Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 136 • out. / 2017

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 25 • vol. 136 • out. / 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

Ada Pellegrini Grinover (USP – São Paulo/SP); 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); Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); 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)

Alexei Choi Caruncho (FEMPAR – Curitiba/PR); Antonio Carlos Tovo Loureiro (Ulbra – Porto Alegre/RS); Antonio E. Ramires Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS); Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Camilla Marcondes Massaro (PUCC – Campinas/SP); Carla Silene Bernardo Gomes (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Deise Helena Krantz Lora (PUCRS – Porto Alegre/RS); Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – Santa Cruz/BA); Eneida Gonçalves de Macedo Haddad (USP – São Paulo/SP); Fábio Gomes de França (PMPB – João Pessoa/PB); Felipe Cittolin Abal (UPF – Passo Fundo/RS); Felipe da Silva Freitas (UnB – Brasília/DF); Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia – ITA); Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Ísis de Jesus Garcia (UFSC – Curitiba/SC); Jônica Marques Coura Aragão (UFPB – Campina Grande/PB); Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN); Lucas Romero Montenegro (Universität Augsburg/ALEM); Luís Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Manuela Abath Valença (UnB – Brasília/DF); Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG); Marcelo Mayora Alves (UFJF – Juiz de Fora/MG); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR); Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT); Marilia Denardin Budó (PPGD IMED – Passo Fundo/RS); Miguel Tedesco Wedy (Unisinos – São Leopoldo/RS); Nestor Eduardo Araruna Santiago (UFC e UNIFOR/CE); Ney Fayet Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Rafhael Lima Ribeiro (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Raquel Lima Scalcon (Uniritter – Porto Alegre/RS); Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues (Instituto Jurídico Portucalense – PT); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ); Tarsis Barreto (UFTO – Palmas/TO); Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP); Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ); Tiago Joffily (MPRJ – Rio de Janeiro/RJ); Tomás Grings Machado (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Camila Cardoso de Mello Prando (UnB – Brasília/DF); Cristina Zackseski (UnB – Brasília/DF); Daniel Chamorro Petersen (UFRS – Porto Alegre/RS); Felipe Rodrigues Xavier (Unesp – Franca/SP); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); Jorge Trindade (Universidade Fernando Pessoa – POR); Luiz Augusto Rutis (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Marcel Ferreira dos Santos (UNICESUMAR – Maringá/PR); Matheus Felipe de Castro (UFSC – Florianópolis/SC); Rafael da Escóssia Lima (UnB – Brasília/DF); Raúl Carnevali R. (Universidad de Talca – CHL); Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL – Maceió/AL); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Sónia Caridade (Universidade Fernando Pessoa – POR); Tássia Louise de Moraes Oliveira (UFBA – Salvador/BA); Thiago Rais de Castro (UnB – Brasília/DF)

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. 136 • out. / 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. 136 • out. / 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 dos 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 8 h às 17 h)
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: [10-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [21.08.2017]

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
2ª 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 e Silva
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Presidente: André Pires de Andrade Kehdi
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. 136 • out. / 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, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon 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 e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

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

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Claudia Helena Carvalho 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, Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal

A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade
The first phase of criminal dosimetry: between criminal selectivity and the principle of strict legality
Camila Cardoso de Mello Prando e Rafael da Escóssia Lima 15

A rigidez normativa dos princípios penais em Robert Alexy
Criminal law principles' normative rigor in Robert Alexy
Luiz Augusto Rutis 35

El terrorismo de estado como violación a los derechos humanos: en especial la intervención de los agentes estatales
State terrorism as an infringement of human rights: in particular the involment of state agents
Raúl Carnevali R. 69

Problemas do processo de criminalização da Associação para o Tráfico de Drogas: dissonâncias sistêmicas do ordenamento jurídico reveladas por acórdãos do Distrito Federal
Problems in the Criminalization Process of the Association for Drug Trafficking: systemic dissonances in the legal order revealed by judgments of the Federal District
Thiago Rais de Castro e Cristina Zackseski 103

Proposta para limite temporal da suspensão da pretensão punitiva nos crimes tributários
Proposal for a temporal limit of the suspension of claim pretension in tax crimes
Felipe Rodrigues Xavier 127

Processo Penal

As funções do endereço IP e seus reflexos no poder de requisição da autoridade policial
The functions of the IP address and its reflexes in the power of request of the police authority
Daniel Chamorro Petersen 157

A prova pericial psicológica e o método de análise da credibilidade das declarações (SVA): reflexões

Psychological expert evidence and the analysis method of the statements credibility (SVA): a reflective analysis

Jorge Trindade e Sónia Caridade 187

Requisitos da prova pericial em matéria criminal

Requirements for expertise proof in criminal law

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar 205

Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência

Restaurative justice and criminal garantism: aspects of divergence and convergence

Selma Pereira de Santana e Tássia Louise de Moraes Oliveira 235

Crime e Sociedade

Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de Preceito Fundamental 347

Mass incarceration and the state of exception: the judgement of the action of infringement of Fundamental Precept 347

Marcel Ferreira dos Santos e Gustavo Noronha de Ávila 267

O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil

Moro hammer: the "Lava Jato operation" and the emergence of judges partisans *in Brazil*

Matheus Felipe de Castro 293

Índice Alfabético-remissivo 321

Política editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 329

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 339

Condições para Submissão (*Checklist*) 345

A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade

The first phase of criminal dosimetry: between criminal selectivity and the principle of strict legality

Camila Cardoso de Mello Prando

Doutora (PPGD/UFSC), estágio doutoral (UNIFI/Itália). Mestra (PPGD/UFSC). Professora Adjunta da Faculdade de Direito e do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição. Coordenadora do Centro de Estudos de Desigualdade e Discriminação (CEDD).
camilaprando@gmail.com

Rafael da Escóssia Lima

Graduando em Direito na Universidade de Brasília (UnB).
rafaeldaescossia@gmail.com

Recebido em: 07.10.2016
Aprovado em: 06.02.2017
Última versão do autor: 18.02.2017

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O texto tem como objetivo sistematizar e propor uma interpretação jurídica válida para a primeira fase da dosimetria da pena amparada no art. 59 do Código Penal. A partir do método de análise documental, foram selecionados os Manuais de Direito Penal mais indicados em planos de aula de Cursos de Direito. Identificamos, tendo como base teórica a perspectiva dogmática de Juarez Tavares, o *deficit* dogmático, empírico e constitucional da interpretação dosimétrica do referido artigo da lei penal. Em seguida, argumentamos que o princípio da estrita legalidade, a interpretação sistemática da

Abstract: The text aims to systematize and propose a valid legal interpretation for the first phase of the penalty calculation indicated in art. 59 of the Penal Code. From the documental analysis of the more indicated Criminal Law Handbooks in Law courses curricula and the studies of Juarez Tavares we identify the dogmatic, empirical and constitutional deficit of the dosimetric interpretation. Then we argue that the principle of strict legality, the systematic interpretation of culpability in modern discussions on the theory of crime and the culpability for vulnerability are available resources to overcome the deficits initially

Mello Prando, Camila Cardoso de; Lima, Rafael da Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 136. ano 25. p. 15-33. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

culpabilidade na teoria do injusto culpável e o conteúdo da culpabilidade por vulnerabilidade são recursos disponíveis para se superar os déficits inicialmente apontados e para produzir uma dogmática adequada aos padrões do Estado Constitucional.

Palavras-chave: Dosimetria da pena – Estado Constitucional – Teoria do Injusto Culpável – Culpabilidade por vulnerabilidade – Seletividade.

appointed and to produce an adequate dogmatic interpretation in the Constitutional State.

Keywords: Criminal dosimetry – Constitutional State – Modern theory of crime – Culpability for vulnerability – Criminal selectivity.

Sumário: 1. Introdução. 2. A dosimetria da pena-base e as orientações dos Manuais de Direito Penal. 2.1. A inexistência de referências numéricas para a dosimetria. 2.2. Os déficits empírico e constitucional nas orientações dos Manuais. 3. Estado de Direito Constitucional e o Direito Penal como limitação do poder punitivo. 3.1. Estado de Direito Constitucional e princípio da estrita legalidade penal. 3.2. Direito Penal como limite do poder de punir: diálogos com a teoria do injusto culpável. 4. A culpabilidade final como síntese da culpabilidade de ato pura pela culpabilidade por vulnerabilidade. 5. Parâmetros numéricos de dosimetria. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Uma das tarefas centrais do pensamento crítico-dogmático é construir categorias que sejam capazes de incorporar os dados do real funcionamento do controle penal e de superar os seus déficits constitucionais. No entanto, os institutos penais reproduzidos no direito penal brasileiro contemporâneo possuem um vínculo precário com a estrita legalidade penal e com os dados empíricos do sistema de justiça criminal.

Os Manuais de Direito Penal, entendidos neste artigo desde a perspectiva de Bourdieu (2011), como instrumentos de poder cultural que concorrem para a normalização do saber penal, permitem compreender o estado de desenvolvimento dos institutos dogmáticos que são reproduzidos nos argumentos de autoridade da prática judicial. Garcia (2014), Alves (2016), Ximenes, Mendes e Chia (2017) produziram no Brasil estudos precursores do uso da análise de Manuais de Direito como um meio de compreensão dos discursos e das práticas do campo jurídico, tendo como perspectiva que a formação dos juristas se organiza em torno de um saber retórico (PRANDO, 2013) reproduzido nesses instrumentos de normalização.

Neles encontramos os conceitos da teoria do crime, que circulam na reprodução e formação dos juristas. Eles estão amparados nas funções declaradas do controle penal de garantia da ordem e da paz social, bem como na ideia de igualdade de aplicação da lei penal. Tais funções não se sustentam

empiricamente, visto que o controle punitivo realiza funções inversas às declaradas, tais como seleção desigual da população penal e reprodução das hierarquias sociais (ANDRADE, 1997; BARATTA, 1999). Os Manuais, também, apesar de enunciarem em seus capítulos introdutórios os princípios constitucionais, reproduzem as categorias penais construídas antes da Constituição Federal de 1988.

A culpabilidade, como quantificação de pena durante a primeira fase de dosimetria, é um dos institutos dogmáticos que revelam tais déficits empírico e normativo. Nessa fase, características do autor e circunstâncias do crime são levadas em consideração para que a pena cumpra suas funções declaradas de prevenção e retribuição[1]. Os limites normativos do direito penal do fato e os limites empíricos do processo seletivo da criminalização não são incorporados para fins de dosagem da proporcionalidade constitucionalmente válida.

A fim de descrever e demonstrar os referidos déficits empírico e constitucional/normativo nas propostas de dosagem da pena na fase judicial, selecionamos e analisamos, a partir do método de análise documental (LÉTOURNEAU, 2011, p. 99-107), os Manuais de Direito Penal[2] mais mencionados[3] nas bibliografias básicas dos planos de curso de Teoria Geral do Direito Penal[4] e de Direito Penal 2 das seguintes faculdades de Direito de instituições de ensino superior brasileiras: Universidade de Brasília (UnB)[5], Universidade do Estado

1. A doutrina majoritária é uníssona ao afirmar que o Código Penal consagra as teorias unificadoras aditivas no tocante às funções da pena, conclusão aparentemente extraída da expressão "reprovação e prevenção do crime", constante do art. 59 (assim: SANTOS, 2013, p. 429; JESUS, 2014, p. 563; BOSCHI, 2014, p. 106; MIRABETE, 2014, p. 230; NUCCI, 2007, p. 376; FRAGOSO, 1994, p. 320).
2. Para tanto, foram levados em conta "manuais", "cursos", "tratados, "Códigos Penais comentados", "lições" ou análogos. Não foram considerados trabalhos estrangeiros ou publicações anteriores à Constituição de 1988.
3. Foram considerados os textos referenciados por, ao menos, três planos de ensino.
4. Assim chamada a disciplina introdutória da cadeira de Direito Penal. Com exceção da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, no entanto, todas as demais instituições possuem em seus currículos duas disciplinas concernentes à denominada Teoria Geral. Sinteticamente, em "Direito Penal 1", trata-se de Teoria da Norma e Teoria do Crime; e, em "Direito Penal 2", de Teoria da Pena. Para os objetivos do presente artigo – quando dessa separação – foram analisadas apenas as bibliografias básicas de Direito Penal 2.
5. Disponível em: [https://matriculaweb.unb.br/graduacao/disciplina_pop.aspx?cod=184888]. Acesso em: 09.08.2016.

do Rio de Janeiro (UERJ)[6], Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)[7], Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)[8] e Universidade Federal do Ceará (UFC)[9]. A seleção desses cursos privilegiou a distribuição das cinco regiões administrativas do país, mediante escolha aleatória de uma instituição de ensino superior pública cujo curso de Direito se situasse na capital do referido Estado. As obras mais mencionadas foram *Direito penal:* parte geral, de Damásio de Jesus (sugerida por todas as instituições), *Manual de direito penal:* parte geral, de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (recomendada pela UnB, UERJ, UFSC e UNITINS), e *Lições de direito penal*, de Heleno Fragoso (indicada pela UnB, UERJ e UFSC)[10].

Desde as críticas às limitações da reprodução do saber, referentes à dosimetria da pena, e amparadas pelas perspectivas teóricas dogmáticas de Juarez Tavares e Raul Eugenio Zaffaroni, pretendemos ao final apresentar a construção de um parâmetro que leve em consideração elementos empíricos e normativos para a quantificação da pena em sua primeira fase de aplicação.

2. A dosimetria da pena-base e as orientações dos Manuais de Direito Penal

Pode-se denominar hegemônico o processo dosimétrico ensinado pelos Manuais de Direito Penal – entendidos aqui, conforme mencionado, como instrumentos de normalização desse saber (BOURDIEU, 2011; ALVES, 2016).

Levando em conta a seleção bibliográfica descrita na seção anterior, o processo dosimétrico hegemônico pode ser descrito, sinteticamente, em três fases (art. 68, CP) (FRAGOSO, 1994, p. 325). Na primeira, a fase judicial, o julgador deve partir do mínimo cominado abstratamente e, a depender da valoração

6. Disponível em: [www.direitouerj.org.br/2005/download/horarios/Penal_Obrigatorias_2012.pdf]. Acesso em: 16.02.2016.
7. Disponível em: [file:///Users/rafaeldaescossia/Downloads/MATRIZ_CURRICULAR_DIREITO-UNITINS_TURMAS_2015.pdf]. Acesso em: 16.02.2016.
8. Disponível em: [http://ccj.ufsc.br/files/2016/03/DIR-5606-Direito-Penal-II-Noturno.pdf]. Acesso em: 15.02.2017.
9. Disponível em: [www.direito.ufc.br/images/stories/arquivos/direito_publico/direito%20penal%20ii%20-%20atualizado.pdf]. Acesso em: 15.02.2017.
10. Vale mencionar, ainda, que os Manuais mais recomendados nos planos de ensino coincidem com aqueles escolhidos pela pesquisa de Ximena, Mendes e Chia (2017), embora tais autoras tenham eleito os mesmos Manuais por vias diversas.

individual atribuída a cada uma das oito circunstâncias judiciais[11] (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima), quantificar a pena-base, sobre a qual incidirão os subsequentes cálculos (JESUS, 2014, p. 635-636; MIRABETE, 2014, p. 303-304).

Na segunda fase, são apreciadas as circunstâncias legais agravantes e atenuantes (arts. 61 a 65, CP) (JESUS, 2014, p. 635-636; MIRABETE, 2014, p. 303-304; FRAGOSO, 1994, p. 325). Tal análise deve seguir a regra de preponderância contida no art. 67, a qual indica que no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena deve se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (JESUS, 2014, p. 639; MIRABETE, 2014, p. 303-304).

Por fim, na terceira fase, são consideradas as causas de aumento ou diminuição contidas na Parte Geral, na Parte Especial e na legislação extravagante. Neste último caso, diferentemente do que ocorre nas fases anteriores, o legislador predeterminou frações de aumento ou redução. Na hipótese de concurso de causas de aumento ou diminuição não previstas na Parte Geral, o juiz pode se limitar a apenas um aumento ou uma diminuição, prevalecendo, todavia, a que mais aumente ou diminua a pena (art. 68, parágrafo único, CP) (JESUS, 2014, p. 635-639; MIRABETE, 2014, p. 303-305).

No que concerne mais especificamente à aplicação da pena na fase judicial – objeto de estudo deste artigo –, a problemática pode ser descrita em dois blocos. No primeiro, fala-se da ausência de parâmetros numéricos para a aplicação da pena-base; no segundo, abordam-se os já mencionados déficits empírico e constitucional (ou normativo).

2.1. A inexistência de referências numéricas para a dosimetria

A ausência de parâmetros numérico-legais para a individualização na fase judicial conduz a situações discrepantes na prática jurídica, marcadas, muitas vezes, por penas-bases fixadas até mesmo no máximo legal[12].

11. Assim denominadas, pois é de competência do órgão jurisdicional conferir a carga valorativa de cada uma delas (BOSCHI, 2014, p. 160).

12. Haja vista os julgados do Supremo Tribunal Federal em tal sentido: STF, HC 93.663/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.09.2008, 1ª Turma, *DJe* 31.10.2008; STF,

A falta de uniformidade na quantificação da pena na primeira fase pode se atribuir a duas razões complementares: em primeiro lugar, ao silêncio legislativo quanto a valores concretos de alteração da pena nas primeiras duas fases da individualização; em segundo lugar, à ausência de uma limitação material máxima no que tange à quantificação operada na primeira fase – quer dizer, não há vedação legal a um aumento de sanção que alcance, logo na etapa judicial, valores elevados, muito embora o princípio constitucional da proporcionalidade deva ser invocado para traçar o parâmetro máximo do aumento. Tais empecilhos dão margem a uma atuação judicial pouco controlável e pulverizada nas agências punitivas. Assim, Zaffaroni (2001, p. 28): "A carência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação das penas dá margem a apreciações tão amplas e carentes de critérios reguladores que, praticamente, entrega esse campo à arbitrariedade, eliminando-se a chamada 'legalidade das penas'."

2.2. Os déficits empírico e constitucional nas orientações dos Manuais

Associados a essa ausência de parâmetros numéricos de quantificacão, identificam-se déficits empírico e constitucional (ou normativo) nas orientações provenientes dos Manuais de Direito Penal – com ênfase no conteúdo da "culpabilidade" enunciada no art. 59 do CP.

No que se refere ao primeiro déficits, é possível observar que os textos partem de um pressuposto de isonomia que não leva em conta o funcionamento seletivo das agências punitivas, bem como se pautam na simples pressuposição de eficácia das funções declaradas da pena, mencionadas genericamente no art. 59 do CP ("reprovação e prevenção")[13].

HC 88.919/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14.11.2006, 2ª Turma, *DJ* 02.02.2007, *LEXSTF* v. 29, n. 341, 2007, p. 421-425.

13. O empirismo de que aqui se trata é enunciado por Zaffaroni (1991, p. 16) como o grau de realização, no mundo vital, dos referidos propósitos manifestos da pena e do controle penal. Para este autor, "racionalidade" significa, em suma, a coerência interna do discurso jurídico-penal e o seu valor de verdade quanto à operatividade social. Tal "verdade social", por sua vez, é definida segundo dois níveis: (i) um abstrato, "valorizado em função da experiência social, de acordo com o qual a planificação criminalizante pode ser considerada como o meio adequado para a obtenção dos fins propostos"; e (ii) um concreto, o qual "deve exigir que os grupos humanos que integram o sistema penal operem sobre a realidade de acordo com as pautas planificadoras assinaladas pelo discurso jurídico-penal" (ZAFFARONI, 1991, p. 16).

O segundo déficit, por sua vez, constitucional ou normativo, consiste na fundamentação do aumento operado na pena-base (sobretudo no que concerne ao conteúdo de culpabilidade) em elementos de direito penal de autor (isto é, nas características pessoais e nas condições de vida dos sujeitos criminalizados). A saber, os Manuais não problematizam a constitucionalidade de tais elementos de avaliação da pena. A reprovação dirigida a quem o sujeito é, em vez de se referir ao que o indivíduo fez (quer dizer, ao próprio conteúdo de injusto da conduta), fere a vedação constitucional à discriminação (art. 3º, IV), além de ir de encontro a princípios penais, como lesividade e alteridade.

Ao contrário do que o projeto criminalizante apregoa, o perfil desigual da população carcerária (majoritariamente composta de homens negros, jovens, solteiros, de baixa renda e com pouco ou nenhum grau de escolaridade[14]), assim como as condições de encarceramento no Brasil (caracterizadas pela superlotação e carência de recursos médicos, escolares, de trabalho, lazer, higiene[15]) evidenciam uma atuação seletiva e discriminatória do poder punitivo, ao mesmo tempo que comprovam a absoluta inidoneidade[16] no atingimento às funções preventivas declaradas da pena.

Heleno Fragoso (1994, p. 320) – cuja literatura, embora antiga, encontra eco na produção de autores contemporâneos – adstringe a aplicação da pena ao fim último do Direito Penal, qual seja, a prevenção da prática criminosa. Segundo esse autor, "a personalidade do agente [na fase judicial] passa (…) ao primeiro plano, assumindo posição preponderante na determinação

14. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN* (junho de 2014). Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 28.06.2016

15. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN* (junho de 2014). Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 28.06.2016; COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 64. 31 deciembre 2011. Disponível em: [www.cidh.org]; CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: [http://goo.gl/4iWhVi].

16. Sobre o assunto, *vide* as conclusões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 deciembre 2011. Disponível em: [www.cidh.org].

da pena", isso porque a sanção deve ser ajustada ao *autor* concreto do crime, "atendendo às pecualiaridades de sua personalidade moral (caráter), e examinando se a conduta delituosa constitui fato acidental ou se é expressão da maneira de ser do acusado" (FRAGOSO, 1994, p. 322). Observe que essa orientação desnatura em muito o conteúdo de ato da culpabilidade e direciona a reprovação a quem o indivíduo é. A perda da referência do injusto penal (núcleo material do delito) configura, adicionalmente, o déficit constitucional do texto doutrinário.

Julio Mirabete (2014, p. 286), no mesmo sentido, deixa claro que, além de se nortear pelos já mencionados fins preventivos e retributivos, a pena-base – mediante as circunstâncias judiciais do art. 59 – reflete, de um lado a "biografia moral" do condenado e, de outro, as particularidades que envolvem o fato criminoso. Damásio de Jesus (2014, p. 605), em acréscimo, define personalidade como o "retrato psíquico do delinquente, incluindo periculosidade", temperamento, caráter. A conduta social, por sua vez, consistiria no "comportamento no meio familiar, no ambiente de trabalho e na convivência com os outros indivíduos" (JESUS, 2014, p. 605). Observe-se que todos os doutrinadores preenchem a indvidualização da pena-base de elementos estranhos ao conteúdo de injusto e aos limites da conduta do indivíduo. O norteio pelos fins preventivos, nesse caso, traz consigo uma consequência discriminatória, idiossincrática e moralista. Veja que a personalidade, também segundo Mirabete (2014, p. 287), trata de "qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso". O que é objeto de reprovação, em todos os casos, é o indivíduo – e não sua conduta.

Nessa acepção, pode-se dizer, de forma geral, que o processo de dosagem na primeira fase, segundo a locução dos Manuais aqui analisados, está contaminado por elementos de direito penal do autor. A orientação preventiva não problematizada e a introdução de elementos estranhos ao conteúdo de injusto na dosimetria, portanto, denotam um exercício inconstitucional na aplicação de pena, cujos fundamentos carecem também de fundamento empírico.

Os Manuais de Direito Penal, ao resistir à assimilação do funcionamento latente do poder punitivo, acabam por assumir implicitamente a ideia de que todos os sujeitos criminalizados o foram sob iguais condições de seleção. A construção do conteúdo de culpabilidade, assim, sem que seja discutido o grau de vunerabilidade em que se encontrava o sujeito antes de ser capturado pelo sistema de justiça criminal, desnatura-se de seu conteúdo ético e viola a igualdade em seu aspecto material. Da mesma maneira, a orientação finalística do processo criminalizador por ideais preventivos não comprovados empiricamente contribui para a constituição desse déficit empírico.

Diante desse discurso hegemônico, propomos uma interpretação válida para a primeira fase de dosimetria de pena.

3. Estado de Direito Constitucional e o Direito Penal como limitação do poder punitivo

A dogmática penal tem como tarefa produzir os institutos penais adequados ao limite constitucional, ao mesmo tempo em que deve incorporar os dados empíricos relativos ao modo de funcionamento do controle penal. Esses dois imperativos garantem que a produção dogmática contribua para a racionalização do processo decisório, fundada nas garantias constitucionais de nosso tempo.

Desde os limites do Estado Constitucional do Direito e da interpretação do direito penal como um campo de limitação, e, não, de legitimação do poder de punir, enfrentamos, inicialmente, os déficits constitucionais da primeira fase da dosimetria da pena e dos usos da culpabilidade.

3.1. Estado de Direito Constitucional e princípio da estrita legalidade penal

O Estado de Direito que emerge com o constitucionalismo moderno não é apenas um poder político que possui uma forma legal. Em sentido forte, ele é um poder que se submete a limites normativos formais e materiais. Os limites formais estão organizados em torno do princípio da legalidade em sentido lato, que determina a subordinação dos poderes constituídos à lei. Os limites materiais se desdobram do que se denomina como princípio da legalidade material, o qual subordina materialmente os poderes para que garantam a satisfação dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2006).

A promoção do Estado Constitucional em sua dimensão de legitimidade formal e material depende, no que toca aos sistemas de justiça criminal, que se garanta a realização da legalidade estrita. Tal legalidade determina que as normas não sejam discriminatórias e que não façam referências a características do que o agente da conduta é ou do modo de vida que leva, afastando assim ocorrências de direito penal do autor (FERRAJOLI, 2006).

