsiste um modelo de Constitucionalismo de perfil autoritário, que legitimará a utilização indiscriminada de poderes emergenciais por meio de institutos jurídicos de caráter extraordinário.

4. Uma breve consideração final sobre o direito penal do inimigo no período varguista, no Brasil

A parte anterior deste artigo procurou mostrar o jogo argumentativo envolvido na aprovação da Lei de Segurança Nacional e do Tribunal de Segurança Nacional; porém, mais importante do que ressaltar a dimensão persuasiva da linha argumentativa daqueles projetos de lei é chamar a atenção para o fato de que o que estava em jogo no debate parlamentar da aprovação da LSN e na proposta de aprovação do TSN realizado pelo discurso do Ministro da Justiça, conformadores de um regime de exceção na seara penal, é o debate político entre Liberalismo e Autoritarismo para reger o País naquele momento. A tese vencedora foi a do Autoritarismo.

Tendo como pano de fundo a construção de um imaginário político anticomunista, o Comunismo foi erigido ao *status* de inimigo político, ensejando (e encontrando um ambiente político e intelectual fértil para tanto) a recepção de um Direito Penal calcado na distinção/discriminação entre um Direito Penal para os cidadãos e um Direito Penal para os inimigos. Este último foi traduzido, sobretudo, pela Lei de Segurança Nacional – apropriada para lidar com a criminalização de ideias comunistas, subversivas da ordem política e social, que encontravam na classe trabalhadora, que tinha a "mente fraca", o seu alvo potencial; classe essa fundamental (e que precisava ser disciplinada/domesticada/despolitizada) para o modo de produção da vida material escolhido pelo Estado Novo, capitalismo industrial, se consolidar e modernizar o País – e pela criação de um órgão de exceção para aplicar tal legislação excepcional voltada para o crime político: o Tribunal de Segurança Nacional.

Trata-se do processo e julgamento de crimes políticos calcados numa Criminologia Positiva, voltada não mais para o desvalor do resultado, mas para a periculosidade de certas ideias políticas (aquelas formas de pensamento político utilizadas para engendrar a consciência da classe trabalhadora e organizar suas lutas políticas contestatórias da ordem do capital), instituindo um Direito Penal do autor em que deixa de ser relevante a ideia de culpabilidade, a qual passa a ser substituída pela de periculosidade.

O Estado Nacional, visto sob a ótica autoritária, possuiu uma engenharia institucional apropriada para lidar com uma época excepcional, de emergência, em que era lícito e legítimo suspender direitos fundamentais e tomar todas as medidas necessárias para o retorno de uma dada ordem perante as instabilidades políticas que colocavam em xeque a "integridade do país enquanto Nação". Na seara penal, a perspectiva autoritária impactou concretamente a legislação penal bem como as instâncias julgadoras, acarretando mudanças

radicais no paradigma penal clássico liberal (todo construído a partir de uma série de garantias com o intuito de proteger o indivíduo de eventuais arbítrios por parte do potencial Leviatã), tais como: a possibilidade de punir ato preparatório, de substituir sistema acusatório pelo sistema inquisitorial, de atribuir a mesma pena do crime consumado para o crime tentado, falta de delimitação precisa da matéria objeto de crime político, introdução no texto legal de conceitos indeterminados semanticamente etc. A Lei de segurança nacional, enquanto autêntico emblema de legislação de exceção, relativizou as liberdades de expressão e políticas, criminalizando a liberdade de cátedra, partidos e associações políticas, sindicatos, o direito de greve, enfim: criminalizou o dissenso político.

Conhecer essa tradição do pensamento autoritário é crucial para entendermos, por um lado, essa vertente teórica sempre levantada em épocas de crises políticas, voltada para tentar lidar com a necessidade genética da República de resolver suas aporias políticas por meio de um sistema jurídico que incorpore e legitime medidas de natureza excepcional cujo valor a ser resguardado é a ordem e, por outro lado, para termos sensibilidade teórica para perceber as persistências (bem como as implicações práticas de existência) de instituições concretas de perfil autoritário em pleno regime formal democrático.

5. Referências

BALZ, Christiano Celmer. *O Tribunal de Segurança Nacional*: aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945). 2009. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação em Direito (CPGD/UFSC), Florianópolis, 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1940.

CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. *Repressão judicial no Estado Novo*: esquerda e direita no banco dos réus. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *Livros proibidos, ideias malditas*: o Deops e as minorias silenciadas. edição.1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 1997.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, invisibilidade, reconhecimento*: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O "direito penal do inimigo" e o "direito penal do *homo sacer* da baixada": exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 25, 2007.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CHAUI, Marilena de S. Apontamentos para uma crítica da ação integralista brasileira. In: CHAUI, Marilena de S.; FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho (Org.). *Ideologia e mobilização popular*. Rio de Janeiro: CEDEC/Paz e Terra, 1978.

COSTA, Fernanda Otero. *Aquém da paz e além da guerra*: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo – *RBCCrim* 94/57-85 (DTR\2012\15)

COVELLO, A. A. *A Lei de Segurança*: trabalhos parlamentares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1935.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DUTRA, Eliana. *O ardil totalitário*: imaginário político no Brasil nos anos 30. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1997.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

JACOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LASCANO, Carlos Julio. La "demonización" del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal del autor. In: MELIÁ, Manuel Cancio; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Calos (Org.). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Madrid: EDISOFER S. L.; Montevideo/Buenos Aires: Editorial IB de F, 2006. v. 2.

MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia autoritária no Brasil*: 1930-1945. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1978.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo:* tendências atuais em direito penal e política criminal – *RBCCrim* 47/31-45 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/915-927 (DTR\2004\158)

RESTA, Federica. Enemigos y criminales. Las lógicas del control. In: MELIÁ, Manuel Cancio; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Calos (Org.). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Madrid: EDISOFER S. L.; Montevideo/Buenos Aires: Editorial IB de F, 2006. v. 2.

SANTOS, Rogério Dultra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 281-323, 2007.

SANTOS, Rogério Dultra dos. *Constitucionalismo antiliberal no Brasil*: cesarismo, positivismo e corporativismo na formação do Estado Novo. 2006. 264 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – IUPERJ, Rio de Janeiro, 2006.

SCHEERER, Sebastian; BÖHM, María Laura; VÍQUEZ, Karolina. Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo. In: MELIÁ, Manuel Cancio; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Calos (Org.). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Madrid: EDISOFER S. L.; Montevideo/Buenos Aires: Editorial IB de F, 2006. v. 2.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *Interpretación europea de donoso cortés*. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

SILVA, Ricardo. *A ideologia do Estado autoritário no Brasil*. Chapecó: Argos, 2000.

VALE, Ionilton Pereira do. *O direito penal do inimigo*: fundamentos filosóficos e sistémicos – *RT* 909/165-186 (DTR\2011\1879)

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

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Aquém da paz e além da guerra: Uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo, de Fernanda Otero Costa – *RBCCrim* 94/57-85 (DTR\2012\15);
- "Excluído, no caso, qualquer intuito de regeneração, por não se tratar de réu degenerado": a interpretação do sursis e da liberdade condicional aos criminosos políticos pelo tribunal de segurança nacional (1935-1945), de Diego Nunes – *RBCCrim* 131/117-143 (DTR\2017\906); e
- O Direito Penal do Inimigo: Fundamentos filosóficos e sistêmicos, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 909/165-186 (DTR\2011\1879).

Direito e moral: discussão sobre a criminalização do consumo de pornografia infantil através de uma perspectiva garantista

Law and morals: discussion on the criminalization of child pornography consumption through a garantistic perspective

Regina Geni Amorim Juncal

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduação em Psicologia (2012) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada criminalista.
reginajuncal.advocacia@gmail.com

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumo: O artigo questiona o caráter substancialista e antigarantista dos artigos 241-B e 241-C da Lei 8.069/90. A criminalização da mera posse de pornografia infantil e principalmente a criminalização da simulação de pornografia infantil apontam muito mais para uma intolerância dos desejos perversos, sustentada por referências eminentemente morais, do que para uma tutela efetiva de direitos fundamentais. As fantasias, por mais abjetas que sejam, não devem ser objeto de tutela penal, pois por si só não são capazes de gerar lesão. Em uma perspectiva garantista, ninguém deve ser punido pelo que é ou pelo que sente, pois proceder dessa forma faz o direito penal recair no – historicamente conhecido – "direito penal de autor", gerando uma confusão muitas vezes irreparável entre direito e moral. Isso, além de dar azo à conhecida "doutrina de defesa social", dá também ao direito penal poder ilimitado de atuação, negando sua própria razão de ser, com consequências políticas inimagináveis quanto ao seu uso.

Palavras-chave: Pedofilia – Transtorno pedofílico – Pornografia infantil – Direito – Moral.

Abstract: The article questions the substantialist and antigarantistic character of the articles 241-B and 241-C of the Lei 8.069/90. The criminalization of the mere possession of child pornography and mainly the criminalization of the simulation of child pornography points mostly towards a intolerance regarding perverted desires, sustained by eminently moral references, than towards a effective guardianship of fundamental rights. The fantasies, as abject as they are, shouldn't be object of penal guardianship, because by themselves they are not capable of generating lesions. In a garantistic perspective, no one should be punished for who they are or for what they feel, because proceeding this way makes the criminal law relapse in the – historically known – "criminal law of the author", generating a confusion many times irreparable between law and morals. This, besides leading to the known "social defense doctrine", gives to the criminal law unlimited acting power, negating its proper reason of being, with unimaginable political consequences regardind its use.

Keywords: Pedophilia – Pedophilic disturbance – Child pornography – Law – Morals.

Juncal, Regina Geni Amorim. Direito e moral: discussão sobre a criminalização do consumo de pornografia infantil através de uma perspectiva garantista.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 137. ano 25. p. 63-87. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

Sumário: 1. Breve histórico e contextualização da criminalização da posse e simulação de pornografia infantil. 2. Indeterminação das fronteiras entre direito e moral nos arts. 241-B e 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A aposta em uma abordagem garantista nos casos que envolvam consumo de pornografia infantil (e os perigos de se fazer o contrário). 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Breve histórico e contextualização da criminalização da posse e simulação de pornografia infantil

O[1] Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990, eleva a criança e o adolescente a verdadeiros sujeitos de direitos, adotando como referência a doutrina do "melhor interesse" e da "proteção integral" em detrimento de uma perspectiva antes voltada para a "situação irregular" do menor, pautada principalmente no Código de Menores, de 1979. De acordo com Lowenkron[2], essa mudança de paradigma teve como marco principalmente a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança pela Organização das Nações Unidas, em 1989.

Focando a análise especificamente na proteção da população infantojuvenil contra o abuso e a exploração sexual, no Brasil houve diversas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) que trabalharam com a temática. Entre os anos de 1993 e 1994, por exemplo, foi instaurada pela Câmara dos Deputados a CPI

1. As ideias e opiniões emitidas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, a opinião da editora.

2. A autora traz outras importantes referências que colocaram a temática na pauta política e ajudaram a regular os direitos das crianças e adolescentes, principalmente no que diz respeito à exploração e abuso sexual: Convenção 182 da OIT (1999); Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis; I Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes (Estocolmo – Suécia); Conferência Internacional sobre o Combate à Pornografia Infantil na Internet. Ocorreu em Viena no ano de 1999 e trouxe a orientação sobre a criminalização mundial da produção, distribuição, exportação, transmissão, importação e posse de pornografia infantil; Convenção de Cibercrimes do Conselho Europeu (2000); II Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes realizado em 2001, no Japão, ocasião em que a influência da internet foi um tema; I Conferência Internacional sobre a Pornografia Infantojuvenil na Internet (CEDECA-BA, 2003); III Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes, realizado em 2008, no Rio de Janeiro, entre outras (LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo:* a construção social da pedofilia em múltiplos planos. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2015).

da Prostituição Infantil. Já nos anos de 2003 e 2004, foi instaurada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPIM) com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil; bem como foi instaurada, entre os anos de 2012 e 2014, na Câmara dos Deputados, a CPI da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes.

No entanto, para os fins deste artigo, a Comissão Parlamentar de Inquérito de maior relevância e que trouxe as alterações mais notáveis (novas criminalizações) à Lei 8.069/90 foi a chamada CPI da Pedofilia[3] – instaurada no ano de 2008 pelo Senado Federal "com o objetivo de investigar e apurar a utilização da Internet para a prática de crimes de 'pedofilia', bem como a relação desses crimes com o crime organizado".[4]

Foi a CPI da Pedofilia que, através da Lei 11.829/08, criminalizou as condutas de posse de pornografia infantil e simulação de cena de sexo explícito ou pornográfica[5] (condutas típicas estas que serão analisadas em momento oportuno em consonância com a Teoria Garantista). O que ensejou a instauração da referida CPI foram os fatos determinados trazidos pela Operação Carrossel, ocorrida um ano antes, através de uma parceria entre a Polícia Federal brasileira e a Interpol, cujo objetivo foi reprimir a "prática de pedofilia" na rede mundial de computadores. Contextualizando, nas palavras extraídas do Relatório Final da CPI da Pedofilia:

> Para colocar a CPI em funcionamento, o ponto de partida foi a *Operação Carrossel*, deflagrada pela Polícia Federal, em dezembro do ano passado. Foi a maior operação policial contra pedofilia realizada no Brasil e incluiu

3. Desde já é importante ressaltar que o termo "pedofilia" – que se trata de um transtorno psiquiátrico devidamente previsto no DSM-5 como transtorno pedofílico – é tomado em si como um *crime* pela CPI, inclusive tendo-se suscitado como proposta durante os trabalhos o retorno ao sistema duplo-binário nos casos que envolvessem o transtorno. A perspectiva, como será ressaltado mais adiante, é a do direito penal de autor.
4. BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 5.
5. Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

   Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

   Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

> a investigação de suspeitos de 78 outros países. Ao todo foram cumpridos 102 mandados de busca e apreensão em 14 estados e no Distrito Federal. Três suspeitos foram presos em flagrante, dois em São Paulo e um no Ceará. A PF rastreou cerca de 3,8 mil acessos de computadores à Internet em conexões para a troca de material pornográfico. Antes da Operação Carrossel, os federais haviam realizado, desde 2004, quatro operações menores para desmontar redes virtuais de pornografia infantil. Entre elas, a *Operação Azahar*, de fevereiro de 2006, em cooperação com a Espanha.
>
> (...)
>
> Cotidianamente, a imprensa noticia casos isolados, que tornar-se-iam inviáveis de serem analisados numa comissão parlamentar de inquérito. Todavia, a operação da Polícia Federal deflagrada no dia 20 de dezembro do corrente, intitulada Operação Carrossel, cujo objetivo é reprimir a prática da pedofilia na rede mundial de computadores e que abarcara 14 Estados da Federação e o Distrito Federal, o que consubstancia a maior operação dessa natureza já realizada no Pais e que constitui objeto da CPI ora proposta, haja vista a melhor condição de investigação e sistematização de dados. A partir dos resultados da operação referida, aparecerão imagens e informações que, com certeza, chocarão a sociedade brasileira, mas que, concomitantemente, constituirão subsídios para despertar a maior atenção dos órgãos governamentais para que seja aprimorada a legislação pertinente, e também meios para educar e prevenir a sociedade sobre essa sórdida prática que é a pedofilia.[6]

Vale ressaltar, ainda, outras operações da Polícia Federal brasileira que foram importantes para a investigação de crimes cometidos contra crianças e adolescentes através da internet e para a criminalização de novas condutas ou acirramento das penas já existentes. Nesse sentido, houve as Operações Anjo da Guarda I e II, ambas no ano de 2005. Os referidos trabalhos foram consequência de uma operação da Polícia Federal Alemã em parceria com a Interpol, no ano de 2003, que entre as centenas de mandados de busca e apreensão cumpridos encontraram como alvos 235 brasileiros que usaram cartão de crédito para comprar pornografia infantil na internet. Esses dados foram repassados para a Polícia Federal brasileira e para a já mencionada CPMI, que investigou o abuso e a exploração sexual infantojuvenil no ano de 2004.

A Operação Turko, anagrama da palavra Orkut, foi deflagrada em 2009, um ano depois da Operação Carrossel, a fim de combater a pornografia infantil na antiga rede social Orkut (principal meio de divulgação desse material então).

6. BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 30 e p. 38-39.

A operação teve como base a quebra de sigilo de milhares de perfis dessa rede, os quais foram denunciados à Safernet[7] nos dois anos anteriores ao seu início. À época era muito difícil que o Orkut liberasse os perfis dos seus usuários, sendo travada verdadeira guerra judicial nesse sentido. Atualmente, várias outras operações policiais buscam combater a pornografia infantil na internet, a exemplo da Operação Child Net.[8]

Foi, no entanto, a Operação Carrossel que deu ensejo, em 2008, à CPI da Pedofilia – que buscou "adequar" a legislação brasileira, através da alteração procedida no Estatuto da Criança e do Adolescente, às normativas internacionais. Em seu relatório final é explicitado que até o início da CPI o Brasil não possuía os requisitos legislativos básicos para o combate e repressão ao que eles insistem em chamar de "crime de pedofilia". Vejamos:

> O Brasil ainda não possui um aparato normativo e investigativo adequado para o combate à pedofilia na Internet. Dos cinco requisitos legislativos básicos para a repressão ao crime de pedofilia pela Internet, citados pela SaferNet, o Brasil, no início desta CPI, só atendia a dois:
>
> 1) possuir lei que criminaliza a distribuição da pornografia infantil; e 2) prever, em lei, o uso do computador para a distribuição desses conteúdos. Os outros 3 requisitos *não atendidos* são (ou, em alguns casos, eram): 3) a criminalização da posse de pornografia infantil, que, até a edição da Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, de iniciativa desta Comissão, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dificultava o flagrante; 4) a existência de um conceito jurídico de *pornografia infantil*; e 5) a existência de lei que regulamente a atividade dos provedores de acesso e de serviços à Internet (a ausência dessa lei equivale a dizer que não há obrigação legal para que essas empresas informem ao Ministério Público ou à Polícia os casos de pornografia infantil que envolvam seus usuários).[9]

Assim, com as questões suscitadas pela CPI da Pedofilia, não apenas a posse foi criminalizada, como também foi definido o conceito jurídico de pornografia

7. A Safernet é uma ONG criada no ano de 2005, que desde a sua criação desenvolve pesquisas e projetos sociais voltados para o combate à pornografia infantil na internet brasileira. A Safernet, através do seu diretor Thiago Nunes de Oliveira Tavares, teve grande relevância e influência na realização dos trabalhos da CPI da Pedofilia.
8. Disponível em: [www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/06/pf-realiza-operacao-para-combater-pornografia-infantil-no-amapa].
9. BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 125-126.

infantil através do art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente.[10] No que tange ao quinto requisito (existência de lei que regulamente a atividade dos provedores de acesso e de serviços à internet), o Senador Eduardo Azeredo defendeu à época da CPI da Pedofilia que o Brasil adotasse um modelo regulatório da internet baseado na Convenção de Cibercrimes do Conselho da Europa.[11]

A referida Convenção (também conhecida como Convenção de Budapeste) entrou em vigor em 2004. Muitos ainda são os que defendem que o Brasil adote seus parâmetros *in totum* (já se adotava alguns deles aqui). Em seu Título 3 denominado "infrações relacionadas com o conteúdo" a Convenção criminaliza não apenas a posse de pornografia infantil (art. 9º, ponto 1, alínea "e"), mas considera como pornografia infantil:

> *a)* Um menor envolvido num comportamento sexualmente explícito; *b) Uma pessoa que aparente ser menor envolvida num comportamento sexualmente explícito*; *c) Imagens realísticas que representem um menor envolvido num comportamento sexualmente explícito.*[12]

É nesse contexto, tendo como referência a supramencionada Convenção, principalmente o referido na alínea "c" acima destacada, que a simulação da pornografia infantil (art. 241-C da Lei 8.069/90) foi acrescentada ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Vale ressaltar que, segundo Lowenkron,[13] a proposta original da Safernet apresentada à CPI da Pedofilia previa, além da posse, a criminalização do *download* e da busca intencional.

Com relação ao conteúdo dizia: "O objeto de representação gráfica poderá ser criança ou adolescente que exista no mundo 'real' – passível, portanto, de identificação –, bem como criança ou adolescente criados digitalmente (fictícios)". A ideia era tipificar também desenhos, *child erotica,* pseudofotografias, imagens pornográficas com a participação de indivíduos fingindo ser menores,

10. Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica" compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, *reais ou simuladas*, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais (grifo nosso).
11. CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o cibercrime*. Budapeste, 2001.
12. CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o cibercrime*. Budapeste, 2001. Grifo nosso.
13. LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo:* a construção social da pedofilia em múltiplos planos. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2015.

sons e textos envolvendo crianças e adolescentes em atividades sexuais ou que façam apologia ao crime. Nos termos do documento, "essa previsão legal é de extrema importância, uma vez que a sanção penal não poderá depender de prova acerca da existência real da criança ou adolescente presente na imagem" (Senado Federal, 2010, p. 180).[14]

Dessa forma, tanto nas alterações trazidas pela Lei 11.829/08 (do art. 240 ao 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente), proposta pela CPI da Pedofilia, quanto nas propostas que não tiveram êxito (como a tentativa de criminalização do download e da busca intencional), configura-se em boa medida uma confusão entre direito e moral, muitas vezes passando pela criminalização do próprio desejo desviante em si, e não de uma conduta lesiva.

2. Indeterminação das fronteiras entre direito e moral nos arts. 241-B e 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente

A figura do pedófilo,[15] sem dúvida alguma, é causa de grande rechaço social – e não é pra menos: o mero desejo de um sujeito por uma criança impúbere gera por si, sem que este sujeito tenha passado ao ato (saído da fantasia e do desejo e, de fato, cometido um injusto penal), espanto e ojeriza na imensa maioria da população. O pedófilo foi, durante toda a CPI, tratado como um *monstro,*[16] como uma figura *teratológica* que deve ser eliminada.

14. LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo:* a construção social da pedofilia em múltiplos planos. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2015. p. 209-210.

15. Com o DSM-5 deixa-se de usar o termo *pedofilia* e passa-se a utilizar o termo *transtorno pedofílico*.

16. A CPI da Pedofilia teve um apelo moral muito forte, em "nome da família" e em "nome de deus". Para a forma moralista como foram conduzidos os trabalhos, não deve deixar de ter relevância o perfil do presidente e do vice-presidente dessa CPI, o senador Magno Malta e Romeu Tuma, respectivamente. O primeiro, "músico e pastor, (...) é um dos líderes da Frente Parlamentar Evangélica e presidente da nova Frente Parlamentar em Defesa da Família. É conhecido como um dos principais opositores de uma série de reivindicações associadas à agenda dos chamados *direitos sexuais* no Congresso Nacional: a legalização do aborto, a união civil dos homossexuais e a criminalização da homofobia. (...) Vale destacar ainda que o parlamentar é defensor ferrenho da redução da maioridade penal de 18 para 16 anos.

    O vice-presidente da CPI, Romeu Tuma, que faleceu poucos meses antes do encerramento dos trabalhos da comissão, era conhecido por sua carreira policial. Antes de começar a trajetória política como parlamentar, em 1994, ele ocupou diversos cargos policiais: investigador e delegado de Polícia Civil de São Paulo, diretor-geral do Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) paulista durante a ditadura militar,

No entanto, há que se pontuar algo de fundamental importância bem colocado pela própria Organização Internacional do Trabalho:[17] *não necessariamente uma pessoa com transtorno pedofílico é uma abusadora e tampouco uma pessoa que abusou ou explorou sexualmente de uma criança tem um diagnóstico de transtorno pedofílico*.

Tal confusão dificulta, e muito, não apenas um eventual tratamento como medida punitiva, como também um tratamento voluntário de natureza terapêutica sem que o sujeito tenha cometido crime algum. O transtorno pedofílico é tratado como crime não só pela CPI da Pedofilia (como o próprio nome da comissão sugere), mas também foi absorvido pela mídia como crime, através da famosa veiculação do *slogan* "pedofilia é crime. Denuncie". Nesse sentido:

> Muitos indivíduos com pedofilia de fato não atuam, eles apenas fantasiam sexualmente e às vezes até se casam com mulheres. (...) A pedofilia não é crime, a pedofilia é uma doença. O que é crime é estupro de vulnerável, é o ato. Alguns indivíduos com a doença atuam contra a criança e são criminosos. (...) Existe a tendência a dizer "pedofilia é crime, denuncie". Isso é um absurdo total que só prejudica os pacientes que precisam de tratamento.[18]

Entender a pedofilia como crime remete a uma perspectiva de direito penal de autor, rechaçando a necessidade da materialidade da ação e de lesividade da conduta. Relegar o direito penal do fato tem custo altíssimo, como historicamente demonstrado, por exemplo, pelo nacional socialismo alemão[19] e pelas doutrinas soviético-stalinistas.

O princípio da materialidade da ação é de fundamental importância para um direito penal democrático, que não faria referência ao crime como um

---

superintende regional e diretor-geral da PF" (LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo:* a construção social da pedofilia em múltiplos planos. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2015. p. 129-130).

17. "Uma pessoa que explora ou abusa sexualmente de um menino ou menina não é necessariamente um pedófilo, e um pedófilo pode não necessariamente realizar suas fantasias envolvendo-se em atividades sexuais com um menino ou uma menina" (OIT, 2004).

18. SANCHEZ, Giovana; MACHADO, Bruno. *Pedófilo relata tentativas de tratar a doença e o medo do descontrole*. Disponível em: [http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/09/pedofilo-relata-tentativas-de-tratar-doenca-e-o-medo-do-descontrole.html].

19. Nesse sentido, vide CONDE, Munoz Conde. *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*: Estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ente ontológico, como algo da "essência" de uma ação. Relegar isso acaba por desencadear em uma doutrina de defesa social[20] altamente excludente e moralizante, que pune a malvadez, a imoralidade, a anormalidade psicofísica, a periculosidade, sem que haja lesividade e ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado. Nas palavras de Ferrajoli:

> Substancialismo e substantivismo, além disso, alcançam as formas mais perversas no esquema penal do chamado *tipo de autor*, onde a hipótese normativa de desvio é simultaneamente "sem ação" e sem "fato ofensivo". A lei neste caso não proíbe nem regula comportamentos, senão configura *status* subjetivos diretamente incriminá veis: não tem função reguladora, mas

20. "A ideologia de defesa social (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social. O conteúdo dessa ideologia (...) é sumariamente reconstruível na seguinte série de princípios. a) *Princípio da legitimidade* (...); b) *Princípio do bem e do mal*. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem. c) *Princípio de culpabilidade*. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador. d) *Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente*. e) *Princípio de igualdade* (...). f) *Princípio do interesse social e do delito natural*. (...). (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal* – Introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 41-42, grifo nosso).

"A ideia central desta tendência é a de que o delinquente é um ser antropologicamente inferior, mais ou menos pervertido ou degenerado, e que, portanto, o problema da pena equivale àquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo apresenta. Nesta perspectiva as penas assumem o caráter de medidas tecnicamente apropriadas às diversas exigências terapêuticas de defesa social, vale dizer, higiênico-preventistas, terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinquente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos – e dos fatores sociais, psicológicos e antropológicos do crime. Segregação por tempo indeterminado, com revisões periódicas das sentenças e adaptação dos meios defensivos às categorias antropológicas dos delinquentes em vez daquelas jurídicas do delito constituem os princípios do novo sistema defensivo". (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 248-249).

> constitutiva dos pressupostos da pena; não é observável ou violável pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivamente observada e violada por condições pessoais, conformes ou contrárias. Está claro que ao faltar, antes inclusive da própria ação ou do fato, a proibição, todas as garantias penais e processuais resultam neutralizadas. *Trata-se, com efeito, de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu* e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal. *O caso limite é o das leis penais raciais, em que uma condição natural da pessoa constitui por si só o pressuposto da pena.* Mas o mesmo esquema vem reproduzido pela persecução penal dos hereges e das bruxas e, nos tempos modernos, pelo modelo nazista do "tipo normativo de autor", pelo stalinista do "inimigo do povo" e pelo positivista do "delinquente nato" ou "natural". Em nosso ordenamento são reconduzidas a ele, por exemplo, as normas que dispõem acerca de medidas punitivas contra os "ociosos", "vagabundos", os "propensos a delinquir" e similares.[21]

De suma importância, ainda, o caro princípio da separação entre moral e direito, referência fundamental da ética laica moderna. De acordo com Ferrajoli, não é tarefa do direito sancionar ou impor a moral, visto que a reivindicação da absoluta licitude dos atos internos, assim como o direito natural à imoralidade é um dos princípios mais revolucionários do liberalismo moderno. A separação entre direito e moral tutela a liberdade interior do cidadão como pressuposto da sua vida moral, bem como sua liberdade exterior para realizar tudo o que não esteja proibido.

As repercussões de um direito penal que se dispõe a criminalizar estados de ânimo em detrimento de fatos realmente lesivos e penalmente relevantes são tratamentos de exceção, com base principalmente em uma virtualidade comportamental do sujeito, qual seja a periculosidade – traduzida aqui como risco de cometer um crime ou reincidir, pautado em uma dimensão ontológica da suposta delinquência do sujeito. No caso da pessoa com transtorno pedofílico, a figura do "monstro" vinculada a esse diagnóstico – em grande parte das vezes feito de forma leviana e sem lastro técnico algum[22] – força os limites entre o

21. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 98.

22. Vide, a título exemplificativo: Ementa: Apelação criminal – *Pornografia infantil e pedofilia – Artigos 241-B, caput, e 241-D*, parágrafo único, inciso II, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (...) (TJMG – Apelação Criminal 1.0702.10.055902-1/001, rel. Des.(a) Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. 04.02.2014, publicação da súmula em 14.02.2014, grifo nosso).

direito e a psiquiatria, desembocando até mesmo em uma tentativa de retornar ao ultrapassado e autoritário sistema duplo binário para esses casos.

Ademais, Foucault[23] já bem demonstrou como a construção da figura do monstro é uma construção essencialmente jurídica. Da Idade Média até o século XVIII o monstro era a mistura do reino animal com o humano (hermafrodita, siameses), forçando os limites da natureza. Já a partir de meados do século XVIII o monstro se tornou um complexo jurídico-moral, posto que a monstruosidade passou a representar os desvios morais, as anomalias, as transgressões, as perversidades.[24]

O desejo do pedófilo é, de fato, considerado como um dos grandes desvios morais em nossa cultura, e isso faz emergir a referida figura do monstro, a figura que merece um tratamento de exceção – e, mais que isso, a própria monstruosidade passa a ser em si criminosa. Como muito bem colocado por Lowenkron, o pedófilo é o monstro moral contemporâneo.

Cabe resgatar brevemente o trabalho dessa autora[25] num caso emblemático estudado por ela e que demonstra muito bem o cunho e o verniz moral que podem estar por trás da criminalização disposta nos arts. 241-B e 241-C do

---

Habeas corpus. *Atentado violento ao pudor e pedofilia*. (...). (TJMG – *Habeas Corpus Criminal* 1.0000.09.498479-6/000, rel. Des.(a) Doorgal Andrada, 4ª Câmara Criminal, j. 29.07.2009, publicação da súmula em 26.08.2009, grifo nosso).

Habeas corpus estupro de vulnerável – Pedofilia – Crimes elencados no ECA. (...) (TJMG – *Habeas Corpus* Criminal 1.0000.10.028031-2/000, rel. Des.(a) Pedro Vergara, 5ª Câmara Criminal, j. 07.07.2010, publicação da súmula em 21.07.2010, grifo nosso).

23. FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

24. Ao comparar a punição nos casos dos hermafroditas nos séculos XVI, XVII e XVIII, o caso Anne Grandjean é bastante elucidativo, pois ela deixa de ser condenada pelo fato de ser hermafrodita – e com isso romper com as leis da natureza – para ser condenada por sua perversidade. Nas palavras do autor: "o que deve suscitar, a propósito de Grandjean, o que deve provocar a condenação – diz Champeaux – não é o fato de ela ser hermafrodita. É simplesmente o fato de que, sendo mulher, *ela tem gostos perversos*, gosta de mulheres, e é essa monstruosidade, não de natureza, mas de comportamento, que deve provocar a condenação" (FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 91, grifo nosso).

25. LOWENKRON. Laura. O monstro contemporâneo: A construção da pedofilia em múltiplos planos. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2015. Neste trabalho, fruto da sua tese de doutoramento, a autora acompanhou toda a CPI da Pedofilia, tendo participado de reuniões, entrevistas e estudo de campo com os principais autores envolvidos nesse processo.

Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstrando o borramento da fronteira entre a fantasia e o ato de violência.

Trata-se do caso ocorrido no ano de 2004 por ela intitulado "Gostozo porrar criança". Esse era o apelido utilizado por um estudante universitário do Rio de Janeiro, o qual buscava conversar nas salas de bate-papo *online* com outras pessoas que teoricamente se relacionavam sexualmente com crianças. Certa feita, um sujeito se passou por pedófilo e conversou com esse estudante, incitando-o a dizer o porquê daquele apelido. Ele narrou, então, que tinha um filho de quatro anos, de quem abusava sexualmente e espancava constantemente. Contou as maiores perversidades. Daí, a pessoa que se passou por pedófila encaminhou a conversa para o Disque-Denúncia.

A Delegacia de Proteção a Crianças e Adolescentes e o Ministério Público tomaram as decisões cabíveis (pedidos de interceptação telefônica, de quebra do sigilo de e-mail, de informações à faculdade onde o suspeito estudava e de prisão temporária). Fato é que no decorrer do inquérito todas as evidências demonstraram que esse filho *não existia*. Tratava-se apenas de um sujeito solteiro e sem filhos que utilizava a sala de bate-papo para compartilhar as suas fantasias perversas. O investigado declarou aos policiais que o suposto filho, bem como outras crianças que dizia abusar eram fictícias e negou o suposto cometimento do crime àquela época chamado "atentado violento ao pudor", antigo art. 214 do Código Penal (hoje qualificado como estupro de vulnerável – art. 217-A).

No entanto, o investigado havia sustentado ostensivamente diante dos policiais suas fantasias sexuais. Parece que essa perversidade escancarada do desejo causou irresignação nos policiais e no judiciário, o qual, muito embora não houvesse criança alguma abusada, não aceitou o pedido de trancamento do inquérito. Ao contrário, em que pese que àquela época, 2004, a posse de pornografia infantil ainda não fosse crime (o que só veio ocorrer com a CPI da Pedofilia), tentaram enquadrar o material de pornografia infantil que o indiciado armazenava em seu computador no tipo penal de divulgação de pornografia infantil, deslocando a atribuição investigativa para a Polícia Federal em razão da matéria.

Até 2010, quando a autora consultou pela última vez os autos, o caso ainda não tinha tido um desfecho. Mesmo com o passar de tantos anos e com a falta de adequação a qualquer conduta tipicamente descrita como crime à época, o indiciado suportou o peso do inquérito por muito tempo, bem como as repercussões que isso trouxe para sua vida.

Esse caso foi trazido para ajudar a afirmar o fato de que, por mais perversa que seja a conduta de fantasiar sexualmente com uma criança (e expor isso a terceiros), ou seja, por mais perverso que seja o desejo, o direito penal não deve alcançar esse sujeito. A questão da criminalização ou não da posse de

pornografia infantil e da simulação de pornografia infantil passa pelo fato de que existe realmente uma confusão entre fantasia, pedofilia e violência sexual. Há patente imbricação entre direito e moral.

Qual seria a lesividade dessas duas condutas tipificadas pelos arts. 241-B e 241-C do ECA? Qual o bem jurídico tutelado? Qual a exterioridade da ação e, logo, a sua materialidade? A posse de pornografia infantil, e ainda mais a simulação da mesma, não se trataria de um desejo perverso que não necessariamente vai desencadear em uma ação lesiva? Será que consumir pornografia infantil estimula a sua produção? Mas o que dizer da *simulação* da pornografia infantil ou de sexo explícito com criança ou adolescente?

Várias são as questões envolvidas nessa discussão. E vale lembrar sempre quais foram as propostas dispostas na CPI da Pedofilia que não passaram para o nosso ordenamento jurídico, não sem tentativas veementes em sentido contrário, principalmente para uma assimilação no direito brasileiro da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa – que criminaliza, inclusive, *adultos que aparentam ser menores de idade, quando realizam cenas de sexo explícito e a produção de imagens fictícias realísticas que representem um menor em um comportamento sexualmente explícito (animações, desenhos, montagens etc.)*. Deve-se falar, ainda, da tentativa bancada pela ONG Safernet de criminalizar o mero *download* e a mera busca intencional na internet de pornografia infantil.

Os contornos do tema apontam para uma caça aos desejos desviantes e perversos que, *por piores e mais reprováveis que sejam*, não devem ensejar a aplicação do direito penal se não há a materialidade da ação e se não há a passagem ao ato do desejo e da fantasia para um abuso ou violência sexual concreta contra uma criança ou adolescente. A história já demonstrou as consequências graves do direito penal de autor e da adoção da doutrina da defesa social, bem como o incontrolável uso político que pode ser feito da escolha por essa abordagem antigarantista.

3. A aposta em uma abordagem garantista nos casos que envolvam consumo de pornografia infantil (e os perigos de se fazer o contrário)

Primeiramente, quando se fala em consumo de pornografia infantil, e dos crimes a isto relacionados[26] (incluindo aí até mesmo de estupro de vulnerável), não é demais repetir que é necessário se encetar um diagnóstico, realizado por

26. Entende-se aqui por consumo de pornografia infantil e crimes relacionados aqueles dispostos do art. 240 ao art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente.

profissional competente, para se afirmar que no caso concreto o crime foi perpetrado por uma pessoa portadora de transtorno pedofílico.

É de suma importância frisar e repisar que nem todo portador de transtorno pedofílico comete crimes e, da mesma forma, nem todos os crimes relacionados ao abuso e violência sexual de menores são cometidos por pessoas com o referido diagnóstico. Essa é uma confusão constante na jurisprudência, e que causa diversos transtornos na vida do réu e do condenado, pois pode vir a aumentar a pena na primeira fase da sua dosimetria bem como dificultar o direito ao livramento condicional e a progressão de regime. Ademais, há que se fazer uma discussão contundente sobre a forma de responsabilização penal quando há o diagnóstico – se imputável, semi-imputável ou inimputável – tema, por certo, para outro momento que não o presente trabalho.

Ao pensar em uma abordagem garantista, antes de tudo deve-se ter como referência a perspectiva minimalista[27] dessa teoria, de tal forma que o direito penal deve ter um caráter subsidiário e fragmentário, tutelando o que há de mais importante na sociedade, que são os direitos fundamentais. Para a teoria garantista, tendo como referência uma concepção minimalista, o direito penal deve ter como escopo a prevenção dos delitos e a prevenção das penas informais. Nesse sentido:

> (...) significa, antes, que o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito de sê-lo.[28]

27. Inclusive o próprio Alessandro Baratta, abolicionista, assume essa perspectiva minimalista – direitos humanos como limite de atuação do direito penal – como horizonte tático da abolição do direito penal. Nesse sentido: "La tarea que me he propuesto en estas páginas es la de realizar una articulación programática de la idea de la minima intervención penal *como idea-guia para una politica penal a corto e mediano plazo*. La adopción de esta idea pretende ser una respuesta a la cuestión acerca de los requisitos minimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal. El concepto de los derechos humanos asume, en este caso, una función negativa concerniente a los limites de la intervención penal. *En segundo lugar, una función positiva, respecto de la definición del objeto, posible, pero no necesario, de la tutela por medio del derecho penal"* (BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal* – Compilación *in memoriam*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2004. p. 319, grifo nosso).

28. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 310.

Como direito penal mínimo, as leis penais se justificam enquanto lei do mais fraco,[29] que visa limitar a violência arbitrária do poder punitivo. Assim, as duas finalidades preventivas supramencionadas legitimam a necessidade política do direito penal, porém, "enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, aos quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições[30]". Sendo um dos principais escopos do direito penal tutelar direitos fundamentais, não necessariamente tal direito será democrático se meramente advir de um consenso da maioria. A tutela dos direitos fundamentais é uma das suas razões de ser da lei penal em um referencial minimalista, e, portanto, a garantia dos direitos fundamentais deve perseverar mesmo que contra os interesses da maioria.

Partindo dessa perspectiva e correlacionando-a à temática proposta neste artigo, certamente cabe ao direito penal eleger como condutas criminosas a venda ou exposição a venda de material que contenha pornografia infantil ou cenas de sexo explícito envolvendo menores (art. 240, ECA); oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar o referido material (art. 241-A, ECA); e aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança com o fim de com ela praticar ato libidinoso (art. 241-D).

No entanto, parece ser no mínimo passível de boa discussão a tutela pelo direito penal dos arts. 241-B e 241-C, da Lei 8.069/90 – posse e simulação de pornografia infantil, respectivamente. Isso devido à duvidosa lesividade da conduta, bem como a uma grande pecha moral ao se criminalizar condutas que dizem respeito à fantasia e ao desejo perverso. Um ponto que destaca, e bem, esse verniz moral na criminalização das referidas condutas é o fato, a nosso ver inexplicável, da pena da *simulação* de pornografia infantil (art. 241-C, da Lei 8.069/90) ser a *mesma* da conduta de aliciar, assediar, instigar ou constranger criança, por qualquer meio de comunicação, com o fim de com ela praticar ato libidinoso. Como pode ser a pena da simulação de pornografia infantil a mesma de aliciar uma criança? No primeiro caso, não há sequer participação direta de criança ou adolescente,[31] apenas uma insinuação, simulação;

29. Vide: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. 4. ed. Madrid: editorial Trotta, 2004.

30. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 312.

31. "Destaque para a história ocorrida em 2007, em que um adulto, em um ambiente virtual adulto, criou um personagem virtual representado por uma criança de treze

sustentar tal incriminação afronta o "Princípio da Ofensividade – pois não há vítima direta nem violação de bem jurídico material *per si* – torna punível a conduta de criação de pseudomídias, restringindo a liberdade de expressão, a produção artística, a produção literária e assim por diante".[32]

Já no segundo caso há o aliciamento da criança e, portanto, há sim uma conduta lesiva – contato direto, através de qualquer meio de comunicação, com a criança, no intuito de com ela cometer ato libidinoso. Nesse último, as repercussões possíveis são as mais variadas e lesivas, como dano psicológico à criança, ou o aumento expressivo do risco da criança ser de fato abusada ou violentada sexualmente caso o ato libidinoso se consume.

Evidencia-se, pois, que a lei penal nos artigos em análise está em dissonância com a teoria garantista. A epistemologia garantista baseia-se principalmente no convencionalismo penal e na legalidade estrita. O convencionalismo penal traz rígida separação entre o direito e outros critérios extrajurídicos de qualificação ou valoração. Ademais, na construção do que deve ser penalmente tutelado, deve-se observar o princípio da estrita legalidade, "proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas".[33] Caso se baseie na pessoa e não no fato, ter-se-á um caráter *constitutivo* da norma penal, e não *regulamentar*, como vislumbra o garantismo.

Se as fantasias desviantes são criminalizadas, se a pedofilia é tratada como crime e não como patologia, o que se encontra são normas sumamente constitutivas, que por sua própria natureza confundem direito com moral.

Ainda, outro elemento da epistemologia garantista é o cognitivismo processual, que traz a formulação acerca da "verdade processual". Para se chegar a ela dentro da estrita jurisdicionalidade é necessária a devida separação entre

---

anos e permitiu que outras pessoas adultas, no mesmo ambiente virtual e com seus personagens virtuais representados por adultos a estuprassem. Teriam esses usuários cometido algum delito? De acordo com o artigo referido, a resposta seria afirmativa e quaisquer pessoas que eventualmente venderem, expuserem à venda, disponibilizarem, distribuírem, publicarem, divulgarem, adquirirem, possuírem ou armazenarem tal material, por força do parágrafo único do artigo, também incorrerão nas penas" (SYDOW, Spencer Toth. "Pedofilia virtual" e considerações críticas sobre a Lei 11.829/08. *Revista Liberdades*, São Paulo: IBCCRIM, n. 1, 2009. p. 56).

32. SYDOW, Spencer Toth. "Pedofilia virtual" e considerações críticas sobre a Lei 11.829/08. *Revista Liberdades*, São Paulo: IBCCRIM, n. 1, 2009. p. 55.

33. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 39.

direito e moral. Assim, nenhum tipo de fantasia, por mais perversa que seja (se não passada ao ato, por certo), deve ser tutelada pela lei penal, vez que uma acepção ontológica acerca de uma conduta que, supostamente, seria em uma *essência* um crime não pode ser apreciada dentro de uma perspectiva cognitivista do processo. Além disso, uma condição ontológica (é dizer, do ser) não deve servir nem para constituir um injusto penal nem tampouco para ser causa de uma qualificadora ou de uma majorante de uma pena.

O Projeto de Lei do Senado 177/09[34], promovido pela CPI da Pedofilia, gerou como um dos principais debates a colocação ou não do *nomen iuris* "pedofilia" para os crimes sexuais que envolvem menores.[35] Como já dito, na

34. Atualmente o PLS 177/09 está na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa pronta para a pauta na comissão desde 26.05.2015. Vide: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90944].

35. Eis uma das trocas de e-mails discutindo a questão, disponível no relatório final da CPII da Pedofilia:

"Carlos Fortes [Mensagem anterior do Promotor de Justiça de Minas Gerais Carlos Fortes]

Defendo a colocação do *nomen iuris* 'pedofilia' no Código Penal (parágrafos únicos dos artigos 213 e 214) Com todo o respeito, entendo fundamental que se coloque no CP o *nomen iuris* 'pedofilia', nos parágrafos acrescidos aos artigos 213 e 214. 'Pedofilia' realmente se refere a um distúrbio de sexualidade na definição médica (CID-10, F65.4), mas isso não impede que o nome seja usado para indicar um crime específico na definição jurídica. O nome 'pedofilia' não é monopólio da área de saúde.

(...) O distúrbio de sexualidade (ou doença, se preferir) não criou o nome. O nome, que tem o significado acima descrito, é que foi usado para denominar o referido distúrbio – também chamado de *pedosexualidade*. Assim, não há problema em que seja usado, no campo jurídico, com outro significado, ou seja, para denominar o estupro e o atentado violento ao pudor cometidos contra criança. (...)

Além disso, como temos visto há tempos e como observamos com mais exatidão durante as Audiências Públicas em BSB e em outros estados, o vocábulo 'pedofilia' já é amplamente usado pela população, pelos meios de comunicação e pelos parlamentares exatamente para indicar o estupro e o atentado violento ao pudor cometidos contra criança (não uma doença). Afinal de contas o nome da CPI é: 'CPI da Pedofilia'! (até prefiro *contra* a pedofilia) Não porque trata de 'pedofilia' na definição 'médica' (restrita), mas porque trata de 'pedofilia' na definição que o povo, os meios de comunicação e os parlamentares deram à palavra: crime sexual contra criança! A intenção do *nomen iuris* é facilitar o entendimento, e, neste caso, também serve para caracterizar a intenção desta CPI e definir o criminoso que comete atos tão hediondos (na acepção original da palavra) como 'pedófilo' – condenado por pedofilia – não porque seja necessariamente um doente, mas porque é um criminoso que revela grande periculosidade e ataca o que há de mais importante: a criança. Há uma função pedagógica e preventiva

jurisprudência, uma breve pesquisa demonstra que o termo é utilizado como se crime fosse. Depois de muito debate, o *nomen iuris* "pedofilia" não foi aprovado para compor o projeto de lei apresentado pela CPI. Cumpre ressaltar que essa tentativa tem caráter antigarantista, pois parte de uma concepção *substancialista* do desvio, ou seja, ontológica, e não formalista ou convencional.

Para a concepção antigarantista substancialista, a lei penal não se importa apenas com os delitos formalizados em lei, mas o delito que em si seria monstruoso, imoral ou anormal. Importa-se aqui não apenas com o delito, mas com a pessoa que o pratica. O substancialismo confunde direito e moral (ao contrário do convencionalismo), e dá ensejo a discriminações subjetivas e restrições de fantasias e desejos desviantes (quando não há passagem ao ato), limitando a esfera de liberdade dos cidadãos.

Os artigos 241-B e 241-C, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, são, na perspectiva aqui exposta, eminentemente substancialistas e, portanto, antigarantistas. Não cumpre um dos princípios basilares de uma teoria democrática que é a estrita legalidade. No entanto, por mais substancialistas e moralistas que sejam essas normas – não colaborando em nada para a efetiva proteção da criança e do adolescente –, enquanto não declaradas inválidas serão internamente legítimas (válidas).

Sobre as consequências de se optar por uma teoria antigarantista do direito penal ou mesmo um garantismo muito mitigado (*graus minorados de garantismo*), note-se que as consequências, muitas delas historicamente demonstradas, são de tratamento de exceção para as pessoas que cometem um injusto, principalmente se este tiver um referencial substancialista. Trazendo essa questão para a temática em análise, nas discussões para a formulação do já mencionado PLS 177/09, cogitou-se, como já dissemos, o retorno do extinto sistema duplo binário para os casos que envolvessem transtorno pedofílico,[36] algo de auto-

---

no nome. Aliás, como ressaltado pelo presidente da CPI em diversas oportunidades, no plenário do Senado e por todo o Brasil.

Se não forem colocados os *nomen iuris* 'pedofilia em estupro' e 'pedofilia em atentado violento ao pudor', entendo que é melhor que não se coloque nome algum, tratando o parágrafo simplesmente de um aumento de pena – deixa de existir a razão de ser do *nomen iuris*. Carlos Fortes" (BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 459-460, grifo nosso).

36. Fragmentos do Relatório Final da CPI da Pedofilia: "*No que respeita à adoção de tratamento para o pedófilo condenado pela prática de crime sexual contra crianças*: entendo necessário e possível fazê-lo. *Quanto* à *necessidade, parece-me suficiente observar que, consoante temos ouvido de especialistas, o pedófilo autor de crime, sem tratamento,*

ritarismo ímpar,[37] não só configurando potencialmente um *bis in idem* como também dando contornos de uma punição sem limite temporal estabelecido.

O Garantismo Penal é um modelo que traz maiores limitações ao poder de punir, diminuindo o arbítrio e protegendo o mais fraco. É um modelo, ainda, que rechaça a punição pelo que a pessoa é, sem que haja lesividade ou mesmo materialidade da ação. Assim, deixar a fissura penal da criminalização do desejo desviante e perverso, sem que haja os requisitos fundamentais para que uma conduta seja punida penalmente, abre espaço para o uso político incontrolável

---

voltará a delinquir. Quanto à possibilidade (é claro que podemos ser acusados de reacionários, mas não nos faltarão argumentos para defesa), lembro que o CPB, antes da reforma penal de 1984 (eis aí um ponto em que a idade traz consigo algum proveito: a lembrança do passado), adotava, em relação ao semi-imputável, o sistema do duplo, mais comumente denominado 'duplo binário', que consistia em submeter o agente a duas espécies de sanção penal: a pena e a medida de segurança. *Basta-nos, pois, tendo em vista a especificidade do tema e a natureza absoluta da proteção que deve ser dispensada* à *criança, que restauremos, em termos modernos e bem postos, uma exceção ao sistema vicariante hoje adotado para os semi-imputáveis em geral*. Observo, adicionalmente e por fim, que na porcaria da Lei de tóxicos, que desgraçadamente ajudei a fazer, se propunha igual medida (já nem me recordo se foi ou não adotada a sugestão, já que hoje, ao tentar ler a lei, sou tomado de vertigens). (...). André Ubaldino" (BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 463. Grifo nosso).

"Bom, pelo que entendi, *queremos prever alguma punição para a 'pedofilia' na Lei*. Diante disto, poderíamos prever que uma vez comprovada a Pedofilia (laudo médico) e a prática de crimes sexuais contra crianças e adolescentes (Estupro, Atentado Violento ao Pudor, Pornografia Infantil, etc.), alguma sanção seria aplicada ao criminoso em razão desta 'doença'. Assim, sugiro alteração nos requisitos para liberdade provisória, suspensão condicional da pena, livramento condicional e progressão de regime (necessidade de laudo médico atestando que o criminoso não representa risco *à* sociedade – 'está curado da pedofilia'), prever alguns efeitos específicos da condenação (suspensão do pátrio poder, extinção de tutela etc.), *propor a aplicação de medida de segurança se em razão do 'grau da doença' for causa de internação e não prisão, e obrigação de tratamento psiquiátrico durante o período da prisão e até mesmo prever algum tipo de 'pena restritiva de direitos' em casos de crimes. Podemos até mesmo propor um regime especial para pedófilos*. Um abraço, Sobral". (BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 460. Grifo nosso).

37. No mesmo sentido, Projeto de Lei 5.398/13, proposto pelo Deputado Jair Bolsonaro, a fim de que nos casos de crimes sexuais os condenados, para terem direito ao livramento condicional ou progressão de regime tenham que, *necessariamente*, se submeter à castração química. Trata-se, portanto, de um tratamento compulsório juntamente com a pena de prisão.

pelo direito penal não só de condutas, mas também de pessoas. A noção de periculosidade, não só nos casos de medida de segurança, mas também nos casos que ensejam a prisão cautelar ou tornam a pena mais alta tomando como referência elementos do art. 59 do Código Penal, têm como referência não um fato criminoso, mas o ser da pessoa – a virtualidade, o risco (eis a "futurologia") da pessoa reincidir, a sua "malvadez", a sua perversidade.

4. Considerações finais

O que está verdadeiramente em questão na criminalização da mera posse[38] e, pior, na *simulação* de pornografia infantil ou sexo explícito com menor? Qual a lesividade das condutas? De que forma essa criminalização protege crianças e adolescentes? Qual o bem jurídico tutelado nesses casos? As respostas parecem apontar para a criminalização do desejo do sujeito; desejo perverso, certamente, mas que não deve ensejar a tutela do direito penal.

> (...) no campo do direito penal esta doutrina expressou-se, historicamente, através de três princípios axiológicos diversos, relativos, respectivamente, as concepções de delito, do processo e da pena. (...) Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente *bens jurídicos alheios*, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnica de prevenção daquelas ofensas. *O Estado, com efeito não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhe a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros. Em segundo lugar, se aplicado ao processo, e consequentemente aos problemas de*

38. Em alguns países a mera posse de pornografia infantil não é crime. De acordo com a CPI da Pedofilia: "Quanto à posse de pornografia infantil, o GT pesquisou como os demais países tratam do tema. A Inglaterra e o Japão, por exemplo, somente punem a posse se houver o fim de publicá-la ou mostrá-la (Capítulo 37 do *Protection of Children Act 1978* – Inglaterra), ou fornecê-la (art. 7º da Lei de Punição de atividade relacionadas à prostituição e pornografia infantil e de Proteção da Criança, editada em 26 de maio de 1999 – Japão). O GT, no entanto, tendo em vista a realidade brasileira e a necessidade de dar máxima efetividade à lei penal, optou por seguir o caminho trilhado por países como a Itália, cuja legislação penal proscreve, nos arts. 600-*ter*, 600-*quater* e 600-*quater bis* do Código Penal italiano (CPIt), a *simples posse ou detenção* – ainda que sem finalidade comercial ou de distribuição – de material pornográfico envolvendo menor de dezoito anos de idade" (BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 352).

> *jurisdição, o princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as* únicas *coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim um juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados pela lei. Um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que* é.[39]

Para finalizar, a problematização proposta da criminalização das condutas dispostas nos artigos 241-B e 241-C, ambos da Lei 8069/90, bem como demonstrar que por mais reprovável que seja determinado desejo, se não há *lesividade*, se não há bem jurídico tutelado, se não há *necessidade*, não há que se falar em crime, traz-se alguns princípios fundamentais para que se alcance um grau mais alto de garantismo penal e, como consequência, maior e mais qualificada proteção de direitos fundamentais.

Tais princípios, todos de algum modo já comentado no decorrer deste artigo, são os princípios da separação entre direito e moral, da lesividade e da necessidade. O primeiro deles veta, nas palavras de Ferrajoli:

> (...) a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos. E impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros.[40]

Dessa forma, se a pedofilia é a preferência sexual por crianças pré-púberes, essa condição em si não deve incriminar ninguém. Pedofilia – transtorno pedofílico – é uma coisa, crime de violência sexual ou abuso de menores é outra coisa. No entanto, uma breve consulta no Relatório final da CPI da Pedofilia demonstra diversas referências ao termo "acusado de pedofilia[41]". Ora, por tu-

39. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 208. Grifo nosso.

40. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 426.

41. Alguns dos fragmentos extraídos do Relatório:

"*Funcionário público* **é** *acusado de pedofilia* e morre linchado em Caçapava" (BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 478. Grifo nosso).

do quanto exposto, como alguém pode ser *acusado* de pedofilia – se pedofilia não é crime?

O princípio da necessidade, por sua vez, está relacionado à perspectiva do direito penal mínimo, de tal forma que tendo o direito penal o objetivo de limitar o poder punitivo, somente podem ser punidas condutas extremamente lesivas – sobretudo a direitos fundamentais – e que se não fossem objeto de tutela do direito penal suas práticas ensejariam uma reação informal mais grave que a própria lesão perpetrada. Há que se ressaltar que, em uma perspectiva garantista, o direito penal não é a melhor ferramenta para tutela de bens, e só deve ser utilizado subsidiariamente a uma política extrapenal de proteção desses bens. Políticas públicas podem evitar lesão a bens jurídicos penalmente tutelados, assim como outros ramos do direito podem estar aptos a proceder uma responsabilização de maneira mais eficiente que o direito penal.

Por fim, o princípio da lesividade está relacionado à produção de resultado, visto que a necessidade de aplicação das leis penais fica submetida à lesividade da conduta a terceiros. Daí porque pensar que (sobretudo) a simulação de pornografia infantil deveria ser declarada inválida, pois fere todos os princípios referidos, além de ser uma norma eminentemente substancialista. A mera posse de pornografia infantil (que pode ser considerada bem mais polêmica no que diz respeito à sua descriminalização) também é uma conduta que não gera lesão, pois o abuso ou a violência sexual contra o menor já ocorreu.

Outro ponto de extrema importância é pensar a responsabilidade penal da

---

"O senhor Luciano Alves de Queiroz exercia o cargo de Procurador-Geral do Estado de Roraima. Ao ser detido pela Operação Arcanjo, *acusado de pedofilia*, foi exonerado pelo Governador" (BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 1076. Grifo nosso).

"Sr. Presidente Senador Magno Malta (Pres.): Não conhece. *Você está vendo pela mídia que ele está sendo acusado de pedofilia,* de abuso de criança e, concomitantemente, ele se evadiu com mandato de prisão, fugiu" (BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 1171. Grifo nosso).

"Por meio de um telefone celular, um líder da facção determinou a pena do *acusado de pedofilia:* morte por marteladas" (BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 1193. Grifo nosso).

Sr. Presidente Senador Magno Malta (Pres.): Você sabe que o *seu tio* é *acusado de pedofilia*, de abuso, de atos libidinosos, e assim como todo pedófilo, à prática do exibicionismo. Você sabia, você tinha conhecimento de atos libidinosos do seu tio ou nunca se deu conta de que ele tinha esse tipo de envolvimento? (BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010. p. 1251. Grifo nosso).

pessoa *diagnosticada* com transtorno pedofílico, vez que a medida de segurança, seguindo o modelo garantista, ao fim e ao cabo não deveria existir. A imputabilidade, por sua vez, parece ser inaceitável, já que há um transtorno diagnosticado devidamente descrito no DSM-5. Já a semi-imputabilidade implica em diversas problemáticas como, por exemplo, o fato de que ninguém deve se submeter a tratamento de forma compulsória, bem como a completa falta de assimilação pela doutrina e pela jurisprudência da conhecida lei da reforma psiquiátrica, Lei 10.216/01. Mas esses já são temas para outro artigo.

5. Referências bibliográficas

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM-5)*. 5. ed. Arlington: American Psychiatric Association, 2013.

BALTIERI, Danilo Antônio. *Consumo de* álcool *e outras drogas e impulsividade sexual entre agressores sexuais*. 2005. 149 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Medicina, São Paulo, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal* – Introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal* – Compilación *in memoriam*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BOLSONARO, Jair. *Projeto de Lei 5.398/13*. Altera as redações do parágrafo único do artigo 83, dos artigos 213, *caput* e §§ 1º e 2º, e 217-A, *caput* e §§ 3º e 4º, todos do Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940, e a do § 2º do artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: [www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7FA36DEB688607A7D753B80BC9685AAB.proposicoesWeb2?codteor=1078354&filename=PL+5398/2013].

BRASIL. Congresso Nacional. CPMI da Exploração Sexual de Criança e Adolescentes. *Relatório final*. Brasília, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (CF)*, 1988.

BRASIL. *Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal (CP),* 1940.

BRASIL. *Lei 8.069. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),* 1990.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. *Relatório final*. Brasília, 2010.

CPI DA PEDOFILIA. *Projeto de Lei do Senado 177/09*. Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e as Leis 7.960, de 21 de dezembro de 1989 (Lei de Prisão Temporária), 8.072, de 25 de julho de 1990

(Lei de Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para agravar a pena dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos contra criança, e dá outras providências. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90944].

CONDE, Muñoz. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CONGRESSO MUNDIAL SOBRE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 1., 1998, Estocolmo. *Declaração de Estocolmo*. Estocolmo, 1998.

CONGRESSO MUNDIAL DE ENFRENTAMENTO DA EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 2., 2001, Yokohama. *Anais*... 2001.

CONGRESSO MUNDIAL DE ENFRENTAMENTO DA EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 3., 2008, Rio de Janeiro. *Declaração do Rio de Janeiro e chamada para ação para prevenir e eliminar a exploração sexual de crianças e adolescentes*. Rio de Janeiro, 2008.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o cibercrime*. Budapeste, 2001.

ECPAT. *Violence against children in cyberspace*: a contribution to the United Nations study on violence against children. Bangkok, Thailand: ECPAT International, 2005. Disponível em: [www.ecpat.net/EI/Publications/ICT/Cyberspace_ENG.pdf].

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias* – La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Editora Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I:* a vontade de saber. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo:* a construção social da pedofilia em múltiplos planos. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção 182* (Convenção sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação). OIT, 1999.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Exploração sexual de crianças e adolescentes de A a Z (relatório). Infância e adolescência prevenida da exploração sexual na tríplice fronteira Argentina–Brasil–Uruguai*. OIT, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC)*. ONU, 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Protocolo Facultativo* à *Convenção sobre os Direitos da Criança relativo* à *Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis*. ONU, 2000.

POLÍCIA FEDERAL. *PF realiza operação para combater pornografia infantil no Amapá*. Disponível em: [www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/06/pf-realiza-operacao-para-combater-pornografia-infantil-no-amapa].

SANCHEZ, Giovana; MACHADO, Bruno. *Pedófilo relata tentativas de tratar a doença e o medo do descontrole*. Disponível em: [http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/09/pedofilo-relata-tentativas-de-tratar-doenca-e-o-medo-do-descontrole.html].

SYDOW, Spencer Toth. "Pedofilia virtual" e considerações críticas sobre a Lei 11.829/08. Revista Liberdades, n. 1, São Paulo: IBCCRIM, p. 46-65, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Aspectos criminológicos e jurídico-penais da pedofilia uma proposta de alteração da legislação brasileira, de Tábata Crestani e Gisele Mendes de Carvalho – *Ciências Penais* 15/451-480 (DTR\2011\5235);
- Do depoimento de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, de Orlando Haddad Neto – *RDIJ* 3/173-187 (DTR\2014\2170); e
- Pedofilia nas redes sociais, de David Augusto Fernandes – *RT* 928/255-280 (DTR\2013\436).

Criminalidade intraempresarial, sistemas de denunciação interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do *whistleblowing*

Inside corporation criminality, internal systems of report and its repercussions on criminal law scope: whistleblowing phenomenon

Rodrigo Sánchez Rios

Professor Doutor de Direito Penal da PUC-PR. Advogado criminalista.
rodrigo@sanchezrios.com.br

Allian Djeyce Rodrigues Machado

Mestranda da PUC-PR. Advogada criminalista.
allian@sanchezrios.com.br

Recebido em: 16.11.2016
Aprovado em: 06.02.2017
Última versão da autora: 24.02.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Atualmente vivencia-se o paradigma da prevenção. O enfrentamento dos crimes não se dá, primordialmente, por instrumentos técnicos, mas sim recorrendo-se à norma penal. Criticando esse panorama, e reconhecendo as dificuldades que as novas formas de configuração empresarial apresentam para o sistema de imputação penal e prevenção de ilícitos no interior de suas estruturas, por intermédio dos mecanismos de *Compliance*, buscou-se analisar um novo instrumento, já adotado na experiência comparativa, na identificação e neutralização de condutas delituosas: os sistemas de *Whistleblowing*. Para tanto, ponderou-se, de maneira crítica, os principais aspectos desse novo instituto, tratando, ponto a ponto, a viabilidade de sua adoção no âmbito da normativa pátria e os eventuais reflexos positivos que ela poderia ensejar.

Palavras-chave: *Whistleblowing* – Política criminal – *Compliance* – Denúncia interna.

Abstract: Nowadays it is experienced the prevention paradigm. The fight against crime is carried out through the criminal law, instead of other technical instruments. Criticizing such posture and recognizing that there are difficulties to the criminal liability and prevention system brought by new forms of corporations, it was sought to analyze a new mechanism, already used in foreign countries to identify and neutralize criminal acts: the Whistleblowing system. For this purpose, it was considered in a critical way the main aspects of this new institute, reasoning the feasibility of its adoption in Brazilian law and the positive consequences it may have.

Keywords: Whistleblowing – Criminal policy – Compliance – Inside complaint.

Rios, Rodrigo Sánchez; Machado, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denunciação interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do *whistleblowing*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 137. ano 25. p. 89-123. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

Sumário: 1. Premissas iniciais. 2. Investigações internas, *whistleblowing* e direito penal. 3. *Whistleblowing* como instrumento de política criminal?. 3.1. Por que incentivar a denúncia?. 3.2. Como dotar o sistema de aspectos político-criminais eficientes?. 3.3. Por que não incentivar um sistema de recompensas financeiras em troca da denúncia de ilícitos?. 4. O *whistleblowing* no Brasil. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. Premissas iniciais

Winfried Hassemer bem traduziu a realidade quando afirmou ter o discurso associado à política criminal contemporânea mudado radicalmente.[1] Como decorrência lógica e natural das evoluções tecnológicas, científicas e sociais, as interações humanas e os empreendimentos empresariais assumiram uma nova face, sobrepujando as consequências da modernização outrora conhecidas, calculáveis, previsíveis, e gerando inesperados riscos[2]. Essas mesmas transformações deram azo ao aperfeiçoamento de modalidades delitivas com contornos inovadores, tornando o ilícito um fato de árdua identificação e neutralização. Entretanto, é possível asseverar que o Poder Público não é capaz de acompanhar tais evoluções nem compreender a complexidade do alcance de suas repercussões nas suas mais variadas vertentes.

Esses dilemas mudaram significativamente a compreensão social do papel do Estado. A atmosfera de insegurança e, muitas vezes, impotência experimentada pela coletividade diante dos delitos oriundos da *criminalità del profitto*[3] tem conduzido a profundas modificações no arquétipo penal, como manifestação do *ius puniendi* estatal. Num verdadeiro paradoxo, ao mesmo tempo que se compreende a abstração e a gravidade desses novos riscos e tipos incriminadores que permeiam a interação social atual e, portanto, a insuficiência da norma penal tal qual conhecemos para enfrentar nominadas situações, outorga-se a essa mesma norma o papel de neutralizá-los e impedi-los.

1. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma nova política criminal. *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 288.
2. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. Desse mesmo autor, confira-se também: *La sociedad del riesgo global*. España: Siglo Veintiuno, 2002. Aproximando os estudos sociológicos de Beck à ciencia penal, veja-se: FIGUEIREDO DIAS, J. de. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, 2001. p.39 e ss.
3. FORNARI, Luigi. *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*. Padova: CEDAM, 1997. p. 39 e ss.

As discussões acerca dos efeitos que essa nova forma de configuração social, uma "sociedade de riscos", exerce sobre a Ciência Penal não são novidade. O retorno a essas premissas, no entanto, revela-se indispensável para compreender de fato a raiz dos problemas hoje debatidos. A partir daí conseguimos projetar instrumentos de solução eficientes.

As dificuldades em lidar com a especialização das práticas delitivas e com os danos sociais por elas gerados têm nos conduzido a alcançar um estado onde "tudo é prevenção". Os debates da política criminal, sob esse contexto, dispensam análises acadêmicas, científicas[4], multidisciplinares, para atender aos clamores públicos de "combate à impunidade", instrumentalizados, primordialmente, por intermédio do sistema penal. Há uma inversão de valores na qual o homem é colocado como a própria fonte dos riscos a ser neutralizada e os direitos fundamentais, outrora garantias de liberdade em face das interferências desmensuradas do Estado, deixam de cumprir essa função, "tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade"[5]. A sociedade não mais se importa em relativizar direitos em nome da supremacia dessa tendência: *o paradigma da prevenção*.[6]

O equívoco nesse discurso encontra-se precisamente na tentativa de implementar essa *prevenção* recorrendo-se a uma eventual eficiência da resposta punitiva. Emprestando mais uma vez as palavras de Hassemer, percebe-se que o Direito Penal vê subvertida toda sua lógica liberal ao ser compreendido não mais como ameaça, senão como *módulo auxiliar* e, nesse desígnio, não como *ultima ratio*, senão como *prima ratio*, ou mesmo *sola ratio*. Observa-se, assim, uma "crença difundida de que o Direito Penal é um instrumento idóneo para o domínio de grandes riscos, embora pertença à tradição deste ramo do Direito duvidar sempre desta idoneidade".[7] Ainda no marco de uma perspectiva crítica, não se ignora, seguindo a lição de Pastor, o movimento de inversão, partindo de uma perspectiva cética da normativa criminal concebida como amarga necessidade social (inerente à ideologia iluminista), passando a um viés neopunitivista ancorado na simpatia exagerada das imaginadas vantagens da pena pública.[8]

4. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma nova política criminal…, cit., p. 288.
5. HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 22.
6. HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais…, cit., p. 23.
7. HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais…, cit., p. 22.
8. PASTOR, Daniel R. Prontitud de la pena. *Beccaria 250 años*. De la obra a los becarios. Buenos Aires: Editorial BDEF, 2011. p. 196.

Os atuais discursos de prevenção têm por fim dar concretude a uma premissa de maior eficiência da resposta punitiva, via de regra, mediante a criação de novos tipos de injusto, modalidades de sanção e a exasperação das penas já conhecidas.[9] Tudo isso sem adentrar na reflexão do discurso utilitarista do processo penal protagonizado por institutos peculiares, entre eles o da colaboração premiada (Lei 12.850/2013), aptos a tornar anacrônico o penalismo iluminista. Ao mesmo tempo, não há margem de dúvida de que a teoria da pena, nos moldes sob os quais se apresenta, configura-se insuficiente, pois não mais intimida e, menos ainda, ressocializa[10]. A falência da pena corporal em seu mais amplo aspecto é por demais noticiada pelos estudiosos, máxime na seara dos delitos econômicos[11].

Na tangente da norma penal substantiva, essas exasperações são potencializadas nas ferramentas processuais, principalmente na fase de investigação. Diferente do que ocorria nos moldes de um Direito Penal liberal, em que os investigados e acusados lidam, como aponta Hassemer, com a *suspeita*, os novos métodos de investigação – ex.: cruzamento de dados pessoais, escutas telefônicas, escutas ambientais –, em sua maioria sigilosos, refletem um cariz de instrumentos de controle. Trata-se de paulatino processo de "diminuição das garantias e aumento do poder do Estado".[12] O paradigma da prevenção, enfim, é "a necessidade premente de, tempestiva e eficazmente, evitar ou restringir ameaças ao mesmo tempo terríveis e vagas".[13]

Os problemas ora evidenciados são de, ao menos, duas ordens: primeira, uma subversão dos pressupostos de prevenção, outorgando-se à norma penal a atribuição de, pela ameaça da sanção, dissuadir potenciais agentes delitivos ao não cometimento de crimes; segunda, uma transmutação dos pressupostos

9. SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As ciências criminais no século XXI, v. 11). p. 20.
10. Sobre uma releitura da teoria da pena, vide GRECO, Luís. *Sobre el vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.
11. Nesse sentido, e ressaltando a importância de atingirmos os proventos do crime, veja-se: CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, 2013. p. 453 e ss.
12. HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais…, cit., p. 19.
13. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma nova política criminal…, cit., p. 308.

dogmáticos penais clássicos, essencialmente diversos das modalidades delitivas verificadas atualmente, tanto em sua forma quanto em seus resultados.[14]

Todavia, um sistema de prevenção – para ser eficaz ao fim ao qual se propõe – deve significar um equilíbrio entre o respeito às garantias individuais fundamentais e as seguintes posturas: a redução das oportunidades delitivas; a certeza da punição; a criação de uma cultura cidadã que propicie a consciência sobre a necessidade de um controle social, ainda que mínimo; assim como a instituição de sistemas que viabilizem tal controle e o aumento das reflexões sobre ética.[15] Cada qual desses elementos proporciona uma ampla e profunda análise capaz de ensejar resultados por demais proveitosos na construção de uma política preventiva eficaz, ou seja, hábil a equilibrar a proteção da liberdade e dos direitos fundamentais dos cidadãos com uma efetiva resposta à criminalidade[16]. Trata-se, portanto, de um inescusável privilégio à prevenção técnica ou organizacional, em detrimento da prevenção normativa.

14. Especificamente no âmbito da dogmática penal, e analisando as principais razões para a incompatibilidade entre os sistemas penais dito clássicos e a realidade atual, veja-se o estudo de SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 20, n. 99, nov.-dez. 2012. p. 327-356. O jurista identifica, aqui, que uma das principais razões para a incompatibilidade desse sistema clássico com a realidade atual se assenta no fato de estarem os crimes econômicos, em sua maioria, relacionados ao denominado *Direito Penal de empresa*. Isto é, referidos a um grupo organizado de pessoas fortemente fragmentado e cuja finalidade precípua é de caráter lícito. Destarte, partindo-se desse modelo, a coparticipação de vários sujeitos em uma estrutura hierárquica organizada produz inúmeras distorções: a) a dissociação entre "ação e responsabilidade", pois o executor direto da ação, não raras vezes, é um subordinado em estado de completa ausência de autonomia decisória; b) a fragmentação dos elementos do tipo, eis que, em "contextos de divisão funcional de trabalho, tanto horizontal como vertical, a execução material, o domínio da informação relevante, a capacidade de decisão e as condições subjetivas de autoria podem diluir-se em sujeitos distintos dentro da estrutura empresarial"; c) a materialização de externalidades derivadas denominadas *dinâmicas de grupo*, é dizer, *déficits cognitivo-valorativos e volitivos* a afetar os sujeitos integrantes do grupo.
15. Sobre o papel da tecnologia na prevenção de delitos empresariais, veja-se: STOPANOVSKI, Marcelo. A tecnologia como catalisadora da informação na prevenção e no combate à corrupção. Lei Anticorrupção: transparência e boas práticas. *Cadernos FGV Projetos,* ano 11, n. 27, Abr. 2016. p. 54-65.
16. HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de direito. *Direito penal*: fundamentos, estrutura e política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 266.

O primeiro desses elementos está intimamente relacionado à instituição de sistemas de prevenção situacional: mecanismos voltados não ao indivíduo, potencial infrator, mas, sobretudo, à identificação e neutralização de *situações criminógenas*, circunstâncias que ensejam oportunidades para a prática de condutas delituosas. Nesse desígnio incluem-se os chamados programas de *Compliance*, os sistemas empresariais internos de integridade.[17]

O segundo fator, a seu turno, direciona-se ao aprimoramento das instituições em detrimento de uma tendência de exasperação de penas e criação de novos tipos penais. Significa dizer que não é a gravidade das penas a responsável pela intimidação do agente, influenciando-o negativamente quando de sua decisão para a realização ou não do delito, senão a alta probabilidade do cumprimento efetivo dessas sanções, em um cálculo prévio assemelhado a um "desconto de futuro", legitimado por uma fórmula de *baixa probabilidade X alta gravidade*[18]. Cesare Beccaria já havia consignado reflexão semelhante em seu clássico *Dos delitos e das penas*, ao dispor que "Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigiante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas". O marques milanês complementa: "A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade".[19]

Os dois últimos aspectos – relacionados a uma espécie de monitoramento social e a majoração das reflexões sobre ética – consubstanciam-se em expedientes próprios de estruturas democráticas, cujos contornos são de assaz relevância para a criação de um sistema de contrapesos hábil a refrear ilícitos das mais variadas naturezas, seja no âmbito privado, seja no cerne da atividade pública.

17. BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*. Una aproximación desde el análisis económico del derecho. Tésis Doctoral. Universitat Pompeu Fabra, 2009. p. 122.

18. Fazendo remissão ao termo empregado por ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Análisis económico del derecho y política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2. época, n. extraordinario 2 (2004). p. 31-73.

19. BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Milano: Rizzoli, 1988. p. 114. A respeito de uma análise acurada do § XXVII, "Dolcezza della Pena", vide HORVITZ, L. Maria Ines. Dulzura de las penas. *Beccaria 250 años*. De la obra a los becarios. Buenos Aires: Editorial BDEF, 2011. p. 311-323.

Inserido nesses últimos contextos, tem surgido e se tornado cada vez mais comum a utilização de programas denominados *Whistleblowing*, cuja etimologia da palavra corresponde "àquele que faz tocar o sino", referindo-se aos policiais que, antigamente, valiam-se dessa ação para advertir os outros agentes sobre a presença de um "delinquente".[20] Trata-se, enfim, de um programa com o objetivo de sistematizar, incentivar e proteger aqueles sujeitos que, integrando o sistema laboral de qualquer pessoa jurídica, seja de direito público ou privado, e verificando a prática de um ilícito de qualquer ordem, o denunciam à autoridade responsável para a sua neutralização.[21]

Tal mecanismo inclusive já é previsto em legislações de países como os Estados Unidos da América, Itália[22], Chile[23] e Peru[24], e de adoção aconselhada por inúmeros tratados internacionais, tal qual a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção[25], cuja incidência no Brasil foi viabilizada pelo artigo 7º,

20. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, v. 364, jul. 2006. p. 3.

21. Consoante define a Recomendação CM/REC (2014)7 adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em abril de 2014: "2. Whistleblowing refers to the act of someone reporting a concern or disclosing information on acts and omissions that represent a threat or harm to the public interest that they have come across in the course of their work; for example, harm to the users of a service, the wider public or the organisation itself, or a breach of the law. It covers reports to employers (managers, directors or other responsible persons), regulatory or supervisory bodies and law-enforcement agencies, as well as disclosures to the public, most typically via the media and the Internet, public interest groups or a member of parliament." Disponível em: [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf]. Acesso em 13.10.2016, p. 11.

22. Vide Legge 6, n. 190, nov. 2012 (Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione nella Pubblica Amministrazione).

23. Disponível em: [https://blueprintforfreespeech.net/document/chile-overview-2]. Acesso em: 13.10.2016. Vide Ley 20.205, de 2007 (Protege al funcionário que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad).

24. Disponível em: [https://blueprintforfreespeech.net/document/peru]. Acesso em: 13.10.2016. Vide Ley 29542, de 2010 (Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal).

25. Artigo 33 – Proteção aos denunciantes: "Cada Estado-Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção".

inciso VIII, da Lei 12.846, de agosto de 2016 (também denominada "Lei Anticorrupção"), a qual eleva a importância atribuída a programas internos de auditoria e incentivos à denúncia de irregularidades no âmbito das pessoas jurídicas.[26]

Perante essa nova realidade, e cientes da existência de avançados projetos promovidos no âmbito do ENCCLA,[27] para a incorporação desses mecanismos na realidade normativa pátria, compreende-se a necessidade de analisar tais sistemas de denunciação interna e seus reflexos na seara penal, e este será precisamente o objetivo deste estudo: considerando os contornos normativos atribuídos ao instituto do *Whistleblowing* na experiência comparada, na qual sua vigência já é uma realidade, em cotejo com os moldes a ele propostos no cerne das dez medidas contra a Corrupção – em que se pretende internalizá-lo ao ordenamento jurídico nacional –, verificar, sob o prisma político criminal e dogmático, a adequação das finalidades e resultados da criação de um programa de denunciação interna no Brasil à luz do prisma interdisciplinar inerente à temática. Para tanto, utilizando-se de um método dedutivo bibliográfico, realizar-se-á uma análise da conjuntura atual de enfrentamento dos crimes de colarinho branco, em especial os cometidos a partir da empresa, assim como do material legislativo pertinente, ao mesmo tempo que se procederá à análise da produção bibliográfica existente, tanto nacional quanto internacional, a respeito do *Whistleblowing*.

---

26. LEI 12.846, de 1º de agosto de 2013. Art. 7º […] VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria *e incentivo* à *denúncia de irregularidades* e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; […]. (grifos nossos)

27. A respeito, cite-se que, sob a coordenação da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe, o ENCCLA instituiu a Ação de Trabalho 4, em que se debate, sob a supervisão do Desembargador Federal no TR4 Márcio Rocha, a elaboração de um anteprojeto de lei visando à implantação "de um sistema brasileiro de proteção e incentivo ao cidadão no âmbito dos órgãos públicos no combate à corrupção e fraudes públicas". Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/boletim/BoletimEncclaN28Julho.2016.pdf].

    A respeito, menciona-se também o trabalho monográfico desenvolvido pelo Des. Marcio Rocha, ainda no prelo, intitulado *Subsídios ao debate para a implantação dos programas de* whistleblower *no Brasil*. Sobre a proposta do Des. Rocha de inserir o instituto do *Whistleblowing* no pacote de medidas anticorrupção (PL 4.850/2016), em discussão no Congresso Nacional, vide: [www.conjur.com.br/2016-out-05/desembargador-propoe-whistleblower-pacote-anticorrupcao]. Acesso em: 14.11.2016.

2. Investigações internas, *whistleblowing* e direito penal

Noticiou-se, em setembro de 2016, o fato de alguns médicos vinculados a um respeitado hospital paulista terem sido acusados de receber pagamentos para favorecer empresas fornecedoras de próteses cardíacas. A descoberta somente foi possível em virtude de denúncias anônimas recebidas pela direção hospitalar, a partir das quais se deu início aos procedimentos de investigação interna antes de levá-las ao conhecimento das autoridades[28]. Os profissionais envolvidos eram membros da cúpula especializada da estrutura clínica, e os injustos a eles atribuídos somente foram descobertos por intermédio de comunicações de terceiros – profissionais e/ou pacientes e familiares – e não das equipes de auditoria ou fiscalização interna responsáveis pela prevenção de fraudes. Nota-se na análise desta hipótese a relevância das cooperações individuais na neutralização de delitos, tal qual imbui uma reflexão própria acerca da participação popular (e não meramente normativa) no processo preventivo.

Com a crescente complexidade das organizações empresariais, tem tornado cada vez mais difícil a prevenção de condutas ilícitas no ambiente interno. Referida assertiva é válida quanto à identificação dos responsáveis por esses ilícitos. Suas opções de ordenação própria têm apresentado mais embaraços não somente à individualização e imputação da responsabilidade penal, mas principalmente à descoberta do próprio ilícito. Os sistemas de distribuição e delegação de atribuições e competências têm se afastado dos padrões lineares outrora aplicados, de modo que, na conjectura atual, as funções de direção e gestão se encontram diluídas entre sujeitos distintos alocados pelos vários patamares da organização. Essa configuração traduz uma dificuldade de acesso para a autoridade policial e judiciária à realidade empresarial[29], desnudando a premência de implementar novos instrumentos, aptos a corroborar com a incidência da norma penal na atividade empresarial.

Tais dificuldades são maximizadas quando a responsabilidade individual é acompanhada pela possibilidade de imputabilidade da própria pessoa jurídica. A experiência tem demonstrado que a opção pela sanção criminal dessa, muito além de perspectivas de caráter político-criminal, almeja suprir as demandas

28. Disponível em: [http://folha.com/no1812723]. Acesso em: 28.10.2016.

29. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? *InDret*, Barcelona, v. 4, oct. 2006.

de delimitação e imputação da responsabilidade penal subjetiva.[30] Essa realidade, latente na experiência comparativa – e nesse âmbito é de se frisar a legislação chilena com a Ley 20.393, de 2009, que estabelece a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos delitos de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e crimes de concussão, e, na mesma medida, a legislação espanhola a qual, com a Ley Orgánica 5/2010, regulamentou a atribuição de culpa isolada à pessoa jurídica[31] –, de modo algum pode ser considerada distante da *práxis* brasileira, porquanto não bastasse a Lei 9.605/1998 expressamente dispor sobre a matéria, recentes manifestações do Supremo Tribunal Federal – principalmente a partir da apreciação do Recurso Extraordinário 548.181, em 2013 – têm admitido a instauração de ação penal unicamente em face da pessoa jurídica, desvinculada da pessoa física.[32] Sem embargo, é a partir da publicação da Lei 12.846/2013, a qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, que se evidencia um redirecionamento em favor de uma mudança de cultura no ambiente corporativo.

Por outro lado, a criminalidade de empresa tem sido compreendida por muitos como o reflexo de uma má gestão comercial, um defeito de organização, resultado da falha dos múltiplos mecanismos disponíveis de prevenção e fiscalização.[33] Uma implementação dos programas de cumprimento, sob tais premissas, viria em resposta aos reclames por um instrumento de supervisão mais eficiente – porquanto mais próximo das áreas mais sensíveis às práticas delitivas no interior das estruturas empresariais, viabilizando a garantia da

30. Cite-se o posicionamento de Nieto Martín, para o qual: "atribuir la responsabilidad a la empresa supone un nuevo equilíbrio en el reparto del riesgo entre los socios y administradores, com el fin de optimizar resultados de la atribuición de responsabilidad (optimal alocation of liability)" (NIETO MARTIN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Iustel Publicaciones, 2008. p. 44.

31. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La responsabilidad penal de las personas Jurídicas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 15-42.

32. Para tanto, invoca-se por argumento que: "o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal não traz expresso em seu texto a condição da responsabilização da pessoa jurídica simultânea à persecução da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa". Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018].

33. Nesse sentido, vemos MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal:* a propósito de la gestión medio ambiental. Barcelona: Atelier, 2008.

observância da lei nas atividades corporativas –, desenvolvido num âmbito de prevenção e, ao mesmo tempo, de confirmação do Direito. Nesse sentir, sob o eixo preventivo, o programa ambicionaria instituir medidas de organização e vigilância voltadas a evitar que se pratiquem condutas ilícitas. No mesmo caminho, concernente ao âmbito da confirmação ou fidelidade ao Direito, desenvolveria a concretização de mecanismos de verificação interna de irregularidades e canais de denúncia às autoridades competentes[34].

Os deveres empresariais advindos dos programas de *compliance* não estão limitados ao simples atendimento de mandamentos jurídicos, revestindo-se de uma postura inerte convertida em um "não fazer". Ao revés, impõem a obrigação de postura ativa perfectibilizada na instauração de um departamento de controle e vigilância[35] eficiente, o qual, ciente dos riscos da atividade empresarial e atento ao organograma funcional por ela adotado, será o responsável por evitar e neutralizar a prática de ilícitos.

Zingales, em exame sobre os embaraços representados pelo aumento da complexidade no arranjo das grandes empresas e instituições financeiras, assevera ser a principal dificuldade identificar e individualizar o responsável pela prevenção e neutralização dos focos de fraude.[36] A esse respeito, pontua que os acionistas estão dispersos e precisam delegar tarefas, dependendo, logo, de auditores externos. Os membros do Conselho, por sua vez, não se imiscuem nas funções de fiscalização. Observe-se, a resposta final a essa equação é a de que uma combinação improvável de pessoas, as quais exercem outros papéis na organização – tais como funcionários aleatórios, reguladores externos ao mercado financeiro, a mídia, concorrentes, acionistas, advogados e auditores externos –, lançará luz sobre os núcleos de fraude, razão pela qual boa parte desta acabará por ser detectada ao acaso.[37] Inúmeros conglomerados empresarias cresceram a ponto de não conseguirem monitorar a si mesmos, tornando hercúlea a tarefa de policiar internamente o cumprimento das normas.

Diante desse cenário, e assentado em sua experiência profissional empírica, Zingales acaba por concluir que "delatores identificam fraudes com mais

34. GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 23.

35. BACIGALUPO, Enrique. Compliance *y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011. p. 106. Da mesma forma, BACIGALUPO, Enrique. Compliance *y derecho penal*: prevención de la responsabilidad de directivos y de empresas. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

36. ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo*: reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEI Comunicação, 2015. p. 45 e ss.

37. Ibidem, p. 53-54.

eficiência que a Comissão de Valores Mobiliários, a uma fração do custo".[38] Realçando os pontos positivos do fomento a esse tipo de prática, o economista aduz pela resistência à captura: "qualquer funcionário pode se tornar um delator, [logo], para a indústria, sairia muito caro comprar o silêncio de todos". Ademais, salienta a relevância de um sistema de política antifraude policiada por colaboradores generosamente recompensados, sugerindo, então, que "um sistema de recompensa para delatores que ajudem a denunciar a corrupção também pode ser uma maneira efetiva de substituir as ineficazes agências do governo. (…) Os delatores identificam as fraudes corporativas com mais eficácia do que a SEC e incorrendo num custo muito menor".[39]

Apreciando a temática sob vertente semelhante, Galbraith ressalta o que chamou de *fraudes inocentes,* sob os vieses da "empresa como burocracia" e "do poder da empresa". Destaca que intrincadas divisões e distribuições de tarefas no seio empresarial e o caráter diversificado destas exigem um juízo especializado, significando, dessa feita, o esvaziamento dos papéis executivos dos proprietários ou acionistas. Isso porque, em face das estruturas complexas e sofisticadas dessas pessoas jurídicas, não é mais pela capacitação pessoal de um, mas de uma equipe, que o trabalho poderá ser executado a contento. Embora exista uma crença persistente de que os empresários mantêm o poder dentro da empresa, em verdade este acabou passando para os executivos mais inteligentes e participativos, enquanto o Conselho de Administração é inteiramente subordinado ao poder real dos administradores: "A ilusão da administração empresarial é a nossa mais sofisticada e – mais recentemente – uma das nossas mais evidentes formas de fraude".[40] Galbraith identifica a influência da empresa sobre os órgãos incumbidos de exercer a fiscalização

38. Ibidem, p. 184. A Comissão de Valores Mobiliários – *Securities and Exchange Commission* (SEC) – é uma agência federal norte-americana responsável por proteger investidores, a confiança do mercado e facilitar a formação de capital. Para tanto, exige que as empresas tornem públicas informações financeiras significativas, garantindo uma base informacional sólida para a tomada de decisão dos investidores. Compete à SEC, entre outras funções, interpretar e fazer cumprir as leis federais de valores mobiliários; supervisionar a inspeção de empresas de valores mobiliários, corretores, consultores de investimento e agências de *rating*. Disponível em: [www.sec.gov/about/whatwedo.shtml]. Acesso em: 27.10.2016.

39. ZINGALES, Luigi. Op. cit., p. 184-190.

40. GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*. Verdades para o nosso tempo. Trad. Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 43.

e, por isso, a necessidade de desenvolver um sistema de regulação honesto e profissionalmente independente.

Inserido em tais fronteiras, surge o fenômeno do *Whistleblowing* como um dos instrumentos fundamentais de controle albergados pelos programas de cumprimento penal, ao lado dos procedimentos de investigação interna, direcionados ou realizados pela própria empresa. Consubstancia-se, enfim, em um expediente voltado a concretizar os procedimentos de *Compliance* já implantados, instrumentalizando a verificação do preenchimento dos regramentos corporativos e facilitando a comunicação de eventuais infrações.[41] Esse sistema parte da premissa de que seria inútil o esforço para a estruturação de procedimentos preventivos se, na prática, estes não forem adequadamente satisfeitos, monitorados e auditados[42].

A adoção de ferramentas internas que permitam aos próprios empregados ou terceiros (como provedores e clientes) denunciar condutas irregulares realizadas por outros prepostos da empresa (em qualquer nível hierárquico) tem se mostrado cada vez mais frequente, e seu uso tem sido incentivado por diversos órgãos. A figura do *whistlebower*, também conhecido como *denunciante cívico*[43], encontraria guarida não apenas na conveniência de um bom governo corporativo, pretendendo consolidar uma verdadeira ética profissional, mas também em motivações de política criminal, as quais disporiam facilitar o descobrimento e a prevenção de delitos praticados no cerne da estrutura corporativa.

Dois são os prismas existentes em favor da internalização de sistemas de *whistleblowing*. O primeiro deles é o interesse público na prevenção de ilícitos das mais diversas ordens. Assim, a manutenção de eficientes canais de denúncia, pareados a igualmente eficientes expedientes de investigação internos à empresa, completaria o interesse público na prevenção de ilícitos praticados contra bens jurídicos penalmente tutelados de caráter difuso. O segundo é que esses sistemas seriam vantajosos sob a perspectiva da própria empresa como agente econômico, a qual, visando à garantia da higidez e lucratividade de suas transações comerciais, à manutenção da confiabilidade do nome da pessoa

41. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra del et al. (Coord.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 197.

42. Ibidem, p. 198.

43. Terminologia utilizada pela doutrina espanhola. Vide NIETO MARTÍN, Adán. Op. cit., p. 254.

jurídica e seu poder de mercado, traria esses mecanismos à sua realidade interna almejando transmitir para seus consumidores a notícia de uma atuação estrita à luz dos princípios de responsabilidade e consciência social.

O *Whistleblowing* está intimamente relacionado com esse procedimento *lato* de denúncia interna. Em sentido estrito, porém, é o nome atribuído pela legislação e doutrina anglo-saxã àqueles sujeitos que, incutidos no seio do sistema empresarial, como diretores, gestores, trabalhadores, servidores, clientes ou fornecedores, decidem noticiar ações ou fatos que possam constituir violações tanto às normas internas da companhia quanto às leis, normativas ou Códigos éticos que regem sua atividade. É um método nascido na cultura anglo-saxã e que, a depender do contexto no qual esteja inserido, assumirá as peculiaridades dessas realidades, mantendo, contudo, um núcleo duro o qual conservará os traços mínimos para identificá-lo. Esse sistema foi originalmente instituído na normativa dos Estados Unidos, em 2002, com a promulgação da Lei Federal *Sarbanes- Oxley Act,* a qual obrigava a todas as sociedades, estadunidenses ou não, que negociavam quotas em bolsa, a empregar um sistema de informação que permitisse ao Comitê de auditoria da companhia tomar ciência de denúncias relacionadas a irregularidades, a princípio, unicamente contábeis[44].

Desenvolvido, então, como uma das respostas para lidar com uma série de escândalos envolvendo grandes empresas, o *Whistleblowing* foi concebido sob a justificativa da existência de um interesse público na percepção do ilícito: "o fato de que um indivíduo tenha cometido um delito ou qualquer outro ato ilícito deve ser, em princípio, um fato público, revelado à sociedade, já que, do contrário, o efeito preventivo do Direito Penal (…) se verá vulnerado".[45]

Desde então vemos, com destaque, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em 2003, que possibilita os Estados integrantes regulamentarem medidas para facilitar a denúncia por funcionários públicos de fatos delitivos descobertos no exercício de suas funções (art. 8.4)[46]. Na sequência, vemos a publicação, em 2004, dos Princípios sobre o Governo das Sociedades da

44. RAGUES I VALLÈS, Ramón. Los procedimientos internos de denúncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 162. O mesmo autor procede a uma análise exauriente do tema no livro: *Whistleblowing*. Una aproximación desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

45. BERMEJO, Mateo G. Op. cit., p. 320.

46. RAGUES I VALLÈS, Ramón. ¿*Héroes o traidores*?..., cit..

OCDE, os quais, ressaltando o interesse da empresa e de seus acionistas, indicam: "os sujeitos com interesses relevantes, incluindo os trabalhadores e seus órgãos representativos, *devem poder comunicar livremente as suas preocupações sobre práticas ilegais ou contrárias aos princípios de* ética *ao* órgão *de administração*, não devendo seus direitos ser prejudicados por este fato" (tópico IV, item e)". É interessante sublinhar o especial destaque do documento à imprescindibilidade de salvaguarda aos direitos dos denunciantes. A redação desse item continua, concluindo sua exposição com a reafirmação de que "a empresa deve abster-se de agir de forma discriminatória contra estes trabalhadores ou órgãos ou de lhes aplicar sanções disciplinares".

Em 2010, um novo documento é publicado pela OCDE, denominado Guia de Boas Práticas e Controle Interno de Ética e *Compliance*, em que mais uma vez alvitra às companhias a incorporação de medidas efetivas de denúncias internas confidenciais acerca de inobservâncias à lei ou *standards* profissionais e éticos por parte de diretores, gestores, empregados, e, quando for o caso, parceiros de negócios, tonificando a demanda de, em igual tempo, conceber mecanismos de proteção dos denunciantes dessas irregularidades.

Ainda sobre a detalhada configuração desses sistemas, vemos que as centrais de recepção dessas comunicações podem ser tanto internas à empresa, constituídas como um setor autônomo inserido no âmbito do organograma empresarial (o setor de *Compliance*), quanto externas, como outra organização contratada especificamente para lidar com essa gestão de riscos, recepção monitorada de denúncias e investigação dos fatos delatados.

As ferramentas de *Whistleblowing* se desenvolveram nos países anglo-saxões de maneira ostensiva, originando uma transformação cultural. Nessas localidades, sua aplicação conta com uma regulamentação legal mais apurada, e esses auxiliares podem, em situações bem delineadas, contar não apenas com a proteção do Estado, mas de ONGs voltadas a subsidiar legal e materialmente sua defesa, sendo um verdadeiro incentivo à cooperação.[47]

3. *Whistleblowing* como instrumento de política criminal?

Quando se analisam os sistemas de *Whistleblowing* juntamente com os procedimentos internos de investigação empresarial, o objeto de avaliação do

47. Nos Estados Unidos, cite-se o NWC – *National Whistleblowing Center,* disponível em: [www.whistleblowers.org/], e o GAP – Government Accountability Project, disponível em: [www.whistleblower.org/].

estudioso tem sido, via de regra, a necessária proteção dos direitos dos trabalhadores em face das interferências desmedidas dos expedientes de averiguação, não apenas por figurarem como condição de legitimidade dos elementos de informação colhidos, mas principalmente por envolver a vulneração de direitos que lhes são reconhecidamente fundamentais, como o direito à intimidade, à privacidade e ao sigilo de informações.[48] Todavia, sua viabilidade para efeitos penais não pode ser admitida de imediato.

3.1. Por que incentivar a denúncia?

São muitos os questionamentos que circundam tais procedimentos internos de denúncia. A solução às interrogações a respeito do seu formato, como a impossibilidade do anonimato dos canais de comunicação, a garantia da confidencialidade, assim como as providências para atestar a veracidade dos fatos e, finalmente, a transferência dessas informações às autoridades, encontra como limite, entre outros, os direitos do empregado[49]. Isso porque é manifesta sua preliminar incidência na norma laboral (garantia da confidencialidade e do emprego do denunciante, além de inúmeras expressões relacionadas ao direito da personalidade, tal qual expresso no inciso X do artigo 5º da CF), e, eventualmente, na norma civil, caso se certificar a improcedência da notícia do fato delitivo, ensejando medidas reparatórias. Essa observação não inviabiliza apontar a existência de uma intrínseca relação do "denunciante cívico" com a auto-organização empresarial destinada à prevenção e ao esclarecimento de delitos[50]. Quanto às investigações internas, todo *Compliance* que pretenda incorporar esse mecanismo de averiguação de irregularidades ou de fatos delitivos deverá respeitar *escrupulosamente os direitos dos trabalhadores*[51].

---

48. Especificamente sobre o tema, veja-se: ESTRADA i QUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 197-228.

49. MASCHMANN, Frank. *Compliance* y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et Al. (Ed.). Compliance *y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 147.

50. NIETO MARTÍN, Adán. Op. cit., p. 257.

51. GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance* y derecho de los trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Ed.). Compliance *y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 146. No Brasil, a respeito da atuação do advogado nas investigações internas, vide os estudos LUCCHESI,

Diversamente, existem pesquisas no seguimento de exaltar esse sistema como um importante meio de defesa da pessoa jurídica, nas realidades em que ela pode ser isoladamente denunciada pela prática de delitos, como é o caso da normativa espanhola. Nesses casos, pontua-se sua forte interferência quando da dosimetria da pena, em que poderá reduzir a sanção aplicada.[52] Por esse ângulo, todo o sistema seria objeto de valoração e demandaria uma roupagem capaz de produzir de modo eficiente os resultados esperados, para nesse ínterim poder ser reconhecida pela autoridade judicial como fator de minoração da penalidade ou de seus efeitos extrapenais.[53]

Inobstante, sua relevância é inquestionável para o descobrimento de crimes/ infrações e para a correção de falhas de gestão, prevenindo futuras condutas indesejadas, precisamente por viabilizar a delação àqueles posicionados próximos ao delito, informando sobre ilícitos que, de outro modo, poderiam não chegar ao conhecimento dos responsáveis pela sua neutralização. Basta pensar, por exemplo, em crimes praticados nos setores técnicos de produção, cujos efeitos dos desvios de conduta dos sujeitos a ele relacionados têm potencial para interferir a longo prazo na saúde de seus consumidores. Imagine-se uma grande multinacional cujo objeto é a manipulação genética de alimentos. A alteração dolosa de seus compostos que causasse sérios prejuízos à saúde humana, assim como os resultados dessa adulteração, não seria perceptível facilmente e demandaria tempo até que pudesse, em uma análise de causalidade, relacionar a empresa a tais efeitos. Sem a denúncia dos agentes técnicos envolvidos no trato químico desses produtos, suas consequências deletérias se prolongariam indefinidamente no tempo. Afora esse exemplo, situado na esfera da proteção penal ao consumidor, muitos outros podem ser citados, englobando-se, com primazia, os delitos de branqueamento de capitais e corrupção.

É de se destacar, enfim, que o *Whistleblowing* – como mecanismo facilitador de denúncias, internas ou externas, por pessoas relacionadas à empresa que, de qualquer modo, tomem conhecimento a respeito de crimes ou infrações de qualquer natureza perpetrados por intermédio da pessoa jurídica – torna-se

---

Guilherme Brenner. *Considerações iniciais acerca da Lei Anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal*. Disponível em: [www.academia.edu/12515378/Considera%C3%A7%C3%B5es_iniciais_acerca_da_Lei_Anticorrup%C3%A7%C3%A3o_e_os_novos_desafios_da_advocacia_criminal]. Acesso em: 15.10.2016, p. 8.

52. A respeito: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español, cit., p. 15-42.

53. Sobre o assunto, vide: RAGUES I VALLÈS, Ramón. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa, cit.

instrumento de política criminal acobertado pelo paradigma da prevenção.[54] A atuação dos denunciantes internos pode contribuir de fato para o desvendar de ocorrências ilícitas executadas no interior de estruturas empresariais complexas, públicas ou privadas, sendo igualmente evidente a presença de um interesse público nessa notícia.

3.2. Como dotar o sistema de aspectos político-criminais eficientes?

Para alcançar a efetividade que deles se espera, esses sistemas, via de regra, vêm acompanhados de uma sistemática de incentivos à notícia de fatos ilícitos, seguidos da instituição de uma segura engenharia de garantias aos colaboradores, máxime àqueles considerados mais vulneráveis nessa relação: os trabalhadores.

Sob a perspectiva do denunciante, este poderá se apresentar desde a figura do trabalhador, incutido nos níveis hierárquicos mais inferiores da estrutura organizacional, até a dos agentes alocados em posições de chefia, como os gestores, diretores e até mesmo os membros do Conselho de Administração. Na realidade brasileira, a obrigação dos bancos em informar ao CADE as hipóteses de transações duvidosas, embora essencialmente partilhem os mesmos objetivos, não pode ser confundida como os exemplos de *Whistleblowing*. Nesse caso, o dever de informar foi atribuído à própria pessoa jurídica, e os diretivos ou funcionários que reportem as operações suspeitas de branqueamento de capitais não são mais que executores de um dever atribuído a um terceiro – a instituição financeira.[55] Distinto é o caso dos diretivos ou empregados quando atuam na condição de denunciantes ou informantes de irregularidades cometidas pela própria empresa, denotando o verdadeiro caráter de "denunciantes internos", originalmente pensados para esse sistema.

O órgão responsável por receber essa comunicação demanda uma análise destacada, permeando discussões quanto à primazia de que sejam endereçadas ao setor de *Compliance* empresarial, em um modelo de denúncia interna, ou, ao revés, diretamente às autoridades públicas responsáveis pela persecução

54. Vide o item 1 deste ensaio.

55. Conforme bem explica BERMEJO, Mateo G. Op. cit., p. 320-321. Sobre os deveres de *Compliance*, no Brasil, vide: BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014, e GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.); DAVID, Décio Franco (Org.). Compliance *e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

penal – quando a notícia de fato versar sobre crime – em um modelo de denúncia externa. Os debates, nessa seara, refletem preocupações de, no mínimo, duas ordens. A primeira delas é direcionada a um eventual desinteresse da empresa em comunicar as fraudes, muitas vezes motivada pelo receio de prejuízo comercial decorrente de escândalos propalados pela mídia, ciente dos injustos típicos praticados ou ainda em execução. Por outro lado, existem hipóteses em que a resolução interna de infrações administrativas, e não de injustos penais, pode de fato significar o melhor caminho. Essas peculiaridades devem ser observadas quando da formulação de eventual instrumento legal acerca do *whistleblowing,* sob pena de prejudicar a resolução de casos simples por torná-lo desnecessariamente complexo. Essa problemática por si só demandaria um estudo específico visando a encontrar qual a disposição legal mais ajustada para promover os incentivos necessários ao repasse dos resultados das auditorias internas ao Poder Público, extravasando os limites deste ensaio. Tais disposições poderiam ser direcionadas tanto à própria empresa – por exemplo, instituindo um sistema de sanções aos descumprimentos dos encargos de repasse das informações – como aos *whistleblowers* – nesse caso, reforçando os deveres de denúncia externa e as sanções para o caso de descumprimento, ampliando o âmbito de aplicação e agravando a consequência jurídica dessa omissão do dever; outra alternativa seria, ainda, criar um sistema de recompensas e sanções, premiando os denunciantes e garantindo sua proteção diante de eventuais represálias oriundas da empresa denunciada, como muitos países têm feito.

Sob a ótica do trabalhador noticiante, porém, essas questões assumem outros contornos. O empregado somente irá optar por relatar os ilícitos que porventura verificar caso se sentir seguro para tanto. Essa sensação de resguardo influenciará não apenas na decisão pelo denunciar, mas também na definição do destinatário dessa denúncia (setor de *Compliance* ou órgãos estatais de persecução).

Mesmo nos sistemas em que existe contratualmente o dever de informar a suspeita de práticas ilícitas – eis mais um ponto que merece análise apartada no âmbito da dogmática, porquanto representaria interferências no sistema de responsabilização por omissão imprópria do próprio trabalhador –, os potenciais denunciantes cívicos ponderarão os custos e benefícios associados à realização desse repasse de operações suspeitas de acordo com seu caráter de utilidade. Nessa medida, se os custos de informar superarem os benefícios, eles não se posicionarão por denunciar. Porém, o contrário ocorrerá se os benefícios superarem os custos.[56] Ao fundo, a medida não deixa de apelar para o as-

56. Cf. BERMEJO, Mateo G. Op. cit., p. 330.

pecto moral do denunciante, mas os infortúnios por ele suportados, incluindo os econômicos, profissionais, reputacionais, morais, entre outros, devem ser sopesados.[57]

Os acadêmicos citam ao menos três expedientes para incentivar o repasse dessas informações. O primeiro deles objetiva "reforçar os deveres de denúncia e as sanções em caso de descumprimento",[58] máxime nos casos de delitos descobertos antes de sua consumação. Essa estratégia, porém, passa por ampliar o raio de ação do delito de omissão de dever, tratando-se de um incentivo de caráter negativo. O segundo deles diz respeito à atribuição de uma *Recompensa*. Opção radicalmente oposta à anterior, nessa concepção o Estado não deve ameaçar os potenciais informantes, mas, ao contrário, premiá-los com retribuições, no mais das vezes, financeiras.[59] Sob o eixo das denúncias internas, a própria empresa poderia formular um sistema de prêmios relacionados à atividade corporativa. Albergado sob essa temática, tem-se o exemplo norte-americano de que, por intermédio da SEC – *Securities and Exchange Commission* (órgão equivalente à nossa Comissão de Valores Mobiliários), há um sistema de pagamento de recompensas àqueles que denunciem ao órgão atos ilícitos praticados pelas corporações. Segundo a regulamentação, implementada em 2010 pela lei Dodd-Frank, a SEC "paga uma recompensa por informações originais que resultam em ação de execução, com sanções excedendo a U$$ 1 milhão. Os delatores podem coletar uma comissão do valor arrecadado de 10% a 30% em um caso".[60]

Uma terceira via é, precisamente, a *Proteção*. Aqui se sugere um sistema em que o Estado outorga ao informante proteção diante das possíveis represálias que possa sofrer por sua conduta na revelação das infrações e que advirão, habitualmente, da própria empresa. Via de regra, tais represálias consistirão em frustração de legítimas expectativas laborais ou mesmo em demissões. É de se levar em conta, ainda, as pressões internas suportadas por esses sujeitos no ambiente de trabalho, como a estigmatização por seus pares. Mesmo na hipótese de sucesso da denúncia, a manutenção da posição ocupada pelo denunciante cívico dentro da empresa se revela insustentável em algumas

57. Idem.

58. RAGUES I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o Traidores?..., cit., p. 8.

59. RAGUES I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o Traidores?..., cit., p. 8.

60. Notícia veiculada na Revista *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-ago-31/delacoes-premiadas-fraudes-financeiras-crescem-eua]. Acesso em: 15.10.2015. Conferir o site da SEC: [www.sec.gov/about/whatwedo.shtml].

oportunidades. A garantia de confidencialidade de sua identidade nem sempre pode ser assegurada, principalmente quando de sua delação resulte uma ação penal, e é por demais sabido que as empresas comunicam-se entre si, mantendo uma lista com profissionais por elas considerados problemáticos, para que evitem sua contratação.

Nos Estados Unidos, a proteção trabalhista tem sido uma das principais frentes escolhidas. Nesse sentido, como anteriormente mencionado, desde 2010 a Lei "US Dodd-Frank" (Wall Street Reform and Consumer Protection Act) dá proteção aos denunciantes contra demissão, concedendo direito a uma indenização na hipótese de as informações apresentadas viabilizarem a descoberta de ilícitos em face da lei de valores mobiliários.[61] Na realidade normativa da Espanha percebe-se que, mesmo na inexistência de uma legislação específica sobre o tema dos *Whistleblowers*, a configuração de seu Direito Trabalhista não admite demissões com o fundamento em denúncias de fatos ilícitos perpetrados no âmago das estruturas empresariais.[62] No âmbito da União Europeia, cumpre ainda noticiar que desde 2014 o Conselho Europeu recomenda a criação de sistemas de denúncia interna de ilícitos, assim como a edificação de mecanismos que encorajem os trabalhadores a participarem ativamente desses procedimentos, avalizando a confidencialidade da identidade daqueles que

61. Ver [https://whistleb.com/pt-br/legislacao/] e [http://www.soxlaw.com/compliance.htm] e também [www.sec.gov/about/offices/owb/dodd-frank-sec-922.pdf].

62. Veja-se, a respeito, estudo formulado por RAGUÉS I VALLÈS, em que evidencia que o Direito Espanhol não admite como razão válida para uma demissão o fato de o trabalhador ter cumprido com seus deveres cívicos de impedir delitos futuros ou denunciar aqueles já consumados. O autor cita também os posicionamentos jurisprudenciais, comentando, para tanto, duas decisões paradigmáticas, uma do Tribunal Constitucional espanhol, outra do Tribunal Central do Trabalho. Na primeira, tem-se o caso em que o Tribunal se manifesta sobre a demissão de um inspetor da Dirección General de Aviación, considerando-a inconstitucional justamente porque havia se dado após o mencionado inspetor ter se manifestado publicamente, na sequência de um acidente aéreo, sobre as péssimas condições das aeronaves e a suposta passividade da empresa diante de tais condições. Na hipótese, considerou-se que a demissão era contrária ao direito fundamental à liberdade de informação, de modo que inexistiu qualquer forma de quebra de dever de boa-fé contratual. O segundo caso, apreciado pelo Tribunal Central do Trabalho, versa sobre a demissão de um trabalhador que havia tornado público que a empresa elétrica para a qual trabalhava empregava materiais perigosos. Nessa oportunidade, entendeu o Tribunal que tal conduta não poderia, de modo algum, ser considerada desleal, porquanto observado o dever de denúncia com o fim de proteger a segurança e saúde dos trabalhadores (RAGUES I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o Traidores?..., cit., p. 11).

denunciarem. O mesmo documento salienta a importância da proteção contra retaliações de quaisquer formas, diretas ou indiretas, e indica a necessidade de instituição de procedimentos civis de reparação para as vítimas de retaliação, apontando, inclusive, a necessidade de pensar-se na aplicação de medidas provisionais enquanto pendentes os resultados das ações de reparação.[63] Desde 2003, vemos que a *Proteção* aos *whistleblowers* é o caminho estimulado pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seu artigo 33, já citado no princípio de nossa explanação.

3.3. Por que não incentivar um sistema de recompensas financeiras em troca da denúncia de ilícitos?

A incorporação desses sistemas de denunciação interna traz consigo, juntamente com a necessidade de construir um arcabouço de proteção aos colaboradores, dois aspectos: um voltado à criação de uma cultura de participação popular e individual na identificação e neutralização de ilícitos; outro na construção de mecanismos de *incentivos* a essa participação dos cidadãos e trabalhadores, dos setores público e privado, consubstanciado, usualmente, na atribuição de recompensas pecuniárias aos denunciantes.

Muitas são as críticas opostas a essa sistemática, boa parte delas pontuando o caráter amoral em incentivar sistemas de *delação*, já que a comunicação às autoridades acerca de indícios do cometimento de determinado fato delitivo pode significar acusação de um colega de trabalho ou de alguém próximo, comprometendo o bom convívio do colaborador em relação aos demais de seu círculo social e/ou laboral. Essas barreiras, inclusive de cunho probatório, foram pontuadas por Davigo ao tratar sob a normativa italiana desse instrumento de prevenção no combate à corrupção[64].

Igualmente, merecem atenção, nessa moldura, questões a respeito da motivação do colaborador: a primeira delas pressupõe que o *reportante* está agindo impelido por razões morais, nada mais quer senão o bem, em outras palavras, a salvaguarda da higidez e retidão da atividade em que está inserido; a segunda entende que, mesmo existindo uma questão moral de fundo, o fator principal a influir na tomada de decisão a favor do repasse de informações será a gama de *incentivos* direcionada a impulsionar esse processo. Em maior ou menor

63. Disponível em: [http://bit.ly/2cadGFg].

64. Vide COLOMBO, Gherardo; DAVIGO, Piercamillo. *La tua giustizia non è la mia*: dialogo fra due magistrati in perenne disaccordo. Milano: Longanesi, 2016. p. 157-159.

medida, essas discussões podem ser equiparadas aos questionamentos relacionados atualmente ao instituto da delação premiada. Ocorre que, enquanto na delação premiada os benefícios da colaboração estão para a liberdade do delator, na sistemática do *whistleblowing* o repasse de informações garante ao *reportante* um prêmio em dinheiro.

Os estudos de Gary Becker, ao realizar uma análise econômica do comportamento humano nos idos de 1976[65], tornaram-se um marco na ciência da economia, porquanto superaram o tradicional entendimento de que a ela cabia, por objeto de estudo, meramente a análise das interações de mercado, do emprego e desemprego, da inflação, e os efeitos que esses e outros fatores emanavam sobre o modo de vida das pessoas, ocasionando a melhora de seu padrão de vida. Desde então, o método da Análise Econômica do Direito tem se expandido[66]. Tal parâmetro de estudo, em linhas gerais, nada mais é que uma tentativa de exame do Direito a partir das premissas básicas da ciência econômica[67], uma delas a de que, em um cenário de escassez, o homem é impulsionado a adaptar seu comportamento de modo a sobressair-se mesmo nas piores circunstâncias, tentando extrair das circunstâncias em que se vê inserido aquilo que lhe parecer melhor. Trata-se, enfim, da explanação do brocardo

65. BECKER, Gary S. *The economic approach to human behavior.* Chicago: University of Chicago Press, 1976. Em uma pesquisa direcionada especificamente ao modo pelo qual essa nova lógica de incentivos e contra-incentivos se encaixaria no âmbito da ciência penal, Becker identifica os custos relacionados a cada prática delitiva – os custos causados pelo crime, e os custos da edificação de um sistema de prevenção a esses delitos –, visando, assim, a identificar o caminho para desenvolver um sistema ótimo de políticas públicas e privadas para combater comportamentos antijurídicos (BECKER, Gary. *Crime and punishment*: and economic approach. 1968. Disponível em: [www.nber.org/chapters/c3625.pdf]. Acesso em: 15.10.2016).

66. No âmbito do Direito Penal, além do já citado clássico de Gary Becker (*Crime and Punishment: and economic approach*), veja-se, também, os estudos de SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri: Manole, 2004; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Análisis ecónomico del derecho y política criminal. *UNED – Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. Extraordinario 2 (2004); COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

67. A propósito, as ponderações de Ortiz de Urbina Gimeno: "Cuando se efectúa un "Análisis del derecho económico», se analiza la actividad mercantil desde una perspectiva jurídica; en el «Análisis económico del derecho", sin embargo, lo jurídico pasa de instrumento de análisis a objeto analizado. Al tiempo, el objeto de análisis se amplía, pasando de la regulación de las actividades mercantiles a todo el derecho" (ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Op. cit., p. 35).

people respond to incentives, baseando-se no que a ciência social já conhecia por "escolha racional",[68] mesmo sendo essa racionalidade "limitada", porquanto influenciada não somente por aspectos matemáticos de maximização, mas igualmente por parâmetros atrelados aos mais diversos aspectos da subjetividade individual, voltados à sua satisfação.[69]

As soluções direcionadas à implementação de incentivos financeiros, mesmo quando almejem resultados socialmente desejáveis, são inspiradas sobretudo em uma lógica de mercado. Michael Sandel, a respeito, pontua que se pretendermos importar as lógicas mercadológicas para um ambiente que não lhe é natural, ampliando sua incidência para as demais áreas das relações humanas, precisa-se indagar acerca dos *limites morais do mercado*, sobre o que o dinheiro pode ou não comprar.[70] Valendo-se de exemplos diversos, o jusfilósofo chama duramente a atenção a respeito dessa intervenção desmedida do *mercado* e suas lógicas na vida moderna sob a roupagem dos incentivos, pontuando: "ao passarem os incentivos a ser encarados como a pedra angular da vida moderna, o mercado surge como uma mão pesada e ainda por cima manipuladora".[71]

Sandel dá relevo à magnitude de refletirmos acerca dessas novas políticas não de uma maneira inflexível, mas atentos aos princípios sociais e morais ocasionalmente por elas afetados: "a menos que pretenda maximizar cegamente a utilidade social, sem qualquer consideração do valor moral das preferências que atende".[72] O pensador frisa que o mercado, quando aplicado sobre esferas da vida tradicionalmente norteadas por normas estranhas a ele,

68. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

69. NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, set.-dez. 2010. p. 22. "A estrutura da escolha racional assume que os indivíduos sabem o que lhes beneficia e agem em conformidade com esse conhecimento. Isso pode ser correto para indivíduos que tomam decisões em mercados altamente desenvolvidos (…) mas é patentemente falso quando fazem escolhas em condições de incertezas" (p. 20). No Brasil, sobre o tema, vide RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito*: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63-69.

70. SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra.* Os limites morais do mercado. Trad. De Clóvis Marques. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

71. Ibidem, p. 87.

72. Ibidem, p. 89.

invariavelmente corrompe os bens e valores ali inseridos, "induzem-nos a fazer a coisa certa pelo motivo errado",[73] inclusive gerando resultados diametralmente opostos àqueles objetivados inicialmente, de modo que, "para decidir se devemos ou não recorrer a incentivos financeiros, precisamos saber se esses incentivos podem corromper atitudes e normas que merecem ser protegidas. Para responder a esta questão, a lógica do mercado precisa transformar-se numa lógica moral".[74]

Reportando tais apontamentos para a seara das recompensas financeiras aos *Whistleblowers,* percebemos que essas podem facilmente ser encaradas pelo potencial colaborador como um prêmio a ser perseguido a qualquer custo, ignorando normas sociais abstratas de relacionamento, máxime quando direcionadas à vivência com os demais colegas de seu próprio círculo profissional dentro da corporação: seja por delatá-los, seja por, ao noticiar a prática delitiva de outrem, ser atingido pela pecha de que, por ser *delator,* não merece a confiança dos demais. Inclusive sob o olhar econômico, o valor elevado dessas recompensas financeiras poderia dar azo a um comportamento oportunista e à superveniência de inúmeras denúncias sem fundamento, até mesmo no caso de o *reportante*, valendo-se de meios legais, noticiar ilações com a exclusiva finalidade de prejudicar algum companheiro de trabalho por razões egoístas. Todos esses prismas precisam ser levados em consideração ao analisarmos a possibilidade de incorporação dos sistemas de *Whistleblowing* à realidade normativa pátria.

4. O *Whistleblowing* no Brasil

Enquanto o *Compliance* por si só demanda uma atenção diferenciada por parte dos juristas em relação às suas intersecções com as normas trabalhistas – já que poderá implicar, principalmente sob a vertente das investigações internas, restrições a direitos fundamentais dos trabalhadores –, os sistemas de *Whistleblowing* refletem problemáticas semelhantes relacionadas com a legislação laboral e proteção dos seus jurisdicionados. Contudo, partindo de outra premissa: enquanto denunciantes, os *Whistleblowers* podem carecer de um suporte que lhes assegure a salvaguarda de emprego, a continuidade da atividade laboral por ele desenvolvida e que lhe permita a sobrevivência.

73. Ibidem, p. 60.

74. Ibidem, p. 91. Tecendo críticas específicas aos sistemas de *Whistleblowing* instituídos nos Estados Unidos da América, veja-se: CALLAHAN, Elletta Sangrey; DWORKIN, Terry Morehead. Go Good and get rich: financial incentives for whistleblowing and the false claims act. *Villanova Law Review*, n. 37, 1992, p. 276- 336.

Na tangente da proteção trabalhista, vemos o instituto da garantia provisória de emprego como "vantagem jurídica de caráter transitório, deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador".[75] Previstas em parte no texto constitucional e em parte em dispositivos infraconstitucionais, tais garantias de emprego, atualmente, são direcionadas tão somente ao representante sindical (art. 8º, inciso III, da CF), ao empregado eleito para a direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes – CIPA (art. 10, inciso II, *a*, do ADCT), à empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, *b*, do ADCT), aos deficientes (art. 93, *caput*, da Lei 8.213/1991), ao empregado acidentado/reabilitado (art. 118 da Lei 8.213/1991) e, conforme entendimento sumulado, aos empregados portadores de doença grave (Súmula 443 do TST).[76]

Na tradição brasileira, não é comum o incentivo à figura do denunciante cívico, nem se promovem canais de recebimento de denúncias relativas a desvios de condutas, seja no campo público, seja no empresarial. Esse cenário, porém, tem manifestado paulatinas mudanças. Tal realidade principiou a alterar somente com a edição da chamada Lei Anticorrupção, a qual erige a existência de procedimentos internos de incentivo à denúncia de irregularidades como um fator a ser levado em consideração quando da imposição, à pessoa jurídica, das sanções administrativas previstas na Lei 12.846/2013.

Em 2015, o Senador Aloysio Nunes Ferreira, com a justificativa de fomentar e aprimorar os instrumentos que "incentivem uma cultura de combate à corrupção", apresentou o Projeto de Lei 362/2015 (arquivado em abril de 2016), o qual pretendia criar no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de proteção aos *Whistleblowers*, aos denunciantes de irregularidades perpetradas no interior de empresas, públicas ou privadas, quando o fizessem de boa-fé e com base em motivos razoáveis, compreendidos como indícios relevantes de ilegalidades ou irregularidades. Esclarece, ainda, que seria de aplicação sobre "*qualquer tipo de relação de trabalho ou emprego, tanto no serviço público quanto na iniciativa privada*, e qualquer tipo de trabalhador, incluindo servidores públicos federais, estaduais, distritais ou municipais, empregados públicos, agentes privados que prestam serviço para a Administração Pública e trabalhadores da iniciativa privada" (art. 1º, § 1º). (grifos nossos)

75. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. rev. e amp. São Paulo: LTr, 2016. p. 1394.

76. Idem.

No âmbito das garantias a tais trabalhadores, o documento cita que nenhum desses poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por revelar informações à autoridade competente. Já no núcleo das relações trabalhistas propriamente ditas, assegura a impossibilidade de "demissão, rebaixamento de função, transferência imotivada, punição, perda de benefícios ou qualquer outra espécie de represália" (art. 3º, § 1º), instituindo sanções à empresa que ignorar essas recomendações, punições as quais poderão variar desde a reversão do ato até a aplicação de multa (com teto máximo de dez mil salários mínimos) e, no caso da Administração Pública, à responsabilização administrativa do superior. A título de incentivos financeiros ao trabalhador colaborador, instituiu, dentre outros, o "pagamento de 15% (quinze por cento) a 50% (cinquenta por cento) do valor da multa administrativa aplicada ao agente que praticou o ato ilícito, a depender da importância da denúncia para a apuração dos fatos" (art. 4º, III).

Ainda no âmbito do Projeto de Lei 362/2015, vemos, no texto de sua justificativa, a citação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pelo Brasil em 2002 (Decreto Legislativo 152), e promulgada em outubro do mesmo ano pelo Decreto 4.410/2002, assim como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, igualmente aprovada e promulgada pelo Brasil (Decreto 5.687/2006). Ambos os documentos indicam que os Estados-Parte ficam comprometidos a criar sistemas para proteção dos funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem atos de corrupção. Esse Projeto, contudo, foi arquivado em abril de 2016, a pedido do próprio Senador Aloysio Nunes Ferreira.[77]

Em maio de 2015, o núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, sob a lavra da Consultora Legislativa Juliana Magalhães Fernandes Oliveira, publicou um estudo reforçando a necessidade de implementação destse sistema de proteção no ordenamento jurídico brasileiro. Consoante consta desse levantamento, ao encontro do já implementado na experiência comparativa, seu objetivo principal é "transformar cidadãos em informantes a favor do Estado".[78] Desde então, são conhecidos os trabalhos promovidos pela ENCCLA que, para o ano de 2016, previu a Ação 4, cujo enunciado prevê: "Elaborar diagnóstico e proposição de aprimoramento do sistema brasileiro de proteção e incentivo ao denunciante e *Whistleblowing*".[79] Sob a coordenação da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe, essa

77. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121791].

78. Disponível em: [www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175].

79. Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/acoes].

Ação 4 da ENCCLA tem sido debatida para a elaboração de um anteprojeto de lei visando à implantação "de um sistema brasileiro de proteção e incentivo ao cidadão no âmbito dos órgãos *públicos* no combate à corrupção e fraudes públicas".[80] Sua última reunião para o debate da matéria data de junho de 2016. Consoante noticiado no site da própria Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, e de acordo com o apontado pelo Desembargador Federal do Tribunal Regional da 4ª Região Márcio Antônio Rocha: "o anteprojeto prevê que o *whistleblower*, que será chamado na legislação de 'reportante', receba uma premiação pela sua colaboração, com base nos valores recuperados de atos de fraudes públicas e corrupção e também com o percentual das multas que forem aplicadas".[81] Recentemente, citado magistrado promoveu o debate com reconhecidas autoridades acadêmicas no Seminário Internacional sobre programas de proteção e incentivos ao *Whistleblower*, realizado na cidade de Florianópolis em setembro de 2016.

Nessa toada, e seguindo as recomendações da ENCCLA, um programa de proteção e incentivo a relatos de informações de interesse público voltou a ser discutido com o Projeto de Lei 4.850, de 2016, conhecido por veicular as chamadas dez medidas contra a corrupção do Ministério Público Federal, que propõe estabelecer parâmetros para investigação, persecução e punição de crimes de corrupção e outros contra a Administração Pública, além da Lavagem de Capitais. No parecer do Deputado Onyx Lorenzoni, relator da matéria na Câmara dos Deputados, depreende-se a justificativa da tutela ao *reportante* na necessidade de garantia do "pleno exercício da cidadania e do direito de livre manifestação"[82]. Amparado na experiência comparada, o projeto propõe que os relatos sejam feitos mediante a proteção de identidade, estabelecendo, ainda, um sistema de retribuição sem ônus para o Estado, fruto dos valores de danos ressarcidos e multas aplicadas àqueles que praticaram os ilícitos.

Inserida pela OECD em um complexo sistema de "proteção e luta contra a corrupção", o *Whistleblowing* poderia, de fato, ser um importante aliado no enfrentamento dos casos de fraudes, auxiliando a minimizar os danos gerados por essas práticas nesse problemático cenário contemporâneo. Ressalta-se a relevância desse instituto, para tais fins, não apenas como expediente voltado

80. Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/boletim/BoletimEncclaN28Julho.2016.pdf].

81. Disponível em: [http://enccla.camara.leg.br/boletim/BoletimEncclaN28Julho.2016.pdf], p. 5.

82. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1506314&filename=SBT+1+PL485016+%3D%3E+PL+4850/2016]. O parecer foi aprovado na reunião de 9 de novembro de 2016, na Comissão da Câmara dos Deputados responsável pela apreciação da matéria.

ao setor público, mas também, e principalmente, no setor privado, prática já implementada por países como Japão e África do Sul[83]. Ainda, recente estudo promovido pela KPMG – a partir da análise de 750 fraudadores, em que se procurou traçar o "perfil do fraudador ao redor do mundo, no período compreendido entre 2013 e 2015" – atestou que as fraudes, de modo geral, e a corrupção, de modo especial, são mais frequentemente verificadas em empresas cujo sistema de monitoramento é débil. Ao mesmo tempo, as pesquisas apontaram que as fraudes e a corrupção são mais facilmente detectadas por acidente, conforme as estatísticas, e não a partir dos sistemas de gerenciamento interno.[84] Conforme consta do estudo, de 456 exemplos, 52% foram descobertos por meio de delações, outros tipos de relatos e queixas de fornecedores ou clientes.[85]

As corporações são especialmente vulneráveis às fraudes praticadas em concurso de agentes, e precisam planejar seus controles levando isso em consideração, máxime em relação aos relacionamentos com terceiros (p. ex., fornecedores). Aqui, outra vez a denunciação interna se apresenta como um recurso mais eficaz de detecção, pois os estudos apontaram que, enquanto os fraudadores que agem sozinhos têm maior probabilidade de serem identificados pela auditoria interna, acidentalmente ou por ocasião de uma revisão gerencial, os conluiados somente são expostos por delações e denúncias anônimas, "o que sugere que outras formas de detecção possam ser ineficazes dentro de esquemas de conluio razoavelmente grandes".[86] Quando analisam os grupos de fraudadores em ajustes internos e externos às empresas e aqueles fraudadores reunidos sob um grupo misto (de indivíduos tanto internos como externos à corporação), os estudos apontam novamente para as delações e denúncias anônimas como o meio mais importante de detecção de fraudes, destacando-se,

83. In: G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of Whistleblowers. Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of best Practices and Guiding Principles for Legislation. p. 6. Disponível em: [www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf]. Acesso em: 24.10.2016.

84. "Este ponto é refletido no fato de que uma quantidade significativa de fraudadores (14 por cento) foi detectada por acidente, ao invés de serem detectados por controles internos e monitoramento. (…) 'Os métodos mais eficazes de detecção são mecanismos de denúncias anônimas e delações, e não auditoria interna nem revisão gerencial. Os fraudadores potencializados são geralmente os mais difíceis de se capturar', diz Jimmy Helm, Head de Forensic, KPMG Europa Central e Leste Europeu" (p. 10 e 13). Disponível em: [https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2016/09/br-perfil-do-fraudador-2016.pdf]. Acesso em: 24.10.2016.

85. Ibidem, p. 14.

86. Ibidem, p. 15.

aqui, sua eficiência quanto aos grupos mistos (49%), esse de detecção mais insólita quando comparado aos demais.[87] Em um cenário de fraudes praticadas sob a sombra de grandes esquemas criminosos, o *acaso* tem se mostrado a forma mais frequente de detecção. Destarte, mais do que enfatizar a importância desses mecanismos de denunciação interna, esses pareceres têm apontado para a necessidade de aperfeiçoar os sistemas de monitoramento já existentes, porquanto colocam sua ineficácia em evidência.

5. Considerações finais

Diante do exposto, sem o ânimo de se exaurir a temática vertida, buscou-se incitar o debate sobre uma matéria ainda exigente de incursões normativas em razão da sua maior importância como artifício inerente a uma política criminal eminentemente preventiva. De fato, a incorporação de uma legislação *Whistleblowing* poderia ensejar grandes ganhos no enfrentamento dos casos de corrupção, assunto mais em voga atualmente, mas não apenas esses, senão também a neutralização de diversos outros delitos cometidos no seio de estruturas empresariais complexas. Essa proposta, no entanto, deve ser analisada à luz dos sucessos na experiência comparada, mas com uma peculiar atenção à realidade brasileira, ressaltando-se que a aplicação automática e sem filtros necessários de adaptação tornará a medida meramente simbólica, com alcance restrito a uma promoção publicitária.

Como alhures verificado, embora tenham se revelado um importante instrumento de política criminal, os sistemas de denunciação e investigação interna somente poderão conduzir aos resultados esperados se acompanhados de uma mudança na cultura empresarial como um todo e desde que refletida na transformação dos comportamentos de cada um daqueles integrantes da sua equipe laboral nos seus mais diversos setores. Frise-se, não é apenas a completa ausência de monitoramento a responsável por dar azo à prática de ilícitos, senão sua instauração e aplicação de maneira débil. Não se pode perder de perspectiva que qualquer instrumento de prevenção está arraigado a uma mentalidade geral resistente à figura do denunciante interno, pois, na visão do denunciado – num viés sociológico –, o fardo maior (com todos os estigmas a serem carregados) deverá ser do *reportante*, e não daquele que praticou o comportamento ilícito.

Sob outro vértice, esses sistemas de denúncia demandam uma aplicação conjunta com fatores que incentivem positivamente a postura pela colaboração.

87. Ibidem, p. 17.

Aqui, o incentivo positivo a partir da promessa de recompensas financeiras deve ceder lugar para se priorizar o incentivo pela garantia de segurança jurídica, é dizer, por mostrar ao possível colaborador salvaguarda legal em face de quaisquer represálias, compensando-o pelos custos concretos eventualmente suportados se optar pela cooperação em prol do interesse público. Essa mudança só é possível sob o prisma da legislação responsável por disciplinar as relações laborais e os contratos de prestação de serviços privados que, semelhantes, não se encaixem nessa relação jurídica específica.

Embora exista lacuna de uma análise mais acurada acerca da normativa trabalhista sobre a temática, cediço é que, sob os contornos atuais, sua aplicação isolada não seria hábil a garantir essa efetividade. Inclusive porque a garantia da manutenção do emprego muitas vezes não será viável diante do clima de estigma desenvolvido no interior das corporações em detrimento do *reportante*. Também por isso, a segurança jurídica revela-se ainda mais importante quando comparada a um sistema de vultuosos incentivos financeiros atribuídos como prêmios ao prestador da informação.

A instituição de recompensas financeiras pagas pelo próprio Estado pode não parecer a melhor opção, pois significaria um grande aumento de gastos com os quais o Erário, em certa medida, não poderia suportar. Uma saída poderia ser a garantia de assessoramento jurídico e facilitação na promoção de acordos extrajudiciais ou, quando necessário, ações judiciais de indenização, como já ocorre nos Estados Unidos. Aliado a isso, no entanto, é necessária a manutenção de um efetivo sistema de resguardo da confidencialidade da identidade dos denunciantes, ponto por si só delicado quando se trata de assegurar a higidez da licitude das provas levadas a uma futura ação penal.

Enfim, atentos à premissa de que a intervenção do Direito Penal no *paradigma da prevenção* acaba se tornando *prima ratio*, não surpreende se deparar com expedientes em que restam indicadas possibilidades críveis de eficiência num enfrentamento preventivo de delitos econômicos. Tais instrumentos de fato merecem atenção e devem ser estudados à saciedade e com a devida ponderação, em virtude de toda a complexidade imposta por sua interdisciplinaridade. Na verdade, sem negar os efeitos da globalização e da contemporaneidade, não devemos renunciar a instrumentos alheios à normativa penal que primem pelo "estímulo e propulsão de atos considerados socialmente úteis, em lugar de repressão de atos considerados socialmente nocivos"[88]. A incorporação de

88. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura* à *função*: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 24.

sistemas de *Whistleblowing* acompanhados das devidas garantias aos denunciantes parece, enfim, amoldar-se a esse pensamento. *O paradigma da prevenção* deve deixar de lado a sanção penal para dar lugar a métodos prévios e mais eficazes. É preciso pensar em outros instrumentos hábeis a intervir "mais cedo", não significando a vulneração de direitos e garantias individuais, realidade indissociável à utilização do *ius puniendi estatal*.

6. Bibliografia

BACIGALUPO, Enrique. Compliance *y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BACIGALUPO, Enrique. Compliance *y derecho penal:* prevención de la responsabilidad de directivos y de empresas. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Rizzoli, 1988.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. España: Siglo Veintiuno, 2002.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Gary S. *The economic approach to human behavior.* Chicago: University of Chicago Press, 1976.

BECKER, Gary S. *Crime and punishment*: and economic approach. 1968. Disponível em: [www.nber.org/chapters/c3625.pdf]. Acesso em: 15.10.2016.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*. Una aproximación desde el análisis económico del derecho. Tési Doctoral. Universitat Pompeu Fabra, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura* à *função*. Novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCrim, São Paulo, n. 100, p. 453 e ss., 2013.

CALLAHAN, Elletta Sangrey; DWORKIN, Terry Morehead. Go Good and get rich: financial incentives for whistleblowing and the false claims act. *Villanova Law Review*, n. 37, p. 276-336, 1992.

COLOMBO, Gherardo; DAVIGO, Piercamillo. *La tua giustizia non* é *la mia*: dialogo fra due magistrati in perenne disaccordo. Milano: Longanesi, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. rev. e amp. São Paulo: LTr, 2016.

ESTRADA I QUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los Trabajadores y Deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

FIGUEIREDO DIAS, J. de. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39 e ss., 2001.

FORNARI, Luigi. *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*. Padova: CEDAM, 1997.

GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*. Verdades para o nosso tempo. Trad. Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.

GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance* y derecho de los trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Ed.). Compliance *y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GRECO, Luís. *Sobre el vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.); DAVID, Décio Franco (Org.). Compliance e direito penal. São Paulo: Atlas, 2015.

HASSEMER, Winfired. Processo penal e direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

HASSEMER, Winfired. Perspectivas de uma nova política criminal. *Direito penal*: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HORVITZ L., Maria Ines. Dulzura de las penas. *Beccaria 250 años*. De la obra a los becarios. Buenos Aires: Editorial BDEF, 2011.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Considerações iniciais acerca da Lei Anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal*. Disponível em: [www.academia.edu/12515378/Considera%C3%A7%C3%B5es_iniciais_acerca_da_Lei_Anticorrup%C3%A7%C3%A3o_e_os_novos_desafios_da_advocacia_criminal]. Acesso em: 15.10.2016.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra del et al. (Coord.). *Temas de anticorrupção &* compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MASCHMANN, Frank. *Compliance* y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al. (Ed.). Compliance *y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal:* a propósito de la gestión medio ambiental. Barcelona: Atelier, 2008.

NIETO MARTIN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Iustel Publicaciones, 2008.

NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set.-dez. 2010.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Análisis económico del derecho y política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2. Época, n. extraordinario 2, p. 31-73, 2004.

PASTOR, Daniel R. Prontitud de la pena. *Beccaria 250 años*. De la obra a los becarios. Buenos Aires: Editorial BDEF, 2011.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La Respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, v. 4, oct. 2006.

RAGUES I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing*. Una aproximación desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAGUES I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, v. 364, jul. 2006.

RAGUES I VALLÈS, Ramón. Los procedimientos internos de denúncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito*: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROCHA, Márcio Antônio. *Subsídios ao debate para a implantação dos programas de* whistleblower *no Brasil*. No prelo.

SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y* compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Teoría del delito y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 20, n. 99, p. 327-356, nov.-dez. 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri: Manole, 2004.

SILVA SANCHÉZ, Jesús María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As ciências criminais no século XXI, v. 11).

STOPANOVSKI, Marcelo. A tecnologia como catalisadora da informação na prevenção e no combate à corrupção. Lei Anticorrupção: transparência e boas práticas. *Cadernos FGV Projetos,* ano 11, n. 27, p. 54-65, abr. 2016.

ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo:* reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- *Criminal Compliance* – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial, de Rodrigo Sánchez Rios e Caio Antonietto – *RBCCrim* 114/341-375 (DTR\2015\9154); e
- *Whistleblowing* no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, de Andre Ricardo Godoy – *RBCCrim* 134/269-289 (DTR\2017\2549).

Anotações sobre o estudo da *recklessness* na doutrina penal italiana: por uma terceira forma de imputação subjetiva?

Notes on the study of recklessness in light of the Italian criminal doctrine: for a third form of subjective imputation?

Sheila Jorge Selim de Sales

Doutora em Direito Penal e Criminologia e pós-doutorado pela Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Associada de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFMG. Chefe do Departamento de Direito e Processo Penal da FDUFMG.
sheilasales@task.com.br

Recebido em: 20.11.2016
Aprovado em: 07.05.2017
Última versão da autora: 19.06.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo de direito penal comparado tem por objetivo divulgar, na doutrina brasileira, uma das soluções apontadas por penalistas italianos para resolver o problema da difícil distinção entre dolo eventual e culpa consciente, em especial mediante a adoção do conceito de *recklessness*, proveniente do *common law*, como uma terceira forma de imputação subjetiva. Para tanto, após considerações iniciais para delimitação do objeto de estudo, realiza-se a exposição do conceito de *recklessness*, suas formas de aparecimento e indicam-se os autores italianos que atualmente postulam a adoção desse conceito, como terceira forma de imputação subjetiva, em lugar do dolo eventual.

Palavras-chave: Elemento subjetivo – *Common Law* – *Recklessness* – Descuido objetivo – Descuido subjetivo – Doutrina Italiana – Dolo eventual.

Abstract: The present study on compared criminal law aims at disseminating, in the Brazilian doctrine, one of the solutions pointed out by italian criminalists to solve the problem of the difficult distinction between *dolus eventualis* and conscious negligence, especially through the adoption of the concept of recklessness – derived from the Common Law system – as a third form of subjective imputation. After the initial considerations, in order to define the object of study, the article exposes the concept of recklessness, as well as how it emerged, and indicates the italian authors who adopt this concept, nowadays, as a third form of subjective imputation, instead of the *dolus eventualis*.

Keywords: *Mens rea* – Common Law – Recklessness – Objective recklessness – Subjective recklessness – Italian doctrine – *Dolus eventualis*.

Sales, Sheila Jorge Selim de. Anotações sobre o estudo da *recklessness* na doutrina penal italiana: por uma terceira forma de imputação subjetiva?.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 137. ano 25. p. 125-149. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. *Actus reus, mens rea* e *recklessness*. 3. *Recklessness*: noção. 4. Espécies de *recklessness*: descuido subjetivo e descuido objetivo. 5. *Recklessness* na doutrina italiana: tendências. 5.1. A Sentença 11.222/2010 da Corte di Cassazione. 5.2. O caso Thyssenkrupp. 6. O direito penal brasileiro: nossa posição. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, no sistema romano-germânico, as inúmeras dificuldades encontradas em relação às diversas teorias que buscam estabelecer a distinção entre dolo e culpa, em especial, aos aspectos dogmáticos do dolo eventual, têm sido cuidadosamente estudadas, sem que se consiga estabelecer uma conclusão unívoca.[1] Com efeito, o conceito de dolo eventual tem levado os monografistas sobre o tema às mais diversificadas acepções sobre a matéria.

No entanto, pelo menos nos mais referenciados manuais, é possível dizer que existe uma concepção dominante na doutrina italiana. Autorizada orientação dogmática afirma a configuração do dolo eventual, quando o agente representa resultados ou consequências lesivas, que não fazem parte do escopo de sua conduta, mas, ainda assim, atua aceitando o risco de sua realização. Portanto, tem-se que a escolha, a decisão pela conduta, envolve o eventual resultado. Caracterizados estariam a representação e a vontade, elementos do dolo, conforme definição legal contida no Código Penal italiano.

Segundo Ramacci, a proeminência da previsão sobre a vontade domina o dolo eventual. Essa forma de dolo é designada *eventual* porque se fundamenta na previsão do resultado como uma eventualidade que se agrega à consequência da conduta e, portanto, ulterior em relação ao que é realmente querido pelo agente. Desta forma, o risco do eventual resultado, com a prática da conduta, é voluntariamente assumido pelo agente.

Afirma o autor que:

> (...) a aplicação concreta da forma do dolo eventual postula, por isso, a adoção de um critério objetivo de quantificação do risco; tal exigência é racional

1. A doutrina do dolo eventual, e de consequência a distinção entre o dolo e a culpa é um tema bastante atual. A bibliografia produzida sobre a matéria nos últimos anos é imensa. A título exemplificativo, citaremos aqui alguns trabalhos em idiomas latinos e tradução: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luis Greco. São Paulo: Manole, 2004; SANCHEZ, Bernardo Feijóo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002; TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Buenos Aires: Astrea, 2010; PÉREZ, Maria Laura Manrique. *Acción, dolo eventual y doble efecto*. Madrid: Marcial Pons, 2012; AA.VV. *Il 'mistero' del dolo eventual*. A cura di David Brunelli. Torino: Giappichelli, 2012.

> porque, se é verdade que a sua satisfação desancora em parte o dolo dos seus componentes estruturais psicologísticos, é verdade também que a quantificação do risco serve para evitar, de um lado, que possa ser apresentada como uma previsão de certeza (portanto, predicada como dolo direto) a previsão de uma consequência como provável e, de outro lado, que possa ser considerada consequência provável de uma série de derivações casuais, e portanto improváveis em relação a um determinado tipo de conduta. A exigência de um *standard* racional de quantificação do risco se adverte também em relação à culpa com previsão ou culpa consciente, que se diferencia do dolo eventual porque enquanto neste à previsão segue a aceitação da consequência provável, naquela o agente representa a consequência provável, mas age com a certeza que a sua conduta não a fará acontecer.[2]

Fiandaca e Musco reafirmam essa posição, sustentando que o agente deve atuar, no momento cognoscitivo do dolo eventual, com a previsão concreta – e não abstrata – da possibilidade de verificação do resultado lesivo e, posteriormente, no momento volitivo, o sujeito se decide pela conduta que poderá provocar o eventual resultado, terminando por consentir em sua realização. A atitude interior no dolo eventual deve ser concreta, exige uma consciente aceitação do risco, que "se aproxima, em sede de valoração penalistica, à verdadeira e própria volição do fato."[3]

No entanto, embora exista uma acepção que se pode reputar mais difundida na doutrina italiana, o tema continua sendo objeto de vasta construção

2. RAMACCI, F. *Corso di diritto penale*: parte generale. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2013. p. 344, *In verbis*: "(...) La applicazione concreta della forma del dolo eventuale postula perciò l´adozione di un criterio oggettivo di quantificazione del rischio; tale esigenza è razionale perché, se è vero che il suo soddisfacimento disancora in parte il dolo dalle sue componenti strutturali psicologiste, è vero anche che la quantificazione del rischio serve ad evitare, da um lato che possa essere presentata come uma previsione di certezza (e quindi predicata come dolo diretto) la previsione di una conseguenza come probabile, e, dall´altro lato che possa essere ritenuta conseguenza probabile una classe di derivazioni del tutto casuali e quindi improbabili rispeto a um determinato tipo di condotta. La esigenza di uno *standard* razionale di quantificazione del rischio si avverte anche in relazione alla colpa con previsione o colpa cosciente, che si diferenzia del dolo eventuale perché mentre in questo alla previsione segue l´accettazione della conseguenza probabile, in quella l´agente si rappresenta la conseguenza probabile ma agisce com la certezza che la sua condotta *non* la fará verificare." No mesmo sentido, cf. FIANDACA, G.; MUSCO, E. *Diritto penale*: parte generale. 5. ed., Bologna: Zanichelli, 2011. p. 361-365.
3. FIANDACA, G.; MUSCO, E. *Diritto penale*: parte generale. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 2011. p. 363.

doutrinária e jurisprudencial, com a finalidade de estancar a tendência a dilatar excessivamente o âmbito de aplicação do dolo eventual para satisfazer exigências repressivas.

Isso acontece, evidentemente, não apenas pela notada capacidade do dolo eventual para produzir uma expansão ainda maior no âmbito de aplicação do direito penal, mas também para evitar o endurecimento punitivo que resulta de sua indiscriminada aplicação.

Note-se que o dolo eventual é tema que envolve limites: o limite entre tipicidade e atipicidade do fato histórico, bem como os limites da pena edital a ser aplicada ao fato típico, se culposo ou doloso, mediante dolo eventual.

Por outro lado, a excessiva amplitude ou expansão às quais se serve o conceito de dolo eventual sem dúvida comporta a violação aos princípios da legalidade e da culpabilidade em matéria penal.

Em face das inúmeras questões que suscita e da ausência de um unívoco conceito de dolo eventual, respeitada orientação doutrinária vem se posicionando no sentido de buscar alternativas para o conceito.

Procurando simplificar a aplicação do direito penal, libertando-o do tormentoso conceito, são cogitadas alternativas provenientes do direito penal comparado – como a *recklessness* e a *mise en danger* – que possam substituir o conceito de dolo eventual, já que este não é objeto de definição no Código Penal italiano, afastando por outras vias as diversas controvérsias sobre as teorias da representação e da vontade, que buscam fundamentar e delimitar a distinção entre dolo e culpa.

Nesta exígua sede cuidaremos tão somente da orientação doutrinária que postula seja o dolo eventual substituído pela *recklessness*, no direito penal italiano.

2. *ACTUS REUS*, *MENS REA* E *RECKLESSNESS*

Na doutrina italiana é possível perceber um interesse pelo estudo do instituto *recklessness*, proveniente do *common law*, postulando-se sua adoção como terceira forma de imputação subjetiva e, ao mesmo tempo, deixando de lado a doutrina do dolo eventual.

A exposição sobre o tema torna imprescindível uma alusão, ainda que breve, à sistematização das fases de valoração do conceito analítico de crime no direito penal anglo-americano.

Nesse sentido, importante dizer que goza de indiscutível atualidade no sistema do *common law* a máxima *actus reus non facit reum nisi mens sit rea*.

Desse aforismo formulam-se os componentes do crime na tradição do *common law:*

1) *actus reus*, que está a designar o conjunto dos elementos externos do delito e que, na tradição romano-germânica corresponderia – grosso modo – aos elementos objetivos do tipo, *e.g.*, conduta, relação de causalidade, resultado; e

2) *mens rea*, expressão com a qual se denomina a culpabilidade, o elemento interno do crime, (*state of mind*), o estado psicológico do agente no momento da prática do fato crime, ou na tradição romano-germânica, o elemento subjetivo do delito (dolo e culpa).

Actus reus e *mens rea* são os dois capítulos que os juristas anglo-americanos articulam para a análise do *crime* ou *offence*. A eles se junta um terceiro denominado *defences* ou *general defenses*,[4] no qual são expostas todas as formas de exclusão do crime que, no nosso raciocínio jurídico, são bastante diversas entre si, tais como o erro, as causas de exclusão da ilicitude, a ausência de capacidade do agente, *e.g.*, demência, intoxicação.

No *common law* as formas de aparecimento da *mens rea* recebem diversas denominações, sendo também diferentes da classificação do elemento subjetivo no direito penal de tradição romano-germânica.

As denominações nem sempre encontram uma tradução precisa do inglês para as línguas estrangeiras e, em relação à linguagem utilizada pelas Cortes, segundo Low é possível realizar apenas aproximações[5] entre termos utilizados. Talvez por isso o vocábulo *recklessness* tem sido traduzido para línguas diversas do inglês de muitas formas, *e.g.,* desconsideração, descuido e temeridade.

No presente texto, o vocábulo descuido será utilizado como sinônimo de *recklessness*.

Afirma Fletcher que os livros de direito penal, com frequência, definem como formas de *mens rea* ou estados subjetivos do agente a intenção, o conhecimento e o descuido.[6]

4. Seguindo esta ordem em seu manual, cf. LOW, Peter W. *Criminal law.* 3. ed. St. Paul: Thomson/West, 2007.

5. LOW, Peter W. *Criminal law.* St. Paul: Thomson/West, 2007. p. 121-123. Para o penalista, a melhor aproximação "is to read the applicable cases and try to translate the court´s language into one of four ideas: (1) purpose, meaning a conscious desire or objective; (2) knowledge, meaning awareness or belief; (3) recklessness, as defined in the 'general intent', discussion immediately above; and (4) negligence, also as defined in the same discussion" (Op. cit., p. 122).

6. Cf. FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law.* Oxford: University Press, 2007. v. 1. p. 308. *In verbis:* "This pattern is in line with common lawtextbooks, which regularly define *mens rea* to connote intention, knowledge or recklessness".

O *Model Penal Code* define como formas de culpabilidade (*kinds of culpability*): *purposely*, *knowingly*, *recklessly* e *negligently*.[7]

Na doutrina italiana, o comparatista Vinciguerra sistematiza as diversas formas de disposição mental no *criminal law*, conforme a teoria clássica, da forma seguinte: 1) a intenção (*intention*);[8] 2) o descuido (*recklessness*), 3) a negligencia (*negligence*) e a inadvertência inculpável (*blameless inadvertence*).[9]

Para o autor:

> (...) a *intention* e a *recklessness* são, portanto, as duas pilastras da doutrina da culpabilidade no direito penal inglês e, mesmo na variedade de suas especificações individuam as duas principais e diferentes atitudes psicológicas (*states of mind*) que podem ser assumidos em relação ao *actus reús* de qualquer crime.[10]

O conhecimento ou consciência do agente deve abarcar todos os elementos externos (*actus reus*) do fato praticado e esta exigência é denominada *knouingly* – ao lado de diversas outras denominações – no direito penal inglês.[11]

---

7. Cf. DUBBER, Markus D. *Criminal law;* model Penal Code. New York: Foundation Press, 2002, *Section 2.02*. p. 303.
8. Distinguindo-se doutrinariamente em *direct e oblique intention*, identificam-se, respectivamente, com os tradicionais conceitos de dolo direto de primeiro grau ou intencional e dolo direto de segundo grau. Acentua VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992. i principi, p. 175 ss., após mencionar a diversidade de palavras do vocabulário jurídico corrente, diz que a coincidência na afirmação realizada no texto, "non implica, però, né l'identità del metodo di analisi, né l'identità dei concetti e del linguaggio adoperati" (p. 176).
9. VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992. p. 176. Neste sentido, cf., no direito penal anglo-americano WILSON, William. *Criminal law.* 5. ed. London: Pearson Education, 2014. p. 129-157; ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *Criminal law.* 11. ed. New York: Pearson Education, 2016. p. 22-39. Com algumas variações, cf. CHILD, John; ORMEROD'S. *Essencials of criminal law.* 2. ed. New York: Oxford University Press, 2017. p. 93-112.
10. VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992. p. 176. *In verbis:* "L*'intention* e la *recklessness* restono, dunque, i pilastri portanti della dottrina della colpevolezza nel diritto penale inglese e, pur nella varietà delle loro specificazioni, individuano i due fondamentali e differenti atteggiamenti psicologici (*states of mind*) che possono essere assunti in relazione all'*actus reus* di um qualsiasi reato." Discorrendo sobre o *dolus eventualis* e as diferentes formas de imputação subjetiva no sistema do *common law*, cf. FLETCHER, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford: University Press, 2000. p. 445 ss.
11. VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992. p. 175. ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoria del*

Aqui nos interessa expor, ainda que de forma sucinta, o conceito de *recklessness* que, no direito penal anglo-americano, é uma forma de imputação subjetiva do fato ao agente do crime.

Ao manusear os trabalhos doutrinários daqueles que já estudaram a matéria, nota-se não haver uma uniformidade de pensamento ao se tratar do seu cotejo com as formas de imputação subjetiva no sistema romano-germânico. Assim, para alguns, o conceito de descuido seria a base de uma figura intermédia entre a "intenção e a culpa com previsão";[12] para outros situa-se entre a "intenção e a negligência";[13] para outros, ainda, entre o "dolo e a imprudência".[14] Finalmente, alguns a consideram como culpa consciente ou culpa com previsão.[15]

O comparatista Jean Pradel utiliza a expressão como sinônima de dolo eventual.[16]

Fletcher a compreende como uma forma de culpa, equivalente ao que os alemães denominam *conscious negligence*,[17] alertando para a importância da distinção entre *intention* e *recklessness*, uma vez que "em ambos os casos o agente é consciente que sua conduta pode gerar um específico resultado".[18]

---

delito en el ambito jurídico della 'Common Law'. Granada: Comares, 2002. p. 106, no entanto, afirma que "o conhecimento das circunstâncias faz parte do próprio conceito de *intention* e de *reklessness* subjetivo, enquanto se renuncia a ele no *reklessness* objetivo e na negligência".

12. Assim, CANESTRARI, Stefano. La definizione legale del dolo: il problema del *dolus eventualis*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* Milano: Giuffrè, 2001. p. 906.
13. Cf. CURI, Francesca. *Tertium datur:* per uma scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato. Milano: Giuffrè, 2003. p. 47; PULIDO, José Manuel Díaz. Sobre el concepto del dolo eventual: estudio de derecho comparado. *Revista Canária de Ciências penales,* n. 4, 1999. p. 158.
14. Assim, cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal;* parte general. Trad. de Manuel Luzon Pena et al. Madrid: Civitas, 1997. p. 447.
15. Sobre o ponto, cf. GARIBALDI, Gustavo E. L.; PITLEVNIK, Leonardo G. *Delimitación del dolo y la culpa en el ilícito penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. p. 94.
16. Cf. PRADEL, Jean. *Droit penal comparé*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 99.
17. FLETCHER, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford: University Press, 2000. p. 443. *In verbis:* "Recklessness is a form of *culpa* – equivalent to what German scholar call 'conscious negligence'".
18. FLETCHER, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford: University Press, 2000. p. 443. *In verbis:* "The problem of distinguishing 'intention' e 'recklessness' arises because in both cases the actor is aware that his conduct might generate a specific result".

O exame da *recklessness* desperta interesse porque alguns compreendem que o instituto se trata de uma forma de imputação subjetiva autônoma, situada entre o dolo e a culpa, que poderia se tornar uma terceira forma de imputação subjetiva, em lugar do dolo eventual no direito penal de tradição romano-germânica.

3. *RECKLESSNESS*: NOÇÃO

A noção de descuido, numa primeira aproximação, compreende aqueles casos em que o sujeito se descuida e assume, de forma consciente, um risco substancial e não justificado de provocar, com a sua conduta, um dano.[19]

A expressão *recklessness* é também utilizada para indicar a conduta do agente que, conscientemente, cria um grau de risco maior que nas hipóteses de negligência ordinária e, outras vezes, para designar a conduta do sujeito que, desairosamente ou de forma descuidada ou desleixada, cria um risco excessivo.[20]

Certo é que, no *common law*, o conceito é aplicado nos casos em que, mesmo quando a pessoa não atue com a vontade dirigida a produzir o resultado proibido pela norma, realiza o comportamento desconsiderando o risco de produzir uma lesão, real ou potencial, para bens jurídicos penalmente tutelados.

Tendo em vista que na sociedade atual a vida de relações impõe-nos, a cada dia, a prática de ações arriscadas (dirigir veículos, pilotar aviões, manusear substâncias químicas e armas, manusear máquinas e instrumentos de trabalho etc.), o vocábulo *recklessness*, em sua acepção jurídico-penal, pode ser definido como a conduta arriscada que assume relevo apenas quando não se exige um *standard* de cuidado adequado.

---

19. O *American Model Penal Code, section 2.02*, sob a rubrica "*Requiriments of culpability*", estabelece: "(2) Kinds of Culpability Defined [...] c) Recklessly. A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substancial and unjustificable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law abiding citizen would observe in the actor's situation" (Cf. DUBBER, Markus D. *Criminal law; model Penal Code*. New York: Foundation Press, 2002. p. 304). Amplo e profundo estudo do instituto é realizado por CURI, Francesca. L' istituto della recklessness nel sistema penale inglese. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 975-1009.

20. GARIBALDI, Gustavo E. L.; PITLEVNIK, Leonardo G. *Delimitación del dolo y la culpa en el ilícito penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002. p. 94.

No entanto, os critérios para determinar se a conduta arriscada constitui *recklessness* não são *suficientemente delimitados*, embora os autores que escrevem sobre o *common law* realizem diversos esforços no sentido de definir esses critérios, em especial, com o fim de realizar sua prova processual.[21]

Alguns afirmam que, como princípio orientador, "é comum buscar uma *referência* na utilidade social da atividade arriscada",[22] bem como em indagar se tal conduta arriscada não seria também praticada pelo ser humano racional e prudente que se encontrasse no lugar do agente.

Em relação ao primeiro critério, sem dúvida mais objetivo, deve-se verificar se a conduta arriscada reveste-se ou não de considerável ou relevante utilidade social. Se não traz um benefício social, qualquer possibilidade de dano será suficiente para a configuração da *recklessness*. Se traz benefício social, *e.g.*, operações cirúrgicas, manuseio de produtos químicos em laboratórios para a fabricação de remédios, requer-se um alto nível de probabilidade, hábil a produzir efetivo dano.

O que importa no *criminal law* é o respeito pelo princípio de culpabilidade. Deve-se demonstrar que o sujeito ativo decidiu causar um dano intencionalmente (*intention*) ou, pelo menos, consciente de que referido dano poderia acontecer.

A *negligence*, do contrário, pressupõe um parâmetro sobre o qual deve encontrar fundamento a responsabilidade penal. Note-se que a *inadvertent negligence,* que equivale à culpa inconsciente no sistema romano-germânico, não é uma espécie de *mens rea*.[23]

---

21. Neste sentido, LOW, Peter W. *Criminal law.* St. Paul: Thomson/West, 2007. p. 142 afirma que "When applicable to a given elements of na offense, it requires that the prosecutor prove three things, the second of which is that the defendant was *actually aware* of the risk that the element would exist or occur and the third of which envolves understanding the facts and circumstances as they were know to the defendant at time."

22. ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoría del delito em el ambito jurídico del "common law"*. Granada: Comares, 2002. p. 87.

23. Na doutrina italiana, afirma VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992. p. 188: "Nella gerarchia degli *states of mind,* descrittivi delle varie forme in cui si può manifestare la volontà colpevole, la *recklessness* si trova, dunque, ad um livello intermedio fra *l´intention* e l'*inadvertent negligence*, cioè la colpa inconsapevole, che, come abbiamo già detto, viene considerata esterna alla *mens rea*, per tradizione da lungo tempo accreditata nel sistema penale inglese."

Finalmente, poderá se cogitar a ocorrência de *recklessness* quando houver, no caso concreto, um alto grau de descuido (*high degree of carelessness*).

A possibilidade de atuar diversamente, assumindo o cuidado necessário para evitar o resultado, será o fator que legitimará a construção da *mens rea*. O agente é reprovado porque, estando em condições de conformar-se ao *standard* requerido, atua de modo diverso.[24]

Certo é que nas Cortes dos diversos países do sistema *common law*, as hesitações na aplicação do instituto são comuns, o que dificulta o estudo da matéria, como se expõe a seguir.

4. ESPÉCIES DE *RECKLESSNESS*: DESCUIDO SUBJETIVO E DESCUIDO OBJETIVO

No direito penal inglês, a *House of Lords* decidiu pela existência de duas diferentes formas de descuido, isto é, de *recklessness:* descuido subjetivo (*subjective recklessness*) e descuido objetivo (*Caldwell-type recklessness*).[25]

Inicialmente, o descuido subjetivo era a única elaboração sobre o instituto *recklessness* conhecida no *common law*. O descuido objetivo foi objeto de elaboração posterior, com o caso *Caldwell*.[26]

---

24. LOW, Peter W. *Criminal law.* St. Paul: Thomson/West, 2007. p. 131.

25. VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese.* Padova: Cedam, 1992. p. 192-193, descreve o caso com clareza: "In base all'art. 1 *Criminal Damage Act* 1971,Caldwell doveva risponderee di incendio doloso aggravato per aver dato fuoco ad una proprietà *intentionally* o *recklessly*, essendo *reckless* circa il fato di aver cosi messo in pericolo la vita di qualcun altro. Egli si riconobbe colpevole di incendio volontario semplice (simple arson), e cioè di avere con *intention* o *recklessness* appiccato fuoco alla proprietà, ma ma negò di essere *reckless* riguardo al pericolo per la vita altrui, perché era così ubriaco da non aver mai pensato all'esistenza di tale pericolo. Nel'esprimere l'opinione di maggioranza, lord Diplock enunciò la direttiva-tipo (*model direction*) che i giudici debbono dare alle giurie sul significato della parola *recklessness* nel *criminal damage* (danneggiamento), affermando che è *reckless* chi nel creare un rischio ovvio per la proprietà (*obvius risk*) *non rivolge alcun pensiero alla possibilita dell'esistenza d'un qualsiasi rischio* e chi prosegue nell'azione pur essendo consapelo di tale rischio."

26. Com o caso *Caldwell*, na década de oitenta (1981), iniciou-se no *common law* a noção objetiva do conceito de *reclessness*. A decisão, traduzida para o italiano, encontra-se publicada em VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992. p. 508-516. Sobre os casos *Cunningham* e *Caldwell*, que deram origem às noções subjetiva e objetiva da desconsideração ou descuido, cf. também, CHILD, John; ORMEROD'S. *Essencials of criminal law.* 2. ed. New York: Oxford

Há descuido subjetivo quando o agente prevê o injustificado risco e a possível superveniência do dano, mas não se abstém de praticar a conduta hábil a realizá-lo, sendo irrelevantes os moventes que o teriam levado a desprezar o risco.[27]

Por sua vez, deve ser reconhecido o descuido objetivo nos casos em que o agente pratica a conduta descuidada em relação a um risco evidente e, assim sendo:

a) a pessoa não se dá conta da possibilidade de sua existência, isto é, não o prevê ou,

b) reconhecendo-o, persiste em praticar a conduta.[28]

Percebe-se, pois, que o conceito de descuido não é alheio a controvérsias no *Common Law*.[29]

O debate estabelece-se entre subjetivistas e objetivistas, isto é, aqueles para quem "o sujeito é descuidado apenas se é consciente de assumir um risco injustificado (subjetivistas) e aqueles que sustentam ser o agente descuidado se o risco assumido é de ordem tal, que qualquer pessoa racional dele teria consciência (objetivistas)".[30]

University Press, 2017. p. 110 e ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *Criminal law.* 11. ed. New York: Pearson Education, 2016. p. 24-30.

27. ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoría del delito en el ambito jurídico del* "*common* law". Granada: Comares, 2002. p. 88-90. Afirma Rochefort que "Para afirmar el descuido era necesaria la previsión efectiva del dano finalmente producido" (Op. cit., p. 90).

28. ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoría del delito en el ambito jurídico del* "*common* law". Granada: Comares, 2002. p. 91.

29. Sobre as diversas formas de aparecimento da *recklessness* no *common law*, cf. ROCHEFORT, Inácio Piña, *La estructura de la teoría del delito en el ambito jurídico del* "*common* law". Granada: Comares, 2002. p. 88 ss., e PULIDO, José Manuel Díaz. Sobre el concepto del dolo eventual: estudio de derecho comparado. *Revista Canária de Ciencias penales,* v. 4, 1999. p. 156-165.

30. VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992. p. 188. *In verbis:* "Ma la nozione di *recklessness* non è pacifica. Su di essa v'è controvérsia fra coloro secondo i quali il soggetto è *reckless* solo se è consapevole di assumere um rischio ingiustificato (soggettivisti) e coloro i quali sustengono che egli è *reckless* se il rischio assunto è tale che qualsiasi soggetto ragionevole ne sarebbe stato consapevole (oggettivisti)". Sobre a controvérsia, cf. ainda, PULIDO, José Manuel Díaz. Sobre el concepto del dolo eventual: estudio de derecho comparado. *Revista Canária de Ciencias penales,* v. 4, 1999. p. 158-152.

Ao dolo direto e ao dolo eventual corresponderiam a *recklessness* dos subjetivistas; a culpa consciente estaria mais próxima a *recklessness* dos objetivistas.[31]

Outros penalistas alertam para o fato de que os critérios considerados para determinar a verificação do significado das expressões "risco jurídico-penalmente relevante", "utilidade social da conduta arriscada", "risco evidente", "não tomar consciência da possibilidade de que o risco exista" etc., não são precisos.[32]

Nesse sentido, advertem que os critérios utilizados não atentam para a representação mental realizada pelo agente, seja porque não observam suas condições pessoais e conhecimentos específicos que permitam afirmar se o risco é evidente ou não: podem conduzir a negação do descuido em relação àquele que, portador de específica formação científica ou versado em determinadas matérias, delas se utiliza para alterar um curso causal e produzir um dano, mesmo quando a maior parte das pessoas é desprovida de condições de perceber a possibilidade do risco.[33]

Afirma-se também que o conceito objetivo de *recklessness*, como delineado, é muito amplo, e não consente distinguir o instituto assim concebido, da simples negligência.[34]

Ademais, diz Rochefort que representar um risco como evidente e não considerá-lo, é uma conduta mais reprovável que a do sujeito que nem sequer supõe ou conjetura sobre a existência de referido risco, especialmente levando-se em conta que o risco deve ser manifesto.[35]

No entanto, certo é que se algumas infrações penais "podem ser cometid[a]s apenas com *intenção*, a maior parte dos crimes nos quais é imprescindível a *mens rea* exigem, em alternativa à *intention*, a *recklessness*: nos estatutos é recorrente a previsão que o fato seja praticado *knowingly* ou *recklessly*."[36]

---

31. Neste sentido, cf. VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992. p. 189.
32. Sobre o ponto, cf. ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña, *La estructura de la teoría del delito en el ambito jurídico del* "*common* law". Granada: Comares, 2002. p. 88-97.
33. ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña, *La estructura de la teoría del delito em el* âmbito *jurídico del* "*common* law". Granada: Comares, 2002. p. 95.
34. PRADEL, Jean. *Droit penal comparé*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 99.
35. ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoría del delito en el ambito jurídico del* "*Common* Law". Granada: Comares, 2002. p. 92. *In verbis*: "(...) Representarse un riesgo como existente y desestimarlo suele ser uma acción más reprobable que la de quien si siquiera vislumbra la existencia de dicho riesgo (especialmente si consideramos que el riesgo ha de ser evidente)".
36. VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992, i principi, p. 188. *In verbis:* "(...) se qualche reato può essere commesso

A *recklessness* é um vocábulo que exprimi uma forma de culpabilidade:[37] "(...) a pessoa que é *reckless* deliberadamente arrisca".[38] É a consciente assunção de um risco, quer relativa à existência de uma circunstância indesejável, quer relativa ao fato que um dano possa acontecer.

5. *Recklessness* na doutrina italiana: tendências

No direito penal italiano, os inumeráveis problemas que se colocam para a aplicação e a distinção doutrinária entre dolo eventual e culpa consciente não são diferentes do que ocorre nos demais países de tradição romano-germânica. Alguns autores até mesmo sustentam que o dolo eventual, por não ser objeto de definição legal no Código Penal italiano, seria uma forma de analogia *in malam partem*, uma extensão analógica do art. 43, c.p. peninsular.[39]

No movimento pela reforma do Código Penal italiano, observa-se que muitas são as soluções adotadas, mas sempre se preservando a construção doutrinária do *dolus eventualis*.[40]

No labor doutrinário, embora alguns sustentem a necessidade da adoção de um *tertium genus* de imputação subjetiva, "descartando-se a rígida lógica binária (...) de limites ainda hoje dificilmente decifráveis,"[41] propõe-se como

---

solo com *intention*, la maggior parte dei reati pei quali occorre la *mens rea* richiede in alternativa *all'intention* la *recklessness*: negli *statutes* è ricorrente la previsione Che Il fatto sai comesso *knowingly* or *recklessly*".

37. Embora a expressão elemento subjetivo do tipo seja mais adequada ao direito penal brasileiro, o vocábulo culpabilidade é utilizado neste trabalho, em vista da terminologia técnica utilizada pelos doutrinadores italianos e por Roxin (cf. nota 49, *infra*). Por isto, na medida do possível, utilizamos também no texto do trabalho a expressão "imputação subjetiva", que nos parece mais neutra em relação aos diversos sistemas da teoria do delito.

38. VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*. Padova: Cedam, 1992. p. 188.

39. Assim, cf MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2007. v. 1. p. 326.

40. Sobre o ponto, cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. A codificação do dolo eventual no movimento para a reforma do Código Penal italiano. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: UFMG, v. 61, 2012, p. 499-531.

41. Assim, cf. CURI, Francesca. *Tertium datur:* per uma scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato. Milano: Giuffrè, 2003. p. 262, *In verbis:* "Il superamento delle rígida lógica binária, frutto dell´impostazione clássica, consente di sperimentare l´utilizzo di una nuova categoria, che si pone tra il dolo intenzionale ed una colpa

possíveis soluções a adoção da *recklessness* como um terceira forma de imputação subjetiva, com vistas à proteção da vida e da integridade física.[42]

Nesse sentido é a posição de Manna, ao afirmar que o sistema do *common law* recorre ao instituto *recklessness*, referindo-se também à *mise en danger* do direito penal francês. Ao final propõe que:

> Tais soluções, prospectadas em outros ordenamentos sugerem, *in chiave di riforma*, a oportunidade, também no nosso ordenamento, de introduzir um instituto que tipifique uma terceira forma de culpabilidade; em tal caso, seria talvez preferível, como no modelo francês, limitar a terceira forma em questão exclusivamente ao bem jurídico principal, ou seja, aquele da vida, sem estendê-la a todos os bens jurídicos tutelados.[43]

Também Curi postula a adoção de um *tertium genus*, em sede de reforma do Código Penal italiano, manifestando-se em favor da superação da rígida lógica binária. Segundo Curi, deveria ser realizada uma definição na parte geral do Código Penal italiano, valorando-se, no momento oportuno, a diferenciação entre "intenção dolosa", "desconsideração" e culpa.[44]

Porém, é interessante notar que no direito penal italiano, o Código Penal prevê expressamente a *preterintenzione* como uma terceira forma de imputação subjetiva, no art. 43, ao lado do dolo e da culpa.[45]

---

inconsciente meno grave, rachiudendo in sè le due sfumature psicologiche – dolo eventuale e colpa cosciente – daí confini ancora oggi difficilmente decifrabili."

42. Cf. CURI, Francesca. *Tertium datur:* per uma scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato. Milano: Giuffrè, 2003. p. 263, que conclui: "Inovando em relação à tradição e procedendo por aproximações sucessivas, se auspicia que, entre dolo e culpa, *tertium datur*."

43. MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2007. v. 1. p. 329. *In verbis:* "Tali soluzioni, prospettate negli ordinamenti, suggeriscono, in chiave di riforma, di introdurre un istituto che tipizzi una terza forma di colpevolezza; in tal caso, tuttavia, sarebbe forse preferibile, come nel modelo francese, limitare la terza forma in questione esclusivamente al bene giuridico principale, ovverosia quello della vita, senza estenderla a tutti i beni giuridici penalmente tutelati."

44. CURI, Francesca. *Tertium datur:* per uma scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato. Milano: Giuffrè, 2003. p. 263.

45. De fato, sob a rubrica legal elemento psicológico del reato, dispõe o art. 43, c. p. italiano que "Il delitto: è doloso o secondo l´intenzione, quando l´evento dannoso o pericoloso, che è risultato dell´azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l´esistenza del delitto, è dall´agente preveduto e voluto come conseguenza della própria azione o omissione;

A propósito de um *tertium genus* de imputação subjetiva, Canestrari acredita que a noção de *recklessness* é complexa, oscilando entre as acepções objetiva e subjetiva. Diz ainda que tal proposta da doutrina italiana não é inovadora, tendo já sido sustentada na Alemanha. Por isso, diz o autor, deve prevalecer a tradição românico-germânica, mesmo assistindo "uma difusa atestação da falência das múltiplas tentativas de diferençar dolo eventual e culpa consciente e ao conseqüente 'convite' à dogmática de depor o seu armamento, refinado, mas ineficaz."[46] Manifesta sua repulsa à adoção de "soluções já confeccionadas", de distante "sensibilidade dogmática".[47]

Ainda na doutrina italiana, afirma Prosdocimi que a *recklessness* "se coloca como correspondente e alternativa, na doutrina da Europa continental, da culpa com previsão ou culpa consciente"[48], e não do dolo eventual.

E, com efeito, nos sistemas que adotam formas de imputação objetiva diversas do dolo e da culpa, é natural que suas formas intermédias sejam aplicadas a condutas que a família romano-germânica situa, atualmente, no âmbito do dolo ou da culpa, apesar de todas as dificuldades.

Também na doutrina alemã já se sustentou a necessidade de uma terceira forma de culpabilidade. Nesse sentido, Roxin aponta a tendência "a considerar-se, *de lege ferenda* a reunião de ambos em uma terceira forma específica de culpabilidade, situada entre o dolo e a imprudência, (...) apoiando-se na figura jurídica anglo-americana da *recklessness*."[49]

• preterintenzionale, o oltre l´intenzione, quando dall´azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall´agente;

• colposo, o contro l´intenzione, quando l´evento, anche se preveduto, non è voluto dall´agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline."

46. CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente*; ai confini tra dolo e colpa nella struttura della tipologia delituosa. Milano: Giuffrè, 1999. p. 280, *In verbis:* "... Da un lato si assiste ad una diffusa attestazione del fallimento dei molteplici tentativi di differenziare dolo eventuale e colpa cosciente e al conseguente invito alla dogmática di deporre il suo armamentario raffinato ma inefficace."

47. CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente*; ai confini tra dolo e colpa nella struttura della tipologia delituosa. Milano: Giuffrè, 1999. p. 314.

48. PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis;* il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali. Milano: Giuffrè, 1993. p. 103.

49. ROXIN, Claus. *Derecho penal;* parte general. Trad. de Manuel Luzon Pena et al. Madrid: Civitas, 1997. p. 447, *In verbis:* "Las dificultades de la delimitación entre *dolus eventualis* e imprudência consciente han induzido a Eser a considerar *de lege ferenda*

O autor critica referida solução, compreendendo ser possível a delimitação entre dolo eventual e culpa consciente. Roxin reconhece que a adoção da *recklessness* importaria na "revisão de toda a parte especial e, por isso, tem escassas possibilidades de tornar-se realidade, comportaria, com segurança, uma simplificação para a aplicação do direito".[50]

Finalmente, importa afirmar que a jurisprudência italiana jamais reclamou por solução diversa ou cogitou da adoção de experiências provenientes do *common law*. Ao invés, persiste em construir uma praxe garantista em relação à aplicação do dolo eventual, como demonstram as decisões da *Corte di Cassazione* tratadas, ainda que de forma breve, a seguir.

5.1. A Sentença 11.222/2010 da Corte di Cassazione

O indispensável garantismo no direito penal em matéria de elemento subjetivo do tipo e, em especial, a distinção dolo eventual e culpa consciente, que devem servir ao Estado Democrático foi reafirmado em decisão proferida pela *Corte di Cassazione italiana (Sezione IV penale, n. 11.222 del 24 febbraio-24 marzo 2010)*[51], sobre o dolo eventual.

Trata-se de um caso de homicídio no trânsito, em que o agente dirigia em alta velocidade em horário de trânsito intenso, não respeitando o semáforo, que estava vermelho. Seu veículo chocou-se com uma moto e os dois passageiros morreram.

A Corte reconheceu que, no dolo eventual, o agente deve não apenas prever o resultado, mas deve também ter aceito o risco de sua verificação material.

Compreendeu-se que o imputado não se encontrava nas condições concretas de representar nem mesmo a possibilidade do resultado morte, aceitando o risco de provocar um resultado mortal, uma vez que não transcorreu um lapso de tempo apreciável, necessário à tal representação, entre o momento no qual o agente viu chegar as vítimas na moto e o impacto contra ela. Por

---

la reunión de ambos en una especifica *tercera forma* de *culpabilidad* situada entre el dolo e la imprudência. Weigend ha fondamentado em profundidad esta idea, apoyandose em la figura jurídica angloamericana de la *recklessness*."

50. ROXIN, Claus. *Derecho penal;* parte general. Trad. de Manuel Luzon Pena et al. Madrid: Civitas, 1997. p. 447-48, *In verbis:* "Tal regulación, que presupondría uma revisión de toda la parte especial y que por tanto posee escasas posibilidades de hacerse realidad, comportaria con seguridad una simplificación para la aplicación del derecho."

51. Disponível em: [www.giur.uniroma3.it/...penale/.../Cass.%20pen.,%20sez.%20IV]. Acesso em: 27.10.2016.

isso considerou incompatível com a conduta dolosa o estado de surpresa e de sucessivo pânico manifestado pelo acusado após a verificação do ocorrido. Faltou, assim, para além do elemento intelectual do dolo, também a vontade.

Com efeito, se o dolo eventual é uma forma de dolo caracterizada pela representação do fato e pela vontade, e que o art. 43, I, do Código Penal italiano exige não apenas a previsão, mas também a vontade de provocar o resultado, o agente não deverá aceitar o risco de um resultado genérico, isto é, de uma situação de perigo genericamente compreendida, mas, de outro modo, de um específico resultado.

Esse foi o entendimento da Corte que, em nenhum momento, se referiu à *recklessness*. É possível, então, afirmar a opção não apenas da doutrina, mas também da jurisprudência italianas, em não cogitar a adoção desta terceira forma de imputação subjetiva.

5.2. O caso Thyssenkrupp

Outro caso recente, na jurisprudência italiana, trouxe à tona a distinção entre dolo eventual e culpa consciente. A notada decisão do caso Thyssenkrupp,[52] levou a doutrina peninsular a debater, de forma ainda mais aguerrida, sobre o dolo eventual.