A não observância do princípio da legalidade estrita constitui os sistemas penais subjetivistas, os quais não consideram a materialidade da ação, a qual se submeteria à produção de provas e ao contraditório. Ao atribuírem competências discricionárias para valoração de condições de anormalidade ou periculosidade do autor, os sistemas penais subjetivistas exigem avaliações sobre o interior e a subjetividade dos indivíduos, dissolvendo, por consequência, as garantias processuais.

Os princípios de proteção à pessoa, sobretudo a vedação constitucional à discriminação, não autorizam que, quando da dosimetria de pena, sejam avaliadas contra o réu suas condições de existência, vez que isso, tal como enfrentado, representa uma ocorrência de direito penal de autor. Em paralelo com o que afirma Zaffaroni acerca da culpabilidade, tal direito reprova "algo mais que o ilícito, passando a desvalorar normativamente toda a existência, a conduta de vida (...) ou diretamente a personalidade do agente" (ZAFFARONI, 2004, p. 34).

Em conclusão, não é constitucionalmente válido que se analise na primeira fase da aplicação de pena as circunstâncias judiciais que levam em consideração quem o agente é e como conduz sua vida (e não o que ele efetivamente *fez*), tais como a personalidade, a conduta social e os antecedentes (CARVALHO, 2002).

3.2. Direito Penal como limite do poder de punir: diálogos com a teoria do injusto culpável

A inclusão da culpabilidade no rol das circunstâncias judiciais reflete um problema metodológico central na fronteira entre a teoria do delito e a aplicação de pena (SANTOS, 2012, p. 518). Se, por um lado, a culpabilidade traduzida como juízo de reprovação materializa-se como elemento do crime – de maneira que a resposta em face de sua existência possui teor binário ("o sujeito é culpável"/"o sujeito não é culpável") –, ela também detém conteúdo quantitativo em face da conexão punitiva, estabelecida como um valor numérico de pena a partir do "grau de reprovabilidade" do agente. Essa dupla faceta da culpabilidade, que leva alguns autores a distinguir entre uma suposta culpabilidade formal e uma culpabilidade material (NUCCI, 2011, p. 304), representa uma das controvérsias da contemporânea teoria penal.

A caracterização da culpabilidade como circunstância judicial fornece indício de que, na primeira fase de aplicação de pena, deverão ser levados em conta critérios que sirvam à sua caracterização em termos quantitativos, estes, por sua vez, extraídos dos próprios níveis de desvalor da ação e do resultado.

Tal posição se justifica na medida em que a mensuração da culpabilidade não se pode fundar em uma análise arbitrária por parte do juiz. Como indica Juarez Tavares, "a culpabilidade, como elemento último da configuração da conduta como ação criminosa, extrai seu conteúdo do que a lei expressamente estabeleça" (TAVARES, 2015), devendo ser levadas em conta, em um primeiro momento, as situações de inimputabilidade (art. 26, CP), de erro de proibição invencível (art. 21, CP) e de exculpação, legalmente previstas (coação

irresistível e obediência hierárquica – art. 22, CP) ou decorrentes da ordem jurídica (excesso escusável de legítima defesa, colisão exculpante de deveres, inexigibilidade de outra conduta) (TAVARES, 2015).

Em primeiro lugar, portanto, "a culpabilidade deve servir como fator negativo do reconhecimento da capacidade de motivação e, *a contrario sensu*, caso não possa ser negada, como reconhecimento de sua completude" (BATISTA; NASCIMENTO, 2011, p. 151). Uma vez afirmado o juízo de reprovação, o conteúdo da culpabilidade deve ser extraído do próprio injusto que lhe corresponde; em suma, do grau de autonomia individual, bem como da intensidade subjetiva[17] e objetiva de lesão ao bem jurídico (quer dizer, do próprio grau de desvalor da ação e do resultado, do conteúdo de injusto propriamente dito)[18]. Consequentemente, põem-se desde já afastados quaisquer parâmetros morais ou fins estranhos à individualização (BATISTA; NASCIMENTO, 2011, p. 152), estando vedado ao juiz valer-se de idiossincrasias ou critérios próprios de reprovação (TAVARES, 2015).

> Com isso, a culpabilidade, em lugar de constituir um elemento diverso na aplicação da pena, seria tratada como um injusto culpável individualizador (*verschuldetes Strafzumessungs-Unrecht*), ou seja, a culpabilidade não seria medida conforme um juízo autônomo de reprovação sobre o agente, e, sim, em face dos elementos do próprio injusto em função do agente. (BATISTA; NASCIMENTO, 2011, p. 135)

A quantificação da culpabilidade deve representar um limite não ultrapassável pelas demais circunstâncias judiciais (motivos, consequências do crime, circunstâncias e comportamento da vítima[19]). Isso, como afirma Juarez Tavares,

17. Exemplo disso seria a distinção que se poderia fazer, no âmbito da aplicação de pena, entre os delitos dolosos cometidos por dolo direito e dolo eventual. Mais do que agravar a censura no que tange aos primeiros (já que referem à normalidade das situações típicas), fala-se da redução da pena no que concerne aos segundos.

18. Juarez Tavares indica, ainda, alguns parâmetros seguros para a mensuração da lesão processada contra o bem jurídico, tais como o processo de desenvolvimento da ação e seus limites (consumação, tentativa, exaurimento); a menor ou maior extensão do dano causado; a divisão de tarefas e o domínio da execução como autor, coautor, instigador ou partícipe; a relação objetiva do autor com a vítima (em termos de parentesco, amizade, indiferença); entre outros (BATISTA; NASCIMENTO, 2011, p. 146-147).

19. Frise-se que aqui não foram consideradas as demais circunstâncias judiciais, vez que são sintomáticas de direito penal do autor e, portanto, consideradas inconstitucionais conforme os limites do Estado de direito constitucional.

tem respaldo nos próprios antecedentes alemães do artigo 59 do Código Penal. O Projeto Alternativo Alemão de 1966, em seu § 2 (1), previa que a pena deveria se orientar de maneira a proteger o bem jurídico e reinserir o autor na sociedade (TAVARES, 2015). Tal orientação utilitária estava, em todo caso, submetida ao limite imposto pela própria culpabilidade, o que significava que, "no controle do crime e em sua prevenção, geral ou especial, o Estado não [poderia] atuar desmedidamente, nem quanto à definição das condutas e à cominação das sanções, nem relativamente aos projetos de ressocialização" (TAVARES, 2015). Haveria, portanto, uma barreira para a chamada ressocialização, e esse limite seria imposto, desde logo, pela escala da culpabilidade (TAVARES, 2015).

No § 46 do Código Penal alemão contemporâneo, por sua vez, a questão é abordada também de maneira similar. Há, em síntese, duas fases de consubstanciação das teorias da pena: na primeira, concernente ao seu *quantum*, impera a simples retribuição pela culpabilidade; na segunda, atendendo-se aos fins preventivos, eliminam-se as penas inferiores a 6 (seis) meses ou se substituem as penas privativas de liberdade por penas pecuniárias ou outras medidas alternativas (BATISTA; NASCIMENTO, 2011, p. 132). Veja-se que, tanto no Projeto Alternativo de 1966, quanto no atual Código Penal alemão, o valor sancionatório máximo é obtido mediante a transposição cronológica (de forma pretensamente proporcional) do juízo de reprovação, a partir de que seria idônea a atuação preventiva da norma.

Esse comparativo aponta para a importância da recuperação de um sentido retributivo para a pena que se apresente com pretensões de proporcionalidade entre o conteúdo do injusto e a própria medida sancionatória concreta. Não se trata de propor mecanismos positivos de legitimação do poder de punir, senão de impor uma barreira interpretativa a partir de que a pena não poderá ser elevada na fase judicial[20].

Zaffaroni e Pierangeli, em seu *Manual de direito penal brasileiro* (2013, p. 739) afirmam, de forma semelhante, que o grau de reprovação do injusto pode ser corrigido por considerações preventivas – *sempre a menor*, todavia. Isso implica, no mesmo sentido proposto por Juarez Tavares, que o conteúdo de culpabilidade, na primeira fase, representa um limite máximo de sanção aplicável, e a apreciação – sob uma ótica preventiva – das demais circunstâncias só pode conduzir a uma redução de pena.

20. Zaffaroni, em certa medida, chega à mesma conclusão, ao afirmar que o valor máximo de culpabilidade deve ser indicado pela culpabilidade de ato pura, a qual passa a reprovar a conduta do indivíduo em face do catálogo de alternativas disponíveis quando da prática delitiva (ZAFFARONI, 2004, p. 36).

Não obstante essa orientação doutrinária, os autores mencionados propõem a análise dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente ao lado da valoração do conteúdo de culpabilidade. Conforme argumentamos, no entanto, tais circunstâncias estão eivadas de elementos de direito penal do autor e, mesmo que por uma perspectiva redutora, considerá-las acarreta, implicitamente, a legitimação inconstitucional desse direito.

Zaffaroni e Pierangeli, ainda mais, incluem na própria análise da culpabilidade as circunstâncias, as consequências, o comportamento da vítima e os motivos do crime. Essa proposta, embora conheça algum acerto, parece problemática por uma razão: tem menor validade redutora do que a abordagem que propomos.

De toda forma, o consenso aqui parece residir em que o limite máximo de pena, na primeira fase, deva "corresponder" ao conteúdo de injusto da conduta – i.e., a culpabilidade de ato pura, o desvalor do ato e do resultado. Quaisquer orientações preventivas só podem servir para fins de atenuação da pena.

Ocorre que, se desconsiderarmos as circunstâncias cuja compreensão não prescinde de elementos de direito penal do autor (antecedentes, conduta social e personalidade), a orientação preventiva contida no art. 59 deverá incidir necessariamente nas demais circunstâncias judiciais (motivos, consequências, circunstâncias e comportamento da vítima). Se tais circunstâncias forem englobadas pelo conteúdo de culpabilidade, no entanto, não haverá lugar na dosimetria da pena-base para eventual consideração preventivo-redutora.

Por essa perspectiva, é mais adequada uma interpretação restrita no que tange à palavra "culpabilidade", inscrita no art. 59. Seu sentido, por tais motivos, implica, por si só, a reprovação do injusto penal, enquanto as demais circunstâncias constitucionalmente autorizadas incorporam – fora do injusto – as orientações preventivas da norma.

4. A culpabilidade final como síntese da culpabilidade de ato pura pela culpabilidade por vulnerabilidade

Se o afastamento do direito penal do autor, por via do cumprimento constitucional da legalidade estrita, e a interpretação limitadora da culpabilidade, de acordo com a teoria do injusto culpável, garantem um avanço na produção de parâmetros adequados de interpretação da dosimetria da pena, elas não enfrentam diretamente o campo do déficit empírico da dogmática.

A análise do grau de culpabilidade, conforme demonstramos na representação hegemônica dos Manuais, tem como fundamento implícito a perspectiva

de que a lei penal é distribuída de modo equitativo por toda a população. As considerações a respeito de autores com alto grau de culpabilidade, que merecem maior reprovação, tomam como dado o que antes é um constructo seletivo do controle penal. Embora a lei respeite a legalidade e o direito penal exija seu cumprimento estrito, o exercício do poder punitivo é – via de regra – de autor (ZAFFARONI, 2004, p. 37).

O desempenho seletivo das agências punitivas (ZAFFARONI, 2004, p. 36) e a inexistência de isonomia quanto ao atingimento da situação concreta de periculosidade penal impõem um inconveniente de legitimidade, que fulmina os fundamentos punitivos de ordem ética.

Levando em conta os dados empíricos do real funcionamento do controle penal, Zaffaroni propõe interpretar o critério da culpabilidade, não mais desde um pressuposto isonômico da lei penal, mas, sim, desde o reconhecimento de graus de vulnerabilidade distintos em relação ao processo de criminalização.

Para o autor, o valor máximo de culpabilidade determinado pela culpabilidade de ato pura (extraído do próprio conteúdo de injusto, segundo a teoria do injusto culpável) deve ser sopesado pela culpabilidade por vulnerabilidade, a qual lhe representa verdadeira antítese. A construção da culpabilidade como medida final, portanto, é realizada de maneira dialética.

O reconhecimento de características de autor que constituem um prévio estado de vulnerabilidade, no entanto, não devem ser diretamente valoradas – fazê-lo, afinal, significaria incorrer no mesmo erro que se censurou na primeira seção deste trabalho. Como afirma novamente Zaffaroni (2004), por outro lado, a questão deve ser analisada a partir do esforço de vulnerabilidade realizado em face do atingimento da situação concreta de perigo penal. Parte-se da ideia de que o sujeito, em vista de uma série de questões (tais como suas características físicas, raça, idade, gênero, renda, bem como as circunstâncias da prática do delito e a própria espécie do crime), parte de um estado concreto de vulnerabilidade, o qual é graduável em vista da seletividade do sistema de justiça criminal. Partindo de tal estado, concorre um esforço de vulnerabilidade para que se atinja a situação de periculosidade penal.

Quanto maior for o esforço de vulnerabilidade exigido para o irromper do processo criminalizador, menor será a culpabilidade por vulnerabilidade e, por sua vez, maior a culpabilidade final – uma vez que a síntese dialética operou de maneira menos dramática na redução da culpabilidade de ato pura.

Dessa forma, censura-se o esforço pessoal do indivíduo para dar início ao processo de criminalização secundária, levando em consideração que não há uma relação isonômica de probabilidade de criminalização pelo cometimento de atos ilícitos (ZAFFARONI, 2004, p. 39).

A culpabilidade final, portanto, entendida como valor máximo de aumento de pena na primeira fase de dosimetria, deve ser construída mediante dois processos sucessivos. O primeiro, identificador da culpabilidade de ato pura, faz referência ao conteúdo de injusto e, assim, fixa um máximo de reprovação proveniente do desvalor do ato e do resultado, afastados daí quaisquer juízos de direito penal do autor. O segundo, dialético em relação ao primeiro, objetiva medir o esforço de vulnerabilidade concorrido para o atingimento da situação concreta de perigo penal. Por conseguinte, a culpabilidade por vulnerabilidade vem sempre a moderar – quando for o caso – a culpabilidade de ato pura. O produto numérico desse processo dialético representa a culpabilidade final, isto é, o valor máximo a que pode chegar a pena na fase judicial – a partir do qual, como se viu, só pode concorrer uma diminuição operada pelas demais circunstâncias judiciais.

5. Parâmetros numéricos de dosimetria

Conforme demonstramos, o máximo de punição resultante do cálculo pena-base deve corresponder ao limite estabelecido pela culpabilidade final. Esse limite, abstrato que é, não possui correspondência empírica com nenhum valor cronológico, já que o Código Penal trabalha com frações dosimétricas apenas quando das causas especiais ou gerais de aumento ou diminuição.

Nossa tarefa, entretanto, trata do estabelecimento de parâmetros racionalizados e juridicamente válidos para a dosimetria de pena na fase judicial. A falta de uniformidade jurisprudencial leva a decisões desproporcionais, em parte considerável das vezes, associadas a penas-bases exasperadas até o máximo cominado. Não obstante a normalidade das situações deva se consubstanciar em penas-bases fixadas no mínimo legal (SANTOS, 2012, p. 531), é necessário impor um limite numérico para a dosimetria em sua primeira fase.

Muito embora uma corrente alternativa defenda que a valoração negativa da maioria das circunstâncias judiciais só possa resultar em penas-bases fixadas no termo médio entre o mínimo e o máximo cominados abstratamente (BOSCHI, 2014, p. 188), o estabelecimento dessa referência numérica carece de embasamento legal e, portanto, cai inevitavelmente em um arbítrio injustificável (mesmo que com certo respaldo jurisprudencial[21]). Não obstante Boschi (2014,

21. Veja-se a extensa jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Apelação crime. Roubo majorado. Pena-base. Termo médio. Na aplicação da pena-base, havendo no mínimo uma circunstância judicial desfavorável, a pena deve se afastar do mínimo legal. Contudo, o aumento deve respeitar – e guardar

p. 188) tenha razão ao afirmar que, em nome da progressividade do sistema trifásico, seja absolutamente inadequada a fixação da pena-base no máximo legal, não há como afirmar que do princípio da proporcionalidade decorra o termo médio como limite de exasperação na fase judicial.

Solução mais adequada, de outra forma, é partir do universo das frações já previstas na legislação criminal – todas concernentes às causas de aumento e diminuição – e, desde tais referências, selecionar aquela que possa ter alguma utilidade para fins limitativos.

O *in dubio pro reo*, como solução de incertezas, baseada no melhor cenário para o agente criminalizado, leva-nos à conclusão de que a pena-base só pode alcançar um sexto do mínimo cominado, quer dizer, a menor fração prevista no Código Penal e na legislação extravagante.

O eventual aumento a ser processado na primeira fase é tradução do conteúdo final de culpabilidade – e ele pode, em todo caso, alcançar valores inferiores a um sexto. As demais circunstâncias judiciais constitucionalmente autorizadas (motivos, circunstâncias, comportamento da vítima e consequências do crime) devem, por outro lado, cumprir o único papel de, quando positivamente valoradas, reduzir a pena.

6. Considerações finais

O debate relativo aos limites constitucionais do Estado de Direito, à interpretação sistemática da culpabilidade na teoria do injusto culpável, e ao conteúdo da culpabilidade por vulnerabilidade, produz parâmetros atentos aos limites empíricos e constitucionais do controle penal. Nosso trabalho, neste artigo, buscou integrar e sistematizar tais contribuições, tendo como objetivo o reforço da produção dogmática capaz de conter o poder de punir.

Em síntese, a sistematização aqui proposta pode ser entendida desde três parâmetros:

---

proporção – com o limite do termo médio, o qual é alcançado somente quando todas as circunstâncias forem negativas. Desrespeitado o aumento proporcional (de acordo com o número de circunstâncias judiciais negativas) ao limite imposto pelo termo médio, a pena-base deve ser alterada. (...) (TJRS, ACR 70058099144/RS, rel. Des. Francesco Conti, j. 12.03.2014, 5ª Câm. Crim., *DJe* 24.03.2014)". Da mesma forma: TJRS, ACR 70055477533/RS, rel. Des. Francesco Conti, j. 04.09.2013, 5ª Câm. Crim., *DJe* 11.09.2013; TJRS, ACR 70057098386/RS, rel. Des. Francesco Conti, j. 29.01.2014, 5ª Câm. Crim., *DJe* 07.02.2014; TJRS, ACR 70053094322/RS, rel. Des. Francesco Conti, j. 27.03.2013, 5ª Câm. Crim., *DJe* 10.04.2013.

1. O valor máximo a que pode chegar a pena-base é estabelecido pelo conteúdo final de culpabilidade, o qual deve ser construído mediante dois processos sucessivos. O primeiro, identificador da culpabilidade de ato pura, faz referência ao próprio conteúdo de injusto, sem elementos de direito penal do autor. O segundo, dialético em relação ao primeiro, objetiva medir o esforço de vulnerabilidade concorrido para o atingimento da situação de perigo penal, bem como incorporar à dogmática penal o dado de seletividade. O produto numérico desse processo representa a culpabilidade final, isto é, o valor máximo a que pode chegar a pena na fase judicial.

2. Em face de tal conteúdo final de culpabilidade, a pena-base só pode ser exasperada até um sexto do mínimo cominado, valor esse a que se chega mediante analogia às causas gerais e especiais de aumento e diminuição.

3. Tendo em vista os supostos propósitos preventivos previstos no art. 59, bem como o entendimento segundo o qual a pena não pode ultrapassar o limite indicado pela culpabilidade final, as demais circunstâncias judiciais autorizadas constitucionalmente (motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima) só poderão ser invocadas para atenuar a pena.

7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ALVES, Marcelo Mayora. *Os penalistas na ditadura civil-militar*: as ciências criminais e as justificativas da ordem. Tese defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis, 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critério de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. *A criminologia no ensino jurídico do Brasil*. 2014. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123223/327425.pdf;sequence=1]. Acesso em: 16.02.2017.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

LÉTOURNEAU, Jocelyn. *Ferramentas para o pesquisador iniciante*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120 do CP). 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral e especial. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *O saber dos juristas e o controle penal*: o debate doutrinário na Revista de Direito (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TAVARES, Juarez. *Parecer que instruiu ADPF ajuizada pelo PSOL acerca do sistema carcerário nacional*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/]. Acesso em: 09.08.2015.

XIMENES, Julia Maurmann; MENDES, Soraia da Rosa; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 130. abr. 2017.

ZAFFARONI, E. Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, n. 14, p. 32-44, 2004.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Culpabilidade na dosimetria da pena, de Pedro Jorge Costa – *RBCCrim* 126/109-132 (DTR\2016\24549);
- Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controversias, de Hamilton Gonçalves Ferraz – *RBCCrim* 120/41-73 (DTR\2016\20114);
- Desconstruindo o dogma do enunciado de Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de Antonio Carlos Moni de Oliveira – *RBCCrim* 131/335-363 (DTR\2017\913); e
- Individualização da pena: alguns apontamentos sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de César Eduardo Lavoura Romão – *RIASP* 21/66-93 (DTR\2008\112).

A rigidez normativa dos princípios penais em Robert Alexy

Criminal law principles' normative rigor in Robert Alexy

Luiz Augusto Rutis

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
luizrutis@gmail.com

Recebido em: 02.01.2017
Aprovado em: 06.02.2017
Última versão do autor: 18.02.2017

Áreas do Direito: Constitucional; Penal; Processual

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo, a partir da teoria dos direitos fundamentais do professor Robert Alexy, apresentar e sanar uma confusão teórica na distinção das normas jurídicas em regras e princípios, que implica flexibilização das garantias constitucionais relativas ao Sistema Penal. Em seguida, propõe-se a releitura dos chamados "princípios penais" à luz da distinção estrutural proposta por Alexy, apresentado as repercussões desse novo entendimento na práxis jurisprudencial e na doutrina. Finalmente, defende-se que a correta aplicação da tese do professor alemão provê maior rigidez normativa aos princípios penais, algo desejável e coerente com o papel desses no controle do poder punitivo.

Palavras-chave: Princípios penais – Direito penal – Rigidez normativa dos princípios penais – Teoria dos direitos fundamentais – Robert Alexy.

Abstract: This paper aims, from Robert Alexy's fundamental rights theory viewpoint, to present and solve a theoretical misconception surrounding the legal norm's distinction between rules and principles which renders constitutionals warrants related to the criminal system more flexible. Afterward, it is proposed the rereading of the so-called "penal principles" in light of the structural distinction proposed by Alexy, presenting this new understanding's necessary repercussions in the doctrinal and jurisprudential praxis. Finally, it is defended that the correct enforcement of the German teacher's thesis provides a greater penal principles' normative rigor, which, considering their role in controlling the punitive power, is something desirable and coherent.

Keywords: Criminal law principles – Criminal law – Penal principles's normative rigor – Fundamental rights theory – Robert Alexy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Uma confusão teórica: a distinção entre regras e princípios. 3. Relendo os princípios penais à luz de Alexy. 3.1. A regra da legalidade. 3.2. A regra da culpabilidade. 3.3. A regra da lesividade. 3.4 .A regra da humanidade. 3.5. A regra do devido processo penal. 4. A necessária rigidez normativa do controle de irracionalidade. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

"Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais."[1]

Uma[2] das muitas questões levantadas pela ascensão do Pós-Positivismo na doutrina brasileira se refere à distinção entre regras e princípios na interpretação constitucional. Suscintamente, entendeu-se, com o advento desta, que o direito positivo não era suficiente para abranger a complexidade de determinados casos concretos, especificamente, os casos mais difíceis envolvendo os direitos mais sensíveis. Nesse sentido, além das regras do direito posto, existiriam princípios, por vezes não positivados, dotados de força normativa, aptos a conformar o sistema de regras a seus postulados.

Dentre os diversos autores pós-positivistas, o Supremo Tribunal Federal adotou, ao menos no discurso, a teoria de Robert Alexy[3]. Em outros termos, nos conflitos entre normas, apreciados pela Corte, usou-se dos ensinamentos do professor alemão, em especial, do princípio da proporcionalidade como fundamento. Portanto, pode-se afirmar que o marco teórico hermenêutico do Supremo é a Teoria de Direitos Fundamentais de Alexy, ao menos no discurso.

À parte da problemática em torno dessa adoção ou mesmo do grau de sofisticação com que a Corte faz uso da mesma, supondo-se correta tal teoria, há que se falar no que parece ser um problema metodológico com profundas consequências na aplicação da lei penal. O que se denominam "princípios penais" são, à luz da teoria do professor de Kiel, regras.

---

1. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.
2. O trabalho é o resultado de uma revisão amadurecida da pesquisa feita por ocasião do Projeto de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), sob orientação do professor Dr. Christiano Fragoso, com o título original *Proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, uma releitura dos princípios penais à luz das máximas parciais de Robert Alexy*. Gostaríamos de registrar o agradecimento à FAPERJ e a duas pessoas sem as quais esse trabalho não seria possível: o professor Christiano Fragoso, que gentilmente orientou essa empreitada desde o início, e Humberto de Souza Santos, um amigo cujo olhar crítico enriquece em muito nossa proposta.
3. HC 82.424/RS; HC 90.298/RS; e RHC 88.371/SP são alguns dos julgados do STF, nos quais a teoria de Alexy é usada, ao menos, como recurso retórico. Ver: TRINTADE, André Karam. *Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexy-vulgata-ponderacao-principios]. Acesso em: 29.12.2016; e SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

A distinção que, para o leitor não familiarizado com Alexy, pode parecer acessória, carrega em si, repercussões concretas na interpretação constitucional das garantias penais e processuais penais, especialmente na recente flexibilização das mesmas. Assim, cabe uma crítica, em Alexy, ao entendimento jurisprudencial e doutrinário em torno da abrangência e da rigidez normativa dos "princípios" penais.