Em 5 de dezembro de 2007, um acidente provocou um incêndio: formou-se de uma nuvem incandescente de óleo nebulizado (*flash fire*) que se expandiu de uma forma imprevista numa amplitude de 12 metros e investiu contra os operários que se aproximavam do incêndio com extintores, sem deixar a eles possibilidade de salvação. Em virtude das queimaduras, perderam a vida sete operários. As medidas tomadas para apagar o incêndio se mostraram ineficazes. O fogo foi contido apenas após uma longa e trabalhosa intervenção dos bombeiros.

Em primeira instância, a *Corte d'Assisse di Torino* condenou por homicídio mediante dolo eventual dirigentes e administradores responsáveis da empresa, por terem aceito o risco de ocorrência de dano a sete operários, como consequência da decisão de adiar investimento de recursos destinados a potencializar a proteção contra incêndios em um estabelecimento que estava para ser

52. Disponível em: [www.neldiritto.it/public/pdf/38343%20-%20thyssenkrupp.pdf]. Acesso em: 22.10.2016. Sobre o caso e a referida decisão, no direito penal brasileiro, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *RBCCrim*, São Paulo: RT, v. 121, 2016, p. 239-245.

fechado. Mas o estabelecimento permanecia em atividade, apesar do estado de abandono da segurança dos operários. Priorizou-se, no entanto, a satisfação empresarial em relação à salvaguarda da vida e da integridade física dos trabalhadores:

> A empresa tinha decidido a fechar o estabelecimento e transferir suas instalações para Terni. Na época do desastre, tais operações estavam em curso. E o inteiro processo se move em torno da tese acusatória, feita pelos juízes de mérito, que a decisão de fechar a empresa em Torino fosse acompanhada da decisão de parar e deixar de lado os investimentos para a segurança a progressiva decadência da eficiência e da segurança dos trabalhos. Essa crucial escolha empresarial, segundo os juízes de mérito, estava em contraste com as estratégias de fundo da *holding*.[53]

Na doutrina italiana, a decisão de primeira instância foi muito criticada. Afirma-se que a aplicação da fórmula de Frank teria sido o ponto frágil da decisão, porque o administrador deveria ter representado como certo o incêndio que vitimou os trabalhadores e, apesar disso, ter atuado, ou melhor, "omitido a ação", com o fim de economizar dinheiro da empresa. Obter uma prova nesse sentido seria realmente difícil, e por isto postulou-se, em doutrina, que referida decisão fosse reformada, revertendo a condenação para homicídio culposo.[54]

Em grau de recurso, a *Corte Suprema di Cassazione* desclassificou os crimes de homicídio doloso mediante dolo eventual para homicídio culposo e, da mesma forma, o incêndio doloso para incêndio culposo.

Diz a *Sentenza 38.343/14, da Corte Suprema di Cassazione – Sezioni Unite Penali* que a caracterização do dolo eventual não implica uma mera situação de risco, mas sim a aceitação de um resultado definido, bem como que a ideia de aquiescência ao resultado encontra seu pressuposto em um raciocínio que considere o próprio resultado como o "preço a ser pago", pela prática da conduta.[55]

O núcleo central da decisão diz que se tratando de uma atitude que ocorre na esfera interior do agente, a verificação do dolo eventual deve ser colocada em um plano indiciário.

53. *Sentenza della Corte di Cassazione – Sezioni Unite Penali*, p. 4-5.

54. Neste sentido, cf. MANNA, A. È davvero irresolvibile il 'mistero' del dolo eventuale? *In:* AA. VV. *Il mistero del dolo eventuale,* p. 195-196.

55. *Sentenza 38343/14, Corte di Cassazione – Sezioni Unite Penali*. p. 190.

Tais indícios servem a reconstruir o processo de decisão, os seus motivos e em especial o seu ponto alto que se dá com a adoção de uma conduta praticada com a plena consciência da ocorrência do resultado eventual, de modo tal a demonstrar sua adesão a ele "como preço ou contrapartida aceitável."[56] Entre os mais relevantes constantes da sentença, mencionem-se os seguintes:

a. no âmbito governado pelas disciplinas cautelares, deve-se observar a distância do comportamento *standard* tido pelo agente;
b. a personalidade, a história e as anteriores experiências do sujeito servem a indiciar a consciência das consequências lesivas que podem derivar da conduta, e adquirem especial relevo no âmbito cognitivo do dolo;
c. a duração e a repetição de condutas repentinas, impulsivas, demonstram uma insuficiente consideração de resultados ilícito; via de regra, a conduta impulsiva e o estado emotivo estão a indiciar a imprudência; por outro lado, um comportamento duradouro, estudado, ponderado, baseado sobre o completo conhecimento dos fatos pode ser indício da previsão e aceitação das consequências lesivas;
d. a conduta sucessiva ao fato praticado;
e. o fim da conduta, sua real motivação e sua compatibilidade com tal motivação;
f. a probabilidade concreta de realização do resultado lesivo, como indicador significativo, pois quanto mais se distancia da humana certeza, menor é a possibilidade de configuração do dolo eventual;
g. as consequências negativas e/ou lesivas da conduta também para o sujeito ativo, às quais se deve creditar, dependendo do caso, uma hipótese culposa;
h. O contexto de base lícita ou ilícita, no qual se deu a conduta do agente;
i. A indagação indiciária deve ser procurada sobretudo nos indicadores da escolha racional feita pelo sujeito ativo, de modo tal que as emoções, os estados afetivos, o otimismo, o pessimismo assumem pouco relevo e não explicitam o problema do dolo eventual;
j. Os indícios devem ser analisados sob a luz da primeira fórmula de Frank.[57]

56. *Sentenza 38343/14, Corte di Cassazione – Sezioni Unite Penali*. p. 183.
57. Sobre os indícios *supra* mencionados indicados na decisão, cf. *Sentenza 38343/14, Corte di Cassazione – Sezioni Unite Penali*. p. 183-189.

A decisão da *Corte de Cassazione* foi criticada, mas também exaltada, em algumas de suas partes, pela doutrina italiana.[58] Mesmo reconhecendo que o componente intelectual do dolo eventual deva ser objeto de prova, permanece sempre a indicação segundo a qual o componente psicológico ou voluntarista do dolo eventual é confiado, não raras vezes, à discricionariedade e ao subjetivismo do juiz penal ao pronunciar condenações por dolo eventual.[59] Decisões nas quais "o subjetivismo do magistrado simplesmente venha a referendar uma condenação, em vez de assegurar uma condenação a título de culpa consciente ou, mesmo, uma absolvição."[60] Assim, referida decisão, tendo em vista o princípio da culpabilidade, procura traçar em matéria probatória, os limites entre dolo eventual e culpa consciente.

Em relação ao objeto do nosso estudo, o que importa, com efeito, é mencionar que também nessa decisão, escrita em mais de 200 páginas, e trata acuradamente do dolo eventual e da culpa consciente, em nenhum momento fez qualquer menção à *recklessness*.

Reafirma-se, pois, a opção não apenas da doutrina,[61] mas também da jurisprudência italianas, em não cogitar a adoção desta terceira forma de imputação

58. Para uma resenha crítica sobre a decisão na doutrina italiana, cf. CARBONI, Luca. *Il dolo eventuale dopo la sentenza Thyssenkrupp*. Vicalvi: Key SRL, 2015. Em sua conclusão, diz o autor que "Le proposte di riforma in tema di dolo eventuale sono molteplici. Si va dalla possibilita di definire l´istituto, a quella di introdurre nuove forme di responsabilità per sconsideratezza, assimilabili alla recklessness del diritto anglosassone; dall´ipotesi di prevedere fattispecie tipiche ad hoc, a quela di intervenire sul sistema delle circostanze per adeguare il trattamento sanzionatorio. Alcune di queste propostte possono portare dei vantaggi, ma nessuna di esse sembra in grado, da sola, di risolvere il vero problema: quello di un preoccupante aumento delle condotte sconsiderate in contesti a rischio consentito"(op. cit., p. 49).

59. Neste sentido, cf. SILVEIRA, Renato Mello Jorge. *A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparentemente nova resposta italiana*, p. 243.

60. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *RBCCrim*, São Paulo, v. 121, 2016. p. 243.

61. Na doutrina italiana, sobre o dolo eventual, além dos penalistas italianos mencionados no presente texto e tantos outros que poderiam ser mencionados, destacamos: PALAZZO, Francesco.*Corso di diritto penale*: parte generale. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2011. p. 317-319; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale. 6. ed. Padova: Cedam, 2009. p. 306-308; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 2. ed. Milano: Giuffré, 2006. p. 254-256; PULITANÒ, Domenico. *Diritto penale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2011. p. 314-319. Nenhum desses autores se refere ao debate relativo à *recklessness*.

subjetiva, salvo as exceções feitas aos profundos, porém isolados estudos de Curi e de Manna, preservando-se, assim, a tradição continental.

6. O direito penal brasileiro: nossa posição

O dolo eventual permanece sendo um dos temas mais controvertidos e abertos na doutrina e na jurisprudência, em matéria criminal. Quanto ao tema objeto deste *excursus,* no direito penal brasileiro, pelo menos até o momento em que se escrevia este texto, nenhum dos nossos estudiosos se manifestaram sobre a *recklessness*.[62] A tênue distinção entre dolo eventual e culpa consciente, ainda não levou nossos penalistas a postularem a substituição do dolo eventual pelo instituto *recklessness*.

Desde o século passado trabalhamos com os conceitos de dolo eventual e culpa consciente, tradicionais na família romano-germânica e, ainda hoje, em especial nos crimes de trânsito, sua aplicação é incerta, independentemente da posição que se adote para diferençá-los. Tal fato, no entanto, não justifica a "importação" *tout court* de conceito elaborado em uma realidade jurídica tão diversa da nossa experiência jurídica que, ademais, não encontra unívoca compreensão nem mesmo no sistema em que é aplicada.

Isso não impede, como já advertido por Shecaira, ao mencionar a *recklessness* em um de seus estudos, que o instituto:

> (...) se mimetize com as posturas tradicionais do direito escrito de tradição da Europa continental que muito nos influenciou. Prova disso é que, também na questão do dolo eventual, cria-se uma cultura pragmática em que se adotam padrões com similitude em teorias vigentes na Inglaterra; nasce um amálgama entre a teoria da desconsideração (*recklessness*) cuja origem está no *common law* (...).[63]

62. No direito penal brasileiro, mencionamos, apenas para ilustrar nossa afirmação, além do trabalho de, Renato Mello Jorge Silveira (A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *RBCCrim*, São Paulo, v. 121, p. 223-250, 2016), antes citado, as exposições sobre a distinção entre dolo eventual e culpa consciente realizadas com profundidade por TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 334-354; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janiero: Revan, 2002, p. 61-69; REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*; parte geral. Rio de Janeiro: forense, 2002. v. 1. p. 226-228.

63. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ainda sobre a expansão do direito penal;* o papel do dolo eventual. *RBCCrim,* São Paulo, n. 64, v. 15, 2007. p. 238.

O instituto não é análogo, não corresponde ao dolo eventual. Tem sido postulado como uma terceira forma de imputação subjetiva. Trazê-lo ao sistema romano-germânico poderia criar ainda maiores dificuldades, uma vez que carece de clareza e congruente aplicação nos países onde foi elaborado e que o aplicam.[64] Por isso parece realmente temerário adotar concepções padronizadas em um sistema jurídico completamente diverso do nosso, provenientes do direito penal no *common law*, com critérios de aplicação e com elementos de definição sobre os quais não há consenso nos próprios países de origem.

Decididamente, no Brasil não há esta tendência que, ao final, não nos parece ser a resposta ideal para o problema do dolo eventual.

E assim nos posicionamos tendo sempre em mente que se o dolo e a culpa devem ser rigorosamente demonstrados na reconstrução do fato histórico no processo penal, da mesma forma que os elementos objetivos do tipo. Se os aplicadores do direito penal assim procedessem, sem presunções, assistiríamos a uma menor expansão do direito penal, via aplicação do dolo eventual.

O dolo, direto ou eventual, e a culpa, consciente ou inconsciente, não podem ser presumidos, não podem ser afirmados *in re ipsa*. Aliás, mesmo sendo tema para um outro trabalho, impossível desconhecer a ausência de liame subjetivo na culpa inconsciente, por mais que seja "refinada" a sua elaboração normativa e doutrinária.

A tênue linha que procura estabelecer confins entre dolo eventual e culpa consciente exige do juiz penal a atribuição de um relevo central no momento de se avaliar a matéria probatória, efetuando aguda crítica, penetrante indagação em relação à espécie de fato pela qual se procede, a probabilidade de ocorrência do resultado, à percepção subjetiva do risco de sua ocorrência, colocando atenção sobre os dados objetivos capazes de dar uma dimensão dos reais processos interiores e de sua projeção sobre o fato praticado.

Trata-se de uma indagação complexa, que deve buscar atitudes mentais, processos psicológicos, à luz das circunstâncias exteriores que normalmente constituem ou são, de qualquer outro modo, ligados ao estado psíquico do agente.

Para finalizar, não é demais repetir que a expansão do conceito de dolo eventual comporta, em especial, a violação do princípio da legalidade.

64. Assim, cf. ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoría del delito en el ambito jurídico del* "*common* law". Granada: Comares, 2002. p. 102.

7. Referências

AA.VV. *Il 'mistero' del dolo eventuale*. A cura di David Brunelli. Torino: Giappichelli, 2012.

CANESTRARI, Stefano. La definizione legale del dolo: il problema del *dolus eventualis*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, p. 906-945, 2001.

CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente*: ai confini tra dolo e colpa nella struttura della tipologia delituosa. Milano: Giuffrè, 1999.

CARBONI, Luca. *Il dolo eventuale dopo la sentenza Thyssenkrupp*. Vicalvi: Key SRL, 2015.

CHILD, John; ORMEROD'S. *Essencials of criminal law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2017.

CURI, Francesca. *Tertium datur*: per uma scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato. Milano: Giuffrè, 2003.

DUBBER, Markus D. *Criminal law; model Penal Code*. New York: Foundation Press, 2002.

ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *Criminal law*. 11. ed. New York: Pearson Education, 2016.

FIANDACA, G.; MUSCO, E. *Diritto penale*: parte generale. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 2011.

FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law*. Oxford: University Press, 2007.

FLETCHER, George P. *Grammatica del diritto penale*. Trad. Michele Papa. Bologna: Il Mulino, 2004.

FLETCHER, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford: University Press, 2000.

FORTE, Giacomo. Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analógica ed inconstituzionalità. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, p. 820-848, 2000.

GARIBALDI, Gustavo E. L.; PITLEVNIK, Leonardo G. *Delimitación del dolo y la culpa en el ilícito penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002.

LOW, Peter W. *Criminal law*. St. Paul: Thomson/West, 2007.

MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2007. v. 1.

MANNA, Adelmo. È davvero irresolvibile il 'mistero' del dolo eventuale? In: AA. VV. *Il mistero del dolo eventuale*. Torino: Giappicchelli, 2012. p. 175-202.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale. 6. ed. Padova: CEDAM, 2009.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale;* parte generale. 2. ed. Milano: Giuffré, 2006.

PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*: parte generale. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2011.

PÉREZ, Maria Laura Manrique. *Acción, dolo eventual y doble efecto*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

PRADEL, Jean. *Droit penal comparé*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2008.

PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis;* il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali. Milano: Giuffrè, 1993.

PULIDO, José Manuel Díaz. Sobre el concepto del dolo eventual: estudio de derecho comparado. *Revista Canária de Ciencias penales,* v. 4, p. 156-165, 1999.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luis Greco. São Paulo: Manole, 2004.

PULITANÒ, Domenico. *Diritto penale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2011.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*: parte generale. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2013.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoría del delito en el ambito jurídico del* "*common* law". Granada: Comares, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal;* parte general. Trad. de Manuel Luzon Pena et al. Madrid: Civitas, 1997.

SALES, Sheila Jorge Selim de. A codificação do dolo eventual no movimento para a reforma do Código Penal italiano. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 61, p. 499-531, 2012.

SANCHEZ, Bernardo Feijóo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ainda sobre a expansão do direito penal;* o papel do dolo eventual. *RBCCrim,* São Paulo, n. 64, v. 15, p. 222-238, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *RBCCrim*, São Paulo, v. 121, p. 223-250, 2016.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

WILSON, William. *Criminal law.* 5. ed. London: Pearson Education, 2014.

VINCIGUERRA, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese.* Padova: Cedam, 1992.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A imputação objetiva no direito penal brasileiro, de Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho – *Ciências Penais* 3/81-110 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/253-287 (DTR\2005\812);
- Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual, de Sérgio Salomão Shecaira – *RBCCrim* 64/222-238 (DTR\2007\11); e
- Dolo eventual e culpa consciente, de Fábio Bittencourt da Rosa – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1211-1214 (DTR\2012\1608).

Superando paradigmas: a aplicação da justiça restaurativa em casos que envolvem violência doméstica

Overcoming paradigms: the application of restorative justice in cases involving domestic violence

Ilton Garcia da Costa

Membro Honorário do E-Justicia Latinoamérica. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Administração pelo UNIBERO. Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-SP (2013-2015) e da Comissão de Estágio da OAB-SP (2013-2015). Líder do Grupo de Pesquisa GPCERTOS – Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP). Professor do programa de mestrado e doutorado em Direito da UENP. Advogado.
iltongarcia@gmail.com

Renan Cauê Miranda Pugliesi

Graduado em Direito pelo Centro de Ciência Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Conciliador da Justiça Federal, Subseção de Jacarezinho/PR. Membro do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS. Membro do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas e Direitos Sociais.
renan.pugliesi@gmail.com

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Membro Honorário do E-Justicia Latinoamérica. Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Lógica, Tempo e Linguagem Natural (UEL). Membro do Conselho Consultivo Internacional da revista de direito *Sociedad Jurídica* – Peru. Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais (UENP); GPCERTOS – Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP); Direitos Fundamentais e a Sistematização Precedentalista Vinculante no Brasil (UENP); e Lógica, Tempo e Linguagem Natural (UEL). Especialista em Direito pela PUC-SP. Licenciado em Filosofia pela UEL. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR.
cangussu@trf4.jus.br

Recebido em: 03.01.2017
Aprovado em: 28.03.2017
Última versão do autor: 15.04.2017

Costa, Ilton Garcia da; Pugliesi, Renan Cauê Miranda; Cachichi, Rogério Cangussu Dantas.
Superando paradigmas: a aplicação da justiça restaurativa em casos que envolvem violência doméstica.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 137. ano 25. p. 153-196. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho analisa a Justiça Restaurativa como modelo de solução de conflitos alternativo ao adotado atualmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se mostra mais vantajoso para a sociedade, pensando em ideais de justiça, segurança, ressocialização e cidadania, bem como para as partes que vivenciaram a experiência do crime. A pesquisa, assim, visa analisar a possibilidade da aplicação da Justiça Restaurativa diante das peculiaridades dos crimes que envolvem violência doméstica, abrangidos pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), tendo em vista os benefícios que pode trazer para a vítima, o ofensor e a comunidade, que frequentemente enfrentam muitas barreiras no processo penal na busca pela superação do ocorrido. Levantou-se a hipótese de que não somente é possível como defensável que a Justiça Restaurativa seja aplicada, pelo tratamento mais humano que dispensa a todos os envolvidos, objetivando a reparação não apenas material dos danos mas também dando atenção aos traumas causados, abarcando os mais diversos aspectos. E, quando se trata de casos que envolvem violência doméstica, os sentimentos envolvidos e danos psicológicos enfrentados são ainda mais intensos, carecendo de maiores cuidados. Para atingir o objetivo da pesquisa, faz-se uso do método dedutivo, bem como da pesquisa bibliográfica indireta.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa – Resolução de conflitos – Método alternativo – Violência doméstica – Superação de paradigmas.

Abstract: This paper analyzes Restorative Justice as a model of conflict resolution, alternative to that currently adopted by the Brazilian legal system, since it is more advantageous for society, thinking about ideals of justice, security, resocialization and citizenship, as well as for the people who experienced the crime. The aim of this research is to analyze the possibility of applying Restorative Justice to the peculiarities of crimes involving domestic violence, covered by Law 11,340/2006 (Maria da Penha Law) in view of the benefits it may bring to the victim, offender and community, who often face many barriers in the criminal process in the search for overcoming the occurrence. The hypothesis was raised that it is not only possible, but Restorative Justice should be applied, by the more human treatment it requires of all involved, aiming at repairing not only material damages, but also paying attention to the traumas caused, in different aspects; and when it comes to cases involving domestic violence, the feelings involved and psychological damage faced are even more intense, requiring greater care. In order to reach the research objective, the deductive method is used, as well as indirect bibliographic research.

Keywords: Restorative Justice – Conflict resolution – Alternative method – Domestic violence – Overcoming paradigms.

Sumário: 1. Introdução. 2. Justiça Restaurativa: aspectos gerais. 3. A Lei Maria da Penha e a proteção contra a violência doméstica. 4. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho tratou da Justiça Restaurativa e da possibilidade de sua aplicação no âmbito da violência doméstica, enfocando seus benefícios para as partes, principalmente as vítimas.

A escolha do tema partiu da necessidade de se buscar uma alternativa possível aos dogmas penais que imperam na sociedade brasileira e não têm apresentado resultados satisfatórios. O modelo retributivo atual muito pouco tem a oferecer à vítima, que constantemente fica às margens do processo, vivenciando situação de exclusão; ao infrator, que se torna um objeto do processo, alvo da persecução penal; e à comunidade, que pouca ou nenhuma participação possui no rito processual.

Quando se trata de violência doméstica, as consequências dessa omissão e de uma lide mal resolvida são ainda mais severas, principalmente pelos sentimentos que são trazidos da situação de convivência. Tais lides consequentemente envolvem, por vezes, filhos e demais familiares, afetando inclusive círculos de amizade, carecendo que tenha ponto final, sob pena de que as situações de violência não só eventualmente se repitam como se agravem.

Desse modo, a problematização central levantada residiu na seguinte questão: seria a Justiça Restaurativa uma alternativa possível para os casos envolvendo violência doméstica?

Diante desse cenário, o presente trabalho teve o intuito de discutir a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica, a partir da análise da experiência vivenciada pela vítima e suas necessidades para alcançar a plena recuperação. Analisou-se, também, como o ordenamento jurídico brasileiro e os Tribunais têm contribuído para sua inaplicabilidade nessa seara, constituindo verdadeira barreira a ser superada, pensando-se no melhor para as partes envolvidas no processo e à sociedade.

Nessa linha, buscou-se evidenciar os vários benefícios da Justiça Restaurativa como modelo de aplicação no âmbito penal, não só em relação à vítima, que passa a ter papel importante e participativo no processo, mas ao ofensor, que também é ouvido, levando-se suas opiniões e sentimentos em consideração, bem como à comunidade, a quem é dada a oportunidade de participar da realização da justiça no mundo real. Referida análise afunilou-se, almejando tratamento específico quanto a casos que envolvem violência doméstica, o que possibilitou verificar não apenas a possibilidade de aplicação dos métodos restaurativos mas também ressaltar que é desejável que o sejam, diante de todos os benefícios que podem trazer a casos tão delicados quanto esses.

Assim, inicialmente analisou-se, de forma breve, o panorama atualmente vivenciado pela Justiça Criminal brasileira, dando margem à emersão da Justiça Restaurativa como novo paradigma a ser implantado. Em seguida, estudou-se a Lei Maria da Penha e as mais diversas formas de violências domésticas, para, por fim, vislumbrar-se acerca da possibilidade de concatenação entre os

temas, ou seja, de aplicação dos modelos restaurativos em casos de violência doméstica, superando-se, assim, muitos dos paradigmas que imperam não só no meio judicial como em toda a sociedade.

Para que fosse possível atingir tal fim, utilizou-se como método de pesquisa o dedutivo, pois, por meio da análise dos elementos da Justiça Restaurativa, bem como das formas de violência doméstica, foi possível analisar a viabilidade prática da aplicação dos referidos métodos aos casos de violência que se dão em âmbito doméstico. Como técnicas de pesquisas, foram empregadas a bibliográfica indireta – por meio da coleta de dados na doutrina e demais obras científicas – e a análise de dados estatísticos, dando tons de concretude ao tema abordado.

2. Justiça Restaurativa: aspectos gerais

Quando se pensa no ser humano em sociedade, desde logo surge a necessidade de se ter um corpo estruturado de regras próprias, específicas para os membros que a compõem, visando à convivência harmoniosa e pacífica.

Contudo, é de se notar que, vez ou outra, algumas pessoas decidem não seguir os mandamentos impostos pelo corpo social. É com esse escopo que as normas penais surgiram, objetivando constituir uma estrutura normativa própria, com finalidade específica de aplicar sanção àqueles que não se ajustam ao todo. Em termos simples, busca-se punir e corrigir aquele que não agiu corretamente.

O Direito Penal, com seus princípios próprios, visa proteger os bens juridicamente mais relevantes à vida social. Diz-se *juridicamente* relevantes, pois não é o valor econômico atribuído ao bem que, *de per se*, irá torná-lo juridicamente defensável pelo Direito Penal. Como ensina Rogério Greco, é preciso que tenha relevância para a sociedade, sendo algo de tamanha importância que normas de outra natureza, isoladamente, não consigam protegê-lo satisfatoriamente.[1]

Daí se falar que o Direito Penal é a *ultima ratio*, sendo essa a melhor representação do que se tem por princípio da intervenção mínima, verdadeiro limitador do poder punitivo do Estado.[2]

No entanto, é válido ressaltar a realidade vivida pelo Judiciário brasileiro. A morosidade que aflige a máquina judiciária tem causado espanto nos juristas e grande desconforto na população em geral. "Processos sem fim", que atravessam anos sem solução, com muitos entraves procedimentais; essa é ainda a realidade brasileira.

1. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 2.
2. Ibidem, p. 52.

Tal situação é resultado de um conjunto de fatores, alguns deles culturais. Afinal, parece sedimentado na mente do brasileiro que seus anseios somente serão satisfeitos se uma decisão for proclamada pelo Juiz. Essa busca ilusória pode levar muitos anos, em caminho tortuoso, para, ainda assim, culminar num resultado nem sempre tão justo. Por vezes a resolução poderia ser muito menos dispendiosa, tanto para a parte quanto para o Estado, bem como menos desgastante, cansativa e demorada – como em geral são os processos. E tal panorama ganha contornos ainda mais destacados quando se entra na seara penal.

O sistema penal, como "último recurso" que é, não deveria se encontrar da maneira que está: persecuções penais e penas privativas de liberdade desnecessárias, altos índices de reincidência, sistema carcerário falido e sem condições para "atender à demanda" etc.

Diante dessa realidade, Renato Sócrates Gomes Pinto se posiciona da seguinte forma:

> A explosão de criminalidade e violência tem mobilizado o mundo contemporâneo, que se vê frente a um fenômeno que deve ser encarado na sua complexidade. Essa complexidade demanda criatividade. É preciso avançar para um sistema flexível de justiça criminal, com condutas adequadas à variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos, num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma porta só, para um sistema multi-portas que ofereça respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade.[3]

Nesse sentido, Reyler Rodríguez Chávez[4] consignou que:

> Sin embargo, la idea de reprimir el mal causado por el infractor, mediante la imposición de otro mal – pena o castigo –, en la práctica, ha venido dando resultados poco alentadores no sólo desde el punto de vista del infractor sino también desde el punto de vista de la víctima y la comunidad.[5]

3. PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine et al. *Justiça restaurativa*: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. p. 19.
4. CHÁVEZ, Reyler Rodríguez. *Justicia restaurativa*: bases para la reforma del Poder Judicial peruano a partir del programa de prevención "Justicia, Paz y Seguridad". Lima: Essentia Iuris, 2016, p. 26.
5. "Porém, a ideia de reprimir o mal causado pelo infrator, mediante a imposição de outro mal – pena ou castigo –, na prática, tem dado resultados pouco encorajadores não só do ponto de vista do infrator, como também do ponto de vista da vítima e da comunidade" (tradução nossa).

De outro lado, ainda nesse modelo tradicional, a exclusão, principalmente da vítima, é patente e traz enormes consequências ao processo de superação do trauma, consistindo num segundo atentado contra sua dignidade e senso de poder. Até mesmo porque, segundo Reyler[6]:

> La víctima bajo el sistema retributivo vive en constante desaliento y desamparo legal y moral. Una vez involucrada en el sistema, requiere hacer efectivo su reclamo que pocas veces es atendido, pues para lograr ello debe emprender una lucha agotadora y que le demandará innumerables gastos y preocupaciones.[7]

Dessa forma, novas abordagens precisam ser colocadas em prática, visando melhor aproveitamento das instituições e mais efetivo enfrentamento das questões relativas à criminalidade e aos efeitos negativos que dela advêm. Inclusive porque pode ser destacado nessa busca de dignidade humana o direito à segurança pública como relacionado ao exercício do próprio direito de personalidade. Santin[8] anota que:

> (...) o direito à segurança pública enfeixa uma gama de direitos, pela sua característica de liberdade pública e até mesmo componente do direito da personalidade, por conter relações públicas e privadas, seja nas prestações estatais positivas e negativas como no respeito mútuo dos cidadãos à incolumidade e patrimônio alheios e na contribuição à preservação da ordem pública.

Em razão também disso, fala-se em *Justiça Restaurativa*.

A formação de um conceito sobre consiste num esforço intelectual dos mais árduos, pois são inúmeras as formas de aplicação dos ideais restaurativos, como aqueles listados por Daniel Silva Achutti: apoio à vítima, mediação vítima-ofensor, conferência restaurativa, círculos de sentença e cura, comitês de paz, conselhos de cidadania, serviço comunitário, entre muitos outros.[9]

---

6. Ibidem, p. 27.
7. "A vítima submetida ao sistema retributivo vive em constante desânimo e desamparo legal e moral. Uma vez envolvida no sistema, requer fazer efetivas suas reivindicações que poucas vezes são atendidas, pois para alcançá-las ela deve empreender uma luta árdua e que lhe demandará inúmeros gastos e preocupações" (tradução nossa).
8. SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública*: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime. 2. ed., São Paulo: Verbatim, 2013. p. 47.
9. ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Porto Alegre: PUCRS, 2012.

Ainda assim, Marcelo Gonçalves Saliba pretendeu assinalar uma definição que, não obstante algumas ressalvas que possam eventualmente ser feito – por exemplo, no caso da participação da comunidade, que não será cabível em todos os casos, impreterivelmente –, afigura-se clara e plausível, nos seguintes termos:

> (...) justiça restaurativa é o processo de soberania e democracia participativa numa justiça penal e social inclusiva, perante o diálogo das partes envolvidas no conflito e comunidade, para melhor solução que o caso requer, analisando-o em suas peculiaridades e resolvendo-o em acordo com a vítima, o desviante e a comunidade, numa concepção de Direitos humanos extensíveis a todos, em respeito ao multiculturalismo e à autodeterminação.[10]

Antes de qualquer coisa, é preciso dizer que, conforme definição anterior, tal forma de se alcançar justiça tem por premissa básica um procedimento de consenso. Assim, vítima e infrator, além de outros membros da comunidade também afetados pelo crime, quando apropriado, participam ativamente da construção de soluções para todo o mal causado, os traumas gerados e as perdas ocasionadas por conta do crime cometido. Trata-se de processo estritamente voluntário, relativamente informal, e que deve se dar, preferencialmente, em espaços comunitários, com intervenção de um ou mais facilitadores, na busca do resultado restaurativo, ou seja, que possa suprir as necessidades individuais e coletivas provenientes do crime e obter a reintegração social não só do ofensor como da própria vítima.[11]

Conforme lembra Karina Duarte Rocha da Silva, a Justiça Restaurativa surge como uma alternativa ao modelo penal tradicional, contrapondo-se ao modelo de justiça consolidado, este constituído sobre bases de caráter punitivo/retributivo. Foi fortemente influenciado por correntes abolicionistas, o que, contudo, não quer significar uma busca pela eliminação do sistema penal, mas uma remodelação, tornando-o apto a promover a pacificação social.[12]

---

p. 104-107. Originalmente apresentado como tese de doutorado no programa de pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

10. SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo*. Jacarezinho, PR: FUNDINOPI, 2007. p. 128. Originalmente apresentado como dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas, pertencente à Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI.
11. PINTO, Renato Sócrates Gomes. Op. cit., p. 20.
12. SILVA, Karina Duarte Rocha da. *Justiça restaurativa e sua aplicação no Brasil*. Brasília: UNB, 2007. p. 22-23.

A filosofia e o conceito de Justiça Restaurativa tiveram suas origens nas décadas de 1970 e 1980, nos Estados Unidos e no Canadá, estando associada à prática do então intitulado Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (*Victim Offender Reconciliation Program – VORP*). A partir daí o programa se modificou e novas formas da prática se concretizaram; antigas metodologias ganharam novas roupagens e receberam o nome de "restaurativas".[13]

A abordagem restaurativa tem ultrapassado o âmbito da justiça criminal, chegando a escolas, locais de trabalho e instituições religiosas. Inclusive, muitos defendem a ideia de que tais práticas, como os "círculos", por exemplo, podem ser usadas para trabalhar e resolver os conflitos em geral.[14] Como afirma Edgardo Torres López[15]:

> (…) los Derechos Humanos son un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.[16]

Aliás, acerca dos Círculos de Construção de Paz, Kay Pranis expõe que são utilizados mais comumente para: dar apoio e assistência a vítimas de crimes; sentenciar menores e adultos infratores; reintegrar egressos do sistema prisional; dar apoio e monitorar ofensores crônicos em liberdade condicional.[17]

---

13. ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*: teoria e prática. Trad. Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 53. (Série Da reflexão à ação).
14. Ibidem, p. 14.
15. LÓPEZ, Edgardo Torres. Justicia juvenil restaurativa en municipalidades. *Revista de Actualidad Jurídica*, Lima, n. 9, jan. 2016. p. 222.
16. "Os Direitos Humanos são um ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações, a fim de que tanto os indivíduos como as instituições, inspirando-se constantemente neles, promovam, mediante o ensino e a educação, o respeito a estes direitos e liberdades, e assegurem, através de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, seu reconhecimento e aplicação universais e efetivas, tanto entre os povos dos Estados Membros como entre aqueles dos territórios colocados sob sua jurisdição" (tradução nossa).
17. PRANIS, Kay. *Processos circulares*. Trad. Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. p. 31-32. (Série Da reflexão à ação).

Contudo, lembra a autora, não é só no âmbito criminal que os Círculos são frequentemente utilizados. Eles têm se mostrado de grande serventia para: dar apoio a famílias acusadas de negligência ou maus tratos a crianças e, ao mesmo tempo, garantir a segurança destas; desenvolver novos programas em agências governamentais; lidar com discriminação, assédio e conflitos interpessoais no local de trabalho; tratar de desentendimento entre vizinhos; chorar as perdas de uma família ou comunidade, entre muitas outras.

Com isso, nota-se que teve, inicialmente, aplicação mais restrita, mas, com a evolução do instituto e os benefícios que dele poderiam advir, seu emprego acabou sendo ampliado para outras espécies de crime, algo que será analisado com mais calma ainda neste trabalho,[18] em razão da polêmica gerada em torno de alguns delitos.

Tratando da aproximação entre Justiça e dignidade da pessoa humana, com razão Giacoia[19] anota:

> (...) as forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição. É preciso que o pacto social acompanhe essa renovação. Dínamo de um novo tempo, a atualização do contratualismo há que se ancorar na doutrina dos direitos humanos, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história sob o signo da dignidade.

Diante desse contexto, é possível concluir que "a Justiça Restaurativa oferece uma estrutura alternativa para pensar as ofensas"[20], abarcando todos os aspectos que envolvem o conflito, algo que vem sendo aplicado não só no âmbito da justiça criminal, mas que está a serviço de toda a comunidade.

Além do mais, é de se destacar que a grande diferença promovida pela Justiça Restaurativa em relação ao processo penal clássico diz respeito às pessoas incluídas no processo, uma vez que amplia o círculo dos interessados, havendo inclusão para além do Estado e ofensor, agregando-se também as vítimas e os membros da comunidade.[21]

18. Impende anotar, por oportuno, que, dado o viés geral a que se propõe, não está no escopo deste texto a enumeração precisa das hipóteses em que se aplica a Justiça Restaurativa, tampouco listar casos em que, de acordo com os tipos penais, é-lhe recomendada a utilização isolada ou suplementar.
19. GIACOIA, Gilberto. Justiça e dignidade. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, v. 2, n. 1, 2002. p. 28.
20. ZEHR, Howard, op. cit., p. 15.
21. Ibidem, p. 24.

De fato, o modelo restaurativo apresenta claros benefícios à vítima, visto que lhe confere papel importante na formulação da repressão do Estado ao crime, bem como se preocupa em garantir a efetiva reparação do dano e a minimização das consequências do ocorrido, o que evita a vitimização secundária, ou seja, a pessoa tornando-se vítima pela segunda vez, quando o sistema a abandona.[22]

Chávez[23], com sabedoria, arrola algumas vantagens da justiça restaurativa em relação à vítima:

> La justicia restaurativa le ofrece un espacio donde recibirá adecuada tutela y tratamiento de todas consecuencias sufridas a causa del delito y sobre todo, la oportunidad de ser reparada de manera integral, más rápida y satisfactoria. El ofendido luego del programa restaurativo podrá sentirse más seguro y recuperar la confianza en las personas y en el sistema de justicia que propició la aplicación de la justicia restaurativa.[24]

Assim, volta-se ao amparo da vítima e ao atendimento de suas necessidades, atribuindo-lhe papel ativo nas negociações acerca do conflito.[25]

A diferença é substancial, pois há grande preocupação com as necessidades das vítimas dos delitos, necessidades essas que não vêm sendo observadas pelo modelo atual de justiça criminal. Não é incomum que as vítimas se sintam ignoradas, negligenciadas ou até mesmo "agredidas" pelo processo penal.[26]

No Brasil essa situação é evidente, pois o foco é sempre a punição do ofensor. Criou-se a cultura jurídica de que a punição e o encarceramento são sinônimos

22. VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine et al. *Justiça restaurativa*: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. p. 43-44.
23. CHÁVEZ, Reyler Rodríguez, op. cit., p. 109.
24. "A justiça restaurativa lhe oferece um espaço onde receberá adequada tutela e tratamento em relação a todas as consequências sofridas por causa do delito, e, sobretudo, a oportunidade de ser reparada de maneira integral, mais rápida e satisfatória. O ofendido, após o programa restaurativo, poderá se sentir mais segura e recuperar a confiança nas pessoas e no sistema de justiça que propiciou a aplicação da justiça restaurativa" (tradução nossa).
25. MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine et al. *Justiça restaurativa*: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. p. 53.
26. ZEHR, Howard, op. cit., p. 24-25.

de justiça e de segurança para a sociedade, o que tem se mostrado cada vez mais improvável. Sem perceber, há a exclusão da vítima, que muitas vezes só participa do processo na hora de testemunhar contra o réu, muito pouco para alguém que se encontra vulnerável e querendo ser ouvida para além dos fatos objetivamente. Seu testemunho vago e frio, que tem por única finalidade fazer prova contra o ofensor, visando à concretização do *jus puniendi* estatal, não serve para a vítima retomar sua vida.

Nesse diapasão, o que se pretende é incluir a vítima no processo de julgamento do seu ofensor, não por sentimento de vingança, e não somente para que veja "a justiça sendo feita", mas como processo de enfrentamento, de compreensão da situação que vivenciou e da forma como passará a encarar a vida. A sua exclusão desse ciclo pode concretizar uma dupla violação ao seu ser: não somente terá sido violada por seu ofensor como também será privada de superar essa situação, reconhecendo a sua realidade, fazendo com que o seu ofensor também a conheça, tente repará-la e, quem sabe, até se arrependa.

Já o ofensor, por outro lado, torna-se o segundo maior foco de preocupação que motiva a Justiça Restaurativa, mas de forma que difere muito do sistema adotado usualmente, pois a justiça penal se preocupa em responsabilizar os ofensores, mas de forma a garantir que recebam a punição que merecem. O processo normalmente não estimula o ofensor a compreender as consequências de seus atos ou a desenvolver qualquer empatia em relação à vítima. Ao contrário, a visão de lados opostos do processo exige que o ofensor assuma uma posição absoluta, defendendo seus próprios interesses, retirando deste a oportunidade de agir de modo mais responsável no caso concreto.[27]

A Justiça Restaurativa surge, então, não apenas para responsabilizar o causador do dano como para dar ensejo ao confronto de todas as situações, no momento do encontro entre as partes, a fim de verificar o que levou o agressor a cometer o delito, possibilitando encaminhá-lo à superação e a novas perspectivas.[28]

Conforme salienta a doutrina:

> As estratégias neutralizadoras – estereótipos e racionalizações que os ofensores adotam para se distanciarem das pessoas que agrediram – nunca são

27. Ibidem, p. 26-27.

28. MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine et al. *Justiça restaurativa*: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. p. 53.

> contestadas. Assim, infelizmente, o senso de alienação social do ofensor só aumenta ao passar pelo processo penal e pela experiência prisional. Por vários motivos esse processo tende a desestimular a responsabilidade e a empatia por parte do ofensor.[29]

Quando se analisa todo o processo penal, é possível vislumbrar o cenário que a doutrina destaca. Desde o começo, a sensação do ofensor é de isolamento. Nem bem começou o processo penal em si e já há a possibilidade de segregação, seja temporária, seja cautelar. Além disso, a polarização entre Estado e ofensor, com a já mencionada exclusão da vítima, por vezes impede um contato entre esses dois últimos, tornando-se empecilho àquele que causou o dano em confrontar a realidade e as consequências de seus atos.

Ao chegar-se à fase de execução, o sentimento de exclusão fica ainda mais evidente e a marginalização mais aguda, pois a segregação agora será completa, com sua ida para o estabelecimento prisional.

Durante todo o *iter* procedimental, o ofensor vai se afastando da realidade dos fatos, de toda a facticidade dos danos causados à vítima e à comunidade, dando-se margem para que faça suas próprias elaborações, criando um universo íntimo no qual sua atitude possa ser respaldada ou justificada por pensamentos que não serão expostos, mas amargados em seu interior.

É quase instintivo. Quando as pessoas fazem algo sobre o que não tinham certeza se seria a escolha certa, passam a digladiar consigo mesmas, tentando, por vezes, convencer-se de que aquela escolha – da qual, geralmente, não se pode voltar atrás – teria sido a correta ou, ao menos, na situação em que se encontravam, justificável.

Nesse momento, parece ser natural, até pela falta de confrontação, e mesmo por ser uma elaboração íntima, que a formulação seja a mais egocêntrica possível, abstraindo-se a plenitude das mazelas ocasionada por suas ações.

É preciso, portanto, que o ofensor também confronte seus sentimentos, com o objetivo de desvendar essas falsas realidades, dando início, assim, ao seu processo de recuperação e ressocialização. Nesse sentido:

> (...) o psiquiatra Dr. James Gilligan, professor de Harvard e pesquisador do sistema prisional, sustenta que toda violência é um esforço para conseguir justiça ou desfazer uma injustiça. Em outras palavras, muitos crimes podem surgir como resposta a uma sensação de vitimização e esforço para reverter essa situação. A percepção de si como vítima não exime da responsabilidade

29. ZEHR, Howard, op. cit., p. 27.

> por comportamento socialmente nocivo. Contudo, se o Dr. Gilligan está correto em suas conclusões, tampouco podemos esperar que tal comportamento cesse sem que tenha sido tratado o sentido de vitimização. De fato, via de regra, a punição reforça o sentido de vitimização já existente.[30]

Assim, sua inclusão no processo para que seja realizada a confrontação de argumentos e realidades é essencial.

Além disso, para que o ofensor seja responsabilizado perante a vítima e possa retornar à comunidade, é preciso que a justiça lhe ofereça: 1) responsabilização que cuide dos danos resultantes, estimule a empatia e a responsabilidade e transforme a vergonha; 2) estímulo para a experiência de transformação pessoal, inclusive cura dos males que contribuíram para o comportamento lesivo e oportunidades de tratamento para dependências químicas e/ou outros problemas e aprimoramento de competências pessoais; 3) estímulo e apoio para reintegração à comunidade; e, 4) para alguns, detenção, ao menos temporária.[31]

Assim, para o ofensor, o modelo restaurativo significa uma oportunidade de conscientização acerca de sua conduta, ao viabilizar a discussão acerca das razões que o levaram ao delito, bem como de suas consequências. O objetivo, portanto, está não na exposição dos fatos, mas na conscientização e restauração das partes, permitindo que, inclusive, o ofensor seja melhor compreendido, avaliado e encaminhado, a fim de que não volte a delinquir e possa concretizar sua reinserção na sociedade.[32]

Como se percebe, a justiça criminal tradicional, retributiva, não é completamente abandonada. Não se busca negar totalmente sua aplicação, mas tirá-la do foco. Outras prioridades devem ser buscadas, principalmente no que tange à participação do ofensor no processo, que deve se dar de forma mais humana e real, procurando inseri-lo no contexto danoso e evidenciar as consequências que dele advieram. Além disso, tem de auxiliá-lo na busca por compreensão e mudanças por parte daquele que comete delitos.

Apesar de a Justiça Restaurativa ser um modelo constantemente exaltado perante o enfraquecimento e a crise do sistema retributivo, não é somente na deslegitimidade deste que os modelos restaurativos ganharam força, mas sim, e principalmente, pela necessidade de comunicação intersubjetiva num

30. Ibidem, p. 42.

31. Ibidem, p. 28.

32. SALIBA, Marcelo Gonçalves, op. cit., p. 137-138.

Estado Democrático de Direito, que deve estar permeado pela imprescindível participação da comunidade, o que ocasiona certa "reprivatização" do conflito, chamando a comunidade para participar ativamente da busca por justiça, simbolizando uma experiência de soberania e cidadania participativa.[33]

Com isso, afora vítima e ofensor, uma das grandes marcas da Justiça Restaurativa passa pela possibilidade do maior envolvimento da comunidade no processo, tendo em vista que boa parte das aplicações restaurativas tem incentivado a participação de membros da comunidade. Explica Howard Zehr[34] que os membros da comunidade detêm necessidades advindas do crime, bem como possuem papéis a serem desempenhados nesses processos. Afinal, as comunidades sofrem o impacto do crime e, em razão disso, deveriam ser consideradas partes interessadas, por serem vítimas secundárias. Seus membros também têm grande importância, inclusive responsabilidades, em relação às vítimas, aos ofensores e a si mesmos.

As comunidades carecem que a justiça ofereça: atenção às suas preocupações enquanto vítimas; oportunidade para construir um senso comunitário e de responsabilidade mútua; estímulo para assumir suas obrigações em favor do bem-estar de seus membros, inclusive vítimas e ofensores; e fomento das condições que promovam convívio saudável.[35]

Para a comunidade, a composição de conflitos que envolvem seus membros – além, é claro, da vítima e do ofensor –, tem efeitos positivos na prevenção, evita a reincidência, propicia uma reabilitação efetiva, enfim, auxilia na busca pela melhora de segurança e paz social, pelo estabelecimento de mecanismos eficazes de tomada de consciência e plena viabilização para que o ofensor possa redimir-se, não só perante a vítima, mas perante o próprio corpo social, por meio de medidas concretas – pedido de perdão público, cumprimento de medida de prestação de serviço social, integração de programa de reabilitação, entre outras.[36]

Assim, é preciso uma maior participação da comunidade no processo, visto ser aquela a quem caberá acolher as vítimas e os ofensores, pessoas que se envolveram diretamente numa situação destrutiva e prejudicial à natureza humana. Além disso, quando a criminalidade aumenta, quando a desigualdade de renda e, consequentemente, social chegam ao extremo de aumentar o número

33. Ibidem, p. 126.

34. ZEHR, Howard, op. cit., p. 28.

35. Ibidem, p. 29.

36. CHÁVEZ, Reyler Rodríguez, op. cit., p. 37-40.

de crimes contra o patrimônio, ceifando, inclusive, algumas vidas, a responsabilidade recai também sobre a sociedade.[37]

Não obstante, é de se notar que uma das finalidades do Direito Penal, embora pareça utópica para a realidade brasileira, é a recuperação e reinserção social do preso. Como esses objetivos serão atingidos se a comunidade não se envolver no processo? Afinal, quem seria melhor para promover a reinserção de uma vítima ou ofensor que a própria comunidade à qual se pretende retornar?

Diante de todo o exposto, tem-se que os serviços de justiça criminal ou penal estão focados nos ofensores e na aplicação do castigo, fazendo com que estes "recebam o que merecem". Já a Justiça Restaurativa se concentra nas necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade,[38] sendo, assim, mais apropriada ao Estado Democrático de Direito.

3. A Lei Maria da Penha e a proteção contra a violência doméstica

Hoje, em vários lugares do mundo – inclusive no Brasil –, as mulheres têm seus direitos tutelados de forma diferenciada, especial, em razão das constantes violações históricas que foram perpetradas contra esse grupo, fato que ainda se dá.

O desrespeito à mulher se mostrou patente no decorrer da história, em sociedades quase sempre patriarcais e que muitas vezes não vislumbravam nela um ser humano completo, livre e igual ao homem, mas que deste dependia ou mesmo a este pertencia.

No Brasil, o panorama não diferia muito, como se pode perceber em muitas das previsões do Código Civil anterior, de 1916, que, por exemplo, previa: "Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal". Fica claro como a mulher chegou a ser submetida às vontades do marido.

37. Por seu turno, Trannin, Costa e Pinto defendem a economia solidária como instrumento para inclusão social, com política pública para "minimizar as desigualdades favorecendo a inclusão social e a concretização dos direitos fundamentais sociais" (COSTA, Ilton Garcia da; TRANNIN, Alexandre Alberto; PINTO, Taís Caroline. A política pública de economia solidária como instrumento para contribuir com a inclusão social por meio do direito fundamental ao trabalho. In: COSTA, Ilton Garcia da; SANTIN, Valter Foleto (Org.). *Organizações sociais*: efetivações e inclusão social. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 130).

38. ZEHR, Howard, op. cit., p. 29.

Contudo, aos poucos, as estruturas brasileiras jurídica e social foram evoluindo, eliminando certas discriminações e buscando a igualdade material,[39] que, afinal, consiste não só num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF) como em direito fundamental (art. 5º, *caput* e inciso I) entre os mais essenciais à vida humana em sociedade.

Contudo, ainda ocorrem muitas discriminações, dos mais variados tipos, havendo um abismo entre a previsão formal contida na Constituição Federal, quando afirma que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (art. 5º, inciso I, da CF), e a concretização material desse direito, que deveria repercutir no plano fático.

Na busca por dados que corroborem a afirmação acerca da desigualdade vivenciada pelas mulheres em relação aos homens na sociedade brasileira, as pesquisas realizadas pelo IBGE são de bom alvitre.[40] Segundo o referido órgão, houve crescimento no nível de ocupação da mulher no mercado de trabalho: cerca de 43,1% das mulheres com dez anos ou mais de idade em janeiro de 2008, superando os 40,1% de 2003. Contudo, ainda que as mulheres correspondam à maioria da população brasileira, continuam sendo minoria no mercado de trabalho, liderando o *ranking* de desocupação, que girava, em 2008, em torno de 57,7% do total de desocupados.[41]

---

39. A igualdade material, segundo Fernando de Brito Alves (ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013. p. 258), corresponde a um viés democrático e social, caracterizado pela proibição da discriminação e obrigação de diferenciação, ou seja, tratando os desiguais na medida de suas desigualdades. Por outro lado, a igualdade formal, segundo Joaquim Barbosa (GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação; Unesco, 2007. p. 48), caracteriza-se pela aplicação da lei de forma igual a todos, sem qualquer distinção, possuindo, assim, natureza abstrata.

40. Anote-se que as pesquisas realizadas pelo IBGE tiveram por base seis regiões metropolitanas: Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre.

41. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa mensal de emprego*: algumas características da inserção das mulheres no mercado de trabalho: Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre: 2003-2008. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. p. 3. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf]. Acesso em: 14.04.2017.

De se notar também que, em 2003, 34,7% do total de mulheres com ocupação laboravam com carteira de trabalho assinada no setor privado, percentual que atingiu 44,5% em 2012. Apesar da grande melhora, continua sendo consideravelmente inferior aos homens, cujo percentual atingiu a marca de 53,1% no mesmo ano.[42]

Quando se trata de mercado de trabalho, a maioria dos indicadores evidencia a mulher em condições menos adequadas que a dos homens. No que atine aos rendimentos, por exemplo, nota-se que, em uma jornada média de 40 horas semanais, as mulheres recebiam, em 2008, cerca de 71,3% do rendimento dos homens. Entretanto, ao contrário do que se pode pensar, tais dados não estão diretamente ligados à questão da escolaridade, tendo em vista que, nesse ponto, as mulheres ocupam posição de destaque. De fato, 60% das mulheres tinham ao menos a escolaridade referente ao ensino médio. A despeito disso, foi possível observar que as diferenças entre os rendimentos de homens e mulheres eram maiores entre os mais escolarizados. Nessa toada, a remuneração das mulheres com curso superior era, em média, 40% inferior àquela auferida pelos homens com o mesmo grau de escolaridade.[43]

A situação que envolve as violações dos direitos das mulheres, contudo, ganha contornos ainda mais trágicos quando se adentra na seara penal. De fato, por muitos fatores, inclusive biológicos (estatura, força, peso etc.), inúmeras mulheres são diariamente violentadas, das formas mais bárbaras possíveis e em proporções assustadoras, o que denota certa carência na sua proteção, em termos preventivos e repressivos.

Nesse sentido, uma pesquisa realizada em 2004 trouxe à baila que um terço das mulheres admitia já ter sido vítima, durante sua vida, de alguma forma de violência física: 24% vivenciaram situação que variavam desde ameaças com armas até cerceamento do direito de vir e vir; 22% sofreram agressões propriamente ditas; e 13% estupro conjugal ou abuso. Além disso, 27% sofreram violências psíquicas – tratadas a seguir – e 11% afirmaram ter sofrido assédio sexual.[44]

---

42. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa mensal de estatística*: evolução do emprego com carteira assinada: 2003-2012. Rio de Janeiro: IBGE, [ca. 2012]. p. 8. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Evolucao_emprego_carteira_trabalho_assinada.pdf]. Acesso em: 14.03.2017.

43. IBGE, op. cit., 2008, p. 3.

44. VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol; OLIVEIRA, Suely de (Org.). A mulher brasileira nos espaços público e privado. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2004. p. 24-25.

Entre as formas de agressão, em si, 11% sofreram espancamentos, ocasionando cortes, marcas e fraturas, algo que, trazido para o universo investigado (cerca de 61,5 milhões), resulta em 6,8 milhões de mulheres que já foram espancadas pelo menos uma vez na vida. A frequência desses casos varia, desde aquelas que afirmam ter sido espancadas "apenas" uma vez (32%) àquelas que foram espancadas mais de dez vezes ou "várias vezes", além de 15% que não sabem informar o número de vezes, mas a quantidade de tempo – 4% que falam ter sido espancadas por mais de dez anos e mesma porcentagem que dizem ter sofrido com tal violência "durante toda a vida".[45]

Diante desses dados, é possível constatar que a igualdade entre homens e mulheres, apesar de constitucionalmente assegurada, o é apenas no plano formal, pois materialmente ineficaz. Não se pode falar em igualdade enquanto tantas disparidades podem ser facilmente verificadas, não só em seu tratamento enquanto cidadãs como nas violações sofridas em seus direitos mais intrínsecos.

As diferenciações discriminatórias e estigmatizantes que foram marca na história e evolução dos direitos das mulheres não podem ter espaço nos dias atuais, carecendo de atenção e discriminações positivas, com o fito de eliminar as desigualdades e a vulneração que ocorre em meio à sociedade, ainda, em muito, patriarcal.

De fato:

> A Lei 11.340/2006 extraiu do caldo da violência comum uma nova espécie, qual seja, aquela praticada contra a mulher (vítima própria), no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade (art. 5º). Nesses casos, a ofendida passa a contar com precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir essa modalidade de agressão.[46]

A violência doméstica, em sua definição e elementos, está prevista no art. 5º da Lei Maria da Penha, que traz a seguinte redação: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial".

45. Ibidem, p. 26.

46. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 35.

Em primeiro lugar, é preciso analisar o direcionamento específico para a mulher, visando a proteção em face de sua hipossuficiência, não somente física, mas em razão do histórico da sociedade brasileira, que a subjugou durante muito tempo e acabou por criar certos paradigmas que se apresentam como verdadeiras barreiras às mulheres e seus direitos, as quais possuem dificuldade em materializar a efetiva igualdade diante do homem.

Resta o detalhe de que a violência deve ser baseada no gênero, ou seja, praticada contra a mulher pelo fato de esta ser mulher. Isso porque o homem, sabendo da sua condição "privilegiada" na sociedade, diante da afronta aos direitos das mulheres, utiliza-se dessa posição para exercer atos de violência contra sua esposa, companheira etc., o que dá ensejo à aplicação da referida lei.

É preciso atentar, contudo, para a existência de requisito específico a fim de que se configure violência doméstica, qual seja, que se dê justamente em âmbito doméstico. É o que preconiza o art. 5º da referida lei, quando, em seus incisos, informa que a agressão deve se dar:

> I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Como se pode notar, a lei foi pontual e específica em suas previsões no tocante às pessoas, às relações e ao local de ocorrência da violência, restando clara sem, contudo, deixar margem de interpretação a fim de que o aplicador da lei possa, no exercício de sua função, buscar certa abrangência à proteção almejada pelo legislador às mulheres. Fica claro tal intuito quando, por exemplo, abrange as pessoas *esporadicamente agregadas* – o que se dá, a título de ilustração, em caso de agressão do patrão em face da empregada –,[47] ou mesmo em situações em que não há mais coabitação, mas que tinha, em algum momento, relação íntima de afeto.

Em resumo:

> (...) entende-se por violência doméstica e familiar toda a espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra mulher (vítima certa), num determinado

47. Ibidem, p. 52.

> ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.[48]

Há verdadeira violação da dignidade da mulher, pois a violência tem "a finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando da sua hipossuficiência"[49].

O art. 7º da Lei Maria da Penha elenca rol dos tipos de violências que podem ser cometidas, protegendo não somente a vida e a integridade física da mulher como também a integridade psicológica, por exemplo. Evidentemente, como ensina Chávez[50], enquadra-se "(…) dentro del daño no sólo la restitución de las cosas materiales, sino también se buscara minimizar las secuelas morales y sicológicas que dejó el trauma delictivo en la víctima"[51]. Com efeito, várias são as condutas descritas e que podem ser objeto de proteção a ser requerido em juízo, sendo a lei clara, contudo, que tal rol é meramente exemplificativo, tendo em vista que muitas outras formas de violência podem surgir na sociedade, e que deverão ser abrangidos por essa lei.[52] É o que se conclui do *caput* do artigo em comento, quando prega que "são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, *entre outras*" (grifo nosso).

Assim, fica evidente o intuito da Lei, que reconhece a situação da mulher perante a sociedade machista e, diante disso, outorga proteção abrangente e consonante com os princípios insculpidos em Tratados internacionais e na Constituição Federal.

A primeira das modalidades prevista no respectivo artigo é a violência física.[53] Referida previsão consiste em verdadeira proteção à vida e à integridade física da mulher, tendo em vista que se dá por meio de agressão física ao corpo da vítima:[54]

---

48. Ibidem, p. 41.
49. Ibidem, p. 52.
50. CHÁVEZ, Reyler Rodríguez, op. it., p. 39.
51. "(...) no dano não somente a restituição das coisas materiais, mas também se buscará minimizar as sequelas morais e psicológicas que o trauma delitivo deixou na vítima" (tradução nossa).
52. CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues, op. cit., p. 254.
53. "I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal."
54. CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues, op. cit., p. 255.

> (...) podendo ser praticada de diversas formas, como por meio de empurrões, puxões de cabelo, mordidas, beliscões, socos, chutes, queimaduras, pontapés e os mais diversos ferimentos e cortes causados por faca, canivete, pedaços de madeira, objetos pontiagudos, asfixia, fios, eletricidade, armas de fogo e outros.[55]

Tal espécie de violência visa:

> (...) ofender a integridade física ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*. São condutas previstas, por exemplo, no Código Penal, configurando os crimes de lesão corporal e homicídio (arts. 129 e 121), e mesmo na Lei de Contravenções Penais, como a vias de fato (art. 21).[56]

De fato, talvez seja a modalidade de violência que mais ocorre, em razão da perspectiva que o homem possui em relação à sua força e prevalência do vigor físico perante a mulher, vislumbrando, nessa forma de violência, o meio mais prático e simples de subjugar e dominar, fazendo com que fique à mercê da sua vontade. As marcas deixadas e a fácil produção da prova penal, a partir disso, poderiam ser fator a frear o ímpeto violento do homem, algo que não se dá, principalmente em momento de fúria e descontrole, em que a reação é instantânea e irracional. Além disso, o senso comum corrobora a circunstância segundo a qual nem sempre o delito deixa marcas aparentes, assim como muitas vezes a mulher não toma coragem para denunciar os fatos imediatamente, fazendo com que elas sumam.

De fato, a relação de controle e imposição exercida sobre a mulher pode ser tão grande que, mesmo quando existam sequelas em seu corpo, o casal assume, perante o tribunal, como verdade uma realidade alternativa e falsa, que mascara o que se deu. Isso porque, o homem, visando – e se achando no direito de – se safar, e a mulher, ligada emocionalmente e, muitas vezes, com medo, traumatizada e confusa, submetendo-se a essa vontade dominadora, acabam moldando o acontecido perante o Juiz, algo que perpetua a submissão da mulher e a decorrente violência contra esta.[57]

A segunda modalidade trazida é a violência psicológica, que se entende como:

55. Ibidem, p. 255.

56. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 68.

57. A propósito, mais à frente, no tópico 4, o texto trata do "ciclo de violência".

> (...) a agressão emocional (tão ou mais grave que a física). O comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído, configurando a vis compulsiva. Dependendo do caso concreto, a conduta do agente pode, *v.g.*, caracterizar o crime de ameaça.[58]

A previsão legal dessa espécie de violência é elucidativa, ao mencionar que:

> II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Outra forma de violência trazida pela lei – e talvez aquela que, a depender da gravidade, deixe mais sequelas, ocasionando a ruína psicológica da mulher – diz respeito à violência sexual. A lei é bem descritiva, embora exemplificativa, acerca dessa modalidade, pois no contexto normativo *violência sexual* é:

> [...] entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (art. 7º, inciso III, da Lei 11.340/2006)

Também pode materializar-se quando o homem "forçar a mulher à prática de atos que lhe causem desconforto ou repulsa, bem como, quando se obriga a mulher a ver imagens pornográficas que ela não queira ou a praticar ato sexual com terceiros quando não seja esta a sua vontade"[59].

A violência sexual é universal, ocorrendo – lamentavelmente – em todas as partes do mundo, alcançando mulheres de todas as etnias, crenças, culturas e classes sociais, desde as mais pobres às mais abastadas, em ambientes públicos

58. Ibidem, p. 68.

59. CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues, op. cit., p. 291.

ou privados, e atingindo todas as faixas etárias. Essa forma de violência acarreta sequelas biopsicossociais de difícil mensuração, produzindo efeitos intensos, devastadores e, por vezes, irreparáveis. A saúde física e mental é abalada de forma intensa, podendo levar, por exemplo, à gravidez, o que reavivará sentimentos antigos e criará novos, trazendo angústia e desespero.[60]

De fato, em situação de estupro, por exemplo, a violação é tamanha que se torna difícil mencionar as consequências do crime e como a vítima prosseguirá com sua vida após o trágico ocorrido. Nota-se que "Agressões como essas provocam nas vítimas, não raras vezes, culpa, vergonha e medo, o que as faz decidir, quase sempre, por ocultar o evento"[61].

Aliás, o fato de o crime ter sido cometido por alguém próximo à vítima, com quem tem alguma relação de parentesco ou íntima, de afeto, converge para que haja a chamada *invisibilidade* do crime, uma vez que, além do medo, a dependência financeira e/ou emocional contribuem para que a mulher não denuncie o autor da agressão.[62]

Os crimes sexuais são de enfrentamento mais complexo, pela sensibilidade que envolve a situação e pela fragilidade em que a mulher certamente se encontrará. A sexualidade, por muito tempo, foi enfrentada como verdadeiro tabu, até em razão das tradições e dos dogmas religiosos que prevaleciam na sociedade. Os membros desta tiveram grande dificuldade para superar algumas barreiras que envolvem o tema, algo que ainda hoje se dá, diante de novas formas de exercer a sexualidade.

Quando se tratava da mulher, essas barreiras se mostravam ainda maiores, havendo verdadeira e preconceituosa resistência ao tratamento de sua sexualidade, extremamente limitada pelo paternalismo imperante. Havia submissão da mulher perante o homem, tendo este, diferentemente da mulher, plena liberdade no que diz respeito aos direitos sexuais. Visão essa que, corroborada historicamente, faz parte do senso compartilhado sobre as relações entre homens e mulheres em passado não tão distante. Assim, as mulheres tiveram de aos poucos conquistar suas liberdades e seu reconhecimento como pessoas que podem usufruir dos prazeres da vida como bem entenderem. Foram anos de luta para conquistar tais direitos de liberdade e igualdade em face do homem, para, em um ato forçado e covarde, tais direitos lhes serem menosprezados e

60. Ibidem, p. 291.

61. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 69.

62. CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues, op. cit., p. 292.

violentados, em conjunto com muitos outros. No caso do estupro, por exemplo, o tamanho da violação de intimidade é imensurável, tal quais suas consequências. Há voraz atentado à dignidade da vida, que passa a ser atormentada por pensamentos e pesadelos terríveis, medo e desespero incontroláveis.

A Lei Maria da Penha reforçou a proteção da mulher contra esse tipo de violência, que de tão bárbara reclama atenção e cuidado especiais por parte do legislador.

Já no que tange à violência patrimonial, segundo a lei, há de ser:

> [...] entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. (art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha)

Assevera parcela da doutrina que "Esta forma de violência [...] raramente se apresenta separada das demais, servindo, quase sempre, como meio para agredir, física ou psicologicamente, a vítima"[63]. Contudo, há quem ressalve essa posição, informando que esse tipo de ato violento pode:

> [...] ser utilizado como forma de agredir a mulher psicologicamente, porém, não podemos dizer que sejam raros os casos de homens que, além de outros tipos de violência, destroem e dilapidam o patrimônio das vítimas, com o fim precípuo de se locupletarem ilicitamente ou de obterem para si vantagem patrimonial ilegal e indevida, em detrimento das mulheres com quem possuam relações de convivência, afetiva ou familiar, para depois abandoná-las à própria sorte.[64]

Por último, a violência moral, que "encontra proteção penal nos delitos contra a honra: calúnia, difamação e injúria. São denominados delitos que protegem a honra, mas, cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência moral"[65], ocorrendo, normalmente, de forma concomitante com a violência psicológica.[66]

---

63. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 70.
64. CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues, op. cit., p. 297.
65. DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.
66. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 72.

Maria Berenice Dias traz importante ressalva, no seguinte sentido: para que haja violência moral à mulher, não há inarredável necessidade de exata correspondência com as figuras típicas dos crimes contra a honra, presentes no Código Penal. Da mesma forma se dá em relação à violência patrimonial, que não precisa estar prevista entre aqueles crimes contidos no Título II da Parte Especial da codificação penal, relativo aos *crimes contra o patrimônio*. Assim, é possível que essas violências se deem fora do âmbito de abrangência das referidas tipificações penais contidas no Código Penal, já que são demasiadamente restritas e demandam alguns requisitos além da violência em si, sendo que esta, por si só, já enseja a aplicação da Lei Maria da Penha, não se justificando posicionamento diferente.[67]

Se o legislador pretendesse fazer tal vinculação, especificamente assim preveria. A Lei Maria da Penha pretende a maior abrangência possível na defesa das mulheres, elencando, apenas exemplificativamente, um rol de atos de violência possíveis. Ora, nessa mesma linha, não se poderia limitar a abrangência nas leis penais, em interpretação restritiva que anularia a própria amplitude que a Lei pretende alcançar, notadamente com a estipulação de um rol não exaustivo de formas de violência. A lei pretende a maior proteção possível, com o fito de albergar efetiva proteção às mulheres vítimas de atos que não podem ser aceitos num Estado Democrático de Direito – nem em lugar ou tempo algum.

Compreendida a Lei Maria da Penha e suas previsões no tocante aos casos de violência contra a mulher, necessária a análise conjunta dos temas abordados, a fim de investigar acerca da possibilidade de se aplicarem os métodos restaurativos em casos de violência doméstica.

4. A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica

Primeiramente, é preciso notar que:

> A Justiça Restaurativa começou como um esforço para lidar com assaltos e outros crimes patrimoniais que em geral são vistos (em muitos casos incorretamente) como ofensas menores. Hoje, contudo, as abordagens restaurativas estão disponíveis em algumas comunidades para aplicação às modalidades mais violentas de crime: morte causada por embriaguez ao

67. DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 73.

> volante, agressão, estupro e mesmo homicídio. A partir da experiência das Comissões de Verdade e Reconciliação na África do Sul, também vêm sendo realizados esforços para aplicar a estrutura da Justiça Restaurativa a situações de violência generalizada.[68]

Assim, nota-se que os ideais restaurativos não são aplicáveis apenas a infrações leves, de cunho patrimonial ou direitos disponíveis, mas também a crimes graves, como homicídio e estupro, conforme demonstra a experiência de outros países. Assim, por que não aplicar em casos de violência doméstica? O que impede a aplicação na realidade brasileira?

Antes, contudo, de responder a esses questionamentos, é preciso ressaltar alguns aspectos da experiência de ser vítima de um crime.

Ser sujeito passivo de um crime, qualquer que seja, acarreta uma série de danos que vão muito além do objeto do delito em si. As consequências psicológicas para a pessoa podem ser, por vezes, mais gravosas que o mal sofrido pela ação criminosa, uma vez que a reparação deste pode ser instantâneo, enquanto que as sequelas podem perdurar por toda a vida se não tratadas corretamente.

Howard Zehr[69], ao trazer um caso para exemplificar suas exposições acerca dos sentimentos e das sensações vivenciadas pela vítima do crime, explana o fenômeno que os psicólogos denominam como *aceitação por pavor paralisante*, que vem acompanhado de choque e intensa negação: "isso não pode estar acontecendo comigo". Diante de situação apavorante e que não podem impedir, as vítimas de crimes violentos aparentam cooperar com o agressor, em que essa reação psicológica natural pode ser interpretada – erroneamente – durante o processo como colaboração voluntária, que nada mais era que paralisia por medo.

O referido autor também expõe, de forma detalhada, o que a vítima vivencia logo em seguida ao crime:

> Durante a fase do "impacto" inicial, portanto, as reações dela foram iguais à da maioria das vítimas: viu-se tomada por sentimento de confusão, impotência, pavor e vulnerabilidade. Estas emoções a acompanharam por algumas semanas, embora com menor intensidade. Contudo, novas e intensas emoções surgiram: raiva, culpa, suspeita, depressão, ausência de sentido, dúvidas e arrependimento. Durante essa fase de "retração" ela lutou para se ajustar e passou por violentas variações de humor. Havia dias que parecia

68. ZEHR, Howard, op. cit., p. 14.

69. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 19-20.

> ter recobrado sua animação costumeira, seu otimismo, que em seguida eram substituídos por depressão profunda e/ou raiva. Ela passou a suspeitar dos outros, especialmente estranhos, e a se assustar facilmente. Começou a ter sonhos vívidos e assustadores e fantasias que não lhe eram próprias e que iam contra seus valores. Ela fantasiava, por exemplo, que estava se vingando cruelmente da pessoa que lhe tinha causado mal. Pelo fato disso ser contrário aos seus valores, sentia ansiedade e culpa. Acordada, muitas vezes repassava mentalmente o ocorrido e também suas reações, imaginando por que teria reagido daquela forma e o que poderia ter feito de modo diferente. Como a maioria das vítimas de crimes, ela lutou com sentimentos de vergonha e culpa. Repetidamente se perguntava por que aquilo tinha ocorrido com ela, por que tinha reagido daquele modo e se poderia ter agido de outra forma, sentindo-se tentada a concluir que tudo aquilo era de algum modo culpa sua[70].

Zehr[71] ainda traz a dificuldade de ser vítima quanto à necessidade de expor seus sentimentos. Ainda que a pessoa tenha amigos, aos poucos eles vão se cansando de ouvir sempre as mesmas histórias, passando a aconselhar a vítima a "simplesmente superar" o mal ocorrido, além de, por vezes, das mais diversas maneiras sugerir que ela teve alguma parcela de culpa, ainda que isso não seja verdade. Tais reações pelos amigos e conhecidos seriam o que os psicólogos chamam de *vitimização secundária*. Isso se dá como um modo de defesa das pessoas, que gostariam de evitar vivenciar essas situações, ainda que em meros relatos. Assim, as pessoas buscam estabelecer culpas, principalmente em algo que a vítima é ou fez, a fim de distanciar o crime de si e, consequentemente, sentirem-se mais seguros.

Para encerrar, Howard Zehr[72] expõe que:

> A experiência de ser vítima de um crime pode ser muito intensa, afetando todas as áreas da vida. No caso desta moça afetou seu sono, seu apetite e sua saúde. Ela recorreu a drogas e bebidas alcoólicas para aguentar. Os custos do tratamento foram muito pesados. Seu desempenho no trabalho caiu. Várias experiências e eventos continuaram a levá-la de volta a lembranças dolorosas. Se ela fosse casada, seu casamento poderia ter sofrido. Seu interesse sexual e comportamento poderiam ter sido afetados. Para as vítimas de crimes, os efeitos colaterais são muitas vezes bastante traumáticos e de longo alcance.

70. Ibidem, p. 20.
71. Ibidem, p. 20-21.
72. Ibidem, p. 21.

Fica claro como a experiência de ser vítima é de difícil vivência e complexa superação. Por vezes, até as pessoas mais próximas, ao invés de auxiliar e dar suporte, acabam por agravar a situação, ainda que de forma inconsciente, como mecanismo de defesa. As pessoas nem sempre sabem oferecer amparo em momentos de dificuldade e geralmente não sabem como lidar com situações que fogem ao que estão acostumadas. É por isso que, por exemplo, muitas evitam o contato ou ficam nervosas ao se relacionarem, ainda que brevemente, com pessoas com deficiência.

O mesmo se dá com as vítimas de crime. Há a necessidade de evitar assuntos ou não falar determinadas coisas que podem prejudicá-las ou reavivar sentimentos que, no entender das pessoas, não podem ser trazidos à tona. Contudo, o que não se nota é que esses sentimentos estarão presentes constantemente na vida da vítima, ainda que ninguém toque no assunto. Aliás, eles são mais intensos quando esta se encontra sozinha. Sem perceber, os amigos e familiares deixam não só de ajudar a vítima a dividir o peso do crime, que não precisa carregar sozinha, bem como se distanciam da pessoa no momento em que ela mais precisa.

De fato:

> A vítima, às vezes, passa a isolar-se, do convívio social e passivamente aceita ou se conforma com a perda, sem se reconhecer como sujeito de direitos e responsável por mudanças. Ou ainda, pode caminhar para uma atuação excessiva, sem ponderar riscos ou ameaças, em atitudes suicidas ou vingativas. Ambos, a passividade ou a atividade excessiva, demonstram riscos ao próprio sujeito e ameaçam a efetivação dos direitos. A passividade da vítima tende a conduzir a pessoa a uma posição de "recebedora" de favores, ou seja, os direitos são assimilados como favores ou benesses, se uma postura de reivindicação de direitos: o sofrimento experimentado a eximiria de qualquer atividade. A atividade excessiva pode confundir-se com uma defesa, para não lidar com a dor e o sofrimento provocados, ou caminhar para atitudes baseadas em noções vingativas (buscar a "Justiça" "custe o que custar" ou "com as próprias mãos"), afastando-se dos direitos declarados. O sofrimento justificaria qualquer atitude praticada, desumaniza-se o infrator, negando-lhe seus direitos.[73]

73. KAMIMURA, Akemi. Linguagem e efetivação dos direitos humanos: o desafio do direito no atendimento interdisciplinar a vítimas de violência. In: PIOVESA, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos*: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007. v. II. p. 808.

Ao falar-se de vítima de violência doméstica, a situação não difere, ou mais, até se intensifica. A intimidade da vida doméstica, em família ou em relações de afeto, cria barreiras em duas vias: impede que pessoas de fora da relação sobre ela se manifestem, oferecendo um ponto de vista diferenciado e neutro sobre as situações concretas, e faz com que os sujeitos da relação permaneçam alheios a terceiros, não contando a ninguém acerca do ocorre no mais íntimo de suas vidas. Isso cria um ambiente propício para que a violência se faça presente e ninguém saiba.

Além disso, a carga sentimental envolvida é muito maior, em razão de tudo o que circunda um relacionamento: paixões, promessas, projeções para o futuro; filhos e demais familiares; imagem que a sociedade tem acerca do casal etc. Por vezes, há toda uma história por trás da relação, a que as partes são apegadas e não querem simplesmente deixar para trás.

Aliás, a violência doméstica traz inúmeras sequelas, como lembra o Dr. Matthew Huss[74], ao afirmar que:

> Uma das consequências psicológicas mais proeminentes da violência doméstica é o transtorno de estresse pós-traumático. O transtorno de estresse pós-traumático é um transtorno psicológico (...) caracterizado pela exposição a um evento traumático ou a uma série de eventos traumáticos. Essa exposição pode resultar na esquiva de todo o estímulo associado à experiência traumática, revivência do trauma, sonhos, aumento da ansiedade ou entorpecimento emocional.

Essa é apenas umas das consequências da violência, que certamente leva, também, à depressão, ao alcoolismo, ao uso de drogas, entre outras. Stark e Flitcraft (1988), por exemplo, estimaram que as mulheres que sofreram agressões físicas tinham cinco vezes mais chances de tentarem o suicídio que as mulheres que não estiveram num relacionamento abusivo.[75]

Segundo a doutrina, a violência doméstica possui algumas peculiaridades – até mesmo em razão da carga emocional supramencionada –, pois ocorre em diversos ciclos: o primeiro, a fase de tensão, marcado por insultos verbais e atritos, em que a vítima assume a culpa e/ou minimiza o ocorrido, sendo muito comuns as violências psicológica e moral impunes, o que acaba por dar

74. HUSS, Matthew T. *Psicologia forense*: pesquisa, prática clínica e aplicações. Trad. Sandra Maria Mallmann da Rosa. Rev. técnica José Geraldo Vernet Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 251.

75. Ibidem, p. 251.

confiança ao ofensor de que poderá praticar a agressão física sem qualquer responsabilização; em seguida, há a fase da agressão física, em que o agressor se utiliza da força para submeter, oprimir, controlar, enfim, subjugar a mulher; após, a fase do hipotético arrependimento, oferecendo desculpas que dão substrato à última fase, a da reconciliação, em que ocorrem as promessas de que tais atitudes nunca mais se repetirão e que haverá mudança, aliada à fragilidade da vítima, a não fazer nada. Novos ciclos acontecem, cada vez mais intensos e violentos, culminando, não raras vezes, na morte da vítima.[76]

É justamente esse ciclo que não pode permanecer e que precisa ser enfrentado e desmistificado naquilo que o impulsiona, ou seja, na falsa noção de realidade na qual as partes imergem, assumindo como verdade absoluta determinadas situações que chegam a ser assustadoras, permeando cada vez mais a violência no seio daquela relação.

O ciclo vicioso que a relação pode assumir leva, em grande parte dos casos, a episódio mais agudo e grave, como lesão corporal grave ou homicídio, constituindo no trágico e provável desfecho para uma relação regida pela violência crônica e cruel a ser perpetrada contra a mulher e que, aos poucos, vai superando as defesas das vítimas, até que estas fiquem sem condições físicas e psicológicas para se livrarem desse mal e buscar ajuda. A autoestima diminui diante da situação, afetando seu discernimento e fazendo com a mulher acredite naquilo que lhe é proferido pelo homem, passando a se sentir culpada e responsável por tudo aquilo que assola a relação e pela própria violência brutal e insana de que é alvo, enquanto que o ofensor, por vezes, se coloca na condição de vítima do episódio.[77]

Como se nota, muitas verdades são criadas diante da situação de vulnerabilidade e submissão da mulher e de total poder e dominação pelo homem. Essas "verdades", que destoam totalmente da realidade, podem levar a situações de violência que ficarão enclausuradas no íntimo dos envolvidos, até que ocorrências mais graves aconteçam e não se possa mais voltar atrás.

A justiça restaurativa pode auxiliar muito em tal situação. Isso porque a mulher, diante de uma realidade jurídica distinta, talvez tenha coragem ou sinta que pode finalmente se livrar do peso do segredo destrutivo que a consome, que diz respeito à violência que sofreu e, fazendo isso, possibilitará o diálogo e a confrontação da verdadeira realidade, de submissão e dominação, que geram um ciclo de violência muito prejudicial a ambos, principalmente à mulher,

76. CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues, op. cit., p. 254-255.

77. Ibidem, p. 222.

bem como a seus familiares. A vida sob um véu de mentiras leva ao sofrimento e, quiçá, à morte, algo que pode ser evitado quando as partes dialogam e passam a desmascarar suas próprias verdades inventadas.

Questionamentos poderiam ser levantados diante dessa premissa, pois se pressupõe que as partes dialogam entre si e se conhecem melhor que ninguém. Contudo, tal suposição é falha e tende a cair em erro crasso, voltando-se à velha omissão da sociedade diante do que ocorre no interior dos domicílios familiares. O fato é que boa parte dos casais, companheiros e familiares não conseguem manter bons diálogos entre si, calcados na sinceridade e na aceitação. As conversas, em todos os âmbitos das relações humanas, cada vez mais têm sido marcadas pelo embate de egos e prevalência das individualidades inflexíveis.

Além disso, se as partes estão vivendo uma fantasia, em que cada uma assumiu seu papel, para que saiam dela é preciso que uma pessoa preparada intervenha e faça com que os envolvidos desmanchem essa alegoria de terror que chamam de relacionamento. A Justiça Restaurativa, que sempre contará com a figura de mediadores ou facilitadores, auxiliará as partes a encontrarem esse caminho, que poderá salvar a mulher do medo e sofrimento que o presente traz e o futuro lhe reserva.

Além disso, os métodos restaurativos possibilitam que a vítima encontre respostas para muitos dos questionamentos para os quais certamente estará procurando respostas. Charles Finley, em 1983, trouxe seis perguntas que normalmente as vítimas se fixam: o que aconteceu? Por que aconteceu comigo? Por que agi da forma como agi na ocasião? Por que tenho agido da forma como tenho agido desde aquela ocasião? E se acontecer de novo? O que isso significa para mim e para minhas expectativas (minha fé, minha visão de mundo, meu futuro)?[78]

Embora a vítima deva procurar a resposta de algumas perguntas sozinha, nota-se que as duas primeiras se referem à violência em si, ou seja, talvez a vítima não consiga suas respostas por si só, não podendo, contudo, ficar sem encontrá-las, uma vez que, para ela, informações e respostas podem ser essenciais para que encontre o caminho para a recuperação; sem isso, esta pode se tornar inviável.[79]

De fato, não só a indenização e as respostas são essenciais como também que a vítima tenha oportunidade de expor seus sentimentos de medo, ódio e

78. ZEHR, Howard, op. cit., 2008, p. 26.

79. Ibidem, p. 26-27.

dor. Todos eles são importantes e intrínsecos à própria natureza humana, sendo mais que natural que a pessoa que passou por situação traumática os sinta. Nem mesmo se pode pulá-los; é necessário que enfrente todos eles, para superá-los e, de uma vez por todas, seguir em frente, sem reavivar sentimentos.[80]

Além disso, necessário que recupere o poder sobre suas próprias vidas. Essa ideia de empoderamento é essencial, pois visa trazer de volta a noção de autonomia e controle sobre sua vida. Isso se dá, por exemplo, com a participação no processo, com envolvimento na solução do caso, com a oportunidade para que a vítima tenha escolhas reais levadas em consideração para a solução do litígio.[81]

A fragilidade da vítima precisa dar lugar a essa sensação de poder e decisão, para que deixe de se sentir vulnerável e à mercê de um mundo não mais digno de sua confiança. Toda a noção de controle que tinha sobre sua vida e de conhecimento sobre tudo o que a cercava se esvai em um ato de poucos minutos, ou segundos, que poderá irradiar efeitos por toda uma vida.

Assim, há a necessidade de uma experiência de justiça, incluindo-se nisso a ampla possibilidade de participação, com oportunidades para falar a verdade sobre o que lhes aconteceu, contando seus sentimentos, sendo ouvidas e recebendo conformação; precisam saber que passos estão sendo dados no processo e o que se está fazendo para corrigir a injustiça e reduzir as chances de reincidência; precisam sentir que a reparação está sendo perseguida, não só pela questão patrimonial em si, mas como símbolo do reconhecimento do erro e do esforço para consertá-lo; enfim, a experiência de justiça precisa ser vivenciada pela vítima, como parte do processo de recuperação.[82]

Ainda, de se destacar que "Profissionais que trabalham com mulheres vítimas de violência doméstica sintetizam as necessidades delas usando termos como 'dizer a verdade', 'romper com o silêncio', 'tornar público' e 'deixar de minimizar'"[83], ou seja, há uma verdadeira batalha a ser corajosamente travada consigo mesma, para superar os medos não só da violência mas de eventuais estigmas que podem ser criados, em busca da verdade e da superação de sua condição.

A Justiça Restaurativa vem como método eficaz de participação da vítima no processo, fazendo-o ativamente e realmente interferindo na resolução do

80. Ibidem, p. 27.

81. Ibidem, p. 27.

82. Ibidem, p. 27-28.

83. Ibidem, p. 28.

conflito. Há verdadeiro empoderamento, uma vez que a mulher participará da decisão, sendo devidamente orientada para tanto, pela figura de uma espécie de mediador, bem como pelos demais profissionais que deverão estar envolvidos no processo, inclusive aqueles que fazem parte do sistema de justiça criminal.

Haverá a possibilidade de falar para seu agressor – se e quando entender-se preparada –, contando sua história e as consequências, bem como de ouvi-lo, podendo perquirir os motivos do crime, o que levou ao seu cometimento e por que a teria escolhido. As partes se abrem para a verdade e sinceridade, em ambiente e momentos especialmente trabalhados para isso.

Nos casos de violência doméstica, será importante que ouçam e compreendam um ao outro, principalmente por parte da vítima, que terá a oportunidade de expor todos aqueles sentimentos que por muito ficaram enclausurados em razão da relação afetiva e da falsa realidade que as partes vivenciavam. Também, poderá contar as consequências que advieram do ato criminoso – ou dos atos criminosos –, para que transpasse as reais dimensões das consequências causadas pelo seu companheiro.

A Justiça Restaurativa, ao possibilitar o mencionado, se mostra como meio que a vítima dispõe para achar suas respostas, desmanchar algumas falsas realidades e finalmente seguir em frente.

> Do ponto de vista da vítima, talvez o pior de tudo seja a falta de encerramento da experiência. Quando as vítimas não têm suas necessidades atendidas, muitas vezes acham difícil deixar a experiência no passado. Frequentemente relatam suas experiências de modo muito vívido, como se tivessem acontecido ontem, mesmo que anos tenham se dado. (...) A experiência e o perpetrador ainda dominam suas vidas. A vítima continua desprovida de poder.[84]

A violência doméstica não é ponto fora da curva quando se fala na possibilidade de restauração. Conforme lembra Howard Zehr[85], as vítimas apresentam alguns padrões em comum, mesmo se levando em conta as variações advindas da personalidade, situação e tipo de delito, não importando se em crimes mais graves, como assassinato e estupro, se em crimes como violência conjugal, roubo ou vandalismo. O medo e a raiva serão quase universais, por exemplo, sendo necessário, para sua recuperação, que seus anseios sejam atendidos.

84. Ibidem, p. 31.

85. Ibidem, p. 29.

E o que atrai dificuldade para sua aplicação no Brasil?

É preciso notar que o Brasil ainda não acolheu amplamente a Justiça Restaurativa, possuindo somente esparsos e incipientes exemplos da sua aplicação prática. Tanto o é que, em 2015, o CNJ, em conjunto com inúmeros outros órgãos e entidades, publicou o Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa. No documento, em atendimento a normativos internacionais e internos, destacou-se a necessidade de difundir, aprofundar e incentivar a prática restaurativa, especialmente para resolução de conflitos que envolvem crianças e adolescentes. Uma das metas era justamente implementar projetos, programas e serviços de Justiça Restaurativa ao menos para infrações de menor potencial ofensivo (cláusula terceira, item 3, do referido Protocolo).[86]

Um dos mais bem-sucedidos talvez se dê no Estado de São Paulo, no âmbito do NECRIM (Núcleo Especial Criminal).[87] Conforme lembram Éverson Aparecido Contelli e Rodrigo Sautchuk[88], os respectivos Núcleos foram fomentados por policiais angustiados pelo exagerado anseio do cidadão pelo Poder Judiciário e pelo processo para a solução dos conflitos, além do distanciamento dos Juizados Especiais Criminais – que tratam dos crimes de menor potencial ofensivo – em relação à realidade e às demandas sociais.[89]

Assim, tem-se um novo paradigma de polícia comunitária, fundamentado na ideia de *tribunal multiportas* para o efetivo acesso à justiça, tornando-se o delegado de polícia verdadeiro conciliador, atuando como facilitador do

86. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo de cooperação interinstitucional 002/2014. Dispõe sobre a difusão dos princípios e práticas de Justiça Restaurativa como estratégia de solução autocompositiva e pacificação de situações de conflitos, violências e infrações penais. *DJe*, n. 11, 19.01.2015, p. 6. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/PCOT_002_2014.pdf]. Acesso em 13 de abril de 2017, s.p.

87. Há outras iniciativas para promoção da Justiça Restaurativa no Brasil, entre elas a do Distrito Federal, que atua não apenas em delitos de menor potencial ofensivo, mas inclusive em casos de violência doméstica. Todavia, não trataremos de todas as iniciativas aqui. A referência ao NECRIM no corpo do texto objetiva apenas ilustrar as vantagens e os pontos positivos dessas práticas.

88. CONTELLI, Éverson Aparecido; SAUTCHUK, Rodrigo. *Mediação e conciliação nos necrim's (núcleos especiais criminais) do estado de são Paulo:* acesso à justiça e o paradigma de delegado de polícia resolutivo. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3aa032c050c662b5]. Acesso em: 10 de julho de 2016, p. 3.

89. Por não se tratar de um texto sobre o NECRIM, nesse estudo não serão explicitadas as bases do funcionamento desse órgão.

encontro entre as partes ou na busca por soluções alternativas ao conflito, constituindo-se em verdadeira alternativa para o enfrentamento do crime de menor potencial ofensivo, que, se não solucionado adequadamente, ensejará o cometimento de delitos mais graves.[90]

Assim:

> (...) as partes em conflito (...) são instadas (*rectius*: convidadas), dentro de um contexto terapêutico, a manifestarem seus sentimentos, circunscrever as consequências do crime para o autor do fato e para a vítima, e em evidente resgate e análise de valores criminológicos, pontuam possíveis alternativas ao desenho de conflito por elas explanado. Naqueles crimes que exigem alguma procedibilidade, ainda que não seja de menor potencial ofensivo, estabelecido um acordo entre as partes, o delegado de polícia "conciliador" redige um termo de mediação que constitui título executivo extrajudicial, documento que é enviado ao estado-juiz ou juiz da Comarca para homologação, o que possibilita a sumarização procedimental por meio da conversão em título executivo judicial e consequente extinção do conflito cível e criminal.[91]

Como se percebe, há legítima aplicação de modelos restaurativos que buscam a real inclusão da vítima e ofensor no processo, para que possam confrontar um ao outro e a si mesmos, expondo seus sentimentos e alcançando a solução do conflito. Percebe-se que tal não se dá sem um controle, que é exercido pelo facilitado, no caso, o Delegado de Polícia, que, conforme lembra Contelli[92], deve, atualmente, ter compreensão acerca da psicologia jurídica e das teorias sobre conflito, como forma de auxiliar na compreensão do ciclo do conflito, métodos de resolução de conflitos e formas de condução e intervenção pelo mediador.

Os NECRIMs certamente poderiam ser utilizados para a solução dos conflitos que envolvem a violência doméstica, ao menos os mais leves. Contudo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em 2012, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424/DF, sobre relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgou procedente os pedidos, para dar interpretação conforme aos artigos 12,

90. Ibidem, p. 4.

91. Ibidem, p. 4.

92. CONTELLI, Éverson Aparecido. Delegado de polícia resolutivo e as decisões e mediações incidentais ao inquérito policial. In: KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RUIZ, Josefa Muñoz (Org.). Violência e criminologia I. *Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*. Jacarezinho, PR: UENP; Instituto Ratio Juris, 2014. p. 125.

inciso I,[93] e 16,[94] ambos da Lei 11.340/2006, conferindo a natureza incondicionada da ação penal em crimes que envolvam lesão, independentemente de sua extensão, se praticados contra a mulher em ambiente doméstico.[95]

Aliás, conforme lembrou o Ministro Relator, em seu voto, afirmou que

> "Deve-se dar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – no sentido de não se aplicar a Lei nº 9.099/95 aos crimes glosados pela Lei ora discutida, assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. Vale frisar que permanece a necessidade de representação para crimes versados em leis diversas da Lei nº 9.099/95, tais como o de ameaça e os cometidos contra os costumes"[96].

Além disso, é preciso não olvidar que o Habeas Corpus nº 106.212/MS, que atacava o artigo 41[97] da Lei nº 11.340/2006, não foi acolhido, manifestando-se o Supremo Tribunal Federal brasileiro pela constitucionalidade do dispositivo legal, afastando-se, assim, a aplicação da Lei nº 9.099/95[98].

---

93. Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada.
94. Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.
95. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade com medida liminar n. 4424/DF*. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão publicado em 01.08.2014. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992]. Acesso em: 10.07.2016.
96. Idem.
97. Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.
98. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus *n. 106.212 do Mato Grosso do Sul*. Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário, 24 de março de 2011. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117]. Acesso em: 10.07.2016.

É preciso não olvidar algumas vozes na doutrina atentando para a importância da Lei 11.340/06 – e, consequentemente, da decisão do STF no referido HC -, no sentido de retirar os casos envolvendo violência doméstica da abrangência do Lei dos Juizados Especiais e, por consequência, retirando qualquer estigma de ocorrência de menor potencial ofensivo nesses ilícitos[99]. Isso se dá porque a Lei considera de menor potencial ofensivo, segundo art. 61, as contravenções penais e aqueles crimes com pena de até dois anos, o que incluiria, em seu âmbito de abrangência, muitos dos crimes cometido contra a mulher – como lesão corporal leve, ameaça, injúria, calúnia -, ou seja, crimes contra a integridade física e psicológica da mulher, bem como sua dignidade[100]. Apesar de se tratar simplesmente de um critério legal, objetivo, para aplicação da Lei dos Juizados, o fato de se considerar um crime de violência contra a mulher uma infração de "menor potencial ofensivo" é, no mínimo, incômoda, pois a violação de direitos das mulheres por razão de gênero é marcada por maior reprovabilidade que as infrações que não possuem tais elementares.

Não obstante a isso, é preciso se atentar que, ao menos inicialmente, o afastamento da Lei nº 9.099/95 dos casos envolvendo violência doméstica dificultaria a aplicação da Justiça Restaurativa e da solução consensual pelo diálogo nesses casos. Isso porque, o diploma normativo prevê maior informalidade no processo, bem como resoluções alternativas de conflito na seara penal – como é o caso da transação.

O NECRIM, como um modelo de aplicação da Justiça Restaurativa através da Lei dos Juizados Especiais, poderia consistir num primeiro passo para entrada dos modelos restaurativos na cultura jurídica brasileira, ainda que limitada a alguns crimes menos graves. Como a referida Lei é o exemplo mais claro do ordenamento jurídico no que atine à aplicação da justiça consensual no âmbito penal, a sua inviabilidade no que tange à Lei Maria da Penha poderia aparentar, inicialmente, a inviabilidade da aplicação da Justiça Restaurativa em casos que envolvem essa espécie de violência específica.

Contudo, essa não é a melhor exegese. Uma análise em conjunto na sistemática dos objetivos da Lei Maria da Penha, alinhada à Constituição Federal, no que tange à igualdade, bem como da Justiça Restaurativa, que tem buscado um tratamento mais digno por todos os afetados pela ação criminosa – vítima, ofensor e comunidade –, arraigado nas novas inclinações vitimológicas do

99. CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues, op. cit., p. 87.

100. DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 26.

processo penal,[101] bem como dos ideais ressociacializadores, levará à conclusão da possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa não só nos casos que seriam, em alguma hipótese, abrangidos pela Lei 9.099/1995, senão aos demais casos que envolvam a violência doméstica.

Afastar a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa atinge o atuar da vítima, impedindo que ela participe mais diretamente do processo decisório; vale sempre ter em mente o papel central da vítima na perspectiva da Justiça Restaurativa, como não poderia deixar de ser.

Ainda que se esteja a falar de casos de violência, e não de delitos de pequena monta, tampouco de cunho patrimonial, é defensável a aplicação das soluções restaurativas, pelo bem que podem significar não somente à vítima como ao agressor, resolvendo definitivamente a lide. Todos os sentimentos que envolvem os casos de violência doméstica precisam ser considerados e ouvidos, dando-se efetiva participação no processo de cura a todos os envolvidos, principalmente a vítima, que precisa restabelecer-se diante da vida.

Não faz sentido vedar essa aplicação, uma vez que seria, primeiramente, impedir o empoderamento da vítima diante da situação que a violou de forma profunda, extirpando seu senso de autonomia e liberdade. Também, seria atribuir à mulher situação de fragilidade excludente, pois se está previamente assumindo que ela não quer participar da solução do processo ou enfrentar seus medos e receios, algo que só a mulher pode decidir. Mais uma vez, estar-se-ia desconsiderando a autonomia da mulher, ponto que não pode ser aceito numa sociedade que preza e luta pela igualdade de gêneros.

A participação processual, a confrontação e o diálogo não são apenas direitos, senão também verdadeiras necessidades de muitas das vítimas de crime que almejam sua recuperação, superando a traumática experiência do crime. A Justiça Restaurativa traz perspectivas para atender a tais anseios, inclusive das mulheres vítima de violência doméstica, que podem vislumbrar nos métodos

101. Vanessa Mazzutti traz que o afastamento demasiado da vítima relativo a andamento do processo foi mitigado, principalmente com o advento das Leis 11.690/2008 e 11.719/2008, que alteraram dispositivos do CPP nos artigos 387 e 201, abrigando uma série de direitos fundamentais ao ofendido, além de possibilitar sua participação mais ativa no desfecho do processo (MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. *Processo penal sob a perspectiva da vítima*: uma leitura constitucional a partir dos direitos humanos. Jacarezinho, PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2011. p. 97-98. Originalmente apresentado como dissertação programa de mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná).

de restauração um caminho para responder aos inúmeros questionamentos que os fatos vivenciados deixaram, possibilitando que, posteriormente, consigam restabelecer suas vidas.

É nessa toada que se fala em superação de paradigmas. O que a justiça tradicional ou retributiva tem oferecido à sociedade é ínfimo diante de sua necessidade e do efetivo respeito aos direitos fundamentais e ao ser humano como tal, não só em relação ao ofensor como costumeiramente se diz, mas no que se refere à própria vítima, que se vê olvidada em seus anseios e menosprezada quanto aos seus sentimentos.

Além disso, não se pode mais aceitar o *hate speech* que tende a desconsiderar a pessoa do ofensor, estigmatizado e violentado por uma sociedade que, na maioria das vezes, gostaria de vê-lo relegado ao esquecimento. Apenas para simbolizar a problemática, segundo dados trazidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública,[102] em 2016, 57% da população acredita que "bandido bom é bandido morto", o que demonstra a visão da população diante daqueles que cometeram crimes.

Tal discurso estigmatizante causa ainda mais ódio e cria barreiras quase intransponíveis para uma possível ressocialização. O próprio preconceito da população torna a sociedade mais violenta, haja vista que não acolhe aqueles que erraram, dando oportunidade para que possam se redimir, corrigir suas falhas e se adequarem.

A superação do paradigma é necessária não apenas pela sociedade como pelos próprios operadores do direito, que muitas vezes se mostram receosos diante da possibilidade de uma justiça mais humana e consensual, rejeitando-a de pronto, mesmo antes de analisá-la em seus elementos e princípios.

O paradigma se fortalece ainda mais quando se trata de violência doméstica: velhos jargões, pregando que não se deve interferir em relações conjugais, além de outros discursos imersos em formulações preconcebidas, dando por fracassada uma tentativa de aplicação que sequer foi posta em prática, tendem a dificultar ainda mais a implantação da Justiça Restaurativa.

Não se está a defender o abandono total do modelo de Direito Penal e Processual Penal tradicionais, pura e simplesmente, como se seus dogmas tivessem se tornado totalmente obsoletos e inutilizáveis. Contudo, é preciso seguir em frente, caminhando para a superação e o aprimoramento de certos institutos que não mais respondem adequadamente aos anseios sociais.

102. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2016*. Ano 10. São Paulo, 2016.

A Justiça Restaurativa caminha nesse sentido, como um novo paradigma a ser posto em prática, na construção de uma sociedade mais inclusiva, respeitante dos direitos humanos e próxima da justiça. Assim, o âmbito da violência doméstica consiste num terreno fértil para sua aplicação, possibilitando a resolução de lides extremamente sensíveis e que precisam de uma solução definitiva.

5. Considerações finais

O processo penal tradicional, tal qual o brasileiro, não tem se mostrado satisfatório em diversos aspectos, seja num sentido mais amplo, social, seja em termos mais restritos, no que diz respeito às partes envolvidas no crime e seus familiares. Nesse diapasão, a Justiça Restaurativa apresenta-se como alternativa na busca de um processo mais inclusivo e preocupado com os interesses e sentimentos das partes.

Sem perder de vista tais aspectos, pontual o recorte acerca da mulher na sociedade de hoje, seus direitos e sua constante luta para que sejam eles respeitados. Diante desse cenário, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) surge com o intuito de salvaguardar alguns direitos fundamentais das mulheres, principalmente diante de casos de violência doméstica.

A violência doméstica, triste realidade em quase todo o mundo – não sendo diferente no Brasil –, está presente na dinâmica social nas mais variadas formas, causando severas implicações não apenas físicas como psicológicas, consistindo num verdadeiro desafio para a vítima superar o ocorrido e prosseguir com sua vida. De fato, muitas são as necessidades da mulher vítima de violência doméstica, sendo, ao mesmo passo, muitas as perguntas a serem respondidas, num tortuoso caminho em busca do empoderamento almejado.

Nessa toada, se o processo não se mostrar ambiente propício para que a vítima possa ser atendida, principalmente em casos de violência cometida no seio familiar ou de relações de afeto, a superação poderá ser obstada, ou pior, as sequelas do traumático evento poderão ser agravadas, atraindo consequências inimagináveis.

A despeito das decisões do Supremo Tribunal Federal, que poderiam ser interpretadas como barreiras à plena aplicação da Justiça Restaurativa nesse ponto da realidade brasileira, é necessário vislumbrar o ordenamento jurídico de forma sistemática, a fim de repensar o modelo de justiça criminal implantado no Brasil, colocando-se em pauta a Justiça Restaurativa como forma alternativa para a resolução dos conflitos de maneira mais digna, sobretudo no que diz respeito às vítimas mulheres, possibilitando sua recuperação e a superação do evento traumático.

Nesse sentido, é preciso superar alguns paradigmas e dogmas do Direito Penal e Processual Penal brasileiros, a fim de que a Justiça Restaurativa seja implantada, na busca do efetivo respeito às partes, aos direitos humanos e aos ideais de justiça. Os casos de violência doméstica, por tudo o que envolvem, em termos de sentimentos e impactos na vida pessoal dos envolvidos, estão aptos a serem tratados sob as lentes da Justiça Restaurativa, usufruindo de todos os benefícios que esta pode proporcionar, sendo extremamente desejável a aplicação da restauração em tais casos, almejando que as partes possam superar aquilo que vivenciaram, viabilizando, assim, um verdadeiro recomeço.

6. Referências bibliográficas

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Porto Alegre: PUCRS, 2012.

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo de Cooperação Interinstitucional 002/2014. Dispõe sobre a difusão dos princípios e práticas de Justiça Restaurativa como estratégia de solução autocompositiva e pacificação de situações de conflitos, violências e infrações penais. *DJe*, n. 11, 19.01.2015. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/PCOT_002_2014.pdf]. Acesso em: 13.04.2017.

BRASIL. *Constituição Federal* (1988). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 10.07.2016.

BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – revogada pela Lei n. 10.406, de 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm]. Acesso em: 10.07.2016.

BRASIL. *Lei n. 11.340*, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm]. Acesso em: 10.07.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade com Medida Liminar n. 4424/DF. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão publicado em 01.08.2014. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992]. Acesso em: 10.07.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus *n. 106.212 do Mato Grosso do Sul*. Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário, 24 de março de 2011. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117]. Acesso em: 10.07.2016.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres*: doutrina, prática, jurisprudência, modelos, direito comparado, estatísticas, estudo de casos, comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação internacional e coletânea de normas. Curitiba: Juruá, 2009.

CHÁVEZ, Reyler Rodríguez. *Justicia restaurativa*: bases para la reforma del Poder Judicial peruano a partir del programa de prevención "Justicia, Paz y Seguridad". Lima: Essentia Iuris, 2016.

CONTELLI, Éverson Aparecido. Delegado de polícia resolutivo e as decisões e mediações incidentais ao inquérito policial. In: KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; RUIZ, Josefa Muñoz (Org.). Violência e criminologia I. *Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*. Jacarezinho, PR: UENP; Instituto Ratio Juris, 2014. p. 120-133.

CONTELLI, Éverson Aparecido; SAUTCHUK, Rodrigo. *Mediação e conciliação nos Necrim's (Núcleos Especiais Criminais) do Estado de São Paulo:* acesso à justiça e o paradigma de delegado de polícia resolutivo. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3aa032c050c662b5]. Acesso em: 10.07.2016.

COSTA, Ilton Garcia da; TRANNIN, Alexandre Alberto; PINTO, Taís Caroline. A política pública de economia solidária como instrumento para contribuir com a inclusão social por meio do direito fundamental ao trabalho. In: COSTA, Ilton Garcia da; SANTIN, Valter Foleto (Org.). *Organizações sociais*: efetivações e inclusão social. São Paulo: Verbatim, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2016*. Ano 10. São Paulo, 2016.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e dignidade. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, v. 2, n. 1, p. 11-31, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação; Unesco, 2007. p. 47-82.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HUSS, Matthew T. *Psicologia forense*: pesquisa, prática clínica e aplicações. Trad. Sandra Maria Mallmann da Rosa. Rev. técnica José Geraldo Vernet Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa mensal de emprego*: algumas características da inserção das mulheres no mercado de

trabalho: Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre: 2003-2008. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf]. Acesso em: 14.04.2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa mensal de estatística*: evolução do emprego com carteira assinada 2003-2012. Rio de Janeiro: IBGE, [ca. 2012]. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Evolucao_emprego_carteira_trabalho_assinada.pdf]. Acesso em: 14.03.2017.

KAMIMURA, Akemi. Linguagem e efetivação dos direitos humanos: o desafio do direito no atendimento interdisciplinar a vítimas de violência. In: PIOVESA, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos*: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007. p. 805-822. v. II.

LÓPEZ, Edgardo Torres. Justicia juvenil restaurativa en municipalidades. *Revista de Actualidad Jurídica*, Lima, n. 9, jan. 2016.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. *Processo penal sob a perspectiva da vítima*: uma leitura constitucional a partir dos direitos humanos. Jacarezinho, PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2011.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine et al. *Justiça restaurativa*: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. p. 53-78.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine et al. *Justiça restaurativa*: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. p. 19-40.

PRANIS, Kay. *Processos circulares*. Trad. Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. (Série Da reflexão à ação).

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo*. Jacarezinho, PR: FUNDINOPI, 2007.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública*: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SILVA, Karina Duarte Rocha da. *Justiça restaurativa e sua aplicação no Brasil*. Brasília: UNB, 2007.

VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol; OLIVEIRA, Suely de (Org.). *A mulher brasileira nos espaços público e privado*. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2004.

VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine et al. *Justiça restaurativa*: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. p. 41-52.

ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*: teoria e prática. Trad. Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. (Série Da reflexão à ação).

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Justiça restaurativa e mobilização do direito pelas/para mulheres vítimas de violência doméstica: uma possível articulação em âmbito jurídico-criminal?, de Cristina Rego de Oliveira – *RBCCrim* 124/213-258 (DTR\2016\24299); e
- Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, de Eduardo Cambi e Emmanuella Magro Denora – *RBCCrim* 133/219-255 (DTR\2017\1847).

Garantias liberais e eficácia repressiva: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil

Individual guarantees and repressive efficiency: the plea bargaining controversies in the persecution of white collar crimes in Brazil

Luciano Alberto Ferreira

Professor Adjunto do Centro de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade Federal de Roraima – UFRR. Mestre em Administração – Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Bacharel em Direito pela Faculdade Cathedral – FACE. Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Roraima – UFRR (2001). Advogado.
luciano.ferreira@ufrr.br

Marcos Pereira da Silva

Professor de Direito Penal e Processo Penal e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Cathedral – FACE. Mestre em Direito pela Universidade Estadual da Amazônia – UEA. Bacharel em Direito pela Universidade Veiga de Almeida – UVA. Membro da Comissão Especial da Promoção da Igualdade da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Roraima. Advogado Criminalista.
mpuva@uol.com.br

Verçulina Firmino dos Santos

Professora Adjunta do Centro de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade Federal de Roraima. Doutora em Ciências Empresariais – Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Bacharel em Direito pela Faculdade Cathedral – FACE. Bacharel em Administração pela Universidade Federal de Roraima – UFRR.
versulina.firmino@ufrr.br

Recebido em: 20.01.2017
Aprovado em: 03.03.2017
Última versão do autor: 20.03.2017

Áreas do Direito: Constitucional; Penal; Processual

Resumo: Este trabalho objetiva analisar aspectos doutrinários e jurisprudenciais relativos à polarização entre as garantias de liberdade dos acusados e a demanda social por eficácia repressiva a partir do uso da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil. A

Abstract: This paper aims to analyze doctrinal and jurisprudential aspects about the polarization between the accused's individual guarantees and the social demand for repressive effectiveness by using the plea bargaining in the prosecution of white collar crimes in Brazil. The main justification

Ferreira, Luciano Alberto; Silva, Marcos Pereira da; Santos, Verçulina Firmino dos. Garantias liberais e eficácia repressiva: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 137. ano 25. p. 197-222. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

principal justificativa deste trabalho considera a necessária moderação entre as garantias liberais clássicas e a eficácia repressiva estatal. Conforme hipótese levantada, o uso da colaboração premiada cria tensões relevantes entre os direitos individuais fundamentais dos acusados e os direitos econômicos e sociais fundamentais da coletividade vulnerados pelos crimes econômicos. Este estudo descritivo baseia-se em pesquisa bibliográfica e documental, destacando-se decisões do STF e do STJ, utilizando o método dedutivo de análise. Constata-se que doutrina e jurisprudência não apenas reconhecem a polarização entre direitos e garantias dos acusados e a eficácia repressiva na tutela dos direitos econômicos e sociais com o uso da colaboração premiada mas também têm apontado tendência a privilegiar a eficiência na persecução da criminalidade econômica, com notável flexibilização das garantias liberais, para além da justa moderação entre direitos fundamentais, notadamente com a mitigação da igualdade processual e com a obrigatoriedade da renúncia do direito ao silêncio para celebração do acordo de colaboração premiada.

Palavras-chave: Direitos e garantias individuais – Eficácia repressiva – Persecução penal – Crimes econômicos – Colaboração premiada.

for this work takes in account the necessary moderation between the classical liberal guarantees and the States's repressive effectiveness. According to the hypothesis raised, the use of plea bargaining creates significant tensions between the accused's fundamental individual rights and the fundamental economic and social rights of the community violated by white collar crimes. This descriptive study uses bibliographic and documentary research, highlighting STF and STJ decisions, by using deductive method. It is noted that doctrine and jurisprudence not only recognize the polarization between the accused's individual guarantees and the repressive effectiveness in protecting economic and social rights through the use of plea bargaining but they have also indicated a tendency to favor efficiency in the pursuit of white collar crimes, with notable flexibility of liberal guarantees, much more than the just moderation between fundamental rights, notably with the mitigation of procedural equality and with the duty to give up the right to silence to conclude the plea bargaining agreement.

Keywords: Individual guarantees – Repressive effectiveness – Criminal prosecution – White collar crimes – Plea bargaining.

Sumário: 1. Introdução. 2. Crimes econômicos: aproximação conceitual, espécies e o uso da colaboração premiada. 3. Colaboração premiada no Brasil: espécies e regulamentação geral. 4. Fases procedimentais da colaboração premiada: polarização entre as garantias de liberdade e a eficácia repressiva. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

Aspectos factuais, doutrinários e dogmático-jurídicos têm evidenciado a relevância de estudos relacionados à produção de provas na seara dos chamados "crimes econômicos". A emergência da criminalidade moderna (ou criminalidade da globalização),[1] a complexidade dos crimes econômicos, as

1. BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, v. 11, p. 118-127,

dificuldades na persecução penal desses crimes e a caracterização destes como os principais delitos instrumentais das organizações criminosas são condições que compõem a arena em que direitos individuais de cunho liberal tendem a serem restringidos pelas opções políticas do Estado na defesa de direitos econômicos e sociais de caráter coletivo. Ademais, considere-se a inexistência de grande evolução "acadêmica, científica e legislativa" do que poderia ser chamado de "Direito Processual Penal Econômico".[2]

Nessa direção, este trabalho tem como objetivo analisar o entendimento doutrinário e jurisprudencial relativo à polarização entre as garantias de liberdade dos acusados e a demanda social por eficácia repressiva diante dos procedimentos da colaboração premiada na persecução penal dos crimes econômicos no Brasil. Assim, conforme a hipótese deste trabalho, entende-se que a persecução penal dos crimes econômicos por meio da colaboração premiada cria tensões relevantes entre os direitos e garantias individuais dos acusados e a tutela dos direitos econômicos e sociais.

Esta pesquisa caracterizou-se como descritiva[3], com estudo, identificação e caracterização dos posicionamentos doutrinários e julgados recentes do STF e STJ. A operacionalização do trabalho deu-se por meio de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. A pesquisa bibliográfica foi utilizada para conhecimento e análise das contribuições existentes nas referências teóricas atuais a respeito do tema, inclusive as doutrinas utilizadas pelos tribunais para subsidiar suas decisões. A jurisprudência citada pelos doutrinadores fez parte da pesquisa bibliográfica, uma vez que as decisões já foram previamente analisadas. A pesquisa documental, por meio de investigação direta de leis e dos acórdãos do STF e STJ, foi utilizada com o fim de se descrever tendências. Considerando que a Lei 12.850/2013, segundo a doutrina[4], passou a ser a lei

---

jul.-set. 1995; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 90-120.

2. MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, v. 114, maio-jun. 2015. p. 282,283; GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 194.
3. CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1996. p. 49-50.
4. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei n. 12.850/13. *Consulex*, n. 433, p. 26-29, fev. 2015; GOMES,

geral quanto aos procedimentos das várias espécies de colaboração premiada, e que essa lei trata de normas de natureza processual[5], analisaram-se os acórdãos e outras decisões com datas de julgamento posteriores a 19 de setembro de 2013, quando da entrada em vigor dessa lei, e anteriores a 18 de abril de 2016, quando terminou a seleção dos acórdãos.[6] O método de análise empregado foi o dedutivo, por meio da decomposição dos argumentos e posições doutrinárias e jurisprudenciais em elementos de maior simplicidade, com posterior recomposição, de forma a obter conclusões formais baseadas na lógica jurídica defensiva, nos limites do objetivo geral deste trabalho.

2. Crimes econômicos: aproximação conceitual, espécies e o uso da colaboração premiada

A persecução dos crimes econômicos não é uma novidade do final do século XX. O *jus puniendi* por meio do direito penal econômico já era exercido mesmo no auge do liberalismo econômico, independentemente do regime político-econômico adotado. São exemplos a criminalização das práticas de cartel e monopólio nos EUA e a criminalização da racionalização de divisas no Código Penal Soviético.[7] O que mudou, segundo Andrei Zenkner Schmidt, foi a intensidade e o direcionamento dessa relação.

A atual complexidade dos sistemas de produção e consumo em âmbito global tem alterado de forma relevante as relações entre os agentes econômicos, sociais e políticos de cada sociedade, produzindo a "sensação social de insegurança" de forma globalizada.[8] Tal estado de coisas tem levado ao aumento da

---

Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 222; PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 118; PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Revista CEJ, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan.-mar. 2009.

5. Com aplicação imediata para instrução probatória do processo criminal (art. 2º, CPP).
6. Para tanto, inspirou-se na experiência de Fernanda Emy Matsuda et al., utilizando-se as expressões de busca "colaboração premiada ou delação premiada", no campo "pesquisa livre", para acórdãos e decisão monocrática no sítio eletrônico do STF, e apenas para acórdãos no sítio eletrônico do STJ (MATSUDA, Fernanda Emy et al. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23. v. 113. p. 357-385. mar.-abr. 2015).
7. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 18.
8. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 40.

demanda social por medidas de segurança, que, em geral, levam à inflação de normas penais materiais e processuais, tanto em âmbito externo como interno dos Estados.[9]

Nesse diapasão, enquanto no plano internacional a globalização tem sido um dos vetores de modificação dos ordenamentos jurídicos internos por meio de Tratados e Convenções e até mesmo com cessão de competência para julgamento de crimes extraterritoriais, na ordem política interna esse mesmo processo tem provocado alterações marcantes, principalmente com ampliação da atuação do direito penal moderno.[10]

De efeito, os Estados têm se mobilizado no enfrentamento da chamada "criminalidade organizada", culminando na Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional de 2000, também conhecida como a Convenção de Palermo. Essa convenção foi ratificada por diversos Estados, inclusive pelo Estado brasileiro, em 29 de janeiro de 2004, promulgada posteriormente por meio do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, com *status* de lei ordinária.[11] Tal instrumentalização tem sido utilizada frequentemente no combate aos chamados "crimes econômicos", uma vez que esses crimes são tidos como "delitos instrumentais das organizações criminosas".[12]

Os termos "crimes econômicos" (portugueses e brasileiros), "delitos socioeconómicos" (espanhóis), "business crimes" (ingleses), "délits d'affaires" (franceses) e "Wirtschaftsdelikte" (alemães) não guardam uma identificação concisa de temas, visto que diversos são os critérios utilizados em cada definição[13], em que pese os esforços dos signatários da Convenção de Palermo, por exemplo. De qualquer forma, para Andrei Schmidt, tal fato não impede delimitação do objeto de estudo do direito penal econômico, ainda que realizado arbitrariamente.

---

9. Deslocando-se, muitas vezes, para o plano simbólico aquilo que deveria ser resolvido em nível instrumental.
10. BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Crimes de colarinho branco e a (in)eficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 107, p. 103-120, mar.-abr. 2014.
11. Muito embora já tivéssemos aqui a Lei 9.034/1995, que tratava desse tema, não havia ainda definição de grupo criminoso organizado, o que veio a ocorrer com a promulgação dessa Convenção, consolidando-se definitivamente no ordenamento jurídico interno com a edição da Lei 12.850/2013, que revogou a Lei 9.034/1995.
12. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 194 passim.
13. Ibidem, p. 72.

Partindo da abordagem criminológica, Andrei Schmidt leciona: é no âmbito dos estudos criminológicos que surge a expressão "white-collar crime" (crime de colarinho-branco), no final dos anos 1930, nos Estados Unidos, com Edwin Hardin Sutherland. Essa expressão foi utilizada para identificar especificamente os agentes dos chamados "crimes diferenciados". Entende-se que o trabalho de Edwin Hardin Sutherland foi essencial na construção da chamada "teoria da associação diferencial".[14]

Sutherland teve como uma das principais fontes de inspiração os trabalhos do jurista e sociólogo francês Gabriel Tarde, que afirmava ser o delinquente um tipo profissional que demandava aprendizado, tal como todas as profissões demandam um mestre. Ou seja, todo comportamento tem uma origem social, começando como uma moda, depois "torna-se um hábito ou costume", podendo ser "por imitação, por obediência ou por educação".[15]

Sutherland sustentou essas conclusões para afastar a ideia de que a criminalidade estava relacionada a fatores socioeconômicos ou biológicos, afirmando que o crime não está, de fato, exatamente relacionado com a pobreza ou com as condições a ela associadas, devendo-se partir de linhas de pensamento diferentes para uma adequada explicação do pensamento criminoso.[16]

Para esse autor, partindo do sujeito ativo, o crime de colarinho-branco deve ser entendido como aquele cometido por uma pessoa de alta respeitabilidade e grau social no exercício de sua ocupação.[17]

Essa teoria destacou-se por ter sido a primeira a abordar a criminalidade dos poderosos como categoria de relevo na análise criminológica, apontando as diferenças na aplicação da justiça penal e permitindo o desenvolvimento doutrinário posterior que culminou na definição de interesses coletivos que se

14. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 18; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172-190.

15. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 176-177.

16. Em referência à citação original: "(...) crime is in fact not closely correlated with poverty or with the psychopathic and sociopathic conditions associated with poverty, and that an adequate explanation of criminal behavior must proceed along quite different lines" (SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1. Feb. 1940. p. 2).

17. Em referência à citação original: "El delito de cuello blanco puede definirse, aproximadamente, como um delito cometido por uma persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación" (SUTHERLAND, Edwin Hardin. *El delito del cuello branco*. Buenos Aires: B de F, 2009. p. 9).

consubstanciam em bens jurídicos privilegiados nesse processo de expansão da tutela penal.[18]

Todavia, a teoria empregada por Edwin Hardin Sutherland não foi suficiente para a delimitação do que seria o objeto do direito penal econômico, uma vez que crimes atentatórios à ordem econômica, enquanto condutas típicas, podem ter como autores indivíduos de condição socioeconômica não privilegiada.[19]

Nessa direção, pesquisa mais recente[20] destaca que na década de 1970 o estudioso Herbert Edelhertz avançou na definição desse tipo de crime, passando a enfocar a conduta a ser tipificada, definindo o crime de colarinho-branco como uma série de atos ilegais cometidos por meios não físicos e por dissimulação ou engano, para obter dinheiro ou bens, para evitar o pagamento ou a perda de dinheiro ou de bens, ou para obter negócios ou vantagens pessoais indevidas.[21]

Hodiernamente, considerando as dificuldades teórico-metodológicas, a criminologia tende à definição material de crime econômico, a partir do conceito restrito, pode-se entender crime econômico como uma ofensa supraindividual que lesione, ou ponha em perigo, a continuidade de certa ordem econômica.[22]

Considerando a definição de crime econômico em termos normativos, Portugal destaca-se como um dos primeiros países a codificar as infrações penais de natureza econômica. Os lusitanos editaram o Decreto-lei 41.204, de 1954[23], definindo as infrações contra a saúde e as infrações antieconômicas, que foram mantidas enquanto modalidades delitivas, apesar da revogação desse diploma.

O Brasil, assim como a Itália e a França, optou por definir os crimes econômicos de forma fragmentada, por meio de leis esparsas, de modo que o crime econômico pode apresentar-se por meio das seguintes espécies: crimes contra

18. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 116.
19. Ibidem, p. 120.
20. MATANZAZ, Sara Carvalho. A relevância criminal da gestão fraudulenta de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, v. 112, p. 297-328, jan.-fev. 2015.
21. Tradução livre de: "(…) an illegal actor series of illegal acts committed by nonphysical means and by concealment or guile, to obtain money or property, to avoid the payment or loss of money or property, or to obtain business or personal advantage" (EDELHERTZ, Herbert. *The nature, impact, and prosecution of white-collar crime*. Washington: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970. p. 3).
22. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 79.
23. Foi revogado pelo Decreto-lei 28, de 1984.

a ordem econômica *stricto sensu*, crimes contra a ordem tributária e a ordem financeira, crimes contra o sistema financeiro e crimes cambiais.

Em comum, a tipificação de todos esses crimes busca a tutela de bens jurídicos de caráter supraindividual: a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que proporciona a devida circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em sentido técnico).[24]

Os crimes dessa natureza, geralmente praticados no seio de organizações criminosas, vulneram, de forma direta ou mesmo indiretamente, os direitos econômicos e sociais estampados na nossa Carta Maior, tornando, portanto, legítima e devida a intervenção penal.[25] Consequentemente cresce a demanda social para que o Estado use meios processuais penais eficientes para a devida proteção de todas as categorias desses direitos fundamentais ligadas à ordem constitucional econômico-social.[26]

Entretanto, esse tipo de criminalidade é de natureza complexa, com evidentes dificuldades na persecução penal, demandando técnicas específicas de investigação. Nessa direção, destaca-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470. Ao tratar da prova da infração penal em crimes do colarinho-branco, o ministro Luiz Fux apontou sua complexidade probatória ao afirmar a insuficiência dos meios ordinários do processo penal vigente (STF, Pleno, AP 470, p. 9, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012).[27]

---

24. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 374-375.

25. A "criminalidade dos poderosos", cujos efeitos da corrupção são visíveis no plano econômico, com aumento de despesas públicas; no plano político, distorcendo a vontade popular; e no plano social, comprometendo os serviços públicos de saúde, educação, habitação e segurança pública (FREITAS, Ricardo. Direitos econômicos e sociais e criminalidade dos donos do poder: o direito penal e o desafio representado pela criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 107, p. 121-145. mar.-abr. 2014).

26. MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010.

27. "A tônica das sustentações escritas e orais se calca na prova de delitos de sofisticada atuação delitual, nos quais nem sempre os elementos de convicção usuais do vetusto processo concebido como *actus ad minus trium personarum* são satisfatórios *prima*

Entre as técnicas possíveis para a persecução penal dos crimes dessa natureza destaca-se a colaboração premiada, cujas várias espécies estão previstas em leis específicas.

3. Colaboração premiada no Brasil: espécies e regulamentação geral

Em breve histórico, relata-se que a prática hoje conhecida como colaboração premiada já era observada ao longo da história, destacando casos documentados na Holanda, em 1698, na Alemanha, em 1789, na Itália, anos 1980 e 1990[28], e no Brasil, desde a época colonial, por meio das chamadas Ordenações Filipinas, conforme as regras do Título CXVI, Livro Quinto, que trata do perdão aos malfeitores que derem outros à prisão. Tal instituto brasileiro foi utilizado, inclusive, no caso da Inconfidência Mineira, em 1789, beneficiando o delator Coronel Joaquim Silvério dos Reis.[29]

Nos dias atuais, com publicação de leis variadas que incluíram o uso do instituto premial, especialmente entre os anos 1980 e 1990, e mais recentemente com a Lei 12.850/2013, a técnica brasileira de realização de acordos de colaboração premiada, de forma escrita e com pretensão reparatória, vem sendo utilizada e debatida nos meios acadêmicos e tribunais com mais vigor. Destaca-se a atuação do Ministério Público Federal no Estado do Paraná, nas investigações do caso conhecido como "Banestado", em 2003, e nos dias de hoje, na "Operação Lava Jato", em trâmite também no Estado do Paraná. Essas experiências vêm contribuindo para o amadurecimento da iniciativa conhecida como Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos (ENCCLA), proposta pelo Ministério da Justiça, com destaque à atuação do réu colaborador.[30]

---

facie. Aliás, é dessa constatação que a história penal inaugura a pré-compreensão dos denominados crimes do colarinho branco" (BRASIL. STF. Reg., Jurisprudência, rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 17.12.2012. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp]. Acesso em: 15.03.2016; GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 194).

28. Notável a chamada "Operação Mãos Limpas" ("*Mani Pulite*"), nos anos 1990, que se iniciou em Milão, a fim de prender e punir organização criminosa que envolvia políticos e corruptores em todo o país (FONSECA, C. B. G. et. al. *A colaboração premiada compensa?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão n. 181). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos]. Acesso em: 20.02.2016).

29. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 212-214.

30. FONSECA, C. B. G. et al. Op cit., p. 9-10.

A ampliação do uso desse instituto premial no Brasil deve ser compreendida a partir da adoção de convenções internacionais que vêm difundindo o uso das chamadas Técnicas Especiais de Investigação (TEI), tais como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida, (art. 50), a Convenção de Palermo (art. 20) e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e substâncias Psicotrópicas (art. 7). Todas essas convenções foram ratificadas pelo Brasil pelos Decretos 5.687/2006, 5.015/2004 e 154/1991, respectivamente.

Em lição de Vladimir Aras, as TEI podem ser entendidas como ferramentas de caráter sigiloso, colocadas à disposição das estruturas estatais da polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para fins de apuração e persecução penal dos crimes considerados graves, que exijam o uso de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que, em regra, baseiam-se em prova documental ou testemunhal.[31] Entre essas TEI destaca-se a colaboração premiada.

Para fins de persecução penal dos crimes econômicos no Brasil, a colaboração premiada vem sendo entendida como gênero que comporta várias espécies, conforme diploma legal: Lei 7.492/1986, § 2º do art. 25: colaboração reveladora da estrutura e funcionamento da organização; Lei 8.137/1990, parágrafo único do art. 16: colaboração reveladora da estrutura e funcionamento da organização (podendo também ocorrer acordo de leniência, previsto nos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/2011)[32]; Lei 9.613/98, art. 1º, § 5º: duas espécies de colaboração: delação premiada e colaboração para localização e recuperação de ativos. Todas essas espécies foram consagradas no art. 4º, incisos I a V, da Lei 12.850/2013, acrescentando-se a colaboração preventiva.[33]

A Lei 12.850/2013 não apenas define organização criminosa mas também disciplina procedimentos e a valoração probatória da colaboração premiada. De forma geral, essa lei veio atender à necessidade de regulamentação desse instituto de direito premial, uma vez que os contornos gerais e os procedimentos ainda eram obscuros, apesar das espécies previstas nas Leis 7.492/1986, 8.137/1990 e 9.613/1998, por exemplo, pois deixava em aberto questões

31. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 195.

32. A delação prevista nessa lei não foi considerada nesta pesquisa, pois a celebração desse acordo determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência, fugindo ao escopo deste trabalho: persecução penal dos crimes econômicos.

33. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 211-212.

relevantes, tais como o acesso ao acordo, a participação do magistrado da causa no acordo, o momento da delação e o valor probatório da delação.[34]

Portanto, essa lei pode ser utilizada como norma geral de regulamentação da colaboração premiada no que se refere aos aspectos procedimentais, preterindo-se a Lei 9.807/1999, que vinha estabelecendo essas normas gerais. Nesse sentido, é plenamente possível a aplicação do instituto em estudo de acordo com regras da Lei 12.850/2013 em combinação com as demais regras previstas em leis que tipifiquem crimes econômicos específicos, *v.g.*, Lei 7.492/1986.[35]

Todavia, a criação de norma geral de aplicação de uma TEI implica em novas tensões entre direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos, pois, se, por um lado, impõe-se ao Estado o uso de meios processuais penais efetivos para a proteção de categorias de direitos fundamentais de natureza econômico-social, por outro lado, não se pode olvidar que os meios de obtenção de prova implicam restrições a direitos fundamentais dos investigados, também previstos na própria Constituição Federal. Nesse passo, o estudo da colaboração premiada demanda análise das controvérsias oriundas das tensões entre a eficácia repressiva dos delitos econômicos e os direitos e garantias fundamentais dos acusados.

4. Fases procedimentais da colaboração premiada: polarização entre as garantias de liberdade e a eficácia repressiva

A análise dos procedimentos de aplicação do instituto da colaboração premiada e suas espécies à luz dos direitos e garantias dos acusados exige uma aproximação dos meios de investigação ou de pesquisa de provas, enfocando os limites na aplicação desse instituto premial.

Os chamados de "meios de investigação" ou "meios de pesquisa de provas" são disciplinados não apenas no Código de Processo Penal (CPP) mas também em leis especiais, tais como as que tratam da interceptação das comunicações telefônicas (Lei 9.296/1996), das "quebras" dos sigilos financeiro e fiscal (Lei Complementar 105/2001 e CTN, art. 198) e inclusive do uso da colaboração

34. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Delação premiada exige regulamentação mais clara. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, nov. 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara]. Acesso em: 10.09.2016; PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan.-mar. 2009.

35. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 208, 223-224.

premiada, conforme art. 3º, *caput* e inciso I, da Lei 12.850/2013: "Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada".[36]

Com essa lei ficou evidente que, ao considerar os verbos "revelar" e "conduzir", utilizados nas leis anteriores, a atuação dos delatores ou colaboradores constitui meio de obtenção de prova, cuja característica é o seu caráter de surpresa, no sentido de que o desconhecimento do investigado de que está passível de qualquer dessas medidas de coleta de elementos de prova é o fator de eficiência na efetivação desse trabalho.[37]

Assim, não há exagero ao se inferir que os meios de obtenção de prova podem operar restrição a direitos fundamentais dos investigados previstos na Carta Magna. Nessa direção, destacam-se normas gerais de implicações processuais consideradas relevantes para a compatibilização constitucional desse instituto premial e suas espécies, tais como o direito a não autoincriminação, o princípio da isonomia, o princípio da presunção de inocência e o princípio do contraditório.[38]

De um lado, constata-se que a natureza complexa dos crimes econômicos dificulta a persecução penal, considerando-se a insuficiência dos meios tradicionais de obtenção de prova previstos no Código de Processo Penal (CPP), demandando Técnicas Especiais de Investigação de cunho puramente eficientista, de lógica claramente utilitarista, a fim de garantir a tutela de direitos econômico e sociais de cunho coletivista.

De outro lado, têm-se os direitos e garantias individuais, de cunho liberal, produtos de uma longa jornada da humanidade na conquista da liberdade e da justiça, cuja flexibilização pode levar ao que Jesús-Maria Silva Sánchez chama de "perversidade do aparato estatal", com uso mais intenso da legislação penal como solução fácil aos evidentes problemas sociais.[39]

---

36. Ao analisar o estatuto jurídico da colaboração premiada, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva consideram-na como meio de obtenção de prova (técnica especial de investigação), conforme discussão no capítulo 3 (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 346).

37. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 266-267.

38. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*... cit., p. 49-190.

39. Esse mesmo autor adverte quanto aos perigos de um Estado menos garantista, com a implementação de um Direito Penal de "terceira velocidade", proposto pela esquerda política europeia, cuja relativização de garantias político-criminais é a tônica dominante (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*: aspectos da

Revela-se, assim, nas palavras de Frederico Valdez Pereira, uma polarização entre as garantias de liberdade e a eficácia repressiva, que perpassa todo o sistema penal, material e processual[40]. Essa polarização pode ser relacionada ao aumento da demanda social por medidas de segurança que levam à inflação de normas penais materiais e processuais, tanto em âmbito externo como interno dos Estados. Demanda-se, portanto, uma moderação possível diante das constantes oscilações, de forma a permitir uma abordagem crítica no que se refere às iniciativas do legislador e da prática que reforça um ou outro dos polos.[41]

A aplicação dessa abordagem neste trabalho pode partir dos procedimentos[42] da colaboração premiada, que ocorre em três fases, conforme a Lei 12.850/2013[43]: negociação e acordo, homologação pelo juiz e sentença.

A fase de negociação e acordo pode ser efetuada pela autoridade policial (apenas na fase pré-processual e com a manifestação do Ministério Público) e o investigado, devendo este estar acompanhado do seu advogado, ou pelo Ministério Público (em qualquer fase da persecução penal ou mesmo na fase pós-processual) e o acusado, sempre na presença do defensor.

A retratação da proposta, não do acordo, tem cabimento a partir do disposto no art. 4º, § 10, podendo as partes fazê-la, "caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor".

Nessa fase destaca-se à inutilização das provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador em seu desfavor, deve-se entender, na verdade, que provas ou elementos de informação não poderão ser utilizados pelo *parquet* contra o colaborador que tenha retratado, pois nesse caso deve prevalecer o princípio

política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105, 193).

40. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*... cit., p. 53.

41. Idem.

42. "(...) procedimento como uma entidade jurídica de formação sucessiva, cuja nota de distinção é a coordenação dos seus atos, figurando cada ato como consequencial do anterior e condicionante do seguinte, preestabelecidos legalmente e destinados ao mesmo fim (...). Procedimento é uma sequencia de atos unidos teologicamente, visando a um fim comum, no caso, a sentença" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 418 e 116).

43. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40-49.

nemo tenetur se detegere. De outra banda, nada impede que esse colaborador possa utilizá-las em seu favor.[44]

Após firmado o acordo entre o Ministério Público e a Autoridade Policial (mediante parecer do Ministério Público), o Termo, acompanhado das declarações prestadas pelo colaborador e da cópia da investigação, será encaminhado para a homologação judicial[45]. Tal pedido será distribuído sigilosamente, de forma que as informações contidas não possam identificar o colaborador e o seu objeto (art. 7º).

Nos termos dos §§ 2º e 3º, do art. 7º da Lei 12.850/2013, o sigilo do acordo perdura, em regra[46], apenas até o recebimento da denúncia, de forma que o acesso aos autos na fase inquisitória fica restrito apenas ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, assegurando-se ao defensor amplo acesso aos elementos de prova que toquem o exercício do direito de defesa, mediante prévia autorização judicial, exceto os referentes às diligências em andamento.

Uma eventual quebra do sigilo pode prejudicar mais o próprio colaborador, uma vez que a sentença apreciará os termos do acordo e sua eficácia, conforme art. 4º, § 11, da mesma lei[47]. Nesse contexto, vale conferir situação emblemática enfrentada pelo STF em decisão monocrática, que foi analisada por estes autores, quando uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPI mista da Petrobras) teve o acesso ao acordo de colaboração premiada antes do recebimento da denúncia negado (STF, MS 33278/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 18.11.2014, *DJe*-228, divulg. 19.11.2014, public. 20.11.2014).

Verificou-se, nesse caso, o entendimento do STF de que a divulgação de dados, ainda que para autoridades com hierarquia e poderes semelhantes durante o período crítico que antecede o recebimento da denúncia, poderia comprometer o sucesso das apurações, o conteúdo dos depoimentos ainda a serem colhidos e a própria decisão de eventuais envolvidos em colaborar ou não com a Justiça.

Num primeiro momento pode-se alegar ofensa ao exercício do contraditório pelo delatado, considerando o sigilo do acordo. Todavia, análise documental de trecho do acórdão do STF que indeferiu o *Habeas Corpus* 127483

44. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 313.

45. Ibidem, p. 321.

46. Em regra, pois existe a possibilidade de "decretação do segredo de justiça por outras razões que o fundamentem" (GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 49).

47. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 335.

traz com clareza o entendimento da nossa Suprema Corte quanto ao direito do exercício do contraditório diferido na fase processual[48] ao estabelecer que:

> (...) os coautores ou partícipes delatados – no exercício do contraditório – poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor. (HC 127483, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 27.08.2015, processo eletrônico *DJe*-021, divulg. 03.02.2016, public. 04.02.2016)[49]

Nessa direção, trecho do voto do relator, Ministro Dias Toffoli, nesse mesmo acórdão, detalha o entendimento do STF quanto ao contraditório diferido nesses casos: "Não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim (...)". A Corte Constitucional entendeu que, assim como na Súmula Vinculante 14[50], o art. 7º, § 2º, da Lei 12.850/13 também restringiu aos investigados e seus defensores o acesso aos documentos do acordo relacionados apenas às diligências em andamento.

Outro não é o entendimento do STJ, que não verificou ofensa ao princípio do contraditório ao decidir que "tendo sido formulado o acordo de delação premiada no curso do inquérito policial, em razão do sigilo necessário, não há falar em violação ao princípio do contraditório" (APn 707/DF, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, j. 07.05.2014, *DJe* 01.07.2014)[51].

Ao dissertar sobre a acessibilidade endoprocessual da colaboração, Frederico Valdez Pereira entende que não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que não há obrigação de os órgãos de acusação apresentarem

48. Nessa decisão os ministros negaram o recurso na qual um diretor da Galvão Engenharia, réu na Operação Lava Jato, contestou a homologação do acordo de delação premiada do doleiro Alberto Youssef, realizada pelo ministro Teori Zavascki.

49. BRASIL. STF. Reg., Jurisprudência, Min. Dias Toffoli, Brasília, 27.08.2015. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp]. Acesso em: 10.02.2016.

50. "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

51. BRASIL. STJ. Reg., Jurisprudência, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, 07.05.2014. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 20.03.2016.

ao acusado a íntegra dos acordos e promessas estipulados e firmados na fase investigativa, cujo sigilo é essencial para preservação dos interesses investigativos, higidez de outras linhas de apuração e a própria segurança do colaborador. Ademais, o direito ao contraditório está preservado, pois, constitucionalmente, o delatado tem o direito de confrontar, em sede processual, o colaborador ou delator devido à prerrogativa do contraditório, garantida, em juízo.[52]

Por outro lado, deve-se reconhecer o sério risco de erros judiciários a que estão sujeitos os delatados em função de falsas delações, pois o delator, a fim de obter os benefícios da redução ou isenção de pena, pode mentir, incriminando inocentes. Assim, como "caixa-preta" que é, a colaboração premiada apenas revelará suas injustiças no final do processo.[53]

Ainda quanto ao sigilo da delação, tem-se que este não está contemplado de forma absoluta. Se por um lado a Lei 12.850/2013, ao tratar da colaboração premiada em investigações criminais, impõe regime de sigilo ao acordo e aos procedimentos correspondentes (art. 7º), de outra banda o STF reconhece situações em que não mais subsistam razões "a impor o regime restritivo de publicidade", em especial quando o colaborador teve sua identidade exposta publicamente e o órgão acusador manifeste desinteresse pela manutenção do sigilo (Pet. 5952, rel. Min. Teori Zavascki, j. 14.03.2016, *DJe*-050, divulg. 16.03.2016, public. 17.03.2016).[54]

52. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*... cit., p. 147-151.

53. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 994.

54. Assim, manifestou-se o Procurador-Geral e o colaborador à folha 245 dos autos da Petição 5952-DF, no dia 04.03.2016: "Contudo, em face da recente modificação do contexto fático, com o vazamento parcial de parte dos anexos dos acordos que serviram de base para os termos prestados pelo colaborador, os signatários, em homenagem ao princípio da transparência, concordam em abrir mão do sigilo antes do prazo pactuado. Com efeito, as partes signatárias entendem que deixou de haver sentido em se manter o sigilo dos depoimentos prestados, uma vez que, a um só tempo, tanto o interesse da investigação quanto a preservação da segurança do colaborador foram prejudicados com a divulgação dos anexos pela imprensa" (BRASIL. STF. Reg., Jurisprudência, Min. Teori Zavascki, Brasília, 14.03.2016. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp]. Acesso em: 20.03.2016). No dia 03.03.2016, o jornal *Folha de S. Paulo* noticiara: "Delcídio cita Dilma e Lula em acordo de delação premiada" (DELCÍDIO cita Dilma e Lula em acordo de delação premiada. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 03.03.2016. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1745828-delcidio-compromete-dilma-e-lula-em-delacao-premiada-diz-revista.shtml]. Acesso em: 01.04.2016).

A fase de homologação pelo magistrado, que não pode ter participado da fase anterior, encerra-se com uma decisão interlocutória simples, após a verificação dos requisitos apresentados no § 7º, art. 4º. Nessa direção, ensina Greco Filho que o juiz deixará de homologar o acordo apresentado caso a proposta não atenda estritamente aos requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo ouvir o colaborador, na presença do respectivo defensor.[55]

Após a homologação da decisão, seguir-se-ão os atos de colaboração, destacando-se a regra do art. 4º, § 14, Lei 12.850/2013: uma vez homologado o acordo, o colaborador renunciará ao direito ao silêncio ao prestar depoimento e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, em outras palavras, poderá incorrer nos crimes de falso testemunho, denunciação caluniosa e naquele tipificado no art. 19 da mesma lei.

Indubitavelmente esse dispositivo evidencia "insuperável inconstitucionalidade", considerando dois pontos: a necessidade de o colaborador renunciar ao direito ao silêncio e sua sujeição ao compromisso legal de dizer a verdade.[56] Pugna-se, assim, pela impossibilidade da renúncia ao direito ao silêncio, sob pena de afronta ao direito fundamental do acusado previsto na carta constitucional, art. 5º: "[...] LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Não se olvide, ainda, o desprezo aos pactos internacionais de direitos humanos adotados pelo Brasil, destacando-se as garantias mínimas elencadas pelo Pacto de San José da Costa Rica, mais especificamente aquele do art. 8, 2. "g": o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a se declarar culpado.

Nesse diapasão, a Lei 12.850/2013 não teria o condão de prever a obrigação da renúncia ao direito ao silêncio, compelindo o réu a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Ninguém poderia ser obrigado a se autoincriminar, pois o silêncio, amparado no princípio da não autoincriminação, não pode direcionar a qualquer tipo de responsabilidade na esfera penal. De fato, essa concentração da investigação no papel do próprio investigado,

55. GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 41.

56. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 331-333; CARDOSO, Fabio Fettuccia. A delação premiada na legislação brasileira. Disponível em: [http://fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/174959721/a-delacao-premiada-na-legislacao-brasileira]. Acesso em: 13.04.2016).

transferindo-lhe obrigações probatórias, burla, ainda que de forma indireta, a garantia constitucional de não produzir provas contra si mesmo.[57]

Quanto ao compromisso legal de dizer a verdade, estampado no mesmo dispositivo, Luiz Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva lembram que o réu colaborador não pode ser considerado sujeito ativo do crime de falso testemunho, previsto no art. 342 do Código Penal por absoluta falta de tipicidade, uma vez que réu colaborador não se confunde com testemunha, pois esta não abrange a figura do réu, mesmo sendo réu colaborador.[58] Acrescentam ainda que não se poderia interpretar o dispositivo em comento em desfavor do réu. Portanto, caso o réu colaborador venha a mentir, a única consequência possível seria a não concessão dos prêmios previstos no acordo.

Perfilando-se noutra corrente, Frederico Valdez Pereira[59], inicialmente à semelhança de Guilherme Souza Nucci e de Gustavo Meringhi[60], destaca a disponibilidade do direito ao silêncio. Para esses autores, na qualidade de sujeito processual, o réu colaborador pode, desde que de forma livre e consciente, dispor do direito ao silêncio, uma vez que se trata de direito disponível, versando sobre a esfera de liberdade do titular do direito a decisão sobre opor-se ou não à imputação da acusação, não devendo se impor a ele o "dever fundamental" de contrapor-se à pretensão punitiva estatal, o que, certamente não existe.[61]

Data venia, não basta o formal cumprimento da constitucionalidade dos dispositivos legais, necessário se faz a realização substancial da ordem constitucional. No caso, a inexistência do "dever fundamental" de contrapor-se à pretensão punitiva estatal destacada por esses doutrinadores não poderia se converter na mitigação do direito ao silêncio. Nessa direção, a realização efetiva do Estado de Direito não poderia se coadunar com a celebração de acordos bilaterais legitimados apenas pela emergência investigativa, sob pena de, no processo histórico, esvaziar-se o conteúdo axiológico de direitos e garantias individuais processuais.

57. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 122.

58. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 333.

59. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*... cit., p. 58-59.

60. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 611; MERINGHI, Gustavo. Da colaboração premiada. In: ARRUDA, Rejane Alves de (Org.). *Organização criminosa*: comentários à Lei 12.850, de 05 de agosto de 2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 93.

61. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*... cit., p. 59.

Decisão já citada do STF, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, revela o aspecto controvertido da disposição do direito ao silêncio, ao sustentar que "o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão 'renúncia' à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio (...)", devendo essa renúncia "ser interpretada com a adição restritiva 'ao exercício' da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins " [62]

Verifica-se, portanto, que a renúncia ao aludido direito fundamental pode restringir-se ao seu exercício no cumprimento do acordo homologado, vinculando-se estritamente aos fins previamente estipulados entre acusação e defesa, revelando-se, indubitavelmente, o reforço eficientista da colaboração premiada enquanto Técnica Especial de Investigação.

Acrescenta-se, ainda, a partir da leitura de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, que, ao abrir mão do direito ao silêncio, consagrado pela Constituição e pactos internacionais de direitos humanos, o réu colaborador é constrangido a deixar em segundo plano o seu maior interesse: a liberdade decorrente da sentença absolutória.[63] Em outros termos, é a consagração da eficiência na persecução penal a qualquer custo.

Por fim, a fase da sentença ocorre quando o mérito é apreciado, aplicando-se ou não o benefício proposto e a sua graduação, a depender do comportamento do colaborador após a homologação do acordo. A atribuição de benefícios (prêmios) ao colaborador está atrelada ao momento processual, podendo ser "menor a redução se ocorrer após a sentença".[64]

Questão de relevância surge ao se tratar dos benefícios atribuídos ao réu colaborador, em especial a comparação da dosimetria da pena entre este e o corréu delatado, em possível dissonância com o princípio da igualdade insculpido no *caput* do art. 5º da Carta Maior. A partir dessa abordagem, a igualdade processual pode manifestar-se como exigência de igualdade de armas e como exigência do mesmo tratamento àqueles que se encontram na mesma posição jurídica processual.[65]

62. Pet. 5952, rel. Min. Teori Zavascki, j. 14.03.2016, DJe-050, divulg. 16.03.2016, public. 17.03.2016.
63. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 120.
64. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Op. cit., p. 272.
65. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 54.

No entendimento de Frederico Valdez Pereira pode haver quebra da isonomia perante uma desigualdade externa ou perante uma desigualdade interna. Na primeira, por exemplo, um homicídio comum pode receber pena mais severa que um homicídio cometido no seio de uma organização criminosa, considerando o prêmio a ser conferido ao colaborador criminoso. No caso da desigualdade interna, há um tratamento mais rigoroso ao cúmplice não colaborador, comparando-se com o colaborador que cometeu o mesmo crime, considerando o prêmio a lhe ser conferido.

A justificação racional para esse tratamento não isonômico está na emergência investigativa (estado de necessidade investigativa), caracterizada por um bloqueio investigativo e necessária prevenção e repressão em função da gravidade do crime. Assim, não poderia haver identificação substancial na situação do corréu que direciona contraconduta pós-delitiva, opondo-se aos interesses da organização criminosa por meio da colaboração, e do corréu que permanece na constância delitiva.[66]

Tal entendimento pode ser verificado na jurisprudência por meio de trecho de decisão do STF. No seu voto, o relator, Ministro Dias Toffoli, asseverou que "não vinga a alegada violação dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, sob o fundamento de que ao corréu [...], foi imposta pena menor", pois, "em estrita observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF)", a dosimetria das penas pode vincular-se às circunstâncias subjetivas que contrapõem as situações do réu colaborador e do corréu delatado, notadamente a "efetiva colaboração" daquele com a investigação (RHC 124192, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., j. 10.02.2015, processo eletrônico *DJe*-065, divulg. 07.04.2015, public. 08.04.2015).[67]

Nesse caso, a recusa ao delatado de redução de pena no mesmo patamar a que foi deferida ao delator considera que este prestou efetiva colaboração na elucidação do crime em análise, destacando-se a busca de maior eficiência investigatória na persecução penal, para além do caráter personalíssimo da causa de diminuição de pena (art. 25, § 2º, da Lei 7.492/86) e da aplicação do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF).

66. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*... cit., p. 67-68.

67. BRASIL. STF. Reg., Jurisprudência, Min. Dias Toffoli, Brasília, 10.02.2015. Disponível em: [www. stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp]. Acesso em: 18.04.2016.

Resta evidente a relativização do princípio da isonomia[68], enunciado no *caput* do art. 5º da CF, e da proporcionalidade. Ora, a concessão dos benefícios da delação premiada engendra uma inconstitucional diferenciação entre partes que praticaram a mesma conduta criminosa, incorrendo, indiretamente, em proteção insuficiente de bens jurídicos penalmente tutelados. Dessa forma, mitiga-se a exigência de tratamento igual aos que se encontram na mesma posição jurídica processual, e, por via indireta, ofende-se a proporcionalidade da pena pela sua insuficiência em relação ao delator. Não se discute aqui o caráter relativo do princípio da igualdade, pois essencialmente o processo caracteriza-se pela desigualdade, o que legitima, por exemplo, a previsão de revisão criminal exclusiva da defesa e a absolvição no caso de dúvidas quanto à existência do crime. Todavia, impende lembrar que tais institutos estão fundamentados no princípio do *favor rei*. Destarte, relativizar o princípio da igualdade *pro societa* de forma a atribuir pena mais severa ao réu delatado se comparado ao delator não parece o melhor caminho para uma efetiva realização do Estado Democrático de Direito.

A par das doutrinas e decisões analisadas, em especial no que se refere ao silêncio do delator e à igualdade processual entre delator e delatados, estaríamos, assim, assistindo à crise da "razão jurídica". Consoante Ferrajoli, essa crise pode ser caracterizada pela prevalência da "razão da eficiência", com reforço do caráter inquisitorial do processo penal.[69] Nesse passo, verifica-se que a persecução penal da criminalidade dos poderosos por meio da Técnica Especial de Investigação conhecida como colaboração premiada tende a ratificar uma política criminal intervencionista e expansiva, marcada por perigosa relativização dos princípios de garantia.[70]

Não é demais destacar o estudo de Gamil Föppel el Hireche, que expõe os dilemas e perigos da expansão do direito de punir do Estado. Se por um lado a criminalização e a persecução penal dos crimes dos poderosos podem operar a devida tutela dos interesses da coletividade e promover o tão esperado tratamento isonômico a todos os cidadãos acusados de qualquer crime, por outro lado não se pode invocar a garantia desse tratamento isonômico para criar um

68. Entre as classificações dos direitos individuais destacam-se o direito à liberdade e o direito de igualdade (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 190-194).

69. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 563.

70. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 68.

direito penal (e processual penal) de exceção, com marcantes características de direito penal do inimigo, sob pena de tornar a tutela penal ilegítima, passando a ser manifestamente simbólica.[71]

5. Considerações finais

Os crimes econômicos tratados no direito brasileiro têm se revelado de difícil persecução e repreensão penal, principalmente em função das dificuldades probatórias. Nesse quadro, demanda-se o uso de Técnicas Especiais de Investigação (TEI), em especial a colaboração premiada, na busca da necessária tutela penal de categorias supraindividuais de direitos fundamentais de cunho econômico e social. Todavia, não se pode negar que a instrumentalização da persecução penal por meio dessa técnica tem operado não apenas controvérsias na interpretação e aplicação de valores constitucionalmente previstos mas também efetiva mitigação de garantias e liberdades individuais.

Considerando que o uso da colaboração premiada pode engendrar uma polarização entre os direitos e garantias de liberdade dos acusados e a tutela penal dos direitos fundamentais de natureza supraindividual, pugna a doutrina por uma justa moderação entre os direitos e garantias constitucionalmente tutelados. À luz dessa polarização, o posicionamento do STF e STJ quanto aos procedimentos da colaboração premiada na persecução penal desses crimes econômicos pode ser resumido destacando-se a condição de colaborador e a condição de delatado em cada fase do procedimento.

Avaliando a condição do colaborador quanto à necessária confissão do colaborador, que ataca diretamente o direito fundamental ao silêncio do acusado ou réu, o STF tem se posicionado no sentido da sua indispensabilidade para a homologação do acordo, vinculando-se estritamente aos fins previamente estipulados, apesar de veemente posição contrária de parte da doutrina estudada. Tal posicionamento é revelador da capacidade da persecução penal por meio desse instituto de constranger o acusado delator a abrir mão *ab initio* da sentença absolutória em benefício de uma razão de eficiência que reforça o caráter inquisitório do processo penal.

Do lado do delatado constatou-se que a condição de contraditório diferido foi reconhecida não apenas pelo STJ mas também pelo STF, afastando, nos

71. HIRECHE, Gamil Föppel el. Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico. 2011. 432 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. p. 272-273.

casos analisados, qualquer ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que "o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador" e que "tendo sido formulado o acordo de delação premiada no curso do inquérito policial, em razão do sigilo necessário, não há falar em violação ao princípio do contraditório". Todavia, os riscos de erros judiciários a que os delatados estão sujeitos não podem ser desprezados, especialmente nos casos de falsas delações.

Ainda do lado do delatado, considerando os princípios da isonomia e da proporcionalidade, o STF entendeu que a concessão dos benefícios premiais tem natureza personalíssima, em função da "efetiva colaboração", não podendo ser estendidos aos delatados. Ficou evidente que a decisão é justificável em função do estado de necessidade investigativa e da prevenção e repressão da atividade delitiva, operando clara relativização do princípio da igualdade e, por via indireta, do princípio da proporcionalidade.

Para fins específicos deste trabalho, tendo em vista os autores estudados e as decisões analisadas, verifica-se que a doutrina tem reconhecido as dificuldades e as controvérsias no uso da colaboração premiada na persecução penal de crimes de natureza econômica ligados a direitos econômicos e sociais supraindividuais, especificamente em função das garantias e direitos individuais fundamentais dos réus e corréus, delatores e delatados. Nesse passo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem apontado para uma visível tendência à flexibilização desses direitos de cunho liberal, considerando as dificuldades processuais e probatórias na persecução penal dos crimes econômicos de natureza econômica e social supraindividual.

Destarte, sugere-se que o uso da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil denota o fortalecimento do caráter eficientista da persecução penal, fundamentado na emergência investigativa, de forma que a flexibilização das garantias liberais do Estado de Direito tende a estabelecer um caminho que pode ir além da justa moderação entre os direitos fundamentais. De efeito, a maior demanda da sociedade por eficácia repressiva na tutela dos direitos fundamentais ligados à ordem constitucional econômico-social tem impulsionado a criação legislativa e o uso de meios de obtenção de provas que reforçam a natureza inquisitória do Processo Penal, materializando-se deveras a lógica utilitarista do direito penal e processual penal, com ilegítima mitigação da principiologia de proteção do indivíduo diante do poder punitivo do Estado. Por conseguinte, desencadeiam-se tendências que podem, no processo histórico, tornar ilegítimo o uso da colaboração premiada na tutela penal daqueles direitos fundamentais de natureza coletiva, com manifestações de direito penal simbólico.

6. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei n. 12.850/13. *Consulex*, n. 433, p. 26-29, fev. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, v. 11, p. 118-127, jul.-set. 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Crimes de colarinho branco e a (in)eficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 107, p. 103-120, mar.-abr. 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Delação premiada exige regulamentação mais clara. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, nov. 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara]. Acesso em: 10.02.2016.

CARDOSO, Fabio Fettuccia. *A delação premiada na legislação brasileira*. Disponível em: [http://fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/174959721/a-delacao-premiada-na-legislacao-brasileira]. Acesso em: 13.04.2015.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1996.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EDELHERTZ, Herbert. *The nature, impact, and prosecution of white-collar crime*. Washington: National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970.

ENCCLA. *Manual de colaboração premiada*. Brasília, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, C. B. G. et al. *A colaboração premiada compensa?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago. 2015 (Texto para Discussão n. 181). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos]. Acesso em: 20.02.2016.

FREITAS, Ricardo. Direitos econômicos e sociais e criminalidade dos donos do poder: o direito penal e o desafio representado pela criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 107, p. 121-145, mar.-abr. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRECHE, Gamil Föppel el. *Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica*: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico. 2011. 432 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010.

MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, v. 114, p. 279-320, maio-jun. 2015.

MATANZAZ, Sara Carvalho. A relevância criminal da gestão fraudulenta de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, v. 112, p. 297-328, jan.-fev. 2015.

MATSUDA, Fernanda Emy et al. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, v. 113, p. 357-385, mar.-abr. 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013). Disponível em: [www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_ download/file]. Acesso em: 15.08.2015.

MERINGHI, Gustavo. Da colaboração premiada. In: ARRUDA, Rejane Alves de (Org.). *Organização criminosa*: comentários à Lei 12.850, de 5 de agosto de 2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan.-mar. 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, p. 1-12, feb. 1940.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. Is "white collar crime" crime? *American Sociological Review*, v. 10, n. 2, p. 132-139, apr. 1945.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *El delito del cuello branco*. Buenos Aires: B de F, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- 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);
- Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lava jato", de Thiago Bottino – *RBCCrim* 122/359-390 (DTR\2016\22984); e
- Compatibilização constitucional da colaboração premiada, de Frederico Valdez Pereira – *RT* 929/319-358 (DTR\2013\585).

Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no Projeto de Lei do Senado 554/2011

Custody hearing: critical analysis of the legal discipline provided for in Senate Bill 554/2011

Flávio da Silva Andrade

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Juiz Federal em Minas Gerais. Ex-Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia. Ex-Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Acre.
flavio.andrade.ro@gmail.com

Recebido em: 03.02.2017
Aprovado em: 28.03.2017
Última versão do autor: 08.07.2017

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente ensaio examina a disciplina normativa da audiência de custódia conforme consta do Projeto de Lei do Senado 554/2011. Embora o assunto tenha sido regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução 213/2015, é necessário que receba uma disciplina legal para que seja reafirmada sua importância e mais satisfatoriamente alcançados os seus fins. O estudo revelará que tal projeto de lei, recentemente aprovado no Senado Federal, traz um regramento que atende, no geral, às diretrizes estabelecidas nas convenções internacionais sobre a matéria, mas o texto pode ser aprimorado para que se coloque em plena consonância com os princípios de processo penal plasmados na Constituição da República.

Palavras-chave: Direito processual penal – Audiência de custódia – Projeto de Lei do Senado 554/2011 – Análise crítica – Necessidade de aprimoramentos.

Abstract: The present essay examines the normative discipline of the custody hearing provided for in Senate Bill 554/2011. Although the matter has been regulated by the National Council of Justice through Resolution 213/2015, it must receive legal discipline to reaffirm its importance and more satisfactorily achieved its purposes. The study shows that such a bill, recently approved by the Federal Senate, brings a rule that meets the general guidelines set forth in international conventions on the subject, but the text can be improved to put in complete consonance with the principles of criminal procedure enshrined in the Constitution.

Keywords: Criminal procedural law – Custody hearing – Senate bill 554/2011 – Critical analysis – Need for improvements.

Andrade, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no Projeto de Lei do Senado 554/2011. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 137. ano 25. p. 223-252. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

Sumário: 1. Introdução. 2. O regramento para a audiência de custódia fixado pelo Conselho Nacional de Justiça. 3. A disciplina normativa para a audiência de custódia no PLS 554/2011 e a indicação de alguns pontos a serem aprimorados. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Nos últimos cinco anos, exsurgiu, no Brasil, um acalorado debate sobre se os juízes brasileiros, à luz de normas internacionais incorporadas ao direito interno, devem realizar a denominada audiência de custódia ou de apresentação do preso.

Como consequência desse debate, promovido especialmente pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, pela Defensoria Pública da União e pela Associação dos Juízes pela Democracia, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou, no ano de 2015, o Projeto Audiência de Custódia, com os seguintes objetivos:[1] a) adequar o ordenamento jurídico interno para o cumprimento de obrigações decorrentes da ratificação de tratados internacionais, reforçando o compromisso do Brasil com a proteção dos direitos humanos; b) garantir o controle judicial mais humano, efetivo e preciso das prisões cautelares, refletindo-se sobre o alto índice de encarceramento penal provisório e sobre a superlotação carcerária no País; c) inibir ou prevenir a prática de atos de violência policial contra presos e investigados; e d) viabilizar o respeito às garantias constitucionais, sobretudo às do contraditório e da ampla defesa.

Assim, em janeiro daquele ano, a Presidência e a Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendendo que a realização da audiência de custódia ou de apresentação é obrigação inafastável decorrente da ratificação de tratados internacionais, editaram o Provimento-Conjunto 3, que determinou a implementação gradativa da audiência de custódia em todo o Estado de São Paulo.[2]

1. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 32.

2. Vale destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente, por maioria de votos, na sessão do dia 20 de agosto de 2015, a ADI 5240, em que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) questionava a realização das audiências de custódia ou de apresentação. A entidade policial sustentava que o provimento-conjunto do TJSP não poderia ter criado a audiência de custódia, já que competia ao Congresso Nacional legislar sobre a matéria.

Nessa mesma perspectiva, visando a superar a resistência de alguns segmentos jurídicos, no ano passado, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Nacional de Justiça firmaram um convênio para fomentar a realização das audiências de custódia no Brasil.[3] A partir daí, com o estímulo da Presidência do CNJ, os tribunais brasileiros iniciaram a implantação gradual da audiência de custódia ou de apresentação de presos.

Nesse contexto, embora a Suprema Corte brasileira tenha reputado prescindível uma regulamentação legal específica,[4] tornou-se de extrema relevância o Projeto de Lei do Senado 554/2011, de iniciativa do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), destinado a regulamentar a audiência de custódia. Esse projeto, aprovado no Senado Federal em 30.11.2016 e que seguiu para a Câmara dos Deputados,[5] é deveras importante na medida em que delineará legalmente o modelo brasileiro de audiência de custódia ou de apresentação do preso, devendo disciplinar a matéria em consonância com os princípios constitucionais que regem o processo penal pátrio.

Assim, no presente trabalho, almeja-se analisar a disciplina normativa prevista para a audiência de custódia no aludido projeto de lei, averiguando se atende aos comandos emanados das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil e se está em harmonia com a textura constitucional. Pretende-se ainda, conforme o caso, apontar sugestões para o aprimoramento do regramento em gestação no Parlamento.

2. O regramento para a audiência de custódia fixado pelo Conselho Nacional de Justiça

Tanto a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1969), no seu artigo 9º, item 3,[6] como a Convenção Americana sobre Direitos

3. Notícia disponível em: [www.oab.org.br/noticia/28312/oab-e-cnj-firmam-convenio-para-fomento-de-audiencias-de-custodia]. Acesso em: 10.01.2017.
4. Conforme definido na ADI 5240 e na ADPF 347.
5. No Senado Federal, foi aprovado, no dia 30.11.2016, o Projeto de Lei 554/2011, tendente a disciplinar as audiências de custódia. Tal projeto foi remetido à Câmara Federal, em que ganhou o n. 6620/2016 e foi apensado ao PL 8045/2010, atinente ao novo Código de Processo Penal.
6. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz, ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade.

Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (OEA, 1969), no seu artigo 7º, item 5,[7] estabelecem a obrigatoriedade de realização da denominada audiência de custódia ou de apresentação do preso, isto é, obrigam que, nos países que as ratificaram, qualquer pessoa presa seja apresentada, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. Entretanto, tais convenções naturalmente não estabeleceram um regramento para essa apresentação, ficando a cargo de cada país signatário estabelecer a forma de implementar a medida.

Portanto, até o ano de 2015, não existiam, no Brasil, atos normativos que delineassem um modelo procedimental para a realização da audiência de custódia ou de apresentação do preso. Só quando o Supremo Tribunal Federal definiu[8] a obrigatoriedade dessa audiência é que as cortes de justiça, por meio de resoluções, provimentos e portarias, passaram a fixar os ritos a serem observados em analogia com a audiência de interrogatório, dirigindo a atuação judicial para a análise da legalidade da prisão e da real necessidade da manutenção da custódia cautelar.

A maior parte das cortes optou por disciplinar o assunto seguindo o modelo pioneiro[9] do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Alguns aspectos relevantes, porém, como se verá a seguir, foram regrados de forma não uniforme e até em confronto com as diretrizes emanadas das convenções internacionais acima referidas.

A maioria dos tribunais, por exemplo, fixou o prazo de até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão para a apresentação do preso ao juiz competente. O tribunal fluminense, porém, estabeleceu que a apresentação deve ocorrer "sem demora" (art. 2º da Resolução 29/2015). O Tribunal de Justiça do Espírito

7. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

8. Em 9 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, examinando a ADPF 347-DF, ao deferir parcialmente o pedido de medida cautelar, ordenou aos juízes e tribunais brasileiros que passassem a realizar a audiência de custódia.

9. Andrade e Alften lembram que, embora o TJSP tenha editado seu provimento em janeiro de 2015, antes disso "a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Maranhão publicou o Provimento 21/2014, no qual criou um procedimento para a audiência de custódia, em muito aproveitando o conteúdo do PLS 554/2011" (*Audiência de custódia no processo penal brasileiro*, cit., p. 26).

Santo, por sua vez, definiu que a apresentação deve ocorrer "com a maior brevidade possível" (art. 5º da Resolução 13/2015).

Outro aspecto questionável foi que alguns tribunais, como o TJMG, o TJDF, o TJRJ, o TRF da 1ª Região e o TJRO, estabeleceram a possibilidade de dispensa da audiência de custódia quando, em decisão judicial fundamentada, "forem reconhecidas circunstâncias pessoais que a inviabilizem" (art. 6º, II, da Resolução 18/2016 do TRF da 1ª Região), "bem como nos casos de soltura já determinada judicialmente na fase do artigo 306 do CPP" (§ 3º do art. 2º do Provimento-Conjunto 11/2015 do TJRO). Ora, determinada circunstância pessoal do preso pode justificar a demora na realização do ato, mas não sua dispensa. O preso pode estar hospitalizado justamente por ter sido vítima de violência policial, por exemplo. A rápida soltura quando da comunicação da prisão em flagrante ao juiz não pode se tornar mecanismo de esvaziamento da audiência de custódia. Tais previsões,[10] infelizmente, desconsideram que a realização da audiência é obrigatória,[11] conforme se observou nos documentos internacionais antes mencionados.

Ainda, alguns tribunais, como o TJMG, o TJRJ e o TJRO, disciplinaram a audiência de custódia ou de apresentação estabelecendo a facultatividade da presença do Ministério Público e do defensor. A resolução do TJMG, *verbi gratia*, preconizou, no § 5º de seu artigo 5º, que "o juiz ouvirá o Ministério Público e o defensor, quando estiverem presentes à audiência, antes de proferir a decisão a que se refere o § 2º deste artigo". Olvidou-se que as presenças do Ministério Público e da defesa são obrigatórias. Sobre isso, Gustavo Badaró trouxe os seguintes esclarecimentos:[12]

> A presença do defensor é fundamental para fazer respeitar os direitos do preso, por exemplo, o de permanecer calado, bem como para assegurar a legalidade na realização da própria audiência. Além disso, possibilitará que argumentos estritamente jurídicos sobre a legalidade da prisão e mesmo sobre a necessidade e adequação de sua manutenção, substituição e revogação, possam

10. Nessa esteira, não se revela adequado o Enunciado 55 do Fórum Nacional Juízes Federais Criminais, que dispõe "que é dispensável a realização de audiência de custódia se, ao receber a comunicação de flagrante, o juiz entender de pronto que é caso de concessão de liberdade" (Aprovado no IV FONACRIM, em 25.09.2015).
11. A eventual grande periculosidade do agente ou o risco de resgate do preso, fato ocorrido no Estado de Rio de Janeiro, não devem ensejar a dispensa da audiência de custódia, mas justificam, como se verá, sua excepcional realização por videoconferência.
12. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes]. Acesso em: 10.03.2017.

> ser expostos em paridade de armas com o Ministério Público. (...) Por outro lado, a presença do Ministério Público, tratando-se de ato jurisdicional, ainda que praticado na fase de investigação, também será obrigatória. Mais do que isso, com a presença do Promotor de Justiça, será possível efetivar a regra do artigo 282, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, que não permite que o juiz decrete, *ex officio*, medidas cautelares na fase de investigação. Logo, se o Ministério Público não estiver presente na audiência de custódia, e não houver requerimento de que a prisão em flagrante seja "convertida" em alguma medida cautelar, no termos do artigo 310, *caput*, do mesmo código, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, por falta de requerimento do Ministério Público.

Assim, diante da relevância da matéria e da demora do Poder Legislativo, o Conselho Nacional de Justiça, para afastar a desarmonia nas práticas adotadas e a possibilidade de desvirtuamentos capazes de comprometer as garantias processuais do imputado, editou a Resolução 213/2015.[13]

No art. 1º, *caput*, estatuiu que toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser apresentada, "em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão". Consignou, ainda, que:

> § 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do *caput*, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

Além de assentar a obrigatoriedade de realização da audiência,[14] o ato do CNJ definiu a necessidade de estarem presentes o membro do Ministério

13. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213/2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: [www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_12012016161831.pdf]. Acesso em: 10.01.2017.

14. Apesar disso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Resolução 18/2016, estabeleceu que: Art. 6º É dispensável a realização da audiência nas hipóteses de: I – o juiz entender, tão logo receba os autos de comunicação da prisão em flagrante, que é caso de relaxar a prisão ou de conceder a liberdade provisória; II – circunstâncias pessoais, relacionadas ao preso, inviabilizarem a sua condução ao fórum, observadas as disposições do artigo anterior; III – concessão de fiança pela autoridade policial, por força do art. 322, *caput*, do CPP.

Público e o defensor, constituído ou público (art. 4º)[15]. A previsão de presença obrigatória do Ministério Público e da defesa representa a concretização da garantia e do respeito ao princípio do contraditório.[16]

Com o fito de assegurar o respeito às garantias processuais do imputado, também se previu, no art. 6º, que "antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia".

Ainda, para garantir que o ato se limitará aos objetivos do instituto, evitando-se que se transforme num verdadeiro interrogatório, a resolução do CNJ dispôs:

> Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:
>
> I – esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;
>
> II – assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;
>
> III – dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;
>
> IV – questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;
>
> V – indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;
>
> VI – perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;
>
> VII – verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

15. Já o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sua Resolução 4/2016, dispôs que, se devidamente intimados o Ministério Público Federal e a defesa, a audiência realizar-se-á independentemente de suas presenças (§ 6º do art. 2º).

16. Recorde-se que o princípio do contraditório, junto ao da ampla defesa, segundo Eugênio Pacelli, "institui-se como pedra fundamental do processo e, particularmente, do processo penal", pois consiste numa cláusula de garantia criada "para proteção do cidadão diante do aparato persecutório estatal" (*Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 43).

> *a)* não tiver sido realizado;
>
> *b)* os registros se mostrarem insuficientes;
>
> *c)* a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;
>
> *d)* o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;
>
> VIII – abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;
>
> IX – adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;
>
> X – averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

Cabe salientar que, segundo o CNJ, a audiência de custódia ou de apresentação deverá ser realizada não só nos casos de prisão em flagrante, mas também nas hipóteses de detenções em cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva (art. 13). Nesses casos, a pessoa deverá ser apresentada à autoridade judicial que ordenou a prisão ou ao juízo da execução penal.

Compreende-se, portanto, diante da relevância do assunto, a preocupação do CNJ em logo discipliná-lo, mas a verdade é que não há previsão constitucional para que se regulamente por resolução a realização das audiências de custódia, uma vez que não se trata de assunto referente a controle administrativo, financeiro ou a deveres dos magistrados, mas, sim, de assunto inerente ao processo penal, que deve ser regulado mediante lei federal por ser competência privativa da União legislar sobre direito processual (art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988).

Parece mesmo imperioso que o tema receba adequada disciplina legal, isto é, que o procedimento[17] a ser observado seja delineado por lei, afastando-se

17. A fixação de procedimento garante a observância de preceitos e fórmulas legais. O procedimento delineia o caminho (*iter*) a ser percorrido e propicia a participação dos destinatários dos efeitos do ato, em contraditório. É o procedimento, dotado de dialética e marcado por simétrica paridade, conforme ideias de Elio Fazzalari, que concretiza a noção de processo como instrumento voltado à adequada solução de conflitos de interesses (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. da 8. ed. Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006. p. 119-123).

alguns questionamentos e discrepâncias que ainda existem na aplicação do instituto. Bem por isso que a matéria foi intensamente discutida no Senado Federal por meio do PLS 554/2011 e também o será na Câmara dos Deputados para onde foi remetido no final do ano de 2016, tendo ali recebido, como acima registrado, o n. 6620/2016, sendo logo apensado ao PL 8045/2010, que versa sobre o novo Código de Processo Penal.

3. A disciplina normativa para a audiência de custódia no PLS 554/2011 e a indicação de alguns pontos a serem aprimorados

Como dito, conquanto já se tenha definido que não há empecilho à implantação da audiência de custódia ou de apresentação sem uma regulamentação legal específica,[18] é oportuno que o tema receba uma disciplina legal, em conformidade com a textura convencional, com a Constituição Federal e com o sistema acusatório, não devendo continuar regrado por resoluções. A falta de uma normatização legal diminui a relevância e visibilidade do assunto, além de abrir espaços para práticas que podem desvirtuar os propósitos do instituto e comprometer as garantias processuais do imputado.

No Senado Federal, foi aprovado, no dia 30.11.2016, o Projeto de Lei 554/2011, conforme substituto do Senador Humberto Costa (PT-PE)[19]. Embora a ideia inicial fosse apenas regulamentar a audiência de custódia ou de apresentação do preso em flagrante, o texto final propõe que sejam acrescentados três parágrafos ao artigo 304 do Código de Processo Penal, que trata da lavratura do auto de prisão em flagrante, como segue:

> Art. 304. [...]
>
> [...]
>
> § 5º O preso tem o direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante seu interrogatório policial, podendo-lhe ser nomeado defensor dativo pela autoridade policial que presidir o ato.
>
> § 6º Todo preso será submetido a exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito-médico oficial, onde houver, ou por médico nomeado pela autoridade policial, preferencialmente da rede pública de saúde.

18. Conforme definido na ADI 5240 e na ADPF 347.

19. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei PLS 554/2011. Altera o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115]. Acesso em: 15.01.2017.

> § 7º Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, proceder-se-á na forma do art. 306, ficando o preso à disposição do juiz competente, em estabelecimento prisional previsto na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

O projeto de lei também altera o artigo 306 do CPP, no que diz respeito à comunicação da prisão em flagrante, inserindo parágrafos destinados a regulamentar a audiência de custódia ou de apresentação do preso, fixando o procedimento a ser observado pelos atores processuais quando de sua realização.

Antes de se analisar o procedimento estabelecido para a realização da audiência de custódia ou de apresentação, convém comentar a regra prevista no § 5º a ser inserido no artigo 304, que assegura ao flagranteado o direito de, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, ser assistido por advogado ou defensor público, e dá poderes ao delegado de polícia para nomear um defensor dativo, acaso não seja indicado um advogado e não seja possível a presença de um defensor público. Essa inovação é bem-vinda na medida em que reforça a necessidade de respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão.

Dentro desse espírito de coibir a violência policial, garantindo o respeito à integridade física e moral do preso (artigo 5º, XLIX, da CF/1988), também chega em boa hora o comando do § 6º do artigo 304, preconizando que "todo preso será submetido a exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito-médico oficial, onde houver, ou por médico nomeado pela autoridade policial, preferencialmente da rede pública de saúde". Essa determinação legal não só contribuirá para inibir a prática de tortura ou de maus-tratos contra o preso, como também prevenirá responsabilidades em favor dos agentes policiais.

Quanto à regra contida na parte final do § 7º do artigo em comento,[20] estabelecendo que o preso fique à disposição do juiz em estabelecimento prisional previsto na Lei de Execução Penal, ou seja, que seja logo levado a um presídio, acredita-se que essa não é uma providência adequada ou útil antes da realização da audiência de custódia. É certo que os estabelecimentos penais são destinados a presos condenados ou provisórios, mas, considerando a rapidez com que estão acontecendo as audiências de custódia, é mais sensato que aguardem

20. § 7º Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, proceder-se-á na forma do art. 306, ficando o preso à disposição do juiz competente, em estabelecimento prisional previsto na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

numa das celas da delegacia de polícia, sendo encaminhados a um presídio (superlotado e muitas vezes localizado distante da cidade) somente se o juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Agora, se não houver carceragem na delegacia, nada impedirá que o preso seja levado a um presídio e ali aguarde a audiência de custódia.

Passando adiante e centrando atenção no modelo procedimental em gestação no Parlamento, tem-se que o primeiro aspecto relevante é que ficou definido que a apresentação do preso deve ser feita a um juiz, ou seja, a uma autoridade que exerça a função judicial, que tem o poder de julgar. O juiz é quem deve ouvir pessoalmente o preso e, após a manifestação do Ministério Público e da defesa, decidir sobre a soltura ou manutenção da prisão.

Embora tenha havido descontentamento por parte dos integrantes da carreira de Delegado de Polícia, é à autoridade judicial que cabe relaxar prisões ilegais, manter o imputado preso, soltá-lo, com ou sem a imposição de alguma medida cautelar, ordenando ainda providências em caso de notícias de violação da integridade física ou psicológica do flagranteado.

A definição do juiz como autoridade a quem o preso deve ser apresentado está em plena sintonia com os tratados internacionais supracitados[21] e com os propósitos da audiência de custódia, conforme ficou expresso na redação do § 4º do artigo 306. O objetivo é que o preso seja ouvido com vistas à prolação de decisão nos termos do artigo 310 do CPP[22], definindo-se sobre a legalidade da prisão e sobre a real necessidade de sua manutenção, buscando-se ainda

21. É o que se extrai do minucioso estudo feito por Gustavo Badaró acerca do assunto (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer*. Processo 8837-91.2014.4.01.3200. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas, 2014, p. 9-12. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf]. Acesso em: 09.04.2017).

22. Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: *(Redação dada pela Lei 12.403, de 2011.)* I – relaxar a prisão ilegal; ou *(Incluído pela Lei 12.403, de 2011.)* II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou *(Incluído pela Lei 12.403, de 2011.)* III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. *(Incluído pela Lei 12.403, de 2011.)* Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. *(Redação dada pela Lei 12.403, de 2011.)*

verificar "se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventuais violações" (parte final do § 4º do artigo 306).

Essa oitiva do preso torna mais humana e precisa a análise do caso no que toca à legalidade da prisão, à necessidade de sua manutenção e também quanto a possíveis atos de tortura ou maus-tratos. Segundo Gisele Souza de Oliveira, Samuel Meira Brasil Junior, Sérgio Ricardo de Souza e Willian Silva,[23] o contato direto do flagranteado com o juiz dará a este

> (...) plenas condições de exercitar um juízo cautelar muito mais completo e fidedigno do que aquele que decorre da intermediação de um agente policial, que, por conta da crueza e aridez do serviço que desempenha, termina por não mais possuir, na prática e em todos os casos que lhe são apresentados, a real isenção que deveria ter no trato daqueles a quem se imputa a prática de um crime.