É importante deixar claro que não se pretende discutir aqui a validade da teoria em si, nem traçar uma análise comparada de diferentes professores de filosofia do direito sobre o que são princípios ou regras. Em outros termos, não nos propomos a uma reflexão sobre a rigidez e a força normativa dos princípios penais em diferentes matrizes teóricas[4], mas antes, partindo do entendimento de que esse é o fundamento hermenêutico hegemônico na doutrina especializada e no STF, apontar incoerências entre as análises e práticas doutrinárias e jurisprudências e o marco que as justifica.

Finalmente, ressalte-se que toda a análise proposta é um entendimento pessoal – uma leitura particular – da obra de Alexy, ou seja, o professor de Kiel não faz referências explícitas à temática da rigidez normativa dos princípios penais[5]. Entretanto, nossa inferência é plenamente justificável e defensável à luz do referido marco teórico e dos especialistas que partilham do ideário do catedrático alemão.

2. Uma confusão teórica: a distinção entre regras e princípios

A distinção entre regras e princípios é antiga na tradição jurídica brasileira e mundial.[6] Geralmente, tratada como uma distinção na qual a hierarquia, a

4. Ressalte-se, em que pese a importância de se refletir, de um ponto de vista mais amplo, a rigidez e força normativa dos princípios penais, não entendemos esse objetivo como nosso. Assim, por uma questão de recorte e espaço, cremos ser melhor limitarmo-nos à distinção exposta na teoria de Robert Alexy.

5. Ainda que não haja referências diretas à controvérsia de que tratamos, parece-nos que Alexy partilha da nossa leitura ao tratar da legalidade penal em ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-injusto-retroactividad-y-principio-de-legalidad-penal--la-doctrina-del-tribunal-constitucional-federal--alemn-sobre-los-homicidios-cometidos-por-los-centinelas-del-muro-de-berln-0/]. Acesso em: 30.12.2016, p. 11 e ss.

6. Sobre o tema ver: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. v. 1, 2003. p. 607-630.

abrangência, o conteúdo da prescrição normativa ou o espaço ocupado no sistema jurídico determinaria o caráter da norma jurídica, seja como regra ou como princípio. Eram, portanto, critérios materiais de distinção. Talvez o maior exemplo pátrio dessa espécie seja a tese levantada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual:

> Cumpre, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo princípio, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciamos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: "Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico". Eis porque: "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".[7]

Alexy rechaça todos os critérios supramencionados, tomando-os como excessivamente abertos, incapazes de prover condições seguras de aferir a interpretação do julgador. A preocupação central do autor é diminuir as possibilidades de arbítrio, delineando um caminho estritamente estrutural na distinção entre as normas de direitos fundamentais. Para ele, o critério estrutural é o mais seguro, na medida em que é o mais passível de aferição e controle externo ao juízo pessoal do julgador[8].

Nesse sentido, partindo de uma teoria estrutural de normas de direitos fundamentais, sustenta o autor:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por

7. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 53.

8. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43.

> conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.[9]

Assim, defende o autor alemão que as normas de direitos fundamentais podem ser divididas em duas categorias, conforme seu caráter estrutural-aplicativo: regras e princípios. Regras são mandamentos de definição, com prescrições concretas analisáveis na lógica do tudo ou nada, cujo grau de aplicação no caso concreto não depende das circunstâncias fáticas e jurídicas, cabendo serem executadas na medida exata de suas prescrições. Princípios, por sua vez, são mandamentos de otimização, cuja aplicação terá a amplitude limitada pelas circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Nos conflitos entre regras, ou há uma cláusula de exceção que solucione a contradição ou se faz uso dos critérios tradicionais de antinomia; e, nos conflitos entre princípios, tratar-se-ia de uma questão de peso, no qual o princípio com maior peso tem precedência sobre o menor[10]. Para aferir qual princípio teria o maior peso, faz-se o uso do princípio da proporcionalidade, em seus juízos de admissibilidade progressivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação). Logo, não se fala de ponderação de regras.

Note-se que não há qualquer juízo sobre o conteúdo, a hierarquia, a indeterminação, ou a abrangência das normas quando se fala em distinguir regras e princípios em Alexy. Para o professor alemão, vale o caráter estrutural-aplicativo. Eis que surge o problema metodológico nevrálgico: a doutrina pátria, em sua maioria, o STF e o Judiciário misturam a concepção material-hierárquica de Celso Antônio Bandeira de Mello com a concepção estrutural-aplicativa de Robert Alexy.

A concepção do professor Bandeira de Mello, segundo a qual princípio é mandamento nuclear do sistema, permeia o entendimento, consciente ou

9. Ibidem, p. 90-91.

10. Ibidem, p. 92-93.

inconscientemente, da práxis e da doutrina do que constituem os "princípios" penais enquanto normas jurídicas. Quando um professor de Direito Penal ensina ou quando um tratado aborda, geralmente nas lições iniciais, quais são os princípios penais, trata-se o termo "princípio" como mandamento nuclear do sistema jurídico-penal, e não como um mandamento de otimização cuja aplicabilidade é condicionada pelas circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto; quando o defensor público, o advogado ou o promotor redigem seus respectivos instrumentos processuais, os "princípios" penais são tratados do mesmo modo.

Enquanto a denominação se restringe à simples tradição verbal, não surgem maiores problemas. Entretanto, quando se fala em usar o critério "alexyiano" de conflito normativo entre princípios, pretendendo-se ponderar, por exemplo, a vedação do uso de provas ilícitas com a segurança pública, resta configurado o cenário perfeito para o arbítrio e o populismo punitivo, no qual qualquer garantia pode ser ponderada.

Suponhamos que um juiz receba uma alegação final onde o *Parquet* fundamenta toda a pretensão punitiva em provas que comprovam a autoria do fato delitivo, obtidas ilicitamente. Ciente disto, o ilustre promotor requer que o magistrado pondere o princípio da vedação das provas ilícitas com o "princípio" da defesa social. O magistrado "pondera" os "princípios", dando maior peso à defesa social. Ou, ainda, suponha que um Ministro do STF decida "ponderar" a garantia constitucional da presunção da inocência com a segurança jurídica. Em nenhum dos casos cabe falar em ponderação, pelo menos não nos termos que Alexy propõe.

A vedação do uso de provas ilícitas e a presunção de inocência são duas normas de direitos fundamentais cujo caráter estrutural-aplicativo se constitui em mandamento de definição, sua aplicabilidade independe de quaisquer circunstâncias; ou o ato se conforma à norma e por ela é referendada, ou a desobedece e por ela é rejeitada. A tradição verbal nomeia-as de princípios – com o caráter semântico de mandamento nuclear do sistema – mas, na terminologia de Alexy, ambas são regras, logo, não são passíveis de ponderação pelo julgador. Tudo, nessa lógica infundada, pode ser ponderado – flexibilizado – e, em alguns casos, afastado, inclusive os mandamentos nucleares do sistema jurídico-penal brasileiro[11].

11. Vale ressaltar, a recente flexibilização das garantias referentes aos princípios penais tampouco encontra guarida, a nosso ver, na teoria do professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Dessa forma, a confusão é o uso do critério de distinção de normas entre regras e princípios de Bandeira de Mello, e, nos conflitos normativos, a tese de Alexy. Nesses termos, a norma que, para Alexy, teria o caráter de regra, não sendo passível de ponderação; na teoria de Bandeira de Mello, pode ser um princípio. Esse é o caso, por exemplo, da legalidade, a qual tem, na tese do professor alemão, caráter de regra; e, na teoria de Bandeira de Mello, é um princípio.

Dentro da confusão que permeia o pensamento de muitos aplicadores do direito, a legalidade, por ser um princípio (Bandeira), seria ponderável. Fato incompatível com a tese defendida por Alexy, na qual normas com caráter de regra, como a legalidade, não são passíveis de ponderação.

A interpretação e a aplicação da lei penal não podem se pautar em um "*buffet* metodológico", no qual, através de um *pout-pourri* teórico, se diz "qualquer coisa sobre qualquer coisa"[12]. Nesse sentido, a confusão terminológica e metodológica contribui para um grau maior de insegurança jurídica e arbítrio judicial.

A teoria de Alexy, aplicada nos moldes originais, daria maior rigidez normativa às garantias constitucionais-penais do que observamos atualmente na práxis. Ademais, em nome da ponderação, proliferam as teorias que reduzem à esfera de proteção da ampla defesa, da legalidade, da vedação de provas ilícitas – todas regras, para Alexy – a fim de aumentar, supostamente, o bem-estar e a segurança da sociedade, elencando "princípios" genéricos e abstratos, como a ordem pública ou o *in dubio pro societatis*.

O juiz "pondera", ao analisar o pedido de prisão preventiva, o direito do réu à presunção de inocência com a difusa ordem pública. A melhor técnica, em Alexy, prevê que somente não se aplica a regra nas exceções previstas nela mesma ou quando em conflito com outra regra do sistema jurídico, valendo-se, neste último cenário, dos tradicionais critérios de antinomia. Entretanto, o magistrado, tomando a presunção de inocência como princípio, confundindo um mandamento nuclear do sistema (Mello) com um mandamento de otimização (Alexy), decide flexibilizar aquele em prol de outro princípio, o da ordem pública.

Tal prática jurisprudencial não encontra qualquer fundamento em Alexy. A inversão do ônus da prova, as violações à garantia do juiz natural, as normas

12. STRECK, Lenio Luiz. *Senso incomum como se prova qualquer tese em direito*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito]. Acesso em: 31.01.2016.

penais em branco, o "garantismo" positivo e as diversas flexibilizações à revelia dos textos constitucional e infraconstitucional não têm guarida na ponderação de princípios e nem na teoria de direitos fundamentais de Alexy.

3. Relendo os princípios penais à luz de Alexy

Partindo do "novo" entendimento[13], coerente com o marco hermenêutico, importa fazer breve releitura das principais normas de direitos fundamentais relativas ao Sistema Penal. Todas com caráter estrutural de regras no todo ou em parte. Não se pretende exaurir o rol de garantias constitucionais e legais referentes aos direitos penal e processual penal. Basta apontar os principais mandamentos nucleares do sistema jurídico-penal, relendo-os à luz de Alexy.

Além disso, cabe criticar as incoerências que cercam a aplicação dos mandamentos nucleares do sistema penal na jurisprudência, com foco na relativização dos mesmos. Antes da análise individualizada, cabe uma ressalva geral: tratar os princípios penais como normas de direitos fundamentais com caráter normativo de regras não implica afirmar que se trata de preceitos absolutos.

Regras não são absolutas, apenas não são passíveis de ponderação. A regra pode deixar de ser aplicável quando cair diante do conflito com norma hierarquicamente superior, com norma posterior que a revogue ou com outra de caráter mais específico. Finalmente, a própria regra pode prever hipóteses que excetuem sua própria aplicação.

3.1. A regra da legalidade

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Parece claro que, dentro da distinção estrutural proposta por Alexy, o "princípio" da legalidade tem caráter normativo de regra. Trata-se de um mandamento de definição aplicável na lógica do tudo ou nada. Em outros termos, a expressão "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia

13. Esse "novo entendimento" consiste em distinguir os princípios penais dentro de um critério estrutural-aplicativo.

cominação legal" não é passível de ponderação nem sua aplicabilidade é definida pelas circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso.

No mesmo sentido, todo o conteúdo normativo da legalidade – *lex praevia, lex certa, lex stricta, lex scripta* – compartilha do mesmo *status* estrutural-aplicativo. Por conseguinte, a irretroatividade da lei penal menos benéfica ao réu, a vedação da indeterminação da lei penal (o que alguns chamam de princípio da taxatividade), a vedação da edição de tipos penais por ato legal que não seja estritamente lei, a vedação do uso de analogia e do costume *in malam partem*, não são passíveis de flexibilização/ponderação. Todos estes, em respeito à regra da legalidade, devem ser aplicados na medida exata de suas prescrições, com a necessária rigidez normativa.

Esse entendimento contesta, de pronto, a existência das normas penais em branco heterogêneas ou próprias. As normas penais em branco referem-se a tipos penais que não exaurem em si o conteúdo da proibição, requerendo a complementação de outro ato legal. Quando este complemento é de hierarquia legal inferior à norma a que se refere, denomina-se o dispositivo "norma penal em branco heterogênea ou própria".

Tratando a legalidade como uma norma de direito fundamental com caráter estrutural de regra, dentro da matriz de Alexy, não há que se falar em normas penais em branco próprias, eis que todas padecem de vício de inconstitucionalidade por desrespeito ao mandamento constitucional de definição, positivado no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição de 88.

Em que pese relevante dissenso[14], não cabe o entendimento conforme o qual a norma penal em branco seria uma delegação legalmente instituída pelo legislador, algo como uma "legalidade delegada". A lei que tipifica determinada conduta deve ser estritamente lei (*lex stricta*), debatida e aprovada em ambas as Casas Legislativas, seguindo toda a formalidade necessária, e, posteriormente, promulgada com o aval do Chefe do Executivo.

O Supremo já entendeu[15] que norma penal em branco sem a complementação é atípica, logo, a tipicidade da conduta é, ao menos em parte, definida pelo ato complementador. Por conseguinte, deveria um conjunto tecnocrata não

14. Ver: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral (arts. 1º a 120). 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 1. p. 170; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 106; e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 1º a 10. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. t. 1.

15. Inq 1915, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 05.08.2004, *DJ* 28.10.2004.

eleito definir qualquer esfera do tipo penal? Certamente que não, pois infringe o preceito de *lex stricta* da legalidade. A declinação da competência de legislar do Congresso ao Executivo não é permitida, em nenhuma hipótese, no Direito Penal.[16]

A suposta necessidade de delegar parte do conteúdo da norma, em função da velocidade com que a matéria mudaria é irrelevante. Não deve haver qualquer valoração entre a legalidade e a "metamorfose" do objeto da sanção, a regra da legalidade impõe-se na lógica do tudo ou nada, logo, a consideração utilitária da incapacidade do legislador de acompanhar a mudança social não implica restrição ao postulado normativo do art. 5º, XXXIX, CF/88.

Vale ressaltar, qualquer resquício de legitimidade democrática na decisão tecnocrata não é suficiente para ensejar o uso da última razão do Direito. A sanção penal, a mais grave forma de repressão estatal, só deve ser adotada depois do mais alto grau de escrutínio e reflexão democrática. Logo, a consideração acerca de todo o conteúdo de uma norma penal deve ser submetida ao mais alto grau possível e previsto de análise pública.

Tome-se, por exemplo, a Lei 11.343/06, que estabelece um procedimento próprio, penas próprias, o art. 33 configura modalidade hedionda de crime (art. 2º, Lei 8.072/90) com todas as suas consequências de questionável constitucionalidade; pois bem, o conteúdo da norma que pode ensejar um indivíduo a passar até trinta anos em privação de liberdade (art. 36 c/c art. 40, ambos da Lei 11.343/06) é decidido pela ANVISA (Portaria 344/98). Em outros termos, o debate democrático que deveria cercar a decisão acerca do conteúdo da norma criminalizadora é reduzido ao corpo não eleito da referida autarquia da Administração Federal. Não basta o Legislativo decidir que o comércio de

16. Neste sentido, partilhamos do entendimento dos professores Zaffaroni, Alagia e Slokar que, ao abordarem o tema, defendem que: "A lei penal em branco sempre foi suspeita de lesionar o princípio da legalidade formal e, ademais, abriu a porta para a analogia e a aplicação retroativa, motivos pelos quais bastaria para considerá-la inconstitucional. A respeito de que, hoje, agrega-se uma configuração clara de delegação do poder punitivo pelo poder legislativo, e que esta quebra a cláusula de *ultima ratio*, parece haver pouco o que se discutir. Não neutraliza a inconstitucionalidade das normas penais em branco, o argumento de que as matérias instáveis requereriam as normas em branco – aduzindo que as mudanças rápidas não poderiam ser seguidas pelo legislador penal – uma vez que não existe matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja seriamente carente de previsão punitiva; por outro lado, essa é, precisamente, a função irrenunciável do legislador". (tradução nossa). Em ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 116.

determinados entorpecentes deve ser considerado crime, o Congresso também tem de decidir, em obediência à legalidade como norma de direito fundamental com caráter de regra, quais substâncias devem entrar no escopo da norma proibitiva.

Além disso, a própria formação histórica da legalidade está ligada à proteção contra o poder do Rei e seu corpo administrativo, ou melhor, contra o arbítrio do mesmo. Assim, o Legislativo Federal, enquanto corpo de representantes da população, é o único competente a decidir sobre todos os elementos da norma penal.

O entendimento acerca da legalidade penal que a caracteriza como uma norma de direito fundamental com caráter de regra, ou seja, uma mandamento de definição aplicável na lógica do tudo ou nada, também questiona a corrente doutrinária que defende a existência de mandamentos de criminalização constitucionais – com base no aspecto da proporcionalidade, segundo a qual é vedada a proteção insuficiente de determinado bem jurídico-penal – os quais, diante de mora do legislador, habilitariam o Judiciário a atuar como legislador. Alguns chamam este entendimento de "garantismo" positivo[17].

Imagine-se a seguinte situação. Em 25 de dezembro de 2016, o Congresso Nacional decide revogar o art. 213 do Código Penal. Antes do final do mesmo ano, a revogação é promulgada, cumprindo toda a legalidade formal. No dia

17. Lucano Feldens fala em "imperativos de tutela"; no qual "a Constituição proíbe que se desça abaixo de um certo mínimo de proteção, a proporcionalidade joga, aqui, como proibição de proteção deficiente". Menciona, ainda, que não se pode pautar em uma "concepção unilateral de garantismo", em FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 13, 70 e 71 apud RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *Proporcionalidade*: do excesso de proibição e da proteção deficiente. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/proporcionalidade-do-excesso-de-proibicao-e-da-protecao-deficiente-por-fernanda-mambrini-rudolfo/#_edn49]. Acesso em: 30.12.2016. No mesmo sentido, Streck: "Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de 'proibição de proteção deficiente' (*Untermassverbot*)". Em STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição*: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40]. Acesso em: 25.03.2011, p. 8 apud RUDOLFO, Fernanda Mambrini. Op.cit.

10 de janeiro de 2016, o juiz recebe a denúncia do Ministério Público, tipificando a conduta na modalidade do art. 129 do CP, haja vista a *abolitio criminis* anterior. Neste caso, poderia o juiz, para os defensores do "garantismo" positivo, represtisnar a aplicação do art. 213 do CP para os atos do acusado, uma vez que o "princípio da proporcionalidade" imporia uma vedação de proteção insuficiente do direito à integridade sexual, traduzindo-se no dever de criminalizar a conduta de constranger alguém a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.[18] Nessa esteira, segue o entendimento segundo o qual existe a possibilidade do STF ampliar o escopo da proibição – o que, de fato, traduz edição de novos tipos penais, via mandado de injunção com base na omissão do Legislativo em redigir o referido tipo específico, com base no princípio da vedação da insuficiência. Este é o caso da ADO 26[19], por exemplo, do pedido do Partido Popular Socialista, ao STF, de reconhecer a homofobia como delito, adotando e ampliando a norma incriminadora da Lei 7.716/1989.

Partindo do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, nos quais o STF ampliou o escopo da Lei 7.783/89 – que regulava a greve de trabalhadores em geral – aplicando-o, por analogia, à greve de funcionários públicos, defende-se que poder-se-ia aplicar analogicamente o conceito de raça disposto na Lei 7.716/89 à população LGBT, criminalizando, por conseguinte, o comportamento que os discrimine.

No caso da greve do servidor público, um dos grandes argumentos suscitados, foi a mora do legislador em editar a lei específica a que se referia o artigo 37, VII, da CF/88. No caso da criminalização da homofobia, entender-se-ia que, mais uma vez, existe a mora do legislador, ao não aplicar o disposto no art. 5º, XLII, da CF/88 ("a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"), tomando a ofensa à orientação sexual como parte do elemento do tipo *raça* em uma leitura mais abrangente do termo.

Não haveria lesão à legalidade penal, haja vista que, ao ver dos defensores, não existe hierarquia entre normas constitucionais – de modo que haveria interpretação conforme a Constituição, a fim de harmonizar os incisos XXXIX ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal") e XLI ("a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais") do art. 5º.

18. Alguns entendem, ainda, que tal competência seria apenas do Supremo.

19. Ainda em julgamento.

Tampouco poder-se-ia falar em analogia *in malam partem*, pois não se trataria de fazer aplicação analógica do conceito de raça, mas, sim, de fazer interpretação conforme a Constituição; em outras palavras, o termo, constitucionalmente compreendido, abarcaria a população LGBT. Ainda defendendo a inexistência de lesão à legalidade, a Procuradoria-Geral da República sustenta que o princípio da legalidade penal ou a reserva absoluta de lei em matéria penal, deve ser:

> (...) interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para enfrentamento da omissão inconstitucional (como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional.[20].

A "interpretação" a que a PGR se refere nada mais é do que ponderação. Em que pese as inúmeras críticas que podem e devem ser formuladas a tal posicionamento partindo das mais diversas matrizes teóricas e filosóficas, será que ele se sustenta em Alexy, a base teórica da jurisprudência do Supremo?

Nos conflitos entre regras e princípios, predominam os critérios tradicionais de antinomia; prevalecendo o conflito, aplica-se a regra, pois esta não é passível de ponderação, apenas deixa de ser aplicada nas exceções previstas nela mesma ou em outra parte do Sistema Jurídico. Do mesmo modo, a regra é uma expressão mais clara do legislador, na medida em que estabelece prescrições mais objetivas. Logo, entendendo a legalidade como regra, dentro da teoria estrutural, não existe a possibilidade hermenêutica, em Alexy, de afastar a regra da legalidade com base no aspecto "positivo" do princípio da proporcionalidade em uma aferição subjetiva do julgador acerca da suficiência da proteção de determinado direito fundamental.

Isso vale para qualquer direito fundamental; havendo *abolitio criminis*, a legalidade deve ser respeitada pelo julgador[21]. Do mesmo modo, há lesão à regra da legalidade quando o Judiciário amplia, objetivamente, o escopo da norma incriminadora, porque dentro da norma de direito fundamental traduzida na regra da legalidade, está o preceito da *lex stricta*, sendo a competência penal

20. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150624-02.pdf]. Acesso em: 30.09.2016, p. 21.

21. A necessidade de defender a legalidade nos casos de *abolitio criminis* ressalta o atual estado de coisas na doutrina e na prática do direito penal.

exclusiva do legislador. Para além de Alexy, ainda que não consideremos as inúmeras críticas que a sociologia criminal oferece a políticas que defendem o uso do poder punitivo para garantir o respeito a direitos humanos, e nem como esse caso ilustra o que alguns denominam de esquerda punitiva[22]. Ainda assim, de um ponto de vista estritamente formal-legalista, a tese não merece prosperar.

Primeiro, pensemos na ideia de sistemas jurídicos defendida pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, como já dito: na teoria material de direitos fundamentais do professor da PUC-SP, os princípios são as normas que traduzem mandamentos nucleares de dado Sistema Jurídico. Logo, a ideia de sistemas jurídicos e princípios como mandamentos nucleares é muito útil para refutar alguns argumentos que a PGR defende no julgamento da ADO 26/DF. O órgão ministerial defende a interpretação conforme da reserva legal absoluta em matéria penal, com viés flexibilizador da mesma, diante de possíveis moras legislativas e o papel que a Constituição deu ao STF no controle de constitucionalidade.

O que foge à PGR neste ponto, é que não se trata, em absoluto, de conflito entre normas constitucionais, nem de dar maior hierarquia para o art. 5º, XXXIX, da CF/88. Dentro do sistema jurídico-penal, o papel da legalidade é de mandamento nuclear, especificamente, o de conformar em quais situações determinada conduta pode ser criminalizada, estabelecendo *standards* (*lex praevia, lex certa, lex stricta, lex scripta*). A obediência a eles não implica, por si só, maior hierarquia da norma constitucional que estabelece a legalidade, tão somente o respeito ao papel dela dentro do sistema jurídico.

Por exemplo, a inversão do ônus da prova, amplamente aceita nos processos consumeiristas, é vedada nos processos penais. Por quê? Em razão de o direito penal ser superior ao direito do consumidor? Certamente que não. A diferença do tratamento na aplicação de institutos homônimos se dá em razão das naturezas distintas de diferentes campos do direito: a paridade de armas ou não das partes; a capacidade de produzir provas; as sanções envolvidas etc. Se o raciocínio vale para aspectos relativamente acessórios, deve, certamente, valer para os mandamentos nucleares do sistema.

22. Nesse sentido, ver: KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*: por Maria Lúcia Karam. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/]. Acesso em: 30.12.2016; KARAM, Maria Lúcia. *Ainda sobre a "esquerda punitiva"*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/esquerda-punitiva-maria-lucia-karam/]. Acesso em: 30.12.2016.

Portanto, não cabe qualquer analogia entre a legalidade trabalhista e a penal. A tradição jurídica que deu origem ao princípio da legalidade – que aqui entendemos como norma de direito fundamental com caráter de regra, e cujo papel dentro do sistema jurídico penal é de mandamento nuclear – tem uma construção histórica totalmente alheia ao homônimo trabalhista, como o tem do homônimo tributário, ou administrativo.

Isso posto, a postura do supremo no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 não é parâmetro, em nenhum aspecto, para ampliar o escopo de normas penais, na prática, uma edição indireta de novos tipos penais através do Judiciário, passível das mesmas críticas formuladas às normas penais em branco heterogêneas. Em termos mais leigos, pode-se afirmar que o que não fere a legalidade trabalhista, pode, certamente, ferir a legalidade penal. Obviamente, os sujeitos envolvidos, as demandas requeridas e as sanções aplicadas, são completamente diferentes. Portanto, não é lógico nem coerente querer importar um conceito homônimo, naturalmente mais aberto – em razão da própria natureza do direito trabalhista –, à seara penal – a *ultima ratio* da Ciência Jurídica.