Nessa mesma linha, Caio Paiva[24] assinala que a realização da audiência de custódia tem o propósito de superar a *fronteira do papel,* que caracteriza um sistema puramente cartorial. Pretende-se, como aduz o referido autor, que o juiz deixe de decidir sobre a liberdade da pessoa unicamente *a partir do papel*, entrando em cena um mecanismo que *humaniza* o processo penal[25], na medida em que assegura o direito de o preso ser ouvido pelo magistrado[26].

---

23. BRASIL JR., Samuel Meira; OLIVEIRA, Gisele Souza de; SILVA, Willian; SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Audiência de custódia.* Dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 123.
24. PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.* 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 66-67.
25. Ibidem, p. 139.
26. Guilherme de Sousa Nucci, sem razão, pensa diferente: "(...) a autoridade judiciária que quer soltar, assim o faz, sem necessidade alguma de 'ver o preso'. Quem não solta, mantendo quase sempre a prisão cautelar, não vai mudar porque 'viu ou conversou alguns minutos com o preso'. (...) Gostaria de saber se os magistrados das audiências de custódia que se realizam, hoje, no Brasil, são todos titulares de cargos fixos. E eles, somente pelo contato com o réu, mudaram sua posição de manter a prisão para soltá-lo. Se alguém me provar isso, gostaria de ouvir do colega juiz o que o réu lhe contou a ponto de sensibilizá-lo, fazendo-o mudar radicalmente de opinião" (NUCCI, Guilherme de Sousa. *Os mitos da audiência de custódia.* Disponível em: [http://guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-daaudiencia-decustodia-2]. Acesso em: 09.04.2017).

Em relação ao prazo para apresentação do preso ao juiz, as convenções internacionais, como visto, dispõem que deve ser "sem demora", dando a ideia de prontidão ou imediatidade. O prazo de 24 (vinte e quatro) horas previsto pelo legislador no início do § 4º do artigo 306,[27] contado não da prisão, mas da lavratura do auto de prisão em flagrante, mostra-se adequado e em conformidade com os aludidos documentos internacionais. Aliás, como esclarece Gustavo Badaró,[28] as legislações dos Estados-partes têm estabelecido, em regra, prazos de 24 ou 48 horas para a apresentação do preso, sendo que tais períodos são os utilizados como parâmetros pelas cortes de direitos humanos para se averiguar possível violação à regra em comento.

Como se vê, o prazo de 24 horas já adotado pelo CNJ e fixado no projeto de lei atende perfeitamente à ideia de prontidão contida na expressão "sem demora" plasmada nos textos internacionais ratificados pelo Brasil. É um prazo suficiente para garantir a rápida apresentação do preso e a célere decisão quanto à legalidade da prisão e à real necessidade de sua mantença. A apresentação do custodiado ao juiz num prazo mais exíguo, como o de 24 horas ou até de 48 horas, tende a inibir detenções ilegais e evitar ofensas à integridade física dos presos,[29] diante da maior chance de serem apuradas e descobertas.

A maioria dos autos de prisão em flagrante é lavrada sem tanta demora, mas há casos em que a autoridade policial precisa determinar diligências, requisitar documentos ou checar informações, o que pode demandar mais tempo até a conclusão do auto. Talvez por isso devesse ser fixado que o prazo de 24 (vinte e quatro) horas tivesse início no instante em que for entregue ao preso a nota de culpa, que é o último ato do auto de prisão em flagrante.

O projeto de lei, no entanto, não ignora que contingências ou situações excepcionais podem acontecer, daí porque prescreve, na redação do § 10 do artigo 306, que "o prazo previsto no § 4º para a apresentação do preso perante o juiz competente poderá ser estendido para, no máximo, 72 (setenta e duas) horas, mediante decisão fundamentada do juiz, em decorrência de

27. Caio Paiva esclarece que no Congresso Nacional foram ainda apresentadas duas propostas de emenda constitucional (PEC 112/2011 e PEC 89/2015) tendentes a dar nova redação ao artigo 5º, LXII, da Constituição Federal e projetarem no texto magno a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa ao juiz. A primeira proposta refere-se a uma apresentação em até 48 horas; já a segunda proposição fala numa apresentação sem demora (PAIVA, Caio. Op. cit., p. 82-83).

28. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer*…, cit., p. 8-9.

29. É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, da CF/1988).

dificuldades operacionais da autoridade policial". Nesse sentido, a propósito, foi editado o Enunciado 54 do Fórum Nacional dos Juízes Federais Criminais: "O prazo de vinte e quatro horas para a realização da audiência de custódia pode ser flexibilizado em situações excepcionais" (Aprovado no IV FONACRIM, em 25.09.2015). Nos Estados do Amazonas e do Pará, por exemplo, em razão de muitas cidades ou distritos ficarem distantes das sedes das comarcas, só havendo transporte fluvial, a apresentação do preso não será possível dentro das aludidas 24 (vinte e quatro) horas.

Quanto à ordem sucessiva dos atos, a novel redação do § 6º do artigo 306 prevê que, "na audiência de custódia de que trata o § 4º, o juiz ouvirá o Ministério Público – que poderá requerer, caso entenda necessária, a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão –, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310".

Como se pode notar, não parece lógico que deva o Ministério Público manifestar-se sem que o preso tenha sido ouvido. Se o representante do *Parquet* manifestar-se primeiro, antes de o custodiado ser ouvido, como vai opinar quanto à legalidade da prisão e quanto à necessidade de sua manutenção? Como vai falar sobre o flagrante se também não puder perguntar sobre as condições objetivas da prisão? Também cabe lembrar que o § 8º diz que o membro do Ministério Público pode inquirir o preso. Mas por que ele iria inquirir se já tiver de se manifestar de plano, logo no início da audiência?

Nessa perspectiva, é precisa e acertada a redação trazida no artigo 8º, § 1º, da Resolução 213/2015 do CNJ, acima referida:[30]

> § 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

30. Nesse ponto, também se mostra clara e adequada a disciplina fixada pelo Provimento-Conjunto 3/2015 do TJSP que, nos §§ 2º e 3º de seu art. 6º, dispõe o seguinte: § 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. § 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do art. 310 do CPP, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do art. 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

> I – o relaxamento da prisão em flagrante;
>
> II – a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;
>
> III – a decretação de prisão preventiva;
>
> IV – a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

É a possibilidade de as partes formularem perguntas e de se manifestarem antes da decisão que permite participarem efetivamente, em contraditório, da construção do provimento jurisdicional. Aroldo Plínio Gonçalves,[31] cuidando do tema à luz das lições Elio Fazzalari, destaca a visão do contraditório "como garantia de participação, em simétrica paridade, das partes", daqueles "sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento (...)".

Não representa risco algum para o flagranteado ou para a defesa o fato de o Ministério Público formular as reperguntas após a oitiva do preso pelo juiz. Se o representante do *Parquet* formular alguma pergunta tendente a levar à prisão preventiva, a defesa sempre poderá, na sequência, também formular perguntas e pronunciar-se. É evidente que também o Promotor de Justiça ou o Procurador da República deve ter a chance de ouvir o preso para firmar sua posição e se pronunciar.

Portanto, assim como consignado na resolução do CNJ, o ideal é que a lei deixe claro que primeiro o custodiado será ouvido pelo juiz e também inquirido pelo membro do Ministério Público e pela defesa; depois, colhidas as manifestações das partes, o magistrado proferirá a decisão fundamentada, na forma do artigo 310.

Mostra-se relevante que o texto legal consigne que, antes do início da audiência, deve ser assegurado o contato reservado, por tempo razoável, entre o preso e seu advogado ou, na falta deste, com defensor público ou dativo. Essa prescrição já constava dos atos normativos editados pelas cortes estaduais, como no art. 5º do Provimento-Conjunto 3/2015 do TJSP, assim como constou da resolução do CNJ (art. 6º), como visto no tópico anterior.

Da mesma maneira como constou do ato normativo do CNJ, seria oportuno expressar que, dando início à audiência, o juiz deveria esclarecer ao preso quanto aos propósitos do ato e quanto à forma de sua oitiva, a ser realizada em

31. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 103.

duas partes, sendo a primeira parte destinada à sua identificação e a segunda quanto às condições objetivas da prisão.

É recomendável ainda constar do texto normativo que, quanto à primeira parte (de identificação), na qual o preso não pode faltar com a verdade, o juiz deverá indagar sobre a sua qualificação, suas condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, endereço, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce sua atividade.

Seria aconselhável prever que, depois, na segunda parte, o juiz, esclarecendo ao preso sobre suas garantias constitucionais, passasse a perguntar sobre as circunstâncias objetivas da prisão, sobre a abordagem policial. Embora se trate de previsão constitucional,[32] é prudente que fique expresso na lei o dever de o juiz informar ao preso da possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas. Mesmo se tratando de uma audiência judicial pré-processual, deve ficar evidente o dever de o juiz esclarecer ao flagranteado quanto ao direito constitucional ao silêncio e sobre a garantia contra a autoincriminação, de não produzir prova contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*)[33].

De modo oportuno, guardando coerência com os objetivos da audiência de custódia ou de apresentação, o projeto de lei prevê, no § 7º do artigo 306, regra no sentido de que a oitiva do preso "(...) versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado". Essa regra é importante para definir claramente o objeto da oitiva na audiência de custódia, que não se confunde com um interrogatório, na medida em que sequer há acusação formalizada. Aliás, nesse ponto, é inapropriada a referência a "acusado", pois não existe acusação formal contra o preso, mostrando-se necessária a supressão/substituição dessa expressão.

De acordo com o § 8º, será facultada a formulação de perguntas pelo membro do Ministério Público e, depois, pela defesa, devendo as indagações se referirem aos temas do § 7º. Nesse ponto da inquirição pelas partes, seria oportuno

32. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII, da CF/1988).

33. Como bem assinala Carlos Haddad, "A proteção contra a auto-incriminação seria insuficiente se não fosse igualmente assegurado ao réu o direito de ser informado pelos órgãos de persecução penal, para que pudesse conscientemente decidir-se acerca do exercício dos seus direitos processuais. Quanto mais insciente a respeito de seus direitos, menos resistência opõe à persecução penal, pois um direito que não se conhece é um direito que não se exerce" (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005. p. 275).

constar que o magistrado não deve admitir perguntas que antecipem a instrução própria de eventual processo de conhecimento. Previsão desse jaez consta do § 1º do artigo 6º do Provimento-Conjunto 3/2015 do TJSP e do § 1º do artigo 8º da Portaria-Conjunta 101/2015 do TJDFT. Como visto acima, consta também da resolução do CNJ o comando para o juiz "indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação" (artigo 8º, § 1º).

O importante é que a oitiva do preso não se torne um interrogatório antecipado, daí porque é preciso cautela por parte do juiz, do representante ministerial e da defesa para que não avancem para o mérito de possível futura ação penal. As indagações devem versar sobre as circunstâncias objetivas da prisão para definir sobre sua legalidade e sobre a necessidade de sua manutenção. Não se deve perguntar ao preso se ele praticou o crime,[34] mas buscar informações sobre aspectos que esclareçam sobre a legalidade da prisão em flagrante, sobre o cabimento da concessão da liberdade provisória, sobre a necessidade/adequação de alguma medida cautelar ou sobre a real necessidade da manutenção da segregação cautelar (por meio da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva).

Tendo em vista os propósitos da audiência de custódia, o legislador, de modo apropriado e conveniente, também fez constar que a oitiva verse sobre eventual submissão do preso a maus-tratos ou à tortura por ocasião ou depois da prisão. Essa providência inibirá a prática de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante por parte de agentes policiais. Apesar dos avanços conquistados nos últimos anos, os espancamentos e outras violações de direitos humanos ainda são praticados por integrantes das polícias judiciárias ou das polícias de manutenção da ordem pública.[35] Essa constatação está bem retratada nos primeiros dados estatísticos divulgados pelo CNJ, conforme exposto noutra ocasião.[36] Aliás, é exatamente por isso que no § 9º do dispositivo

34. Como bem aduz Raphael Melo, "não se deve, com base em práticas inquisitivas ainda hoje existentes, buscar a confissão da pessoa presa ou informações sobre comparsas não capturados. A finalidade precípua é apurar eventuais ilegalidades cometidas contra o preso – e não pelo preso –, sobretudo tortura e maus-tratos, não tendo caráter de interrogatório sobre os fatos objeto da prisão em flagrante" (MELO, Raphael. *Audiência de custódia no processo penal*. Belo Horizonte: D´ Plácido, 2016. p. 186).

35. PINHEIRO, Antonio dos Santos. A polícia corrupta e violenta: os dilemas civilizatórios nas práticas policiais. *Revista Sociedade e Estado*, vol. 28, n. 2, Maio/Agosto de 2013.

36. ANDRADE, Flávio da Silva. *Audiência de custódia ou de apresentação do preso:* instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal. Ago-set/2016. Nº 73. Porto Alegre: Magister Editora, p. 106-129.

em comento consta que "é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia".

Nesse cenário, tem-se por justificável a previsão, no projeto de lei, de que a oitiva do preso verse ainda sobre seus direitos. A audiência de custódia ou de apresentação é uma oportunidade para que a pessoa detida obtenha esclarecimentos sobre suas garantias constitucionais (direito de defesa, possibilidade de assistência jurídica gratuita por meio da Defensoria Pública, localização de objetos apreendidos etc.) e sobre o procedimento a ser observado na ação penal que vier a responder.

Ainda, a redação do § 7º do artigo 306 do CPP estabelece um preceito tido por essencial para preservar os direitos do preso e evitar afronta aos princípios constitucionais que regem o processo penal. Trata-se da prescrição no sentido de que a oitiva do custodiado "(...) não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente (...)". Esse comando afasta a possibilidade de os elementos colhidos na oitiva do preso serem depois usados para incriminá-lo. Douglas Fischer[37] pontua que "é fundamental notar que a audiência de custódia não tem a finalidade de produção de provas, notadamente em desfavor do preso", daí porque o depoimento do acusado, mesmo se confessar, não terá valor probatório.

Essa diretriz no sentido da impossibilidade de a oitiva do preso ser utilizada para fins probatórios não é pacífica. Andrade e Alfen[38] assinalam que essa é uma das questões mais polêmicas ligadas à audiência de custódia. Aduzem que, nessa audiência, o acusado está cercado de todas as garantias constitucionais inerentes ao processo penal e que tal exclusão do depoimento para fins probantes parece não se justificar, até porque, de todo modo, o magistrado depois, na fase de julgamento, haveria de se orientar pelos comandos dos arts. 155[39] e 197[40] do CPP. Concluem, porém, que a questão perde importância na medida

37. FISCHER, Douglas. Resolução 213 do CNJ – artigo 8º. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 101.

38. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit., p. 138-140.

39. Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

40. Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

em que o valor de uma confissão na audiência de custódia teria o mesmo valor relativo de uma confissão havida na fase do processo conhecimento[41].

Há quem veja essa vedação probatória como exageradamente garantista. Modificando seu entendimento sobre o assunto, Caio Paiva[42] passou a defender que não se justifica a vedação de atividade probatória na audiência de custódia. Argumenta que:

> (...) surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura de auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público.

Para fundamentar melhor sua posição, Paiva[43] sustenta que a vedação em comento pode ser classificada "como uma espécie de *paternalismo processual*, um discurso que restringe a liberdade comunicativa do cidadão para criar ou preservar um ambiente em que somente se discute a legalidade e a cautelaridade da prisão". Nesse ponto, ademais, vale consignar a dificuldade do juiz, do membro do Ministério Público e do defensor para obter esclarecimentos sobre os fatos e sobre a prisão sem poder formular perguntas que deságuem na autoria do delito. Talvez não seja mesmo o caso de negar totalmente valor probante indiciário a confissões (livres e espontâneas, claro) ocorridas na audiência de custódia. São comuns os casos em que, indagados sobre as circunstâncias da prisão, e mesmo advertidos dos direitos constitucionais que lhe são assegurados, flagranteados acabam "soltando o verbo" e confessando a prática delitiva. Nesse contexto, tais confissões poderiam ser equiparáveis a confissões policiais.

É inequívoco que a audiência não deve visar à coleta de provas em desfavor do flagranteado, mas, se ele, falando sobre as circunstâncias da prisão, vier livremente a confessar um fato criminoso, a princípio não haveria óbice em conferir a tal confissão o mesmo valor de uma confissão policial, isto é, de um elemento informativo ou fato indicativo atinente à autoria do delito, havendo de serem respeitadas, ainda, na fase de julgamento, as aludidas regras dos arts. 155 e 197 do CPP.

41. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Op. cit., p. 140.
42. PAIVA, Caio. Op. cit., p. 114.
43. PAIVA, Caio. Op. cit., p. 115.

Todavia, tem prevalecido uma compreensão no sentido da proibição de se conferir valor probatório, mesmo que relativo ou indiciário, ao depoimento do flagranteado que vier a confessar a prática delitiva na audiência de custódia. Essa linha de entendimento teme que possa haver um desvirtuamento da audiência de custódia. Melo[44] consigna que "(...) equivaleria a transferir o interrogatório judicial para momento anterior ao início da ação penal, quando não há, sequer, uma imputação determinada. Isso violaria a garantia da ampla defesa, além de desnaturar a audiência de custódia".

Avançando neste breve estudo, cumpre comentar questão de maior relevância, que é a relativa ao fato de o juiz que preside a audiência de custódia ficar ou não suspeito ou impedido de julgar a ação penal que vier a ser movida contra o flagranteado. Assim como acontece na hipótese de medidas cautelares penais antecedentes, que não geram situação de suspeição ou impedimento para o juiz que as examina, o fato de um magistrado presidir a audiência de custódia também não obsta que venha a conduzir e julgar o processo criminal depois proposto contra o preso. Não se vê aqui uma situação de presunção de parcialidade ou de atuação de juiz com posição já tomada sobre o caso. Sobretudo em nosso atual modelo de organização judiciária, não se pode dizer que o juiz está automaticamente "contaminado" em tais hipóteses, sob pena de se gerar graves embaraços para a prestação do serviço jurisdicional criminal.

Não se nega, de outro lado, que o ideal mesmo seria se preservar a imparcialidade objetiva do juiz, distribuindo-se o caso para julgador diverso do que presidiu a audiência de custódia, especialmente se o flagranteado ali confessou a prática delitiva, mas pensa em se retratar na fase de conhecimento. Nesse caso, é inegável que não haverá como controlar a imagem negativa que se instalou no inconsciente do magistrado. Aqui sobressai a importância do juiz de garantias.[45] Nas comarcas maiores, sobretudo nas capitais, em que um ou mais

44. MELO, Raphael. Op. cit., p. 186.

45. Como destaca Carlo Velho Masi, "o projeto de novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009, que originou o PL 8.045/2010), cria a figura do 'Juiz das Garantias' (Título II, Capítulo II), que será 'responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário' (art. 14). A este magistrado caberá, dentre outras funções, as de 'receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inc. LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil' (inc. I), 'receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555' (inc. II); 'zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença' (inc. III, destaque nosso); 'decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar' (inc. V); e 'prorrogar a prisão provisória ou outra medida

magistrados estão sendo designados para atuarem como juízes de garantias e realizarem audiências de custódia, ficará afastada a possibilidade de um julgador dito "contaminado" depois julgar o flagranteado.

Nas comarcas menores, porém, com apenas um ou dois magistrados, ainda não é possível existir um juiz de garantias, daí porque deverá haver redobrado cuidado para que a oitiva do preso não avance desnecessariamente para aspectos que envolvam o mérito da causa, a ponto de acarretar uma influência psicológica sobre o julgador. Essa discussão acaba por mostrar que é compreensível, a despeito da controvérsia, a regra antes mencionada que impede que o relato do flagranteado possa depois servir de prova em seu desfavor.

Encerrada a oitiva do preso, reza o aludido § 6º que as partes devem se manifestar, requerendo o que considerarem adequado, primeiro o Ministério Público e, depois, a defesa. Em seguida, o juiz deverá proferir, fundamentadamente, decisão na forma do artigo 310 do CPP.[46] Com base nas alegações das partes, analisando seus argumentos, o julgador decidirá motivadamente, relaxando a prisão em flagrante ou a homologando, definindo a necessidade ou a

---

cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las' (inc. VI). Percebe-se que o projeto de novo CPP deixa ao arbítrio do magistrado decidir se realizará ou não a audiência de custódia, o que representa um vício de convencionalidade, uma vez que a CADH afirma que todo preso deve ser conduzido, sem demora, à presença do juiz. Não se trata de uma faculdade, mas de uma obrigação convencional (MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 960, out. 2015. p. 77- 120).

46. A propósito, registre-se, por relevante, que o legislador não pode perder a oportunidade de reafirmar a adoção do sistema acusatório no Brasil e de reforçar a necessidade de respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade do julgador. No ensejo da mudança legislativa, urge que se altere o artigo 310, inciso II, do CPP para explicitar que o juiz só pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva se houver representação da autoridade policial ou requerimento formulado pelo Ministério Público. Sugere-se, destarte, que o inciso II do referido artigo 310 do estatuto de ritos penais tenha sua redação alterada, como segue: "Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: […] II – se houver representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, converter a prisão em flagrante em preventiva". Não mais é aceitável que o julgador, *ex officio*, converta em preventiva a prisão em flagrante. É imperioso que haja representação da autoridade policial ou provocação do *Parquet*. O modelo acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988 suprimiu o espaço para atuação de ofício do juiz na fase investigativa e isso necessita ficar claro, já que é tamanha a dificuldade de os integrantes do Poder Judiciário assimilarem essa ideia.

desnecessidade da manutenção da prisão, com ou sem a imposição de alguma medida cautelar.

No tocante à documentação da audiência, há no § 7º apenas a referência de que a oitiva do preso será registrada em autos apartados. Essa regra é desnecessária, pois, em verdade, a audiência de custódia será realizada no bojo dos autos gerados com a comunicação da prisão em flagrante ao Juízo. É aconselhável, todavia, que conste uma prescrição no sentido de que a oitiva do preso e a manifestação das partes sejam gravadas numa mídia adequada, lavrando-se uma sucinta ata da audiência, na qual, porém, devem constar os pleitos formulados pelas partes e o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz.

O legislador precisa definir qual será o destino do material produzido (ata e mídia) na audiência de custódia ou de apresentação. Não há dúvida de que uma cópia da gravação e uma via da ata da audiência devem ser juntadas aos autos formados a partir da comunicação da prisão em flagrante. Outra via da ata de audiência deve ser enviada, preferencialmente por meio eletrônico, à autoridade policial que preside o procedimento investigatório, a fim de que tome ciência da deliberação judicial e promova sua juntada ao caderno inquisitivo respectivo. É essencial que o delegado de polícia saiba se o flagranteado continuou preso ou se foi colocado em liberdade. Desnecessária, porém, a remessa de uma cópia da gravação audiovisual à autoridade policial, pois não deverá fazer parte dos autos de eventual futura ação penal, já que a oitiva ali gravada não poderá ser valorada pelo juiz da causa. No ponto em questão, a resolução do CNJ dispôs (art. 8º):

> § 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.
>
> § 3º A ata da audiência conterá, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus-tratos.
>
> § 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

Assim como previsto no supracitado Provimento-Conjunto do TJSP, no § 6º do seu artigo 6º, não custa consignar que às partes fica assegurada a

obtenção de cópia da gravação original, desde que instrua sua petição com mídia capaz de suportá-la.

Cabe anotar que, no § 11, previu-se que, excepcionalmente, mediante decisão fundamentada, na impossibilidade de apresentação pessoal do preso, será admissível a realização da audiência de custódia ou de apresentação por sistema de videoconferência. Assim como ocorre no interrogatório judicial (§ 2º do seu artigo 185 do CPP[47]), é mesmo conveniente admitir, de modo excepcional, a oitiva do flagranteado por videoconferência, quando, por exemplo, houver fundada suspeita de risco de resgate do preso que integre organização criminosa.

Apesar de haver quem, como Aury Lopes Jr. e Caio Paiva,[48] entenda que a audiência de custódia por videoconferência "(...) mata o caráter antropológico, humanitário (...)" do ato e que "o contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado", é inegável que, em situações extraordinárias ou anormais, assim como ocorre no interrogatório judicial, deva ser admitida a oitiva do preso por videoconferência.[49]

Já o § 13 do artigo em comento dispõe que, na impossibilidade de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante que o conduziu ao fórum tomará recibo do serventuário

47. Art. 185, § 2º, do CPP: Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV – responder à gravíssima questão de ordem pública.

48. LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. R*evista Magister de Direito Penal e Processual Penal,* Porto Alegre n. 60, jun.-jul. 2014. p. 15.

49. Foi por isso que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao disciplinar a audiência de custódia na Resolução 18/2016, dispôs, no § 1º do art. 5º, que, "em situações excepcionais, devidamente justificadas, a audiência de custódia poderá ser realizada por videoconferência". Nesse mesmo sentido dispôs o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no parágrafo único do artigo 1º da Resolução 4/2016.

judiciário responsável, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça. O dispositivo em questão parece ter sido pensado não para as capitais ou outras grandes cidades onde têm sido criados núcleos ou centrais de custódia com magistrado(s) e servidores próprios, mas para pequenas comarcas ou subseções judiciárias nas quais só haja um ou dois magistrados, existindo a possibilidade de o preso ser levado ao fórum durante o expediente e o juiz estar realizando outra audiência. A maneira de se contornar essa dificuldade não é oficiando ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Ministério Público, mas, sim, ajustando com o juiz horários prévios para a apresentação dos presos flagranteados, evitando-se desencontros e deslocamentos desnecessários.

Por derradeiro, como salientado, o § 15 prevê que, "em caso de crime de competência da Polícia Federal, quando o Município do local de lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou a autoridade policial federal determinará a seus agentes que conduzam o preso ao juízo de direito do local de lavratura da peça flagrancial (...)".

Observa-se, de plano, o equívoco redacional de se referir a "crimes de competência da Polícia Federal", quando o correto seria mencionar "crimes de competência da Justiça Federal" (aqueles previstos no artigo 109 da Carta da República), valendo recordar que a polícia judiciária não detém competência, mas atribuição para investigar práticas infracionais.

Embora pareça estranho que a comunicação da prisão em flagrante de um preso por delito federal se dê para o juízo estadual e ali ocorra a audiência de custódia, mantendo-se, todavia, a competência do juízo federal para processar e julgar a ação penal respectiva, essa solução encontra amparo no § 3º do artigo 109 da CF/1988.[50] Infelizmente, a Justiça Federal, sobretudo da 1ª Região, ainda não está suficientemente interiorizada. Em razão das enormes distâncias de milhares de cidades e distritos da sede da Justiça Federal (seções e subseções judiciárias[51]), seria muito difícil operacionalizar a apresentação pessoal do preso ao juízo federal competente, de modo que a delegação em comento

50. Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual" (art. 109, § 3º, CF/1988).

51. As seções e subseções judiciárias têm jurisdição sobre vários municípios, muitos deles localizados a até 400 ou 500 km da sede do juízo federal.

é uma ferramenta, disponibilizada pelo Texto Constitucional, adequada para a situação em questão.

Não há dúvida de que o ideal seria não haver a necessidade da delegação de tal competência à Justiça Estadual, fazendo-se com que todo o *iter* procedimental, desde o recebimento da comunicação em flagrante, passando pela audiência de custódia, até o julgamento da causa criminal, ocorresse perante o juízo federal competente. Ocorre que, na verdade, a Justiça Federal ainda não se faz presente em muitas regiões interioranas, de modo que, se o propósito do legislador é garantir a realização da audiência de custódia presencial, não há outro caminho a seguir.

Portanto, a delegação de competência é, nessa hipótese, um mecanismo apropriado para se vencer dificuldades operacionais decorrentes das grandes extensões territoriais que não são efetivamente cobertas ou atendidas pela Justiça Federal comum.[52] Nas comarcas do interior que não possuem vara da Justiça Federal, já é comum o juízo federal, com amparo no artigo 42 da Lei 5.010/1966 e no artigo 1.213 do Código de Processo Civil, aplicável por força do artigo 3º do CPP, expedir cartas precatórias para a realização de audiências preliminares de transação penal, de suspensão condicional do processo e de oitiva de testemunhas. A delegação da audiência de custódia, na forma do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, faz-se necessária pelas mesmas razões que justificam a expedição das cartas precatórias acima referidas, mas é chegado o momento de se pensar numa maneira de se compensar a Justiça dos Estados pelos serviços que há muito presta ao Poder Judiciário da União.

Por outro lado, se se entender que a Justiça Estadual não deve continuar a prestar apoio à jurisdição federal por conta da falta de subseções judiciárias, problema que é responsabilidade da União, deveria o legislador admitir, de modo excepcional, que, nos casos em que a pessoa venha a ser presa em município muito distante da sede do juízo federal, a realização da audiência de custódia aconteça por videoconferência, o que, nas circunstâncias, também atenderia aos propósitos dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Até que sobrevenha a disciplina legal, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, buscando contornar tais dificuldades, estabeleceu, no art. 5º, § 1º, da

52. Como naturalmente não tem competência legislativa para regrar a matéria, o CNJ, em sua resolução, limitou-se a preconizar, no parágrafo único do art. 4º, que "os tribunais poderão celebrar convênios de modo a viabilizar a realização da audiência de custódia fora da unidade judiciária correspondente".

Resolução 18/2016, que, "em situações excepcionais, devidamente justificadas, a audiência de custódia será realizada por videoconferência, ou, em último caso, por meio de carta precatória ou carta de ordem enviada ao juízo do local em que se encontrar o preso, se diferente do local em que sediado o juízo federal competente e permanecer inviável sua apresentação pessoal".

Ainda, seria recomendável que constasse do texto legal um dispositivo permitindo ao magistrado determinar, após a audiência, encaminhamentos assistenciais em favor do flagranteado,[53] por intermédio dos órgãos do Poder Executivo Estadual ou Municipal, da maneira como previsto, por exemplo, no artigo 6º, parágrafo único[54], da Resolução 796/2015 do TJMG. Regra idêntica também consta da resolução do CNJ[55] e do provimento editado pelo TJRO para regulamentar a audiência de custódia.

Enfim, bem regulamentada, a audiência de custódia ou de apresentação do preso, além de fazer mais humano nosso sistema de justiça criminal, inibindo a violência policial e viabilizando ao preso em flagrante o respeito às garantias

53. A criação de meios para tais encaminhamentos em favor dos flagranteados liberados não significa, que fique acentuado, colocar-se ao lado "do bandido", desprezando a vítima. Naturalmente, esta merece (também) todo o acompanhamento pelo Serviço Social dos poderes da República, sendo primordial a expansão ou o melhor aparelhamento desse serviço assistencial em favor dos que se encontrem em situação de vulnerabilidade social.

54. Parágrafo único. Para fins de encaminhamento assistencial, o magistrado poderá se valer dos órgãos do Poder Executivo Estadual ou Municipal, assim como das estruturas do próprio Poder Judiciário.

55. Art. 9º: § 2º Identificadas demandas abrangidas por políticas de proteção ou de inclusão social implementadas pelo Poder Público, caberá ao juiz encaminhar a pessoa presa em flagrante delito ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, ao qual cabe a articulação com a rede de proteção social e a identificação das políticas e dos programas adequados a cada caso ou, nas Comarcas em que inexistirem serviços de acompanhamento de alternativas penais, indicar o encaminhamento direto às políticas de proteção ou inclusão social existentes, sensibilizando a pessoa presa em flagrante delito para o comparecimento de forma não obrigatória. § 3º O juiz deve buscar garantir às pessoas presas em flagrante delito o direito à atenção médica e psicossocial eventualmente necessária, resguardada a natureza voluntária desses serviços, a partir do encaminhamento ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, não sendo cabível a aplicação de medidas cautelares para tratamento ou internação compulsória de pessoas autuadas em flagrante que apresentem quadro de transtorno mental ou de dependência química, em desconformidade com o previsto no art. 4º da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, e no art. 319, inciso VII, do CPP.

constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ajudará a tornar mais claro o papel de cada sujeito no âmbito do processo penal.

Pelo que se expôs, a disciplina normativa trazida pelo PLS 554/2011 atende às convenções internacionais que tratam do tema e se revela, no geral, em consonância com princípios constitucionais que regem o processo penal pátrio. Contudo, existem pontos que podem ser aprimorados para tornar o texto mais preciso e sistemático, em plena sintonia com os princípios de processo penal plasmados na Constituição da República.

4. Considerações finais

A audiência de custódia ou de apresentação é um procedimento pré-processual que tem por objetivo garantir o contato da pessoa detida com um juiz em 24 (vinte e quatro) horas após sua prisão (em flagrante ou por força de mandado), propiciando uma decisão mais humana e precisa do caso no que toca à legalidade da prisão e à necessidade de sua manutenção, além de servir para a inibição ou a prevenção das práticas de maus-tratos e de tortura de presos.

Conquanto na legislação nacional já houvesse previsões isoladas[56] de apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial, tal providência praticamente nunca era implementada, postura essa que foi mantida mesmo depois que o Brasil ratificou, no início da década de 1990, convenções internacionais que obrigam a apresentação do preso, sem demora, a uma autoridade judicial.

Hoje, porém, em razão do "Projeto Audiência de Custódia", encabeçado pelo Conselho Nacional de Justiça, e a partir dos últimos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (ADI 5240 e ADPF 347), a audiência de custódia é uma realidade, tendo passado a ser vista como relevante instrumento voltado ao controle judicial mais humano e adequado das prisões cautelares[57] e à inibição da violência policial contra custodiados.

---

56. Exemplos: art. 236, § 2º, da Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral), art. 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989 (Lei das prisões temporárias) e art. 656 do CPP (no regramento do *habeas corpus*).

57. Segundo os dados apurados até abril deste ano, no geral, em média, em 45% dos casos não se fez necessária a prisão cautelar. Somente em cerca de 54% dos casos houve necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Dados disponíveis em: [http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil]. Acesso em: 15.06.2017.

Nesse contexto é que se avulta a importância do Projeto de Lei do Senado 554/2011 (que na Câmara dos Deputados recebeu o n. 6620/2016 e foi acoplado ao projeto do novo CPP), destinado a regulamentar a audiência de custódia. Não é aconselhável que essa matéria continue a ser regrada apenas por resoluções e provimentos editados pelos tribunais e pelo CNJ, ficando fora do texto da nova codificação de ritos penais. Há pontos controversos que precisam de disciplina legal. O assunto também necessita da força cogente emanada da lei para que ganhe total visibilidade e para que o instituto possa vir a alcançar todos os seus nobres propósitos.

Em arremate, estes breves apontamentos teoréticos, a par de chamar a atenção para o tema, permitiram constatar que a disciplina normativa construída no Senado Federal atende, no geral, às diretrizes estabelecidas nas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, mas há alguns aspectos que podem ser aprimorados, assim como omissões que precisam ser supridas para que se coloque em plena harmonia com os princípios de processo penal plasmados na Constituição da República. É recomendável que a disciplina legal não fique aquém da que já foi traçada administrativamente por algumas cortes em termos procedimentais e de respeito às garantias constitucionais dos flagranteados.

5. Referências

ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. R*evista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, n. 73, p. 106-129, ago.-set. 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer*. Processo 8837-91.2014.4.01.3200. 3ª Vara Federal da Seção da Judiciária do Amazonas, 2014. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf]. Acesso em: 09.04.2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes]. Acesso em: 10.03.2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 213/2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas*. Disponível em: [www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_12012016161831.pdf]. Acesso em: 10.01.2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei PLS 554/2011*. Altera o Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115]. Acesso em: 15.01.2017.

BRASIL JR., Samuel Meira; OLIVEIRA, Gisele Souza de; SILVA, Willian; SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Audiência de custódia*. Dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. da 8. ed. por Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.

FISCHER, Douglas. Resolução 213 do CNJ – artigo 8º. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo (Org.). *Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,* Porto Alegre, n. 60, p. 5-17, jun.-jul. 2014.

MASI, CARLO VELHO. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 960, p. 77-120, out. 2015.

MELO, Raphael. *Audiência de custódia no processo penal*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: [http://guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-daaudiencia-decustodia-2]. Acesso em: 09.04.2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PINHEIRO, Antonio dos Santos. A polícia corrupta e violenta: os dilemas civilizatórios nas práticas policiais. *Revista Sociedade e Estado*, v. 28, n. 2, mai.-ago. 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento, de Carlo Velho Mais – *RT* 960/77-120 (DTR\2015\13234);
- A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz, de Carlos Weis e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – *RT* 921/331-355 (DTR\2012\44821); e
- Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil?, de Rafael Osvaldo Machado Moura e Marcela Busnardo dos Santos – *RBCCrim* 131/367-399 (DTR\2017\914).

Técnicas investigativas italianas articuladas com a utilização dos denominados captadores informáticos: *quis custodiet custodes*?

Italian investigative techniques based on use of trojans virus: "quis custodiet custodes?"

Bruna Capparelli
Doutoranda em Direito Processual Penal pela Alma Mater Studiorum – Università di Bologna/Itália.
bruna.capparelli2@unibo.it

Recebido em: 18.02.2017
Aprovado em: 28.03.2017
Última versão do autor: 08.04.2017

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Com o presente artigo, questionam-se as relações intercorrentes entre as exigências de repressão dos ilícitos penais e os direitos dos cidadãos ao sigilo das comunicações e à inviolabilidade do domicílio no ordenamento italiano. Trata-se, portanto, de verificar se atualmente a atenção do legislador e seu relativo baricentro são demasiadamente desequilibrados em favor da repressão nos procedimentos contra crimes organizados, ou, ao contrário, são excessivamente pendentes à proteção de direitos fundamentais nos procedimentos contra crimes comuns.

Palavras-chave: Processo Penal – Interceptação de comunicação – Captadores informáticos – Sigilo e inviolabilidade de domicilio – Processo penal italiano.

Abstract: With this contribution the author examines the intercurrent relations between the demands of repression of the criminal offenses and the rights of the citizens to the secrecy of the communications and the inviolability of the domicile in the Italian legal system. It is therefore a matter of verifying whether the attention of the legislator and his relative barycenter are overly unbalanced in favor of the first one in proceedings against organized crime, or rather are excessively pendent in favor of the others in proceedings against ordinary crimes.

Keywords: Criminal procedure – Wiretapping of communication – Interception of communication – Trojan virus – Privacy and breach of domicile – Italian criminal procedure.

Capparelli, Bruna. Técnicas investigativas italianas articuladas com a utilização dos denominados captadores informáticos: quis custodiet custodes?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 137. ano 25. p. 253-286. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

O que se pode responder à inventiva de Robespierre contida no discurso para a condenação à morte do rei: "vós invocais as formas porque não tendem princípios"?
Massimo Nobili[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. A noção de "captador informático" entre dissídios estruturais e práxis interpretativas arbitrárias. 3. A resposta pouco convincente da suprema Corte com a Sentença 26.889 de 2016. 4. Acenos ao "projeto Gratteri" de reforma da disciplina das interceptações telefônicas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Com a função de auxílio ao *accertamento* dos fatos previstos como crimes, desde sempre a ciência encontra aplicação no processo penal. Basta pensar, por exemplo, na relevância assumida pelo desenvolvimento da biotecnologia e pela medicina legal, e nos novos instrumentos investigativos ou novas tipologias de provas[2] que estas oferecem continuamente.

Contudo, nenhum setor parece ser tão capaz de fornecer elementos úteis ao processo penal quanto o informático e telemático. Disse Francesco Caprioli:

> (...) embora desde muito tempo o fenômeno [das gravações] tenha ultrapassado os confins do imaginário policialesco ou da espionagem para assumir os perturbadores contornos de uma práxis largamente difundida, seria inútil procurar na legislação italiana uma norma que se ocupe da conduta de quem registra clandestinamente uma comunicação privada[3].

Todavia, a situação processual penal hodierna é ainda menos animadora: se já a partir da década de 1980 a doutrina mais atenta solicitava uma intervenção normativa em matéria de gravações por particulares – sustentando que "a falta que qualquer referência (...) ao registro de conversas por parte de um

1. NOBILI, Massimo. Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del re: "voi invocate le forme perché non avete principi?". *Critica del diritto*, 1994. p. 67 (tradução livre).
2. Um panorama encontra-se em: FERRUA, Paolo. Metodo scientifico e processo penale. *Diritto penale e processo (Dossier processo penale)*, 2008. p. 12 s.
3. CAPRIOLI, Francesco. *Colloqui riservati e prova penale.* Torino: Giappichelli, 2000, p. 1 (tradução livre). Para informações detalhadas ver também: CAMON, Alberto. Le intercettazioni nel processo penale. Milano: Giuffrè, 1996. p. 8 s.

participante" constituísse uma das mais "sérias lacunas" da referida disciplina processual de tutela das comunicações reservadas[4] –, atualmente, no silêncio da lei, a jurisprudência processual tende a resolver em sentido positivo o problema da admissibilidade das provas[5] interceptadas com os assim chamados "captadores informáticos" formados por um interlocutor não reconhecido pela lei, e, naturalmente, sem o conhecimento do remetente.[6]

De fato, a crescente utilização de instrumentos digitais para a transmissão, recepção e elaboração das informações comportou a veiculação quotidiana de uma grande quantidade de dados, muitos dos quais assumem relevância penal.

4. ILLUMINATI, Giulio. *La disciplina processuale delle intercettazioni*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 25 (tradução livre).

5. Sobre a "ideia de provar" no c.p.p. italiano, que é "intrinsecamente ligada a particulares contextos de aquisição e de uso" (tradução livre), ver: NOBILI, Massimo. Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale. *Foro italiano*, 1989, 5, c. 275. p. 11 s.

6. Mais recente: *Cassazione penale*, Secções Unidas, sentença 28 de abril de 2016, n. 26889, disponível em: [www.cortedicassazione.it], último acesso em: 13.01.2016, respeito a qual se envia a: CAPRIOLI, Francesco; FERRUA, Paolo ed altri. Documento sul problema dei captatori informatici, 28 de julho de 2016. Disponível em: [www.archiviopenale.it] (publicado também como: Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici (c.d. "trojan"): un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani, 7 de outubro de 2016. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it]), os quais "observam com preocupação" como o "emprego de tais métodos de intrusão informática seja legitimado em sede jurisprudencial através de interpretações extensivas em uma matéria governada por um rígido princípio de taxatividade" e almejam, portanto, que, "se ditos instrumentos sejam considerados indispensáveis para o acertamento de graves crimes, o legislador intervenha com especificas disposições para regulamentar a matéria no adequado balanceamento dos princípios constitucionais e convencionais envolvidos" (tradução livre). Para considerações críticas deste documento: ORLANDI, Renzo. Osservazioni sul Documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici. *Archivio penale (boletim web)*, 25 de julho de 2016. Porém tons semelhantes parecem encontrar-se já em: CAIANIELLO, Michele. Premesse per uma teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali. Bologna: Bononia University Press, 2013, e, recentemente, também em: CAIANIELLO, Michele. Increasing discretionary prosecutor's powers: the pivotal role of the Italian prosecutor in the pretrial investigation phase. Oxford: Handbooks Online, 2016, 4. Disponível em: [www.oxfordhandbooks.com]. Diferentemente, para a afirmação da taxatividade, ver: CONSO, Giovanni. Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali. Milano: Giuffrè, 1955.

Daqui a exigência dos órgãos investigativos de buscar elementos de provas contidos em ditos sistemas.

Todavia, em um contexto mais amplo em relação ao mero *accertamento* do crime digital,[7] até mesmo o inquérito informático se transformou constantemente:[8] passou-se das pioneiras investigações encentradas em *floppy disk*, subsequentemente substituídos por técnicas mais sofisticadas, até a recente hipótese de análise de dados contidos em sistema de *cloud computing*, *social network*, *smartphone, pen-drive*, arquivos musicais etc.[9] E, como é notório, hoje a tecnologia informática permite formas de intrusões particularmente invasivas da esfera privada da pessoa submetida a inquérito policial, através de programas espiões denominados "trojan", que se articulam mediante o monitoramento, seja do fluxo de comunicações de sistemas informáticos e telemáticos, seja de seu respectivo conteúdo.[10]

Três anos antes da lei italiana de ratificação da Convenção de Budapeste,11 a doutrina norte-americana já se perguntava se não seria o caso de enfrentar os desarranjos provocados pela chegada da prova digital no processo penal estadunidense,[12] por meio de reformas das *rules of criminal procedure*, com embasamento na premissa de que "fatos novos requerem novas regras". Nessa ótica, o crescimento exponencial dos crimes informáticos imporia não tanto e

7. A estes propósitos, ver: ORLANDI, Renzo. Questioni attuali in tema di processo penale e informatica. *Rivista di diritto processuale*, 2009. p. 129 ss.

8. Para uma panorâmica sobre o inquérito preliminar italiano: VICOLI, Daniele. *La "ragionevole durata" delle indagini*. Torino: Giappichelli, 2012 e também: CAMON Alberto. *Gli strumenti di controllo sulla sede delle indagini*. Torino: Giappichelli, 2011. p. 11 ss.

9. Sublinha a natureza digital de tais provas porque "originadas por uma manipulação eletrônica de números" DANIELE, Marcello. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di diritto processuale*, 2011. p. 283.

10. Ver: *infra* § 2.

11. Sobre o nascimento e a evolução da disciplina em chave transnacional, ver: ODDENINO, Alberto. La rete contesa. Gli assetti di Internet dopo la conferenza di Dubai. *Aggiornamenti sociali*, 2013, fasc. 8/9. p. 550 ss.; ODDENINO, Alberto. Diritti individuali, sicurezza informatica e accesso alla conoscenza in Rete: la revisione delle International Telecommunication Regulations dell'ITU. *Diritti umani e diritto internazionale* 2013, fasc. 2. p. 532 s. e ODDENINO, Alberto. Il problema della Governance internazionale della Rete. In: DURANTE, Massimo; PAGALLO, Ugo. *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*. Torino: Utet, 2012. p. 45 ss.

12. KERR, Orin. Digital Evidence and the New Criminal Procedure. *105 Columbia Law Review*, 2005. p. 290 ss.

não somente uma nova interpretação da normativa existente, mas, ao contrário, novos institutos e modificações significativas no aparato preexistente. Em suma, sustentava-se que uma prova volátil e imaterial fosse incompatível com as regras desenvolvidas para as outras técnicas investigativas, e, em particular, se duvidava que tais disposições pudessem ainda desenvolver corretamente o fundamental papel de balanceamento entre a *privacy* e a segurança pública.

Contudo, concentrando a atenção sobre o cenário processual-penalístico italiano,[13] segundo Franco Cordero, uma comunicação pode definir-se "reservada" quando "o uso do meio expressivo e as circunstâncias nas quais se verificam [não] implicam uma previsível possibilidade de apreensão por parte de terceiros"[14]. Não ocorre que os sujeitos postos em condição de perceber o ato comunicativo sejam também os destinatários da mensagem que se transmite:[15] o essencial é que o emitente demonstre querer manter a comunicação entre uma esfera cognitiva subjetivamente delimitada, ou seja, "o seu pertencer a um gênero fechado, por quanto amplo", determinável "com base em critérios objetivos"[16].

Por outro lado, o autor de uma comunicação reservada tem normalmente dois diferentes interesses. Em primeiro lugar, ele deseja que nenhuma pessoa além de seu destinatário perceba a comunicação; em segundo lugar, ele deseja que nenhuma pessoa além de seu destinatário (e de outros sujeitos eventualmente legitimados a conhecê-la) conheçam os fatos e as opiniões que

13. A respeito das interações entre o ordenamento jurídico italiano e os ordenamentos internacionais, ver: BALSAMO, Antonio. Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. *Cassazione Penale*, 2016, 11. p. 4236 ss., e, com específica referência ao âmbito CEDU: BALSAMO, Antonio. Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea. *Cassazione Penale*, 2016, 5. p. 2274 ss. Em termos mais amplos, já: CAIANIELLO, Michele. The Italian Public Prosecutor: An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings. In: LUNA, Erik; WADE, Marianne (Org.). *The prosecutor in transnational perspective*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 250-267 e CAIANIELLO, Michele. Italy. In: DAS, Dilip; PALMIOTTO, Michael. *The world police encyclopedia*. New York: Taylor and Francis, 2006. p. 418-425.

14. CORDERO, Franco. Il procedimento probatorio. In: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffré, 1963. p. 84,nota número 234 (tradução livre).

15. CAPRIOLI, Francesco. Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991. p. 146.

16. CAMON, Alberto. *Le intercettazioni*, cit., p. 16, nota número 43.

constituem o objeto da comunicação. Para Francesco Caprioli, somente aparentemente as duas aspirações coincidem: isto é, o interesse à intimidade da relação emitente/destinatário existe até mesmo quando o objeto da conversa privada (ou da mensagem sigilosa) não é constituído por notícias desconhecidas por terceiros indiscretos; o interesse em manter o conteúdo na esfera cognitiva traçada pelo emitente é lesado até mesmo quando tal conteúdo é relatado a terceiros por quem (licitamente ou não) o tenha aprendido[17]. Em outras palavras, o primeiro trata-se do assim chamado interesse ao sigilo e à intimidade da comunicação e o segundo do interesse ao segredo do objeto da comunicação. Segue-se, portanto, um conjunto definido de condutas lesivas de tais interesses: (1) atos com os quais são indevidamente conhecidas comunicações reservadas cujo conteúdo não é segredo para o intruso (lesivos somente ao interesse à intimidade e sigilo da comunicação); (2) atos através dos quais são abusivamente divulgados o conteúdo privado ou confidencial de uma comunicação reservada (lesivos somente ao interesse ao sigilo); (3) atos que consentem a indevida percepção de comunicações reservadas cujo conteúdo é sigiloso para o intruso (lesivos a ambos os interesses). Encaixam-se nesta última categoria as violações qualitativamente mais graves do interesse ao sigilo: fazendo-se destinatário de uma comunicação destinada a terceiros, o intruso obtém uma prova do fato confidenciado muito mais confiável em relação àquela constituída pela eventual delação do interlocutor infiel;[18] o ato de divulgação da revelação desconta inevitavelmente a maior ou menor *fides* atribuída ao declarante.[19]

Por outro lado, para qualificar a interceptação de "comunicação entre presentes" (art. 266, inciso 2º, c.p.p. italiano) – tais são as conversas que se verificam em um contexto espaço-temporal unitário, sem a mediação de instrumentos para a transmissão do som à distância – é necessário predicar sobre a característica "ambiental".[20] Ou seja, a captação compreende os diálogos que

17. CAPRIOLI, Francesco. *Colloqui riservati*, cit., p. 12. Porém para o Autor existe compartilhavelmente um terceiro possível interesse: "limitar e controlar a circulação das notícias concernentes a mesma existência e as modalidades da comunicação reservada" (tradução livre). Em argumento ver difusamente: p. 66 ss. e 165 ss.

18. Em geral, sobre a combinação entre prova, procedimento e decisão no ordenamento italiano, que, por sua vez, constituem o devido processo penal, ver: FERRUA, Paolo. *Il "giusto processo"*. Bologna: Zanichelli, 2012. p. 34 ss.

19. Ver: CAPRIOLI, Francesco. *Colloqui riservati*, cit., p. 12.

20. Ao contrario, o código derrogado não dedicava a dito instituto nenhuma disciplina, razão pela qual, considerada a reserva de lei em matéria, a prevalente doutrina não

intercorrem no espaço circunstante o dispositivo eletrônico utilizado para interceptar; com faculdade de atingir os locais indicados no art. 614 c.p. italiano (captação "domiciliar") sempre que, em tal eventualidade, exista "o fundado motivo de considerar que aí esteja verificando-se atividade criminosa".[21] Todavia, foi dito *supra* como respeito ao passado, atualmente o perímetro da interceptação ambiental conhece uma maior força expansiva através do emprego do "captador informático".[22]

Não obstante, o legislador italiano não determina uma normativa *ad hoc* para esse meio de busca da prova e nem sequer para as atividades urgentes da polícia judiciária relativas ao dado informático: a bem ver, nota-se uma superficial operação legislativa de "maquiagem lexical" de inúmeros institutos; de uma extensão das atividades da polícia judiciária; de modificações do paralelo código da *privacy* e de previsões de novas regras para a conservação de dados adquiridos.[23] Com específica referência ao uso dos "captadores informáticos",

admitia a interceptação ambiental no sistema antecedente. Sobre isso: CAMON, Alberto. Sub art. 266 c.p.p. In: CONSO, Giovanni; ILLUMINATI, Giulio. *Commentario breve al codice di procedura penale*. Padova: Cedam, 2015. p. 1016 ss.

21. Art. 266, inciso 2º, segundo período, c.p.p. italiano. Para as oportunas citações jurisprudenciais e doutrinárias envia-se a: CAMON, Alberto. Sub art. 266 c.p.p. In: CONSO, Giovanni; ILLUMINATI, Giulio. *Commentario breve al codice di procedura penale*. Padova: Cedam, 2015. p. 1016 ss.

22. A estes propósitos: TORRE, Marco. Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenza investigative e tutela dei diritti fondamentali. *Diritto Penale e Processo*, 2015. p. 1163 s. E também: TESTAGUZZA, Alessandra. I sistemi di controllo remoto: fra normativa e prassi. *Diritto Penale e Processo*, 2014. p. 759 s; TESTAGUZZA, Alessandra. *Digital forensic*. Informatica giuridica e processo penale. Padova: Cedam, 2014 e CONTI, Carlotta; TORRE, Marco. Spionaggio informatico nell'ambito dei social network. In: SCALFATI, Adolfo (Org.). *Le indagini atipiche*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 395 ss.

23. Reconectando-se a este último perfil, o *leitmotiv* da nova disciplina pode ser assim sinteticamente recapitulada: Em vez de enuclear as modalidades operativas da intervenção sobre o dado normativo, se estabelece a necessidade de adotar "medidas técnicas diretas para assegurar a conservação dos dados originais e para impedir a alteração" (arts. 224, inciso 2º, 247, inciso 1-*bis*, 352, inciso 1-*bis*, 354, inciso 2º c.p.p. italiano); ou então, com maior precisão, se prevê que o dado tenha que ser tratado com um procedimento que assegure "a conformidade dos dados adquiridos a aqueles originais e as suas imodificabilidades" (arts. 254-*bis* e, ainda, 354, inciso 2º, c.p.p. italiano; e também, com fórmula análoga, o art. 260, inciso 2º, c.p.p. italiano). O termo "adquirido" é lido por Franco Cordero como sinônimo de admitido: CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffré, 2012. p. 614 e CORDERO, Franco. Il procedimento probatorio. In: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano:

encontra-se no nosso sistema uma proliferação da distância entre a norma e o direito vivente, diante de uma alarmante difusão de práxis jurisprudenciais tendentes a um uso desenvolto do meio de captação, que proveem a aplicar analogicamente os tradicionais meios de busca de prova e a estendê-los às atividades de iniciativa da polícia judiciária para a colheita de material contido

---

Giuffré, 1963. p. 53; enquanto que Massimo Nobili atribui a este mesmo termo o significado de "obtido": NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale,* Lezioni agli studenti. Bologna: Clueb, 1989. p. 157 ss.

Em definitiva, são indicados quais cânones fundamentais para a atividade de busca da prova informática, a tutela de sua genuinidade e a não alteração do dado. Não obstante, em nenhum caso se comina uma sanção explicita para a falta de aderência aos parâmetros em questão (na mesma direção: LUPARIA, Luca. La disciplina processuale e le garanzie difensive. In: LUPARIA, Luca; ZICCARDI, Giovanni, *Investigazione penale e tecnologia informatica*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 127 ss., e, ainda mais de recente: LUPARIA, Luca. Il sistema penale ai tempi dell'internet. La figura del provider tra diritto e processo. In: LUPARIA, Luca (Org.). *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 1 s.).

Trata-se, evidentemente, de uma técnica legislativa que demanda, em concreto, ao próprio operador a escolha do meio com o qual realizar as operações técnicas sobre os dados. Isso encontraria justificação na obsolescência dos instrumentos da informática forense e, verossimilmente, explica a vontade do legislador de não por freio ao progresso tecnológico em matéria (para um maior aprofundamento, ver: DANIELE, Marcello. *La prova digitale,* cit., 2011. p. 293 s.). E, ainda, uma alternativa igualmente válida poderia se identificar com o uso da fonte regulamentar. Esse último instrumento é, de fato, facilmente atualizável e além de tudo tem a vantagem de uniformar os protocolos de gestão do dado informático em todo o território nacional. Diferentemente, no estado atual, tudo é remetido à vontade e aos conhecimentos técnicos dos operadores. Nessa mesma direção: RICCI, Alessia Ester. Digital evidence, sapere tecnico-scientifico e verità giudiziale. In: CONTI, Carlotta (Org.). *Scienza e processo penale*. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi. Milano: Giuffrè, 2011. p. 342 ss.

Por outro lado, o reformador foi criticado seja por não ter enfrentado exaustivamente os problemas dedicados às investigações informáticas (em tons análogos em doutrina, ver: LUPARIA, Luca. La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa (L. 18 marzo 2008 n. 48). I profili processuali. *Diritto penale e processo*. p. 718, em que o autor menciona, entre outros, a captação de comunicações vocais com o sistema *voice-over-IP*, as interceptações paramétricas e a apreensão em tempo real das correspondências eletrônicas), seja a escolha da via da interpolação normativa, em vez de predisposição de uma nova disciplina que regulamentasse o fenômeno das investigações informáticas, considerando que as peculiares características da prova digital: imaterialidade e volatilidade mal se aconselham com os tradicionais instrumentos codicísticos.

em equipamentos informáticos, com a consequente inaplicação de inúmeras hipóteses taxativas do remédio processual da *inutilizabilidade*.[24]

Improfícuo sublinhar que acerca dessas questões seria apropriada uma intervenção legislativa ao fim de delimitar tanto o perímetro dos critérios operativos nessa matéria quanto os operadores legitimados a entrar em contato com o dado digital recolhido.

Por essas razões, o percurso lógico-jurídico que se seguirá neste trabalho não pode deixar de partir da distinção entre as duas peculiares funções que os "programas espiões" desenvolvem: ou seja, a captação do fluxo telemático dos dados e a captação do conteúdo de um sistema informático. Isso enquanto, para cada uma dessas diferentes funções, será necessário verificar, em primeiro lugar, a conformidade do instrumento investigativo a um dos autos de inquérito regulado no c.p.p. italiano. Em segundo lugar, será necessário analisar se o auto de inquérito pode se enquadrar na categoria das assim chamadas provas atípicas previstas pelo artigo 189 c.p.p. italiano.

2. A noção de "captador informático" entre dissídios estruturais e práxis interpretativas arbitrárias

Por captador informático (*trojan* ou *spyware*) se entende um *software* altamente intrusivo que domina ocultamente os dispositivos tornando-os transparentes e acessíveis aos investigadores e transformando em onipresentes microespiões os *smartphones*, *tablets* e computadores, através dos seus sensores.[25] Desta forma é possível monitorar tanto o fluxo de comunicações inerentes a sistemas informáticos ou telemáticos como o seu conteúdo, favorecendo a colheita dos dados presentes ou futuros mediante cópia e localizados ao interno das memórias de um dispositivo informático.[26]

Desenvolvidos por empresas especializadas, programas desse tipo são equivalentes tecnicamente aos vários tipos de *malware* empregados pelos cyber-

24. Ver: GREVI, Vittorio. Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche. *Giurisprudenza costituzionale*, 1973. p. 341 ss.

25. Sobre isto, ver: ATERNO, Stefano; MATTIUCCI, Marco. Cloud forensics e nuove frontiere delle indagini informatiche nel processo penale. *Archivio Penale*, 2013. p. 865 ss. e ATERNO, Stefano. Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale. *Giurisprudenza di merito*, 2013. p. 966 ss.

26. A esses propósitos, entre outros: CATALANO, Maria Elena. Prassi devianti e prassi virtuose in materia di intercettazioni. *Processo penale e giustizia*, 2016, n. 1. p. 1 ss.

-criminais para obter os dados dos próprios investigados.[27] Ditos captadores são construídos em modo tal que possam ser instalados furtivamente nos computadores que serão monitorados e agem sem relevar ao usuário a própria presença; capturam tudo aquilo que é digitado sobre o teclado, exibido na tela ou dito no microfone; comunicam usando a Internet, em modalidade escondida e protegida e enviam aquilo apreendido a um centro remoto de comando e controle que os administram; podem buscar entre os arquivos presentes no computador "hóspede" ou em outros conexos com a rede local; dispõem de contramedidas que os tornam capazes de se esconder aos mais célebres antivírus; aproveitam-se da vulnerabilidade dos sistemas operativos e dos aplicativos para ignorar controles que poderiam impedi-los ou inibi-los.[28]

Em ausência de uma definição legislativa, a jurisprudência italiana tenta oferecer uma definição jurídica de "sistema informático ou telemático", em razão da qual teria que assim se considerar qualquer aparelho mais ou menos complexo "destinado a desenvolver qualquer função útil ao homem através da utilização, mesmo que parcial, de tecnologias informáticas".[29]

Trata-se de uma definição centrada sobre a passagem do "dado" à "informação", no sentido de que a função de registro-memorização eletrônica de dados, considerados quais representações elementares de um fato, une-se à função de elaboração-organização lógica de tais dados em um conjunto que constitui "informações".

A atitude da máquina (*hardware*) de organizar e elaborar dados em conformidade a certo programa (*software*) e em vista de finalidades heterogêneas

27. Sobre o fenômeno na Alemanha, ver, por exemplo: VENEGONI, Andrea; GIORDANO, Luigi. *La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo strumenti informatici*. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it].

28. Ver, por exemplo: COLAIOCCO, Sergio. Nuovi mezzi di ricerca della prova: l'utilizzo dei programmi spia. *Archivio Penale*, 2014. p. 9.

29. Essas últimas são características da presença simultânea de três aspectos funcionais: (a) o registro ou memorização "por meio de impulsos eletrônicos ou em suportes adequados de dados representados através de símbolos (*bit*) numéricos (código) em combinações diferentes"; (b) "a elaboração automática" pela máquina de dados assim registrados ou memorizados; (c) a organização de tais dados "segundo uma lógica que os consinta de exprimir um particular significado para o utente". Sobre isso, maiores aprofundamentos encontram-se em: STALLA, Giacomo. *L'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico*. Disponível em: [www.penale.it], ou para a jurisprudência, ver: *Cassazione* Penal, Seção VI, 4 de outubro de 1999. *Cassazione Penale*, 2000. p. 1611 s.

constitui elemento descritivo essencial, consentindo de distinguir aquilo que é informático do que é somente eletrônico.[30]

Por outro lado, diversos sistemas informáticos unidos estavelmente entre eles constituem um sistema telemático. Nesse caso o elemento que permite distinguir um sistema telemático de um mero dispositivo de transmissão à distância de sinais é exatamente a união que deve existir entre eles.[31]

Assim definidos, a monitoração de um sistema informático ou telemático através da utilização de "programas espiões" assumem duas peculiaridades relevantes. Em primeiro lugar, que isto não provoque qualquer interferência qualitativa sobre prestações feitas pelo dispositivo interessado, seja este um computador ou uma conexão à internet. Em segundo lugar, o destinatário não tem possibilidade de suspeitar da monitoração em andamento, considerando que ela se realiza com a modalidade satélite.[32]

Evidentes são as potencialidades desses instrumentos investigativos no acertamento de fatos de crime, especialmente no âmbito da investigação preliminar. Trata-se de uma potencialidade intrusiva que comporta uma forte limitação dos direitos fundamentais do acusado que, por essa razão, deve encontrar a sua legitimação em um quadro jurídico de referência bem definido.

Todavia, em relação ao enquadramento jurídico dos captadores informáticos na disciplina dos meios de prova típicos (art. 247 s. c.p.p. italiano), emergem alguns pontos que evidenciam essa divergência.

---

30. Assim, por exemplo, o vídeo registrador, o leitor de CD, os dispositivos que presidem à ativação de sistemas de segurança dos automóveis (como o airbag, o ABS), alguns eletrodomésticos não podem ser considerados "sistemas informáticos" exatamente porque estes são inidôneos à elaboração e organização de dados.

31. Sucessivamente, a interpretação da jurisprudência encontrou confirmação no artigo 1 da Convenção de Budapeste de 2001, a qual consagrou a seguinte definição: "qualquer aparelho ou grupo de aparelhos interconexos ou coligados, um ou mais dos quais, com base em um programa, realizem a elaboração automática de dados": art. 1º da Convenção Europeia de Budapeste (tradução livre). Trata-se de uma noção muito ampla, suscetível de englobar tanto a máquina em seu complexo quanto as suas próprias partes, a condição de que estes sejam conjuntamente finalizados à realização daquelas funções e à atenção daquelas finalidades.

32. Como é notório, a nível técnico existem essencialmente dois modelos de monitoração: (1) a "*on line surveillance*", que permite um controle constante das atividades realizadas na rede, em entrada e em saída de um dispositivo informático; (2) a assim chamada "*online search*" ou "*one time copy*", que se caracteriza por consentir a obtenção, mediante cópia, de dados contidos ao interno de memórias de um dispositivo informático (na maior parte dos casos trata-se de um computador pessoal).

Em primeiro lugar a "busca e apreensão" é ontologicamente direcionada à "procura do corpo de delito e das coisas pertinentes a este" que, em caso de comparecimento, deve ser necessariamente sequestrado.[33] Por outro lado, a utilização de programas espiões transcende da procura do corpo de delito e/ou das coisas pertinentes a este e não fluem necessariamente em um sequestro.[34]

Em segundo lugar, a "busca e apreensão" tradicional são atos à surpresa no sentido que não deve ser dado aviso prévio de seu cumprimento ao indagado. Todavia, se o acusado está presente durante as operações, ele tem uma série de garantias defensivas disciplinadas pela lei: notificação do decreto motivado; convite a nomear um defensor de confiança ou à designação de um *ex officio*; consequente direito de ser assistido por um defensor. Diferentemente, a "busca e apreensão *on-line*" não contempla somente atos à surpresa, porém, para serem frutuosos, esses devem permanecer desconhecidos ao indagado durante todo o seu desenvolvimento. Nem sequer as novidades introduzidas pela Lei 48 de 2008 poderiam conduzir a diferentes conclusões. De fato, até mesmo quando tem por objeto sistemas informáticos ou telemáticos, a busca e apreensão tradicional permanece sempre unida à sua finalidade legal de pesquisa de "coisas pertencentes ao crime" e é garantida pelo ordinário direito de defesa mencionado acima.[35]

Em terceiro lugar, sobre a classificação jurídica dos captadores informáticos como formas especiais de inspeção, segundo a doutrina e a jurisprudência consolidada, a diferença entre a "busca e apreensão" e a inspeção é constituída pelo fato de que as primeiras são direcionadas à busca de determinados objetos: corpo de delito ou coisas pertencentes a estes, enquanto as inspeções são voltadas a fotografar uma situação de fato suscetível de modificações (art. 244 s. c.p.p. italiano). Além de tudo, dito quadro normativo permaneceu inalterado até mesmo diante das modificações contidas na citada Lei 48 de 2008, que se limitou a contemplar *ex* art. 244, inciso 2º c.p.p. italiano, até mesmo os

33. Recentemente sobre o assunto: TROGU, Mauro. Sorveglianza e "perquisizioni" on line su materiale informatico. In: SCALFATI, Adolfo (Org.). *Le indagini atipiche*. Torino: Giappichelli, 2015. p. 431 ss.

34. Em argumento ver, por exemplo: BOZIO, Valeria. La prova atipica. In: FERRUA, Paolo; MARZADURI, Ettore; SPANGHER, Giorgio (Org.). *La prova penale*. Torino: Giappichelli, 2013. p. 62 ss.

35. Ver também: *Cassazione* Penal, Seção IV, 24 de maio de 2012, em *Mass. Uff.*, n. 252689, em que se exclui a reconduzibilidade à perquisição de uma atividade que é voltada a adquirir dados não presentes no sistema informático no momento em que o ato é disposto.

sistemas informáticos ou telemáticos como possíveis objetos de inspeções, mas sem modificar a natureza genética do ato de inspeção. Vice-versa, a introdução de um programa espião resulta totalmente estranha à função descritiva, tipicamente estática, das inspeções, sendo direcionado a uma colheita até mesmo prolongada no tempo de dados e informações pertencentes ao indagado. Disso deriva a inadequação das garantias previstas no art. 364 c.p.p. italiano, ou seja: (a) a inspeção é normalmente submetida aos tempos de aviso prévio (inciso 2º); e (b) ainda em caos urgentes, é sempre "assegurada [...] a faculdade do defensor de intervir" (inciso 5º): faculdade, esta, que pressuporia uma *discovery* que frustraria completamente todas as finalidades processuais de qualquer busca e apreensão *on-line*.[36]

3. A resposta pouco convincente da suprema Corte com a Sentença 26.889 de 2016

Investido do reexame contra a *ordinanza* aplicativa da custódia cautelar em cárcere em relação aos crimes de associação mafiosa (art. 416-*bis* c.p. italiano) e de associação finalizada ao tráfego de substâncias estupefacientes (art. 74 D.P.R. 9 de outubro de 1990, número 309), o Tribunal de Palermo é chamado a se medir com a exceção de *inutilizabilidade* dos resultados das interceptações ambientais colocadas como apoio argumentativo da avaliação[37] de subsistência dos graves indícios de culpabilidade.[38] Na *fattispecie*, o juiz do inquérito preliminar autorizou o MP[39] "a dispor das operações investigativas de interceptação de tipo ambiental das conversas entre presentes que se verificarão nos locais nos quais se encontra o dispositivo informático em uso" pelo indagado; portanto, com uma latitude "móvel" em relação ao aparelho interessado (no caso específico um *tablet*). Daqui a dúplice queixa defensiva: em primeiro lugar, a

36. Nesse sentido, ver: MARCOLINI, Stafano. Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche). *Cassazione Penale*, 2010. p. 2855 ss.

37. Sobre o momento propriamente inferencial que as premissas probatórias conduzem à preposição a ser provada, ver, por todos: FERRUA, Paolo. Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove. *Questione giustizia*, 1998. p. 588 ss.

38. Para um atento comentário crítico à sentença em exame, ver: LASAGNI, Giulia. *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it].

39. Para uma reconstrução mais detalhada, envia-se a: Procura Generale Presso la Corte di Cassazione. *Memoria per la camera di consiglio delle Sezioni Unite del 28 aprile 2016*. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it].

colocação do dispositivo eletrônico até mesmo nos locais de privada demora tornaria possível a interceptação domiciliar sem que o decreto de autorização motivasse a atualidade da ação criminosa naquele lugar (art. 266, inciso 2º, segundo período c.p.p. italiano); além disso, colocando-se em contradição com a contextual rejeição do pedido de "gravação áudio vídeo dentro da casa privada" do indagado "não sendo consentida dita atividade".[40] Por outro lado, e em termos mais gerais, a autorização teria que ter especificado o local das conversas, não sendo admissível um ato genérico que permita a captação em qualquer lugar ao qual se dirija o sujeito, levando consigo o aparelho, traduzindo na compressão injustificada de valores invioláveis de liberdade e sigilo das comunicações tuteladas com reserva de lei e de jurisdição (arts. 15 da Constituição italiana e 8 CEDU).

Fácil para o Tribunal rejeitar a primeira queixa, considerado que nos procedimentos relativos aos delitos de criminalidade organizada a busca domiciliar, em derroga ao limite *ex* art. 266, inciso 2º c.p.p. italiano, é consentida "até mesmo se não se tem motivo para considerar que nos locais preditos esteja realizando-se a atividade criminosa".[41] Por outro lado, a reivindicação relacionada à irreconciliabilidade entre o decreto que autoriza a interceptação ambiental e a contextual rejeição do pedido de gravações "áudio-vídeo" dentro da casa privada, valorizada pelo recorrente para sustentar a legitimidade da captação executada, foi superada pelo juiz do reexame mediante uma leitura "corretiva". Ou seja, a rejeição se referiria somente as hipóteses de gravações "vídeo" – proibidas, reafirma o tribunal, nos locais reconduzíveis ao conceito de domicílio e digno de tutela *ex* art. 14 da Constituição italiana[42] – sem prejudicar a praticabilidade das interceptações domiciliares, que a lei não proíbe de forma alguma, mas, ao máximo, subordina ao requisito contido no art. 266, inciso 2º, c.p.p. italiano.

40. Assim a motivação do juiz, p. 14 s.

41. Art. 13, inciso 1, d.l. 152 de 1991. Dúvida da legitimidade constitucional desta derroga: CAPRIOLI, Francesco. Riprese visive nel domicilio e intercettazioni "per immagini". *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, III, c. 2201, nt. 146. Em assunto, em termos mais amplos, ver: CAMON, Alberto. Captazione di immagini (diritto processuale penale). *Enciclopedia del diritto*. Milan: Giuffrè, 2013. p. 133-149 e CAMON, Alberto. Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali". *Cassazione Penale*, 1999. p. 1206 ss.

42. Envia-se a CAMON, Alberto. Sub art. 266 c.p.p. In: CONSO, Giovanni; ILLUMINATI, Giulio, *Commentario*, cit., p. 1018 s. para um amplo panorama sobre o tema das represas visíveis.

Menos linear, por outro lado, o percurso argumentativo que conduz a desatender até mesmo a segunda exceção, sobre a pressuposição que o decreto autorizativo – diferentemente do sustentado nos motivos do reexame – descreve "precisamente as coordenadas e os confins" da atividade investigativa subentendida à interceptação. Afirmada a existência de uma relação de pertencimento entre o crime de associação mafiosa e o dispositivo eletrônico em uso pelo investigado, o Tribunal considera satisfeita também a especificação dos locais que o decreto teria individuado "na sala na qual se encontra naquele momento o aparelho portátil". Considerado que o captador cobre um raio não superior a dez metros de distância, delimitar "entorno ao *tablet*" o espaço de intrusão teria, portanto, circunscrito a interceptação somente a algumas salas da casa privada, preservando em termos ainda mais sólidos aquela *privacy* que uma ordinária captação ambiental, ao contrario, teria estendido dentro do domicílio do investigado.

Todavia, não parece que o reduzido "espaço de captação" atribuído ao *software-trojan* possa fornecer argumentos tranquilizantes ao ponto de compensar a imprecisão implícita no decreto que autoriza a interceptação ambiental individuando os locais somente *per relationem*.[43] Certamente, não se duvida que a reserva dos sujeitos envolvidos seja majoritariamente tutelada quando se consiga conter a captação domiciliar somente em relação às conversas referíveis à atividade criminosa: por essa estrada se garante nos fatos proteção à intimidade doméstica, mesmo quando o título do crime – como no caso em análise – consentiria desvincular a interceptação do requisito contido no art. 266, inciso 2º, segundo período, c.p.p. italiano.

Dito isso, a alegada garantia aumentada em relação à *privacy* pressupõe que a escuta não atinja acidentalmente conversas relativas a casos estreitamente privados; trata-se, porém, como é óbvio, de uma circunstância não previsível, que sente da variabilidade conexa às modalidades executivas das operações.[44]

43. Ver: CAMON, Alberto. L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni. *Rivista italiana di diritto e procedura* penale, 2005. p**.** 594-645. E também: LORENZETTO, Elisa. Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante "captatore informatico". *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 marzo 2016.

44. Pontuais reservas sobre a gestão operativa do captador informático são expressas por: TORRE, Marco. *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenza investigative*, cit., p. 1171.

No entanto, o equívoco se coloca acima e consiste em ter reconhecido como específico um local por definição genérico, porque identificado com base em uma colocação contingente de um dispositivo portátil.[45]

De fato, enganador é à remissão à "sala" para identificar o local no qual o aparelho "é colocado naquele momento": a referência, em certo sentido evocativo de um ambiente doméstico, não exclui que o dispositivo, exatamente porque móvel, possa ser utilizado em lugares diferentes do apartamento do indagado, assim como em outras casas privadas.

Rebus sic stantibus, o decreto autorizativo teria que individuar um local estável, através de rigorosas predeterminações dos locais nos quais executar as operações, sob pena de ilegitimidade[46] – e, de consequência, a *inutilizabilidade*[47] – das captações autorizadas sem a necessária especificação.[48] Na mesma estreita interpretação das normas que consentem interceptar as comunicações entre presentes, não há espaço para eufemismos jurídicos, como aquele subentendido na interceptação ambiental.

De fato, com uma das primeiras pronunciações em matéria[49] e os juízes de legitimidade reconduzem o "captador informático" na categoria das provas atípicas *ex* art. 189 c.p.p. italiano com base na premissa de que a atividade do MP tinha consistido em recolher e copiar documentos memorizados sobre o disco rígido do aparelho em uso pelo investigado, que, por sua vez, tinha obtido não um "fluxo de comunicação", que imporia um diálogo com outros sujeitos, mas "uma relação operativa entre microprocessador e vídeo do sistema eletrônico", ou seja, a atividades confinantes dentro dos circuitos do computador pessoal.

45. TESTAGUZZA, Alessandra. *Digital forensic*. Informatica giuridica, cit., p. 762.

46. Em termos mais amplos: PANZAVOLTA, Michele. *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*. Fano: Aras Edizioni Universitaria, 2012.

47. Se reenvia a: ILLUMINATI, Giulio. L'inutilizzabilità della prova nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010. p. 521 ss. e também a: LOZZI, Gilberto. Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978.

48. Ver: Cassazione penale, Seç. VI, 26 de maio de 2015, n. 27100, em *Guida al diritto*, 2015, numero 41. p. 83.

49. *Cassazione* Penal, Seção V, 14 de outubro de 2009, em *Mass. Uff.*, n. 246955. Na doutrina, ver: ATERNO, Stefano. Mezzi atipici di ricerca della prova e nuovi strumenti investigativi informatici: l'acquisizione occulta da remoto e la soluzione per la lotta contro l'utilizzo del cloud criminal. In: COSTABILE, Gerardo; ATTANASIO, Antonio (Org.). *IISFA Memberbook Digital Forensics, 2012. Condivisione della conoscenza tra i membri dell'IISFA*, Italian Chapter. Forlì: Experta, 2013. p. 5 s.

O caso nasce em seguida da utilização por parte da Polícia de Estado de um captador informático capaz de adquirir os arquivos memorizados internamente a um computador em uso por parte de um dos principais investigados e situado em seu local de trabalho.[50] Tecnicamente, o MP autorizava tal atividade através de "decreto de colheita de atos" *ex* art. 234 c.p.p. italiano. De fato, o decreto dispunha a apreensão não somente de arquivos já existentes, mas também de todos aqueles dados que teriam sido inseridos futuramente na memória do computador em uso pelo indagado. Realizava-se dessa forma uma verdadeira monitoração oculta e continuativa do conteúdo da memória do computador objeto de investigações, protraída por mais de oito meses.

Além de tudo, em base no material probatório recolhido, os imputados foram condenados em primeiro grau pelo GUP do Tribunal de Palermo. Em particular, o juiz do rito abreviado julga legítima a atividade investigativa realizada, enquadrando-a como prova atípica nos sentidos do art. 189 c.p.p. italiano. Em segundo grau, a defesa sustentava a necessária subsunção de tal atividade investigativa no âmbito aplicativo próprio das interceptações telemáticas e, de qualquer forma, disse-se naquela sede que o material recolhido pelos investigadores seriam por si mesmo "provas inconstitucionais" e inutilizáveis nos sentidos do art. 191 c.p.p. italiano, por violação dos arts. 14 e 15 da Constituição.

Todavia, segundo a Corte de legitimidade, a atividade autorizada pelo MP consistia em retirar e copiar documentos memorizados no disco rígido do aparelho em questão, e não ao contrario, como dito *supra*, em uma interceptação de comunicação.

Por essas razões, a Corte não acolhe a hipótese defensiva avançada, argumentando que não teria sido configurada qualquer violação do art. 14 da Constituição, porque, de fato, o aparelho monitorado com a instalação do captador informático não teria sido posto em local domiciliar ou em um local de privada demora, mas em uma sede de um escritório público, qual é o *Comune* em que trabalhava o réu, cujo imputado certamente não gozava de um *ius excludendi alios*. Por outro lado, não teria nenhuma violação do art. 15, porque aquilo

50. Em termos mais amplos, para uma reconstrução pontual do tema objeto de análise: IOVENE, Federica. Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale. *Diritto penale contemporaneo*, 3-4/2014. p. 329 ss. E, em chave comparada: IOVENE, Federica. Perquisizione e sequestro di computer: un'analisi comparatistica. *Rivista di diritto* processuale, 2012, 6, p. 1607-1616. Para um estudo dogmático em matéria, ver: CORDERO, Franco. Prove illecite. *In*: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffré, 1963. p. 45 ss.

reproduzido em cópia não era um texto encaminhado e transmitido com o sistema informático, mas somente predisposto para ser impresso em suporte de papel e sucessivamente entregue ao seu destinatário.

Em suma, com essa sentença, que julga legítimo o decreto de apreensão em cópia da documentação informática memorizada no computador, e que considera correta a qualificação da atividade de captação como prova atípica, subtraindo-a da disciplina da interceptação, a Suprema corte se baseia na circunstância de que o ato refere-se à extrapolação de dados e não a um fluxo de comunicação já contido precedentemente na memória do computador.

A posição assumida com a "sentença Virruso" foi sucessivamente confirmada em outras pronunciações.[51] No "caso Bisignani" em que se indagava contra uma presumida associação maçônica P4, os imputados teriam instaurado um sistema informativo paralelo, cujo objetivo teria sido:

> (...) [uma] ilícita apreensão de notícias e informações, embora cobertas pelo segredo, algumas das quais inerentes a procedimentos penais em andamento além de outros dados sensíveis ou pessoais ao fim de consentir a sujeitos investigados de eludir o inquérito judiciário ou então para obter favores ou outras utilidades.

O GIP optou pela apreensão dos dados através de uma simples medida, não qualificando tal atividade como ato de interceptação. Na motivação refere-se expressamente à precedente sentença da *Corte di Cassazione* no "caso Virruso", deixando totalmente não resolvidas as incertezas sobre a possibilidade de aproveitar de tal meio atípico de busca da prova e à simples predisposição de uma medida do MP qual ato idôneo a justificar uma atividade claramente incisiva na esfera de liberdade do direto interessado.

Sucessivamente, depois de ter afirmado no "caso Virruso e Bisignani" que as provas apreendidas pelo trâmite de um "captador informático" reentrassem no grupo das provas atípicas e assim subtraindo-as à disciplina da interceptação, com a sentença em exame, ao contrário, a Corte de legitimidade retornou sobre esse ponto afirmando desta vez que os elementos apreendidos por meio dos "captadores informáticos" se enquadram como "interceptação ambiental" e que as mesmas devem realizar-se em locais circunscritos e individuados *ab origine* e não em qualquer lugar que se encontre o sujeito.

51. *Cassazione* Penal, Seção VI, 27 de novembro de 2012, Bisignani, em *Mass. Uff.*, n. 254865.

O caso tinha como objeto o recurso per cassação adverso ao ato do Tribunal do reexame de Catania que confirmou a aplicação da medida intramural em ordem ao reato *ex* art. 416-*bis* c.p. italiano, individuando como motivo de particular queixa o fato de que a Procuradoria investigante tivesse disposto tanto a interceptação telemática urgente com agente invasor ou "vírus informático" de todo o tráfego de dados dos aparelhos eletrônicos em uso pelos indagados, quanto todas as conversações entre presentes, mediante ativação com predito vírus o microfone e a vídeo câmera dos respectivos *smartphones*.

Segundo a tese da acusação, isso teria comportado uma invasiva e ilegítima apreensão dos conteúdos da memória de preditos aparelhos, consentido a captação de todos os dados próprios da esfera privada dos respectivos utilizadores, em aberta violação do art. 8º CEDU e da normativa prevista em matéria de interceptação. Além do mais, toda a operação teria sido efetuada em ausência de alguma limitação temporal ou espacial.

Levando em consideração que a ativação de um microfone através do uso do "captador informático" equivale-se à interceptação ambiental *ex* art. 266, inciso 2, c.p.p. italiano, a Corte ressalta em diferentes ocasiões como as normas que preveem a possibilidade de interceptar comunicações entre presentes devem ser de restrita interpretação, razão pela qual não seria correto atribuir à norma codicista um âmbito de aplicação assim amplo a ponto de incluir a possibilidade de uma captação experimentável onde quer que o sujeito se encontre.

A única interpretação compatível com o preceito constitucional, e, em particular, com o art. 15 da Constituição italiana, que dita o fundamental princípio segundo o qual a liberdade e o sigilo da comunicação são invioláveis, admitindo uma limitação somente por ato motivado pela autoridade judiciária e com as garantias estabelecidas pela lei, é aquela segundo a qual a interceptação ambiental tem que ocorrer em locais circunscritos e individuados originariamente, e não em qualquer local onde o interessado se encontre. Portanto, o decreto que autoriza a operação tem que delimitar com precisão os lugares nos quais deverão ser realizadas as interceptações de comunicação entre presentes, não sendo admissível uma indicação indeterminada ou ausente.

Tal posição despertou não poucas perplexidades, enquanto parecia não colher a especificidade técnica das interceptações ambientais e as diferenças entre estas e as interceptações telefônicas.[52] A esses propósitos as Seções Unidas da

52. AMATO, Giuseppe. Intercettazione mediante agenti intrusori, la Cassazione non è al passo con i tempi. *Guida al diritto*, 2015, n. 41. Disponível em: [www.procuratrento.it].

Corte foram chamadas[53] a pronunciar-se sobre a necessidade de uma específica indicação no decreto de autorização dos locais onde tem que ser efetuada a interceptação, em ausência da qual a decisão seria ilegítima e os resultados inutilizáveis.

O caso refere-se à autorização por parte do Tribunal do reexame de Palermo, em um procedimento contra criminalidade organizada, de uma operação conduzida sobre um dispositivo informático através da instalação de um "captador informático" dentro de uma área de interceptabilidade extremamente móvel e capaz de seguir os movimentos do aparelho em até dez metros.

Por um lado, os motivos de queixa da defesa referem-se ao decreto do MP que teria consentido a interceptação até mesmo na habitação privada sem nada esclarecer acerca da atualidade da ação naquele local; por outro lado, evidenciam a generalidade excessiva da medida que, desta forma, possibilitou um acesso à comunicação em qualquer lugar que se encontrasse a pessoa submetida a inquérito, comprimindo os valores de liberdade e sigilo das comunicações tutelados pela Constituição e pela Convenção europeia.

Em relação ao primeiro ponto, o Tribunal sublinhou como a natureza do procedimento "contra fatos de máfia" torna supérflua a motivação sobre a existência de uma atividade criminal na habitação privada.

Quanto à segunda queixa, ao contrário, encontram-se na sentença maiores dificuldades argumentativas: de qualquer forma, considera-se que a autorização emitida pelo GIP contivesse garantias suficientes da *privacy* sobre uma intrusão indiscriminada da atividade investigativa. Em outras palavras, o Tribunal julgou que o decreto do MP indicasse com suficiente precisão as coordenadas e os confins da interceptação ambiental com base na mesma especificação feita pelo GIP, em respeito a qual se argumentava que o *tablet* teria tido um papel fundamental no inquérito.[54]

Contra tal ato do tribunal de Palermo, apresentou-se recurso em Cassação *ex* art. 606 c.p.p. Por sua parte, o colégio designado considerou não compartilhável "as radicais conclusões alcançadas pela sentença número 2700/2015 e considerada a delicadeza em matéria"[55] e julgou oportuno submeter a questão

53. *Cassazione Penal*, Seção VI (*ordinanza*), 6 de abril de 2016, *Archivio penale* (*bollettino web*).

54. NEGRI, Daniele. Intercettazioni, via libera alle microspie nei tablet. "*Il Sole 24 Ore*", 7 aprile 2016. Disponível em: [www.ilsole24ore.com]. Acesso em: 27.11.2016. Confronte-se também: MAISANO, Leonardo. Intercettazioni legali: Italia al top. "*Il sole 24 ore*", 7 de junho 2014. Disponível em: [www.ilsole24ore.com].

55. (Tradução livre).

às Secções Unidas para evitar potenciais contrastes interpretativos. Em particular, três eram as questões fundamentais colocadas na *ordinanza:*[56] (a) se o decreto que dispõe a interceptação de conversações e comunicações mediante a instalação em dispositivos eletrônicos e um vírus informático tem que indicar o local onde ocorre a relativa captação, sob pena de *inutilizabiliade* dos resultados obtidos; (b) se faltando tal indicação as eventuais sanções de *inutilizabilidade* refira-se em concreto somente às captações que se verificam em locais privados fora dos pressupostos indicados no art. 266, inciso 2, c.p.p.; (c) se, de qualquer forma, seja possível prescindir de tal indicação caso a interceptação por meio de vírus informático seja disposta em um procedimento relativo a crimes de criminalidade organizada.

Dá-se por presumido também, para os casos relativos a delitos de criminalidade organizada, que dito instrumento de captação seja configurável como as interceptações entre presentes, pelas quais não é prevista a necessidade de especificar o local onde são realizadas as captações, em aberto contraste com o disposto recentemente pela mesma Corte.[57]

Sucessivamente, com a Informativa 15, de 28 de abril de 2016, as Secções Unidas divulgam a resposta afirmativa sobre a possibilidade de efetuar interceptações em habitação privada mediante captador informático instalado nos dispositivos eletrônicos.

Porém deve tratar-se de procedimentos relativos à criminalidade organizada, até mesmo terrorista, *ex* art. 51, inciso 3-*bis* e 3-*quater* c.p. italiano, com exclusão do mero concurso de pessoas no crime.

Sobre esses instrumentos fortemente invasivos, os interrogativos são vários.

Em primeiro lugar, o instrumento em questão permite captar informações que vão muito além daquilo que usualmente recolhe mediante interceptações tradicionais, do momento em que o captador informático efetua contemporaneamente: interceptação ambiental; interceptação telemática; geolocalização e gravações audiovisuais; rastreamentos de dados, imagens e vídeos pegos através do ambiente circunstante e envolvendo sujeitos terceiros.

Em segundo lugar, em relação aos operadores que efetuam e fornecem estes *spyware*, quando a Procuradoria autoriza uma captação, esta se refere a empresas especializadas, as quais dispõem desses mecanismos. Todavia, ainda não existem regras aptas a garantir a confiança do operador privado, não sendo

56. *Cassazione* Penal, Seção VI, (*ordinanza*) 6 de abril de 2016.

57. *Cassazione* Penal, Seção VI, 25 de maio de 2015, p 83.

estabelecidos pré-requisitos individuais aos fins do encargo e nem sequer modalidades mediante as quais realizar a captação e um órgão legitimado ao controle do respeito das indicações da procuradoria.

Uma regulamentação da matéria que encontre um ponto de equilíbrio com as exigências de liberdade e sigilo e que atente às criticidades que emergem do uso desse meio é uma exigência que não pode ser afastada.

Com Decreto-lei 7, de 2015, o assim chamado decreto antiterrorismo, previa-se originariamente uma norma que teria modificado o art. 266-*bis*, inciso 1, c.p.p. italiano, permitindo:

> (...) a intercepção do fluxo de comunicações relativo a sistemas informáticos ou telemáticos ou intercorrente entre mais sistemas até mesmo através do uso de instrumentos ou programas informáticos para a apreensão remota das comunicações e dos dados presentes em um sistema informático (...).[58]

E isto enquanto "seja necessário para a apreensão de notícias concernentes à prevenção dos crimes previstos no art. 407, inciso 2, letra a), e 51, inciso [...] e daqueles cometidos mediante o emprego de tecnologias informáticas ou telemáticas"[59].

Todavia, em um segundo momento, dita disposição foi excluída do decreto tendo em vista a distinção do tema das interceptações em relação ao objeto complexo da medida em questão, reenviando o exame do problema em sede de discussão de medidas sobre esse específico meio de busca da prova. Trata-se de decisão compartilhável considerada a necessidade de um estudo aprofundado pelo legislador italiano e um razoável balanceamento entre exigências repressivas e investigativas e tutela da liberdade dos cidadãos.[60]

Espera-se, porém, uma intervenção *de iure condendo* que discipline o uso dos citados programas espiões durante a atividade investigativa. De fato, suscita não pouca perplexidade em um Estado democrático o fato de que o órgão responsável pela investigação possa ter livre e oculto acesso a qualquer dispositivo privado, sem uma específica lei que regulamente a matéria.

58. (Tradução livre).

59. (Tradução livre).

60. Atualmente foi elaborada uma proposta de lei, depositada pelo deputado Greco, em 2 de dezembro de 2015, n. 3470, que pretende modificar o art. 266 c.p.p. italiano introduzindo a possibilidade de utilizar o captador informático para a interceptação de fluxos de comunicações informáticas ou telemáticas.

4. Acenos ao "projeto Gratteri" de reforma da disciplina das interceptações telefônicas

Com o assim chamado "projeto Gratteri" refere-se à proposta apresentada pela "*Commissione per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata*" nomeada com DPCM 30 de maio de 2014 e presidida por Nicola Gratteri, cujos trabalhos terminaram em 31 de dezembro de 2014.[61]

Por um lado, dito projeto facilita extremamente o recurso ao instrumento da interceptação, estendendo até aos procedimentos enucleados no art. 266 c.p.p. italiano o regime autorizativo atualmente reservado ao art. 13 do d.l. 13 de maio de 1991, número 152 ao inquérito de delitos de criminalidade organizada e ameaças com meio telefônico. Diferentemente, para interceptar bastarão, portanto, meros indícios em lugar de indícios graves de crime (com uma leve derrapagem semântica a respeito do atual disposto no art. 13, que requer indícios de crimes "suficientes"), e bastará que as atividades de escuta sejam necessárias para o desenvolvimento do inquérito em lugar de absolutamente indispensáveis para a continuação do inquérito já realizado. Se poderá também interceptar por maior período (o tempo ordinário passa de quinze a quarenta dias, as prorrogações de quinze a vinte), e as interceptações ambientais domiciliares serão consentidas mesmo em ausência do *fumus perdurantis criminis* (resolvendo-se na raiz, em sentido menos garantista, até o problema da interceptação feita mediante captador informático instalado em dispositivo móvel). Foi dito que a incidência prática dessas modificações não deveria ser exaltada, porque não constam decretos autorizativos anulados nos sentidos do art. 267 c.p.p. italiano sobre o pressuposto que os indícios não fossem graves, ou sobre o pressuposto de que a interceptação não fosse absolutamente indispensável para a continuação do inquérito. A objeção não convence: em alguns momentos as normas transmitem sinais mais importantes sobre a sua própria

61. Disponível em: [www.giustizia.it]. Acesso em: 17.01.2017. Um comentário crítico de dito projeto encontra-se em: CAPRIOLI, Francesco. Brevi note sul progetto Gratteri di riforma della disciplina delle intercettazioni. *Cassazione penale*, 2016, fasc. 11, p. 3981 s., segundo o qual dito projeto se inspira a uma lógica "policialesca" e a "exclusiva vantagem dos investigadores" em que – citando Paolo Ferrua – o Autor sustenta que o modelo perseguido é o seguinte: "se intercepte tranquilamente, se limite quanto se quer o sigilo da comunicação, deste que nada de quanto se descubra transborde ao esterno do procedimento": porém, raciocinar assim, seria "sem sentido" porque "proteger o resguardo ao invés do segredo é típico de um regime policialesco, sobre o qual permanece muito mais preferível a incontrolada divulgação nos *mass-media* das notícias interceptadas" (tradução livre).

capacidade perceptiva, e aqui o sinal lançado aos investigadores seria inequívoco. Poderá se interceptar muito mais do que antes: e imediatamente, por mais tempo, em qualquer lugar. Contemporaneamente, proíbe-se a inserção do texto integral das interceptações não relevantes nos atos da autoridade judiciária diferentes das sentenças (art. 271, inciso 4, c.p.p. italiano) e, sobretudo, como "forte e eficaz limitador à ilegítima divulgação dos excertos com conteúdo difamatório estranho ao tema do inquérito e do processo",[62] introduz-se no Código Penal uma nova *fattispecie* de crime nomeada "publicação arbitrária de interceptações" (art. 595-*bis* c.p. italiano), punindo severamente, com a reclusão de dois a seis anos e com a multa de 2.000 a 10.000 euros:

> (...) quem, fora dos casos permitidos, publica ou divulga em qualquer forma o texto de interceptações de conversas telefônicas ou outras formas de comunicação, ou de correspondência adquirida aos autos de um procedimento penal, cujo conteúdo tenha potencial difamatório e que seja manifestamente irrelevante aos fins da prova.[63]

Segundo Francesco Caprioli, esse seria exatamente o modelo repudiado por Paolo Ferrua: sinal verde para as interceptações; sinal vermelho para as publicações de todo material irrelevante. Como se "esta solução normativa pudesse de qualquer forma compensar, remediar, tonar mais tolerável a primeira"[64]. A escolha de afrouxar os pressupostos da interceptação:

> (...) indica uma radical inversão de rota em relação aos numerosos projetos de reforma dos arts. 266 s. c.p.p. italiano apresentados no curso dos últimos decênios. Até então no campo normativo tinha-se raciocinado sempre assim: as interceptações são demasiadas, demasiadamente caras, a tendência é crescer em medida incontrolável (segundo dados ministeriais, o número das pessoas interceptadas a cada ano passou de 77.000 a 141.000 entre 2003 e 2013: dado preocupante em vista de um crescimento tecnológico que sem dúvidas favorece a comunicação à distância).[65]

---

62. Assim a relação ao projeto de reforma. Disponível em: [www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo15_allegato1.pdf].
63. (Tradução livre). Texto em italiano disponível em: [www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo15_allegato1.pdf]. Acesso em: 31.01.2017.
64. CAPRIOLI, Francesco. *Brevi note*, cit., p. 1 (tradução livre): o qual sustenta que esta lógica teria que ser completamente invertida, sendo necessário interceptar de menos e, às vezes, teria que se publicar até mesmo aquilo que não é estritamente necessário ao processo.
65. CAPRIOLI, Francesco. *Brevi note,* cit., p. 2 (tradução livre), ao qual se remanda para as precisas referências a respeito dos pregressos projetos apresentados nas antecedentes

Em segundo lugar, é igualmente pouco convincente a justificação oferecida pela Comissão a sustentação das próprias escolhas. "A *ratio* da intervenção" se lê na relação que acompanha o projeto "encontra-se na necessidade de superar o assim chamado "duplo binário", que não se justifica nem no plano das garantias constitucionais "a lei de fato, calibra as garantias em termos mais "fracos" nos casos de crimes organizados), nem no plano mais estritamente operativo (a busca da prova não requer meios diversificados conforme o tipo de crime ao qual se referem os inquéritos)".[66] Contudo, como sustenta Francesco Caprioli,[67] com as mesmas palavras seria possível sustentar também a escolha oposta: todavia, a comissão de reforma considera que atualmente sejam os direitos individuais a usufruir uma excessiva tutela, e é assim que se explica a equiparação *in peius* em lugar de *in melius*. Trata-se de uma justificação totalmente política, que teria que ser evidenciada claramente, sem hipocrisia e sem pretensões. E trata-se também de uma justificação em relação à qual o jurista se demonstra completamente desarmado, porque a Constituição italiana, como é notório, pretende o respeito da reserva de lei e da reserva de jurisdição, mas nada diz sobre as razões pelas quais – e os limites entre os quais – a inviolabilidade das comunicações e a inviolabilidade do domicílio possam ser sacrificadas às exigências da justiça penal. Contudo, sabemos que o art. 8º CEDU subordina a violação do direito à *privacy* até a condição que a ingerência seja "necessária, em uma sociedade democrática" para alcançar as finalidades de justiça. Por esse lado, o projeto deixa antever sinais de uma ladeira que pode se demonstrar perigosa[68].

Não é casual que tenha se utilizado a expressão "vídeo vigilância" em lugar de "vídeo interceptação" domiciliar. Dispondo que "nos mesmos casos [do art. 266, inciso 1 c.p.p. italiano] é consentida [...] a interceptação de comportamentos através do registro até mesmo nos locais indicados pelo art. 614 c.p., ou pelos quais existam características de privacidade",[69] o projeto esvazia a

---

legislações. Sobre os projetos atualmente pendentes no Parlamento italiano, ver: CAPRIOLI, Francesco. Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 2, mai.-ago. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.71] (*no prelo*).

66. (Tradução livre).

67. CAPRIOLI, Francesco. *Brevi note*, *cit*., p. 2.

68. Sobre o concorde posicionamento da Corte constitucional alemã a esses propósitos, ver: VENEGONI, Andrea; GIORDANO, Luigi. La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo strumenti informatici. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it].

69. Art. 266, inciso 2, c.p.p. (tradução livre).

notória distinção jurisprudencial entre o registro vídeo de comportamentos domésticos comunicativos (consentida enquanto atribuível ao *genus* das interceptações) e o registro vídeo (não consentida) de comportamentos domésticos não comunicativos, autorizando expressamente os investigadores a registrar até comportamentos do segundo tipo nas mesmas condições previstas pela interceptação telefônica e pela interceptação de conversas entre presentes.[70]

5. Conclusão

É o caso de notar que o "projeto Gratteri" parece ser criticável em vários pontos, pois oferece uma visão superficial do problema, consentindo a direta emissão do escutador terceiro na esfera de intimidade do *loquens* em aberto contraste com os interesses protegidos pelo art. 15 da Constituição italiana.

Por outro lado, a escassez legislativa[71] e os embaraços interpretativos que distinguem a matéria dos "captadores informáticos" não são mais que o reflexo de um persistente atraso da cultura processual penal "em relação a dois perfis não tradicionais de inquérito".[72]

Em primeiro lugar, cita-se o tema das relações entre processo penal e os direitos individuais do sigilo das comunicações e de *privacy*.[73] Individuar o exato conteúdo de tais direitos[74] – e, sobretudo, recompor o quadro de suas

70. Sobre os interesses em jogo, amplamente: CAPRIOLI, Francesco. Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate. *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 6, p. 4097 s. e CAPRIOLI, Francesco. Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime. In: KOSTORIS, Roberto (Org.). *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti. Milano: Giuffrè, 2009, p. 133 ss. Exprime fortes perplexidades ainda: CAPRIOLI, Francesco. *Brevi note*, cit., p. 3 ss. ao qual se envia para uma analise mais detalhada.

71. Leia-se: ILLUMINATI, Giulio. Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?. *Questione giustizia*, 2006, 6, p. 1207-1236.

72. CAPRIOLI, Francesco. *Colloqui riservati*, cit., p. 4.

73. Ver: ORLANDI, Renzo. La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1133-1164.

74. Uteis reflexões são contidas em: DE LUCA, Giuseppe. La cultura della prova ed il nuovo processo penale. In: BASSIOUNI, Cherif; LATAGLIATA, Angelo Raffaele (Org.). *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, Studi in onore di Giuliano Vassalli. Milano: Giuffrè, 1991.

controversas relações reciprocas[75] – é uma tarefa que estudiosos e operadores do direito processual penal até então absolveram adequando-se as soluções oferecidas ao problema em âmbito civilístico, penalístico e constitucionalístico. Perdeu-se, assim, a "ocasião de submeter à verificação tais soluções (nem sempre convincentes) sobre o terreno particularmente fértil do processo penal, teatro de quotidianos e gravíssimos atentados à vida privada do individuo".[76]

Não menos culpadamente trascurado parece ser o argumento do enquadramento normativo dos "captadores informáticos". Não obstante as pontualizações da jurisprudência e o recente projeto Gratteri de reforma da disciplina, a matéria das interceptações se beneficiou de uma consideração completamente inadequada sobre a sua crescente incidência na práxis aplicativa e ao seu inegável interesse científico. Derivaram-se não poucas incertezas em ordem da mesma natureza dos meios de provas em questão, cujas características objetivas de imaterialidade se contrapõem à altíssima eficácia de representação do fato produzido.[77]

Em relação à divulgação do conteúdo das interceptações, a proposta da comissão Gratteri, como dito antecedentemente, é de sancionar severamente o relativo responsável com até seis anos de reclusão.[78]

No entanto, até mesmo dita solução é criticável: porque punir somente a publicação de conversas cujo conteúdo tenha amplitude difamatória para o interessado, e não também aquelas simplesmente lesivas do direito ao respeito da vida privada (por exemplo, aquelas que contêm dados sensíveis)? E ainda: tem sentido encarregar o juízo de relevância da conversa interceptada no procedimento *a quo* ao juiz que deve avaliar[79] a existência do crime de publicação arbitraria das interceptações? É razoável que a tutela da *privacy* dos sujeitos interceptados continue[80] a depender de uma disciplina processual que defina

75. Em argumento, abundantemente: FERRUA, Paolo. La sentenza sulle intercettazioni "casuali" del Presidente Napolitano. I *non sequitur* della Corte costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 2, p. 1287 s.

76. Assim já CAPRIOLI, Francesco. *Colloqui riservati*, p. 4, (tradução livre).

77. Sobre isto: FERRUA, Paolo. Privacy e riservatezza nella riforma delle intercettazioni. *Studi sul processo penale*, III. *Declino del contraddittorio e garantismo reativo*. Torino: Giappichelli, 1997, p. 119 ss.

78. Ver *supra* § 2.

79. Em geral, sobre a superação do método da prova legal no ordenamento italiano, ver: NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 32 ss.

80. Ver: ILLUMINATI, Giulio. La tutela della segretezza delle comunicazioni tra vecchio e nuovo codice. In: GIULIANI, Livia (Org.). *Processo penale e valori costituzionali*

os autos secretos e não secretos, publicáveis ou não publicáveis, publicáveis integralmente ou somente no conteúdo, por razões que nada tem a ver com a proteção da privacidade do sujeito envolvido no inquérito penal,[81] mas somente por motivos de tutela dos êxitos da investigação e da tutela da virgindade cognitiva do juiz do processo?

Certamente, quer-se manter um vínculo entre a disciplina penal da tutela da *privacy* e a disciplina processual concernente ao sigilo e à publicação dos autos, é necessário intervir sobre esta última, tornando-a funcional à proteção da privacidade. É necessário criar, ao lado do tradicional sigilo investigativo (fisiologicamente efêmero enquanto funcional ao tradicional segredo investigativo[82]), um segredo diferente, tendencialmente perene, preordenado somente à tutela da privacidade da pessoa envolvida no inquérito e destinado a cobrir todas as notícias não relevantes para o processo, com regras processuais novas para a seleção dos materiais relevantes, a sua utilizabilidade probatória, a sua conservação ou eventual destruição,[83] e repensar em sentido diferente a disciplina do sigilo e da publicidade dos autos.[84]

Tudo isso, naturalmente, não com fundamentação sobre o pressuposto de que a decisão entre publicidade e não publicidade das conversas interceptadas ou das imagens de vídeo registradas tenham realmente uma relevância probatória no processo. De fato, é esse o critério que poderia não se revelar totalmente satisfatório. Seja porque se trata de um critério muito mais dificilmente governável e muito menos seletivo em relação a quanto possa parecer superficialmente: para Francesco Caprioli:

---

nel"insegnamento di Vittorio Grevi. Padova: Cedam, 2013. p. 99-111 (Atti del convegno: Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi, Pavia, 2-4 dicembre 2011). Disponível em: [www.corteappello.milano.it/documentazione/D_797.pdf]. Acesso em: 10.02.2017.

81. Veja-se NOBILI, Massimo. *Scenari e trasformazioni del processo penale*. Padova: Cedam, 1998. p. 11, sobre a relevância dialética durante o procedimento probatório no ordenamento italiano.

82. Leia-se: FERRUA, Paolo. Anamorfosi del processo accusatorio. In: FERRUA, Paolo. *Studi sul processo penale*. Torino: Giappichelli, 1992.

83. Sobre propostas melhorativas do projeto em questão, amplamente: CAPRIOLI, Francesco. *Brevi note*, cit., p. 4 s.

84. Para uma tentativa de revitalização de dito instituto, forçando em larga parte os conteúdos do art. 268, incisos 6-8 c.p.p. italiano, analiticamente: CAPRIOLI, Francesco. La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino. *Archivio della nuova procedura penale*, 2016, fasc. 6, p. 553 s.

> (...) nada impedirá que sejam consideradas relevantes no processo conversas e imagens em relação as quais o interesse ao sigilo dos sujeitos envolvidos seria digno de maior tutela, no caso concreto, em relação ao interesse dos cidadãos a saber como é administrada a justiça em seu nome[85].

Seja porque, ao contrário, a interceptação poderia fazer "emergir notícias não relevantes para o processo que, todavia, seria criminal, no interesse do cidadão, entregar ao esquecimento do arquivo reservado".[86] Diferentemente, o balanceamento dos interesses envolvidos continuará entregue à sensibilidade dos órgão de informação e a sua capacidade de munir-se de códigos de comportamento adequados e vinculantes.[87]

6. Referências bibliográficas

AMATO, Giuseppe. Intercettazione mediante agenti intrusori, la Cassazione non è al passo con i tempi. *Guida al diritto*, 2015, n. 41. Disponível em: [www.procuratrento.it].

ATERNO, Stefano; MATTIUCCI, Marco. Cloud forensics e nuove frontiere delle indagini informatiche nel processo penale. *Archivio Penale*, 2013.

ATERNO, Stefano. Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale. *Giurisprudenza di merito*, 2013.

ATERNO, Stefano. Mezzi atipici di ricerca della prova e nuovi strumenti investigativi informatici: l'acquisizione occulta da remoto e la soluzione per la lotta contro l'utilizzo del cloud criminal. In: COSTABILE, Gerardo; ATTANASIO, Antonio (Org.). *IISFA memberbook digital forensics, 2012.* Condivisione della conoscenza tra i membri dell'IISFA, Italian Chapter. Forlì: Experta, 2013.

BALSAMO, Antonio. Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. *Cassazione Penale*, 2016, 11.

BALSAMO, Antonio. Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea. *Cassazione Penale*, 2016, 5.

BOZIO, Valeria. La prova atipica. In: FERRUA, Paolo; MARZADURI, Ettore; SPANGHER, Giorgio (Org.). *La prova penale.* Torino: Giappichelli, 2013.

CAIANIELLO, Michele. *Increasing discretionary prosecutor's powers: the pivotal role of the Italian prosecutor in the pretrial investigation phase.* Oxford: Handbooks Online, 2016, 4. Disponível em: [www.oxfordhandbooks.com].

85. CAPRIOLI, Francesco. *Brevi note*, cit., p. 5 (tradução livre).

86. CAPRIOLI, Francesco. *Brevi note*, cit., p. 5-6 (tradução livre).

87. Nesta mesma direção: CAPRIOLI, Francesco. Brevi note, cit., p. 6.

CAIANIELLO, Michele. *Premesse per uma teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*. Bologna: Bononia University Press, 2013.

CAIANIELLO, Michele. The Italian public prosecutor: an inquisitorial figure in adversarial proceedings. In: LUNA, Erik; WADE, Marianne (Org.). *The prosecutor in transnational perspective*. New York: Oxford University Press, 2012.

CAIANIELLO, Michele. Italy. In: DAS, Dilip; PALMIOTTO, Michael. *The world police encyclopedia*. New York: Taylor and Francis, 2006.

CAMON, Alberto. Sub art. 266 c.p.p. In: CONSO, Giovanni; ILLUMINATI, Giulio, *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*. Padova: Cedam, 2015.

CAMON, Alberto. Captazione di immagini (diritto processuale penale). *Enciclopedia del diritto*. Milan: Giuffrè, 2013.

CAMON Alberto. Gli strumenti di controllo sulla sede delle indagini. Torino: Giappichelli, 2011.

CAMON, Alberto. L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni. *Rivista italiana di diritto e procedura* penale, p. 594-645, 2005.

CAMON, Alberto. Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali". *Cassazione Penale*, 1999.

CAMON, Alberto. *Le intercettazioni nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1996.

CAPRIOLI, Francesco. Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 2, mai.-ago. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.71] (*no prelo*).

CAPRIOLI, Francesco. La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino. *Archivio della nuova procedura penale*, 2016, fasc. 6.

CAPRIOLI, Francesco. Brevi note sul progetto Gratteri di riforma della disciplina delle intercettazioni. *Cassazione penale*, 2016, fasc. 11.

CAPRIOLI, Francesco; FERRUA, Paolo ed altri. Documento redatto dai docenti torinesi sul problema dei captatori informatici, 28 de julho de 2016. Disponível em: [www.archiviopenale.it] (publicado também como: Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici (c.d. "trojan"): un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani, 7 de outubro de 2016. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it]).

CAPRIOLI, Francesco. Riprese visive nel domicilio e intercettazioni "per immagini". *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, III, c. 2201, nt. 146.

CAPRIOLI, Francesco. Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate. *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 6.

CAPRIOLI, Francesco. Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime. In: KOSTORIS, Roberto (Org.). *Le intercettazioni di conversazioni*

e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti. Milano: Giuffrè, 2009.

CAPRIOLI, Francesco. *Colloqui riservati e prova penale*. Torino: Giappichelli, 2000.

CAPRIOLI, Francesco. Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991.

CATALANO, Maria Elena. Prassi devianti e prassi virtuose in materia di intercettazioni. *Processo penale e giustizia*, 2016, n. 1.

COLAIOCCO, Sergio. Nuovi mezzi di ricerca della prova: l'utilizzo dei programmi spia, *Archivio Penale*, 2014.

CONSO, Giovanni. *Il concetto e le specie di invalidità*. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali. Milano: Giuffrè, 1955.

CONTI, Carlotta; TORRE, Marco. Spionaggio informatico nell'ambito dei social network. In: SCALFATI, Adolfo (Org.). *Le indagini atipiche*. Torino: Giappichelli, 2014.

CORDERO, Franco. Prove illecite. In: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffré, 1963.

CORDERO, Franco. Il procedimento probatorio. In: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffré, 1963.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffré, 2012.

DANIELE, Marcello. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di diritto processuale*, 2011.

DE LUCA, Giuseppe. La cultura della prova ed il nuovo processo penale. In: BASSIOUNI, Cherif; LATAGLIATA, Angelo Raffaele (Org.). *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, Studi in onore di Giuliano Vassalli. Milano: Giuffrè, 1991.

FERRUA, Paolo. La sentenza sulle intercettazioni "casuali" del Presidente Napolitano. I *non sequitur* della Corte costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 2.

FERRUA, Paolo. *Il "giusto processo"*. Bologna: Zanichelli, 2012.

FERRUA, Paolo. Metodo scientifico e processo penale. *Diritto penale e processo (Dossier processo penale)*, 2008.

FERRUA, Paolo. Privacy e riservatezza nella riforma delle intercettazioni. *Studi sul processo penale*, III. *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997.

FERRUA, Paolo. Anamorfosi del processo accusatorio. In: FERRUA, Paolo. *Studi sul processo penale*. Torino: Giappichelli, 1992.

FERRUA, Paolo. Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove. *Quesione giustizia*, 1998.

GREVI, Vittorio. Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche. *Giurisprudenza costituzionale*, 1973.

ILLUMINATI, Giulio. La tutela della segretezza delle comunicazioni tra vecchio e nuovo codice. In: GIULIANI, Livia (Org.). *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi*. Padova: Cedam, 2013 (Atti del convegno: Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi, Pavia, 2-4 dicembre 2011). Disponível em: [www.corteappello.milano.it/documentazione/D_797.pdf].

ILLUMINATI, Giulio. L'inutilizzabilità della prova nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010.

ILLUMINATI, Giulio. Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?. *Questione giustizia*, 2006, 6.

ILLUMINATI, Giulio. *La disciplina processuale delle intercettazioni*. Milano: Giuffrè, 1983.

IOVENE, Federica. Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale. *Diritto penale contemporaneo*, 3-4/2014.

IOVENE, Federica. Perquisizione e sequestro di computer: un'analisi comparatistica. *Rivista di diritto* processuale, 6, p. 1607-1616, 2012.

KERR, Orin. Digital evidence and the new criminal procedure. *105 Columbia Law Review*, 2005.

LASAGNI, Giulia. L'uso di captatori informatici (*trojans)* nelle intercettazioni "fra presenti". Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it].

LORENZETTO, Elisa. Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante "captatore informatico". *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 marzo 2016.

LOZZI, Gilberto. Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978.

LUPARIA, Luca. La disciplina processuale e le garanzie difensive. In: LUPARIA, Luca; ZICCARDI, Giovanni, *Investigazione penale e tecnologia informática*. Milano: Giuffrè, 2007.

LUPARIA, Luca. La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa (L. 18 marzo 2008 n. 48). I profili processual. *Diritto penale e processo*.

LUPARIA, Luca. Il sistema penale ai tempi dell'internet. La figura del provider tra diritto e processo. In: LUPARIA, Luca (Org.). *Internet provider e giustizia penale*. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale. Milano: Giuffrè, 2012.

MAISANO, Leonardo. *Intercettazioni legali:* Italia al top, em «*Il sole 24 ore*», 7 junho 2014. Disponível em: [www.ilsole24ore.com].

MARCOLINI, Stafano. Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche). *Cassazione Penale*, 2010.

NEGRI, Daniele. Intercettazioni, via libera alle microspie nei tablet, em «*il Sole 24 Ore*», 7 aprile 2016. Disponível em: [www.ilsole24ore.com].

NOBILI, Massimo. Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale. *Foro italiano*, 1989, 5, c. 275.

NOBILI, Massimo. Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del re: "voi invocate le forme perché non avete principi?". *Critica del diritto*, 1994.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale*, Lezioni agli studenti. Bologna: Clueb, 1989.

NOBILI, Massimo. Scenari e trasformazioni del processo penale. Padova: Cedam, 1998.

ODDENINO, Alberto. La rete contesa. Gli assetti di Internet dopo la conferenza di Dubai. *Aggiornamenti sociali*, 2013, fasc. 8/9.

ODDENINO, Alberto. Diritti individuali, sicurezza informatica e accesso alla conoscenza in Rete: la revisione delle International Telecommunication Regulations dell'ITU. *Diritti umani e diritto internazionale* 2013, fasc. 2.

ODDENINO, Alberto. Il problema della Governance internazionale della Rete. In: DURANTE, Massimo; PAGALLO, Ugo. *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*. Torino: Utet, 2012.

ORLANDI, Renzo. Osservazioni sul Documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici. *Archivio penale*, 25 luglio 2016.

ORLANDI, Renzo. La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1133-1164, 2014.

ORLANDI, Renzo. Questioni attuali in tema di processo penale e informatica. *Rivista di diritto processuale*, 2009.

PANZAVOLTA, Michele. *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*. Fano: Aras Edizioni Universitaria, 2012.

Procura Generale Presso la Corte di Cassazione. Memoria per la camera di consiglio delle Sezioni Unite del 28 aprile 2016. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it].

RICCI, Alessia Ester. Digital evidence, sapere tecnico-scientifico e verità giudiziale. In: CONTI, Carlotta (Org.). *Scienza e processo penale*. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi. Milano: Giuffrè, 2011.

STALLA, Giacomo. *L'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico*. Disponível em: [www.penale.it].

TESTAGUZZA, Alessandra. I sistemi di controllo remoto: fra normativa e prassi. *Diritto Penale e Processo*, 2014.

TESTAGUZZA, Alessandra. *Digital forensic. Informatica giuridica e processo penale*. Padova: Cedam, 2014.

TORRE, Marco. Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenza investigative e tutela dei diritti fondamentali. *Diritto Penale e Processo*, 2015.

TROGU, Mauro. Sorveglianza e "perquisizioni" on line su materiale informatico. In: SCALFATI, Adolfo (Org.). *Le indagini atipiche*. Torino: Giappichelli, 2015.

VICOLI, Daniele. *La "ragionevole durata" delle indagini*. Torino: Giappichelli, 2012.

VENEGONI, Andrea; GIORDANO, Luigi. *La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo strumenti informatici*. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Aspectos polêmicos da interceptação telefônica, de Marcelo de Luca Marzochi – *RT* 829/450-472 (DTR\2004\686); e
- A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, de Antonio Magalhães Gomes Filho – *RBCCrim* 85/393-410 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/213-229 (DTR\2010\221).

O *HABEAS CORPUS* COLETIVO: UMA PROPOSTA PARA O DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL LATINO-AMERICANA

THE COLLECTIVE HABEAS CORPUS: A PROPOSAL FOR BRAZILIAN LAW INSPIRED BY LATIN AMERICA'S JURISPRUDENTIAL EXPERIENCE

ADEMAR BORGES DE SOUSA FILHO

Doutorando em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFF.
Professor em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado.
ademarborges@ttb.adv.br

Recebido em: 07.03.2017
Aprovado em: 10.05.2017
Última versão do autor: 01.06.2017

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Penal

RESUMO: O presente trabalho pretende discutir a questão do cabimento de *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo se inicia com a análise do sentido finalístico do *writ*, extraído da sua trajetória histórica. Na sequência, estuda-se a recente contribuição da jurisprudência argentina sobre o tema, relevando as potencialidades do *habeas corpus* coletivo como instrumento de proteção de direitos fundamentais no campo penal. Então, a partir da experiência comparada, demonstra-se a idoneidade do *habeas corpus* como instrumento de proteção coletiva da liberdade de locomoção. Por fim, mostra-se a relevância empírica da tutela coletiva da liberdade pela via do *habeas corpus* na realidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: *Habeas corpus* coletivo – Liberdade de locomoção – Direitos fundamentais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the viability of collective *habeas corpus* in the Brazilian legal order. Initially, the article examines the meaning of the *writ* derived from its historical trajectory. Following, it studies the recent contribution of the Argentinian jurisprudence on the topic, in order to demonstrate the collective *habeas corpus*' potentiality as an instrument of protection of fundamental rights in the criminal field. Then, based on the compared jurisprudence, *habeas corpus* is proved to be an effective instrument in collectively protecting the freedom of locomotion. Finally, it is shown the practical importance of the collective *habeas corpus* in Brazilian reality.

KEYWORDS: Collective *habeas corpus* – Freedom of locomotion – Fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A construção do sentido finalístico do *habeas corpus* a partir de sua trajetória histórica. 3. Uma guinada interpretativa no uso do *habeas corpus* para a

proteção de direitos fundamentais no campo penal: o HC coletivo e a experiência argentina. 4. A flexibilidade do *habeas corpus* a partir da sua dimensão processual. 4.1. O direito à tutela substancial. 4.2. A ausência de formalidades. 4.3. A admissibilidade do *habeas corpus* coletivo a partir da analogia com outros instrumentos processuais destinados à tutela coletiva de direitos. 5. A relevância empírica da tutela coletiva da liberdade: da experiência argentina à realidade brasileira. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A realidade brasileira[1] é marcada por persistentes violações coletivas a direitos fundamentais. Há inúmeros exemplos. Desde a afronta aos direitos dos presos nos cárceres do País,[2] passando pela atuação policial truculenta para conter manifestações populares,[3] até a submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo.[4] Esse trágico cenário demonstra a urgência na busca

1. As ideias expostas neste artigo foram objeto de reflexão coletiva em parecer subscrito pelo autor em parceria com Daniel Sarmento e Camilla Gomes. A despeito disso, não há conflito de interesse que comprometa a cientificidade deste trabalho. Cf. a íntegra do parecer no sítio eletrônico da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ: [http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerj-direitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf]. O presente trabalho pretende aprofundar a pesquisa em torno do tema e contribuir para a delimitação dogmática, a partir da experiência comparada, do *habeas corpus* coletivo.
2. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão prolatado em 09.09.2015, no julgamento de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC-ADPF) 347, proclamou a existência de estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro perante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos. O cenário é de tamanha gravidade e indignação que o próprio Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento da MC-ADPF 347, chegou a afirmar em seu voto que "as penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre".
3. Cf., a propósito do tema: PRONER, Carol. Seminário Resistência Democrática: Diálogos entre Política e Justica, realizado entre os dias 15 e 17 de maio de 2013. *Revista da Emerj*, v. 18, n. 67, p. 164-184, jan.-fev. 2015; SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Seminário Resistência Democrática: Diálogos entre Política e Justica, realizado entre os dias 15 e 17 de maio de 2013. *Revista da Emerj*, v. 18, n. 67, p. 185-205, jan.-fev. 2015.
4. Cf.: Nota técnica da ONU sobre trabalho escravo no Brasil. Disponível em: [https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf].

por mecanismos processuais céleres e efetivos de proteção à pessoa contra o arbítrio estatal.

No presente artigo, objetiva-se estudar o remédio constitucional do *habeas corpus* em sua versão multitudinária ou coletiva a partir de três perspectivas principais. A primeira relaciona-se a uma breve síntese histórica do surgimento do *habeas corpus*, com base na qual serão esboçadas as principais linhas finalísticas do instituto, bem como a exegese ampliativa que o caracterizou ao longo do tempo. A segunda refere-se ao estudo acerca da ampliação do âmbito dos direitos fundamentais protegidos pelo *habeas corpus*. A terceira compreende a análise do remédio a partir de suas características processuais, de forma a atribuir-lhe um sentido compatível com o direito a um recurso célere e eficaz previsto no Pacto de São José da Costa Rica e consolidado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sob esta última perspectiva, serão apresentadas algumas características relevantes do *habeas corpus* (tais como o reduzido grau de formalismo processual e a semelhança com outros remédios voltados à tutela coletiva de direitos) que lhe conferem uma inequívoca flexibilidade. A fim de revelar as potencialidades do *habeas corpus* coletivo na proteção de direitos fundamentais no campo penal, o trabalho apresenta, ainda, a rica experiência jurisprudencial argentina sobre o tema.

2. A construção do sentido finalístico do *habeas corpus* a partir de sua trajetória histórica

O estudo dos aspectos históricos mais relevantes do *habeas corpus*, longe de representar uma digressão inútil, permite estabelecer pontos de partida teóricos úteis à construção de sua teleologia. Em primeiro lugar, a despeito do dissenso entre os estudiosos acerca das origens do *habeas corpus*, o remédio surgiu historicamente como um ato solene por meio do qual se assegurava a liberdade física do indivíduo contra abusos pela tirania ou pelo despotismo.[5] Essa vocação esteve presente tanto no direito inglês, a partir do "*Habeas Corpus* Act", de 1679, com a conquista de eficácia do *writ* para a liberação de pessoas ilegalmente detidas,[6] quanto no antigo direito espanhol, nos institutos

5. LINS, J. G. G. Ativismo judicial e a Constituição de 1891: a doutrina brasileira do *habeas corpus*. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto et al. (Org.). *Temas de pensamento constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. v III. p. 144.

6. Vale frisar, no entanto, que o efetivo surgimento do *writ* estudado se deu, segundo entendimento doutrinário dominante, mediante a Magna Carta, outorgada pelo rei

da "manifestación de personas" e da "firma de derechos", voltados, de modo geral, a inibir, prevenir ou reprimir detenções ilegais cometidas por qualquer autoridade.[7]

No Brasil, por sua vez – embora o *habeas corpus* tenha sido recepcionado em 1832, no Código de Processo Criminal[8] –, foi somente sob a vigência da Constituição de 1891 que o remédio passou a fazer jus ao seu significado liberal de proteção célere dos direitos à liberdade e à integridade pessoal com que foi positivado na lei.[9] Cabe frisar que o contexto político da época – marcado por um desejo de descentralização republicana do poder estatal, por uma relativa (ou pelo menos teórica) independência do Poder Judiciário e também pela inauguração de um modelo difuso de controle de constitucionalidade[10] – induziu à introdução no texto da Constituição da garantia do *habeas corpus*[11]

João Sem Terra em junho de 1215. Assim: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios constitucionais*. São Paulo: Manole, 2003. p. 69.

7. De um lado, a *manifestación de personas* voltava-se, sobretudo, (i) a possibilitar o translado de detentos por meio de um regime similar à atual liberdade provisória e (ii) a prevenir ou reprimir detenções ilegais cometidas por qualquer autoridade. De outro, a *firma de derechos* "consistia em um mandamento de inibição ditado pela Justiça Maior de Aragão, ou seus funcionários, contra a atuação dos juízes, funcionários ou pessoas privadas" a partir do qual se "podia ordenar a inibição de uma atuação futura possível" (um suposto precursor do *habeas corpus* preventivo). O passar dos anos, no entanto, deu cabo a essas figuras no direito espanhol; o que, entretanto, não implica descartar as contribuições de tais institutos para a construção atual – sobretudo em matéria de teleologia – do *habeas corpus*.
8. "Art. 340. Todo cidadão que considere que ele ou outra pessoa sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem o direito a solicitar uma ordem de habeas corpus em seu favor."
9. KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira (1841-1920)*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 34.
10. NIQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário a partir da independência*: II República. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000. p. 16, 18-24.
11. A norma possuía a seguinte redação: "Art. 72, parágrafo 22. Dar-se-á *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder". Todas as demais constituições brasileiras, sem nenhuma exceção, incorporaram a garantia do *habeas corpus* (Constituição de 1934, art. 113, n. 23; Constituição de 1937, art. 122, n. 16; Constituição de 1946, art. 141, § 23; e Constituição de 1967/69, art. 150, § 20). Durante todo esse tempo, essa garantia somente foi suspensa pelo Ato Institucional 5, de 1968, no que concerne aos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular.

e ensejou a formação de um cenário propício ao desenvolvimento da chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*. Tal doutrina foi concebida por Rui Barbosa com o objetivo de garantir diversos direitos e liberdades individuais por meio do alargamento da eficácia desse remédio processual.[12] A onda liberal de valorização do Poder Judiciário somada à força retórica argumentativa de Rui Barbosa foram decisivas para o fortalecimento do *habeas corpus* como um eficiente instrumento de proteção de direitos nos primórdios da República.[13]

A partir de uma interpretação ampliativa do texto constitucional, Rui Barbosa propôs a viabilidade da utilização do *habeas corpus* para proteger o indivíduo contra qualquer tipo de violência ou coação (atentados ilegais das autoridades públicas contra as liberdades constitucionais), independentemente da existência de constrangimento corporal (liberdade de locomoção).[14] Pode-se identificar, nessa doutrina brasileira do *habeas corpus*, uma clivagem claramente pragmática: na ausência de instrumentos processuais específicos contra atentados a direitos individuais, era necessário ampliar o âmbito de aplicação do *habeas corpus* como garantia para todos os direitos individuais.[15] A construção jurisprudencial levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal àquela altura, ao recepcionar a proposta de Rui Barbosa, "além de fortalecer o constitucionalismo, ainda rendeu-lhe notável reconhecimento da história dos tribunais"[16]. Certamente, o empenho da Corte em tornar eficaz a proteção judicial a direitos constitucionais pode ser identificado na história como uma das mais relevantes contribuições da jurisdição constitucional brasileira para a construção de um Estado de Direito. Nas palavras de Arnoldo Wald, a doutrina brasileira do *habeas corpus*:

12. Sobre o tema, o Ministro Celso de Mello, no STF, ressaltou: "A doutrina brasileira do 'habeas corpus' – como enfatiza, em preciso magistério, ROBERTO ROSAS ('Direito Processual Constitucional', p. 85/86, 1983, RT) – ampliou o campo de utilização desse remédio constitucional, permitindo que, por meio dele, se defendessem outros direitos cujo gozo tivesse por suporte o exercício da liberdade de locomoção física" (STF, HC 116252 AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 24.09.2013).
13. LINS, J. G. G. Op. cit., p. 142-143.
14. KOERNER, Andrei. Op. cit., p. 174-175.
15. Vale observar, a propósito, o rico apanhado histórico de Lêda Boechat, dando conta do progressivo alargamento da utilização do *habeas corpus* no início do século XX para proteção da liberdade de imprensa, de religião, de pensamento e de profissão (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 3).
16. LINS, J. G. G. Op. cit., p. 142-143.

> (...) [f]oi um curso de legalidade, de resistência e de educação democrática. Se um país vale pelo seu apego às liberdades individuais, pelas suas conquistas no campo do direito, o Brasil se tornou possuidor de uma tradição jurídica de liberdade graças ao remédio constitucional do *habeas corpus*.[17]

O remédio constitucional do *habeas corpus* revelou, desde os seus primórdios, forte capacidade de adaptação, a fim de permitir o eficaz controle judicial dos direitos individuais em face do Estado. É claro que a flexibilidade de utilização do *habeas corpus* pelo STF para garantir os mais diversos direitos individuais correspondia à exigência prática daquela quadra histórica.[18] Nada obstante, as formas de ataque à liberdade de locomoção modificaram-se com o tempo e atualmente passam a exigir alterações na tutela jurisdicional do direito à liberdade. É certo que os motivos que levaram à construção da doutrina brasileira do *habeas corpus* já não se fazem presentes, mas há, hoje, outras circunstâncias que demandam igualmente o uso "maleável" do *writ* como mecanismo de proteção integral do indivíduo perante o Estado. E essa importante passagem da jurisprudência brasileira comprova a disponibilidade desse instrumento processual para se conformar às atuais exigências de proteção judicial eficaz da liberdade de ir e vir e dos demais direitos fundamentais que em torno dela gravitam.

O texto da Constituição, ao estabelecer que o *habeas corpus* será concedido sempre "que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cria

17. WALD, Arnold. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 33-34.

18. Como destacou a Ministra Rosa Weber em recente decisão no STF: "Não mais vigora entre nós a 'Doutrina brasileira do *habeas corpus*', quando o *writ*, durante a vigência da primeira Constituição republicana e na ausência de outras ações constitucionais, foi utilizado para a salvaguarda de outras liberdades que não a de locomoção, podendo ser citado como exemplo o *Habeas Corpus* 3.536, por meio do qual foi concedida, em 05.06.1914, ordem pelo Supremo Tribunal Federal para garantir o direito do então Senador Rui Barbosa a publicar os seus discursos proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe conviesse. Apesar da memorável construção, a maior criação jurisprudencial brasileira, nos dizeres da historiadora Lêda Boechat Rodrigues (*História do Supremo Tribunal Federal*: 1910-1926: doutrina brasileira do *habeas corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991. v. 3, p. 17), findou-se ela em 1926, com a reforma constitucional promovida pelo Presidente Artur Bernardes, que, com a alteração do art. 72 da Constituição de 1891, limitou o emprego do *habeas corpus* à tutela da liberdade de locomoção." (STF, RHC 121.495, rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., j. 10.06.2014).

obstáculo, a partir de seu teor literal, ao seu manejo em favor, por exemplo, de um grupo de pessoas ou uma coletividade específica. Se, de um lado, a jurisprudência tem afirmado que o objeto do *habeas corpus* é exclusivamente a proteção da liberdade de locomoção, por outro, é certo que a Constituição pretendeu conferir proteção integral a esse bem jurídico constitucional. O remédio processual deve ser, assim, capaz de fazer frente às mais diversas formas de ofensa ao direito à liberdade de locomoção, vale dizer, a toda e qualquer forma ilegítima de colocação em perigo do direito à liberdade há de corresponder uma tutela jurisdicional adequada à realização efetiva da proteção desse direito.

Antes, no entanto, de tecer outras considerações acerca da tutela substancial (e não puramente formal) que o remédio em estudo deve possuir, cabe atentar para uma mudança essencial no sentido atribuído à expressão "liberdade de ir e vir". Com isso, propõe-se uma dupla guinada ampliativa ao instituto: em primeiro lugar, é necessário alagar o âmbito de abrangência do que se entende por "liberdade ambulatorial"; em segundo lugar, a ordem jurídica deve viabilizar os mecanismos processuais idôneos à proteção de tal liberdade.

3. Uma guinada interpretativa no uso do *habeas corpus* para a proteção de direitos fundamentais no campo penal: o HC coletivo e a experiência argentina

Como ensina Juan Morocoa em seu trabalho acerca da insuficiência da concepção tradicional sobre o *habeas corpus*,[19] as novas formas de arbitrariedade estatal demandam uma nova concepção política a respeito do que se entende por "liberdade", sobretudo no tocante aos mecanismos processuais que visem a garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado. A tendência atual é de compreender a tutela da liberdade de locomoção em sentido mais amplo, de modo a impedir qualquer forma de dominação arbitrária, especialmente aquelas provenientes do uso do direito penal pelo Estado. Nesse sentido, "o *habeas corpus*, como garantia constitucional deveria ser pensado como um seguro contra a dominação arbitrária gerada, principalmente, pelo *jus puniendi* estatal"[20]. Tendo em vista que o contexto político nacional é marcado por

19. MOROCOA, Juan M. La concepción estándar del *habeas corpus*: una interpretación insuficientemente garantista. In: RIVERA, Julio César et al. (Org.). *Tratado de los derechos constitucionales* – Tomo III.

20. MOROCOA, Juan M. Op. cit., p. 1097.

violações sistemáticas a direitos humanos – o estado em que se encontra o sistema carcerário[21] serve de exemplo –, a mera discussão acerca de quem e de como se impõe a restrição à liberdade é insuficiente para, na linguagem de Eugenio Raúl Zaffaroni, fazer frente ao avanço do estado policial em detrimento do Estado de Direito.[22] Nesse contexto, parece pertinente compreender o *habeas corpus* como mecanismo processual de proteção do indivíduo não apenas em contextos de indevida privação à simples liberdade ambulatorial dos indivíduos mas também em situações nas quais há violações não categorizáveis estritamente como meras detenções ilegais.

O objetivo de tal guinada interpretativa consiste na superação de lacunas de proteção existentes no ordenamento jurídico. Como bem jurídico indispensável ao desenvolvimento do ser humano, a liberdade (*status* normal do indivíduo) merece proteção integral do Estado – inclusive, e sobretudo, contra sua própria atuação. Essa mudança de perspectiva, ademais, confere substrato material ao desenvolvimento de uma nova gama de possibilidades de admissão do *habeas corpus*, principalmente nos casos em que não há previsão de remédios processuais específicos. Um desses exemplos – e objeto de estudo do presente trabalho – é o *habeas corpus* coletivo, que tem demonstrado ser adequado para tutelar a liberdade perante a arbitrariedade na imposição das condições de restrição da liberdade dos indivíduos.

A Corte Suprema da Argentina, no julgamento do paradigmático caso Verbitsky, afirmou o cabimento do *habeas corpus* coletivo contra toda e qualquer situação de agravamento da detenção que importe um trato cruel, desumano ou degradante a um grupo de pessoas afetadas pela atuação arbitrária do Estado.[23] A decisão que resultou desse julgamento revelou a possibilidade de tutela

21. Sobre o assunto, *vide* o *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, de autoria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e o *Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, proveniente da Organização das Nações Unidas.

22. Sobre os conceitos de "estado policial" e "estado de direito", *vide*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. Direito Penal Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. (Teoria geral do direito penal, v. 1).

23. Horacio Verbistky, na qualidade de representante do Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), interpôs diretamente, perante o Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, uma ação de "hábeas corpus", exercida pelo peticionante, pela representação que invocou, em benefício de todas as pessoas privadas de liberdade na jurisdição da província de Buenos Aires, detidas em estabelecimentos policiais superlotados, e também de todos aqueles detidos em tais lugares, em que pese o fato

judicial de direitos fundamentais não abrangidos pela ideia de cerceamento indevido da liberdade de ir e vir, tais como o direito ao tratamento carcerário especial em favor dos adolescentes e pessoas enfermas,[24] e o direito à igualdade de condições penitenciárias em favor de detentos das mais diversas regiões do país.[25] A Câmara Federal de Cassação Penal argentina admitiu a impetração de *habeas corpus* coletivo para garantir não apenas o direito dos detentos ao trabalho[26] como também para afirmar que as licenças laborais por motivo de enfermidade, educação, visitas e outras situações ligadas ao regime carcerário

---

de que o encarceramento deveria ocorrer em centros de detenção especializados. Cf. Caso Verbitsky, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03.05.2005, Fallos 328:1146. Disponível em: [http://todosobrelacorte.com/wp-content/uploads/2015/03/Verbitsky.pdf]. Acesso em: 08.08.2015.

24. "[L]a presencia de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los supuestos [de agravamiento por trata cruel, inhumano o degradante], con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas [para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas] y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante. Esta Corte, en virtud del alto riesgo de responsabilidad internacional que de ello se deriva para el Estado Federal, debe disponer, sin dilación, que en un plazo perentorio, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por las vías procedentes, haga cesar esas situaciones. Respecto de los niños y adolescentes, la presencia en comisarías resulta, además de intolerable, sospechosa respecto del índice de institucionalizados de la provincia, materia en la que sería terrible que se produjese una escalada análoga al número de presos, cuando es sabido el efecto reproductor que tiene la institucionalización de menores, además de responder a una ideología tutelar incompatible con la normativa internacional vigente" (voto de los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Higthon de Nolasco y Lorenzetti, considerando 42).

25. "[R]especto de la prisión preventiva, cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza, lo cierto es que importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencia definitiva, según inveterada jurisprudencia de esta Corte. Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía" (voto de los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Higthon de Nolasco y Lorenzetti, considerando 57).

26. "Todo preso no puede ser ajeno al 'derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado' (art. 6º, PIDESC), lo que goza en nuestro país de estatus y protección constitucional, habida cuenta que se encuentra garantizado por el art. 14 bis CN y por diversos Tratados Internacionales de

igualmente deveriam ser devidamente remuneradas.[27] A mesma Câmara Federal argentina, em outro recente pronunciamento, entendeu cabível o *habeas corpus* coletivo para garantir aos detentos de um estabelecimento prisional a presença de médicos e de equipamentos adequados nas ambulâncias que transportavam aqueles que padeciam de enfermidades.[28] A Suprema Corte de Justiça da Província de Buenos Aires acolheu *habeas corpus* coletivo impetrado pela Comissão da Província pela Memória e seu Comitê contra a Tortura para reconhecer que a submissão dos detentos a constantes transferências de estabelecimento prisional implica ofensa aos direitos constitucionais à saúde, à educação, ao vínculo familiar e ao trabalho, além de prejudicar a reinserção social do apenado.[29]

Derechos Humanos expresamente incluidos en el art. 75, inc. 22 de la norma suprema" (voto del juez Slokar al que adhieren los jueces Ledesma y David).

27. "Cuando se elaboran dictámenes que restringen el monto del salario por motivos que no se compadecen con disposiciones contenidas en la LCT, se están agregando a la legislación que debe aplicarse en materia laboral carcelaria limitaciones que ella no contiene y, luego, vulnerando derechos fundamentales. En definitiva, para cualquier preso que trabaje no pueden dejar de gobernar como estándares – entre otros – el derecho a la remuneración y la regla de asimilación al trabajo libre, con todos sus alcances, (vgr. asignaciones familiares, obra social, cobertura frente a accidentes de trabajo, capacitación laboral, agremiación) por imperio del principio de progresividad" (voto del juez Slokar al que adhieren los jueces Ledesma y David). A íntegra da sentença está disponível na rede mundial de computadores: [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2014/12/2014-12-01-cfed-casacic3b3n-penal_kepych_trabajo-intramuros-privados-de-libertad-ezeiza.pdf]. Acesso em: 12.09.2015.

28. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, 15.07.2014, causa n. FLP 2347, registro n. 1504/2014.4. A íntegra da sentença está disponível na rede mundial de computadores: [http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/07/INTERNOS-PENAL-DEFF.pdf]. Acesso em: 12.09.2015.

29. "[P]ara la consecución de [la inserción social] es imprescindible, como correlato fáctico, una razonable estabilidad de los procesados y penados en un lugar de alojamiento [...] ya que, de lo contrario, no resulta posible implementar programa alguno de asistencia y/o tratamiento ni asegurar los derechos al trabajo, la educación, la salud, el vínculo familiar y la asistencia psicosocial que les corresponden ni la adecuada evaluación de la "conducta" (voto del juez Hitters). "[L]a Relatoría [sobre los derechos de las personas privadas de libertad] de la CIDH [en el comunicado 64/10, del 21 de junio de 2010] constató con preocupación la existencia de una política de traslados de detenidos como forma de control del orden interno de los penales o sanción disciplinaria, que se aplica de manera sucesiva e indiscriminada por parte de las autoridades del Servicio Penitenciario, con la circunstancia agravante que durante el traslado se somete a los internos a un trato inhumano y degradante, lo que, tomando en cuenta la vasta extensión de la provincia de Buenos Aires perjudica seriamente el

Essa virtuosa construção jurisprudencial argentina demonstra como o uso do *habeas corpus* coletivo pode contribuir para a tutela dos direitos fundamentais no campo penal, indo muito além do judicial das detenções arbitrárias ou desprovidas de justa causa. As violações perpetradas pelo Estado contra o direito à saúde, ao trabalho, à segurança e à reinserção social passaram a contar com esse poderoso instrumento de tutela. No caso de pessoas submetidas à restrição à liberdade de locomoção, o *habeas corpus* coletivo desempenha na Argentina relevante papel, visto que outros direitos – não relacionados diretamente ao direito à liberdade de locomoção – passam a receber efetiva proteção judicial.[30]

A seletividade do sistema penal – potencializada em países que sofrem de grande desigualdade social – torna ainda mais importante a existência de mecanismos de tutela coletiva de direitos fundamentais no campo penal, uma vez que a grande maioria dos clientes das agências punitivas não possui plenas condições de acesso ao Poder Judiciário. A possibilidade de enfrentar a violação a qualquer direito fundamental por meio de uma decisão dotada de eficácia expansiva constitui verdadeira exigência de respeito à dignidade das pessoas apenadas pelo Estado e à isonomia, pois garante que as decisões judiciais promovam a concretização desses direitos de modo uniforme, sem exclusão daqueles que não puderam individualmente pedir providências ao Poder Judiciário.[31] Agregam-se a isso, ademais, as características intrínsecas do *writ*

---

contacto regular de los privados de libertad con sus familias, y les impide acceder a programas de educación y empleo que favorezcan su proceso de resocialización" (voto del juez Hitters). A íntegra da sentença está disponível na rede mundial de computadores: [http://200.41.235.179:83/images/documentos/Jurisprudencia/Provinciales/derechos_humanos/carceles/130226cpm.pdf]. Acesso em: 15.09.2015.

30. Cf., a propósito do tema: BASTERRA, Marcela I. *Habeas corpus* correctivo colectivo pluri-individual. In: MANILI, Pablo L. *Tratado de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2010. t. I. p. 719 y ss.; BASTERRA, Marcela I. Procesos colectivos: la consagración jurisprudencial del Hábeas Corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: El fallo Verbitsky. *LL, Sup. Const.*, 25.07.2005; BERTOLINO, Pedro J., El hábeas corpus colectivo. Algunas reflexiones a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDIVAR LELO DE LARREA,Arturo (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni/UNAM, 2009; FILIPPINI, Leonardo. Superpoblación carcelaria y hábeas corpus colectivo. *LNBA* 2005-2-260; LORENTI (h), Pedro. El hábeas corpus colectivo como acción de clase. A propósito del caso "Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus". *LL, Sup. Const.*, 25.07.2005. p. 39-48.

31. Embora sem desenvolver uma jurisprudência quanto ao cabimento do *habeas corpus* na modalidade coletiva, a Corte constitucional colombiana também tem reconhecido

em estudo, entre as quais se destacam – como se verá mais adiante – sua informalidade e maleabilidade.

---

que o *habeas corpus* funciona como instrumento de proteção integral da pessoa privada de liberdade. Nesse particular, a Corte firmou o entendimento de que o *habeas corpus* serve como garantia não apenas do direito à liberdade mas também de outros direitos fundamentais da pessoa privada de liberdade, tais como o direito à vida e à integridade pessoal. A Sentença 187, de 2006, resume a posição da Corte no tocante ao âmbito de proteção do *habeas corpus*: "Ahora bien, el derecho a la libertad no obstante su consagración constitucional e importancia no es un derecho absoluto, según se desprende de lo previsto en el artículo 28 de la Constitución, y como reiteradamente lo ha considerado esta corporación. Y si bien el hábeas corpus es el medio por excelencia para su protección, y así se venía considerando tradicionalmente por la legislación y la jurisprudencia, la naturaleza ius fundamental del derecho que se reglamenta con el proyecto de ley que se examina, pone en evidencia que el hábeas corpus es una garantía fundamental no solo del derecho a libertad, sino que igualmente lo es de otros derechos fundamentales de la persona privada de la libertad como los de la vida y la integridad personal. Cabe recordar, que el instituto clásico, encaminado a poner fin a la privación ilegal de la libertad se denomina hábeas corpus reparador, pero que la comunidad internacional ha tenido ocasión de consagrar otra modalidad de hábeas corpus: el denominado habeas corpus correctivo, al cual aluden algunos como hábeas corpus preventivo. En efecto, en algunos países se contempla la posibilidad de ejercer un hábeas corpus de carácter preventivo, entendido como el mecanismo encaminado a conjurar una amenaza cierta de privación irregular de la libertad personal que, sin embargo, aún no se ha concretado, forma de ejercicio de hábeas corpus que no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto el precepto superior que establece el instituto – artículo 30 – sólo contempla la posibilidad de recurrir al mismo cuando concurra el presupuesto previo y objetivo de que haya ocurrido efectivamente la privación de la libertad. Además, existe igualmente otra forma de hábeas corpus preventivo (denominado también hábeas corpus correctivo), que se deriva de la circunstancia de que, cuando se recurre al hábeas corpus como mecanismo de control de la legalidad de las detenciones, se está protegiendo también el derecho a la vida ya a la integridad personal, derechos fundamentales que resultan igualmente expuestos en las situaciones de abuso de poder propias de las privaciones irregulares de la libertad. (…) En efecto, si bien el derecho a la libertad personal ocupa un lugar importante en la normativa nacional e internacional, y es por ello que el hábeas corpus se orienta en principio a su garantía, es evidente que con frecuencia la privación de la libertad se convierte en un medio para atentar contra otros derechos fundamentales de la persona. Por lo tanto, el cometido esencial del hábeas corpus no se puede entender restringido solo a la protección del derecho a la libertad sino que ha de dársele una proyección mucho más amplia en cuanto verdaderamente abarca la garantía de todo el conjunto de derechos fundamentales de la persona que se encuentra privada de su libertad de manera arbitraria o ilegal, y que por esta circunstancia se encuentran en latente y permanente amenaza.

4. A flexibilidade do *habeas corpus* a partir da sua dimensão processual

Como visto, o *habeas corpus* passou a proteger todos os direitos fundamentais dos indivíduos cuja liberdade de locomoção é afetada pelo Estado. Isso implica revisitar, sob o prisma substancial, a teleologia desse instrumento de defesa da liberdade de ir e vir. Em acréscimo, pode-se falar, atualmente, de uma defensável maleabilidade processual do *writ*, sobretudo no que tange a sua coletivização.

Isso se dá em vista de algumas razões principais. A primeira, já analisada, trata do desdobramento histórico do *habeas corpus* na doutrina brasileira, que – como visto – lhe conferiu, por certo tempo, idoneidade para a proteção de direitos relativamente aos quais não havia, à época, remédio processual específico. A segunda diz respeito à determinação proveniente do Pacto de São José da Costa Rica (e reiterada em inúmeras ocasiões pela Corte Interamericana de Direitos Humanos) de que o direito à tutela jurisdicional, além de implicar a exclusão de qualquer discriminação subjetiva quanto à titularidade da garantia[32], deve representar a efetiva possibilidade de tutela da situação subs-

---

En tal medida, el radio de protección del hábeas corpus no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad sino que se expande para cubrir los otros derechos fundamentales íntimamente relacionados con éste, y que le dan soporte, como son los derechos a la vida y a la integridad personal. Por tanto, como toda persona privada de la libertad tiene derecho a que se le trate humanamente y a que el Estado le garantice los derechos a la vida e integridad personal, puede afirmarse sin duda alguna, que el hábeas corpus es un derecho fundamental para una verdadera protección integral de la persona privada de la libertad de manera arbitraria o ilegal. La privación arbitraria o ilegal de la libertad de una persona, como se ha recordado, puede constituir una modalidad o medio para la violación de otros de sus derechos y libertades, los que se han colocado en condiciones precarias, o incluso pueden llegar a ser anulados en ciertos casos extremos. Por ello, la cabal protección del hábeas corpus reviste vital importancia, pues a través de éste medio idóneo se protegen derechos como el de la vida e integridad de la persona privada de la libertad en cualquier circunstancia, lo cual impone el carácter sumario e inmediato de la protección que se pretende otorgar a través de éste medio, ya que en muchos casos será urgente una decisión inmediata de libertad a fin de salvaguardar el conjunto integral de los todos los derechos en juego, y con previa presentación del detenido ante el juez o tribunal competente para resolver el hábeas corpus". A íntegra da sentença está disponível no sítio eletrônico da Corte Constitucional da Colômbia: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-187-06.htm]. Acesso em: 30.09.2015.

32. COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garantia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970. n. 14, p. 78-ss; n. 17, p. 93.

tancial levada à apreciação do Poder Judiciário – o que significa reconhecer uma inter-relação entre o direito material e o processo.[33] A terceira, por sua vez, guarda relação com o pouco formalismo do remédio, o que permite, sob o aspecto procedimental, uma maior adaptabilidade do *writ* à proteção à liberdade, inclusive sob o aspecto coletivo.

4.1. O direito à tutela substancial

Deve-se frisar que o direito à tutela jurisdicional, especialmente no campo da liberdade, não pode se resumir a uma mera previsão normativa (constitucional ou legal), mas, ao reverso, há de ser efetivo: o preceito há de ser cumprido não apenas na forma, mas na sua substância.[34] A efetividade do recurso – entendido em sua acepção ampla de instrumento processual – depende da sua idoneidade (normativa e empírica) para responder à violação ao direito fundamental em questão. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, nesse sentido, passou a valorizar o aspecto empírico da tutela judicial dos direitos protegidos pelo Pacto de São José da Costa Rica: as exigências concretas decorrentes das situações reais de violação de direitos devem moldar o perfil da tutela judicial.[35] O importante é garantir que a tutela seja suficiente para fazer cessar a ofensa material ao direito fundamental.

Nesse contexto, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos oferece ao intérprete parâmetro útil ao desenvolvimento de uma solução adequada para o problema concernente ao cabimento do *habeas corpus*

33. Ibidem, n. 14, p. 78-ss; n. 17, p. 95.

34. "Presentemente, respeitável corrente doutrinária, levando o processo às suas últimas conseqüências finalísticas, ou seja de efetivo instrumento de proteção ao direito da parte, assim entendido este último no seu mais amplo sentido, propugna pela preocupação, em primeiro lugar, de assegurar, judicialmente, esse direito, devendo o processo atender à consecução dessa finalidade. Para tanto, bate-se por uma revisão dogmática dos escopos do processo e da jurisdição, de modo a proporcionar esta os objetivos da efetividade substancial da proteção buscada pelo acesso ao Poder Judiciário. Essa visão do processo, sem dúvida saudável e digna de aplausos, decorre da instrumentalidade do processo, vista por uma grandeza maior do que, pura e simplesmente, a de simples meio de apreciação da pretensão processual". Essa é tese muito bem exposta por Cândido Rangel Dinamarco na obra: *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

35. V. Corte IDH, Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, de 18.08.2000, p. 163. V. Caso Durand y Ugarte *vs.* Peru, de 16.08.2000, p. 101 y Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros *vs.* Guatemala), de 19.11.1999, p. 234.

coletivo no contexto brasileiro. A Corte considera que lesões coletivas à liberdade – identificadas a partir da verificação empírica da ocorrência desse tipo de lesão – autorizam o manejo de um remédio processual apto a ensejar a tutela jurisdicional coletiva. Vale ressaltar, ainda, que a exigência de compatibilidade entre o tipo de direito protegido e o de tutela jurisdicional não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor, diploma legal que definiu os parâmetros gerais da tutela coletiva no âmbito cível,[36] estabelece que "são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

Isso autoriza a conclusão de que o *habeas corpus* coletivo deve ser assegurado pela jurisprudência brasileira em razão da necessidade de conferir efetiva proteção ao direito de ir e vir, que pode ser atingido também de forma coletiva. Em suma, para cada tipo de violação ao direito à liberdade deve haver uma tutela jurisdicional adequada. Uma vez que seja possível identificar modalidades coletivas de violação ou de colocação em risco do direito à liberdade de locomoção, torna-se indispensável, por parte do Poder Judiciário, autorizar a impetração de *habeas corpus* coletivo.[37]

4.2. A ausência de formalidades

Com efeito, a própria conformação processual do remédio de *habeas corpus* – tanto sob o ponto de vista de seu desdobramento histórico no Brasil quanto em face de sua estrutura procedimental – conduz a uma inequívoca maleabilidade. A informalidade do desenho do *habeas corpus* emerge da relevância do direito

36. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que "os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para 'propiciar sua adequada e efetiva tutela' (art. 83 do CDC)" (REsp 1.221.254/RJ, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª T., j. 05.06.2012, *DJe* 13.06.2012).

37. Em síntese, pode-se afirmar que as afetações coletivas ao direito individual da liberdade que requeiram um tratamento multitudinário hão de ser tuteladas jurisdicionalmente de modo coletivo quando verificadas as seguintes condições habilitadoras: (a) a identidade do fenômeno ilícito que implica o constrangimento ilegal; e (b) a insuficiência dos remédios processuais individuais para a proteção integral do direito à liberdade ofendido ou colocado em risco.

que tutela.[38] A jurisprudência brasileira, com o objetivo de garantir a máxima eficácia da proteção judicial da liberdade de ir e vir, logrou estabelecer uma série de exceções ao princípio da formalidade dos atos processuais relacionados ao *habeas corpus*: (i) a impetração pode ser apresentada por qualquer pessoa, independentemente da qualidade de advogado[39]; (ii) a petição de *habeas corpus* pode ser veiculada por qualquer meio físico possível e independente do cumprimento de rígidas condições formais[40]; e (iii) a ordem judicial que defere *habeas corpus* pode ser estendida a pessoas em idêntica situação processual por meio do célere pedido de extensão (art. 580 do CPP), ainda que para tanto seja necessário suprimir outras instâncias judiciais.[41] Tudo isso indica uma forte preocupação da jurisprudência com a adaptação do *habeas corpus* às necessidades práticas decorrentes da proteção efetiva à liberdade.

A preocupação com a informalidade do *habeas corpus* está presente também na jurisprudência da Corte constitucional colombiana. A Corte afirmou não apenas que qualquer pessoa pode requerer ao Judiciário a tutela dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade[42] como também ressaltou que

38. A postura da jurisprudência brasileira, no ponto, aproxima-se da recente experiência jurisprudencial de outros países da América Latina. Arsenio Oré Guardia (Algunas notas sobre las reglas procesales previstas para el hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional. In: CÓRDOVA, Luis Castillo (Coord.). *En defensa de la libertad personal*: estudios sobre el hábeas corpus. Lima: Palestra Editores SAC, 2007. p. 114) sustentou: "[...] se establece un procedimiento exento de formalidades y costos; por lo tanto, no se requiere poder, firma de letrado, papel sellado, y ningún tipo de pago, otorgándosele al accionante toda clase de facilidades eliminando los formalismos que suelen exigir las leyes para otros tipos de proceso. En este sentido, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el Código Procesal Constitucional al logro de los fines de los procesos constitucionales (...)". Igualmente em: ARROYO, César Landa. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. 3. ed. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 200; LÓPEZ, Boris Wilson Arias. *Amparo constitucional y hábeas corpus en la jurisprudencia constitucional*. Cochabamba: Quipus, 2008. p. 263.

39. STJ, HC 24.821/RJ, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 26.04.2005, *DJ* 06.02.2006, p. 322.

40. STJ, REsp 114.139/PR, rel. Ministro William Patterson, 6ª T., j. 11.03.1997, *DJ* 22.04.1997, p. 14485; STJ, HC 492/DF, rel. Ministro Cid Flaquer Scartezzini, 5ª T., j. 04.02.1991, *DJ* 04.03.1991, p. 1987; STJ, RHC 854/SP, rel. Ministro Cid Flaquer Scartezzini, 5ª T., j. 05.11.1990, *DJ* 03.12.1990, p. 14329.

41. STJ, PExt no HC 61.140/SP, rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., j. 05.12.2006, *DJ* 26.02.2007, p. 621.

42. Nesse sentido, reconhecendo a legitimidade de qualquer pessoa, da Defensoria Pública e da Procuradoria-Geral da Nação para impetração de *habeas corpus*, a Sentença

o eventual descumprimento dos requisitos exigidos pela lei para a aptidão do pedido de *habeas corpus* não deve impedir a sua tramitação:

> Los requisitos que el legislador pretende establecer para el caso en que la petición sea presentada por escrito o verbalmente se avienen, de manera general, a lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución Política, por cuanto si bien se trata de una solicitud caracterizada por la informalidad, ello no obsta para que sea preciso contar con una información mínima indispensable para que el mecanismo de habeas corpus pueda funcionar en forma oportuna y eficaz.
>
> […]
>
> Finalmente, dada la prevalencia de la garantía constitucional del *hábeas corpus*, es acorde con la misma Constitución que el legislador disponga que la ausencia de uno de los requisitos señalados, no impide que se adelante el trámite del hábeas corpus, si la información que se suministra es suficiente para ello, por cuanto el carácter sumario de la acción la hace ajena a ritualidades, formalismos, o autenticaciones, resultando igualmente acorde con la norma superior la posibilidad de acudir verbalmente ante las autoridades judiciales y la inexistencia del requisito del otorgamiento de poder o mandato alguno.[43]

Soma-se aos aspectos anteriormente expostos o fato de que os juízes e tribunais dispõem de competência para a concessão, de ofício, de *habeas corpus*, sempre que for possível vislumbrar ofensa ilegítima à liberdade. Mesmo sob a forma de impetração individual, o *habeas corpus*, em razão da relevância do direito que visa a proteger, sempre contou com uma cláusula de abertura para a tutela do direito à liberdade de locomoção de pessoas não identificadas como destinatárias da impetração.

É, ademais, absolutamente pacífico na jurisprudência brasileira o entendimento segundo o qual não se aplica aos recursos da defesa no âmbito do processo penal a restrição contida no princípio dispositivo, o qual outorga à parte interessada a iniciativa do processo, deduzindo esta a pretensão processual que deseja ver examinada pelo Poder Judiciário, delimitando seu objeto, de modo que o juiz não possa apreciar senão aquilo que lhe foi levado

---

1.056/2004 da Corte Constitucional colombiana, consultada no sítio eletrônico [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-1056-04.htm]. Acesso em: 16.09.2015.

43. A íntegra da Sentença 187, de 2006, está disponível no sítio eletrônico da Corte Constitucional da Colômbia: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-187-06.htm]. Acesso em: 30.09.2015.

pela parte ao processo.[44] Isso porque é da tradição do ordenamento jurídico brasileiro a atribuição de competência aos juízes e tribunais para concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício[45]. Na quadra atual, em acréscimo, não é demasiado recordar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está alinhada no sentido de que a concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício, pelos tribunais constitui dever atribuído ao Poder Judiciário, e não mera faculdade.[46]

Se é verdade que todo magistrado dispõe de competência para conceder, de ofício, ordem de *habeas corpus* – e não há nenhuma voz discordante quanto a isso –, não faz sentido persistir na tese de que o *habeas corpus* somente pode ser veiculado judicialmente na versão individual. Por essa razão, ainda mais, a coletivização da tutela judicial no âmbito do *habeas corpus* revela plena compatibilidade com a vocação expansiva desse instrumento processual de defesa da liberdade.

4.3. A admissibilidade do habeas corpus coletivo a partir da analogia com outros instrumentos processuais destinados à tutela coletiva de direitos

Uma vez tendo sido demarcado o teor finalístico do remédio de *habeas corpus* coletivo, bem como a relevância empírica da tutela coletiva da liberdade, vale, ainda, destacar a possibilidade de sua admissão a partir de um cotejo analógico com outras vias processuais destinadas à tutela coletiva dos direitos fundamentais. A analogia consiste em técnica para colmatação de lacunas por meio da

44. Nesse sentido: ECHANDIA, Hernando Devis. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madri: Aguilar S.A., 1966. n. 19. p. 53.

45. Cf. CORREA, Plínio de Oliveira. O "habeas corpus" de ofício no futuro Código de Processo Penal. *R. Inf. Legisl*. Brasília, ano 15, n. 59, jul.-set. 1978. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181158/000366151.pdf?sequence=3]. Acesso em: 26.06.2014.

46. A esse respeito, trecho de importante pronunciamento do Ministro Cezar Peluso: "Impressionou-me o fato de este tribunal não raro invocar a eventual supressão da instância, para não conhecer de *habeas corpus* ou de seu fundamento, quando temos obrigação legal de conceder ordem de ofício à vista de ilegalidade manifesta. Para meu conforto, existe até precedente, no RHC 80.110, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que observou com muita propriedade: '... a inexigibilidade do prequestionamento somada ao poder dever da concessão do *habeas corpus* de ofício permitem – quando manifesta a ilegalidade que o tribunal coator se haja indevidamente recusado a examinar – que se sobreponha a decisão imediata'" (STF, HC 85.237, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17.03.2005).

qual se aplica à hipótese não regulada uma norma jurídica que trata de questão similar. A norma em questão não seria a princípio aplicável ao caso, que não está compreendido na sua hipótese de incidência. Mas, diante da lacuna, ela incide, para resolvê-lo. Segundo a lógica tradicional, "é um procedimento conclusivo mediato, isto é, conclusão que pressupõe pelo menos duas premissas, e na qual ocorre uma passagem de um particular para outro particular"[47]. Em outras palavras, não se trata de um processo estritamente analítico, "mas que pressupõe um juízo empírico, isto é, a constatação da semelhança que, aliás, exige valoração", o que lhe retira o rigor formal e, ainda, o qualifica como quase lógico.[48]

O principal fundamento da analogia é a igualdade, pois se parte da premissa de que hipóteses similares devem receber o mesmo tratamento do ordenamento.[49] A propósito, é importante observar que, sejam quais forem as premissas de que se valha para a realização de um argumento analógico, devem elas ser confrontadas em vista de suas semelhanças empíricas, bem como, no direito, em razão de seus efeitos jurídicos. Neste trabalho, o argumento analógico pode ser utilizado com duas finalidades: (i) para demonstrar o cabimento do *habeas corpus* coletivo a partir da coletivização jurisprudencial do mandado de injunção; e (ii) para tornar mais preciso o âmbito de proteção do *habeas corpus* coletivo na ordem jurídica brasileira.

Em primeiro lugar, é possível traçar um paralelo com a figura do mandado de injunção coletivo, cuja ausência de previsão legal ou constitucional não obstou a sua admissibilidade na ordem jurídica pela jurisprudência do STF.[50] Como ressaltou o Ministro Celso de Mello,

> (...) a orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia, desse modo, a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade da ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito.[51]

47. JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 277.
48. Idem.
49. Cf. MAXIMILIANO, Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 210; FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 59.
50. Precedentes sobre a admissibilidade do mandado de injunção coletivo: MI 20, rel. Min. Celso de Mello; MI 342, rel. Min. Moreira Alves; e MI 361, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence.
51. STF, MI 20, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 19.05.1994.

O uso do argumento analógico autoriza a aplicação da diretriz jurisprudencial que aceitou a impetração coletiva do mandado de injunção ao *habeas corpus*, que também passaria a contar com uma versão coletiva. O mandado de injunção e o *habeas corpus* compõem, ao lado de outros instrumentos processuais, categoria cognominada direito processual constitucional.[52] O primeiro tem por objetivo tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, ao passo que o segundo tem por função a proteção específica de um direito ou liberdade constitucional (liberdade de locomoção). A similitude das funções exercidas por esses dois instrumentos processuais de matriz constitucional reforça a possibilidade de uso do argumento analógico baseado na construção jurisprudencial que deu origem ao mandado de injunção coletivo para fins de amparar a defesa da tese da admissibilidade da impetração coletiva do *habeas corpus*.

Em segundo lugar, pode-se ainda comparar o remédio constitucional de *habeas corpus* coletivo (e, por sua vez, a tutela da liberdade individual no âmbito multitudinário) à ação civil pública e ao mandado de segurança coletivo[53], ambos instrumentos de proteção de direitos individuais homogêneos. Aqui, o uso do argumento analógico tem por objetivo explicitar a circunstância de que a tutela jurisdicional coletiva é dirigida não apenas à proteção de direitos coletivos em sentido estrito mas também à proteção de direitos individuais que exigem, em razão de circunstâncias específicas, garantia processual de natureza coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor é didático quanto aos grupos de direitos merecedores de tutela jurisdicional coletiva:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

52. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

53. A respeito, a Lei 12.016/2009: "Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: [...] II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante".

> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os dois primeiros incisos cuidam de direitos coletivos em sentido estrito, vale dizer, indivisíveis e titularizados por um grupo indeterminado (inciso I) ou determinável (inciso II) de pessoas. O terceiro inciso, a seu turno, cuida de uma espécie de direito individual garantido pela tutela jurisdicional coletiva. Assim, "a qualificação de homogêneo é utilizada para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles"[54]. Não se trata, portanto, de um direito pertencente a uma coletividade (transindividual) determinável ou não, mas de um conjunto de direitos que:

> (...) são perfeitamente divisíveis entre os titulares, há ordenamento da relação de titularidade com o bem da vida violado ou disputado, e este, também por sua vez, é perfeitamente distribuído e individualizado entre os titulares; no entanto, pode-se postular a proteção jurisdicional coletivamente, em face da origem comum do direito afirmado.[55]

Em relação aos direitos individuais homogêneos:

> (...) a origem comum, na medida em que surjam como consequência de um mesmo fato ou ato, e a homogeneidade que os caracteriza implicam a perda de sua condição atômica e estruturalmente isolada e a sua transformação em interesses merecedores de tratamento processual supraindividual.[56]

54. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 42-43.
55. ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 658.
56. BENJAMIN, Antonio Herman V. In: MARQUES, Claudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1552.

Nesse sentido, é possível afirmar que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos não os desnatura enquanto direitos individuais, isto é, aqueles cujos titulares são as pessoas singularmente consideradas. Com efeito, a tutela de tais direitos (mediante ação civil pública ou mandado de segurança coletivo) não se diferencia em nada da proteção coletiva à liberdade individual por meio da via multitudinária do *habeas corpus*.

É necessário reconhecer, portanto, que a tutela coletiva da liberdade individual pela via do *habeas corpus* coletivo – tal como sucede na ação civil pública ou no mandado de segurança coletivo – não a desnatura enquanto direito individual. A defesa da tese da admissibilidade do *habeas corpus* coletivo não implica advogar a ideia de que o direito à liberdade de locomoção pode ser titularizado por uma coletividade. Absolutamente. O direito à liberdade de ir e vir será sempre titularizado por cada indivíduo, mas a forma coletiva como a ofensa a esse direito é materializada no mundo real pode incitar à defesa da tutela jurisdicional coletiva desse direito.[57]

A coletivização *lato sensu* da tutela jurisdicional da liberdade deve ser determinada em face das circunstâncias específicas do constrangimento ilegal perpetrado. Trata-se, pois, de uma qualificação coletiva da liberdade, determinada em razão das especificidades do constrangimento. Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, da qual resulta violação a direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por essa circunstância de fato.[58] A liberdade não perde a sua feição de direito individual – motivo pelo qual, quando da análise de mérito, devem ser verificadas as restrições concretas à liberdade individual dos pacientes –, mas é tutelada coletivamente em face de um fato jurídico comum, a partir do qual se produzem os efeitos jurídicos ilícitos a serem sanados pela via do *habeas corpus*.

Nesse sentido, o direito à liberdade de locomoção, atingido coletivamente – em razão de uma "origem comum" (inciso III do art. 81 do CDC) –, pode ser equiparado a um direito individual homogêneo, com a finalidade de garantir a

57. Os *habeas corpus* coletivos que versam acerca de interesses individuais homogêneos compartilham do ideal das ações difusas, como a ação civil pública. A despersonalização desses interesses ocorre na medida em que não se veicula pretensão pertencente a um direito individual, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, influi nas esferas individuais.

58. STJ, AgRg no Ag 1323205/SP, rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª T., j. 19.10.2010, *DJe* 10.11.2010.

tutela jurisdicional coletiva do direito.[59] A estratégia da lei processual civil de coletivizar a proteção de um direito essencialmente individual (como o direito do consumidor) em função da abrangência subjetiva (coletiva) da sua violação pode ser transposta para o âmbito da proteção do direito à liberdade de ir e vir.[60] Essa é a visão que, a partir da experiência argentina, tem prevalecido no ambiente latino-americano:

> De lo que venimos exponiendo hasta aquí, se desprende que los distintos enfoques judiciales han transitado, de un modo u otro, por la cuestión del significado que pueda adjudicarse al término "colectivo", o más propiamente desde el derecho argentino, al sintagma "de incidencia colectiva", contenido en el artículo 43 de la Constitución Nacional.
>
> Aunque más en especial, el razonamiento judicial giró alrededor de si lo que estaba en cuestión era una sumatoria de derechos individuales o verdaderamente se trataba de un derecho de corte supraindividual. Creemos, sin embargo, que no se trataba, en el caso, ni de lo uno ni de lo otro. Es que entendemos que, en realidad, en la situación articulada estuvieron en juego posiciones jurídicas (intereses o cabales prerrogativas) encuadrables en la categoría de los denominados "derechos individuales homogéneos". Veámoslo.
>
> La "situación plural" de la que hemos hablado líneas arriba – siempre dentro de las coordenadas del caso bajo estudio –, bien puede ser tipificada como un supuesto de los llamados "derechos individuales homogéneos", en tanto éstos se han entendido como "... una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, de la cual es titular una comunidad de personas indeterminadas mas determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho"[61].
>
> En puridad, se trata de derechos individuales, pero que de algún modo, funcionalmente pueden, en ciertas circunstancias, "colectivizarse" – si así

59. Nos termos do art. 81, III, do CDC, os direitos individuais homogêneos são aqueles "decorrentes de origem comum", e se referem a um número de pessoas ainda não identificadas, mas passível de ser determinado em um momento posterior (Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *CPC comentado*. São Paulo: RT, 2001. p. 1883).

60. Em nada se diferenciam os direitos individuais homogêneos da liberdade individual, senão que esta, em virtude de sua alta fundamentalidade material, possui prevalência – no que tange à proteção – em relação a quaisquer direitos do consumidor.

61. GUIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. In: GUIDI, Antonio; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogenos*. Ha cia un código modelo para Iberoamerica. México: Porrúa. p. 35.

> podemos decirlo –, los cuales, por cierto, necesitarán para ello algo más que el mero aglomerado fáctico. Precisamente, en está órbita de reflexión y con pretensión analogable al "hábeas corpus colectivo" tenemos que el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, en su artículo 2º, para los supuestos de "derechos individuales homogéneos" exige "la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales" y también "la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto".[62]

Em síntese, as afetações coletivas ao direito individual da liberdade de ir e vir que requeiram um tratamento multitudinário podem ser tuteladas jurisdicionalmente de modo coletivo quando verificadas as seguintes condições habilitadoras: (a) a identidade do fenômeno ilícito que implica o constrangimento ilegal; e (b) a insuficiência dos remédios processuais individuais para a proteção integral do direito à liberdade ofendido ou colocado em risco.[63]

5. A relevância empírica da tutela coletiva da liberdade: da experiência argentina à realidade brasileira

O caso paradigmático concernente à aplicabilidade do *habeas corpus* em sua faceta coletiva, sem dúvida, é o notório precedente "Verbitsky", ocorrido na Argentina. Impetrou-se o *writ* pelo Centro de Estudos Legais e Sociais, representado pelo seu presidente, o jornalista Horacio Verbitsky, em nome de todas as pessoas presas em instalações policiais superlotadas na província de Buenos Aires. A Câmara de Cassação Penal da Província e a Suprema Corte da Província de Buenos Aires rejeitaram a ação. Chegando o caso à Corte Suprema da Nação, deu-se provimento ao recurso, de maneira a reconhecer a idoneidade do *habeas corpus* na tutela coletiva das liberdades individuais.[64]

---

62. BERTOLINO, Pedro J. El hábeas corpus colectivo. Algunas reflexiones a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni/UNAM, 2009. p. 14-15.
63. Ibidem, p. 50.
64. Nos votos majoritários (n. 16), firmou-se a compreensão de que: "[...] pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el 'hábeas corpus' como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela de los derechos citados en el párrafo 2, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario, y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla". Do voto do

A Corte Suprema argentina já havia reconhecido, antes mesmo do caso Verbitsky, a viabilidade da tutela coletiva de direitos dos presos no caso Mignone[65], por meio do qual se discutia o exercício de direitos eleitorais dos presos provisórios. A Corte acolheu o amparo coletivo ajuizado por uma organização não governamental e reconheceu que o Estado tinha obrigação de implementar, no prazo de seis meses, medidas para garantir o direito de voto aos presos provisórios. A sentença que resultou desse julgamento sublinhou que o caráter coletivo do direito ao voto justificaria o tratamento processual coletivo da controvérsia.[66]

Com efeito, o precedente firmado pela Corte argentina no caso Verbitsky representa a aplicação ao *habeas corpus* de orientação jurisprudencial uniforme no sentido do cabimento da ação de amparo para tutela coletiva de direitos fundamentais.[67] A Constituição argentina incorporou, desde o ano de 1994, o amparo coletivo com a seguinte redação:

> (...) podem interpor esta ação contra qualquer forma de discriminação e em relação aos direitos que protegem o ambiente, a concorrência, o usuário e o consumidor, assim como os direitos de incidência coletiva em geral, o afetado, o defensor do povo, e as associações que tenham essa finalidade, registras conforme a lei [...].

---

juiz Fayt, extrai-se a seguinte relevante passagem: "[...] no puede pasarse por alto que la previsión del actual artículo 43 de la Constitución Nacional contempla expresamente la figura del amparo colectivo. Y si bien no lo hace, al menos en forma expresa, con el hábeas corpus colectivo, ello no puede conducir a negar la posibilidad de su ejercicio. Sucede que el amparo ha nacido en nuestro derecho constitucional como una extensión a otros derechos de la protección sumaria que las leyes otorgaron desde antiguo a la libertad corporal [...] de tal manera, la interpretación del ámbito de sujetos desamparados, por el primigenio remedio procesal, bien que circunscripto a la protección de los derechos vinculados con la libertad física y las condiciones de detención – no puede prescindir de esta nueva categoría, la colectiva – de violaciones suceptibles de ser remediadas por procedimientos sumários" (n. 15 del voto respectivo).

65. CSJN, Mignone, ação de amparo de 09.04.2002.

66. O voto concorrente do juiz Bossert realizou considerações adicionais sobre os aspectos coletivos do direito ao voto, justificando o caráter coletivo da ação e o alcance da afetação que produz a norma, "que tem repercussões sobre um grupo de cidadãos que se encontram em idêntica situação e que haviam sido excluídos do efetivo exercício da soberania popular sobre qual se assenta o sufrágio".

67. Pode-se mencionar, a propósito, a tutela coletiva do direito à saúde (casos Asociación Benghalensis, de 01.06.2000, e Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta, de 18.12.2003).

A existência de uma ação constitucional especificamente voltada para a tutela coletiva de direitos fundamentais contribuiu, de forma decisiva, para a aceitação do *habeas corpus* coletivo pela Suprema Corte argentina.[68]

Essa construção jurisprudencial teve confessada inspiração no direito à igualdade. Afinal, a aceitação do instrumento processual coletivo de proteção dos direitos fundamentais dos presos encontra justificativa precisamente no fato de que decisões judiciais individuais que reconhecessem, por exemplo, o direito de certos presos de não se submeterem à superlotação carcerária implicaria evidente ofensa ao princípio da isonomia, tanto mais se essas medidas não fossem aplicáveis a todos os detentos. O parecer do Procurador-Geral da Nação explorou esse aspecto ao defender, perante a Corte Suprema, o cabimento do *habeas corpus* coletivo:

> Explicó así que el intento de resolución individual se veía frustrado porque la resolución individual de un caso afectaba necesariamente la situación de las demás personas que padecían la misma situación, generando además evidentes problemas de igualdad. A modo de ejemplo, mencionó que la orden judicial de traslado de una unidad de detención a otra podía aliviar la situación de la primera pero agravar la de la segunda. Y a ello agregó que también hablaban a favor de una acción colectiva razones de economía procesal que la hacían preferible por sobre una multiplicidad de acciones individuales. Por un lado, señaló que encauzar el reclamo por la vía de una acción colectiva permite que la orden judicial al Poder Ejecutivo para que solucione la situación provenga de un único órgano judicial y se refiera a la totalidad del problema.[69]

Nos últimos anos, depois do precedente firmado pela Corte Suprema no caso Verbitsky, os Tribunais argentinos passaram a aceitar reiteradamente o cabimento de *habeas corpus* coletivo para o enfrentamento das mais diversas espécies de violação a direitos fundamentais no campo penal. O Tribunal de Apelação Penal de La Pampa, em 2013, julgou procedente ação de *habeas corpus* coletivo para reconhecer que o cumprimento de pena em lugar distante da família do detento viola sua dignidade e impede sua ressocialização.[70] A Câmara

68. V., a propósito, COURTIS, Christian. El caso "Verbitsky": ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos? *Colapso del sistema carcelario*. Buenos Aires: CELS-Siglo XXI Editores (2005).

69. O parecer do Procurador-Geral foi consultado no sítio eletrônico da Corte: [www.csjn.gov.ar/data/habeascorpus.pdf]. Acesso em: 20.09.2015.

70. Chena, Roberto Manuel y otros s/ *habeas corpus* coletivo, Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa, de 17.12.2013, Legajo 9221/2. Sentença disponível em:

Federal de Cassação Penal afirmou o cabimento do *habeas corpus* coletivo para tutelar o direito ao recebimento tempestivo de salários pelos trabalhadores detentos e também o direito à alimentação adequada.[71]

No Brasil, por sua vez, em 2008, o Professor Salo de Carvalho impetrou *habeas corpus* coletivo preventivo com o objetivo de garantir, em favor de alguns grupos sociais (coletivo "Princípio Ativo" e grupos de ação antiproibicionista), a realização, em Porto Alegre, da denominada "Marcha da Maconha", uma vez que, àquela altura, o Comandante da Brigada Militar do Rio Grande do Sul havia ressaltado publicamente a posição de que os manifestantes seriam presos por apologia ao crime. A juíza de plantão Laura de Borba Maciel Fleck, em 3 de maio de 2008, concedeu a ordem de *habeas corpus* e permitiu que os manifestantes marchassem contra a criminalização do uso da maconha no dia seguinte.[72]

Mais importante, no entanto, é frisar a impetração do *habeas corpus* coletivo para, na linha do mencionado caso Verbitsky, sanar a situação degradante de encarceramento de presos brasileiros. A partir de verificação do estado de inúmeros estabelecimentos carcerários nacionais, foram impetradas ordens de *habeas corpus* coletivo em favor de internos, com o objetivo de obter a transferência de detentos para estabelecimentos apropriados ou a soltura imediata daqueles encarcerados em condições desumanas. O STJ não conheceu dos referidos *habeas corpus* coletivos[73], pois (a) a urgência de processamento do *habeas corpus* supostamente impediria a constatação de ilegalidades coletivas, pois seria necessário ponderar, individualmente, cada execução penal, bem como o histórico do paciente[74]; e (b) o *habeas corpus* não poderia servir de via adequada para fazer com que o Poder Executivo cumprisse suas atribuições

[www.mpd.gov.ar/pdf/boletines_tematicos/Nacional%20-%202015.03%20-%20Habeas%20corpus.pdf]. Acesso em 08.10.2015.