Entendida a plena rigidez normativa da legalidade como intocável, basta-nos, agora, repelir, ainda que peremptoriamente, o argumento de que a ampliação do conceito de raça não seria analogia *in malam partem*. Objetivamente, caso a analogia amplie um conceito do tipo penal, implicando aumento do escopo da sanção, trata-se, a nosso ver, de analogia *in malam partem*. Portanto, no caso em tela, temos analogia *in malam partem*.

Assim, a adoção de tipo penal, através da ampliação de conceitos de tipo preexistentes, pelo STF via mandado de injunção, fere de morte a legalidade, caracterizando inconstitucionalidade insanável, haja vista a norma de direito fundamental traduzida no art. 5º, XXIX, da CF, o que constituiria um dos maiores retrocessos na jurisprudência constitucional. A legalidade, enquanto norma com estrutura de regra ou enquanto mandamento nuclear do Sistema Penal, não permite ponderações, sendo talvez a mais valiosa garantia do cidadão face ao poder punitivo. Ademais, o "princípio" da vedação da proteção insuficiente não enseja flexibilização da legalidade. Não cabendo, portanto, interpretação conforme a Constituição, analogias ou interpretações extensivas, a fim de aumentar ou criar penas.

Em que pese a luta diária das minorias na sociedade brasileira, a pauta da criminalização da homofobia, ainda que por meio do Legislativo, ignora o real funcionamento do Sistema Penal – inerentemente seletivo –, no qual os mais pobres são os mais vulneráveis. Assim, almejando-se acabar com o preconceito, contribui-se com o encarceramento em massa dos pobres. Além disso,

supervaloriza-se a pena, conferindo a ela um caráter pedagógico, ao instrumentalizá-la na pauta da promoção do respeito à população LGBT. Em síntese, o respeito e a construção de uma sociedade materialmente mais democrática, fogem, e não buscam o poder punitivo.

Finalmente, ressaltamos que a regra da legalidade prevê uma exceção à sua própria aplicação: a retroatividade de lei penal mais benéfica (art. 5º, XL, CF/88). A hipótese de não incidência não interfere na rigidez da legalidade enquanto garantia, ou seja, não há que se falar em possibilidade de flexibilização/ponderação. A retroatividade da lei penal mais benéfica representa tão somente um mínimo de racionalidade legislativa traduzido como uma exceção dentro da regra.

3.2. A regra da culpabilidade

Conforme entendimento tradicional, o preceito da culpabilidade, segundo o qual "não há crime sem culpa", estabelece, basicamente, três postulados: a responsabilidade penal deve ser sempre subjetiva; a pena não deve transcender a pessoa condenada; e a pena deve levar em consideração a pessoa a que se dirige, e não apenas o fato punível (individualização da pena). A culpabilidade e todos os preceitos dela extraíveis têm caráter de regra, ao estabelecerem mandamentos de definição aplicáveis na lógica do tudo ou nada.

Portanto, os requisitos do juízo de reprovação, enquanto elementos normativos da culpabilidade, não são ponderáveis – vedadas quaisquer restrições a eles. Do mesmo modo, todos os entendimentos que imputam ao autor resultado sem a presença de vínculo subjetivo não são permitidos. A mera causação do resultado não é suficiente, por si só, a ensejar a punição, haja vista que tal posição contraria a vedação à responsabilização penal objetiva. Finalmente, a intranscendência da pena, assim como sua individualização, são entendimentos sedimentados como intocáveis dentro do Sistema Penal, ao menos no discurso.

A análise da culpabilidade até este ponto é mera constatação de preceitos tidos como soberanos. Entretanto, partindo desse entendimento, parece-nos razoável formular algumas críticas a práticas correntes por relevante parcela dos atores do Sistema Penal.

Primeiro, o entendimento de que a pena não pode passar da pessoa do condenado impõe, necessariamente, a adoção do auxílio-reclusão, conforme acertada constatação de Nilo Batista[23]. Sua abolição – tão pedida por uma par-

23. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 104.

cela da sociedade – implica diretamente punição à família do apenado, ferindo a vedação à transcendência da pena e, por conseguinte, a culpabilidade.

Além disso, o postulado da individualização da pena – decorrência lógica da responsabilidade penal subjetiva – impõe, a nosso ver, a aplicação com maior destaque da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade[24]. Afinal, a individualização não se esgota com a aplicação formal da pena, nos termos do Código Penal; antes, deve-se levar, também, em consideração a realidade social na qual o indivíduo e sua consciência foram formados, nunca para agravar a pena, mas sim no sentido de dirimi-la em realidades nas quais a situação econômica e/ou social diminui o grau de exigibilidade de agir conforme o Direito.

A culpabilidade por vulnerabilidade traduz, de forma aperfeiçoada, a regra da individualização da pena, tomando o agente selecionado pelo Sistema Penal na acepção mais personalizada possível à luz do momento do ato criminalizado cometido. Vemos, também, na individualização da pena, a tradução do princípio da igualdade material dentro da aplicação da pena. Nesse sentido, afirma Salo de Carvalho:

> O critério da vulnerabilidade apresenta-se, pois, como um mecanismo interno à dogmática penal, idôneo a efetivar o princípio da igualdade material, visto que, longe de partir de um sistema unívoco e homogêneo de valores, ao compreender a estrutura pluralista e multicultural dos agregados sociais contemporâneos, produz adequações menos irreais entre o indivíduo circunscrito ao seu entorno e o dano por ele produzido.[25]

Na obra *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal, o professor Zaffaroni apresenta[26] o conceito da culpabilidade por vulnerabilidade como limite negativo máximo à irracionalidade punitiva. Para facilitar a compreensão, faz-se necessária breve exposição das noções fundamentais em torno das quais o conceito foi construído.

Partindo do entendimento da pena como ato de poder reprodutor da violência que não "resolve o conflito que produz a lesividade da ação"[27], entende,

24. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
25. CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 87.
26. ZAFFARONI, Eugenio Rauk. Op. cit., p. 277.
27. Ibidem, p. 267.

o celebrado penalista argentino, que o Direito Penal se encontra deslegitimado de qualquer fundamento ético, restando tão somente a instrumentalização do apenado em uma matriz de utilidade ao funcionamento do Sistema Penal. No mesmo sentido, o poder dos juristas deve buscar a eticidade de seu exercício[28], o que resulta, no campo da culpabilidade, em rechaçar a noção de reprovabilidade e adotar um critério que forneça "eticidade a sua decisão sem que implique aceitar-lhe a violência reprodutora que não tem poder para eliminar"[29].

Assim, não há que se falar, ao ver de Zaffaroni, em reprovabilidade em função do injusto, haja vista a deslegitimação do Sistema Penal graças ao exercício seletivo do mesmo[30]. Se a questão é a busca pela ética no poder dos juristas, então, qualquer conceito de reprovação deve ser afastado, uma vez que "(...) um juízo de reprovação seletivo é, por si, vazio de qualquer conteúdo ético."[31]. Neste sentido, afirma o catedrático: "A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação: 'Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo?', são perguntas que a reprovação normativa não pode responder."[32]. Portanto, a culpabilidade deve se constituir como "uma referência direta e personalizada ao autor, em sua condição pessoal e na situação particular em que teria levado a efeito tal conduta."[33].

Dentro dessa nova esfera de responsabilidade ética, surge a culpabilidade pela vulnerabilidade que, englobando a coculpabilidade e a culpabilidade normativa, apresenta-se como um limite mais preciso ao exercício do poder de punir, em cada caso concreto. Entendendo que é "o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais ou piores que deixam o sistema penal

28. Sobre o tema, aponta o autor: "A nosso ver, resulta claro que, se alguma legitimidade pode pretender o exercício do poder dos juristas, este não pode renuncia aos seus motivos éticos, pois sem eles não há legitimidade e sim utilidade (para o poder)." (Ibidem, p. 263).
29. Ibidem, p. 277.
30. Neste sentido, sustenta o professor: "A seletividade operativa do sistema penal e o uso da pena como instrumento reprodutor da violência e legitimador de um exercício de poder (...) mostram hoje que claramente que as razoes éticas – essência da reprovação de culpabilidade – não são mais que meras racionalizações, com o que a reprovação mesma resulta deslegitimada." (Ibidem, p. 263).
31. Ibidem, p. 260.
32. Ibidem, p. 259.
33. Ibidem, p. 258.

indiferente."[34], a culpabilidade deve ser pautada pelo risco de seleção da conduta individual, seja pela posição de vulnerabilidade, seja pelo esforço pessoal para a vulnerabilidade. Quanto maior for o grau de vulnerabilidade, menor é o espaço para limitar o exercício do poder de punir. Neste sentido:

> (...) quanto maior for o esforço, e a consequente contribuição para o fortalecimento do sistema, que a pessoa fez para colocar-se em situação de vulnerabilidade ao seu poder, menor será o espaço de que dispõe a agência judicial para obstaculizar uma resposta criminalizante ou para diminuir a intensidade da resposta."[35]

Trata-se de uma nova abordagem da culpabilidade, ampliando-a como mecanismo judicial de controle da violência inerente ao Sistema Penal. Assim, "quando o esforço e a contribuição são grandes, o poder decisório da agência judicial fica muito reduzido."[36].

A culpabilidade por vulnerabilidade engloba a coculpabilidade, e a culpabilidade normativa, ao constituir-se em limite máximo ao poder de punir. Nessa lógica, não há que se falar em culpabilidade por vulnerabilidade quando não há culpabilidade normativa; por outro lado, é plenamente possível a existência de um autor com baixo grau de esforço pessoal ou pertencente a um grupo social pouco vulnerável, mas normativamente culpável.

Adotar a culpabilidade pela vulnerabilidade parece um imperativo racional dentro de sociedades assoladas por desigualdades, como a brasileira. Além disso, o funcionamento seletivo do Sistema Penal independe de localidade, realidade social ou corrente doutrinária que fundamente o discurso punitivo. Portanto, observando tal característica como intrínseca ao Sistema, os fundamentos que legitimam a culpabilidade pela vulnerabilidade também independem do alinhamento com a dogmática funcionalista ou finalista e são universalmente aplicáveis. Nesse sentido, é conteúdo da individualização da pena (decorrência da responsabilidade penal ser subjetiva) a culpabilidade pela vulnerabilidade.

No que toca à culpabilidade por vulnerabilidade, vale ressaltar, finalmente, que eleger critérios interpretativos *in bonam partem*, sejam eles via analogias ou regras consuetudinárias, não flexibiliza a legalidade. A taxatividade dos

34. Ibidem, p. 268.

35. Ibidem, p. 269.

36. Idem.

preceitos penais, como o postulado da legalidade, é adstrita somente aos preceitos que aumentem, de alguma forma, a sanção penal. Antes, dentro do cerne da legalidade, está a ideia de proteção do poder de punir, portanto, quando se faz uso de instrumentos técnico-doutrinários alheios à produção positiva, a fim de proteger o indivíduo selecionado pelo Sistema Penal, não se fere nem se flexibiliza a legalidade. A construção de uma dogmática penal garantista via interpretação material é plenamente compatível com a plena rigidez normativa da legalidade.

A interpretação material nos termos propostos, além de apresentar uma nova lente através da qual deve se dar a individualização da pena no momento da aplicação da lei penal, apresenta, também, uma alternativa ao atual entendimento acerca da reincidência. Nesse sentido, a inconstitucionalidade da reincidência como circunstancia agravante é autoexplicável dentro da lógica da culpabilidade por vulnerabilidade. Os conhecidos efeitos maléficos do cárcere na pessoa do apenado são incontestes, em especial, na realidade dos países latino-americanos.

A correção da irracionalidade do uso da reincidência como agravante é urgente. Sua aplicação fere a legalidade, uma vez que não existe definição taxativa do que ela venha a ser, apenas de quando incide[37]. Também são familiares os efeitos da pena na vida do cliente do Sistema Penitenciário pós-cárcere. Sobre estes, disserta o professor Juarez Cirino dos Santos:

> a) a privação de liberdade produz maior reincidência – portanto, maior criminalidade –, determinada pelos reais efeitos nocivos da prisão; b) a privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante desclassificação social objetiva, redução das chances de futuro comportamento legal e formação subjetiva da autoimagem de criminoso – portanto, habituado à punição; c) a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado; d) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, que excluem a reintegração social e realizam a chamada *self falfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas; e) prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como

37. CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 62.

> pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas etc. desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação de prognósticos negativos de futuras reinserções no sistema de controle; f) finalmente, o grau de desadaptação social do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade: quanto maior a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior a reincidência criminal e a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o *labeling approach*.[38]

Na mesma esteira, impõe-se o reconhecimento da inconstitucionalidade de todos os efeitos penais[39] *in malam partem* da reincidência, uma vez que, como afirma Zaffaroni, trata-se da "consagração legal da estigmatização" [40]. Ademais, dentro da matriz da coculpabilidade, a qual é abrangida pela culpabilidade por

38. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. v. 1. p. 447.

39. Sobre os efeitos formais da reincidência no Direito Penal brasileiro: "Dados empíricos indicam que a reincidência é a circunstância agravante mais frequente: em 97,37% dos casos de incidência de circunstâncias agravantes a reincidência está presente. A influência irracional da reincidência criminal exclui, reduz ou afeta de modo inconstitucional ou ilegal muitos direitos individuais: a) constitui circunstância agravante obrigatória (art. 61, I, CP); b) determina regime inicial fechado em hipóteses de regime semiaberto de execução da pena privativa de liberdade (art. 33, § 2º, *b*): dados de pesquisa indicam esse efeito em 5 6% dos casos; c) determina regime inicial semiaberto ou regime inicial fechado em hipóteses de regime aberto (art. 33, § 2º, *c*): dados de pesquisa indicam esse efeito, respectivamente, em 44% e em 34% dos casos; d) exclui a suspensão condicional da pena em crimes dolosos (art. 77, I); e) impede a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou multa (art. 44, II, e 62, § 2º) – esse efeito desastroso ocorre em 85,5% dos casos, segundo dados empíricos; f) constitui circunstância preponderante, na concorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67); g) amplia os prazos do livramento condicional (art. 83) e da prescrição da pretensão executória (art. 110); h) interrompe o prazo da prescrição (art. 117, VI); i) determina a revogação da reabilitação; j) exclui privilégios legais especiais (art. 155, § 2º); k) exclui o perdão judicial na receptação culposa (art. 180, § 3º); 1) cancela o direito de apelar em liberdade (art. 594, CPP); m) exclui a fiança, em crimes dolosos (art. 323, III, CPP); n) exclui a transação penal e a suspensão condicional do processo da Lei 9.099/95". Em SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. v. 1. p. 542.

40. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário, p. 49-60. In: *Livro de estudos jurídicos*, n. 6. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. p. 60.

vulnerabilidade, sustenta o professor Juarez Cirino dos Santos que a reincidência deve atuar como atenuante, fundamentando sua posição assim:

> O reconhecimento oficial da "ação criminógena" do cárcere, demonstrada pela pesquisa criminológica universal, exige redefinição do conceito de reincidência criminal, excluindo a hipótese formal irrelevante da reincidência fleta, incapaz de indicar a indefinível presunção de periculosidade, e definindo a situação concreta relevante da reincidência real como produto da ação criminógena da execução da pena (e do processo de criminalização) sobre o condenado, por falha do projeto técnico-corretivo da prisão. A questão é simples: se a prevenção especial positiva de correção do condenado é ineficaz, e se a prevenção especial negativa de neutralização do condenado funciona, realmente, como prisionalização deformadora da personalidade do condenado, então a reincidência real não pode constituir circunstância agravante. É necessário reconhecer: a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstância agravante. Em conclusão, nenhuma das hipóteses de reincidência real ou de reincidência ficta indica situação de rebeldia contra a ordem social garantida pelo Direito Penal: a reincidência real deveria ser circunstância atenuante e a reincidência ficta é, de fato, um indiferente penal. Além disso, a reincidência (ficta ou real) significa dupla punição do crime anterior: a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o *quantum* de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência. [41]

Portanto, partindo do entendimento da culpabilidade por vulnerabilidade como limite máximo ao poder de punir, entendendo a autodeterminação do agente limitada e condicionada antropologicamente em alguma medida, reconhecendo os efeitos do encarceramento no comportamento do apenado e na forma como a sociedade enxerga o mesmo, cabe repensar a reincidência, abrindo mão de todo efeito *in malam partem*, tomando-a como atenuante obrigatória, solução plenamente compatível com o art. 66 do CP. Em um passo

41. Em SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. v. 1. p. 540.

mais à frente, defende, ainda, o professor Juarez Cirino que, em alguns casos, pode-se, com base na coculpabilidade, defender a existência de causa supralegal de exculpação, quando a limitação da autodeterminação do agente implicar inexigibilidade de conduta diversa.[42]

3.3. A regra da lesividade

O preceito da lesividade, conforme o qual "não há crime, sem lesão à bem jurídico" ou em sua melhor versão "não há crime, sem lesão significativa aos bens jurídicos mais importantes", constitui norma de direito fundamental com caráter estrutural-aplicativo de regra na matriz de Alexy, haja vista que se trata de um mandamento aplicável na medida exata de suas prescrições. Em outras palavras, a expressão "sem lesão, não há crime" não define algo a ser atingindo no futuro, nem sua aplicação é definida pelas circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso, restando ser aplicada na lógica do tudo ou nada. Nessa linha, todo o conteúdo significativo da lesividade está abarcado pelo caráter normativo de mandamento de definição. É o caso, por exemplo, da insignificância.

Dessa forma, ao falarmos de regra da lesividade, necessariamente, há de se falar em regra da insignificância. Como o aspecto negativo da lesividade, o mandamento do "princípio" da insignificância expõe o que não deve ser considerado crime. Assim, "lesões insignificantes não constituem crime"; temos, portanto, um mandamento de definição, ou seja, é uma norma de direito fundamental que se apresenta como regra.

De todo modo, a defesa do conteúdo estritamente doutrinário da regra da insignificância rechaça a construção *ad hoc* de critérios aleatórios, partindo da subjetividade de um único julgador sobre o que constituiria a mesma. Logo, o entendimento que resume a insignificância aos critérios formulados pelo STF[43]

42. Defende o ilustre professor: "(...) se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de conflito de deveres jurídicos, então o conceito de inexigibilidade de comportamento diverso encontra, no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como escolha do mal menor – até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade". (Ibidem, p. 338). No mesmo sentido, Salo de Carvalho em CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 82.

43. HC 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 19.04.2004.

(a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada) é passível de crítica. Mais uma vez, vale a lembrança de Streck, segundo o qual "não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa"[44], o esvaziamento de grande parte do conteúdo dessa garantia penal e a excessiva abstração dos termos elencados pelo STF não encontram ressonância na melhor doutrina nem na construção teórica que funda a referida norma jurídica.

Ademais, ressalte-se: não cabe ao julgador escolher se aplica ou não a insignificância, seu caráter de regra determina sua aplicação na medida exata de suas prescrições normativas, estas determinadas pelo entendimento da melhor doutrina especializada. Logo, incidindo na lide, não pode o magistrado afastá-la, "ponderando-a" com outro "princípio" qualquer.

3.4. A regra da humanidade

Alguns defendem que o "princípio" da humanidade é a repercussão penal da Dignidade da Pessoa Humana, consagrada no ordenamento constitucional brasileiro. Ainda que o art. 1º, III, da CF/88 tenha caráter de princípio em Alexy, existem preceitos que dele se extraem e que apresentam caráter de regra, em especial no direito penal. Portanto, há que se falar em regra da Humanidade, cujo conteúdo é composto das normas ao longo de todo o ordenamento e, também, conforme a construção da melhor doutrina especializada.

Dessa forma, entendendo o "princípio" da humanidade como norma de direito fundamental com caráter de regra, o art. 5º, III, da CF (ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante), o art. 5º, XLVII, da CF (não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis), o art. 5º, XLIX, da CF (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral), o art. 38 do CP (O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral), e os arts. 40 a 43 da Lei 7.210/84 têm, todos, caráter de norma de direito fundamental com estrutura de regra. Assim, na medida em que estabelecem mandamentos de definição cujas aplicações se dão na lógica do tudo ou nada, não são passiveis de ponderação ou flexibilização.

44. STRECK, Lenio Luiz. *Senso incomum como se prova qualquer tese em direito*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito]. Acesso em: 31.01.2016.

Leciona Juarez Cirino[45]: "(...) a lesão generalizada, intensa e contínua da dignidade humana e dos direitos humanos de homens e mulheres presos nas cadeias públicas e penitenciárias do sistema penal brasileiro não ocorre por falta de princípios e de regras jurídicas". Na contramão da naturalização da tortura institucionalizada praticada pelos entes públicos nos estabelecimentos do Sistema Penal, a ADPF 347, redigida pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, veio questionar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Na construção de um sistema penal mais centrado na pessoa humana, a plena rigidez normativa da humanidade, enquanto norma de direito fundamental com caráter de regra, impõe a adoção dos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais pelos agentes e instituições do Sistema Penal, com a devida conformação de suas práticas correntes aos preceitos legais. Nesse trabalho, a referida ADPF foi um grande primeiro passo, mas, certamente, não deve ser o último. Para tanto, a compreensão da rigidez normativa desse mandamento nuclear do sistema penal apresenta-se como mais um *standard* no controle de constitucionalidade dos atos dos atores do Sistema Penal.

3.5. A regra do devido processo penal

Em razão do foco do presente trabalho e da coerência sistemática, a análise das garantias constitucionais e legais no processo penal e seu caráter normativo serão observados de modo unificado. Nesses termos, tomamos emprestado o termo do professor Nereu José Giacomolli[46], para tratar do conjunto de normas que cuidam do devido processo penal.

Nesse sentido, a simples observação literal de preceitos como "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" e "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LIII a LVII, da CF/88), impõe o entendimento de que essas não são, na semântica "alexyiana", princípios, ou seja, não se trata de mandamentos de otimização cuja aplicação é condicionada às circunstâncias fática e jurídicas de cada caso.

45. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. v. 1. p. 30.

46. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Logo, a *contrario sensu*, falar-se-á de regras, eis que todas apresentam a estrutura de mandamentos de definição cuja aplicação se dá na lógica de tudo ou nada. Uma vez mais cabe ressaltar que devem ser chamados de princípios, caso queiramos designá-los como mandamentos nucleares do sistema jurídico-penal (Bandeira de Mello). Agora, no critério estrutural aplicativo de Alexy, são todos normas com caráter de regra. Nessa esteira, teremos a regra do juiz natural, a regra do duplo grau de jurisdição, a regra do devido processo legal, a regra do contraditório e da ampla defesa, a regra da presunção de inocência e a regra da vedação do uso de prova ilícita, com as respectivas rigidez e inamovibilidade normativas. Vamos aos efeitos da imponderabilidade de algumas dessas regras.

De pronto, podemos questionar o uso abusivo das prisões processuais por nossos magistrados e o recente entendimento do STF relacionado ao art. 5º, LVII, CF/88. Começando pelo STF, cremos já estar claro que a presunção de inocência, dentro do marco hermenêutico da corte (Alexy), não deveria ser passível de ponderação, haja vista a impossibilidade teórica. Portanto, a decisão do HC 126.292, referendada no improvimento da liminar das ADCs 43 e 44, ressalvadas as felizes posições divergentes dos Ministros Rosa Webber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, além de afrontar o papel da Corte de guardar a Constituição como salvaguarda da ditadura da maioria, não se sustenta no exame de coerência interna.

Em outros termos, a jurisprudência da Corte, no que toca à interpretação das normas constitucionais, funda-se na teoria de Alexy. De acordo com o professor de Kiel, normas com estrutura de regra não são ponderáveis, só podendo ser afastadas pelos tradicionais critérios de antinomia. A redação do art. 5º, LVII, da Constituição, descreve um mandamento de definição, uma regra nos termos de Alexy. Logo, o dispositivo não deveria ser ponderado ou afastado no caso concreto. Eis que se trata de norma de maior hierarquia dentro do ordenamento jurídico.

Então, é irrelevante – além de totalmente alheia à melhor doutrina – a consideração do Ministro Barroso:

> A condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência. Qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição. Esse é o seu devido processo legal. A partir daí, a presunção de não culpabilidade estará desfeita.[47]

47. Transcrição do voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 2. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf]. Acesso em: 28.12.2016.

Ainda que façamos a acrobacia teórica para acompanhar o raciocínio do Ministro, a manutenção do mandamento de definição constitucional se impõe, eis que só pode ser afastado por outra regra ou princípio superior no ordenamento, hipótese impossível, já que o art. 5º, LVII, da Constituição está no topo como cláusula pétrea.

Não interessam considerações sobre "o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias"[48] ou "interposição sucessiva de recursos protelatórios"[49] pois, além de serem considerações utilitárias, não abordam nem minam a plena rigidez normativa, dentro ou fora da matriz alexyiana, do exposto no inciso LVII. De todo modo, em que pesem as questões acerca da alienação da Corte, na análise dos Ministros que negaram o *Habeas Corpus*, quanto ao real funcionamento do Judiciário na seara penal e ao entendimento da melhor doutrina, basta-nos, por ora, ressaltar que a Corte erra e é incoerente com o próprio marco teórico que, supostamente, fundamenta sua análise.

Ainda nas necessárias repercussões do entendimento da presunção de inocência como uma norma de direito fundamental com caráter de regra, está o questionamento do uso abusivo das prisões processuais no Brasil. Infelizmente, o fenômeno é mundial[50]. Em nossas fronteiras, é conhecida a práxis judicial de fundamentar a decretação da prisão preventiva na própria gravidade do crime, um critério *contra legem*, haja vista, o disposto no art. 312 do CPP. Do mesmo modo, na turbulenta operação Lava Jato, é conhecida a decretação utilitária da prisão preventiva a fim de "facilitar" a conversão de um prospectivo delator[51].