71. Câmara Federal de Casación Penal, Sala IV, 17.07.2014, Causa CCC26296 (reg. 20.818). Sentença disponível em: [www.mpd.gov.ar/pdf/boletines_tematicos/Nacional%20-%202015.03%20-%20Habeas%20corpus.pdf]. Acesso em: 08.10.2015.

72. TJRS, *Habeas Corpus* 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, j. 03.05.2008.

73. STJ, HC 91.462/RJ 2007/0229676-3, rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. 06.11.2014, 6ª T., *DJe* 24.11.2014.

74. STJ, AgRg no HC 303.061/RS 2014/0221068-0, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.10.2014, 6ª T., *DJe* 10.11.2014; STJ, RHC: 31.124/PA 2011/0210921-3, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.06.2012, 6ª T., *DJe* 29.06.2012.

de garantia individual e manutenção das condições mínimas de sobrevivência digna nos presídios.[75]

As condições degradantes de encarceramento, sobretudo no que se refere à superlotação, impõem injustas restrições à liberdade de tais pessoas, que, mesmo estando limitada em decorrência da própria estrutura carcerária, não está sujeita a reduções arbitrárias além daquelas previstas nos parâmetros normativos nacionais e internacionais[76]. Embora não se encontre no raio de proteção do *habeas corpus* a possibilidade de impor ao poder público a realização de despesas para adequação das instalações carcerárias, não é correto afirmar aprioristicamente o não cabimento de *habeas corpus* coletivo para garantir direitos dos presos atingidos, de forma coletiva, por atos administrativos ou judiciais diretamente relacionados à liberdade de ir e vir.

Cabe destacar, ademais, a diferença entre o cabimento do *habeas corpus* coletivo (isto é, a viabilidade processual do remédio constitucional) e o mérito da pretensão nele deduzida (relacionada à configuração do direito alegado a partir da demonstração da ofensa por meio de prova pré-constituída). É equivocado afirmar peremptoriamente a não admissibilidade do *writ* coletivo com base em argumento de mérito, qual seja, a necessidade de verificação da restrição individual do direito à liberdade criada pelo constrangimento ilegal. É verdade que não se pode prescindir de tal avaliação. Porém, essa análise não pertence ao âmbito da admissibilidade da via processual do *habeas corpus* coletivo, estando compreendida no necessário juízo posterior de mérito. A jurisprudência do STF não destoa desse ponto de vista e tem afirmado que:

75. STJ, AgRg no HC 269.265/SP 2013/0122823-1, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 28.05.2013, 6ª T., *DJe* 10.06.2013; STJ, AgRg no RHC 40.334/SP 2013/0282121-4, rel. Ministro Og Fernandes, j. 03.09.2013, 6ª T., *DJe* 16.09.2013.

76. Segundo o Subcomitê para a Prevenção da Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU ("Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes – Adición", p. 7): "La Resolución No 9 establece además que la capacidad de cada bloque de celdas no deberá exceder de 200 reclusos. Asimismo, estipula que todos los centros penitenciarios y las cárceles municipales dotados de celdas colectivas deberán asegurarse de que al menos el 2% de las celdas individuales estén disponibles en caso de que sea necesario separar reclusos. Asimismo, establece que cada celda individual deberá contar con una cama y un espacio de higiene personal con al menos un lavabo y un inodoro, además de una zona para circular; como mínimo, las celdas individuales deberán medir 6 m2. Las celdas colectivas podrán albergar hasta ocho reclusos y deberán tener una superficie de al menos 13,85 m2 […]".

> (...) a adequação do habeas prescinde da procedência ou não de certa causa de pedir, mostrando-se suficiente que se aponte a prática de ato ilegal a alcançar, na via direta ou na indireta, a liberdade de locomoção e haja órgão competente para o julgamento[77].

Caso também merecedor de atenção deu-se em Belo Horizonte: o juiz da Vara de Execução Penal determinava a devolução de todas as guias de execuções expedidas por Varas Criminais da capital mineira por entender que era incompetente para receber guias de recolhimento expedidas em desfavor de réus que se encontravam presos em unidades prisionais de cidades contíguas a Belo Horizonte. A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais impetrou *habeas corpus* coletivo, alegando que todas as guias de execução encontravam-se paradas nas secretarias das varas criminais, circunstância que ensejava risco de desvio ou excesso de execução em prejuízo de um número indeterminado de presos. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, desafortunadamente, não conheceu da impetração por entender imprescindível a identificação e individualização dos pacientes.[78] A postura adotada, de forma indiscriminada, pelo juiz responsável pela execução penal em Belo Horizonte atingia um número indeterminado de pessoas, e a controvérsia instaurada possuía natureza exclusivamente jurídica. Nenhuma razão substancial impedia o conhecimento da matéria pelo Tribunal na via do *habeas corpus* coletivo, que poderia ter servido à solução célere e eficaz de grave violação ao direito de liberdade de locomoção de uma coletividade de presos (todos os condenados por Varas Criminais de Belo Horizonte que se encontravam presos em estabelecimentos prisionais fora da capital).

O Conselho Nacional da Justiça, mediante o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, sugeriu, como medida para a simplificação e agilização do trâmite processual no propósito de atingir a duração razoável do processo, o estímulo à solução coletiva das demandas de massa no âmbito criminal.[79] Recentemente, seguindo tal orientação, a Vara de Execuções Penais de Teresina, por meio de incidente coletivo instaurado a pedido do Ministério Público, interditou parcialmente hospital penitenciário que não oferecia condições mínimas de tratamento de pessoas com transtorno mental,

77. STF, HC 98.711, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 15.02.2011.

78. TJMG, *Habeas Corpus* Criminal 1.0000.14.047920-5/000, rel. Des. Rubens Gabriel Soares, 6ª Câmara Criminal, j. 05.08.2014, publicação da súmula em 11.08.2014.

79. Disponível em: [www2.mp.pr.gov.br/cpcrime/boletim87/PlanodeGestao.pdf]. Acesso em: 15.10.2015.

impedindo novas internações até que o serviço público fosse normalizado pelo Estado.[80] A mesma forma de tutela judicial poderia ter sido alcançada, vale ressaltar, pela impetração de *habeas corpus* coletivo.

A partir da breve análise dos casos anteriormente mencionados, destaca-se a importância do *habeas corpus* coletivo no Brasil nos dias atuais. Não se pode perder de vista, no entanto, que a oscilação em torno da admissibilidade do *habeas corpus* coletivo na jurisprudência brasileira constitui fator de desincentivo à sua utilização. Diante das conhecidas deficiências do Estado no campo da assistência jurídica gratuita – a Defensoria Pública tem se consolidado, mas ainda não consegue atingir adequadamente toda a população –, deve-se fomentar tanto quanto possível a utilização do *habeas corpus* coletivo como mecanismo célere para o enfrentamento de violações coletivas. E isso não apenas em relação ao direito de liberdade de ir e vir mas também a outros direitos fundamentais das pessoas submetidas à privação da liberdade.

6. Conclusões

Procedidas às análises teóricas, é possível extrair as seguintes conclusões.

O remédio constitucional do *habeas corpus* revelou, na história brasileira, forte capacidade de adaptação a fim de permitir o eficaz controle judicial dos direitos individuais em face do Estado.

Na linha do Pacto de São José da Costa Rica e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a toda forma ilegítima de colocação em perigo do direito à liberdade de locomoção deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada à realização efetiva da proteção desse direito.

A efetividade do recurso – entendido em sua acepção ampla de instrumento processual – depende da sua idoneidade (normativa e empírica) para responder à violação ao direito fundamental. Daí por que a ofensa aos direitos manifestada de forma coletiva exige, para que se dê a plena satisfação do direito ao recurso célere e eficaz, uma tutela jurisdicional com alcance coletivo.

Entre os aspectos que caracterizam o *habeas corpus*, destaca-se sua informalidade, de que são exemplos a possibilidade de impetração por qualquer pessoa, a veiculação da petição por qualquer meio físico possível, a possibilidade de extensão da ordem a pessoas em idêntica situação processual e a viabilidade

80. Disponível em: [www.mppi.mp.br/internet/attachments/Decis%C3%A3o%20liminar%20de%20interdi%C3%A7%C3%A3o%20do%20Hospital%20Penitenci%C3%A1rio%20Valter%20Alencar.pdf]. Acesso em: 15.10.2015.

de concessão do remédio, de ofício, pelo Poder Judiciário. Tudo isso indica uma forte preocupação com a adaptação do *habeas corpus* às necessidades práticas decorrentes da proteção efetiva à liberdade.

O cabimento do *habeas corpus* coletivo exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) a identidade do fenômeno ilícito que implica o constrangimento ilegal; e (ii) a insuficiência dos remédios processuais individuais para a proteção integral do direito à liberdade ofendido ou colocado em risco.

A reiteração de casos nacionais e internacionais, no ambiente latino-americano, concernentes à impetração do *habeas corpus* coletivo reflete uma grande utilidade prática do instrumento, da mesma forma que, pode-se cogitar, constitui – em algumas situações – única via apta a garantir a liberdade ambulatorial multitudinária.

7. Bibliografia

ARROYO, César Landa. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. 3. ed. Lima: Palestra Editores, 2007.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BASTERRA, Marcela I. *Habeas corpus* correctivo colectivo pluri-individual. In: MANILI, Pablo L. *Tratado de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2010. t. I.

BASTERRA, Marcela I. Procesos colectivos: la consagración jurisprudencial del *habeas corpus* colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: El fallo Verbitsky. *LL, Sup. Const.*, 25.07.2005.

BENJAMIN, Antonio Herman V. In: MARQUES, Claudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERTOLINO, Pedro J. El hábeas corpus colectivo. Algunas reflexiones a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni/UNAM, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *la garantia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.

CORREA, Plínio de Oliveira. O "habeas corpus" de ofício no futuro Código de Processo Penal. *R. Inf. Legisl.*, Brasília, ano 15, n. 59, jul.-set. 1978.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madri: Aguilar, 1966.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

FILIPPINI, Leonardo. Superpoblación carcelaria y hábeas corpus colectivo. *LNBA* 2005-2-260; LORENTI (h), Pedro. El hábeas corpus colectivo como acción de clase. A propósito del caso "Verbitsky, Horacio s/ *HABEAS CORPUS*". *LL, Sup. Const.*, 25.07.2005.

GUIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. In: GUIDI, Antonio; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogenos*. Ha cia un código modelo para Iberoamerica. México: Porrúa.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira (1841-1920)*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LINS, J. G. G. Ativismo judicial e a Constituição de 1891: a doutrina brasileira do *habeas corpus*. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto et al. (Org.). *Temas de pensamento constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. v. III.

LÓPEZ, Boris Wilson Arias. *Amparo constitucional y hábeas corpus en la jurisprudencia constitucional*. Cochabamba: Quipus, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOROCOA, Juan M. La concepción estándar del *habeas corpus*: una interpretación insuficientemente garantista. In: RIVERA, Julio César et al. (Org.). *Tratado de los derechos constitucionales*. t. III.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NIQUETE, Lenine. O Poder Judiciário a partir da independência: II República. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios constitucionais*. São Paulo: Manole, 2003.

PRONER, Carol. Seminário Resistência Democrática: diálogos entre política e justiça, realizado entre os dias 15 e 17 de maio de 2013. *Revista da Emerj*, v. 18, n. 67, p. 164-184, jan.-fev. 2015.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 3.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Seminário Resistência Democrática: diálogos entre política e justiça, realizado entre os dias 15 e 17 de maio de 2013. *Revista da Emerj*, v. 18, n. 67, p. 185-205, jan.-fev. 2015.

WALD, Arnold. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. (Teoria geral do direito penal, v. 1).

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A nova teoria brasileira do *habeas corpus*, de André Estefam – *RT* 921/447-469 (DTR\2012\44826);
- Conceito de processo jurisdicional coletivo, de Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr. – *Re-Pro* 229/273-280 (DTR\2014\693); e
- Direito à liberdade de locomoção: um escorço de interpretação constitucional, de Wilson Steinmetz – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/893-902 (DTR\2015\11499).

Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal

Four essential scientific differences between criminology and criminal law

Marcelo Almeida Ruivo

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bolsista da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT-Portugal, 2009-2013) e do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD-Alemanha, 2014). Pesquisador Convidado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (2009, 2011-2012, 2014, 2016 e 2017).
marceloruivo2005@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: As ciências criminais (criminologia, direito penal e política criminal) têm assumido distintas configurações desde a proposta de Franz von Liszt. O direito penal já foi a principal ciência, que tinha o auxílio de ciências assessórias (Escola Clássica alemã). Mais adiante, transformou-se no instrumento jurídico da política-criminal (Funcionalismo Penal). Atualmente existe a tendência de ver as disciplinas numa condição de igualdade com autonomia científica. Todavia, por vezes, as qualidades científicas próprias da criminologia e do direito penal restam insuficientemente sublinhadas, impedindo o melhor funcionamento complementar para o entendimento e o tratamento do fenômeno desviante. O presente estudo busca identificar e descrever quatro diferenças essenciais entre a criminologia e o direito penal.

Palavras-chave: Criminologia – Direito penal – Política criminal – Ciências criminais – Objeto científico – Metodologia – Funções.

Abstract: The criminal science (criminology, criminal law and criminal policy) has assumed distinct configuration since the proposal of Franz von Liszt. The criminal law has been the main science that had the assistance of advisory sciences (German classic school). Later it turned into a legal instrument of criminal policy (criminal functionalism). Nowadays it exists the tendency to see the criminal science disciplines an equal condition with scientific autonomy. However, sometimes the very scientific qualities of criminology and criminal law remain insufficiently underlined, impeding the best complementary operation to the understanding and treatment of deviant phenomenon. This study aimed to identify and describe four essential differences between criminology and criminal law.

Keywords: Criminology – Criminal law – Criminal policy – Criminal science – Scientific object – Methodology – Functions

Ruivo, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 137. ano 25. p. 323-345. São Paulo: Ed. RT, nov. 2017.

Sumário: 1. Introdução ao desafio de diferenciação das disciplinas das Ciências Criminais. 2. Aproximação aos conceitos das disciplinas das ciências criminais. 3. Quatro diferenças entre a criminologia e o direito penal. 3.1. O objeto. 3.2. A metodologia. 3.3. A função primordial. 3.4. A suficiência da crítica e a necessidade da propositividade. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução ao desafio de diferenciação das disciplinas das Ciências Criminais

O direito penal e a criminologia compõem – igualmente com a política criminal – o que é tradicionalmente conhecido como Ciências Criminais ou como "ciência conjunta do direito penal" (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), expressão de Franz von Liszt,[1] também encontrada em vários autores.[2] As três disciplinas formam o conjunto a partir dos interesses, verificados em diferentes intensidades, pelos fenômenos do crime e da punição e pela pessoa do criminoso. Cada disciplina manifesta autonomia científica na determinação do seu objeto, da sua metodologia, da sua função primordial, bem como em relação aos princípios fundamentais, à axiologia e às finalidades.

1. LISZT, Franz von. Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenchaft. In: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (1892-1904). Berlin: J. Guttentag, 1905. v. II. p. 285.

2. ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Vortrag am 13*. Berlin: De Gruyter, 1970, p. 1; BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 2, 1983. p. 29; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 93; GROPP, Walter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 3. ed. Berlin: Heidelberg: 2005. p. 30; ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. ed. München: CH. Beck Verlag, 2006. v. 1. p. 4 e 6-7; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 20; COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*: *fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 28; D'AVILA, Fabio Roberto. Os limites normativos da política criminal no âmbito da "ciência conjunta do direito penal" (algumas considerações críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, n. 10. p. 486; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18; MOURA, Bruno. Normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo? *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 86, 2010. p. 723; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale. 6. ed. Bologna: Zanichelli, 2014. p. 30.

Na concepção de Von Liszt, a primazia era do direito penal, como guardião da liberdade individual diante do poder interventivo do Estado, pois entendia que o limite da legalidade jurídica poderia impor uma barreira à pontual restrição da liberdade individual levada a cabo pela variação dos interesses político-criminais.[3] Nessa visão, o direito penal acabaria por "circunscrever o conteúdo da criminologia",[4] impedindo-a de estudar formas de tratamento do conflito diversas do direito penal e fenômenos que deveriam vir a ser criminalizados. Mais adiante, o funcionalismo penal, com alegação da necessidade de superar o positivismo reinante no liberalismo jurídico do direito penal, apresentou uma nova configuração às ciências criminais.[5] O direito penal perdeu a primazia diante das outras ciências e tornou-se um mero instrumento da política criminal, que, por sua vez, ganha uma "posição de domínio".[6] Com isso, deixou de ter capacidade de crítica jurídica à legislação criminal,[7] bem como enfraqueceu as garantias penais e a limitação dos influxos político-criminais.[8]

3. LISZT, Franz von. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. In: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (1892-1904). Berlin: J. Guttentag, 1905. v. II. p. 80. Naucke entende que, já no final do século XIX, a noção de legalidade penal como limite inultrapássavel à política criminal havia se perdido na proposta de fundação de uma nova escola orientada pela política criminal (NAUCKE, Wolfgang. Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. In: NAUCKE, Wolfgang. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*: Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht. Frankfurt: Klostermann, 1999. p. 231-232).
4. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 39.
5. ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Vortrag am 13*. Berlin: De Gruyter, 1970. p. 7-10; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 33-35.
6. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 33.
7. NAUCKE, Wolfgang. *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1979. p. 32; DIAS, Augusto Silva. "Delicta in se" *e* "delicta mere prohibita": uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 548.
8. D'AVILA, Fabio Roberto. Os limites normativos da política criminal no âmbito da "ciência conjunta do direito penal" (algumas considerações críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 10,

Na atualidade, a diferenciação dos papéis de cada uma das matérias pode ser definida sem apelar à noção de hierarquia entre as ciências.[9] A manifestação de opinião sobre temas penais – no debate público e acadêmico –, não raramente, excede os limites legítimos de autoridade científica conferidos pela prescrição dos espaços e das propriedades disciplinares. Por vezes, os conhecimentos particulares da criminologia e do direito penal são convocados sem que se atente rigorosamente para as qualidades essenciais de cada uma delas. Em outras, a argumentação utiliza saberes de diferentes ordens na estruturação dos enunciados, como são os casos dos temas contemporâneos da corrupção, do *criminal compliance*, do terrorismo, da pedofilia, da descriminalização do uso de drogas leves e da interrupção da gravidez, dos crimes informáticos, da justiça de transição e da justiça restaurativa.[10]

Aliás, a própria classificação das monografias e dos artigos das ciências criminais nem sempre é feita com clareza e univocidade, seja em razão do estímulo a construções transdisciplinares, seja em razão da larga disseminação de estudos criminológicos teóricos – afastados da pesquisa empírica quantitativa e

---

2008. p. 488 e 494; D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18; MOURA, Bruno. Normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo? *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 86, 2010. p. 722.

9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 34 e 39; CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.19-21; D'AVILA, Fabio Roberto. Os limites normativos da política criminal no âmbito da "ciência conjunta do direito penal" (algumas considerações críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 10, 2008. p. 495; D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18 e 33; MOURA, Bruno. Normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo? *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 86, 2010. p. 723.

10. Especificamente sobre a justiça restaurativa, observam-se argumentos criminológicos e jurídico-penais debatidos, respectivamente, em SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa*: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê? Para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 39-44 e 413-416, diferentemente da abordagem criminológica e político-criminal do tema nas propostas encontradas em ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 251.

qualitativa –, seja em virtude de certa mitigação da relevância analítico-conceitual do fazer acadêmico contemporâneo. Em um espaço de ampla convergência das três disciplinas, misturam-se opiniões críticas, de valor criminológico, e propositivas, de natureza jurídica, deixando que se perca a oportunidade de obtenção de melhores resultados científicos advindos da sinergia dos elementos. Para além disso, coloca-se mesmo em perigo o cumprimento das tarefas essenciais de cada um dos saberes.

Particularmente, no âmbito das faculdades de direito brasileiras, criminólogos são levados a lecionar disciplinas do direito e do processo penal, assim como penalistas de formação lecionam as matérias da criminologia e da política criminal.[11] Essa realidade assume tamanha dimensão e intensidade a ponto de tornar questionável a afirmação – supostamente indiscutível – feita por Figueiredo Dias e Costa Andrade de que "não se afigura, por exemplo, normal que um penalista tenha quaisquer dificuldades em autoidentificar-se como tal, distinguindo-se claramente o seu labor do criminólogo e vice-versa"[12]. Vale lembrar que os autores já admitiam a dificuldade epistemológica de traçar nitidamente a diferença entre as duas ciências.[13]

Decerto a específica e necessária produção de saberes por cada uma delas, capaz de oferecer um panorama compreensivo mais rico e completo da realidade, depende da observância das suas válidas aptidões elucidativas. Não se deve esperar que o jurista – com base nos casos pontuais que chegam ao seu conhecimento – tenha condições de afirmar categoricamente que determinada espécie de pena é suficiente na orientação de condutas a fim de proteger o bem jurídico ou se efetivamente cumpre certa finalidade ressocializadora.[14] Trata-se de verificações de rigor empírico que exigem a ampla análise de casos e a metodologia criminológica.[15] Igualmente é irrazoável almejar que o criminólogo

11. Sobre a formação específica do criminólogo e a falta do ensino da criminologia em algumas faculdades de direito, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 33-34.
12. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 96-97.
13. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 97-99.
14. BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia: o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 2. 1983. p. 21.
15. RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São

possa oferecer a melhor definição conceitual e localização sistemática dos elementos da doutrina do crime, *v.g.*, se a agressão em legítima defesa exclui a previsão legal da proibição ou apenas justifica a conduta ilícita. Essa é uma tarefa analítica característica do estudo normativo do penalista.

A diferença ontológica entre os saberes justifica o esforço definitório com intuito de aprimoramento da compreensão das capacidades particulares e da qualificação da complementaridade.

2. Aproximação aos conceitos das disciplinas das ciências criminais

A criminologia é uma ciência transdisciplinar ou "interdisciplinar",[16] que reúne conhecimentos de várias outras, assumindo um novo objeto, método e finalidades autônomas.[17] Tem como preocupação a identificação dos mais graves fenômenos ofensivos a valores comunitários – crimes –, a narração e a sugestão conceitual da melhor forma de tratamento dos fenômenos. Para isso, a criminologia reúne informações da sociologia criminal, antropologia criminal, ciência política, psiquiatria forense, psicologia social, filosofia, história, geografia,

Paulo, v. 121, 2016. p. 165 e 185. Shecaira exemplifica com a necessidade de utilizar "técnicas de grupo de controle" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 65-66 e 70).

16. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 33; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 38 e 63-64; QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 21; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. p. XXX; NEWBURN, Tim. *Criminology*. 2. ed. London: Routledge, 2013. p. 4; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral e parte especial. 14. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 69.

17. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 93 e 94; FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de criminologia*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 1996. p. 22; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 49; KUNZ, Karl-Ludwig. Über Zusammenhänge und Distanzen zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik. In: KUNZ, Karl-Ludwig. *Bürgerfreiheit und Sicherheit*: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik. Bern: Lang, 2000. p. 91; NEWBURN, Tim, *Criminology*. 2. ed. London: Routledge, 2013. p. 4.

administração, estatística, economia, contabilidade etc.[18] É a fenomenologia dos fatos em questão que indica os conhecimentos essenciais e assessórios em cada situação. Veja-se que a contribuição oferecida pela psiquiatria forense e a contabilidade possuem importâncias distintas na compreensão e enfrentamento dos casos de pedofilia e dos de crimes econômicos.

O direito penal *lato sensu* abrange o direito material e o processual penal, que se conforma em uma ordem de princípios, regras, conceitos,[19] valores e finalidades articulados para a realização da justiça penal em determinada sociedade, segundo a tradição cultural de certo tempo. O direito penal estabelece critérios dogmáticos para o reconhecimento analítico dos comportamentos insuportavelmente ofensivos a valores relevantes e para a indicação se deve haver a resposta sancionatória. Todavia não é o direito penal que, no primeiro momento, levanta as hipóteses dos valores comunitários que devem ser submetidos ao teste dogmático e político-criminal para fins de criminalização. A sua tarefa restringe-se à indicação das etapas e dos critérios que se consolidam nos juízos de merecimento, carência e dignidade penal.[20]

A política criminal é a disciplina que estuda os princípios fundamentais, os conceitos e a narrativa dos fenômenos oriundos da criminologia[21] e do direito penal para traçar as estratégias práticas de tratamento de significativos conflitos sociais.[22] Trata-se da dimensão prática da política[23] de gestão de conflitos,

18. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 31 e 64; GROPP, *Strafrecht,* 2005, p. 31; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. p. XXX; NEWBURN, Tim, *Criminology*. 2. ed. London: Routledge, 2013. p. 5.
19. Os conceitos penais são, por vezes, também chamados de categorias ou institutos do direito penal, *v.g.*, tipo, ilícito, imputabilidade, culpa.
20. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 40, 43-44, 47.
21. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 41; SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 88-97.
22. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2013. p. 18.
23. Naucke, numa dimensão estrita, trata como "política com o meio de ameaça, imposição e execução de uma sanção penal" (NAUCKE, Wolfgang. Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. In: NAUCKE, Wolfgang. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*: Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht. Frankfurt: Klostermann, 1999. p. 225).

que, assim como toda política, assenta-se em uma visão do homem e espelha uma ideologia.[24] Faz isso por meio da mobilização e do aprimoramento do funcionamento das instâncias repressivas penais[25] e pela busca de outros meios diversos do direito penal. A política criminal orienta ou exerce influência na realização do direito em diferentes momentos, quer na incriminação de condutas (*v.g.*, criação de crimes informáticos) e na introdução de meios consensuais de tratamento jurídico-processual dos crimes (*v.g.*, delação premiada e acordos de leniência), quer no estabelecimento de prioridades persecutórias (*v.g.*, criação de varas e delegacias com profissionais especializados em determinado tipo de criminalidade) e de práticas adotadas pelas instâncias de controle do poder executivo e judicial (*v.g.*, criação de rede de proteção para evitar a vulnerabilidade de eventuais vítimas futuras).

A relação metodológica entre a política criminal e o direito penal – na função de limitação do poder punitivo decorrente da legalidade – não é pacífica, tendo passando por diferentes formulações nas Ciências Criminais. Naucke salienta a tendência da política criminal ignorar o dever de ater-se aos limites da legalidade, na realização cotidiana do direito penal, sobretudo quando o texto legal é impreciso.[26] Essa relação, por vezes, conflituosa pode ser agravada em razão do controle da cientificidade dos enunciados e das práticas de política criminal depender do direito penal e da criminologia, uma vez que se aponta que política criminal seria uma ciência sem um método próprio.[27]

---

24. DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal*: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015. p. 58-59. Kunz destaca a impossibilidade de uma pesquisa puramente livre de valoração mesmo na criminologia (KUNZ, Karl-Ludwig. Über Zusammenhänge und Distanzen zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik. In: KUNZ, Karl-Ludwig. *Bürgerfreiheit und Sicherheit*: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik. Bern: Lang, 2000. p. 93-94).
25. KUNZ, Karl-Ludwig. Über Zusammenhänge und Distanzen zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik. In: KUNZ, Karl-Ludwig. *Bürgerfreiheit und Sicherheit*: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik. Bern: Lang, 2000. p. 92.
26. NAUCKE, Wolfgang. Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. In: NAUCKE, Wolfgang. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*: Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht. Frankfurt: Klostermann, 1999. p. 225, 227 e 238). Em crítica à intencional imprecisão do texto legal como forma de atender a diferentes interesses político criminais, STF, ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio, Voto Min. Peluso, p. 122.
27. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 42.

3. Quatro diferenças entre a criminologia e o direito penal

3.1. O objeto

Existe uma distinta forma de delimitação do objeto da criminologia e do direito penal diante da complexidade do fenômeno criminal.[28] Desde a criação da disciplina da criminologia, o objeto científico tem-se alargado, passando a abranger não apenas o crime em si mas também o fenômeno da criminalidade.[29] Atualmente, compreende o estudo do crime – como problema individual e social –, das pessoas do infrator e da vítima e igualmente do controle social – programas de prevenção e de responsabilização do delinquente.[30]

A verdade é que a criminologia possui ampla liberdade na escolha da dimensão que pretende investigar os conflitos sociais e os seus respectivos tratamentos. Opta, seja em âmbito geral, pela totalidade do fenômeno, seja segundo particularidade específica – pela perspectiva axiológica, econômica, psicológica, da relação interpessoal dos envolvidos etc. Costuma-se apresentar atualmente a criminologia como divisível em, ao menos, dois conjuntos teóricos principais – Criminologia Etiológica e Criminologia Crítica –, que se distinguem em relação aos pressupostos filosóficos, métodos, objetos e finalidades.[31]

Portanto, quando se enfocam os objetos e deveres científicos da criminologia, fala-se, no geral, tanto daqueles próprios da Criminologia Etiológica, quanto dos da Criminologia Crítica. Isto é, reunir, avaliar e classificar os

28. Ao contrário, entendendo ser "o mesmo objeto" tanto para o direito penal, quanto para a criminologia, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral e parte especial. 14. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 70.

29. LYRA, Roberto; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 4 e 6.

30. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 33; KILLIAS, Martin. *Grundriss der Kriminologie, eine europäische Perspektive*. Bern: Stämpfli, 2002. p. 1; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 38 e 40; QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 22; DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2013. p. 195 e 267.

31. SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa*: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê? Para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 693; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. p. XXX.

conhecimentos a respeito do crime e das suas consequências sociais negativas, do criminoso, das formas de controle da criminalidade[32] e, eventualmente, dos modos de aprimoramento desse controle, bem como de outras condutas significativamente conflituais que mereceriam e careceriam de intervenção penal.

É dever da criminologia elucidar quais são as predisposições e condições ambientais – empiricamente verificáveis – promotoras[33] e características de determinado comportamento, de forma a qualificar o entendimento comunitário e os meios de evitar a sua ocorrência. Nesse sentido é a compreensão de Juarez Cirino, quando identifica um objeto comum dos "juristas e criminólogos críticos" que "pesquisam um referente material de definição do crime, capaz de exprimir a negatividade social das situações conflituais da vida coletiva nas sociedades modernas e de indicar hipóteses merecedoras de criminalização"[34]. Conforme foi dito, o interesse da pesquisa autoriza a enfocar os sujeitos presentes na relação interpessoal, permitindo o reconhecimento de perfis tanto de criminosos (*v.g.*, o agente de colarinho branco, o pedófilo, o terrorista, o corrupto) quanto de vítimas (*v.g.*, mulheres em situação de coabitação, crianças em condição de alta vulnerabilidade).

Na orientação teórica da Criminologia Crítica, investigam-se as "instâncias oficiais" de controle e os "mecanismos que constituem a realidade global do sistema penal", incluindo até a própria dogmática jurídica.[35] É sabido que a dogmática, para além de ser um "importante fator de formação profissional", fornece os "instrumentos conceituais adequados, necessários para converter as decisões do legislador nas decisões programadas do juiz".[36] Sempre tendo claro que o "conceito oficial de crime" foi cunhado pelos legisladores, pelos

32. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*. 11. ed. Bielefeld: Gieseking, 2003. p. 54; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gesselschaft, 2011. p. 31; NEWBURN, Tim, *Criminology*. 2. ed. London: Routledge, 2013. p. 6.

33. KAUFMANN, Hilde. *Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht* übrig: Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, 1962. p. 198.

34. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 14.

35. BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia: o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 2, 1983. p. 29.

36. BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia: o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 2, 1983. p. 29.

juízes, pelas agências de aplicação da lei penal[37] e, não menos, pela doutrina penal.

O objeto da ciência do direito penal é mais restrito, abrange os princípios e conceitos da ciência do direito penal e as bases legais do direito positivo. Os princípios e conceitos jurídico-penais são criados a partir da seleção valorativa de realidades ontológicas prévias ao reconhecimento do direito penal.[38] Quando se fala em ontologia, entende-se tanto a ontologia natural das leis de causa e efeito quanto a ontologia cultural que qualifica certos valores e estabelece os sentidos sociais. O direito penal não tem como principal enfoque o fenômeno da criminalidade em geral, mas sim o concreto "fato individual" – como já constava claramente na *Introdução à sociologia criminal* de Filippo Grispigni[39]– realizado por um sujeito passível de sanção penal. Isto é, ocupa-se do fato concreto em particular que é analisado se caracteriza algum crime apenável ou algum fato típico e ilícito que permita a responsabilização penal dos seus causadores, segundo os valores e critérios jurídico-penais.

Ao fim, caso fosse perguntado qual das ciências – criminologia e direito penal – efetivamente cria o seu objeto teórico, dever-se-ia responder que ambas. E assim o fazem, sempre aplicando uma valoração sobre uma realidade ontológica que as precede. Há elementos que não podem ser absolutamente desconsiderados nem pela criminologia etiológica nem pelo direito penal, sob pena de uma construção teórica perder a sua conexão com a realidade prática. Por exemplo, é verdade que as noções de conduta e resultado decorrem de um processo valorativo, no qual a redação legal e a doutrina do direito possuem grande relevância. Agora, nem o legislador nem o penalista possuem irrestrita autonomia para alternar radicalmente a natureza das coisas, ou seja, não se pode dizer que uma pessoa causa determinado resultado – considerado ofensivo a algum valor jurídico – quando esta sequer participou da cadeia causal. A noção de causalidade não pode ser alongada

37. KUNZ, Karl-Ludwig. Über Zusammenhänge und Distanzen zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik. In: KUNZ, Karl-Ludwig. *Bürgerfreiheit und Sicherheit*: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik. Bern: Lang, 2000. p. 94.

38. Por exemplo, para Jakobs os conceitos penais são mesmo "dados ou intermediados pela sociedade" (JAKOBS, Günther. Strafrecht als wissenschaftliche Dizisplin. In: ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang. *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 109).

39. GRISPIGNI, Filippo. *Introduzione alla sociologia criminale, oggetto e natura della sociologia criminale, il* método, *il concetto sociologico della criminalita*. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1928. p. 2.

ou criada pelo direito como ficção jurídica, o que não é o mesmo que o eventual reconhecimento parcial que também costuma acontecer em relação aos valores.

É exatamente nessa função descritiva da complexidade do fenômeno desviante e identificadora da melhor forma de tratamento do conflito que a criminologia manifesta uma das suas importâncias científica e política.

3.2. A metodologia

A criminologia é uma ciência empírica[40] que tem dois encargos bem definidos. O primeiro é o de investigar as predisposições e condições ambientais que acarretam a ocorrência de crimes.[41] Por exemplo, a verificação se o consumo de álcool nos estádios aumenta o número de casos de dano ao patrimônio e de lesões corporais entre torcedores demanda uma avaliação fática. Igualmente é obrigação da criminologia constatar se determinadas finalidades da pena podem ser efetivamente alcançadas ou são apenas idealmente supostas, como é o caso do fim preventivo especial positivo (ressocialização), mediante a aplicação da pena privativa de liberdade no sistema prisional brasileiro.

O segundo manifesta-se na dimensão teórica da Criminologia Crítica. O criminólogo vê-se preocupado com a elucidação da forma de funcionamento do sistema criminal e na identificação de específicos segundos códigos (*second*

40. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 37 e 39-40. Kunz propõe uma dicotomia na criminologia em "pesquisa aplicada" e "análise teórica" (KUNZ, Karl-Ludwig. Über Zusammenhänge und Distanzen zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik. In: KUNZ, Karl-Ludwig. *Bürgerfreiheit und Sicherheit*: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik. Bern: Lang, 2000. p. 108-109).

41. MARTINS, José Salgado. *Direito penal*: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 6; RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. *Derecho penal español*: parte general. 8. ed. Madrid: Artes Gráficas Carasa, 1981. p. 80; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 46; GROPP, Walter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 3. ed. Berlin: Heidelberg: Springer, 2005. p. 31; QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 21; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gesselschaft, 2011. p. 31; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral e parte especial. 14. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 70-71.

codes) de conduta[42] – não escritos e não jurídicos –, utilizados pelas instâncias de controle que fazem resultar a efetiva criminalização de algumas condutas. Tais pesquisas geralmente mobilizam conceitos como a seletividade do sistema, os códigos de conduta não jurídicos e as cifras negras.

Uma única investigação criminológica pode utilizar referenciais de base próprios da Criminologia Etiológica e da Criminologia Crítica na elaboração do seu conhecimento. Veja-se que o estudo criminológico sobre a corrupção no serviço público poderá identificar quais sãos os tipos de conduta realizados, os valores ofendidos por elas, os responsáveis pela realização dessas condutas, as consequências sociais negativas decorrentes, conforme os conceitos e a abordagem da Criminologia Etiológica. Já segundo a abordagem da Criminologia Crítica, será capaz de identificar e descrever como ocorre efetivamente o controle da corrupção, quais são as eventuais desigualdades regionais, pessoais e setoriais nos três poderes no que diz respeito à tolerância à corrupção e qual a sensação social do fenômeno.

Diante disso, o método da criminologia revela-se interdisciplinar,[43] no sentido de que não pode prescindir de saberes de outras áreas, que são organizados, sopesados e contrastados para superarem contradições e permitirem uma melhor compreensão dos fenômenos.[44] Essa melhora cognitiva apresenta-se como conhecimento criminológico de natureza transdisciplinar.

O direito penal é uma disciplina normativa que segue a metodologia jurídica adequada para cumprir a sua tarefa prática de fornecer referências e critérios para avaliar a viabilidade da criminalização e descriminalização de condutas e guiar a realização da justiça criminal. Para isso é necessário conhecer profundamente os saberes produzidos por outras ciências no que diz respeito à descrição dos fenômenos. A correta compreensão do fenômeno orienta o reconhecimento daquilo que é realmente relevante para o direito. Entre os afazeres específicos, está, por exemplo, a definição dos conceitos jurídico-penais de

42. BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia: o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 2, 1983. p. 34.

43. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 33; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. p. XXX; AGRA, Cândido da. *A criminologia um arquipélago transdisciplinar*. Porto: Universidade do Porto Editorial, 2012. p. 11-12 e 16.

44. MARTINS, José Salgado. *Direito penal*: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 8.

embriaguez, de dano ao patrimônio, de lesão corporal presentes na redação legal dos ilícitos. A respeito da punição do fato ofensivo ao bem jurídico, é o direito penal que – com base na filosofia, na sociologia, na psicologia – deve identificar qual é o fundamento da pena e saber distingui-lo das suas finalidades e consequências, empiricamente verificáveis. Em outras palavras, determinar qual a exata importância das finalidades preventivas diante do fundamento retributivo da pena na teoria da pena criminal brasileira.[45]

Certamente, o direito penal depende de outras ciências, pois utiliza como referenciais conceitos das ciências naturais e do espírito, assim como intervém em áreas da vida compostas de conceitos criados pelo direito, como no direito administrativo, tributário, empresarial etc.[46] Mesmo assim, isso não é o suficiente para dizer que o direito penal constitui-se como interdisciplinar,[47] pois segue vincado na única e autônoma tarefa: a realização da justiça criminal.

3.3. A função primordial

A criminologia tem como principal tarefa a explicação da realidade social, dos seus conflitos e suas respectivas consequências, assim como das formas de tratamento dos conflitos. É por isso que já foi qualificada – em oposição ao caráter dogmático do direito penal – como uma ciência zetética.[48] A nomeação da função primordial não supõe o exaurimento da criminologia no puro entendimento da realidade, como se fosse uma filosofia especulativa. Ao contrário, a designação primordial indica que, junto com a função primeira, também existe outra secundária, relacionada à prescrição de linhas de comportamento aos agentes públicos das instâncias de controle e à comunidade legitimadora da intervenção estatal.[49] Sem o conhecimento produzido pela criminologia, não é

45. RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, 2016. p.183-184.

46. BEVILAQUA, Clovis. Criminologia e direito. In: BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e direito*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896. p. 12-13.

47. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 19.

48. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 101.

49. KUNZ, Karl-Ludwig. Über Zusammenhänge und Distanzen zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik. In: KUNZ, Karl-Ludwig. *Bürgerfreiheit und Sicherheit*: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik. Bern: Lang, 2000. p. 91.

possível a científica orientação da política criminal,[50] nem mesmo a constituição de um direito penal capaz de efetivamente cumprir os seus fins de proteção do bem jurídico e garantir os direitos do cidadão. Mesmo assim, arrisca-se que o problema criticado persista a se reproduzir diante da ausência de meios alternativos viáveis e soluções "teoricamente suficientes".[51]

A função do direito penal é a proteção de bens jurídicos[52]; e a da ciência do direito penal, oferecer melhor orientação à produção legislativa e maior segurança e controle à realização prática do direito penal. Trata-se da função da ciência do direito penal a proposição e a depuração dos conceitos aptos a orientar a realização da "justiça penal historicamente situada",[53] quer na fundamentação categorial de legislações, quer no julgamento de fatos criminais. Muitas vezes, faz isso aproveitando enunciados e descrições de outros saberes e ciências, como é o caso da criminologia.

3.4. A suficiência da crítica e a necessidade da propositividade

A título de consequência em relação às diferenças de objeto, método e função, encontra-se mais um traço diferenciador dos tipos de produção científica. É correto que o trabalho criminológico e o jurídico-penal podem se manifestar críticos, no sentido do acolhimento de princípios, premissas e valores de algumas orientações e, por conseguinte, da inevitável rejeição de uma série de outros. Também é verdadeiro que a criminologia e o direito penal diferem-se no que diz respeito à suficiência da criticidade.

Se há uma dimensão do fazer criminológico que pode ser qualificada lidimamente como crítica – conforme ocorre, por exemplo, com o heterogêneo

50. KUNZ, Karl-Ludwig. Über Zusammenhänge und Distanzen zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik. In: KUNZ, Karl-Ludwig. *Bürgerfreiheit und Sicherheit*: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik. Bern: Lang, 2000. p. 91-92; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gesselschaft, 2011.p. 31.

51. BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia: o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 2, 1983. p. 22-24.

52. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*: *fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 23.

53. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*: *fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 23.

"movimento da criminologia crítica"–,[54] porque se apresenta historicamente como oposição a determinada forma de tratamento desigual do fenômeno criminal, existem significativas dúvidas se o mesmo é passível de ocorrer com o direito penal. Em verdade, conforme já se adiantou, até o pensamento de Baratta não se sustentaria racionalmente sem partir de uma série de premissas as quais o autor aderiu sem criticar. Isto é, a crítica sempre se dirige a algo com base em certos fundamentos, que, especificamente no caso da Criminologia Crítica, foram expressamente denominados por Baratta como a "base teórica e ideológica".[55]

O mais relevante aqui está em apontar que as duas ciências revelam-se críticas, todavia apenas uma dimensão da criminologia pode cumprir a sua função com a pura criticidade. Uma boa tese criminológica é capaz de ostentar dignidade científica ao elucidar e criticar determinado fenômeno sem avançar suficientemente na indicação de como corrigi-lo. Por exemplo, a denúncia de tratamentos desiguais no modo de repressão do crime pelas instâncias em controle – mediante a utilização de perfis como "cidadão de bem", "boa pessoa", "má pessoa" etc. – que não estão de acordo com o debate público democrático e racional.

A realidade científica do direito penal é diversa. O apogeu da crítica a certas compreensões somente se consuma quando ultrapassa a mera desconstrução das premissas e dos argumentos da doutrina penal, do direito positivo ou da orientação jurisprudencial. Mesmo porque a função essencial do direito penal é cumprida na proposição da resolução justa para o caso e tecnicamente adequada ao ordenamento penal ou, ao menos, no realce dos princípios e critérios fundamentais a serem observados na construção da solução.

A finalidade da dogmática consiste em oferecer maior segurança, estabilidade, controle e uniformidade à realização do direito,[56] por meio da oferta de

54. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002. p. 159-161; BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia: o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 2, 1983. p. 22.

55. BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia: o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 2, p. 11-43, 1983. p. 23.

56. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1991. p. 662.

capacidade analítica ao entendimento do problema e à proposição da justiça penal.[57] Portanto, a pesquisa jurídico-penal – quando desprovida do encaminhamento de uma solução justa e viável para o caso – tende a manter inalterado o estado de coisas criticado. O direito penal, mais do que meramente desconstrutivo, é uma ciência normativa propositiva de orientações dos limites e fundamentos da criação legislativa e da realização jurisdicional do direito penal.

O pensamento crítico é parte essencial do trabalho acadêmico dogmático, que somente se completa com a proposição categorial. O penalista que se desonera, ainda que pontualmente, da obrigação de guiar a resolução do caso, tomando para si apenas o exercício crítico e desconstrutivo de outras orientações, acaba por sobrecarregar outros intervenientes na realização da justiça, em razão do parcial cumprimento da sua função. Sem qualquer dúvida, o legislador, o delegado, o promotor e o juiz – diante da exigência de resposta tempestiva aos anseios comunitários – não desfrutam das mesmas condições para a reflexão do acadêmico. O jurista é o único realizador do direito que dispõe do tempo e das condições necessárias para cumprir profunda e satisfatoriamente a tarefa de investigação, classificação jurídica e sistematização dos crimes. É exatamente nessa razão que se funda e manifesta o dever comunitário do jurista e a legitimidade do trabalho acadêmico.

Uma diferença significativa entre a ciência jurídica do direito penal e a produção ou realização técnica do direito pelos três poderes é que a primeira possui preocupação mais ampla e profunda com a solução dos casos diante da legitimidade do ordenamento jurídico.[58] A ciência jurídica preocupa-se como o conceito, o fundamento, os limites e a metodologia de produção e realização do direito. Isto é, a reflexão e orientação da própria instituição legítima dos três poderes, bem como da criação do direito são tarefas da ciência jurídica. Isso não quer dizer que a preparação dos projetos de lei, das decisões judiciais, dos atos normativos e administrativos do executivo esteja desobrigada da pesquisa jurídica e da avaliação da legitimidade diante do ordenamento jurídico. A diferença ocorre apenas em relação à amplitude e profundidade do dever

57. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1991. p. 330-332.

58. De modo semelhante, Jakobs refere que a principal tarefa da ciência penal é identificar "qual direito penal é legítimo em um determinado tempo" (JAKOBS, Günther. Strafrecht als wissenschaftliche Dizisplin. In: ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang. *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 106).

de pesquisa, sendo menor para os agentes públicos e maior para os juristas, o que, por consequência, faz com que a realização prática do direito fortaleça o sistema jurídico sem chegar a ser ciência jurídica.[59]

Dito isso, reúnem-se condições para a melhor avaliação da eventual pretensão de criação de uma "dogmática crítica" do direito penal.[60] A primeira questão aponta para o que exatamente deveria ser coberto pela crítica: outras doutrinas, o sentido da legislação e dos projetos de leis ou o conteúdo das decisões judiciais? A segunda pergunta buscaria descobrir – caso essa doutrina efetivamente se constituísse universalmente crítica, a ponto de justificar o nome – quem cumpriria o papel normativo da dogmática penal? E, por fim, se a dogmática permanecesse a cumprir o caráter normativo, qual seria verdadeiramente a razão da qualificação de crítica? Tenta-se uma resposta sintética para as três perguntas numa só formulação. Conforme ficou estabelecido, a dogmática do direito penal somente apresenta razão de existir quando for capaz de limitar e fundamentar a realização da justiça penal, indicando os conceitos necessários para a análise jurídica do fato criminoso.

4. Conclusão

O tratamento dos conflitos sociais, por meio do ordenamento penal, assume maneiras distintas e complementares na criminologia e na ciência do direito penal. A preocupação subjetivista com a vítima e com os causadores dos fenômenos, antes da ocorrência do fato e diante da persecução penal, é preponderantemente tarefa criminológica. Já a análise objetiva do fato, para fins estritos de realização da justiça, é dever do direito penal. Em razão disso, o eventual aproveitamento dos conceitos criminológicos no direito e no processo penal exige a adequação com o objeto científico, a metodologia e a função disciplinar da ciência penal.[61] Tais elementos indicam a imprescindibilidade da

59. JAKOBS, Günther. Strafrecht als wissenschaftliche Dizisplin. In: ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang. *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 106.

60. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 104.

61. Observe-se que o direito penal sustenta-se na noção de legalidade, cujas funções diante da política criminal são duas: "expressar regras abertas de polítca criminal" e "conter limites absolutos a toda políca criminal", de modo a evitar mudanças apressadas no direito penal em decorrência de simples oscilações no entendimento político (NAUCKE, Wolfgang. Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. In: NAUCKE, Wolfgang.

integração valorativa, vocacionada a adaptar aquela descrição criminológica, aos fundamentos, à função e à finalidade democráticos do direito penal. Decerto não se trata de uma valoração jurídica absolutamente originária, dado que a metodologia de criação da norma e dos conceitos penais reconhece realidades ontológicas naturais e culturais anteriores a própria intervenção jurídica na realidade.[62]

A estrutura democrática do direito penal impede ultrapassar os limites jurídico-penais de objetividade – característicos do direito penal do fato e decorrentes dos princípios da ofensividade, materialidade, causalidade e igualdade –, constituindo a subjetivação própria do direito penal do autor. Esse é o caso da ausência de operacionalidade dogmático-penal de conceitos criminológicos – *v.g.*, criminoso de colarinho branco,[63] terrorista, corrupto, estuprador, traficante, inimigo-público –, que se apresentam como afloramentos e polos agregadores de movimentos de política criminal. Igualmente a estrutura democrática do direito penal impede ultrapassar os limites de racionalidade do Estado de Direito e do respeito às garantias do cidadão para acolher expressões utilizadas, inapropriadamente e sem rigor conceitual, pelo discurso político criminal – *v.g.*, luta contra o crime, combate à corrupção e guerra às drogas.

Os princípios, conceitos e critérios da ciência do direito penal não são apenas opções político-criminais – baseadas na utilidade –, mas antes o reconhecimento da conformação ontológica – fundada na axiologia – da construção cultural jurídico-democrática do direito penal, que precisa ser constantemente reconhecida e aprimorada. O aprimoramento dos princípios, conceitos e critérios do direito penal exige o conhecimento das descrições dos diferentes campos de intervenção penal e do funcionamento da justiça penal, encontradas em outras ciências e na literatura, mas, antes de tudo, na criminologia.

Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik: Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht. Frankfurt: Klostermann, 1999. p. 232).

62. Destancando o valor da criminologia na elucidação do "substrato último de conhecimento pré-jurídico" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 35).

63. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do *white-collar*? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 1210-1212.

5. BIBLIOGRAFIA

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

AGRA, Cândido da. *A criminologia um arquipélago transdisciplinar*. Porto: Universidade do Porto Editorial, 2012.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*. 11. ed. Bielefeld: Gieseking, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia: o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*, Lisboa, n. 2, p. 11-43, 1983.

BEVILAQUA, Clovis. Criminologia e direito. In: BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e direito*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896. p. 9-21.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*: *fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Os limites normativos da política criminal no âmbito da "ciência conjunta do direito penal" (algumas considerações críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 10, p. 485-495, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Augusto Silva. "Delicta in se" *e* "delicta mere prohibita": uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

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

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal*: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de criminologia*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale. 6. ed. Bologna: Zanichelli, 2014.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GRISPIGNI, Filippo. *Introduzione alla sociologia criminale, oggetto e natura della sociologia criminale, il* método, *il concetto sociologico della criminalita*. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1928.

GROPP, Walter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 3. ed. Berlin: Heidelberg: Springer, 2005.

JAKOBS, Günther. Strafrecht als wissenschaftliche Dizisplin. In: ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang. *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 103-135.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, Hilde. *Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht* übrig: Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, 1962. p. 193-199.

KILLIAS, Martin. *Grundriss der Kriminologie, eine europäische Perspektive*. Bern: Stämpfli, 2002.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gesselschaft, 2011.

KUNZ, Karl-Ludwig. Über Zusammenhänge und Distanzen zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik. In: KUNZ, Karl-Ludwig. *Bürgerfreiheit und Sicherheit*: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik. Bern: Lang, 2000. p. 91-119.

LISZT, Franz von. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. In: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (1892-1904).Berlin: J. Guttentag, 1905. v. II. p. 75-93.

LISZT, Franz von. Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenchaft. In: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (1892-1904). Berlin: J. Guttentag, 1905. v. II. p. 284-298.

LYRA, Roberto; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale. 7. ed. Padova: Cedam, 2011.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal*: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974.

MOURA, Bruno. Normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo? *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 86, p. 709-749, 2010.

NAUCKE, Wolfgang. *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1979.

NAUCKE, Wolfgang. Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. In: NAUCKE, Wolfgang. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*: Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht. Frankfurt: Klostermann, 1999. p. 225-240.

NEWBURN, Tim, *Criminology*. 2. ed. London: Routledge, 2013.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral e parte especial. 14. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. *Derecho penal español*: parte general. 8. ed. Madrid: Artes Gráficas Carasa, 1981.

ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Vortrag am 13*. Berlin: De Gruyter, 1970.

ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. ed. München: CH. Beck Verlag, 2006. v. 1.

RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do *white-collar*? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 1177-1215.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, p. 163-190, 2016.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa*: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê? Para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar, de Ricardo de Brito A. P. Freitas – *RBCCrim* 63/188-230 (DTR\2006\683); e
- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 81/294-338 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/953-994 (DTR\2009\636).

O "capital jurídico" e sua incompatibilidade com sua função declarada: uma análise da Magistratura brasileira e outras profissões jurídicas e seu comportamento perante o jurisdicionado

The "legal framework" and its incompatibility with its declared function: an analysis of the Brazilian judges and other legal professions and its behavior before the jurisdiction

Halley Jhason Medeiros Mendes

Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória/ES (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. Professor de Direito Constitucional e Processo Penal da Faculdade Pio XII. Assessor de Juiz do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.
jhasonmm@hotmail.com

Thiago Fabres de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Realizou Estágio de Doutoramento pela Universidade de Coimbra (2006). Docente no curso de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
thiagofabres@hotmail.com

Recebido em: 02.12.2016
Aprovado em: 15.05.2017
Última versão da autora: 19.06.2017

Área do Direito: Constitucional

Resumo: Um dos problemas da sociedade contemporânea é a questão do custo-benefício do funcionamento do Poder Judiciário: sistema de justiça lento, tribunais abarrotados de processos, pautas de audiências com longas filas de espera, inúmeros processo conclusos para julgamento, alta taxa de congestionamento etc. Em contrapartida, a magistratura brasileira reclama reconhecimento de suas funções, um novo

Abstract: One of the problems of contemporary society is the issue of cost-effectiveness of the functioning of the Judiciary: slow justice system, crowded courts of proceedings, waiting lists with long queues, countless trial cases, high congestion and etc. In contrast, the Brazilian judiciary demands recognition of its functions, a new statute for the career (measure pending since the advent of the 1988 constitution), salary

estatuto para a carreira (medida pendente desde o advento da Constituição de 1988), reajuste salarial e novos benefícios. O que é aparentemente desproporcional torna-se ainda mais evidente se analisado de perto. A forma como o jurisdicionado brasileiro é tratado tem se mostrado inconstitucional e antidemocrática, na medida em que desrespeita os direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados. O problema que se propõe aqui é demonstrar que o Poder Judiciário pode "descobrir" quem é este jurisdicionado, reconhecer sua subjetividade por meio de uma perspectiva dialética da alteridade. Nesse ponto, o papel dos atores jurídicos é de fundamental importância para, a partir da posição do "Outro", construir um mundo de novas possibilidades.

Palavras-chave: Magistratura – Capital jurídico – Democracia – Alteridade.

adjustment and new benefits. What is seemingly disproportionate becomes even more evident if analyzed closely. The way in which Brazilian courts are treated has been unconstitutional and undemocratic, insofar as they violate the fundamental rights and guarantees of the courts. The problem that is proposed here is to demonstrate the importance of the Judiciary to "discover" who is this jurisdiction, to recognize its subjectivity through a dialectic perspective of otherness. At this point the role of legal actors is of fundamental importance to build a world of new possibilities from the position of the Other.

Keywords: Magistracy – Legal framework – Democracy – Otherness.

Sumário: 1. Introdução. 2. A magistratura brasileira e a teoria de Bourdieu. 3. Alteridade? O que distancia a magistratura da população brasileira?. 4. A necessidade de um novo paradigma jurídico. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

Desde[1] a concepção do Estado Moderno Constitucional, atribui-se ao Poder Judiciário, um dos três poderes reconhecidos, a função de solucionar os conflitos, decorrente da capacidade do Estado de "dizer o Direito" por meio de seus juízes, ou seja, a jurisdição. Em suma, o Poder Judiciário tem a função de interpretar e aplicar a lei nos litígios entre os cidadãos, declarar e restabelecer os direitos contestados ou violados. Cabe-lhe, ao aplicar as leis, fazê-lo de maneira imparcial e isenta – a função de terceiro imparcial no "sequestro do conflito". Assim explica Arruda Alvim (apud MORAES, 2014, p. 523):

> Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui definitivamente, a atividade e vontade das partes.

1. Artigo produzido em decorrência dos estudos no grupo de pesquisa Direito, Sociedade e Cultura da Faculdade de Direito de Vitória/ES (FDV).

Nossa Constituição (BRASIL, 2016), em seu artigo 5º, XXXV, estabelece a cláusula de "inafastabilidade da jurisdição", também conhecida como princípio da proteção judicial efetiva (MENDES, 2014, p. 945), garantindo a todo cidadão o direito de ter sua causa apreciada pelo Poder Judiciário. Este será representado pelos magistrados, que, via de regra, ingressarão na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica – vide art. 93, I, de nossa Carta Magna (BRASIL, 2016).

Assim, podemos concluir que, normalmente, um magistrado brasileiro terá, no mínimo, cinco anos de formação acadêmica (graduação em direito), três anos de atividade jurídica e aprovação em um concurso público. Esse seria, no dizer de Pierre Bourdieu, o seu capital, dentro do campo jurídico.

A pergunta que se faz é: será esse capital suficiente para atender ao fim almejado? Considerando-se tanto os dados oficiais (taxa de congestionamento, por exemplo) como a qualidade das decisões proferidas, o Poder Judiciário tem cumprido sua função a contento? A que distância se encontra desse objetivo?

De acordo com os dados mais recentes do Conselho Nacional de Justiça – CNJ,[2] o Poder Judiciário iniciou o ano de 2014 com um estoque de 70,8 milhões de processos, com tendência de aumento, uma vez que o Índice de Atendimento à Demanda – IAD foi de 98,7% (o que significa que o número total de processos baixados foi inferior ao número de ingressados). Tais dados importam em uma taxa de congestionamento de 71,4% no ano de 2014, um aumento de 0,8% em relação ao ano anterior. De se ressaltar que tal dado mede apenas a efetividade aritmética do Poder Judiciário, sem considerar a qualidade de suas decisões e o quanto elas satisfazem as partes em litígio.

A própria natureza desses dados revela o tipo de jurisdição exercida em nossa ainda incipiente democracia, um modelo tecnoburocrático, que, no dizer de Eugênio Zaffaroni (apud MENDES, 2014, p. 947):

> (...) ao erradicar-se a arbitrariedade seletiva, garante-se o nível técnico da magistratura. Necessariamente a qualidade do serviço é superior ao modelo anterior, embora se mova por trilhos sempre muito formalizados. O perfil do juiz não deixa de ser deteriorado, mas aqui com acentuada tendência à burocratização "carreirística". A independência, no melhor dos casos, é apenas externa. Portanto, o controle de constitucionalidade, se existir, terá baixo

2. Dados referentes ao Relatório "Justiça em números 2015". Disponível em: [ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip]. Acesso em: 20.05.2016.

> nível de incidência. Melhorará por certo a condição proporcionada pelo Judiciário à segurança do investimento produtivo racional. Embora a cultura jurídica seja superior, não terá estímulo para alçar verdadeiro voo teórico, diante da tendência aos métodos exegéticos e aos argumentos pragmáticos. Poder-se-á afirmar que favorece um Estado de Direito, mas de caráter legal (não constitucional). A característica geral não difere muito da anterior, ainda que corresponda a um contexto mais estável, mas não necessariamente mais democrático e que pode ser, inclusive, abertamente autoritário.

Após explicar o conceito, o renomado professor explica sua opinião acerca da jurisdição brasileira (ibidem, p. 954):

> O caso do Brasil, adiantamos, segundo nosso juízo, é o único da estrutura judiciária latino-americana que escapa ao modelo empírico-primitivo, pois corresponde preferencialmente ao modelo tecnoburocrático.
>
> O modelo brasileiro apresenta uma longa tradição de ingresso e promoção por concurso, estabelecida na época do Estado Novo, correspondendo à coerência política desta quanto à criação de uma burocracia judiciária de corte bonapartista, mas que, definitivamente, tem tido como resultado um Judiciário semelhante aos modelos europeus da segunda metade do século passado e primeiras décadas do presente. O sistema de seleção "forte" (concurso) está constitucionalmente consagrado, enquanto que a "carreirização" se encontra apenas atenuada mediante incorporação lateral de um quinto dos juízes que devem provir, nos tribunais colegiados, do Ministério Público e dos advogados. A designação política é limitada aos juízes do Supremo Tribunal Federal, embora não faltem delimitações impostas pela tradição.
>
> Como se pode ver, trata-se de um sistema em que a qualidade técnica de seus membros é assegurada por concurso, cujo governo é vertical, exercido por um corpo ao qual dois terços de seus integrantes chegam por promoção e cuja principal função técnica é a unificação jurisprudencial, com amplas garantias de inamovibilidade.
>
> Não se trata de um modelo democrático contemporâneo, pois carece de órgão de governo horizontal e porque seu tribunal constitucional é de designação puramente política e não dispersa.
>
> De qualquer modo, em comparação com os demais modelos judiciários latino-americanos, a estrutura brasileira aparece como a mais avançada em toda a região e praticamente a única que não corresponde ao modelo empírico-primitivo do resto. Trata-se de verdadeira estrutura judiciária tecnoburocrática de nossa região.

Como bem explicitou Zaffaroni, a estrutura do Poder Judiciário é pautada pela técnica judicial e pela burocracia, constituindo aquilo que Pierre Bourdieu

denominou de capital específico do campo jurídico. Agora não se refere o autor apenas ao Poder Judiciário, mas a todo o campo jurídico relacionado com a função jurisdicional: juízes, promotores, advogados, defensores, professores e acadêmicos da ciência jurídica.

Comentando a teoria de Kelsen, Bourdieu (2004, p. 209) afirma tratar-se de um "esforço de todo o corpo dos juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento". Prossegue (ibidem, p. 211) afirmando que ignoram

> (...) a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.

Considerando que o atual sistema é construído sobre o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, cabe ao Estado a dupla função: de principal provedor e de exigidor diante dos jurisdicionados.

Parte-se do princípio que o respeito à dignidade do ser humano é a própria razão de ser desse Estado, que assume a responsabilidade de assegurar a todo cidadão seus direitos e garantias fundamentais: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, ao amplo acesso à justiça, protegendo-os de toda forma de exploração, violência, negligência e opressão – muitas vezes exercidos pelo próprio Estado-Juiz.

Diante do atual estado de crise – oriundo da ambivalência de agir de acordo com o modelo proposto e agir de forma contrária a ele –, busca-se a fundamentação ético-filosófica no atendimento ao jurisdicionado, buscando-se aperfeiçoar o sistema. Nesse ínterim, interessante ressaltar a parcela de responsabilidade do profissional do Direito – e, em última instância, do ensino jurídico em nosso país – na medida em que a emancipação do cidadão, por meio de técnicas de solução de conflitos autônomas, que não substituem as partes, mas, pelo contrário, lhe confiram protagonismo, não é fomentada.

Não bastasse tudo o que já foi relatado, há ainda o caráter seletivo de nosso sistema jurisdicional, que dificulta muito o acesso às cortes superiores, não amplia o acesso à justiça de piso e, em especial, seleciona criteriosamente sua clientela penal. Nesse aspecto, a criminologia crítica, nas suas mais variadas vertentes, muito já escreveu sobre esse caráter seletivo. Trata-se, portanto, de

identificar a avaliar quais as possíveis razões que justificam a construção e a manutenção desse sistema.

Na investigação por fundamentos, encontra-se o pensamento de Enrique Dussel, buscando adequar o sistema à escolha ética da alteridade – a questão da Justiça como prioridade do Outro antes da Sua liberdade – e o dever de reconhecimento e respeito ao diferente.

A pesquisa mostra-se relevante na medida em que busca encontrar um novo paradigma de fundamentação da problemática da formação do profissional jurídico no Brasil (seja ele magistrado, membro do Ministério Público, advogado, defensor ou qualquer outro membro de carreiras jurídicas) e efetivar o princípio do acesso à jurisdição e da dignidade da pessoa humana. Busca dar alguma contribuição ao reconhecer o imenso hiato existente entre a função declarada do Poder Judiciário e o panorama real em que se localiza o acesso à justiça e a qualidade da jurisdição em nosso país. A hipótese que se propõe, a título de investigação, é que a formação do profissional jurídico no Brasil não possibilita a interação do campo jurídico com o jurisdicionado, ou seja, não há reconhecimento da alteridade deste, que não é reconhecido como pessoa em sua dignidade.

Trata-se, portanto, de investigar quais razões justificam que o sistema jurisdicional brasileiro amplie e reproduza as desigualdades sociais, configurando um espaço de violação de direitos humanos, em especial no campo penal, em que mantém um caráter punitivo e pouco ressocializador. É necessário estabelecer um novo discurso possível, buscando romper as barreiras estabelecidas pela burocracia, tecnocracia, exclusão, marginalização e criminalização.

2. A magistratura brasileira e a teoria de Bourdieu

Como vimos até então, o Poder Judiciário é parte da engrenagem institucional moderna que visa a dar funcionalidade ao Estado. David Sánchez Rubio comenta uma interessante analogia de Boaventura de Souza Santos sobre a sociedade moderna acerca de um espelho no qual a sociedade é capaz de se ver e identificar-se. Tal espelho simboliza a ciência, a religião, o direito, o Estado, a tradição "que establecen correspondencias y jerarquias entre campos infinitamente vastos de prácticas sociales". Entretanto, o autor nos lembra que, por vezes, o espelho alcança vida própria e "En ese instante, en vez de verse la sociedad reflejada en el espejo, es el espejo el que pretende que la sociedad lo refleje" (RUBIO, 2004, p. 31-32). Parece apropriada e cabível tal analogia em relação ao relacionamento entre o Poder Judiciário e a sociedade brasileira. Em sua função natural, o Poder Judiciário deveria ser a última instância a reforçar os acordos semânticos

elaborados no Poder Legislativo e, excepcionalmente, corrigir tais acordos quando fossem formal ou materialmente ilegítimos. De forma geral, infelizmente, não é o que tem ocorrido no Brasil, muito menos no que se refere à jurisdição penal e de execução penal. Pelo contrário, ignorando a legislação brasileira – ou utilizando-se de uma interpretação rasa e irracional –, a magistratura tem permitido inúmeras violações de direitos fundamentais do indivíduo em nome de uma pretensa segurança pública. A interpretação rasa a qual nos referimos se assemelha a uma cegueira deliberada, muito bem explicada nas palavras do professor Sánchez Rubio: "El drama de la ceguera es el drama de nuestro tiempo, porque somos ciegos que viendo, no vemos la injusticia, las situaciones de muerte y podredumbre provocada, el desprecio por lo humano y el rechazo de la dignidad del ser humano en nuestro vivir cotidiano" (ibidem, p. 32).

Acerca da magistratura brasileira, o professor Amilton Bueno de Carvalho, membro da carreira, faz um relato interessante (2014, p. 29-30):

> Encontrei, faz uma década, num aeroporto brasileiro, um cidadão de origem chinesa. Ao saber que eu era juiz, ele disse: "a sociedade brasileira cuida bem dos seus juízes".
>
> De fato, os nossos vencimentos, comparados com os de outros países latino-americanos, causa inveja: estamos no topo da pirâmide social.
>
> As garantias constitucionais são fortes: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade dos vencimentos.
>
> Além disso, o *status* social conquistado é importante: no cume do ambicionado pela classe média.
>
> Todavia, essas garantias – importantes, por certo – são destinadas a dar independência aos juízes, mas no interesse do jurisdicionado (e tão só dele) e jamais no do próprio juiz. Tenho as garantias para que o ato de julgar seja oriundo da livre consciência, dos fatores legitimadores da decisão.
>
> Em outras palavras: que elementos outros, políticos, financeiros, econômicos, burocráticos, não abalem a boa decisão – nem mesmo aqueles emergentes da própria estrutura interna do Poder Judiciário.
>
> É que, vezes, o juiz é o defensor do um contra os interesses da maioria, quiçá da unanimidade. Por isso, exatamente por isso, o juiz não é eleito: sua legitimação não se dá pela vontade da maioria, como acontece nos outros dois poderes – há dever de proteção do um contra todos os poderes, inclusive do próprio judiciário.
>
> (...)
>
> Em outras palavras, agora na direção do que Rui disse: as garantias são outorgadas para que o juiz não seja covarde; para este, não há salvação porque o sistema tudo faz para que ele assim não seja – é covarde porque quer ser!

Para entender a classe, seus membros e a forma como exercitam sua função, faz-se necessário uma pequena digressão histórica acerca da magistratura brasileira. No período historicamente denominado "Brasil Colônia" (1500-1822), cabia ao rei a administração da justiça através de ordenações da metrópole. Martin Afonso de Souza, chefe da primeira expedição colonizadora, recebeu da coroa plenos poderes judiciais e policiais. Em função de alguns abusos praticados nesse sistema, em 1549 se deu a estruturação do Poder Judiciário juntamente com a instalação do Governo Geral por Tomé de Souza (CEZARIO, acesso em: nov. 2016). Junto com o Governador Geral, o Desembargador Pero Borges desembarcou em terras brasileiras para desempenhar a função de Ouvidor Geral, a quem recorriam aqueles que estavam insatisfeitos com as decisões do Ouvidor de cada capitania. Havia ainda, os "juízes do povo" (de jurisdição restrita e que eram eleitos pela população).

Com a chegada da corte, os magistrados que a acompanharam formaram a "Casa da Justiça da Corte", que em seguida passou a se chamar "Casa da Suplicação", funcionando como um Tribunal de Apelação e, com a instalação dos "Tribunais de Relação" como cortes de segunda instância, passou a funcionar como suprema corte em Portugal e suas colônias. As garantias dos magistrados durante o período colonial eram os mesmos privilégios reconhecidos aos nobres pelo rei (CEZARIO, acesso em: nov. 2016).

É possível perceber, portanto, desde os tempos mais remotos, a complexidade burocrática e o caráter seletivo elitista da magistratura brasileira, que, em princípio, tinha como função principal a manutenção do poder imperial português (CEZARIO, acesso em: nov. 2016), sem preocupação específica com conceitos como justiça, equidade e dignidade da pessoa humana. No dizer do professor Antônio Carlos Wolkmer (2000, p. 91):

> (...) durante o período colonial, os bacharéis brasileiros eram preparados e treinados para servir aos interesses da administração colonial. A arrogância profissional, o isolamento elitista e a própria acumulação do trabalho desses magistrados (...) motivaram as forças liberais para desencadear a luta por reformas institucionais, sobretudo, para alguns, no âmbito do sistema de justiça.

O panorama não mudará muito com a independência e instituição do "Brasil Império", mantendo-se uma estrutura altamente hierarquizada, burocrática e elitista. A proclamação da República foi uma primeira tentativa de modernização do Judiciário brasileiro. Todavia, como a história não é objetivamente linear, transcorrendo aos saltos, em percursos de alta e de baixa, em especial no Brasil, que teve sucessivos regimes democráticos e autoritários durante seu período republicano, o Judiciário brasileiro sofreu as mesmas influências.

A Constituição Federal de 1988, atualmente vigente e promulgada após um longo período de ditadura militar no Brasil, estabeleceu a regra de ingresso na carreira através de concurso público de provas e títulos – salvo as exceções do chamado "quinto constitucional". Tal regra resulta no fenômeno de "juvenilização" – uma tendência de recrutamento dos mais jovens, ainda não inseridos no mercado de trabalho, para assento nas cadeiras da magistratura – comum em toda a Europa ocidental, em especial na França, Itália, Portugal, Espanha e Alemanha (SALOMÃO, 2016, p. 12).

Após analisar uma extensa e detalhada pesquisa realizada no ano de 2005 pela professora Maria Tereza Sadek, Luis Felipe Salomão traçou um perfil daquele que ingressa na magistratura brasileira e, entre os dados disponibilizados pela AMB e comentados pelo autor, interessa-nos destacar que "71,1% dos magistrados têm parentes em carreiras jurídicas públicas, enquanto 52% têm parentes exercendo advocacia privada". Ainda sobre o ingresso na carreira, destaca o autor que o tempo médio de formatura até o ingresso na magistratura é de 7,2 anos, sendo que a média de concursos prestados para ingresso na carreira é de 2,5. Consideráveis 37,8% dos candidatos ingressaram na carreira com apenas um concurso público (ibidem, p. 11). Tais informações, analisadas em conjunto, constituem o argumento inicial para identificarmos, como o faremos mais à frente, a existência de um campo jurídico específico, no qual a utilização de uma linguagem específica bem como a obtenção de um capital específico são fundamentais para o ingresso na carreira.

A pesquisa do professor Salomão comparou os resultados da pesquisa da professora Sadek aos dados de outra pesquisa, intitulada O perfil do magistrado brasileiro, do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) em conjunto com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), realizada em 1996 pelos sociólogos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos. Nessa pesquisa, 98,2% dos magistrados entrevistados afirmaram que o sistema de concursos públicos é o critério que mais assegura o Estado Democrático de Direito, enquanto apenas 1,8% pensam que um processo eletivo aproximaria o Poder Judiciário dos valores da comunidade de forma mais efetiva (ibidem, p. 12).

Ressalta, ainda, mencionado autor que 96,5% dos magistrados ativos exerceram atividade profissional anterior ao ingresso na carreira. Entre tais atividades destaca-se a advocacia – exercida por 42,9% dos juízes de primeiro grau e por 43,1% dos juízes de segundo grau antes do ingresso na carreira. O restante divide-se entre aqueles que exerceram a carreira no Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradorias – todas profissões jurídicas –, magistério superior

e polícia (ibidem, p. 14-15). Tais informações, ainda insuficientes, não permitem nem confirmar nem refutar a hipótese aqui defendida, mas já indicam que a probabilidade de confirmação da tese é razoável. Uma maior especificação dos dados, como o tempo de exercício de tais atividades, bem como as circunstâncias em que se deram (se no serviço público, em empreendimentos familiares ou outros), seria mais incisiva na confirmação da hipótese.

Outro dado interessante levantado diz respeito ao processo de promoção de magistrados na carreira. Constatou-se que 94,2% dos juízes de primeiro grau e 93,9% dos magistrados de segunda instância acreditam que a seleção dos candidatos à promoção deveria ser feita de forma exclusiva pelos tribunais, garantindo-se os critérios de "excelência jurídica" e "valores éticos da função", enquanto apenas 5,8% dos juízes de piso e 6,1% dos desembargadores acreditam que a participação do Poder Executivo na seleção "confere aos tribunais uma melhor comunicação com seu contexto político social, dificultando a formação de identidades corporativas no interior do judiciário" (ibidem, p. 13-14). Este dado reforçará a existência de um campo jurídico e da luta para que não sofra a interferência de campos externos.

No que se refere à trajetória estudantil, foi possível perceber que a maioria dos magistrados teve um percurso regular, sem maiores percalços, concluindo o ensino médio aos 18 anos – idade mínima esperada – e ingressando na faculdade até os 20 anos de idade. Para a grande maioria – 56,9% dos juízes de primeiro grau e 62,9% dos juízes de segundo grau –, não houve qualquer intervalo entre o ensino médio e o ingresso na graduação. Boa parte concluiu sua graduação entre os 23 e 25 anos de idade (ibidem, p. 14).

No aspecto da formação continuada, a pesquisa ainda se dedicou ao conhecimento das Escolas da Magistratura, nas quais, entre os vários dados levantados, interessa-nos destacar que o corpo docente de tais escolas é formado por juízes (60,75%), advogados (17,89%), membros do Ministério Público (13,01%), todas carreiras jurídicas, e que apenas 8,35% dos docentes não integram essas carreiras (ibidem, p. 16). Mais uma vez se demonstra a importância de um capital específico no campo jurídico.

Ao concluir o estudo, o professor Salomão afirma a necessidade de que os concursos sejam realizados pelas Escolas da Magistratura – ou que pelo menos essas tenham participação nos certames –, bem como a necessidade de inserção de mecanismos de identificação dos mais vocacionados para a carreira e a exigência de um peso específico para os aspectos humanísticos da formação dos quadros da magistratura (ibidem, p. 17). À primeira vista, as ideias podem parecer interessantes, mas não se pode conceber que a formação do magistrado se dê sem qualquer influência externa – em especial da população brasileira –,

sob pena de correr-se o risco de que o Poder Judiciário se torne um grande conglomerado corporativista buscando apenas seus próprios interesses. Aumentar a participação de pessoas de fora da magistratura (e, quiçá, até de fora das carreiras jurídicas) nas Escolas da Magistratura, e identificar qual é o conceito de "vocação para a carreira" de forma democrática, pode ser bastante salutar para uma reinvenção do Judiciário no Brasil.

As informações até então colhidas demonstram, satisfatoriamente, a existência de um campo jurídico determinado e, mais especificamente, a existência de um campo específico da magistratura. Bourdieu (2003, p. 119) entende os campos "como espaços estruturados de posições (ou de postos) cujas propriedades dependem da sua posição nesses espaços e que podem ser analisadas independentemente das características de seus ocupantes (em parte determinadas por elas)".

Tal posição é confirmada por Almeida (2010, p. 288):

> O poder das elites da administração da justiça é o poder de seus capitais e das estruturas que permitem a produção, a reprodução, a circulação e o exercício desse poder. É, portanto, um poder acumulado nas trajetórias dos indivíduos e nas estruturas que fizeram essas trajetórias possíveis. A análise de trajetórias de vida de membros das elites jurídicas (ministros de tribunais superiores, lideranças profissionais, especialistas) e de processos de estruturação e diferenciação do campo jurídico brasileiro (relacionados à evolução do campo acadêmico em direito, à burocratização e à profissionalização da divisão social do trabalho jurídico) permite identificar a existência de certas estruturas de capitais simbólicos, produzidos e acumulados ao longo daqueles processos e que permitem aos seus portadores um posicionamento nas hierarquias superiores do campo jurídico.

Identifica-se, ainda, o *habitus* do profissional jurídico, em especial da magistratura, como condição para que sua capacitação possibilite-o oferecer uma melhor prestação jurisdicional, estatizada ou não. O *habitus* é conceituado por Bourdieu (ibidem, p. 125) como:

> (...) sistema de disposições adquiridas pela aprendizagem implícita ou explícita que funciona como um sistema de esquemas geradores, é gerador de estratégias que podem estar objetivamente em conformidade com os interesses objectivos dos seus autores sem terem sido expressamente concebidas para esse fim.

Os conceitos de Bourdieu apresentam-se como necessários para a compreensão do atual estado do campo jurídico no Brasil, em especial a sua estrutura,

definida pelo autor (ibidem, p. 120) como "um estado da relação de força entre os agentes ou as instituições envolvidas na luta ou, se preferir, da distribuição do capital específico que, acumulado no decorrer das lutas anteriores, orienta as estratégias posteriores".

No atual estado da relação de força, o capital específico é monopolizado, inclinando-se alguns membros do campo – a maioria – para estratégias de conservação, enquanto outros, menos providos de capital, tendem a utilizar estratégias de subversão (ibidem, p. 121).

Além da pesquisa analisada, interessa-nos, ainda, estudar as garantias constitucionais da carreira da magistratura no Brasil. Pela primeira vez, em 1988, o texto constitucional confiou ao Poder Judiciário autonomia institucional. O modelo atual de justiça brasileiro consagra o princípio da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e do devido processo legal (art. 5º, LV), influenciando, diretamente, nas garantias da magistratura (MENDES, 2014, p. 946).

Assim, os tribunais brasileiros estão dotados de um poder de autogoverno até então inédito na história da República: podem eleger seus próprios órgãos diretivos, elaborar seus regimentos internos, organizar secretarias e serviços auxiliares. De acordo com o texto constitucional, os parâmetros de tal organização devem ser disciplinados pelo Estatuto da Magistratura, elaborado através de lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal – conforme disposto no art. 93 da Constituição. Tal lei não foi elaborada até o presente momento e, de acordo com a jurisprudência do Supremo,[3] até que tal lei seja produzida, o Estatuto da Magistratura será regulado pela Lei Complementar 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional –, que foi recepcionada pelo texto constitucional.

A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário é corolário da sua independência, competindo, atualmente, ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ a fiscalização da execução do orçamento e implementação de ações para garantir eficiência na prestação jurisdicional (MENDES, 2014, p. 949). Todavia, a par das garantias institucionais, interessa-nos, em especial, tratar das garantias individuais da carreira: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Vitaliciedade é a garantia que assegura ao magistrado só perder seu cargo mediante sentença judicial transitada em julgado e é obtida, no caso do

3. ADI 1.985, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 13.05.2005.

magistrado de primeiro grau aprovado em concurso público, após dois anos de exercício (art. 95, I, da CF). A inamovibilidade garante-lhe que não será removido do cargo (ou da causa) *ex officio*, sendo necessária decisão de maioria absoluta do respectivo tribunal ou do CNJ, bem como a existência de interesse público para que sua remoção, disponibilidade ou aposentadoria sejam efetivadas (art. 93, VIII, da CF). Por fim, a irredutibilidade de subsídios protege-lhes de interferência externa acerca do valor de seus vencimentos, afastando-se qualquer possibilidade de interferência legislativa.

De acordo com Alexandre de Moraes (2014, p. 528), a vitaliciedade confere "certa liberdade de preocupações a respeito da aprovação pública, permitindo uma atuação mais técnica". No que se refere à inamovibilidade, o mencionado autor, fazendo uso da posição de Carl Schmitt, a defenderá sob o argumento que os magistrados não sejam submetidos a uma prova de residência política (ibidem, p 529), enquanto para defender a irredutibilidade de subsídios, fará uso das palavras de Afonso Arinos, afirmando o "propósito [de] manter a dignidade e a independência dos juízes", assegurando-lhes os salários de forma integral. Tais garantias fazem parte do valioso capital do campo da magistratura brasileira.

Traçado um perfil geral do magistrado brasileiro e reconhecidas suas garantias pessoais da carreira, temos estabelecido o ponto de partida do presente trabalho: analisar o quanto essas características têm sido benéficas à função jurisdicional e o quanto o Poder Judiciário tem sido democraticamente legitimado no exercício de suas funções.

3. Alteridade? O que distancia a magistratura da população brasileira?

Como vimos no capítulo anterior, várias características tornam a magistratura um campo específico no qual seus membros possuem capitais que os tornam indefectíveis. Institucionalmente, a autonomia administrativa e financeira concede uma vantagem interessante ao Poder Judiciário, que tem bem menos atribuições que o Executivo, por exemplo. Pessoalmente, cada membro da carreira goza de garantias como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios que em muito os diferenciam do típico trabalhador brasileiro. Claro que tais prerrogativas têm o seu preço e sua justificativa. Afinal, 4/5 dos magistrados brasileiros só ingressarão na carreira por meio de concurso público de provas e títulos e, uma vez parte do Poder Judiciário, encontrarão limitações em seu campo de atuação profissional (nos termos do parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal). Além disso, tais garantias visam

exatamente a assegurar uma independência que deve ser inafastável da função jurisdicional. O que não se pode perder de vista, jamais, é que, apesar de não ser eleito pelo povo, o Judiciário não pode deixar de representar o povo em um Estado Democrático de Direito. Deve haver um acordo semântico acerca de princípios fundamentais que ligue o Judiciário à população. Zaffaroni (apud MENDES, 2014, p. 954-955), ao comentar o sistema judicial brasileiro, assim afirma:

> Como se pode ver, trata-se de um sistema em que a qualidade técnica de seus membros é assegurada por concurso, cujo governo é vertical, exercido por um corpo ao qual dois terços de seus integrantes chegam por promoção e cuja principal função técnica é a unificação jurisprudencial, com amplas garantias e inamovibilidade.
>
> Não se trata de um modelo democrático contemporâneo, pois carece de órgão de governo horizontal e porque seu tribunal constitucional é de designação puramente política e não dispersa.
>
> De qualquer modo, em comparação com os demais modelos judiciários latino-americanos, a estrutura brasileira aparece como a mais avançada de toda região e praticamente a única que não corresponde ao modelo empírico-primitivo do resto. Trata-se de verdadeira estrutura judiciária tecnoburocrática de nossa região.

A Constituição Federal adotou em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Trata-se de um dos mais elevados valores que sedimentam a constituição da comunidade política, na medida em que se apresenta como elemento ontológico da sociedade. Ensina-nos o professor Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 37):

> Parece igualmente claro que a dignidade humana, tal como hoje percebida, no arcabouço jurídico-político das democracias constitucionais, não apenas representa o eixo das ficções operatórias, o qual assegura a unidade e a legitimidade da comunidade política, mas acima tudo determina a condição da pluralidade. A construção da realidade social, costurada, sobretudo, na esfera pública, é engendrada a partir da necessidade da manifestação das diferenças e, por conseguinte, da luta por reconhecimento.
>
> A edificação desse sentido subjetivo e social da dignidade, possibilitada pelas experiências de reconhecimento, assume uma importância decisiva, visto que a valorização negativa de determinados indivíduos ou grupos, isto é, a produção social da invisibilidade, converte-se em gravíssimos problemas de integração social.

Dessa forma, o reconhecimento do outro – a alteridade –torna-se vital para o exercício da dignidade da pessoa humana, fundamental ao funcionamento do nosso Estado Democrático de Direito.

No caso brasileiro, encontramos algumas idiossincrasias no comportamento da magistratura brasileira. Em um país que conta, atualmente, com 13,1 milhões[4] de pessoas desempregadas – uma taxa de desemprego que é a maior da série histórica iniciada em 2012 –, a garantia da vitaliciedade chega a ser uma ofensa ao cidadão, que, diante do risco diário de perda de seu posto de trabalho ao menor deslize, vê aquele que é responsável por julgar suas lides ter garantida a manutenção de seu cargo ainda que seja condenado administrativamente por falta funcional (aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço como punição administrativa, conforme previsto no art. 42, V, da LOMAN). Ainda que se argumente que tal previsão visa a garantir a independência do magistrado, isso não pode assegurar-lhe um salvo-conduto para ser irresponsável. Não é fácil encontrar dados oficiais acerca da punição de magistrados condenados a perda do cargo por sentença judicial transitada em julgado, todavia, sabe-se que o número é muito pequeno e muito em razão do corporativismo.

Quando se fala em irredutibilidade de subsídios, o constrangimento fica ainda maior. Primeiramente, cumpre destacar que o salário de ministro do Supremo Tribunal Federal configura, no Brasil, o teto do funcionalismo público federal (artigo 37, XI, da CF). Atualmente, tal subsídio corresponde a R$ 33.763,00 (trinta e três mil, setecentos e sessenta e três reais), de acordo com o art. 1º da Lei 13.091/2015 – mas já se encontra em tramitação o PLC 27/2016 que visa a fixar o subsídio em R$ 39.293,32[5] – valor 38 vezes maior que o salário mínimo vigente no País. Tal discrepância é insustentável. Um magistrado deve ser bem remunerado – e os magistrados brasileiros o são –, mas sua remuneração não pode fugir da realidade local.

A situação piora se analisarmos o custo-benefício. Se o Poder Judiciário como um todo apresenta uma taxa de congestionamento de aproximadamente 70%,[6] ao analisarmos apenas a situação do Supremo Tribunal Federal – já que até agora analisamos o subsídio de seus ministros – acerca dos 43 temas listados em repercussão geral que fazem com que 28.000 processos aguardem

4. Dados informados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE referentes ao trimestre junho-agosto 2017

5. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126084].

6. Dados referentes ao Relatório Justiça em números 2015. Disponível em: [ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip]. Acesso em: 20.05.2016.

julgamento,[7] o Ministro Barroso (2016) faz o alerta de que a Suprema Corte pode levar mais de 12 anos apenas para zerar seu estoque atual.

Mas o Judiciário, como um todo, padece de um mal ainda maior: os valores que superam o teto remuneratório fixado pela própria Constituição e reconhecidos como legais e legítimos pelo próprio Judiciário. Em recente levantamento feito pelo jornal *A Gazeta*,[8] restou apurado que 96% dos magistrados capixabas têm contracheques acima do teto constitucional. Tal fato se deve aos incontáveis benefícios acumulados pelos magistrados ao longo da carreira, como auxílio-alimentação, auxílio-moradia, plano de saúde, auxílio-creche, entre outros, o que deixa a distorção entre Poder Judiciário e população mais evidente.

Cada vez mais a população perde o respeito e a admiração que deveriam existir em face do Poder Judiciário. Cada vez menos o Poder Judiciário é capaz de se identificar com a população, uma vez que vive em um mundo à parte, quase fictício.

Embora graves e responsáveis por parcela desse não reconhecimento da alteridade, os problemas levantados até agora não correspondem à totalidade dos fatores. A formação do magistrado – e de quase todas as profissões jurídicas – no Brasil é bastante deficitária no que se refere a humanidade, cidadania, alteridade e reconhecimento.

Em recente pesquisa publicada na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, na qual tratávamos especificamente de tema relacionado ao adolescente infrator, já reconhecíamos a necessidade de uma adequação acerca do ensino jurídico no Brasil, buscando "construir, com alteridade, um novo caminho, uma nova proposta (...) de forma a alcançar uma sociedade plural, verdadeiramente democrática e, engajada em um futuro possível, real" (CARVALHO et al., 2016, p. 319).

O magistrado brasileiro não é instruído a reconhecer O Outro. Não há qualquer perspectiva nesse sentido nos cursos de Direito no País, nem nos cursos de formação para a magistratura. Não se exige esse tipo de conhecimento em concursos de provas e títulos. Pelo contrário, ainda na faculdade, durante as inúmeras cadeiras de processo civil, ele aprende o princípio da substitutividade da jurisdição, ou seja, que sua vontade substituirá a vontade das partes. O que se exige do candidato é um legalismo exacerbado, o conhecimento técnico e imediato da prática jurisprudencial, a reprodução do *status quo*.

7. Portal do STF. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307734]. Acesso em: 21.01.2016.

8. Notícia publicada no jornal *A Gazeta* no dia 24 de outubro de 2016.

Uma perspectiva diferente, ético-filosófica, como a de Enrique Dussel, filósofo da libertação, é justificável e seria fundamental para a formação de um paradigma diferenciado aos profissionais jurídicos. Ensina-nos o professor Aloísio Krohling (2014, p. 87) que Dussel trata da dialética na esteira do múltiplo dialético, resgatando o termo marxiano de "exterioridade" e afirmando a ética do outro e da alteridade, ou, no dizer de Antonio Rufino Veira (2010, p. 83), que afirma que "A análise dusseliana de Marx tem por fim de mostrar que o pensamento de Marx é, sobretudo, ético". O caminho percorrido em Dussel demonstra a necessidade de superação de uma ordem jurisdicional posta, para a instauração de uma nova situação em que seja possível a inclusão dos até então excluídos. Para que essa ruptura seja possível, o Outro desempenha papel de suma relevância, uma vez que a "libertação" somente acontecerá após o seu reconhecimento como Pessoa por parte do Poder Judiciário. Afirma Dussel (1995, p. 117):

> (...) são exatamente situações-limites que interessam à Filosofia da Libertação (as guerras, as revoluções, os processos de libertação das mulheres, das raças oprimidas, das culturas populares, bem como dessas maiorias que se encontram em situações de não-direito, dessa Periferia ou mundo colonial que, por definição, se acha subjugado por uma estrutura de opressão etc.). O princípio "Liberte *hic et nunc* o oprimido!", ou "Faça com que o atingido/excluído também participe!", exige a realização de um procedimento, mas não uma "aplicação" propriamente dita do transcendental empírico.

Ou, ainda, no dizer de Wolkmer (1994, p. 241):

> A ética da alteridade é uma antropologia da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos.

Assim, a ética da alteridade visa a ser o fundamento de alteração do *habitus* incorporado pelo campo jurídico no Brasil, de acordo com a teoria de Bourdieu (2003, p. 119). Procura-se, portanto, identificar formas de alterar o *habitus* do profissional jurídico, de forma que sua capacitação possibilite uma melhor prestação jurisdicional, estatizada ou não.

4. A necessidade de um novo paradigma jurídico

Embora se proclame aos quatro ventos que o que se deseja é a emancipação do cidadão brasileiro (e isso se verifica nos planos de curso e projetos pedagógicos das faculdades de direito Brasil afora), o que se vê, na prática, é sua

reificação, praticada inclusive pelo Poder Judiciário. O judiciário brasileiro é incapaz de reconhecer o jurisdicionado como sujeito de direitos, mas o vê como coisa, sobre a qual a vontade do Estado soberano deve incidir. A qualquer movimento rebelde, com frequência há uma resposta estatal que o reeduque, realinhe, "ressocialize", desconsiderando sua situação de sujeito. Se o jurisdicionado é *um outro,* é preciso, de alguma forma respeitar sua manifestação de vontade, compreendê-la, ponderar suas consequências, e não decidir com base "no que seria melhor para ele".

Quando se chama a atuação jurisdicional de totalitária, parece que se está a fazer uma crítica ao Judiciário (e a todas as outras profissões jurídicas, como o Ministério Púbico, por exemplo). Não se trata disso, ou pelo menos não só disso. É uma crítica ao ensino jurídico e aos atores jurídicos em geral, mas, ao mesmo tempo, tal crítica é um ato de amor que reconhece a importância de tais atores no contexto social do mundo moderno. Nas palavras de Bueno de Carvalho (apud ROSA, 2011, p. XXVI) a todas as carreiras jurídicas:

> Fique claro: as eventuais críticas à magistratura representam, antes de mais nada e acima de tudo, profunda declaração de amor a ela: acredito que o juiz pode e deve ser agente do processo de democratização da sociedade e com potencialidade muito maior do que os próprios pensadores percebem. É amor e não ódio (ou "amoródio", como diria um psicanalista). É respeito e não desdém, é confiança na dignidade da função!

Os atores jurídicos, assim como a nossa sociedade, abandonaram a relação causa-efeito em nome de uma "eficiência". Na ânsia de tornar real aquilo que existe apenas no imaginário, a pretexto de melhorar a realidade, adotaram o discurso da "Intervenção Judicial Máxima", abrindo mão, cada vez mais, de direitos e garantias fundamentais, pagando o preço da exclusão em uma proposta neoliberal. De acordo com tal proposta, os cidadãos não devem depender do Estado, cabendo ao "Mercado" selecionar naturalmente os mais capazes e "naturalizar" as desigualdades sociais. Tudo parece uma grande "luta do bem contra o mal", em que este Estado intervencionista "defende" os cidadãos "do bem" contra as pessoas "do mal" – uma forma higienista de manter a classe dominante e produzindo material de interesse da mídia. Tal condicionante neoliberal em muito se assemelha ao "Direito Penal do Inimigo" de Jakobs, desconsiderando a dignidade da pessoa humana ou qualquer outro critério ético como o defendido por Dussel. O cidadão passa a ser um indivíduo que deve ser transformado, não importa como, nem que para isso tenhamos que utilizar uma das mais "eficientes ferramentas", como a força coercitiva do direito, como já nos ensinava Foucault (2014, p. 169):

> (...) uma arquitetura que seria um operador para a transformação dos indivíduos: agir sobre aquele que abriga, dar domínio sobre seu comportamento, reconduzir até eles os efeitos do poder, oferecê-los a um conhecimento, modificá-los. As pedras podem tornar dócil e conhecível.

Assim, com fundamento no medo e na insegurança tão típicos de nossa época, a Defesa Social/Atuação Jurisdicional permanece "reformando" pessoas para que sejam "iguais aos bons" (ROSA, 2011, p. 15) – as internações compulsórias de moradores de rua e toxicômanos são bons exemplos disso. Não é possível manter tal discurso. Tais práticas opressoras de prevenção, correção, moralização, normatização não são compatíveis com a dignidade da pessoa humana e o reconhecimento da alteridade do cidadão garantidos no texto constitucional. É necessário reconhecer o cidadão como sujeito, de forma subjetiva, em nome da democracia. Do contrário, melhor admitir que optamos pelo autoritarismo com o objetivo de conter a pobreza.[9]

Assim, o Direito, embora prometa proteção igual para todos, não garante os bens que interessam à maioria da população, sendo um efetivo instrumento de manutenção da desigualdade. E o Poder Judiciário, infelizmente, tem assegurado tal situação. No dizer do professor Nepomuceno: "A lei determina qual conduta humana é considerada crime. As agências de poder do sistema penal, por sua vez, dirão quem é o criminalizado" (2004, p. 58).

Trata-se do discurso da "Lei e Ordem", que é fundamentação para a manutenção do *status quo*, na medida em que "regenera" quem pode a um baixo custo e, em caso de impossibilidade, exclui/imobiliza por meio do sistema de internação/segregação. Tal discurso atende aos interesses neoliberais, dando um destino aos futuros não consumidores, excluindo-os em entidades de internação, se for o caso, privadas, gerando lucros (ROSA, 2011, p. 27). Voltamos à eterna luta do "bem" contra o "mal". A atuação estatal é pensada com bases deterministas etiológicas, com uma ilusória base científica (ROSA, 2011, p. 24). Todavia, os resultados demonstram que a "corrida repressiva" não possui os méritos que seus defensores apregoam, varrendo para debaixo do tapete os processos de criminalização (ROSA, 2011, p. 25). Trata-se de uma funcionalidade do sistema carcerário no que se refere à reprodução da delinquência, tendo Foucault (apud ROSA, 2011, p. 26) pontuado: "O adversário do soberano, depois inimigo social, transformou-se em desviador, que traz consigo o perigo último da desordem, do crime, da loucura".

9. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

O pensamento diferente não é mais bem-vindo. Falamos de um elemento poderosíssimo, na medida em que o discurso é apresentado como posição hegemônica, única via possível e indiscutível, após a queda do muro de Berlim. Ramalho Neto (MARQUES NETO, 1999, p. 233) nos adverte, acerca do discurso único, que "A competição pode ser saudável, se sujeita à Lei. Mas é perversa se substitui a Lei, se ela, a competição, se torna a própria Lei. O primeiro e mais perverso efeito da competição no lugar da Lei é a exclusão social". Colabora com isso a mídia, que também faz parte de todo esse sistema, desempenhando um papel importante, na medida em que dissemina a "cultura do medo" como justificativa ao endurecimento e agigantamento do sistema repressivo – tal como um "mal necessário", afetando diversas formas de saber, inclusive do Direito e da própria Democracia. O curioso nisso tudo é que "mesmo sem nunca ter tido a 'paz' almejada, fala-se de um tempo perdido de segurança, facilitando-se discursivamente, pelas emoções, a prevalência de discursos de opressão social, tudo em nome da contenção da escalada avassaladora da criminalidade" (ROSA, 2011, p. 37).

Paradoxalmente, o medo e a insegurança permitem ao Estado adotar, cada vez mais, medidas autoritárias, intervencionistas e leis punitivas (coisas que realmente deveríamos temer) justificadas por demandas de proteção – reais ou não –, em especial de uma classe social específica, detentora do poder político e econômico, que visa a proteger seus bens e direitos.

5. Considerações finais

Este trabalho se propôs a analisar o comportamento do Poder Judiciário e de outras profissões jurídicas em face de sua função institucional declarada e sua compatibilidade com a ordem constitucional vigente. A problemática proposta era descobrir o quanto o Poder Judiciário colabora (ou não) com a emancipação do cidadão brasileiro, para o incremento do regime democrático e o que se pode fazer para melhorar isso. Para tanto, com base na teoria dos campos de Pierre Bourdieu, foram identificadas as principais características da magistratura brasileira, quais capitais específicos possuem e como o Direito é utilizado como ferramenta de manutenção de um *status quo* revelador de privilégios.

Os resultados demonstraram que o ensino jurídico busca um "efeito socializador" sobre o cidadão. A concepção vigente é no sentido de que ele precisa ser "mudado", "transformado", "moldado" e "reconstruído" de forma a se "encaixar" na conjuntura social aceita. Todavia, como bem nos ensina o professor Alexandre Morais da Rosa (2011, p. XL-XLI), "(...) ao acolher, também, os

efeitos 'ressocializadores' das medidas, destrói qualquer pretensão garantista. É que para o garantismo não existe possibilidade de o Estado buscar ressocializar (...)".

Identificou-se, também, que o papel dos atores jurídicos é fundamental nesse cenário, na medida em que a lei não traz consigo a legitimidade interiorizada no simbólico de cada ente como absolutamente necessária para a organização social.

> Resgatando-se, de um lado, os *excluídos* do modelo *neoliberal* hegemônico e, de outro, o respeito pela *alteridade*, já que se não pode cair na armadilha do opressor/oprimido, havendo, ainda, a *esperança* (Bloch) de se construir uma *Transmodernidade* – a qual nega o mito da modernidade –, baseada no critério ético *material: vida, sua produção, reprodução e desenvolvimento,* conforme aponta a Ética da Libertação (Dussel). É preciso não se seduzir com os discursos fáceis, cheios de boas intenções, os quais impõem, sob a fachada de humanização, a alucinação do discurso de perseguição e exclusão, cada vez maior, da pobreza. (ROSA, 2011, p. 364)

Assim, o ensino jurídico deve ser repensado, buscando descobrir o cidadão brasileiro a partir de sua posição – a posição do "Outro" –, construir, com alteridade, um novo caminho, uma nova proposta – quem sabe finalmente reconhecendo e aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana? –, de forma a alcançar uma sociedade plural, verdadeiramente democrática e, engajada em um futuro possível, real, ao contrário daquele idealizado pela política neoliberal de exclusão. O jurisdicionado precisa ser ouvido, reconhecido e emancipado a partir da ética da alteridade. Nesse sentido, é necessário que a filosofia da periferia supere a do centro, numa tentativa autêntica e original (VIEIRA, 2010, p. 103). É aquilo que Dussel (apud VIEIRA, 2010, p. 107) identifica ao comentar o pensamento de Marx nos *Grundrisse*:

> Marx pensa (...) que na sociedade futura, a *utopia*, que se constitui como um horizonte crítico, (...) é a plena realização da *individualidade* na responsável *comunitarização* de *toda* a atividade humana; utopia que tem, no desenvolvimento da humanidade presente, suas condições de possibilidade.

Assim, é necessário compreender que a miséria da periferia é proporcional à riqueza do centro (VIEIRA, 2010, p. 130) e que a desigualdade não deve ser sustentada pelo sistema de Justiça – muito menos para a manutenção de seus próprios interesses, sob o risco de perder completamente sua função no regime democrático. Uma sociedade só se constrói de forma comunitária e, para isso, é importante que Todos sejam ouvidos, inclusive os excluídos. Nesse caso, o

Judiciário – assim como todos os demais agentes jurídicos – precisa aprender a falar uma nova língua: a língua do jurisdicionado.

6. Referências

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada*: as elites jurídicas e a política no Brasil. São Paulo: USP, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre a competência e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dll/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf]. Acesso em:21.01.2016.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em:19.05.2016.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres de; PAZÓ, Cristina Grobério; MENDES, Halley Jhason Medeiros. Quem é o adolescente em conflito com a lei? Uma análise da criminologia de menores à luz da filosofia da libertação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 124, p. 299-321, out. 2016.

CEZARIO, Leandro Fazollo. A estrutura jurídica do Brasil colonial. Criação, ordenação e implementação. Âmbito *Jurídico*, Rio Grande, v. XIII, n. 72, jan. 2010. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7088]. Acesso em: nov. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2015*. Disponível em: [ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip]. Acesso em: 20.05.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf]. Acesso em: 18.11.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016 – Infográficos: ano-base 2015*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf]. Acesso em: 18.11.2016.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação*: crítica à ideologia da exclusão. Trad. Geroges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

KROHLING, Aloísio. *Dialética e direitos humanos*: múltiplo dialético – da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. *Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões: trata-se uma criança*. Rio de Janeiro, t. II, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NEPOMUCENO, Alessandro. *Além da lei*: a face obscura da sentença penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

RUBIO, David Sánchez. Acerca de la democracia y los derechos humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 4, n. 14, 2004.

SALOMÃO, Luis Felipe. *A formação do juiz e as escolas da magistratura no Brasil*. Disponível em: [http://emam.org.br/arquivo/documentos/b556b526-b-5f7-4bd1-9ffb-c31966478f5d.pdf]. Acesso em: 02.11.2016.

VIEIRA, Antônio Rufino. *Marxismo e libertação*: estudos sobre Ernst Bloch e Enrique Dussel. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. Estados, elites e construção do direito nacional. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Plurarismo jurídico:* fundamentos para uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Democracia e processo. Breves reflexões sobre a influência do Estado Democrático de Direito na prestação da tutela jurisdicional, de Hugo Filardi – *RT* 836/83-90 (DTR\2005\386); e
- O direito fundamental de participação como fator de legitimidade democrática do Poder Judiciário: uma perspectiva hermenêutica, de Gresiéli Taíse Ficanha – *RT* 965/101-127 (DTR\2016\453).

Universal Background Checking – New York's Safe Act

Verificação do Fundo Universal – Lei de Segurança de Nova York

James B. Jacobs

Warren E. Burger Professor of Law at New York University and
Director of the Center for Research in Crime and Justice.
jacobsj@mercury.law.nyu.edu

Zoe A. Fuhr

Research Fellow at NYU's Center for Research in Crime and Justice.

Área do Direito: Penal

Abstract: In the wake of the December 2012 Sandy Hook Elementary School massacre, Governor Andrew Cuomo promised to give New York State the toughest gun controls in the nation. Toward that end, the January 2013 Secure Ammunition Firearms Enforcement Act provided a comprehensive set of gun control initiatives. Universal firearm and ammunition background checking is one of, if not the most, prominent of these initiatives. Every firearms and ammunition seller must initiate a background check on each purchaser; the aim is to keep dangerous and irresponsible people disarmed. This Article explains New York State's universal background checking scheme, the implementation and enforcement challenges it faces, and its likely effectiveness in reducing firearms homicide, crime and suicide.

Keywords: Gun control – Background Checking – SAFE Act – Firearm – Ammunition – Brady Law.

Resumo: Logo após o massacre da escola primária de Sandy Hook em dezembro de 2012, o governador Andrew Cuomo prometeu dar ao estado de Nova York o acesso a armas de fogo mais difícil no país. Para tanto, a Lei de Controle de Munições e Armas de Fogo, de janeiro de 2013, forneceu um conjunto abrangente de iniciativas de controle. A verificação universal dos antecedentes para porte de armas de fogo e munições é, talvez, a mais importante dessas iniciativas. Todo vendedor de armas de fogo e de munições deve verificar os antecedentes de cada comprador; o objetivo é manter as pessoas perigosas e irresponsáveis desarmadas. Este artigo explica o esquema universal de verificação de antecedentes do estado de Nova York, os desafios de implementação e execução que enfrenta e sua probabilidade de reduzir efetivamente os homicídios, crimes e suicídios cometidos com armas de fogo.

Palavras-chave: Controle de armas – Verificação do fundo – Lei de Segurança – Armas de fogo – Munição – Lei Brady.

Sumário: 1. Pre-SAFE Act background checking in New York. 2. The SAFE Act's universal background checking. 3. Implementation challenges. 3.1. FFL participation. 3.2. Private seller compliance. 3.3. Purchaser compliance. 4. Challenges of enforcement. 5. Crime and suicide reducing potential of universal background checking. 6. The SAFE Act's ammunition purchaser background checks. 6.1. The ammunition background checking regime. 6.2. The collapse of ammunition background checking. 7. Conclusions. 8. References.

> When we passed the SAFE Act, just days after the tragedies in Newtown and Webster, New York proved to the nation that it is possible to enact sensible gun control that coexists with the Second Amendment. We showed that it can be done with bi-partisan support from both urban and rural communities. And we took a fundamental step forward to help end the stream of senseless killings by keeping guns out of the hands of criminals and the dangerously mentally ill (...) New York has set the example – and it's far past time for Washington to follow suit and pass a sensible national gun control policy. (Governor Andrew M. Cuomo)[1]
>
> Numerous studies conducted by academic researchers and by the federal government have shown that criminals do not use legal markets to obtain guns (...). They do not buy guns in gun stores. They do not get guns at gun shows. They do not buy them from Internet sources. The study even found that criminals only rarely steal guns. (National Rifle Association, Institute for Legislative Action)[2]

The December 14,[3] 2012 Sandy Hook Elementary School massacre in Newton, Connecticut ignited a new round of controversy over gun control.[4] At the federal level, a presidential inter-agency task force, headed by Vice President Joe Biden, recommended a number of familiar gun control strategies,

1. Governor Andrew M. Cuomo, *Statement from Governor Andrew M. Cuomo on Decision by U.S. Court of Appeals Regarding NY SAFE Act*, N.Y. State (Oct. 19, 2015), [www.governor.ny.gov/news/statement-governor-andrew-m-cuomo-decision-us-court-appeals-regarding-ny-safe-act].
2. *Study: Criminals Don't Get Guns from Legal Sources*, National Rifle Association Institute for Legislative Action (Sept. 4, 2015), [www.nraila.org/articles/20150904/study-criminals-don-t-get-guns-from-legal-sources].
3. The authors gratefully acknowledge Roy Germano's advice and assistance.
4. New York State has experienced two mass shooting in the past two decades: i) the 1993 Long Island Railroad massacre with six people killed and nineteen injured and ii) the 2009 attack at an immigration center in Binghamton with thirteen fatalities and four wounded. See Los Angeles Times Staff, *Deadliest U.S. Mass Shootings 1984-2015*, L.A. Times (Dec. 2, 2015), [http://timelines.latimes.com/deadliest-shooting-rampages].

including universal background checking for all firearms purchasers.[5] At the state level, New York State's Governor Andrew Cuomo, promised to pass the "toughest gun [control] laws in the nation."[6]. To this end, on the evening of January 14, 2013, just one month after the Sandy Hook massacre, and well before federal legislation would be introduced into Congress, he submitted the Secure Ammunition & Firearms Enforcement Act (SAFE Act) into both houses of the state legislature. The bill was introduced under a message of necessity, thereby exempting it from the constitutionally mandated three-day period for considering a bill before voting on it.[7] The New York State Senate, despite being Republican-controlled, passed the SAFE Act that night; the Democrat-controlled Assembly followed suit the next day.[8] Governor Cuomo immediately signed the bill into law.[9]

The SAFE Act is a comprehensive gun control law that includes universal background checking provisions; prohibition of new assault weapons and new assault weapon owners; prohibition of large capacity magazines; registration for grandfathered assault weapon owners; mandatory reporting obligation for health care professionals who determine, in the exercise of their reasonable professional judgment, that a patient is likely to engage in conduct that would result in serious harm to self or others; and new substantive firearm-related crimes.[10]

5. *Remarks by the President and the Vice President on Gun Violence*, The White House (Jan. 16, 2013), [www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/16/remarks-president-and-vice-president-gun-violence].
6. *Governor Cuomo Signs Groundbreaking Legislation That Will Give New York State the Toughest Protections Against Gun Violence in the Nation*, N.Y. State (Jan. 15, 2013), [www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-signs-groundbreaking-legislation-will-give-new-york-state-toughest-protections].
7. See Jimmy Vielkind, *Gun Control Bill Advances*, Times Union (Jan. 15, 2013, 6:45 AM), [www.timesunion.com/local/article/Gun-control-bill-advances-4192358.php]. Governor Cuomo insisted: "If there's an issue that fits the definition of 'necessity' in the State of New York today, I believe it's reducing gun violence." *Id.*
8. *Senate Bill S2230*, N.Y. State Senate, [www.nysenate.gov/legislation/bills/2013/s2230] (last visited April 7, 2016).
9. *See* Jen Chung, *N.Y. State Senate Passes "Most Comprehensive" Gun Control Bill in U.S.*, The Gothamist (Jan. 15. 2013, 9:27 AM), [http://gothamist.com/2013/01/15/ny_state_senate_passes_most_compreh.php]; Thomas Kaplan, *Sweeping Limits on Guns Become Law in New York,* N.Y. Times (Jan. 15, 2013), [www.nytimes.com/2013/01/16/nyregion/tougher-gun-law-in-new-york.html?_r=0].
10. *Id.*

This article focuses on the SAFE Act's requirement that all sellers, indeed all transferors, of firearms and ammunition initiate purchaser (transferee) background checks. These universal background checking provisions are important, not just for New York State, but for the whole country, because they provide an opportunity to examine gun control proponents' number one policy priority which, even after Sandy Hook, Congress did not pass.[11] This article demonstrates that while universal background checking for all firearms purchasers makes overwhelming sense in principle, numerous implementation and enforcement obstacles, even in a gun-control-friendly state such as New York, significantly limit its potential efficacy in keeping guns out of the hands of dangerous persons.

Part I describes New York State's background checking laws prior to the SAFE Act's enactment. Part II explains the SAFE Act's universal background checking requirements. Part III examines problems in implementing universal firearms purchaser background checking. Part IV illuminates enforcement challenges. Part V assesses the SAFE Act's impact on firearms homicides, suicides and crimes. Part VI analyzes New York's pioneering effort to subject ammunition sales to universal background checking.

1. PRE-SAFE ACT BACKGROUND CHECKING IN NEW YORK

New York State has a strong gun control tradition.[12] The 1911 Sullivan Law, a landmark in 20th century gun control legislation, obliged New Yorkers to obtain a county-issued license to purchase or possess a handgun.[13] This licensing requirement applies only to handguns, except in New York City (NYC) where it also applies to rifles and shotguns.[14] Possession of a handgun (and, in NYC, a long gun) without a license is a Class A misdemeanor, punishable by up to one year's imprisonment.[15]

11. *See* Ted Barrett & Tom Cohen, *Senate Rejects Expanded Gun Background Checks*, CNN (Apr. 18, 2013, 11:02 AM), [www.cnn.com/2013/04/17/politics/senate-guns-vote].
12. *See* Michael A. Walsh, *The Strange Birth of NY's Gun Laws*, N.Y. Post (Jan. 16, 2012, 5:00 AM), [http://nypost.com/2012/01/16/the-strange-birth-of-nys-gun-laws].
13. *Id.* A separate license was required to *carry* a firearm in public.
14. *See* Peter Duffy, *100 Years Ago, the Shot that Spurred New York's Gun Control Law*, N.Y. Times (Jan. 23, 2011, 11:00 AM), [http://cityroom.blogs.nytimes.com/2011-/01/23/100-years-ago-the-shot-that-spurred-new-yorks-gun-control-law].
15. *See* N.Y. Penal Law §400.00(15) (Consol. 2016).

In order to obtain a handgun license, the county licensing officer[16] must find the applicant to be of "good moral character."[17] Historically, in evaluating character for purposes of this restrictive licensing regime, a licensing officer checked the applicant's criminal record, history of mental illness and other information provided by government sources and personal references.[18] Unlicensed individuals could, however, obtain firearms on the black market or the secondary sales market.[19]

New York firearms possessors are, of course, also subject to federal law. Since 1938, it has been a federal crime (subject to a maximum ten year prison sentence) for a person ever convicted of a felony to possess a firearm.[20] Congress added other disqualifications over the years (people: who have been committed to a mental institution or adjudicated "mentally defective";[21] who are unlawful users of or addicted to controlled substances;[22] "illegally or unlawfully in the United States;"[23] who have renounced their U.S citizenship;[24] convicted of "misdemeanor crime of domestic violence;"[25] subject to a domestic violence restraining order;[26] dishonorably discharged from the armed forces;[27]

16. *See id.* § 265.00(10) ("'Licensing officer' means in the City of New York, the police commissioner of that city; in the county of Nassau, the commissioner of police of that county; in the county of Suffolk, the sheriff of that county except in the towns of Babylon, Brookhaven, Huntington, Islip and Smithtown, the commissioner of police of that county; for the purposes of section 400.01 of this chapter the superintendent of state police; and elsewhere in the state a judge or justice of a court of record having his office in the county of issuance").
17. *Id.* § 400.00(1)(b).
18. *See* Matthew Bridge, *Exit, Pursued by a "Bear"? New York City's Handgun Laws in the Wake of* Heller *and* McDonald, 146 Colum. J.L. & Soc. Probs. 145, 167-68 (2012).
19. *See* Chris Kirkham, *Private Gun Sale Loophole Creates Invisible Firearms Market, Prompts Calls for Reform*, Huffington Post (Dec. 21, 2012, 4:19 PM), [www.huffingtonpost.com/2012/12/21/private-gun-sales-sandy-hook_n_2347420.html].
20. See 19 U.S.C. § 922(g)(1) (2016).
21. *Id.* § 922(g)(4).
22. *Id.* § 922(g)(3).
23. *Id.* § 922(g)(5).
24. *Id.* § 922(g)(7).
25. *Id.* § 922(g)(9).
26. *Id.* § 922(g)(8).
27. *Id.* § 922(g)(6).

or have fugitive from justice status[28]). A prospective purchaser, seeking to acquire a firearm from a Federal Firearm Licensee (FFL), had to swear on a federal form, administered by the FFL that he or she was not disqualified from possessing a firearm.[29] However, until 1993, there was no independent verification of the purchaser's sworn statement of firearms eligibility.[30]

The 1993 Brady Law (Handgun Violence Prevention Act) strengthened the federal regulatory regime[31] by requiring FFLs to submit a prospective purchaser's name to the Chief Law Enforcement Officer (CLEO) in the FFL's jurisdiction.[32] The CLEO had five business days to conduct an investigation and, if he found a disqualification, to notify the FFL not to complete the sale.[33] In November 1998, the National Instant Background Checking System (NICS), run by the FBI, replaced this interim scheme.[34] The CLEO's role was eliminated.[35] FFLs were now required to transmit (by fax or phone) the prospective firearms purchaser's name and other identifying information to NICS.[36] NICS personnel check the purchaser against various databases of firearms prohibited persons.[37]

28. *Id.* § 922(g)(2).
29. *See* Jacob B. Jacobs, Can Gun Control Work? 78 (2002).
30. *See id.*
31. The Brady Law was amended twice between 1994 and 1998, to add categories of persons ineligible to purchase firearms. *Id.* at 82. The amendments made firearms-ineligible 1) persons convicted of a "domestic violence misdemeanor" and 2) persons subject to a domestic violence restraining order. *Id.* at 83.
32. *See* 18 U.S.C. §922(s)(1)(A).
33. *Id. See* Jacobs, *supra* note 28, at 79.
34. U.S. Dep't of Justice, National Instant Criminal Background Check System (NICS) Operations iii (2014), [www.fbi.gov/about-us/cjis/nics/reports/2014-operations-report].
35. The 1998 transition to the National Instant Check System was fortunately timed. In *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), the United States Supreme Court declared that the CLEO background checking requirement was an unconstitutional violation of the Tenth Amendment and the Constitution's "dual sovereignty" principle. *Printz*, 521 U.S. at 931–32, 933; *see* Jacobs, *supra* note 28, at 83-94.
36. U.S. Dep't of Justice, *supra* note 33, at 24.
37. NICS searches three databases: the (i) Interstate Identification Index (the FBI criminal record database, which contains information on arrests) (ii) National Crime Information Center (the central database of crime-related information maintained by the FBI's Criminal Justice Information Services Division) and (iii) the NICS Index. U.S. Dep't of Justice, NICS Index (2016), [www.fbi.gov/about-us/cjis/nics/general-information/nics-index-brochure [hereinafter NICS Index]. "The NICS Index contains

The Brady Law applies only to firearms sales by FFLs. Private sellers do not need to initiate background checks. This limitation frequently is referred to as "the gun show loophole" because a gun show is a convenient locale for a private seller to find a buyer. In 2000, New York became the first state to extend background checking to purchasers from private (non-FFL) sellers at gun shows.[38] A New Yorker who wants to buy a firearm at a New York gun show from a private seller must take the firearm to an on-site FFL, who must initiate a NICS background check on the purchaser. Gun show operators must "conspicuously post" signs at the show stating that a background check must be completed prior to a firearm sale or transfer,[39] and must ensure that an FFL is available on-site to initiate a NICS background check.[40]

The Shooter's Committee on Political Education (SCOPE), a gun owners' rights advocacy organization, immediately lodged a constitutional challenge to New York's attempt to close "the gun show loophole."[41] SCOPE argued that the law's definition of "gun show" was so broad that it potentially encompassed

---

information provided by local, state, tribal, and federal agencies of persons prohibited from receiving firearms under federal or state law." *See id*. The NICS Improvement Amendments Act of 2007 (passed in January 2008) provides financial incentives for states to submit information relevant to whether a person is prohibited from purchasing or possessing a firearm. *See* NICS Improvement Amendments Act of 2007, Pub. L. No. 110-180, § 103(b), 121 Stat. 2559, 2567-68 (2008) (codified at 18 U.S.C. § 922).

38. *See* N.Y. Gen. Bus. Law §§ 895-897 (McKinney 2016); Associated Press, *N.Y.'s Ground-Breaking Gun-Control Bill Signed*, L.A. Times (Aug. 10, 2000), [http://articles.latimes.com/2000/aug/10/news/mn-2008]. "Gun show" was defined in § 895(1) as: [A]n event sponsored, whether for profit or not, by an individual, national, state or local organization, association or other entity devoted to the collection, competitive use, sporting use, or any other legal use of firearms, rifles or shotguns, or an event at which (a) twenty percent or more of the total number of exhibitors are firearm exhibitors or (b) ten or more firearm exhibitors are participating or (c) a total of twenty-five or more pistols or revolvers are offered for sale or transfer or (d) a total of fifty or more firearms, rifles or shotguns are offered for sale or transfer. The term gun show shall include any building, structure of facility where firearms, rifles or shotguns are offered for sale or transfer and any grounds used in connection with the event. N.Y. Gen. Bus. Law § 895(1).

39. *Id.* § 896(1). The FFL would provide the non-licensed seller with a U.S. Department of Justice, Bureau of Alcohol Tobacco and Firearm Form 4473 (Firearms Transaction Record), If the sale is approved and recorded on the Form, the FFL must retain a copy of the form and make it available for inspection by law enforcement for ten years.

40. *See id.*

41. SCOPE, Inc. v. Pataki, 386 F. Supp. 2d 184, 186, 188 (W.D.N.Y. 2005).

a gun transfer at any gun club event, "such as a pig roast or political rally."[42] SCOPE submitted that under the definition, it was arguable that a firearm transfer at a club meeting or informal event would be unlawful unless brokered by an FFL.[43] The federal district court agreed that the statute potentially infringed gun club members' rights to free speech and assembly.[44] The challenge raised a serious interpretative question, common to all statutes that seek to eliminate the gun show loophole: how to define which sales are covered.

New York's law applies to gun sellers at a gun show who "offer or agree to sell or transfer a firearm," regardless of where the transfer ultimately takes place.[45] Literally, that means that a seller at a gun show, who gives his business cards to customers, must initiate a background check if, weeks later, a customer decides to purchase the firearm she saw at the gun show.[46] At that point, of course, there is no on-site FFL to initiate the background check.

2. THE SAFE ACT'S UNIVERSAL BACKGROUND CHECKING

The SAFE Act requires that a NICS background check be carried out on transferees of "all sales, exchanges or disposals of firearms, rifles or shotguns,"[47] except those that occur between "immediate" family members (provided that the transferring family member does not know that the transferee is prohibited by law from possessing a firearm because of a prior conviction or some other firearm disqualification).[48] It also requires that registered ammunition transferors initiate a background check on ammunition transferees.[49]

The SAFE Act obliges a prospective firearm transferor and transferee to process the sale via an FFL willing to initiate a NICS check on the prospective transferee.[50] The Act does not, however, mandate that FFLs play this process-

42. *Id.* at 188. *Id.* at 191.

43. *See id.*

44. *Id.* at 197.

45. N.Y. Gen. Bus. Law § 897(2) (McKinney 2016).

46. *See id.*

47. N.Y. Gen. Bus. Law § 898. The Act does not define firearm "exchange" or "disposal."

48. *Id. See* N.Y. Penal Law § 265.17(3).

49. *See id.* § 400.03(3).

50. *See id.* § 898(1). New York requires persons who engage "in the business of purchasing, selling, keeping for sale, loaning, leasing, or in any manner disposing of, any assault weapon, large capacity ammunition feeding device, pistol or revolver" to obtain a state license. *See id.* §§ 265.00(9), 400.00(2).

ing role.[51] An FFL, who does elect to provide the service, may not charge the parties more than $10 per transaction.[52] The seller may leave the gun with the licensed dealer, but the purchaser must appear in person to show identification and fill out an ATF Form 4473.[53] A background check is required even though the prospective purchaser may already have a handgun license.[54] If NICS approves the transfer, the FFL must retain the completed Form 4473 for twenty years,[55] and make it available for inspection by federal, state and local law enforcement officers.[56] If the prospective purchaser fails the background check, the sale cannot proceed.[57] The FFL must then initiate a background check on the gun's owner (the seller) to determine whether he or she is eligible to repossess the gun.[58]

51. *See id.* § 898. California law requires firearms licensees to perform background checks for private firearms transfers as a condition for holding a state license. *See* Cal. Penal Code §§ 26700, 28050(a), 28065 (Deering 2016); *Private Sales in California*, Law Ctr. to Prevent Gun Violence (2015), [http://smartgunlaws.org/private-sales-in-california]. The licensed dealer may charge a maximum of $10 for facilitating a private sale. *Id.* § 28055(a).
52. N.Y. Gen. Bus. Law § 898(4); *NY Safe Act Frequently Asked Questions*, N.Y. State, [www.governor.ny.gov/sites/governor.ny.gov/files/archive/assets/documents/NYSAFEAct_FAQs.pdf] (last visited May 10, 2016).
53. 27 C.F.R. § 478.102(a)(3) (2015). ATF Regulations governing recordkeeping and background check procedures for private party firearm transfers suggest that a prospective transferor may leave the firearm to be transferred with the FFL. Recordkeeping and Background Check Procedures for Facilitation of Private Party Firearms Transfers, ATF Proc. 2013-1 (2013), [www.atf.gov/file/4961/download] [hereinafter ATF Proc. 2013-1]. The dealer must provide the purchaser with "a secure gun storage or safety device." 18 U.S.C. § 922(z)(1) (2016); ATF Proc. 2013-1.
54. N.Y. Gen. Bus. Law § 898(2).
55. 27 C.F.R. § 478.129(b) (2015). Pursuant to ATF Ruling 2008-2, acquisition and disposition records may now be kept in computerized form. Records Required for Firearms Licensees, ATF Ruling 2008-2, at 3 (2008), [www.atf.gov/file/55441/download].
56. 18 U.S.C. § 923(g)(1)(D). If NICS blocks the transaction, the FFL must retain the ATF Form 4473 for five years. 27 CFR § 478.129(b). These forms are not subject to public disclosure under NYS's Freedom of Information Law, but the dealer must make them available for police inspection. N.Y. Gen. Bus. Law § 898(3)-(5). FFLs are required to maintain Acquisition and Disposition (A&D) records, including information about the acquisition and disposition of all firearms transactions that occur on their premises. 18 U.S.C. § 923(g)(1)(A).
57. ATF Proc. 2013-1, *supra* note 52.
58. *See id.*

The SAFE Act also expanded the categories of persons prohibited from possessing a firearm because of mental illness.[59] While federal law disqualifies persons who have ever been civilly committed to a mental institution or adjudicated "mental defective,"[60] the SAFE Act provides for a five year suspension of the Second Amendment rights of individuals whom a health care professional reports as "likely to engage in conduct that would result in serious harm to self or others.[61] More than forty thousand New Yorkers have been reported pursuant to this procedure.[62]

3. IMPLEMENTATION CHALLENGES

The success of the SAFE Act's universal background checking scheme depends upon the willingness of FFLs to participate and on private sellers and purchasers to comply.

3.1. FFL participation

The SAFE Act relies on FFLs voluntarily processing secondary sales.[63] In order to assess the extent of FFL willingness to process secondary firearms sales, we interviewed (by phone) fifty randomly selected FFLs across New York State. Forty-two dealers (eighty-four percent) said they are willing to process at least some secondary sales. However, some respondents said that they only process secondary firearm sales for regular customers. Some FFLs objected to facilitating secondary sales because, without access to a stolen firearms database, they risk becoming embroiled in a police investigation.

Only eight (sixteen percent) respondent FFLs refuse to process firearms sales by private sellers. However, one of these non-participating FFLs is the giant retailer Walmart, which does not want private firearm sellers bringing possibly loaded firearms into its stores, thereby endangering customers and

59. James B. Jacobs & Zoe Fuhr, *Preventing Dangerous Mentally Ill Individuals from Obtaining and Retaining Guns: New York's SAFE Act*, 14 Geo. J. L Pub. Pol'y 77, at 97, forthcoming (2016).

60. *Id.* at 8.

61. N.Y. Mental Hyg. Law § 9.46 (Consol. 2016); Jacobs & Fuhr, *supra* note 58, at 79.

62. *See id.* at 22.

63. *See* Jessica Alaimo, *Some Dealers Balking at Gun Transfers*, Democrat & Chron. (Apr. 24, 2013).

employees.[64] Most FFLs who are unwilling to process secondary sales expressed general opposition to the SAFE Act. Moreover, some believe that by helping to facilitate secondary gun sales they may hurt their own business interests in selling new guns.[65] They also complain that the $10 fee cap[66] is insufficient compensation for the time and effort[67] required to process a secondary sale.[68] (By comparison, FFLs typically charge $30 to $40 for facilitating an interstate firearms transfer.)[69] Empire State Arms Collectors, an organization which operates gun shows, and whose membership includes licensed dealers, explained in a legal brief challenging the SAFE Act that:

64. Alana Marie Burke, *No Guns Allowed in Wal-Mart? Can I Bring My Firearm While Shopping?*, Newsmax (Nov. 17, 2014, 4:44 PM), [www.newsmax.com/FastFeatures/no-guns-allowed-walmart/2014/11/17/id/607901].

65. *See* Brief for Empire State Arms Collectors, Inc. as Amicus Curiae in Support of Plaintiffs-Appellants-Cross-Appellees at 27, Nojay et al. v. Cuomo, No. 14-0036-cv(L) (2d Cir. May 2, 2015). Similarly, the National Shooting Sports Foundation has argued that [t]he universal background check is a pure cost to the retailer, most of which are small 'mom-and-pop' businesses... Licensed retailers would be forced to use paid staff hours or to hire additional staff and pay for additional infrastructure to accommodate such transactions, including, but not limited to additional surveillance equipment, secure firearm storage, parking, IT infrastructure, and acquisition and distribution (A&D) records. Nat'l Shooting Sports Foundation, Universal Background Checks – Key Facts to Consider (2013), [http://nssf.org/factsheets/PDF/UBC.pdf].

66. Alaimo, *supra* note 62.

67. Our survey respondents claim that it takes twenty to thirty minutes per firearm to complete the secondary sale.

68. Empire State Arms Collectors' amicus brief on behalf of the plaintiffs in Nojay et al. v. Cuomo, said: The State wants FFLs [to] facilitate private firearms sales for $10. Gen. Bus. L. § 898(4). To say 'facilitate' is a misnomer. Taking just the two core elements of the NICS federal background check and the A&D book into consideration, the FFL has significant federal compliance to perform in order to conduct the background check in the context of the private firearm sale. Brief for Empire State Arms Collectors, *supra* note 64, at 27.

69. *See* Alaimo, *supra* note 62. An FFL in East Rochester, New York described the required process as follows: The store has to take the gun in, book it in, give you a receipt for selling it, give them a receipt for taking it, do a background check, book it out of our logbooks, save the background check forever in our records, and give them a lock with it, all for $10. Robert W. Hunnicutt, *New York: Dealers Resist Private Background Checks*, Firearm News (Apr. 24, 2013), [www.firearmsnews.com/politics/new-york-dealers-resist-private-background-checks].

Generally speaking, in a private firearm sale a proposed seller places the firearm into the FFL's inventory, requiring the FFL to process the firearm into the A&D book, assume liability for the firearm, and be potentially unable to clear the firearm back out of inventory. If the proposed buyer fails a background check, the FFL is then required to run a background check on the proposed seller. (Once firearm is taken into the FFL's inventory, it cannot be released without an approved background check of the person to whom the firearm will be released, even if it is the original seller.) If the proposed seller likewise fails the background check, the FFL is not permitted to release the firearm from its inventory.[70]

No doubt, the SAFE Act's drafters wanted to keep the FFL's processing charge low in order to encourage gun sellers' and purchasers' compliance, but the fee cap also discourages some FFLs from processing secondary sales.[71] A few dealers admitted to (unlawfully) circumventing the fee cap by charging an additional $20-$50 "paper work" fee; others exceed the $10 cap by buying the firearm from the seller and then reselling it to the purchaser for $50 or $60 more than they just paid.

3.2. Private seller compliance

There are several reasons why private sellers may ignore the SAFE Act's universal background checking requirement (and, by so doing commit a Class A misdemeanor).[72] First, they may wish to avoid the inconvenience of locating an FFL, especially in rural counties where there is no nearby dealer.[73] Second, many gun owners are opposed to the SAFE Act for reasons of principle and ideology.[74] (To say the least, the SAFE Act, is not popular with gun owners; indeed, it has provoked much protest.)[75]

---

70. Brief for Empire State Arms Collectors, *supra* note 64, at 28 (internal citations omitted).
71. *See id.* at 29.
72. N.Y. Gen. Bus. Law § 898(6) (Consol. 2016).
73. Indeed, in some counties FFLs reported that government officials urged them to "volunteer" to process secondary sales because not enough FFLs were participating. [Author's Interview]
74. *See* James B. Jacobs, *Why Ban "Assault Weapons"?*, 37 Cardozo L. Rev. 681, 704-05 (2015).
75. Fifty-two of New York State's sixty-two counties passed resolutions opposing the SAFE Act's assault weapons ban. *County Resolutions*, NY SAFE Resolutions, [www.nysaferesolutions.com/resolutions/#counties] (last visited Apr. 10, 2016). The New York

The prevalence of private sellers who are willing to ignore the SAFE Act's universal background checking requirement is unknown. However, a 2001 undercover investigation conducted by then NYC Mayor Michael Bloomberg's office found that sixty-two percent of persons who advertised firearms online agreed to make the sale even after the feigned purchaser explained that he or she "probably couldn't pass a background check"[76].

Sellers who already routinely and knowingly sell firearms to criminals have no reason to alter their conduct;[77] they are the firearms equivalent of drug dealers. Indeed, their business may increase if ineligible firearms purchasers, on account of the SAFE Act, find it more difficult to buy guns in the secondary firearms market.[78]

3.3. Purchaser compliance

In New York State, all handgun purchasers must obtain a handgun permit (license).[79] Rifle and shotgun purchasers, except in New York City, do not need a license.[80] Unlicensed possession of a handgun (and unlicensed possession of a long gun in New York City) is a criminal offense.[81] It is likely that a significant percentage of gun owners who are not licensed to possess a firearm would

---

Sheriffs' Association criticized the ban. *See* Brief for New York State Sheriffs' Ass'n as Amicus Curiae Supporting Plaintiffs-Appellants-Cross-Appellees at 17–18, New York State Rifle & Pistol Ass'n, Inc., et al. v. Cuomo, et al., No. 14-36-cv(L) (2d. Cir. Oct. 19, 2015); *see also* Jacobs, *supra* note 74, at 704 (noting other parties that opposed the law); James B. Jacobs & Zoe Fuhr, *The SAFE Act's Assault Weapons Ban,* 53(1) Crim. Law Bull. (forthcoming 2017) (noting other parties that opposed the law).

76. Olivia Katrandjian, *New York Probe Finds 62 Percent of Private Gun Sellers Sell to Prohibited Individuals*, ABC News (Dec. 14, 2011), [http://abcnews.go.com/Business/investigation-finds-62-private-gun-sellers-perform-background/story?id=15154436].

77. *See id.*

78. Senator Charles Schumer (D. NY) issued a report showing that in 1998, 1% of the nation's FFLs were responsible for selling nearly half of the crime guns traced by ATF. *See* Ron Scherer, *A Few Dealers Sell A Lot of the Crime Guns*, Christian Science Monitor (June 9, 1999), [www.csmonitor.com/1999/0609/p2s1.html]. Criminals most often obtained their guns through straw purchasers who made repeat purchases from a small number of FFLs. *See* Philip J. Cook et al., *Some Sources of Crime Guns in Chicago: Dirty Dealers, Straw Purchasers, and Traffickers*, 104 J. Crim. L. & Criminology 717, 724 (2014).

79. N.Y. Penal Law § 400.00(2) (Consol. 2016).

80. *See id.* § 265.20; N.Y.C. Admin. Code § 10-303 (2015).

81. *See* N.Y. Penal Law § 265.01-b; N.Y.C. Admin. Code § 10-310.

not meet the "good moral character" licensing requirement.[82] That means that they probably also would not pass a NICS background check.[83] Consequently, an unlicensed person who wants to acquire a firearm must find a way to avoid the SAFE Act's universal background checking requirement.[84] One solution is to make contact with a black market seller.[85] Another solution is to recruit a "straw purchaser," someone with a clean record who is willing, either as a favor or for compensation, to purchase a firearm and turn it over to the prohibited person.[86] Straw purchasing is itself unlawful.[87] It is also a crime to transfer a firearm to a person whom the transferor knows is a firearms-prohibited person.[88] A third solution is to acquire a gun[89] from a criminal associate or to steal one;[90] some "theft victims" may even collude with the firearms-prohibited person, i.e. turning a blind eye or accepting compensation for the "theft." A fourth solution is to obtain a gun from a family member as a gift, loan or sale.[91] Under the SAFE Act, an individual may directly transfer a firearm to a family member without involving an FFL.[92] This exemption does not apply when the

82. *See* N.Y. Penal Law § 400.00(1).

83. *See id.* § 400.00(1), (4); N.Y. Gen. Bus. Law § 898(2) (Consol. 2016).

84. *See id.* § 898.

85. *See* Dan Noyes, *Frontline: Hot Guns: How Criminals Get Guns*, PBS.org, [www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/guns/procon/guns.html] (last visited Apr. 10, 2016).

86. *See* U.S. Dep't of Justice, Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives, ds Regulations Reference Guide 165 (2005), [www.atf.gov/file/58686/download] [hereinafter Firearms Regulations].

87. *See* 18 U.S.C. § 922(a)(6) (2016); Firearms Regulations, *id.*, at 165.

88. *See* 18 U.S.C. § 922(d).

89. In *Chow v. State*, the Maryland Court of Appeals held that because loaning a firearm to a friend does not constitute a permanent exchange of title or possession, Maryland law does not require the lender to initiate a background check. Chow v. State, 903 A.2d 388, 403-04, 405-07 (Md. 2006).

90. It has been estimated that approximately 500,000 guns are stolen each year from private citizens. *See* Philip J. Cook & Jens Ludwig, Guns in America: Results of a Comprehensive Survey of Gun Ownership and Use 30 (1996). A 2012 Bureau of Justice Statistics report stated that from 2005 to 2010, 1.4 million firearms were stolen during household burglaries and other theft crimes. Lynn Langton, U.S. Dep't of Justice, NCJ 2394436, Firearms Stolen During Household Burglaries and Other Property Crimes, 2005-2010, at 1 (2012), [www.bjs.gov/content/pub/pdf/fshbopc0510.pdf].

91. *See* N.Y. Gen. Bus. Law § 898(1)-(2) (Consol. 2016).

92. *Id.*; Office of Division Counsel, N.Y. State Police, Guide to The New York Safe Act for Members of the Division of State Police 9 (2014), [http://scopeny.org/ARCHIVES/Safe%20Act%20Field%20Guide%20revMarch2014.pdf].

transferor "know[s] that [the transferee] is prohibited by law from possessing a firearm (...) because of a prior conviction or because of some other disability which would render him or her ineligible to lawfully possess a firearm (...)"[93]. However, the police are unlikely to find out about, much less be able to prove, that a firearms-prohibited individual obtained his gun voluntarily from a family member who knew of his ineligibility.[94]

4. Challenges of enforcement

To a significant extent, compliance with the SAFE Act's universal background checking requirement depends upon prospective firearms sellers perceiving a significant risk of apprehension, prosecution and punishment for violating the law.[95] However, the actual risk is negligible.[96] Since January 2013 (when the SAFE Act became effective) until the end of June 2015, there was not a single arrest statewide for knowing failure to comply with the SAFE Act's universal background checking requirement.[97]

93. N.Y. Penal Law § 265.17(1) (Consol. 2016).

94. The manner in which Sandy Hook shooter, Adam Lanza, obtained his firearm would have fallen within this exception as he "borrowed" firearms from his mother before fatally shooting her. Michael Isikoff, et al., *Investigators: Adam Lanza Surrounded by Weapons at Home; Attack Took Less Than 5 Minutes*, NBC News, (Mar. 28, 2013), [http://investigations.nbcnews.com/_news/2013/03/28/17501282-investigators-adam-lanza-surrounded-by-weapons-at-home-attack-took-less-than-5-minutes].

95. *See* Ken Levy, *Dangerous Psychopaths: Criminally Responsible but Not Morally Responsible, Subject to Criminal Punishment and to Preventive Detention*, 48 San Diego L. Rev. 1299, 1364, 1365 (2011).

96. *See* Chris Eger, *Low SAFE Act Numbers Hint at Non-Compliance in NY*, Guns.com (June 23, 2015), [www.guns.com/2015/06/23/low-safe-act-numbers-hint-at-non-compliance-in-new-york]; Teri Weaver, *Nearly All NY Safe Act Arrests Are For Offenses That Were Crimes Even Before Stricter Gun Law Adopted*, Syracuse.com, [www.syracuse.com/news/index.ssf/2014/06/nearly_all_ny_safe_act_arrests_are_for_offenses_ther_were_crimes_even_before_str.html] (last updated June 5, 2013).

97. Under-enforcement of New York background checking laws parallels federal under-enforcement of the Brady Act. A study conducted for the U.S. Department of Justice found that in 2010 only sixty-two cases nationwide were referred for prosecution (twenty-two of those were for falsified information when buying firearms, and 11 for possession of a firearm by a convicted felon. Ronald J. Frandsen, U.S. Dep't of Justice, No. 239272, Enforcement of the Brady Act, 2010: Federal and State Investigations and Prosecutions of Firearm Applicants Denied by a NICS Check in 2010, at 7 (2012). Further in Washington State, in the year following enactment of universal

The most likely way for the police to identify a SAFE Act violator is to persuade a person arrested for an armed offense to name the person from whom he acquired the gun.[98] (Prosecutors may be willing to make concessions to catch a major seller, but probably not to catch a casual seller). Unfortunately for law enforcement, most often the gun crime arrestee does not know the name, especially the real name, of the person from whom he purchased the firearm. Even if he did know and still remembers the seller's real name and whereabouts, the person he identifies will almost certainly deny having made the unlawful sale. What proof is there? The current owner (the criminal defendant in this scenario) is highly unlikely to have a signed receipt.

Enforcement of universal background checking would be greatly facilitated if police had access to a comprehensive firearms registry which would enable them to identify the last owner of a firearm recovered from an armed criminal or at a crime scene. Without a registry, it is very difficult, except by means of a sting operation, to prove that a particular individual sold someone a specific firearm.[99] Unfortunately, there is no national firearms registry.[100] Only the District of Columbia and a few states, not including New York, have attempted to create one.[101] Therefore, a private gun seller who ignores the SAFE Act's universal background checking requirement faces practically no risk of apprehension. Some private sellers will comply because they are habitually law-abiding or because they overestimate the risk of apprehension for unlawful sale. But many casual sellers and, by definition, black market sellers will not comply.

Given a firearms-prohibited person's many options for acquiring a gun,[102] even under a licensing and universal background checking regime,[103] it seems

---

background checking, there were no arrests or prosecutions for violating the law. Austin Jenkins, *One Year Later, No Reports of Prosecutions Under Wash. Background Check Law*, NW News Network (Dec. 10, 2015), [http://nwnewsnetwork.org/post/one-year-later-no-reports-prosecutions-under-wash-background-check-law].

98. *See* Jacobs, *supra* note 28, at 147.

99. *See* Jacobs, *supra* note 28, at 147.

100. Laura Houser Oblinger, Note, *The Wild, Wild West of Higher Education: Keeping the Campus Carry Decision in the University's Holster*, 53 Washburn L.J. 87, 94 (2013).

101. Hawaii and the District of Columbia require the registration of all firearms. *See Registration of Firearms Policy Summary*, Law Ctr. to Prevent Gun Violence (Oct. 1, 2013), [http://smartgunlaws.org/registration-of-firearms-policy-summary].

102. *See, e.g.*, Don Terry, *How Criminals Get Guns: In Short, All Too Easily*, N.Y. Times (Mar. 11, 1992), [www.nytimes.com/1992/03/11/us/how-criminals-get-guns-in-short-all-too-easily.html?pagewanted=all].

103. *See id.*

implausible that a strongly motivated individual would be unable to acquire one. Gun owners rights advocates argue that criminals will always be able to get guns, especially professional and highly active criminals who need a gun to compel victim compliance and to protect themselves from criminal rivals.[104] However, a firearms-ineligible individual who is only weakly motivated might give up the quest for a gun if several private sellers tell him that he must pass a background check.

5. Crime and suicide reducing potential of universal background checking

Evaluating the impact of the SAFE Act's universal background checking for firearms purchasers presents a significant challenge. Some analysts have compared firearms homicides and suicides in the years before a state enacted universal background checking with homicides and suicides in years following enactment.[105] This methodology is by no means conclusive. There are many other variables likely to contribute to or mask changes in the number and rate of firearm homicides and suicides.[106] Moreover, since the comprehensive SAFE Act has at least ten provisions aimed at reducing gun violence, attributing harm reduction to any one or more of them adds another level of complexity. In any event, using this type of before and after comparison does not make a strong case for the efficacy of the SAFE Act.[107]

Table I shows that firearm and non-firearm homicides both declined in 2013 and 2014 in line with the state's two-decade decline in homicides.[108]

104. *See, e.g.*, *Private Sales Restrictions and Gun Registration*, Nat'l Rifle Ass'n – Inst. Legis. Action (Jan. 17, 2013), [www.nraila.org/articles/20130117/private-sales-restrictions-and-gun-registration].

105. This is not a sound methodology because other variables, changing during that same time frame, might be causally responsible for the change in number of armed crimes and firearm suicides. Ideally, we would like to control for all variables except changes in the state's gun law, a tremendous challenge that we must leave to others.

106. *See, e.g.*, Jason Sterzer, *The Good, the Bad and the Ugly: A 50-State Survey Exploring Federal and State Firearm Regulations Related to Mental Health*, 33 J. Legal Med. 171, 190 n. 148 (2012).

107. *See infra* Tables 1-3.

108. N.Y. Div. of Criminal Justice Servs., New York State Crime Report: Crime in New York State 2014 Final Data 13 app.6 (2015), [www.criminaljustice.ny.gov/crimnet/ojsa/indexcrimes/nys-crime-report-2014.pdf].

The percentage of homicides that were firearm-related has fallen slightly since 2013, but in line with the general downward trend since 2009.[109]

Table 1: Homicides in New York State, 2009–2014[110]

Year	Total State homicides	Homicides by firearm	% of homicides committed by firearm
2009	784	483	61.6%
2010	866	522	60.3%
2011	770	448	58.2%
2012	688	412	59.9%
2013	644	366	56.8%
2014	616	348	56.5%

Table 2 shows that both total suicides and firearm-related suicides decreased slightly after passage of the SAFE Act.[111] There is no logical reason why the SAFE Act would have had a depressing effect on non-firearm suicides. Moreover, both firearm and non-firearm suicides increased in 2014, contradicting the hypothesis that the SAFE Act reduced suicides by keeping guns out of the hands of suicide-disposed individuals.[112]

Table 2: Suicides in New York State, 2009–2014[113]

Year	Total State suicides	Suicides by firearm	% of suicides committed with firearm
2009	1,417	422	29.78%
2010	1,547	459	29.67%
2011	1,658	505	30.46%
2012	1,708	516	30.21%
2013	1,687	465	27.56%
2014	1,700	474	27.88%

109. *See infra* Table 1.

110. N.Y. Div. of Criminal Justice Servs., *supra* note 110, at 13 app.6.

111. *See infra* Table 2.

112. *See infra* Table 2.

113. *Fatal Injury Reports, National and Regional, 1999-2014*, Ctr. for Disease Control & Prevention, [http://webappa.cdc.gov/sasweb/ncipc/mortrate10_us.html].

Table 3 shows that the proportion of firearm-related violent crimes has not decreased.[114] In fact, the proportion of robberies and firearm-related aggravated assaults has *increased* since passage of the SAFE Act, suggesting that universal background checking has not prevented criminals from obtaining firearms.[115] While firearm-related rapes decreased from 2013 to 2014, they represent a tiny proportion of total rapes; there is no clear trend.

Table 3: Rapes, Robberies, and Aggravated Assaults in New York State, 2009–2014[116]

A. Rapes in New York State, 2009-2014

Year	Total rapes	Rapes committed with firearm	% of rapes committed with firearm
2009	1,733	23	1.3%
2010	1,730	14	0.8%
2011	1,680	20	1.2%
2012	1,668	29	1.7%
2013	1,502	32	2.1%
2014	1,467	27	1.8%

B. Robberies in New York State, 2009-2014

Year	Total robberies	Robberies committed with firearm	% of Robberies committed with firearm
2009	9,466	2,807	29.7%
2010	8,797	2,550	29.0%
2011	8,577	2,520	29.4%
2012	8,364	2,454	29.4%
2013	8,004	2,438	30.5%
2014	7,408	2,282	30.8%

114. *See infra* Table 3.

115. *See infra* Table 3.

116. *New York State Gun Involved Violence Elimination (GIVE) Initiative Crime, Arrest, and Firearm Activity Report*, N.Y.S. Div. Crim. Just. Serv. 3001, 3002 (Apr. 7, 2016), [www.criminaljustice.ny.gov/crimnet/ojsa/greenbook.pdf].

C. Aggravated Assaults in New York State, 2009-2014

Year	Total aggr. assault	Assaults committed with firearm	% of assaults committed with firearm
2009	16,961	2,282	13.5%
2010	16,490	2,331	14.1%
2011	15,741	2,217	14.1%
2012	16,020	2,266	14.1%
2013	14,273	2,131	14.9%
2014	13,742	2,139	15.6%

6. THE SAFE ACT'S AMMUNITION PURCHASER BACKGROUND CHECKS

In the wake of the Sandy Hook massacre, New York became the first state to require all ammunition purchasers to undergo a background check at the time of sale or transfer. On the day the SAFE Act became law, Governor Andrew Cuomo's office issued a press release which, among other things, explained that the SAFE Act aimed to prevent potential mass killers, like Aurora, Colorado movie theater shooter James Holmes, from stockpiling thousands of rounds of ammunition through online purchases. The Governor argued that "just controlling guns isn't enough" and commended[117] universal ammunition purchaser background checking as a means to enable police to monitor high-volume ammunition transactions:

> [E]ach sale will require both a state background check and transmission of a record of the sale to State Police, so as to enable alerts of high volume purchases (...). Ammunition ordered over the internet must be delivered in a face-to-face transaction with a firearms dealer and the purchaser will be subject to the state background check. The Aurora [Colorado movie theater] shooter reportedly amassed 6000 rounds through direct online purchases.[118]

117. Thomas Kaplan, *Plan to Require Background Checks for Ammunition Sales is Suspended in New York*, N.Y. Times (July 10, 2015), [www.nytimes.com/2015/07/11/nyregion/plan-to-require-background-checks-for-ammunition-sales-is-suspended-in-new-york.html].

118. N.Y. State, *supra* note 5.

The Governor's rationale for ammunition purchaser background checking was prevention of mass killings.[119] Presumably, he believed that monitoring ammunition purchasers might identify dangerous individuals who are stockpiling ammunition in contemplation of perpetrating crimes or massacres.[120] Regardless of how a "mass shooting" is defined, such incidents are rare in any community, and even in any state. [121] Target shooters routinely purchase large quantities of ammunition.[122] Thus, a large purchase of ammunition is hardly an indicator of intent to perpetrate a rampage killing.[123]

6.1. The ammunition background checking regime

Under the SAFE Act regime, a prospective ammunition purchaser must appear in person before an FFL or a "registered seller of ammunition", so that the seller can verify the purchaser's identity and notify the State Police.[124] This requirement triggered protests by gun clubs and firing ranges accustomed to

119. *See Governor Cuomo Signs NY Safe Act in Rochester*, N.Y. State (Jan. 16, 2013), [www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-signs-ny-safe-act-rochester].

120. N.Y. State, *supra* note 5.

121. Jeff Guo, *Mass Shootings Are Distracting from the Real Danger of Guns in America*, Washington Post (Dec. 7, 2015), [www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/12/07/mass-shootings-are-distracting-from-the-real-danger-of-guns-in-america]. *See* Bonnie Berkowitz et al., *The Math of Mass Shootings*, Washington Post, [www.washingtonpost.com/graphics/national/mass-shootings-in-america] (last updated Feb. 26, 2016).

122. *See* Nat'l Shooting Sports Foundation, Federal Restrictions on the Purchase and Sale of Ammunition (2013), [www.nssf.org/factsheets/PDF/AmmunitionSaleRestrictions.pdf].

123. *See Good Question: Why Aren't Large Ammo Purchases Tracked?*, CBS Minnesota (July 23, 2012, 10:59 PM), [http://minnesota.cbslocal.com/2012/07/23/good-question-why-arent-large-ammo-purchases-tracked].

124. *See* N.Y. Penal Law § 400.03(7) (Consol. 2016). The SAFE Act regulates only commercial ammunition and transactions involving a "seller of ammunition" (defined as "any person, firm, partnership, corporation or company who engages in the business of purchasing, selling or keeping ammunition"); someone who transfers ammunition" as a gift or loan is not required to initiate a background check. *See id.* §§ 265.00(24), 400.03(2)-(8). Persons and entities that function as an intermediary between an out-of-state ammunition seller and a NYS purchaser must register under this category. (Most ammunition sellers are FFLs, but some "bait and tackle shops", that sell ammunition but not guns, must register. The State Police run a background check on all registration applicants.

purchasing bulk shipments of ammunition from manufacturers and wholesalers.[125] They complained about the cost and inconvenience of having to visit a dealer personally for every ammunition purchase. [126] In response, the State Police Superintendent issued an "Open Letter" exempting businesses and organizations that distribute ammunition on their premises from the face-to-face ammunition purchase requirement.[127] However, since the Superintendent lacks authority to amend legislation, his pronouncement amounted to a promise not to enforce. Exempted businesses and organizations, once registered, are allowed to receive direct shipments of ammunition from manufacturers and wholesalers.[128] Clubs which give or sell ammunition at cost to their members may register as ammunition "keepers," rather than "sellers." There is no required background check for persons who acquire ammunition from a "keeper of ammunition," whether or not the ammunition ac quirer intends to use the ammunition at the keeper's premises. By contrast, if a gun club or shooting range intends to sell ammunition at a profit, it must register as a "seller of ammunition", and initiate a background check on all purchasers, even repeat customers.

The licensed ammunition seller must send to the State Police the prospective purchaser's name and identification as well as information about the ammunition, including "amount, caliber, manufacturer's name and cartridges' serial numbers, if any (...)"[129]. (Ammunition is not manufactured with serial numbers.)[130]

---

125. *See* Nat'l Shooting Sports Foundation, *supra* note 125; Jim Poole, *Gun Owners Take Aim at SAFE Act*, Times-Journal (Jan. 14, 2014), [www.timesjournalonline.com/article.asp?id=88219]; *The Shot Heard Around NY*, WENY News (Jan. 8, 2014), [www.weny.com/news/all/the-shot-heard-around-ny-01-08-2014] (exemplifying the continued protest by gun clubs throughout the state).

126. *See* Nat'l Shooting Sports Foundation, *supra* note 125.

127. Open Letter from Joseph A. D'Amico, New York State Police Superintendent (Dec. 27, 2013) (available at [http://programs.governor.ny.gov/sites/default/files/documents/nysafeact/OpenLetterfromNewYorkStatePoliceSuperintendent.pdf]). The Superintendent's letter explained that this exception should be of "particular interest to shooting ranges, hunting clubs, and youth safety and education programs, as it will allow those groups to continue to receive discounted ammunition directly from the manufacturer". *Id.*

128. *See* Office of Div. Counsel, Revised Guide to the New York Safe Act for Members of the Division of the State Police 11 (Mar. 2014), [http://scopeny.org/ARCHIVES/Safe%20Act%20Field%20Guide%20revMarch2014.pdf].

129. N.Y. Penal Law § 400.03(3)(a).

130. *See, e.g.*, 27 C.F.R. § 478.92(b) (2016) (requiring identifying color markings for armor piercing ammunition, but not serial numbers).

The State Police would then check the prospective ammunition purchaser against a state database of persons disqualified from purchasing ammunition.[131] Unlike federal law,[132] and in what appears to be a serious oversight, New York State does not prohibit any categories of persons, other than those under sixteen years of age, from possessing ammunition; nor is it a state crime to possess ammunition in violation of federal law.[133]

If the State Police does not notify the ammunition seller that the prospective purchaser is prohibited from possessing ammunition under federal law, it provides the seller with an identification number for the ammunition transfer.[134] The FFL or registered ammunition seller must inform the State Police that the ammunition transaction has been completed and record the sales details in the seller's record book,[135] which must be available to the police (but not to the general public).[136]

In addition to carrying out a background check on the ammunition purchaser, the SAFE Act contemplates that the State Police will monitor high volume purchasers. Assuming that every individual's in-state ammunition

131. *See, e.g.*, Jacobs & Fuhr, *supra* note 58, at 5. DCJS maintains a database of persons deemed too dangerous to possess a firearm on account of mental illness under § 9.46 of the Mental Hygiene Law. *Id.*

132. *See* 18 U.S.C. § 922 (b)(1), (d)(1)-(9) (2016). Federal law does not require private ammunition sellers (non-FFLs) to initiate a background check of ammunition purchasers. Brendan J. Healey, *Plugging the Buller Holes in U.S. Gun Law: An Ammunition-Based Proposal for Tightening Gun Control*, 32 J. Marshall L. Rev. 1, 16 (1998).

133. *See, e.g.*, 18 U.S.C. § 922(g), (h). *Compare* 18 U.S.C. § 922(b)(1) ("It shall be unlawful for any licensed importer, licensed manufacturer, licensed dealer, or licensed collector to sell or deliver... ammunition to any individual who the licensee knows or has reasonable cause to believe is less than eighteen years of age..."), *with* N.Y. Penal Law § 265.05 ("It shall be unlawful for any person under the age of sixteen to possess... any gun or any instrument or weapon in or upon which any loaded or blank cartridges may be used, or any loaded or blank cartridges or ammunition thereof..."). Thus, a seventeen year old can lawfully possess ammunition in New York in violation of applicable federal law.

134. *Id.* § 400.03(4)(a), (b).

135. *Id.* § 400.03(2), (5). In the absence of a serial number, the seller must record "any other distinguishing number or identification mark on such ammunition". *Id.* § 400.03(2).

136. *Id.* § 400.03(2). A first offense for failing to keep required records constitutes a violation, punishable by a fine of up to $500; a second offense constitutes a Class B misdemeanor, punishable by registration revocation and up to three months in jail. *Id.* § 400.03(8).

purchases could be monitored, what size ammunition purchase would warrant what kind of investigation? The SAFE Act does not address these questions and the State Police did not decide on a threshold number of rounds. (Even if it does, it obviously will not publicly disclose that number). Regardless of the ammunition quantity that triggers investigation, monitoring purchasers does not make sense unless the State Police has the capacity to aggregate multiple purchases by the same purchaser from multiple sellers. Moreover, the SAFE Act provision that requires "ammunition records to be purged within a year of submission," would frustrate efforts to track an individual's cumulative purchases over a multi-year period.[137]

Ammunition background checking is a second, or even third, line gun violence prevention strategy because a prospective mass murderer or gun crime perpetrator will also be subject to a background check in order to *legally* purchase a long gun or handgun from an FFL or private seller. In addition, she or he will have had to pass a background check to obtain a handgun license and, in New York City, a license to possess a rifle or shotgun. Moreover, throughout New York State, the SAFE Act's assault weapon registration requirement also imposes a background check.[138] The ammunition background check provides still another opportunity to thwart a dangerous or unreliable person from acquiring lethal firearm capacity. Of course, blocking a disqualified person from purchasing ammunition does not necessarily mean that he will be left without ammunition. The ammunition-disqualified person could obtain ammunition legally in a neighboring state or illegally, in New York, on the black market, via a straw purchaser, through theft or by making his own ammunition by reloading used casings or from scratch with or without the aid of kits available on the open market. Do-it-yourselfers can make approximately 300 rounds per hour at a cost much lower than retail.

6.2. The collapse of ammunition background checking

The SAFE Act's ammunition control scheme required the creation of a new database populated with names of person disqualified from possessing ammunition (under federal law), because federal law does not permit NICS to be used for ammunition purchaser background checks.[139] A second database will

137. N.Y. Penal Law §400.03(3)(a).

138. N.Y. Penal Law §400.00(16-a).

139. *See National Instant Criminal Background Check System – Fact Sheet*, FBI, [www.fbi.gov/about-us/cjis/nics/general-information/fact-sheet] (last visited Apr. 23, 2016).

need to be created and populated with information about each ammunition transfer. As of the date of this Article's publication, New York has not succeeded in creating either of these essential databases.[140]

The implementation date for the SAFE Act's ammunition regime was January 15, 2014, a year after the SAFE Act's passage, but that deadline passed without an operational system.[141] The State Police had been unable to create the databases and information system; the estimated cost was considered prohibitive.[142] The main challenge was designing an information system fast enough to enable instant checks at the time of purchase. NICS background checks usually take about 90 seconds, but New York was unable to design a system, at reasonable cost, that would take less than 30 minutes. The State Police also lacked sufficient personnel to investigate suspicious purchasers; it would have to notify local police to carry out the investigations themselves. Instead, it decided on a fallback position, whereby ammunition sellers would be required to make sales information available to the police on request. The police would not be able to monitor sales, but if they had a lead, could check various vendors' ammunition sales books. It is hard to see how private sellers' decentralized records of ammunition purchasers would help police to identify suspicious high volume ammunition purchasers. At most, police might use such vendor records to add to the investigation of a suspicious person or perhaps to identify where ammunition found at a crime scene was purchased.

In June 2015, twenty-four Republican and two Democratic state senators co-sponsored a bill to repeal the SAFE Act's ammunition background checking provisions.[143] While the bill did not obtain a floor vote in either house, it apparently attracted the attention of the Cuomo administration,[144] which decided to suspend its efforts to implement the SAFE Act's ammunition

140. *See* Rick Karlin, *Ammo Database Developed at Less than Bullet Speed*, Times Union (Feb. 5, 2016, 10:33 PM), [www.timesunion.com/local/article/Ammo-database-developed-at-less-than-bullet-speed-6811101.php].

141. *See id.*; Open Letter from Joseph A. D'Amico, *supra* note 130.

142. Bill Nojay, *State's SAFE Act Needs to Set Its Sights on Compliance*, Times Union (Jan. 12, 2016, 5:12 PM), [www.timesunion.com/tuplus-opinion/article/State-s-SAFE-Act-needs-to-set-its-sights-on-6754126.php].

143. Assemb. A08196, 2015-2016 Reg. Sess. (N.Y. 2015).

144. *See* Press Release, Michael F. Nozzolio, N.Y.S. Senate, Giant Step Forward Toward Repeal of the SAFE Act (July 10, 2015) [www.nysenate.gov/newsroom/press-releases/michael-f-nozzolio/giant-step-forward-toward-repeal-safe-act] (explaining why Governor Cuomo signed the Memorandum of Understanding).

purchaser background checking provisions.[145] According to a Memorandum of Understanding (MOU) Regarding the Statewide License and Record Database Utilization for Eligibility to Purchase Ammunition, signed by the Senate's Republican majority leader and the State Director of Operations, the ammunition purchaser database "[could not] be established and/or function in the manner originally intended at this time" due to a "lack of adequate technology."[146] Therefore, the parties agreed that "no expenditures of state monies shall be allocated for the purposes of purchasing and installing software, programming and interface required to transmit any record for the purpose of performing an eligibility check" for the database's future development without bilateral agreement.[147]

Senator James Seward called the suspension of the ammunition regulation "a clear victory for Second Amendment rights in New York."[148] Republican Assemblyman Bill Nojay said that: "All this does is state something that we've known to be true for the last two years, which is that they don't have the technology to do the database (...)"[149], An NRA lobbyist called the MOU "a step in the right direction to restore a degree of sanity after the Safe Act's over-the-top demonization of lawful New York gun owners"[150]. By contrast, some Democratic senators called the MOU an unconstitutional subversion of the SAFE Act.[151] For example, Deputy Minority leader Michael N. Gianris (D-Queens)

145. *See id.*

146. *See* John Flanagan & James Malatras, *Memorandum of Understanding Regarding the Statewide License and Record Database Utilization for Eligibility to Purchase Ammunition* (July 10, 2015), [www.nytimes.com/interactive/2015/07/10/nyregion/document-order-delaying-new-york-ammunition-checks.html].

147. *Id.* Senator Catharine Young's press release, following announcement of the memorandum of understanding, claimed that Senate Republicans had already successfully eliminated from the budget the Governor's proposed spending on an ammunition database, "but sought a more official solution". *See* Press Release, Catharine Young, N.Y.S. Senate, SAFE Act Ammunition Database Suspended (July 10, 2015), [www.nysenate.gov/newsroom/press-releases/catharine-young/safe-act-ammunition-database-suspended].

148. Kaplan, *supra* note 119.

149. Michael Virtanen & David Klepper, *Questions Whether Safe Act Deal Changes Anything*, Utica Observer Dispatch (Jul. 13, 2015, 6:55 PM), [www.uticaod.com/article/20150713/NEWS/150719769/?Start=1].

150. Kaplan, *supra* note 119.

151. *See id.*

argued that "[t]he notion that one house of the Legislature [Senate] will have greater powers than another, and the governor, with one house only, can agree to change state law, turns our democracy on its head"[152]. A spokesperson for Senator Minority Leader Andrew Stewart-Cousins (D-Westchester) said: "This two-way agreement is outrageous," sarcastically adding that "I'm looking forward to the MOUs on the minimum wage, paid family leave, (...) and the numerous other things the Senate Republicans are blocking"[153]. Assembly Speaker, Carl E. Heastie (D-Bronx) criticized the MOU as "an ill-advised end run around the Legislature and the Safe Act"[154].

In the midst of this melee, Governor Cuomo's counsel sought to clarify the MOU's legal effect:

There have been concerns raised that the State should not implement the database prematurely as it could cause unmanageable disruption in retail establishments and could cause undue delays. We agree. In fact, over the last two years the Superintendent of State Police has repeatedly and clearly said no system would be implemented until it is ready.

Members of the Republican Senate have indicated that, despite those prior statements, they continue to be questioned by the public and want to answer definitively that we are aware of the concerns and will act responsibly. The [MOU] issued by the Director of Operations simply restates that point...

To be clear, the memorandum reiterates the administration's intention to implement a functional database when it is ready and reinforces that the system cannot be launched prematurely. The memorandum can in no way supersede the law as passed by the legislature and further, there is nothing in the memorandum that is inconsistent with the letter, spirit or intent of the law.[155]

That statement suggests that the Cuomo Administration has not, at least publicly, abandoned its commitment to implementing the SAFE Act's ammunition provisions.

The requirement that ammunition purchases be transacted in person is the only part of the SAFE Act's ammunition provisions currently in force. Many

152. *Id.*

153. Teri Weaver, *Cuomo Agrees to Changes to NY Safe Act Regarding Ammunition Sales*, Syracuse.com, [www.syracuse.com/state/index.ssf/2015/07/cuomo_agrees_ to_changes_ to_ny_safe_act_ regarding_ammunition_sales.html] (updated July 10, 2015).

154. Kaplan, *supra* note 119.

155. Liz Benjamin, *Cuomo Admin Clarifies SAFE Act Changes*, NY State of Politics (Jul. 12, 2015), [www.nystateofpolitics.com/2015/07/cuomo-admin-clarifies-safe-act-changes].

ammunition sellers whom we interviewed said that their business had increased as more customers were purchasing ammunition locally, (since they had to go into a store anyway to pick up their online purchases). Moreover, most dealers said that they do not act as an intermediary for sales transacted online. In effect, the law is pushing out-of-state competitors from the New York market.

7. CONCLUSIONS

Universal background checking is often cited as the number one example of "sensible gun control."[156] *In principle*, it makes no sense to require people who purchase firearms from a licensed gun dealer to pass a background check, but not require background checks of persons who purchase firearms from unlicensed sellers. If background checking is an important strategy for keeping firearms out the hands of dangerous and unreliable people, it should apply to all purchasers, indeed to all transferees, regardless of who sells or otherwise transfers the firearm. However, extending background checking to all firearm transfers faces significant implementation and enforcement obstacles. Just as the Brady Law is easily circumvented by firearms-prohibited individuals obtaining a gun by means of a straw purchaser or directly in the secondary market or black market, firearms-prohibited individuals can easily avoid the SAFE Act's universal background checking requirements by obtaining a gun from a family member, straw purchaser, black market dealer or private gun seller willing (perhaps for a premium) to ignore the background checking law.[157] It is hard to believe that a firearms disqualified person who wants to acquire a firearm will have difficulty obtaining one. New York statistics on firearm crimes and suicides before and after passage of the SAFE Act support this conclusion.[158]

Ammunition background checking raises similar implementation and enforcement problems. On the one hand, ammunition is easier to regulate than

156. *See, e.g.*, Allen Rostron, *Cease Fire: A "Win-Win" Strategy on Gun Policy for the Obama Administration*, 3 Harv. L. & Pol'y Rev. 347, 349, 358, 360-61 (2009).

157. *See* Healey, *supra* note 135, at 21, 22.

158. *See* Matthew Hamilton, *A Year After the SAFE Act, Are We Safer?: A Comprehensive Look at the NY SAFE ACT from its Impact on Gov. Andrew Cuomo's Legacy to Whether the People of the State are Safer*, City & State (Jan. 20, 2014), [http://cityandstateny.com/articles/politics/new-york-state-articles/safer-one-year-after-its-passage,-has-the-safe-act-reduced-gun-violence-in-new-york.html #.Vwlfj1IoElI].

firearms, because bullets must be constantly replenished.[159] On the other hand, bullets are easier than firearms to make in a home workshop and, because they lack serial numbers, are much harder, if not impossible, to track and trace.[160] New York State's pioneering effort to regulate ammunition sales has encountered significant, perhaps fatal, implementation problems. No state has so far successfully implemented ammunition background checking.[161] The potential efficacy of ammunition purchaser monitoring and background checking as a gun control strategy remains to be seen.

8. References

ALAIMO, Jessica. Some Dealers Balking at Gun Transfers. *Democrat & Chron*, 2013.

BARRETT, Ted; COHEN, Tom. Senate Rejects Expanded Gun Background Checks. *CNN*, 2013.

BENJAMIN, Liz. Cuomo Admin Clarifies SAFE Act Changes. *NY State of Politics*, 2015.

BERKOWITZ, Bonnie et al. The Math of Mass Shootings. *Washington Post*, 2016.

BIDEN, Joe; OBAMA, Barack. Remarks by the President and the Vice President on Gun Violence. *The White House*, 2013.

BRIDGE, Matthew. Exit, Pursued by a "Bear"? New York City's Handgun Laws in the Wake of Heller and McDonald. *Columbia Journal of Law & Social Problems*, 2012.

BURKE, Alana Marie. No Guns Allowed in Wal-Mart? Can I Bring My Firearm While Shopping? *Newsmax*, 2014.

CHUNG, JEN. N.Y. State Senate Passes "Most Comprehensive" Gun Control Bill in U.S. *The Gothamis*, 2013.

COUNTY Resolutions, NY SAFE Resolutions, [www.nysaferesolutions.com/resolutions/#counties] (last visited Apr. 10, 2016).

159. *See* Healey, *supra* note 135, at 5-6, 22.

160. *See id.* at 26, 32-33.

161. *Id.* at 20; *see* Valerie Richardson, *'Ammo Control' Picks Up Steam Among Democrats Aiming to Limit Gun Access*, Wash. Times (Oct. 15, 2015), [www.washington times.com/news/2015/oct/15/background-checks-ammunition-buys-moving-toward-ba/?page=all] (noting that no state has implemented a background check process for ammunition sales). On November 2016, California voters passed Proposition 63 ("Background Checks for Ammunition Purchases and Large-Capacity Ammunition Magazine Ban Initiative"). Its various provisions will come into effect between 2017 and 2019.

COOK, Philip J. et al. Some Sources of Crime Guns in Chicago: Dirty Dealers, Straw Purchasers, and Traffickers. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2014.

COOK, Philip J.; LUDWIG, Jens. *Guns in America:* results of a comprehensive survey of gun ownership and use. 1996.

CUOMO, Andrew M. *Governor Cuomo Signs Groundbreaking Legislation That Will Give New York State the Toughest Protections Against Gun Violence in the Nation*. New York, 2013.

CUOMO, Andrew M. *Statement from Governor Andrew M. Cuomo on Decision by U.S. Courts of Appeals Regarding NY Safe Act*. New York, 2015.

DUFFY, Peter. 100 Years Ago, the Shot that Spurred New York's Gun Control Law. *N.Y. Times*, 2011.

EGER, Chris. Low SAFE Act Numbers Hint at Non-Compliance in NY. *Guns.com*, 2015.

FATAL Injury Reports, National and Regional, 1999-2014, Ctr. for Disease Control & Prevention. [http://webappa.cdc.gov/sasweb/ncipc/mortrate10_us.html].

FLANAGAN, John; MALATRAS, James. Memorandum of Understanding Regarding the Statewide License and Record Database Utilization for Eligibility to Purchase Ammunition. *N.Y. Times*, 2015.

FRANDSEN, RONALD J. *U.S. Dep't of Justice, No. 239272, Enforcement of the Brady Act, 2010: Federal and State Investigations and Prosecutions of Firearm Applicants Denied by a NICS Check in 2010, at 7*. 2012.

GOOD Question: Why Aren't Large Ammo Purchases Tracked? *CBS Minnesota*, 2012.

GOVERNOR Cuomo Signs NY Safe Act in Rochester. *N.Y. State*, 2013.

GUIDE to The New York Safe Act for Members of the Division of State Police 9. Office of Division Counsel N.Y. State Police, 2014. [http://scopeny.org/ARCHIVES/Safe%20Act%20Field%20Guide%20revMarch2014.pdf].

GUO, Jeff. Mass Shootings Are Distracting from the Real Danger of Guns in America. *Washington Post*, 2015.

HAMILTON, Matthew. A Year After the SAFE Act, Are We Safer?: A Comprehensive Look at the NY SAFE ACT from its Impact on Gov. Andrew Cuomo's Legacy to Whether the People of the State are Safer. *City & State*, 2014.

HEALEY, Brendan J. Plugging the Buller Holes in U.S. Gun Law: An Ammunition-Based Proposal for Tightening Gun Control. *John Marshall Law Review*, 1998.

HOUSER OBLINGER, Laura. *The Wild, Wild West of Higher Education: Keeping the Campus Carry Decision in the University's Holster*. *Washburn Law Journal*, 2013.

HUNNICUTT, Robert W. New York: Dealers Resist Private Background Checks. *Firearm News*, 2013.

ISIKOFF, Michael et al. Investigators: Adam Lanza Surrounded by Weapons at Home; Attack Took Less Than 5 Minutes. *NBC News*, 2013.

JACOBS, James B. Can gun control work? Oxford University Press, 2002.

JACOBS, James B.; FUHR, Zoe. The SAFE Act's Assault Weapons Ban. *Criminal Law Bulletin*, forthcoming 2017.

JACOBS, James B. Why Ban "Assault Weapons"? *Cardozo Law Review*, 2015.

JACOBS, James B.; FUHR, Zoe. Preventing Dangerous Mentally Ill Individuals from Obtaining and Retaining Guns: New York's SAFE Act. *Geogetown Journal of Law & Public Policy*, forthcoming 2016.

JENKINS, Austin. One Year Later, No Reports of Prosecutions Under Wash. *Background Check Law*, NW News Network, 2015.

LANGTON, Lynn. *U.S. Dep't of Justice, NCJ 2394436, Firearms Stolen During Household Burglaries and Other Property Crimes*. 2012.

LEVY, Ken. *Dangerous Psychopaths*: Criminally Responsible but Not Morally Responsible, Subject to Criminal Punishment and to Preventive Detention. San Diego Law Review, 2011.

LOS ANGELES TIMES STAFF. *Deadliest U.S. Mass Shootings 1984-2015*. L.A. Times, 2012.

KAPLAN, Thomas. Plan to Require Background Checks for Ammunition Sales is Suspended in New York. *N.Y. Times*, 2015.

KAPLAN, Thomas. Sweeping Limits on Guns Become Law in New York. *N.Y. Times*, 2013.

KARLIN, Rick. Ammo Database Developed at Less than Bullet Speed. *Times Union*, 2016.

KATRANDJIAN, Olivia. New York Probe Finds 62 Percent of Private Gun Sellers Sell to Prohibited Individuals. *ABC News*, 2011.

KIRKHAM, Chris. Private Gun Sale Loophole Creates Invisible Firearms Market, Prompts Calls for Reform. *Huffington Post*, 2012.

KLEIN, Jeff D. *Senate Bill S2230*. NY State Senate, 2013-2014.

NATIONAL Instant Criminal Background Check System – Fact Sheet, FBI, [www.fbi.gov/about-us/cjis/nics/general-information/fact-sheet].

NAT'L SHOOTING SPORTS FOUNDATION, *Federal Restrictions on the Purchase and Sale of Ammunition*. 2013. [www.nssf.org/factsheets/PDF/AmmunitionSaleRestrictions.pdf].

NAT'L SHOOTING SPORTS FOUNDATION, *Universal Background Checks – Key Facts to Consider*. 2013. [http://nssf.org/factsheets/PDF/UBC.pdf].

NEW York State Gun Involved Violence Elimination (GIVE) Initiative Crime, Arrest, and Firearm Activity Report. New York State Division of Criminal Justice Services, 2016. [www.criminaljustice.ny.gov/crimnet/ojsa/greenbook.pdf].

NOJAY, Bill. State's SAFE Act Needs to Set Its Sights on Compliance. *Times Union*, 2016.

NOYES, Dan. How Criminals Get Guns. *PBS Frontline*, 2013.

NOZZOLIO, Michael F. *Giant Step Forward Toward Repeal of the SAFE Act*. N.Y.S. Senate, 2015.

NEW York State Crime Report: Crime in New York State 2014. New York Division of Criminal Justice Services, 2015. [www.criminaljustice.ny.gov/crimnet/ojsa/indexcrimes/nys-crime-report-2014.pdf].

OPEN Letter from Joseph A. D'Amico, New York State Police Superintendent. 2013. [http://programs.governor.ny.gov/sites/default/files/documents/nysafeact/OpenLetterfromNewYorkStatePoliceSuperintendent.pdf].

POOLE, Jim. Gun Owners Take Aim at SAFE Act. *Times-Journal*, 2014.

PRIVATE Sales Restrictions and Gun Registration. National Rifle Association – Institute for Legislative Action, 2013.

REGISTRATION of Firearms Policy Summary. Law Center to Prevent Gun Violence, 2013. [http://smartgunlaws.org/registration-of-firearms-policy-summary].

REVISED Guide to the New York Safe Act for Members of the Division of the State Police 11. Office of Division Counsel, 2014. [http://scopeny.org/ARCHIVES/Safe%20Act%20Field%20Guide%20revMarch2014.pdf].

RICHARDSON, Valerie. 'Ammo Control' Picks Up Steam Among Democrats Aiming to Limit Gun Access. *Washington Times*, 2015.

ROSTRON, Allen. Cease Fire: A "Win-Win" Strategy on Gun Policy for the Obama Administration. *Harvard Law & Policy Review*, 2009.

SCHERER, Ron. A Few Dealers Sell A Lot of the Crime Guns. *Christian Science Monitor*, 1999.

STERZER, Jason. The Good, the Bad and the Ugly: A 50-State Survey Exploring Federal and State Firearm Regulations Related to Mental Health. *Journal of Legal Medicine*, 2012.

STUDY: Criminals Don't Get Guns from Legal Sources. National Rifle Association- Institute for Legislative Action, 2015.

TERRY, Don. How Criminals Get Guns: In Short, All Too Easily. *N.Y. Times*, 1992.

THE SHOT Heard Around NY. *WENY News*, 2014.

U.S. Dep't of Justice. Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives, ds Regulations Reference Guide 165 (2005), [https://www.atf.gov/file/58686/download].

U.S. Dep't of Justice. National Instant Criminal Background Check System (NICS) Operations iii, 2014.

VIELKIND, Jimmy. Gun Control Bill Advances. *Times Union*, 2013.

VIRTANEN, Michael; KLEPPER, David. Questions Whether Safe Act Deal Changes Anything. *Utica Observer Dispatch*, 2015.

WALSH, Michael A. The Strange Birth of NY's Gun Laws. *N.Y. Post*, 2011.

WEAVER, Teri. Cuomo Agrees to Changes to NY Safe Act Regarding Ammunition Sales. *Syracuse.com*, 2015.

WEAVER, Teri. Nearly All NY Safe Act Arrests Are For Offenses That Were Crimes Even Before Stricter Gun Law Adopted. *Syracuse.com*, 2013.

YOUNG, Catharine. N.Y.S. Senate, SAFE Act Ammunition Database Suspended. *N.Y. State Senate*, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A ocasião faz o ladrão: como prevenir a delinqüência através do controle situacional, de Themis Maria Pacheco de Carvalho – *RPC* 2/179-195 (DTR\2005\781); e
- "Também morre quem atira". Risco de uma pessoa que possui arma de fogo ser vítima fatal de um roubo, de Renato Sérgio de Lima, Jacqueline Sinhoretto e Luci Gati Pietrocolla – *RBCCrim* 29/365-373 (DTR\2011\2896).