A combinação de um Judiciário punitivista, uma Corte Constitucional alienada e a generalidade dos critérios elencados no art. 312 do CPP, explica o número de 40% presos provisórios do total de residentes do sistema penitenciário brasileiro[52]. Sustentar a plena rigidez normativa da presunção de inocência se apresenta como mais uma ferramenta no confronto ao efeito retrógrado do decisionismo judicial, pautando uma interpretação do art. 312 do CPP mais restritiva.

48. Ibidem, p. 3.

49. Idem.

50. *Presumption of guilt:* the global overuse of pretrial detention. New York: Open Society Foundations, 2014. Disponível em: [www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/presumption-guilt-09032014.pdf]. Acesso em: 13.10.2015.

51. Nesse sentido, ver CAETANO, Haroldo. *A Operação Lava Jato e o dilema do processo penal*. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/18/operacao-lava-jato-e-o-dilema-do-processo-penal/]. Acesso em: 28.12.2016.

52. Presos provisórios agravam situação do sistema prisional, diz conselho do MP. Disponível em: [www.jb.com.br/pais/noticias/2016/12/13/presos-provisorios-agravam-situacao-do-sistema-prisional-diz-conselho-do-mp/]. Acesso em: 28.12.2016.

Suscintamente, a defesa da vedação do uso da prova ilícita como norma com estrutura de regra condiciona a desconsideração, na práxis, de todas as provas obtidas ilicitamente, com o devido reconhecimento da ilegalidade, nos termos do art. 157 do CPP. Nesse sentido, a proposta do MPF, no conhecido pacote anticorrupção, na qual a prova ilícita passaria a ser admissível em determinadas circunstâncias[53], anda na contramão da plena rigidez normativa do exposto no inciso LVI do art. 5º da CF, dentro ou fora da teoria de Alexy, devendo ser rechaçada no Legislativo definitivamente ou declarada inconstitucional pelo STF em eventual controle de constitucionalidade.

Finalmente, em nossa breve análise do caráter estrutural-aplicativo dos mandamentos nucleares do processo penal, trataremos do sistema acusatório, no qual se localizam os mandamentos de definição: contraditório, ampla defesa e jurisdicionalidade (juiz natural, imparcialidade e gestão probatória). Estes serão tratados em conjunto, pois são sinérgicos, e restrições a qualquer um afeta a todos.

Ademais, tomamos o próprio sistema acusatório como regra constitucional, uma vez que é composto por um conjunto de normas com caráter de regra. Aury Lopes Jr. aponta, como características do sistema acusatório, dentre outras:

> (...) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; (...) contraditório e possibilidade de resistência (defesa)[54].

Nesse sentido, o acusatório é, enquanto sistema de normas que rege o caminhar constitucional do processo penal, em si mesmo, norma de direito fundamental com caráter estrutural de regra.[55]

---

53. Nesse sentido: "Proposta de alteração e acréscimo de parágrafos ao art. 157. "Art. 157. (...) § 3º Ressalvados os casos de tortura, de violência física, de ameaça, ou de violação da residência e interceptação de comunicações sem mandado ou ordem judicial, bem como outros de igual gravidade, poderá o juiz ou tribunal determinar o aproveitamento da prova ilícita, com base no princípio da proporcionalidade, quando os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo, da decretação da nulidade, sobre o comportamento futuro do Estado em investigações". (*Medida 7:* ajustes nas nulidades penais, p. 5. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/proposta-mpf-prova-ilicita.pdf]. Acesso em: 28.12.2015.

54. LOPES, Aury Jr. *Direito processual penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 43.

55. Vale ressaltar que defendemos que tais garantias não se limitam ao processo em si, estendendo-se ao inquérito policial e que eventuais irregularidades ocorridas nessa etapa repercutem no processo. Por conseguinte, não nos parece correto o entendimento

No que toca à norma de direito fundamental com caráter de regra expressa nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Carta Magna, temos a regra da jurisdicionalidade da qual se extraem os mandamentos de definição relativos ao juiz natural e à imparcialidade. No entendimento mais básico do que constitui a garantia constitucional da norma do juiz natural, a Súmula 704 do STF já apresentou um desagradável retrocesso ao atrair réus, sem foro privilegiado, a uma Corte não previamente prevista para julgá-los, justamente o que proíbe o inciso XXXVII. O advento da operação Lava Jato e a mudança do *locus* do julgador predileto da opinião pública parece ter mudado a posição sumulada da Corte, permitindo a divisão dos acusados em diferentes esferas de julgamento[56]. No entanto, o que se ressalta é a insegurança que emana de mudanças tão drásticas e tão alheias aos fundamentos técnicos no trato da rigidez normativa das garantias constitucionais; primeiro, na emissão da súmula, segundo, em sua revogação tácita casuística.

Uma leitura constitucional do juiz natural no processo penal, à luz do sistema acusatório como regra dentro do ordenamento, impõe uma reflexão sobre a gestão probatória no processo penal, noção fundamental para elucidar questões como a imparcialidade, contraditório e ampla defesa. Entendendo a função do juiz como "garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal"[57], existem alguns requisitos mínimos para que julgador possa exercer seu papel nos termos constitucionalmente legitimados.

Dessa forma, a gestão probatória deve estar nas mãos das partes, e, não, do juiz. O juiz que demanda a produção da prova recai em erro psicológico insuperável. Tratar de gestão probatória, é tratar de imparcialidade, e tratar de imparcialidade é tratar de contraditório. Nos termos do celebrado processualista gaúcho: "Recordemos que não se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo."[58]. Vale ressaltar que, no trecho destacado, a nosso ver, o autor trata o termo "princípio" como mandamento nuclear do direito processual penal.

---

de que o processo penal teria duas fases e que o sistema brasileiro de processo penal seria misto (inquisitório no inquérito e acusatório no processo). No mesmo sentido: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 45.

56. Reclamação 24.310/PR, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em [http://s.conjur.com.br/dl/reclamacao-24310-parana.pdf]. Acesso em: 29.12.2016.

57. LOPES, Aury Jr. Op.cit., p. 62.

58. Ibidem, p. 63.

Logo, com a compreensão de que "(...) a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório (...)"[59], e que contraditório e ampla defesa andam de mãos dadas, a plena rigidez normativa do sistema acusatório, enquanto conjunto de normas de direito fundamental com caráter de regra, implica retirar toda gestão probatória das mãos do julgador, no que consiste em um grande, mas necessário, desafio. No que toca, especificamente, ao contraditório e à ampla defesa, temos que, ao menos no discurso, a imponderabilidade já é conhecida, não requerendo análise mais detalhada no momento.

Finalmente, temos no art. 5º, LIV, da CF/88, um mandamento-definição, logo, uma regra. O entendimento do devido processo legal como regra no processo penal, obriga a adoção do sistema acusatório em todas as etapas da persecução penal. Ademais, reverbera na rigidez e inamovibilidade das garantias do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da vedação do uso da prova ilícita etc. Qualquer restrição proposta a tais preceitos é inadmissível, haja vista o mais alto grau de rigidez normativa e superioridade hierárquica.

4. A necessária rigidez normativa do controle de irracionalidade

A construção da ciência criminal, com seus avanços e retrocessos, formulou preceitos centrais que versavam sobre o controle do poder punitivo ou os termos dentro dos quais seu exercício seria possível, para alguns, legítimo. Esse é o papel desses preceitos: conter, determinando limites, o poder punitivo.

Legalidade, lesividade, humanidade, proporcionalidade e juiz natural são termos construídos para limitar algo. A flexibilização das garantias que eles definem mina e enfraquece o próprio fundamento de existência deles. Em outros termos, flexibilizar as garantias afeta a própria razão de ser delas. Afinal, em especial no direito penal e processual penal, os princípios foram erigidos para serem intransponíveis, limites mínimos de racionalidade face às intempéries da sociedade e à volúvel vontade da maioria. Como tais, devem ser dotados de plena rigidez normativa, não como "direitos absolutos", mas como normas cuja posição no sistema jurídico é a de estabelecer as regras do jogo.

Portanto, os tradicionais princípios penais, enquanto mandamentos nucleares do sistema jurídico-penal, são um norte ao legislador e ao julgador, na contenção dos eventuais ou prospectivos excessos no exercício de um poder extremamente duro, seletivo, estigmatizador e restritivo de direitos.

59. LOPES, Aury Jr. Op. cit., p. 64.

Certamente, não se pode, através de desvios e erros de concepção, usar os princípios para fundamentar uma expansão do punitivismo – caso particular da proporcionalidade, justificativa recorrente nas "dez medidas" do MPF e no garantismo positivo – ou mesmo uma conivência com essa.

Entendendo essa função histórica dos princípios penais na contenção do poder de punir, nosso trabalho pretende retirar mais um esconderijo no qual os argumentos que anseiam a expansão do direito penal se escondem. Se, antes, o desejo era vilipendiar as garantias diretamente, hoje, busca-se a flexibilização.

Como dito, a confusão teórica entre a distinção entre regras e princípios em Alexy e Bandeira de Mello serve ao decisionismo e à arbitrariedade, sempre a serviço do punitivismo. Finalmente, a compreensão acertada dos princípios penais em Alexy – passando a compreendê-los, nele, como normas de direito fundamental com caráter de regra – impõe, além de mudanças na práxis jurisprudencial, do STF ao juízo de primeiro grau, a aceitação da plena rigidez normativa dos princípios penais como uma crítica àqueles que querem ponderar o imponderável.

5. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292 (transcrição do voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso). Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf]. Acesso em: 28.12.2016.

CAETANO, Haroldo. *A Operação Lava Jato e o dilema do processo penal*. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/18/operacao-lava-jato-e-o-dilema-do-processo-penal/]. Acesso em: 28.12.2016.

CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 apud RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *Proporcionalidade*: do excesso de proibição e da proteção deficiente. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/proporcionalidade-do-excesso-de-proibicao-e-da-protecao-deficiente-por-fernanda-mambrini-rudolfo/#_edn49]. Acesso em: 30.12.2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* (arts. 1º a 10). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. t. 1.

KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*: por Maria Lúcia Karam. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/]. Acesso em: 30.12.2016.

KARAM, Maria Lúcia. *Ainda sobre a "esquerda punitiva"*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/esquerda-punitiva-maria-lucia-karam/]. Acesso em: 30.12.2016.

LOPES, Aury Jr. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral (arts. 1º a 120). 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 1.

Presos provisórios agravam situação do sistema prisional, diz conselho do MP. Disponível em: [www.jb.com.br/pais/noticias/2016/12/13/presos-provisorios-agravam-situacao-do-sistema-prisional-diz-conselho-do-mp/]. Acesso em: 28.12.2016.

Presumption of guilt: the global overuse of pretrial detention New York: Open Society Foundations, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. v. 1.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição:* da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40]. Acesso em: 25.03.2011 apud RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *Proporcionalidade:* do excesso de proibição e da proteção deficiente. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/proporcionalidade-do-excesso-de-proibicao-e-da-protecao-deficiente-por-fernanda-mambrini-rudolfo/#_edn49]. Acesso em: 30.12.2016.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum como se prova qualquer tese em direito. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito]. Acesso em: 31.01.2016.

TRINTADE, André Karam. *Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexy-vulgata-ponderacao-principios]. Acesso em: 29.12.2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. In: *Livro de Estudos Jurídicos* n. 6, p. 49-60. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Direito penal, constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 91/21-57 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 7/33-67 (DTR\2015\10947);
- Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa, de Willis Santiago Guerra Filho – *RT* 713/45-52, *RePro* 80/198-207 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/1049--1061 (DTR\1995\637);
- O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a "correr" e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 119/127-164 (DTR\2016\4877); e
- Os princípios na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, de Rodrigo Lanzi de Moraes Borges – *RePro* 182/331-361 (DTR\2010\322).

El terrorismo de estado como violación a los derechos humanos: en especial la intervención de los agentes estatales

State terrorism as an infringement of human rights: in particular the involment of state agents

Raúl Carnevali R.

Doctor en Derecho. Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca.
Profesor Titular de Derecho Penal de la misma Universidad.
rcarnevali@utalca.cl

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos; Internacional

Resumen: A pesar de la preocupación creciente de la comunidad internacional frente al terrorismo de Estado no se ha podido alcanzar un concepto que permita precisar su alcance, así como determinar bajo que presupuestos se configuran crímenes internacionales, entendiendo que se violan gravemente los Derechos humanos. Este trabajo se dirige a examinar la actuación de los agentes de Estado, tanto a la luz del Derecho internacional como del interno.

Palabras clave: Terrorismo de Estado – Derechos humanos – Crímenes internacionales.

Abstract: Despite the growing concern of the international community against the state terrorism it has not been able to reach a concept that allows to define its scope and determine under which budgets are set international crimes understanding that human rights are seriously violated. This work is aimed to examine the actions of the state agents both in the international law as well as in the internal.

Keywords: State terrorism – Human rights – International crimes.

Sumário: 1. Exposición del problema. 2. Algunas consideraciones en relación con el terrorismo. 3. Qué puede entenderse como terrorismo desde el Estado. 3.1. Desde el Derecho internacional. 3.2. Desde el Derecho interno. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía citada.

1. Exposición del problema

Si[1] ya la noción misma de terrorismo presenta serias dificultades para precisar sus contornos y la fijación del marco general, los problemas se acrecientan cuando la preocupación se dirige a calificar ciertas conductas como terroristas atendiendo a quienes la ejecutan. En efecto, qué puede decirse cuándo los actos terroristas son realizados por agentes de Estado en contra de la población de su propia nación o, en su caso, para enfrentar a grupos asentados en otros países. Me refiero particularmente al llamado *Terrorismo de Estado*. Término éste último, que no ha sido definido por ningún instrumento internacional, pero que expresa un contexto especial, a saber, cuando el uso de la violencia en contra de su población la realiza el propio Estado, ya sea a través de organismos propios o de grupos paraestatales, es decir, los que sin formar parte del aparato institucional cooperan en este propósito.[2]

Como es de suponer, no se trata de un concepto jurídico previamente definido, ya que ningún Estado comprende dentro de su ordenamiento, actos de esta naturaleza. Dicho en otros términos, un Estado democrático difícilmente establecerá disposiciones que permitan autocalificarse como Estado terrorista, sobre todo, si el terrorismo, en su esencia, se entiende como un cuestionamiento al Estado respecto a sus decisiones adoptadas democráticamente. Así tampoco, un gobierno autoritario o de carácter dictatorial dispondrá de preceptos en esta dirección, más aún si ha llegado al poder a través de la violencia.

No obstante lo anterior, es perfectamente posible que agentes de Estado puedan cometer delitos que causen el terror en su propia población o en la de otra nación, o que se empleen métodos terroristas para combatir a grupos subversivos que se enfrentan al Estado, más aún, si la violencia proviene de grupos que se conforman al amparo del Estado. Como es de suponer, la cuestión no es fácil de dilucidar, pues puede sostenerse que bajo determinadas hipótesis se está frente más bien a los llamados crímenes internacionales, como son los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra y no a delitos terroristas propiamente tal –regulados en los Derechos internos–. En efecto, en ciertos casos podría estimarse que hay un mayor contenido de injusto cuando los gobernantes de un Estado aprovechándose del poder que detentan atemorizan

1. Este trabajo ha sido realizado dentro del marco del Proyecto Fondecyt 1130406 titulado "La criminalidad organizada: examen desde una perspectiva jurídica y política" que dirijo como investigador responsable.

2. LLOBET ANGLÍ (2010), p. 109 y ss.; CANCIO MELIÁ (2010), p. 187 y ss.; GARCÍA RIVAS (2007), p. 302-303.

sistemáticamente a su población o a la de otro Estado[3]. Basta pensar en las dictaduras latinoamericanas durante los años setenta y ochenta, que dominaron a través del terror, violando generalizadamente los Derechos humanos. Sus actuaciones fueron más graves que aquellas cometidas por los grupos que luchaban en su contra, pues contaban con todo el poder para lograr sus objetivos, no tenían contrapeso alguno y las víctimas no podían recurrir a instancias internas para resguardarse. Se trata pues, de delitos contra la humanidad, regulados por las normas del Derecho internacional, atendidas las posibilidades reales que estos hechos pudieran quedar impunes[4].

Ahora bien, cuestión distinta podría presentarse cuando tales organizaciones estatales u grupos paraestatales actúan bajo un régimen democrático y cometen delitos que pueden comprenderse como terroristas. El ejemplo más emblemático para advertir a que me estoy refiriendo, aconteció en España en la década del ochenta, con el GAL –Grupos de Antiterroristas de Liberación– que estaba formado por miembros de gobierno, la policía y por mercenarios. Esta organización parapolicial se conformó para enfrentar al grupo separatista vasco ETA empleando métodos ilícitos, como torturas y asesinatos.

Respecto de este último supuesto, se observan posiciones discrepantes. Hay quienes sostienen que el terrorismo sólo sería predicable respecto de aquellos que cuestionan al Estado y lo enfrentan, pero no en relación a quienes actúan "desde" el Estado, por muy deleznables que sean sus comportamientos. Para estos casos, se pueden aplicar las disposiciones del Derecho penal común, con las agravantes que correspondan[5]. Sin embargo, para otro sector de la doctrina es perfectamente posible entender que en estos supuestos también se está

3. Para Aliozi (2012-2013), p. 66, el terrorismo de Estado es la peor, más peligrosa e inmoral forma de terrorismo.

4. Bartoli (2008), p. 170-172, quien se apoya en el art. 19 de la Convención internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997 y en el art. 4 de la Convención internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear para destacar que los actos cometidos por los Estados no se les aplica estas convenciones sino que quedan sujetos a la regulación del Derecho internacional; HMOUD (2006), p. 1039 y ss.

5. Así, GONZÁLEZ CUSSAC (2006), p. 75-76; WALDMANN (1998), p. 181 y ss., indica: "De este modo, nos distanciamos conscientemente de aquellos autores que también hablan de un terrorismo estatal, al menos en el sentido de una estrategia estatal coactiva directa (élites estatales influyentes pueden establecer un régimen de terror, sin embargo no pueden perseguir una estrategia terrorista contra la población propia). El terrorismo es una determinada forma violenta de proceder contra un orden político".

frente a delitos terroristas, pues estos grupos amparados por el Estado pueden *subvertir el orden constitucional*, alterando, de este modo, gravemente la paz pública y la seguridad ciudadana[6]. Es decir, también cuestionarían una piedra angular de todo Estado democrático, como es la administración de justicia, al querer suplantarla imponiendo sus propias decisiones, ajusticiando a los que consideran culpables[7].

En las páginas que siguen examinaré el denominado terrorismo de Estado, y bajo qué presupuestos se puede considerar que se está frente a un crimen internacional por constituir una grave violación a los Derechos humanos. Conforme a lo expuesto, no se examinará propiamente el terrorismo como delito consagrado en el Derecho nacional, fundamentalmente en la Ley sobre conductas terroristas, salvo en lo que sea necesario para fundamentar el objetivo central del trabajo.

A continuación y fin de tener claridad sobre algunos puntos a tratar, expondré en algunas líneas qué puede entenderse acerca del terrorismo y la importancia que tiene su abordaje.

2. Algunas consideraciones en relación con el terrorismo

Hace largos años que se viene hablando de terrorismo, pero aún no es posible consensuar un concepto general en el ámbito internacional[8]. Prueba de

6. Entre otros, CANCIO MELIÁ (2010), p. 190-191; PORTILLA CONTRERAS (2001), p. 501 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER (2001), p. 206; LLOBET ANGLÍ (2010), p. 109 y ss.; GÓMEZ MARTÍN (2010), p. 47-48; CARBONELL MATEU y ORTS BERENGUER (2005), p. 187; ASÚA BATARRITA (2002), p. 84-85; MUÑOZ CONDE (2013), p. 842; CAMPOS MORENO (1997), p. 30-31.

7. LLOBET ANGLÍ (2010), p. 115.

8. Se habló por primera vez de terrorismo en el siglo XVIII durante la Revolución francesa. En ese entonces, el terror era considerado una forma de gobernar, necesarias para hacer triunfar los ideales revolucionarios. Es así, que Robespierre señalaba: "Si el principal instrumento del Gobierno popular en tiempos de paz es la virtud, en momentos de revolución deben ser a la vez la virtud y el terror: la virtud, sin la cual el terror es funesto; el terror, sin la cual la virtud es impotente. El terror no es otra cosa que la justicia rápida, severa e inflexible; emana, por lo tanto, de la virtud; no es tanto un principio específico como una consecuencia del principio general de la democracia, aplicado a las necesidades más acuciantes de la patria". Ver en ROBESPIERRE (2010), p. 220. Ver también, LAQUEAUR (2003), p. 36-37, la voz terrorismo quedó consignada en el suplemento de la Dirección de la Academia Francesa de 1798 como sistema, régimen de terror. Los jacobinos la empleaban para referirse a ellos mismos

ello, es la Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002, la que se dirige más bien a exhortar a los Estados a que adopten medidas de cooperación, remitiéndose a los instrumentos internacionales para precisar cuáles son los delitos terroristas[9]. Justamente, el camino seguido ha sido individualizar ciertas conductas y calificarlas como terroristas, más que acordar una definición. Es así, que a la fecha son catorce los tratados dirigidos a prevenir conductas terroristas –el primero de 1963 sobre actos cometido a bordo de aeronaves–[10]. Con todo, tampoco debe de extrañarnos que el camino sea difícil de transitar, pues se mezclan consideraciones políticas, ideológicas e, incluso,

en un sentido positivo. En todo caso, el mismo autor hace presente que los actos terroristas como expresión de movimientos sociales o religiosos ya se manifestaban con anterioridad. Así, por ejemplo, aconteció con la secta de los *sicarii* en la Palestina del siglo I d.C., o la de los *assassins* surgida en el siglo XI. También, CHALIAND y ARNAUD (2007), passim; FRIEDLANDER (1977), p. 30-31; GARCÍA SAN PEDRO (1993), p. 148 y ss. Pero, es en la segunda mitad del siglo XIX donde ya va adquiriendo aquellas particulares como es conocido en la actualidad. En efecto, la conformación de grupos de lucha más radicales en Irlanda o Serbia, los revolucionarios rusos o los anarquistas italianos o españoles emplearon métodos violentos para afirmar y dar a conocer sus posiciones –la violencia como método de propaganda–, aunque no se apoyaban en estrategias con cierta sistematicidad. Un ejemplo de estos procedimientos fue el asesinato en 1914 del archiduque austríaco Francisco Fernando en Belgrado por el grupo nacionalista Mano Negra. Con detalle, BURLEIGH (2008) passim; MORAL DE LA ROSA (2005), p. 16 y ss. En relación a Italia, VENTURA (2010) passim.

9. Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada el 3 de junio de 2002. Ver en [www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/AGres1840_02.htm] (consultado el 18 de mayo de 2015).

10. Se pueden conocer en [www.un.org/es/terrorism/instruments.shtml] (consultado el 18 de mayo de 2015). En todo caso, la primera Convención Internacional contra el Terrorismo es de 1937 que surge a raíz del asesinato del Rey Alejandro de Yugoslavia y del Ministro de Asunto Exteriores francés en 1934. Francia presentó a la Sociedad de las Naciones una iniciativa para juzgar los delitos terroristas. La Convención disponía que el juzgamiento debía corresponder a una Corte penal internacional. Sin embargo, ésta nunca se constituyó, pues sólo fue firmada por trece estados, por lo cual jamás entró en vigencia. Ver Convención en [www.wdl.org/es/item/11579/view/1/1/]. (consultado el 25 de mayo de 2015). JIMÉNEZ DE ASÚA (1950), p. 962 y ss. En lo respecta a Europa se puede indicar la Convención del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo [conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/196.htm] (consultado el 25 de mayo de 2015). Así también, en el marco de la Unión Europea, se pueden citar la Decisión Marco 2002/475/JAI y la Decisión Marco 2008/919/JAI. Al respecto, [europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_terrorism/l33168_es.htm] (consultado el 25 de mayo de 2015).

religiosas que entrampan cualquier tarea dirigida a la unificación conceptual[11]. Al respecto, no puede obviarse que se trata de un concepto con una fuerte connotación negativa pues ninguna organización se autocalificará como terrorista. Por el contrario, siempre hallará argumentos para justificar sus actos[12]. De ahí pues, que una expresión tan ambigua como la *guerra al terrorismo* tenga tal fuerza retórica, y sea útil como herramienta política[13].

A lo anterior, debe tenerse en consideración los factores emocionales que gatilla este fenómeno –así, ansiedad, miedo–, que puede nublar su adecuada comprensión, afectando un análisis racional, pues quien más o quien menos tiene una idea de sus efectos devastadores, de alcance "global"[14]. Lo expuesto hace que la misión de quien afirma el camino de Derecho –y no de la guerra–, esto es, la jurisdiccionalización del conflicto, se hace cada vez más ardua, ya que no pocos –sobre todo en el terreno político y en la opinión pública– son del parecer que en estos casos sólo tiene cabida el enfrentamiento bélico o la imposición de la fuerza militar, esgrimiéndose para tal efecto *razones de Estado*. Con todo, y a pesar de los peligros que los actos terroristas significan para una sociedad, que pueden alterar seriamente las reglas de convivencia democrática, no puede renunciarse a las vías del Derecho[15].

11. ABAD CASTELÓS (2012), p. 105 y ss.
12. Sobre el punto, CORLETT (2003), p. 112 y ss., donde se examina cómo ciertos actos para algunos estarían moralmente justificados; HORGAN (2006), p. 125, se expone la entrevista a un dirigente del IRA, quien afirma que él no es terrorista, sino un activista republicano; DERSHOWITZ (2002), p. 36 y ss, examina actos que denomina como terrorismo palestino y cuáles serían sus causas; DE LA CORTE IBÁÑEZ y DE MIGUEL (2008), p. 325 y ss. En p. 355 se indica cuáles serían las creencias legitimadoras del terrorismo.
13. KAPITAN y SCHULTE (2002), p. 172 y ss.; BEGORRE-BRET (2005-2006), p. 1987 y ss.
14. Al respecto, REINARES (2003), p. 33 y ss., quien examina especialmente el terrorismo de raíz islámica; HORGAN (2006), p. 28 señala que una de las características del terrorismo es la de causar sensaciones de extrema angustia en la sociedad, aunque luego, el peligro real sea menor.
15. En general, han sido tres las posiciones para explicar la postura del Derecho frente al terrorismo: a) el Derecho penal no es útil para enfrentar estos fenómenos y, por tanto, sólo caben decisiones políticas. Parafraseando a Carrara, en el campo de los delitos contra la seguridad del Estado no existe el Derecho penal; b) un Derecho penal que por consideraciones de mayor eficiencia se establecen ciertas reglas que pueden significar una flexibilización garantística, c) las reglas del Derecho penal se mantienen, sancionando estos hechos como delitos comunes, pues existe el riesgo de desnaturalizarlo y estar ante un Derecho penal de corte autoritario. Sobre el punto, CARNEVALI (2010a), p. 113 y ss.

Si bien el *iter* seguido para enfrentar los crímenes más atroces para la humanidad ha sido la jurisdiccionalización, sobre todo a partir de los juicios de Núremberg, éste no ha estado exento de altos y bajos. Aun así, instrumentos como las Convenciones de Ginebra y el Estatuto de Roma para instaurar una Corte Penal Internacional[16], han dejado claro que el mensaje a la comunidad internacional es claro e inequívoco: cuando se está frente a actos donde se han violado los Derechos humanos y se han cometido crímenes gravísimos sólo puede restablecerse la paz social a través de la justicia y la no impunidad. En este sentido, el terrorismo en algunas de sus manifestaciones, como se verá *infra*, es expresión de un delito contra la humanidad[17].

Sin embargo, no basta sólo afirmar la importancia del Derecho, también es necesario determinar de qué forma se va a reaccionar normativamente, pues una exacerbación punitiva puede resultar aún más contraproducente. En efecto, el apelar a excesivas medidas preventivas de orden policial, brindar amplias facultades investigativas a los fiscales o, el recurso a jurisdicciones militares puede otorgar un soporte a las estrategias de las organizaciones terroristas, al argüir éstas que se enfrentan a un Estado que efectivamente lesiona las garantías ciudadanas. Justamente, estas organizaciones lo que pretenden es empujar a los Estados a que adopten medidas que las coloquen en una suerte de plano de igualdad. Sería su gran triunfo, considerando que en la gran mayoría de los casos no tienen la capacidad militar para doblegar al Estado. Por ello, recurren a métodos terroristas, como equivalentes funcionales a la fuerza militar[18].

En un trabajo anterior, afirmé que el Derecho penal contra el terrorismo forma parte de un Derecho excepcional, expresado en una mayor flexibilidad garantística, pero que debe comprenderse dentro de un espacio de racionalidad que impida su empleo por razones puramente utilitaristas. Así también, examiné cuáles son los presupuestos para su configuración[19]. En términos

16. Sobre el papel que puede cumplir la Corte Penal Internacional frente al terrorismo, ARNOLD (2004) passim.

17. Afirma BECK (2003), p. 35, que el pacto contra el terrorismo tiene que basarse en el derecho, debiéndose establecer una convención internacional que permita esclarecer conceptos y disponer de una base legal para su persecución interestatal. En definitiva, convertirlo en un crimen contra la humanidad.

18. Expresamente, CANCIO MELIÁ (2010), p. 70; para HORGAN (2006), p. 51, el éxito no puede medirse a partir de objetivos militares, sino que es psicológico al provocar respuestas de ansiedad.

19. CARNEVALI (2010a), p. 117 y ss.; SILVA SÁNCHEZ (2011), p. 186: "De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en

generales, los actos terroristas suponen la comisión de delitos graves en los que se persigue, esencialmente, la desestabilización del orden institucional, en cuanto se constriñe a los poderes públicos o incluso, a organizaciones internacionales a ejecutar o abstenerse de ejecutar ciertos actos; la alteración grave del orden público, o el infundir temor generalizado en la población en cuanto se ven afectados sus Derechos fundamentales[20]. La cuestión a precisar será la siguiente, y a la que se dedicarán las siguientes páginas: de concurrir tales supuestos, en qué casos se pueden configurar crímenes internacionales.

3. Qué puede entenderse como terrorismo desde el Estado

Como se indicó *supra*, durante la década de los setenta y ochenta, varios países latinoamericanos estuvieron gobernados por dictaduras militares, donde se violaron sistemáticamente los Derechos humanos. Sin entrar a examinar las consideraciones políticas que motivaron sus actuaciones, en dicho período tuvo lugar la llamada "guerra sucia" en la que intervinieron agentes de Estado y grupos paraestatales[21]. Es más, algunas de estas políticas delictivas se estructuraron bajo la denominada "Operación Cóndor", lo que brindó todo un apoyo logístico de carácter transnacional[22].

Justamente, en contextos políticos de esta naturaleza, es donde pueden apreciarse las terribles consecuencias que pueden alcanzar determinadas decisiones estatales para los Derechos humanos. Y es que no sólo el terror era propiciado por el propio Estado, sino que además se actuaba con total impunidad. Precisamente, dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), emblemáticas por cierto, lo ponen en evidencia –no son las únicas, claro está–: *Almonacid Arellano y otros* de 26 de septiembre de 2006 y *Goiburú y otros* de 22 de septiembre de 2006[23]. En este último caso,

---

concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales".

20. CARNEVALI (2010a), p. 125 y ss.

21. Respecto del caso chileno, MAÑALICH RAFFO (2010), p. 23 y ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO (2013), p. 189 y ss.; GUZMÁN DÁLBORA (2008), p. 131 y ss.

22. Al respecto, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Almonacid Arellano y otros,* de 26 de septiembre de 2006. Ver en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf] (consultado el 2 de junio de 2015).

23. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Goiburú y otros* de 22 de septiembre de 2006. Ver en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf] (consultado el 2 de junio de 2015).

referido a la detención ilegal y arbitraria, tortura y desaparición forzada de varias personas, entre 1974 y 1977, durante el gobierno del presidente paraguayo Alfredo Stroessner, se hace presente que estos fueron cometidos por el Estado, es decir, fueron funcionarios los que perpetraron violaciones a Derechos esenciales[24]. Luego, en la misma sentencia se consignan los votos razonados de los jueces Sergio García Ramírez y Antonio Cançado Trindade donde se pronuncian acerca del alcance de expresiones como el Terrorismo de Estado. En su voto el juez García se refiere a los riesgos que puede implicar el uso de ciertas expresiones. Señala que terrorismo *de* Estado aludiría a que es el Estado el que comete crímenes[25]. Empero, señala el juez, los que cometen los delitos son los agentes del Estado o individuos que comprometen la responsabilidad internacional del Estado; delitos que se encuentran recogidos, tanto en el Derecho nacional como internacional. Es por ello por lo que se prefiere hablar de crímenes *desde el* Estado o terrorismo *desde el* Estado, pues son crímenes que se comenten desde el poder y a través de los medios que le suministra el Estado[26]. Por su parte, el juez Cançado Trindade hace presente que es perfec-

24. Sentencia *Goiburú*, ya citada: "66. (...) En tanto Estado, sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes. No obstante, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter-estatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de "terrorismo de Estado". Al respecto, BURGORGUE-LARSEN y ÚBEDA DE TORRES (2010), p. 129 y ss.

25. Voto razonado del juez García en caso *Goiburú*: "20. Terrorismo de Estado significa que el *Estado* se convierte en terrorista, siembra miedo y alarma en la población, causa la angustia que perturba gravemente la paz en el seno de la sociedad. Política de Estado implica que *este mismo* –un ente complejo y diverso, que ciertamente no es una persona física, un individuo, ni se resume en una pandilla criminal– asume un plan y lo desarrolla a través de ciertas conductas que se disciplinan al fin y a la estrategia diseñados por el propio Estado. Igualmente, la noción de un crimen de Estado, si nos atenemos al significado literal de la expresión, se instala sobre el supuesto de que el *Estado* comete crímenes".

26. Voto razonado del juez García en caso *Goiburú*: "22. Es evidente que las violaciones, aisladas o masivas, son cometidas por agentes del Estado o por otros individuos cuya conducta compromete la responsabilidad internacional de aquél, parte material y procesal en los enjuiciamientos internacionales sobre derechos humanos, que puede recibir, bajo ese título y conforme a la responsabilidad que se acredite, la declaración y la condena que formula el Tribunal. Las violaciones a derechos humanos, particularmente las que afectan de manera más intensa bienes jurídicos fundamentales –vida, integridad, libertad–, se hallan recogidas como crímenes o delitos en la normativa

tamente posible que el Estado pueda perpetrar crímenes. Resalta además, los riesgos que para los Derechos fundamentales representa la "guerra contra el terrorismo", se trataría de una especie de Cóndor *Redivivus*: esto es, la historia se vuelve a repetir[27].

Lo recién expuesto pone en evidencia los problemas que el término terrorismo de Estado conlleva y las dificultades que se presentan para fijar con cierta claridad su marco[28]. Por de pronto, como ya se señaló, no es un concepto jurídico, ni se encuentra definido por algún instrumento internacional[29]. Además, puede llevar a confusión y pensarse sin más que se está frente al delito de terrorismo que está regulado en el Derecho interno.

No obstante, no se puede discutir que *a través* del Estado se pueden cometer delitos –las sentencias citadas exponen hechos que lo dejan de manifiesto–,

---

nacional e internacional, y generan, además de aquella responsabilidad del Estado, una responsabilidad penal específica de los individuos. 23. Por eso prefiero hablar de "crímenes *desde* el Estado" o "terrorismo *desde* el Estado", es decir, crímenes y terrorismo a través del empleo del poder y de los medios e instrumentos con que cuentan quienes lo detentan, enfilados a delinquir. En forma semejante se puede examinar la expresión "política de Estado", que supone un consenso, una participación social y política, una admisión generalizada, o acaso unánime, generada a través de fines, metas y acuerdos democráticos, que no poseen y que jamás han tenido las conjuras criminales, los pactos de camarilla disfrazados con razones de Estado, consideraciones de bien común, motivos de unidad y paz pública que sólo tendrían sentido moral en una sociedad democrática".

27. Voto razonado del juez Cançado Trindade en caso *Goiburú*: "55. En los años setentas, fue la 'guerra [sic] contra la subversión', hoy en día es la "guerra [sic] contra el terrorismo". En ambas, para los perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos los fines justifican los medios, y todo está permitido, al margen del Derecho. Como ha recién señalado un pregonero de la actual "guerra [sic] contra el terrorismo", "quien no está con nosotros está contra nosotros", exactamente como advertían los militares de la *Operación Cóndor* en la década de setenta, todos Jefes de Estado, para sembrar el terror e intentar justificar los crímenes de Estado. 56. En realidad, crímenes de Estado existen, han existido y siguen existiendo, como lo indican hoy día informes recientes (v.g., para la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa) sobre prácticas sistemáticas de tortura en prisiones –inclusive secretas– en otros continentes, verdaderos campos de concentración –en la llamada "guerra [sic] contra el terrorismo"). También hoy en día surgen noticias dispersas sobre la práctica de la tortura (bajo el eufemismo "interrogatorios intensivos"), de detenciones ilegales o arbitrarias, de secuestros, vuelos clandestinos y desapariciones forzadas de personas, de posibles ejecuciones extrajudiciales, igualmente en escala inter-estatal".
28. GARZÓN VALDÉS (1989), p. 38 y ss. establece un concepto de terrorismo de Estado.
29. Según LAMARCA PÉREZ (2001), p. 1107, es una noción periodística y no jurídica.

es decir, estar frente al ejercicio del poder estatal que emplea ciertos medios para infundir un temor generalizado en la población. Organismos de Estado o grupos paraestatales que actúan sin contrapesos institucionales –asegurando así, su impunidad–, imponiendo su autoridad a la ciudadanía, a través de la actos violatorios a los Derecho humanos, pues es vista como una especie de factor de riesgo que es preciso controlar. Se actúa dentro de una política de Estado con un fin puramente asegurativo.

Si bien la comprensión del fenómeno puede no parecer compleja, sí se problematiza a la hora de precisar cuáles son los tipos penales aplicables. En efecto, *aun cuando se emplea la voz terrorismo, no necesariamente, como se acaba de afirmar, se está frente a un delito de terrorismo o a alguna otra figura contemplada en el Derecho interno*, más bien se configuran delitos internacionales, como el genocidio, los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra[30]. No puede obviarse, que en estos casos se está frente a graves violaciones a los Derechos humanos, como ya lo han puesto en evidencia diversas sentencias de la CIDH[31]. Se trata de delitos perpetrados por individuos siguiendo políticas estatales o con la connivencia del aparato estatal que nada hace para evitarlos y que afectan seriamente los Derechos humanos. Es por ello por lo que pueden comprenderse dentro del Derecho internacional, pues existe un interés de toda la comunidad internacional en su persecución, al estar en juego las bases mismas de la convivencia. Las naciones ya no son indiferentes frente a ciertos crímenes. Es lo que explica, por ejemplo, la instauración de la Corte Penal Internacional y la configuración del principio de complementariedad, entre otros[32]. Si los Estados nada hacen o nada pueden hacer para juzgar estos graves delitos se puede recurrir a la instancia internacional.

30. Aunque no se trata de terrorismo de Estado propiamente tal, hoy también se discute si ciertos actos de terrorismo internacional, como el de las Torres gemelas en Nueva York, podrían comprenderse dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional. Así, PROULX (2003), p. 1010 y ss.; JODOIN (2007), p. 78 y ss.; OLÁSOLO ALONSO y PÉREZ CEPEDA (2008), p. 171 y ss.

31. Además de las ya aludidas sentencias *Goiburú* y *Almonacid Arellano*, también se pueden citar, entre otras, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Myrna Mack Chang* de 25 de noviembre de 2003 [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf], consultado el 5 de junio de 2015, *Barrios Altos* de 14 de marzo de 2001 [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf], consultado el 5 de junio de 2015, *Masacre Plan de Sanchez* de 19 de noviembre de 2004 [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf], consultado el 5 de junio de 2015.

32. Acerca del principio de complementariedad, CARNEVALI (2010b), p. 181 y ss.

Estas cuestiones se examinarán a continuación. De qué forma se pueden configurar crímenes internacionales. Para tal efecto, se hará un análisis, tanto desde el Derecho internacional como del interno.

3.1. Desde el Derecho internacional

La intervención del Estado en actividades que pueden ser calificadas de terroristas y por ello ser sancionados quienes la ejecutan, no es un tema reciente. En efecto, con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se conformó el *Comité Bryce* donde se concluyó que Alemania durante la ocupación de Bélgica, empleó un sistema deliberado y generalizado de terrorismo sobre la población con el propósito de asegurar el control de la región. El empleo de matanzas masivas y la destrucción de la propiedad fueron previamente planificados y ejecutados por las fuerzas alemanas a fin de mermar la voluntad de defensa del pueblo belga[33]. Incluso, en marzo de 1919 la Comisión de responsabilidades, que surgió tras la Conferencia de paz de París, comprendió dentro de la lista de crímenes de guerra el terrorismo sistemático contra la población civil. No obstante, la existencia de antecedentes que daban cuenta de lo anterior, y que fueron cometidos por las fuerzas alemanas –así también por los vencedores, pero sin ser juzgados–, las sentencias condenatorias fueron más bien escasas. Al respecto, debe tenerse presente que el art. 227 del Tratado de Versalles disponía el establecimiento de un Tribunal especial para juzgar al emperador Guillermo II por ofensas supremas a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados[34]. Sin embargo, nunca se pudo juzgar al *Kaiser*, pues los Países Bajos –donde se encontraba– se negaron a extraditarlo, como también a otros importantes jerarcas alemanes. Aunque el Tribunal imperial (*Reichsgericht*) de Leipzig juzgó crímenes de guerra cometidos por alemanes, no tuvo mayor repercusión[35].

Sin lugar a dudas, son los graves acontecimientos que tuvieron lugar tras la Segunda Guerra Mundial los que determinaron el *iter*, ya irreversible, en materia de protección de los Derechos humanos y el papel que pueden llegar a tener las fuerzas estatales. Es así, que el Tribunal Militar Internacional, durante

33. JODOIN (2007), p. 100.

34. Art. 227: "Las potencias aliadas acusan públicamente a Guillermo de Hohenzollern, por falta suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados"

35. MERON (2006), p. 553 y ss.; KITTICHAISAREE (2001), p. 15; JESCHECK (2001), p. 53-54; ETCHEBERRY (1998), p. 129 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS (1955), p. 401; JIMÉNEZ DE ASÚA (1950), p. 982-983; GIL GIL (2000), p. 36-37.

los juicios de Nuremberg, estimó que las políticas de terror emprendidas por el Estado alemán en contra de la población civil se comprendían dentro de lo dispuesto en el art. 6 (b) del Estatuto, esto es, como crímenes de guerra. Es así, que en la sentencia se señaló expresamente que:

> Los territorios ocupados por Alemania fueron administrados violando las leyes de la guerra y que las evidencia eran abrumadoras en cuanto a la existencia de políticas sistemáticas de violencia, brutalidad y *terror* hacia la población civil[36].

Por otro lado, diversos tribunales militares sí consignaron expresamente el crimen de terrorismo dentro de sus estatutos[37].

Con posterioridad, los Convenios de Ginebra de 1949, concretamente el cuarto y los protocolos adicionales I y II, como instrumentos dirigidos a tratar las graves infracciones que pueden tener lugar dentro del marco de contextos bélicos y que se comprenden dentro del Derecho Internacional Humanitario, dispusieron normas relativas al empleo de métodos terroristas. En efecto, el art. 33 del cuarto Convenio, referido a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra establece:

---

36. La cursiva no en el original. Parte de la sentencia señala: "The territories occupied by Germany were administered in violation of the laws of war. The evidence is quite overwhelming of a systematic rule of violence, brutality and terror. On the 7th December, 1941, Hitler issued the directive since known as the 'Nacht und Nebel Erlass' (Night and Fog Decree), under which persons who committed offences against the Reich or the German forces in occupied territories, except where the death sentence was certain, were to be taken secretly to Germany and handed over to the SIPO and SD for trial or punishment in Germany. This decree was signed by the defendant Keitel. After these civilians arrived in Germany, no word of them was permitted to reach the country from which they came, or their relatives; even in cases when they died awaiting trial the families were not informed, the purpose being to create anxiety in the minds of the family of the arrested person. Hitler's purpose in issuing this decree was stated by the defendant Keitel in a covering letter, dated 12th December, 1941, to be as follows:" Efficient and enduring intimidation can only be achieved either by capital punishment or by measures by which the relatives of the criminal and the population do not know the fate of the criminal. This aim is achieved when the criminal is transferred to Germany".

    Ver el texto completo de la sentencia en *American Journal of International Law*, v. 41, 1947, p. 172 y ss. También en: [avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp] (consultado el 5 de junio de 2015).

37. Con mayor detalle, JODOIN (2007), p. 101-102.

> No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de *terrorismo*. Está prohibido el pillaje. Están prohibidas las medidas de represalia contra las personas protegidas y sus bienes[38].

El antecedente más directo de la norma transcrita es el art. 50 de las regulaciones de la Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre[39]. Debe entenderse el art. 33 citado por las terribles prácticas que tuvieron lugar en territorios ocupados durante la segunda gran conflagración[40]. Por su parte, el art. 51 del Protocolo I y el art. 13 del Protocolo II también prohíben, dentro del conflicto, el empleo de medios que causen el terror en la población civil[41]. Así también lo dispone el art. 4.2. d) del mismo Protocolo II que prohíbe los actos de terrorismo contra la población civil.

Pues bien, aun cuando ninguna de estas disposiciones define qué se entiende por terrorismo, se alude, fundamentalmente, a aquellos casos en que estando dentro de conflictos armados, sean o no internacionales, causen terror en la población civil[42]. Con todo, también hay que tener cuidado, pues no todo acto que afecte a civiles puede estimarse sin más como un crimen. Por de pronto, y como es obvio, una guerra para toda población civil siempre causará temor. En consecuencia, si se trata de intervenciones militares legítimas que aunque pudieran causar terror entre los civiles, no estarían, en principio, prohibidas por las leyes de la guerra[43].

---

38. Cuarto Convenio de Ginebra: [www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm] (consultado el 13 de junio de 2015).

39. Art. 50: "Ninguna pena colectiva, pecuniaria o de otra clase podrá imponerse a los habitantes por causa de hechos individuales de que no puedan ser considerados como solidariamente responsables". Ver en: [www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm] (consultado el 13 de junio de 2015).

40. KALSHOVEN (1983), p. 74.

41. Art. 51: "2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Ver en: [www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm] (consultado el 13 de junio de 2015).

    Art. 13: 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil". Ver en: [www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm] (consultado el 13 de junio de 2015).

42. PAREDES CASTAÑÓN (2010), p. 152 y ss.

43. JODOIN (2007), p. 92.

Es necesario pues, precisar cuándo estamos frente a una violación a las normas del Derecho Internacional Humanitario, y por tanto, frente a un eventual crimen de guerra. A este efecto, hay que tener en consideración, tanto el *jus ad bellum* como el *jus in bello*. Sin entrar en mayores detalles, se refieren, respectivamente, a qué casos puede emplearse el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y a qué reglas deben aplicarse cuando se está frente a un conflicto armado. Es decir, el conjunto de normas que gobiernan el comportamiento dentro de un conflicto de esta naturaleza y que tienen su origen en la antigua teoría de la guerra justa[44]. Como es fácil suponer, las dificultades no son menores, por ejemplo, cómo distinguir ciertas tácticas militares que, si bien, se cometen dentro de un contexto bélico pueden llegar a ser calificadas como crímenes de guerra, en cuanto se trata de actos terroristas. Dicho en otros términos, desde qué momento ciertos comportamientos trasgreden las reglas básicas del *ius in bello* y del *ius ad bellum*. Lo expuesto se complejiza cuando intervienen grupos de resistencia contra gobiernos dictatoriales, o en aquellos casos en que los Estados, por afinidad política, apoyan a ciertos grupos contra gobiernos de otros Estados. La tentación de calificar de terroristas a estos grupos es intensa, sobre todo, por parte de quienes están en el poder y se ven atacados[45].

Considerando lo anterior, podría entenderse que se está frente a trasgresiones a las normas propias del Derecho internacional humanitario, y por tanto,

44. SLOANE (2009), p. 56 y ss.

45. Como señala Pérez González (2012a), p. 15: "En tales situaciones, la línea que separa la actividad terrorista de los actos de beligerancia autorizados por el Derecho de los conflictos armados se torna a menudo imprecisa, y así, en lo que se refiere a la situación de ocupación –una de las posibles manifestaciones de las guerras asimétricas actuales–, la calificación como grupo de resistencia o insurgencia, por un lado, o como grupo terrorista, por otro, según la posición subjetiva adoptada, de aquellos que se enfrentan mediante acciones violentas a las fuerzas ocupantes, no deja de constituir un factor perturbador, teñido de coloraciones políticas, a la hora de aplicar a los hechos caracterizaciones jurídicas; de tal manera que las discrepancias generadas lleguen a inficionar el debate sobre el terrorismo y a revelarse como una de las causas de que el acercamiento de los Estados a un consenso sobre lo que haya que entender por terrorismo siga hasta ahora en el atolladero". Sobre el punto no debe olvidarse que los grupos insurgentes han existido siempre, basta considerar los movimientos independistas. Es así, que los llamados movimientos de liberación nacional se los reconoce como sujetos de Derecho internacional. La propia Carta de las Naciones Unidas consagra el principio de libre determinación de los pueblos o la Convención de Ginebra cuando se refiere a los conflictos armados internos. CASSESE (2006), p. 127 ss.

frente a un crimen internacional, cuando se infringen las reglas citadas, a saber, el *jus ad bellum* como el *jus in bello*. En este sentido, cuando ya se está inmerso dentro de un conflicto armado no tiene mayor sentido calificar ciertos actos como delitos terroristas, pues lo que se configuran son crímenes de guerra conforme al Derecho Internacional Humanitario. Es así, que el propio Comité Internacional de la Cruz Roja ha señalado que una vez alcanzado el umbral del conflicto armado, poco aportaría designar "terroristas" la mayoría de los actos de violencia contra civiles o bienes de carácter civil, pues ya son actos que constituyen crímenes de guerra conforme al Derecho internacional humanitario. Por lo anterior, las personas que presuntamente hayan cometido crímenes de guerra pueden ser objeto de enjuiciamiento penal por los Estados de conformidad con las bases de la jurisdicción del Derecho internacional. Como asimismo, puede también ser conocido por la Corte penal internacional[46].

Con todo, si bien en principio puede entenderse que los actos de terrorismo se cometen, frecuentemente, en contextos de conflicto armado y por ende, deberían ser aplicables las normas de del Derecho internacional humanitario, las líneas nunca son demasiado claras y con frecuencia suelen tornarse difusas, sobre todo, como ya se indicó, en aquellos supuestos en que intervienen grupos no estatales o de liberación nacional[47]. Y es que para distinguir en qué casos determinados actos se encontrarían amparados por las leyes de la guerra –*jus in bello*– y cuándo serían derechamente terroristas, se recurre más bien a consideraciones de orden político. Para unos serán terroristas, para otros "combatientes por la libertad". Justamente, esta es una de las razones que impide consensuar a nivel internacional un concepto de terrorismo[48], pues los Estados

46. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 8; Ver también, ABAD CASTELÓS (2012), p. 113. Para Scharf (2004), p. 359 y ss., los actos de terrorismo deberían considerarse una especie de equivalentes a los crímenes de guerra cuando se está en tiempo de paz.

47. Pérez González (2012b), p. 310-311 se refiere al informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio en su informe "Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos" de 2004, presentado a instancias del Secretario general de las Naciones Unidas, que al describir el terrorismo señala: "Cualquier acto, además de los actos ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo"

48. PÉREZ GONZÁLEZ (2012b), p. 312.

que se ven enfrentados a estos grupos tienden a calificarlos como terroristas, evitando que sean juzgados a la luz de las normas del Derecho internacional humanitario. Empero, estos grupos sí tienen un reconocimiento, pues los pueblos tienen Derecho a oponerse y resistirse al opresor, como se desprende, entre otras disposiciones, del art. 1.4. del Protocolo adicional I[49], pero deben hacerlo respetando también las normas propias que regulan un conflicto, procurando evitar que se afecte a la población civil. Por muy legítima que sea su lucha, nada los autoriza a recurrir a métodos terroristas[50]. Es decir, buscar como uno de sus fines aterrorizar a la población civil, no siendo relevantes las consideraciones de orden militar[51].

Cabe destacar que en el Tribunal Penal Internacional para el ex Yugoslavia (TPIY) en el caso *Galic* determinó la responsabilidad penal del general serbio bosnio Stalisnav Galic por crímenes de guerra, entre otros delitos, por estimar que entre septiembre de 1992 y agosto de 1994 en los alrededores y en la misma Sarajevo había cometido actos de violencia con el objetivo principal de causar el terror en la población civil, atendido lo dispuesto en el art. 51 del Protocolo adicional I y del art. 13 del Protocolo adicional II. En la misma sentencia se precisó el significado del crimen de terror:

> 133. In conclusion, the crime of terror against the civilian population in the form charged in the Indictment is constituted of the elements common to offences falling under Article 3 of the Statute, as well as of the following specific elements:

49. Art. 1.4.: "Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas".

50. GASSER (2002), p. 563: "Any combatant who chooses to engage in guerrilla warfare remains bound to respect all rules on the conduct of military operations and the protection of civilians. There will be no excuse if he combines (legitimate) guerrilla warfare with a (criminal) terrorist campaign"; PIGNATELLI y MECA (2012), p. 64: "Por consiguiente, el Derecho internacional humanitario debe ser plenamente respetado, en situación de ocupación militar, por el ocupante y los grupos de resistencia que luchan contra él y en los conflictos de liberación nacional por la potencia colonial y por los movimientos de liberación, debiendo todos ellos, en una y otra situación, abstenerse de cometer actos de terror"; también, PÉREZ GONZÁLEZ (2012b), p. 321 y ss.

51. PIGNATELLI y MECA (2012), p. 61-62.

> 1. Acts of violence directed against the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities causing death or serious injury to body or health within the civilian population.
>
> 2. The offender wilfully made the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities the object of those acts of violence.
>
> 3. The above offence was committed with the primary purpose of spreading terror among the civilian population"[52].

En el caso *Blaskic* también se condenó a Tihomir Blaskic como autor de crímenes de guerra, conforme a lo dispuesto en el art. 51 del Protocolo adicional I, al estimarse que sus ataques a la población civil bosnio musulmana iban a dirigidos a aterrorizarla, pues sus ataques no perseguían propósitos militares[53].

---

52. Sentencia *Galic* en: [www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf] (consultado el 23 de junio de 2015). Además, en la misma sentencia se indica, respecto a la intención: "136. 'Primary purpose' signifies the mens rea of the crime of terror. It is to be understood as excluding dolus eventualis or recklessness from the intentional state specific to terror. Thus the Prosecution is required to prove not only that the Accused accepted the likelihood that terror would result from the illegal acts – or, in other words, that he was aware of the possibility that terror would result – but that that was the result which he specifically intended. The crime of terror is a specific--intent crime"; Jodoin (2007), p. 103.y ss. cita varias sentencias del Tribunal Penal Internacional para el ex Yugoslavia.

53. Sentencia Blaskic en: [www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf] (consultado el 23 de junio de 2015): "732. General Blaskic admitted to the Trial Chamber that he knew that civilians were being detained at Dubravica primary school 1644. These included inter alia the women and children who had been placed around General Blaskic's command post for two weeks. Nonetheless, he announced that he had not made any effort to investigate the circumstances under which people were detained because the civilian authorities and Red Cross were dealing with the matter1645. In addition, the Trial Chamber points out that the school also served as the billet of the Vitezovi. As a result, in the opinion of the Trial Chamber, General Blaskic could not have been unaware of the atmosphere of terror and the rapes which occurred at the school. 733. The Trial Chamber accordingly concludes that General Blaskic did know of the circumstances and conditions under which the Muslims were detained in the facilities mentioned above. In any case, General Blaskic did not perform his duties with the necessary reasonable diligence. As a commander holding the rank of Colonel, he was in a position to exercise effective control over his troops in a relatively confined territory 1646. Furthermore, insofar as the accused ordered that Muslim civilians be detained, he could not have not sought information on the detention conditions. Hence, the Trial Chamber is persuaded beyond all reasonable doubt that General Blaskic had reason to know that violations of international humanitarian law

De lo expuesto, puede afirmarse lo siguiente: presentándose determinados supuestos esenciales como son el contexto –conflicto armado, sea o no internacional y la cualificación a quienes va dirigido el ataque –principalmente la población civil–, los comportamientos de orden terrorista pueden configurar crímenes de guerra. De este modo, se puede recurrir a la Corte Penal Internacional atendido lo dispuesto en el art. 8 del Estatuto de Roma[54]. En efecto, conforme a la norma recién citada pueden calificarse como crímenes de guerra las políticas provenientes del propio Estado, desde el momento que señala expresamente: "(...) en particular cuando se cometan *como parte de un plan o política* o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes". Tal como afirma Pérez González, los actos de terrorismo pueden llegar a calificarse como crímenes internacionales[55]. En este sentido, y como señala el autor, el propio Tribunal penal internacional para la ex-Yugoslavia concluyó que los crímenes más atroces cometidos en un conflicto armado no internacional deben ser considerados como crímenes internacionales, lo que supone que las normas del *ius in bello* son aplicables para enjuiciar a una persona acusada de haber cometido un crimen en un conflicto armado no internacional, comprendiéndose los actos de terrorismo en cuanto violaciones graves del Derecho internacional humanitario[56]. Precisamente, dentro del ámbito de competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, se puede apreciar que diversos crímenes de guerra son susceptibles de encuadrarse dentro de la noción jurídica de actos terroristas, equiparándose entre las situaciones de conflicto internacional y de conflicto interno. Esta idéntica calificación y reproche penal se comprende dentro de la línea jurisprudencial que fue abierta por el Tribunal penal internacional para la ex-Yugoslavia[57].

También se debe analizar si ciertos actos terroristas *desde* el Estado pueden dar lugar a crímenes de lesa humanidad, conforme se disponen en el art. 7 del Estatuto de Roma. Según mi parecer, estos delitos son los que recogen la mayor parte de los supuestos comprendidos dentro del llamado terrorismo de Estado[58]. El artículo en comento afirma que para estar frente al delito que se

---

were being perpetrated when the Muslims from the municipalities of Vitez, Busovaa and Kiseljak were detained".

54. Así, PIGNATELLI y MECA (2012), p. 62.
55. PÉREZ GONZÁLEZ, (2012b), p. 325
56. PÉREZ GONZÁLEZ, (2012b), p. 325.
57. En estos términos, PÉREZ GONZÁLEZ, (2012b), p. 325.
58. Sobre las diferencias entre terrorismo y delitos de lesa humanidad, LLOBET ANGLÍ (2010), p. 100 y ss.

analiza se requiere que "se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil"[59]. Luego señala que por ataque contra una población civil se entenderá: "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la *política de un Estado o de una organización* de cometer ese ataque o para promover esa política"[60]. Precisamente el carácter múltiple, generalizado o sistemático del ataque que se dirige a la población civil da cuenta del *clima de terror al que se puede ver expuesta la población* de ser víctima de una serie de delitos expresados en dicho artículo. Lo mismo puede predicarse de la exigencia que el ataque pueda ser sistemático, dado que pone en evidencia que se está frente a una planificación u organización dirigida a determinados fines[61].

Para la configuración del delito no se exige que se esté ante un conflicto armado ni es preciso un especial ánimo discriminatorio. En todo caso, dentro de los crímenes de lesa humanidad se contempla la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros –art. 7 1) h del Estatuto de Roma–. Aquí sí el autor debe dirigir su conducta conforme a tales motivaciones. Lo mismo sucede con el crimen de apartheid –art. 7 1) j) del Estatuto de Roma–, en que también se requiere que el autor haya cometido el delito en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales.

Resulta fundamental, determinar qué debe entenderse por *cometerlo como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil*, como asimismo, cuál es el conocimiento que el agente debe tener de este ataque, es

59. La referencia a un ataque generalizado o sistemático en los delitos de lesa humanidad no se encuentran en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sí, en cambio, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

60. Cursiva no el artículo oficial. Tratándose de los elementos del crimen se precisa por "ataque contra una población civil": "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la "política de cometer ese ataque" requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil" Ver en: [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD-45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf] (consultado el 23 de junio de 2015).

61. PIGNATELLI y MECA (2012), p. 55.

decir, si se requiere o no que tenga una noción acabada acerca de los planes o de la política que el Estado o la organización pretende llevar a cabo. Pues bien, en cuanto al primer punto es preciso afirmar que debe tratarse de actos que se hallan dentro de un ámbito, un contexto en que los ataques masivos o sistemáticos son organizados, dirigidos o al menos tolerados por el poder político. Así también, cabe su aplicación cuando se está frente a organizaciones que controlan espacios territoriales.

Por otra parte, es preciso dejar claro que la exigencia de que se trate de un ataque generalizado o sistemático, constituyen requisitos alternativos, es decir, es posible tomar en consideración cuestiones de orden cualitativo o cuantitativo para la configuración del delito[62]. Con todo, es esencial que en ambos casos se trate de ataques de naturaleza colectiva o de comisión múltiple dirigidos a una población civil. Igualmente, es fundamental exigir la presencia de una *política concreta* respecto a la cual puedan comprenderse los comportamientos individuales. Justamente es aquí donde pueden presentarse las interrogantes en torno a las exigencias subjetivas, en cuanto a si el dolo del autor no sólo debe conocer el contexto de comisión en que se comprende el ataque, sino que además los detalles del plan o la política del Estado o de la organización. Probablemente, una exigencia de esta naturaleza tornaría muy compleja su configuración, y así se entendió al precisarse los elementos que se han de imponer a este crimen[63]. En consecuencia, es suficiente que el autor conozca que su comportamiento –cualquiera de las modalidades que se especifican en el art. 7 del Estatuto de Roma– se comprende en un accionar más amplio, en el que se reúnen los presupuestos ya examinados[64]. Así, por ejemplo, tratándose

62. Así, GIL GIL (2001), p. 81-82; CHESTERMAN (2000), p. 307 y ss.; MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ (1999), p. 778 y ss.

63. "Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole". Ver en: [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf] (consultado el 23 de junio de 2015).

64. Tal como afirma Ambos (2001), p. 52, debe prescindirse de un conocimiento de todas las características de la agresión o de los detalles exactos de una política o de un plan.

de la primera forma comisiva constitutiva de crimen contra la humanidad que establece el art. 7, a saber, el asesinato, se le exige al autor no sólo que su dolo comprenda la muerte de una o más personas, sino que además el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Por último, tratándose de los crímenes internacionales, es posible también comprender dentro del genocidio los supuestos propios del terrorismo desde el Estado. En efecto, lo ya planteado respecto de los crímenes de lesa humanidad puede aplicarse en este caso, entendiendo, en un sentido amplio, que el genocidio se refiere a acciones *discriminadas* contra determinados grupos específicos de la población. En cambio, los delitos de lesa humanidad apuntan a acciones *indiscriminadas* cometidas en contra de la población civil[65] –con la excepción de los casos ya reseñados, del art. 7 1) h y j del Estatuto de Roma–. Es difícil no concebir el genocidio sin el efecto del terror sobre la población, sobre todo, si se ejerce sobre un determinado sector, buscando su destrucción sobre la base de la pertenencia.

De lo dispuesto en el art. 6 del Tratado de Roma es posible distinguir cuatro supuestos dentro del delito de genocidio. Es así, que tratándose del primer caso, y que sirva a modo de ejemplo (6a) genocidio por matanza de miembros de grupo) es posible apreciar los siguientes *elementos*: 1) que el autor haya dado muerte a una o varias personas; 2) que esas personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado; 3) que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal; 4) que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción. Es del caso, que los elementos 3 y 4 recién citados también pueden encontrarse en los otros supuestos del delito de genocidio, lo que se explica si consideramos que se está frente a un delito de intención[66] –tercer elemento–, así como es esencial considerar el contexto en que tales comportamientos se desarrollan –cuarto elemento–. Respecto de este último, de carácter contextual, a mi modo de ver es exigible que el sujeto

---

Este autor señala también que el dolo se puede demostrar por la vía de la prueba indiciaria cuando el autor únicamente quería favorecer una agresión extendida o sistemática.

65. FEIERSTEIN (2011), p. 577.

66. Así, GIL GIL (1999), p. 178 y ss.

conozca las existencias de estas circunstancias. En efecto, si se afirma que se está frente a un tipo incongruente por exceso subjetivo, para la consumación del delito es esencial que el sujeto realice actos que afecten a miembros de un determinado grupo, siempre que se *enmarquen dentro de un plan dirigido a destruir éste*. Plan que puede entenderse comprendido dentro de la política de un Estado o de una organización. En este sentido, es posible estar frente al tipo que se examina con la muerte de una sola persona, siempre, claro está, que la intención sea la destrucción, total o parcial, del grupo al que pertenece la víctima. Se trata pues, de un delito de resultado cortado, por cuanto se requiere que el agente atente contra ciertos intereses individuales, no siendo necesario que el fin pretendido llegue a concretarse[67]. En este orden de ideas, en los casos *Musema*[68], *Akayesu*[69] y *Jelisic*[70] se señaló que para la configuración del tipo es necesario probar que el acusado ha tenido la intención específica de destruir, al menos en parte, determinados grupos en cuanto tales: la víctima no es elegida por su identidad individual sino por pertenecer a ciertos grupos[71].

Atendido todo lo expuesto, parece no haber mayores dificultades para estimar subsumidos dentro de los crímenes internacionales a los actos terroristas cometidos por agentes estatales o grupos amparados por el Estado, siempre que concurran los elementos exigidos por tales figuras. Es decir, cuando se está frente a situaciones excepcionales, como son los conflictos armados –sean o no internacionales–, o cuando se está frente a regímenes dictatoriales que se sustentan bajo un régimen de terror, como se constató en las citadas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible aplicar las normas propias del Derecho internacional. En estos casos, si bien se emplea la voz *terrorismo* (*de Estado*), no se está, propiamente, frente a un delito de terrorismo, entendido éste en los términos consagrados en los Derechos internos. Se está

67. FEIJOO SÁNCHEZ (1998), p. 2267 y ss. Como señala buena parte de la doctrina, se trata de un delito que protege bienes jurídicos supraindividuales, esto es, determinados grupos humanos, constituidos como una unidad social. Para ello se deberá recurrir a ciencias extrajurídicas, a fin de poder precisar cuando estamos frente a estas unidades.

68. Caso Musema ICTR-96-13 en: [www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-13/trial-judgements/en/000127.pdf] (consultado el 26 de junio de 2015).

69. Caso Akayesu ICTR-96-4 en: [www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf] (consultado el 26 de junio de 2015).

70. Caso Jelisic IT-95-10-A en: [www.icty.org/x/cases/jelisic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf] (consultado el 26 de junio de 2015).

71. KITTICHAISAREE (2001), p. 72 y ss.; ZAKR (2001), p. 263 y ss.

ante *hechos aún más graves*, pues la población civil no cuenta con las instancias, suficientemente independientes, para hacer valer sus Derechos. Cuando se está inmerso en un conflicto armado, sobre todo en los que tiene un carácter interno, ha desaparecido el Estado de Derecho, por lo que las víctimas difícilmente podrán esperar respuesta de las instituciones de su propio país. Asimismo, tratándose de regímenes dictatoriales o totalitarios, el poder está destinado a subyugar a la población, violentando impunemente los Derechos fundamentales de su población. En estos casos, donde el Estado nada hace, ya sea porque asume un papel activo en la comisión de los delitos o al menos los tolera, o, incluso, porque el sistema penal nacional ha desaparecido, los delitos que surgen en este contexto adquieren una relevancia internacional.

A mi modo de ver, se trata de crímenes que conciernen a la comunidad internacional toda, pues se están afectando las bases mínimas de toda convivencia[72]. No sólo existe el deber sino también el Derecho de juzgar, más aún si los Estados llamados a actuar no lo hacen. Es lo que justifica todo el sistema de justicia internacional y el papel que en este contexto tiene el principio de complementariedad, pues en caso de que los Estados no actúen es posible recurrir a la Corte penal internacional.

3.2. Desde el Derecho interno

Con el objeto de brindar mayores argumentos a lo ya expuesto, y poder determinar en qué casos los actos propios del llamado Terrorismo de Estado pueden ser calificados como crímenes internacionales es esencial examinar el Derecho interno.

En este orden de ideas, las cuestiones más complejas se presentan cuando los delitos son cometidos por agentes de Estado o grupos paraestatales dentro de un régimen democrático en tiempos de paz[73]. ¿Se puede hablar propiamente

72. En el preámbulo del Estatuto de Roma se constata lo señalado : "Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia". Entre otros, AMBOS (1999), p. 44-45; GIL GIL (1999), p. 34; BASSIOUNI (1985), p. 1453 y ss.

73. Sobre el punto, Bartoli (2008), p. 211-212, señala que respecto a hechos calificables como terrorismo, pero que son cometidos en tiempos de paz, se debe aplicar la legislación interna o bien, los delitos contra la humanidad. Pero, en tiempos de guerra, se trata de crímenes de guerra o delitos contra la humanidad; CARNEVALI (2010a), p. 121 y ss.

de Terrorismo de Estado? O dicho en otros términos, ¿los delitos cometidos *desde el Estado* son propiamente delitos terroristas? Entendiendo terrorismo en el sentido propio del término, esto es, la comisión de delitos graves en los que se persigue, esencialmente, la desestabilización del orden institucional democrático, en cuanto se constriñe a los poderes públicos o incluso, a organizaciones internacionales a ejecutar o abstenerse de ejecutar ciertos actos; la alteración grave del orden público, o el infundir temor generalizado en la población en cuanto se ven afectados sus Derechos fundamentales.

¿Puede el propio Estado *subvertir* el orden constitucional? Indicado en estos términos, puede parecer difícil que se esté frente a un delito terrorista. Esta figura es más bien aplicable a aquellos grupos que se dirigen, precisamente, a cuestionar al Estado[74]. La regla general es que en los delitos terroristas lo que se pone en entredicho es el poder coercitivo del Estado, al pretender la organización ocupar un espacio normativo. Esto es, discutir su capacidad decisoria, ya sea a nivel interno o, incluso, en la adopción de sus políticas internacionales. En este sentido, debe tenerse presente que estos actos tienen un componente simbólico que no se puede eludir: la especial vulnerabilidad que tiene lugar al cuestionarse estructuras esenciales que conforman el basamento de la identidad social, como son las formas de conveniencia y entendimiento democrático[75].

Con todo, casos como los GAL en España durante los ochenta, permiten plantear ciertas dudas, pues no se trató simplemente de excesos policiales, sino de todo un entramado organizado desde el Estado para combatir el terrorismo de ETA[76]. Se quiso enfrentar el terrorismo a fin de preservar la democracia, empleando métodos terroristas. Como es sabido, los GAL (Grupos

74. Sobre el punto, señala TERRADILLOS BASOCO (2010), p. 281 que debe distinguirse entre el terrorismo de oposición y el terrorismo desde el Estado. Mientras el primero, actúa para condicionar o sustituir el poder, el segundo lo hace para consolidar o incrementar el poder que detenta.

75. Así, LLOBET ANGLÍ (2010), p. 70 y ss.; CANCIO MELIÁ (2008), p. 73 y ss. En, p. 75: "Por lo tanto, se trata de una arrogación de organización no sólo en el sentido de que se arroga una organización ajena, sino, además, que es una organización delictiva quien se la arroga: la organización delictiva se arroga el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de soberanía del Estado. Sólo si se vincula de este modo la emergencia de la organización con el incremento fáctico de la peligrosidad que esta supone, se percibe con claridad el específico significado de la actuación colectiva de las organizaciones criminales: pone en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado".

76. Con detalle, PORTILLA CONTRERAS (2001), p. 501 y ss.

Antiterroristas de Liberación) fueron grupos paraestatales que cometieron torturas y asesinatos, actuando durante bastante tiempo, recibiendo financiamiento del Estado español. Los casos más emblemáticos en los que estuvieron involucrados fueron los asesinatos de Lasa y Zabala y el secuestro de Marey. A pesar de haberse determinado que se trataba de una organización no se le calificó por parte de los tribunales españoles como terrorista, pues, en definitiva no estaba dirigida a subvertir el orden constitucional sino que a mantenerlo[77].

Empero, en un contexto de esta naturaleza, donde se está frente a una organización que cuenta con el apoyo del Estado o que al menos tolera su accionar, que tiene una *connotación política*, por cuanto persigue fines de este orden al pretender "defender" violentamente el orden constitucional, ¿no se comete igualmente un delito terrorista? Y si la respuesta fuera afirmativa, ¿no se trata acaso de terrorismo *desde el Estado*? Todo parece indicar, que no existe impedimento jurídico para decantarnos por el camino afirmativo. Por de pronto, ni en el Derecho chileno ni en el comparado –al menos de las legislaciones más cercana a la nuestra– se establecen limitaciones al respecto; es decir, que no se comprenderían las organizaciones terroristas de carácter paraestatal o cuando intervienen agentes de Estado. Por el contrario, es perfectamente posible calificar éstas como terroristas y sancionarlas conforme al Derecho nacional. Son hechos de particular gravedad como para calificarlos de delitos comunes agravados[78]. Por otro lado, puede aseverarse que casos como el reseñado *alteran gravemente del orden público*[79]. En efecto, como afirma Cancio Meliá:

> Entonces, parece claro que los grupos de la *guerra sucia* que surjan de la propia estructura del Estado –normalmente, de las organizaciones armadas del mismo–, precisamente por su pertenencia a la estructura del Estado, expresan una finalidad política: la de cambiar una piedra angular de la estructura del Estado, la neutralidad de la Administración pública, para combatir con los medios violentos propios de las infracciones de terrorismo a determinados grupos políticos o terroristas" (CANCIO MELIÁ, 2010, p. 191)[80].

En el caso de la delincuencia terrorista lo que se cuestiona es el orden constitucional y los mecanismos de tomas de decisiones democráticas, es decir, las bases mismas de la soberanía. Se puede decir, lo que se busca es suplantar

77. Al respecto, CANCIO MELIÁ (2010), p. 188-189.

78. Así GONZÁLEZ CUSSAC (2006), p. 76.

79. Así expresamente, CANCIO MELIÁ (2010), p. 190-191.

80. La cursiva en el original.

al legislador. En cambio, en el terrorismo de Estado lo que no se respeta es el ejercicio de la actividad punitiva del Estado, al querer reemplazar al poder judicial[81]. La justicia está en sus manos. Qué duda cabe, que en ambos casos se altera gravemente el orden público establecido, pues *se arrancan o inhiben, de forma ilegítima, resoluciones de la autoridad*, siguiendo los términos dispuestos –algo alambicados– en el art. 1 de la Ley 18.314. Ambos son contextos, como se señaló, de fuerte connotación política, que se manifiestan no sólo por su peligrosidad, sino también por su excepcionalidad: se afecta gravemente la institucionalidad y convivencia democrática[82]. Por tanto, en ambos supuestos, tanto respecto de la organización terrorista como de la actuación de agentes de Estado se cometen delitos terroristas, entendidos tales actos de conformidad con la legislación interna.

4. Conclusiones

A pesar de que los actos constitutivos de terrorismo son motivos de particular preocupación, sobre todo hoy por ser una amenaza global, aún no es posible arribar a una noción de consenso. En efecto, los instrumentos internacionales, así como importantes legislaciones nacionales, se limitan a individualizar ciertas conductas y calificarlas como terroristas. Que ello sea así, tampoco debe extrañarnos, pues existen consideraciones ideológicas, políticas o religiosas que entraban una tarea unificadora.

El camino se torna más arduo cuando intervienen agentes de Estado o grupos que actúan amparados por el Estado, pues operan con amplios márgenes de impunidad. ¿Se pueden calificar sus actos como terroristas? Es el llamado Terrorismo de (desde el) Estado. Concepto de difícil precisión, pero particularmente empleado para referirse a casos de particular gravedad que violan los

81. En este sentido, LLOBET ANGLÍ (2010), p. 115; GÓMEZ MARTÍN (2010), p. 48; Garzón Valdés (1989), p. 38-39 afirma: "El terrorismo de Estado es un sistema político cuya regla de reconocimiento permite y/o impone la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder".

82. Como lo expresa claramente Cancio Melia (2009), p. 74: "Si se reconoce la realidad del especial significado a efectos de injusto de los delitos de terrorismo, no sólo por un incierto juicio de peligrosidad, sino también con base en su significado comunicativo en términos políticos, se tendrá la clave para intentar diseñar los límites inmanentes de esa especialidad, y señalar los puntos en los que la regulación positiva los desborda".

Derechos humanos. Si bien, no existe una definición jurídica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias emblemáticas se ha pronunciado al respecto, lo que permite brindar una delimitación al fenómeno que es objeto de análisis.

Pues bien, en este trabajo se quiso demostrar bajo qué circunstancias el Terrorismo de Estado son actos que constituyen crímenes internacionales, al estimarse la afectación seria que se producen a los Derechos humanos. Incluso, se apreció que esta forma de terrorismo es aún más grave que los delitos que pudieran cometer quienes luchan en su contra. En este sentido, debe tenerse presente que los agentes de Estado no tienen contrapeso alguno, pues todo el aparato estatal está en su favor. Se trata de casos en donde el Estado de Derecho ha desaparecido o es sólo una apariencia, por lo que las víctimas difícilmente pueden esperar algo de sus instituciones. Frente a un escenario de esta envergadura, sólo puede hablarse de crímenes internacionales, los que tienen jurisdicción universal.

En cambio, me parece que la situación puede valorarse desde una perspectiva distinta cuando los delitos cometidos por agentes de Estado o grupos paraestatales tienen lugar bajo un régimen democrático en tiempos de paz. Hay quienes afirman que no cabe hablar de Terrorismo de Estado, pues el mismo Estado no puede ser subversivo de su propio orden constitucional, por lo que sólo cabría aplicar delitos comunes con agravaciones. Empero, como se pretendió demostrar, también es posible estimar que los agentes de Estado o grupos pueden cometer delitos terroristas y aplicarse al efecto su legislación interna. Estos hechos pueden calificarse del mismo modo que aquellos que ejecutan sus adversarios, pues lo que se aprecia es el no respeto a la función punitiva del Estado. Se pretende hacer justicia de propia mano, alterándose gravemente de este modo, el orden público.

No cabe duda que el concepto examinado es de muy difícil aprehensión, sobre todo, si no se dispone de alguna mínima noción sobre la cual se pueda trabajar. Con todo, y considerando las experiencias dolorosas vividas en nuestros países, se torna una obligación entregar ciertos elementos de juicio que permitan otorgar una adecuada calificación jurídica a estos comportamientos.

5. Bibliografía citada

ABAD CASTELÓS, Monserrat (2012): El concepto jurídico de terrorismo y lo problemas relativos a su ausencia en el ámbito de las Naciones Unidas. En: CONDE PÉREZ, Elena; IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara (Dir.). *Terrorismo y legalidad internacional*. Madrid: Dykinson.

ABADINSKY, Howard. *Organized crime*. Belmont: Wadsworth, décima edición, 2013.

ALIOZI, Zoi. A critique of state terrorism. *A critical legal studies journal,* v. 6, n. 1, p. 54-69, 2012/2013.

AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho penal internacional*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

AMBOS, Kai. "Elementos del crimen" así como Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. En: AMBOS, Kai (Coord.). *La nueva justicia penal internacional. Desarrollos Post-Roma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ARNOLD, Roberta. *The ICC as a new instrument for repressing terrorism*. Ardsley/New York: Transnational Publishers, 2004.

ASÚA BATARRITA, Adela. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. En: ECHANO BASALDÚA, Juan (Coord.). *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de los Derechos humanos cometidas en el extranjero. En: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *El Derecho Penal Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. VII, p. 199-223, 2001.

BARTOLI, Roberto. *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico* jus in bello *del criminale e annientamento del nemico assoluto*. Turín: Giappichelli, 2008.

BASSIOUNI, Cherif. The proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Potection of Human Rights. En: *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck zum 70 Geburstag*. Berlin, 1985.

BECK, Ulrich (2003): *Sobre el terrorismo y la guerra.* (trad. de R. S Carbó, Barcelona, Paidós).

BIN, Roberto. Democrazia e terrorismo. En: DE MAGLIE, Cristina/Seminara y Sergio (Dir.). *Terrorismo internazionale e Diritto penale*. Padua: Cedam, 2007.

BEGORRE-BRET, Cyrille. The definition of terrorism and the challenge of relativism. *Cardozo Law Review*, v. 27, p. 1987-2004, 2005/2006.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya. La "guerra" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Colombiano de Derecho internacional*, v. 3 especial, p. 117-153, 2010.

BURLEIGH, Michael. *Sangre y rabia. Una historia cultural del terrorismo*. Trad. Miguel Martínez-Lage y Natalia Rodríguez-Martín. Madrid: Taurus, 2008.

CAMPOS MORENO, Juan Carlos. *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*. Valencia: General de Derecho, 1997.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos y ORTS BERENGUER, Enrique. Un Derecho penal contra el pluralismo y la libertad. En: CARBONELL MATEU, Juan

Carlos et al. *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto en los delitos de organización: peligro y significado. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos de organización*. Montevideo: B de F, 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo:* estructura típica e injusto. Madrid: Reus, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código penal español. En: CUERDA RIEZU, Antonio y JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco (Dir.). *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 2009.

CARNEVALI R., Raúl. El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXV, 2° semestre, p. 109-145, 2010a.

CARNEVALI R., Raúl. Los principios de primacía y complementariedad. Una necesaria conciliación entre las competencias de los órganos penales nacionales y los internacionales. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. XXIII, n. 1, p. 181-200, 2010b.

CASSESE, Antonio. *Diritto Internazionale*. Bologna: Il Mulino, 2006.

CHALIAND, Gerard y ARNAUD, Blind (Dir.). *Storia del terrorimo. Dall'antichitá ad Al Qaeda*. Trad. Daniele Rocca. Turín: Utet, 2007.

CHESTERMAN, Simon. An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 10, p. 307-343, 2010.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *El Derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos*, Doc 30IC/07/8.4. Disponible en: [www.icrc.org/spa/assets/files/other/30ic-ihl-challenges-2007-spa.pdf], 2007.

CORLETT, Angelo. *Terrorism. A Philosophical Analysis*. Dordrecht: Kluwer, 2003.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y DE MIGUEL, Jesús. Aproximación psicosocial al análisis de los movimientos terroristas. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y POZUELO PÉREZ, Laura (Coord.) *Política criminal en vanguardia*. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2008.

DERSHOWITZ, Alan M. *Why Terrorism Works*. New Haven/Londres: Yale University Press, 2002.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 1998. t. 1.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Reflexiones en torno al delito de genocidio (artículo 607 del Código Penal). *La Ley*, n. 6, p. 2267-228, 1998.

FEIERSTEIN, Daniel. Sobre conceptos, memorias e identidades: guerra, genocidio y/o terrorismo de Estado en Argentina. *Política y Sociedad*, v. 48, n. 3, p. 571-586, 2011.

FRIEDLANDER, Robert A. The origins of international terrorism. En: ALEXANDER, Yonah y FINGER, Seymour (Ed.) *Terrorism:* Interdisciplinary Perspectives. New York: The John Jay Press, 1977.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. La tipificación "europea" del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas. En: VV.AA. *El Derecho penal frente a la inseguridad global*. Albacete: Bomarzo, 2007.

GARCÍA SAN PEDRO, José. *Terrorismo:* aspectos criminológicos y legales. Madrid: Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 1993.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El Terrorismo de Estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad). *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n. 65, p. 35-55, 1989.

GASSER, Hans-Peter. Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, v. 84, n. 847, p. 547-570, 2002.

GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1999.

GIL GIL, Alicia. Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte penal internacional a la luz de los Elementos de los Crímenes. En: AMBOS, Kai (Coord.) *La nueva justicia penal internacional. Desarrollos Post-Roma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

GIL GIL, Alicia. Tribunales penales internacionales. *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. extraordinario, p. 35-58, 2000.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Notas para un concepto funcional de terrorismo. En: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón y DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, José. El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Chile. En: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequie y ELSNER, Gisela (Ed.). *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

HARDOUIN, Patrick. Bank governance and public-private partnership in preventing and confronting organized crime, corruption and terrorism financing. *Journal of financial crime,* v. 16, n. 3, p.199-209, 2009.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile. En: VV.AA. *Libro Homenaje a los Profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. Santiago: Lom, 2013.

HORGAN, John. *Psicología del terrorismo*. Trad. Joan Trujillo Parra. Barcelona: Gedisa, 2006.

HMOUD, Mahmoud. Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism. *Journal of International Criminal Justice*, n. 4, p. 1031-1043, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich. El Tribunal Penal Internacional. Trad. María José Pifarré de Moner. *Revista Penal*, n. 8, p. 53-59, 2001.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950. t. 2.

JODOIN, Sébastien. Terrorism as War Crime. *International Criminal Law Review*, n. 7, p. 77-115, 2007.

KALSHOVEN, Frits. "Guerrilla" and "Terrorism" in Internal Armed Conflict. *American University Law Review*, v. 33, p. 67-81, 1983.

KAPITAN, Tomis y SCHULTE, Erich. The rhetoric of "terrorism" and its consequences. *Journal of Political and Military Sociology*, v. 30, n. 1, p. 172-196, 2002.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International criminal law*. New York: Oxford University Press, 2001.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile. En: ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.). *Libro homenaje al Dr Marino Barbero Santos*. Salamanca: Universidad de Castilla la Mancha, 2001. v. 1.

LAQUEAUR, Walter. *Un historia del terrorismo*. Trad. Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar. Barcelona: Paidós, 2003.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010.

MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, José. El concepto de crímenes de lesa humanidad. *Actualidad Penal*, n. 41, p. 773-790, 1999.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano, 2010.

MERON, Theodor. Reflections on the prosecution of war crimes by International Tribunals. *American Journal of International Law*, v. 100, p. 551-579, 2006.

MORAL DE LA ROSA, Juan. *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal:* parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, decimonovena edición, 2013.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Terrorismo internacional y conflicto armado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El "terrorista" ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural. En: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón y DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.) *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel, 2010.

PERRI, Frank S. y BRODY, Richard G. The dark triad: organized crime, terror and fraud. *Journal of Money Laundering Control*, v. 14, n. 1, p. 44-59, 2011.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. Presentación. En: PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (Dir.) y CONDE PÉREZ, Elena (Coord.). *Lucha contra el terrorismo, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012a.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. Terrorismo y Derecho internacional humanitario. En: CONDE PÉREZ, Elena y IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara (Dir.). *Terrorismo y legalidad internacional*. Madrid: Dykinson, 2012b.

PIGNATELLI Y MECA, Fernando. La posibilidad jurídica de considerar incriminados los actos de terror en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En: PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (Dir.) y CONDE PÉREZ, Elena (Coord.). *Lucha contra el terrorismo, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación (G.A.L.). En: ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha-Ed. Universidad de Salamanca, 2001. v. 2.

PROULX, Vincent-Joel. Rethinking the jurisdiction of the International Criminal Court in the post-september 11th era: Should acts of terrorism qualify as crimes against humanity? *American University International Law Review*, 19, n. 5, p. 1009-1089, 2003.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones, 1955. t. 1.

REINARES, Fernando. *Terrorismo global*. Madrid: Taurus, 2003.

ROBESPIERRE, Maximilien. *Virtud y terror* (Introducción a cargo de Slavoj Zizek). Trad. Juan María López de Sa y Madariaga. Madrid: Akal, 2010.

SCHARF, Michael P. Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes: Problems and Prospects. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 36, p. 359-374, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. Montevideo/ Buenos Aires: BD de F, tercera edición, 2011.

SLOANE, Robert. The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, p. 47-112, 2009.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo. En: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón y DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel, 2010.

VENTURA, Angelo. *Per una storia del terrorismo italiano*. Roma: Donzelli, 2010.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. *Política Criminal*, n. 2, A3, 2006. Disponible en: [www.politica-criminal.cl/n_02/a_3_2.pdf].

WALDMANN, Peter. El terrorismo: concepto, estrategia y alcance. *Política criminal comparada, hoy y mañana. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. IX, p. 181-208, 1998.

ZAKR, Nasser. Analyse spécifique du crime de génocide dans le Tribunal pénal international pour le Rwanda. En: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- As iniciativas de reforma à lei de segurança nacional na consolidação da atual democracia brasileira: da inércia legislativa na defesa do estado democrático de direito à ascensão do terrorismo, de Diego Nunes – *RBCCrim* 107/265-305 (DTR\2014\1562);
- Estado democrático de direito e o combate ao terrorismo, de Pedro Luis Chambô – *RDCI* 101/229-252 (DTR\2017\1494); e
- O estado islâmico e os atentados terroristas em Paris – Tristezas, incertezas e suas ligações com o crime organizado, de Rodrigo Carneiro Gomes – *RT* 963/293-307 (DTR\2016\188).

Problemas do processo de criminalização da Associação para o Tráfico de Drogas: dissonâncias sistêmicas do ordenamento jurídico reveladas por acórdãos do Distrito Federal

Problems in the Criminalization Process of the Association for Drug Trafficking: systemic dissonances in the legal order revealed by judgments of the Federal District

Thiago Rais de Castro

Mestre em Engenharia Elétrica pela Universidade de São Paulo (USP). Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Analista do Senado Federal em Brasília/DF.
thiagoraiscastro@gmail.com

Cristina Zackseski

Doutora em Estudos Comparados sobre as Américas pela Universidade de Brasília (CEPPAC/UnB). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Vice-Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (NEVIS/UnB). Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal.
cristinazbr@gmail.com

Recebido em: 29.10.2016
Aprovado em: 09.01.2017
Última versão do autor: 30.01.2017

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo contém o resultado de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre problemas na definição e na aplicação da pena do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, Lei 11.343/2006). Iniciou-se pela comparação do tipo penal de associação para o tráfico com outras duas modalidades de associação – uma voltada para prática de crimes hediondos, e a segunda, para a consecução de genocídio – a fim de evidenciar a discrepância existente quanto ao rigor da criminalização das modalidades citadas. Posteriormente foi feita

Abstract: This article contains the results of a bibliographical and jurisprudential research about conceptual and application issues concerning the sentence for the crime of association for drug trafficking (article 35, Law 11,343/2006). The study is based on the comparison between the penal norm of association for drug trafficking and two other modalities – one aimed at committing heinous crimes and another aimed at genocidal practice. Initially, this comparison was made to elucidate the discrepancy in the criminalization of those

Castro, Thiago Rais de; Zackseski, Cristina. Problemas do processo de criminalização da Associação para o Tráfico de Drogas: dissonâncias sistêmicas do ordenamento jurídico reveladas por acórdãos do Distrito Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 136. ano 25. p. 103-125. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

uma busca dos argumentos utilizados pelo TJDFT para tornar a aplicação desse tipo penal condizente com os demais. Para tanto, a metodologia adotada consistiu na análise dos acórdãos em que se discutiu a dosimetria da pena de julgados envolvendo o artigo 35 da Lei 11.343/06, prolatados no segundo semestre de 2015. Apesar de ter sido constatada a preocupação do Judiciário em formular uma interpretação desse dispositivo legal em harmonia com as demais reprimendas, essa atuação encontra limites no princípio da legalidade. Assim, concluiu-se que, por mais engenhosas que sejam as construções argumentativas utilizadas, há uma dissonância sistêmica que se observa na prática judicial e requer soluções no plano legislativo.

Palavras-chave: Lei Antidrogas – Associação para o tráfico de drogas – Criminalização primária dissonante – Estudo empírico de natureza qualitativa – Argumentação do TJDFT.

modalities. Subsequently, a search for TJDF's arguments was made to make the application of this penal norm compatible with others. To this end, the adopted methodology consisted of analysis of court judgments with a discussion of the discrepancy among convicts' sentences applied under article 35, Law 11,343/06, issued in the second semester of 2015. It has been observed that the Judiciary's concern to formulate a consistent interpretation of this penal norm is limited by the legality principle. Therefore, it has been concluded that as ingenious as the constructed arguments are, there is a visible systemic dissonance in the judicial practice that requires legislative solutions.

Keywords: Anti-drug law – Association for drug trafficking – Dissonant primary criminalization – Qualitative empirical study – TJDF's argumentation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Comparação do crime de associação para o tráfico com a associação para a consecução de crimes hediondos e a associação para a prática de genocídio. 3. Argumentação do TJDFT sobre a associação para o tráfico de drogas. 3.1. Não caracterização do crime de associação para o tráfico. 3.2. Participação de menor de idade: Incidência de causa de aumento. 3.3. Vedação da redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria. 3.4. Não configuração do crime de associação para o tráfico apesar dos reiterados atos. 3.5. Requisitos para configurar a associação para o tráfico. 3.6. Concurso de pessoas ou associação para o tráfico?. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

O recrudescimento da pena do crime de associação para o tráfico de drogas realizado pela Lei 11.343, de 2006 (Lei Antidrogas – LAD) ao revogar a lei anterior (Lei 6.368/76) e, tacitamente, parte do artigo 8º da Lei 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos – LCH), reflete o desvalor atribuído atualmente pelo legislador brasileiro à prática desse delito. Observamos um enorme descompasso ao comparar a reprimenda do primeiro crime, previsto no artigo 35 da LAD, com aquela conferida pelo Direito Penal na proteção de outros valores, de igual ou maior relevância para a ordem constitucional como um todo. Tal descompasso será evidenciado na seção 2 deste texto, na qual se contrapõe

o crime de associação para o tráfico à associação para a consecução de crimes hediondos (art. 8º, LCH) e à associação para a prática de genocídio (art. 2º da Lei 2.889/56 – Lei do Genocídio, LG).

Em 2007, um ano, portanto, depois da promulgação da LAD, Carlos Bacila e Paulo Rangel comentavam com as seguintes palavras o artigo 35:

> Parece que o tipo não tem um fundamento sistemático, mas tão-somente uma tendência punitiva sem compromisso com a lógica dos institutos. Para a aplicação deste tipo, entendemos que a interpretação deve ser o mais restrita quanto possível, dado o exagero do legislador ao praticamente elevar o concurso de agentes a uma espécie estranha de formação de quadrilha.[1]

Inicialmente, podemos dizer que essa situação está relacionada a alguns fatores principais: a demonização das drogas por parte de setores sociais conservadores[2] insuflados por uma mídia sensacionalista e pela ação de empresários morais[3]. Como resultado desta combinação, temos uma política criminal pretensamente eficientista[4], baseada na tese da escassez do controle e na "cantiga da impunidade", que tem produzido uma quantidade inadministrável de presos para o sistema penitenciário[5], que tem como novidade nos últimos anos o fato de atingir a população feminina brasileira[6].

---

1. BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 135.
2. Sobre a ação dos movimentos sociais contrários e favoráveis à descriminalização das drogas, ver: MVUMBI, Betuel Virgilio. *Drogas e democracia:* reflexões sobre as políticas nacionais e internacionais de controle. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
3. Sobre o efeito da ação da mídia e dos empresários morais sobre a política criminal brasileira, ver: ZACKSESKI, Cristina. Fragmentos do jogo político-criminal brasileiro. In: MACHADO, Bruno A. (Org.). *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 263-288.
4. Para uma distinção entre garantismo e eficientismo penal, ver: ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. In: *Encontro Nacional do CONPEDI* (21: 2012: Uberlândia, MG). Anais do [Recurso eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.
5. É da mais alta relevância esta consequência, pelo que estamos vendo e vivendo neste início de 2017, com 137 pessoas mortas em presídios do país em 19 dias, segundo dados oficiais veiculados na imprensa. (HAIDAR, Daniel. Descontrole incendiário. *Revista Época*, edição 970, de 23 de janeiro de 2017, p. 49, 50, 51).
6. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Infopen Mulher*, 2015.

A profusão de dispositivos criminalizadores elaborados de forma emergencial, sem o devido cuidado com as regras vigentes, especialmente com a Constituição Federal (CF/88), acaba produzindo resultados contraditórios – às vezes só aparentemente – sendo oportuna a realização de um estudo sobre a argumentação jurídica utilizada hodiernamente pelos tribunais na aplicação do artigo 35 da LAD.

Assim, este trabalho visa à realização de uma leitura dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), selecionados por meio de consulta realizada à base de dados desse órgão[7]. Foram localizados todos os acórdãos nos quais se analisou a dosimetria da pena de crimes envolvendo associação para o tráfico de drogas [8], prolatados no intervalo de 01.07.2015 a 31.12.2015[9].

O estudo proposto tem o objetivo de identificar os fundamentos jurídicos utilizados para harmonizar a rigorosa criminalização primária do crime em comento com os demais valores tutelados pelo Direto Penal. Os resultados desse empreendimento são apresentados na seção 3.

Por fim, apresentam-se as conclusões referentes à análise dos julgados do TJDFT, procurando-se avaliar o alcance dos argumentos empregados.

2. Comparação do crime de associação para o tráfico com a associação para a consecução de crimes hediondos e a associação para a prática de genocídio

Nesta seção, buscar-se-á demonstrar o quanto o crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, LAD) destoa das demais associações, em especial, a voltada à consecução de crimes hediondos (art. 8º, LCH) e à prática de genocídio (art. 2º, LG). Essas condutas foram escolhidas como objeto de confronto pelo fato de serem empregadas pelo Direito Penal na tutela de bens jurídicos tidos como da mais alta relevância. Especificamente, o tipo penal de associação para prática de homicídio qualificado (art. 1º, I, *in fine* c/c art. 8º, LCH) visa à proteção da paz pública contra atos que causem lesão à vida. Observa-se, de

7. Disponível em: [www.tjdft.jus.br/]. Acesso em: 20.07.2016.

8. A expressão utilizada na consulta feita à base de dados do TJDFT foi: ("art. 35" ou "artigo 35") ("11.343" ou "11343") *dosimetria*.

9. Por meio dos parâmetros de pesquisa indicados, foram obtidos seis acórdãos de número: 877.264, 879.169, 881.932, 895.029, 895.034 e 899.454.

imediato, que o valor constitucional que está em jogo é o de maior relevância: a vida da pessoa humana (art. 1º, III, CF)[10].

De forma análoga, a associação para a prática genocida de agressão física de membros de determinado grupo racial (art. 1º, *b*, c/c art. 2º, LG) possui o mesmo objeto jurídico discutido no parágrafo anterior[11]. Contudo, os valores constitucionais envolvidos nessa criminalização são mais amplos, haja vista abranger a preservação da pessoa humana (art. 1º, III, CF), bem como o interesse supremo de estabelecimento de uma sociedade fraterna e sem preconceitos de raça (Preâmbulo, arts. 3º, IV, 4º, VIII, 5º, XLII, CF).

Contrasta-se, assim, a associação para a prática de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, c/c art. 35, LAD) que tem como objeto jurídico a paz pública com vistas à proteção da saúde pública. Tal tutela encontra respaldo constitucional no direito à saúde, inserto no rol dos direitos sociais (art. 6º c/c art. 196 e ss.)[12]. Contudo, sabemos que em matéria de dogas há muito mais influência das urgências do campo da segurança pública do que de argumentos e aspectos concretos que permitam ver na atividade legislativa uma preocupação com saúde[13].

Ressalta-se que a discussão em torno do objeto jurídico dos crimes supracitados não está pacificada por envolver a complexa questão da legitimidade de delitos de perigo abstrato relacionados ao pertencimento a determinado agrupamento criminoso[14], a exemplo da associação para o tráfico de drogas.

10. GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.) *Legislação criminal especial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. v. 6. p. 495-498.
11. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais especiais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 659.
12. PRADO, Luiz. Regis. Salud pública. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria. (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares, 2011. t. 2. p. 1481-1485.
13. A esse respeito, ver estudo realizado na Universidade de Brasília: SOARES, Milena Karla; ZACKSESKI, Cristina. Proibicionismo e poder regulatório: uma pesquisa documental sobre o processo administrativo de classificação das drogas. In: *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário* 5(3):135-156. jul.-set. 2016. Disponível em: [www.*cadernos*.prodisa.fiocruz.br/index.php/*cadernos*/article/download/306/400]. Acesso em: 11.01.2017.
14. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Abordagem dos delitos de posse e dos delitos de pertencimento. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, Andrés. *Delitos de posse*: drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 58-60.

A abordagem proposta por Nuria Pastor Muñoz[15] consegue dar conta de parte da abrangência do artigo 35 da LAD ao justificar o delito de pertencimento como sendo uma punição pela perturbação social da segurança – frise-se: o que se está repreendendo é a manifestação da periculosidade subjetiva (direito penal do fato), e não a periculosidade subjetiva em si (direito penal do autor). Contudo, carece, ainda, de legitimação a criminalização da posse de objetos destinado à produção de drogas (art. 34 c/c art. 35, LAD), pois, nessa hipótese, há unicamente uma suspeita ou presunção de perigosidade subjetiva ou disposição para delinquir (direito penal da suspeita)[16].

Tendo exposto o objeto jurídico de cada um dos tipos penais analisados e os valores constitucionais envolvidos, passa-se a investigar o tratamento dado pelas respectivas leis.

A primeira diferença diz respeito ao montante de pena previsto em abstrato: se a associação estiver voltada à prática de crimes hediondos, a reprimenda será de três a seis anos; se ligada à forma de genocídio aqui investigada, um a quatro anos; caso for para o tráfico, três a dez anos. Torna-se evidente o descompasso ao se observar que a pena máxima da associação para o tráfico é, aproximadamente, 66% maior do que a relacionada a crimes hediondos e 150% mais elevada do que a referente ao genocídio perpetrado por meio de agressões físicas[17].

Além disso, o tipo penal de associação para o tráfico é o único que prevê, concomitantemente, uma pena de multa, que aliás é extremamente alta, podendo variar de R$ 20.533 a R$ 35.200[18]. Tal reprimenda é incompatível com a renda média de R$ 1.113[19] dos brasileiros em 2015, a não ser que ela tenha

15. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. cit., p. 63-66.
16. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. cit., p. 66.
17. Para Nuria Pastor Muñoz (op. cit., p. 67), a pena aplicada nos crimes de pertencimento à associação, grupo ou organização criminosa deve ser proporcional ao fato cometido, não devendo "ter em conta os delitos que o autor se mostra disposto a cometer, mas somente a ameaça que o autor expressa com a conduta já cometida (a posse, o pertencer à organização criminosa) e a que foi objeto de prova".
18. Os valores apresentados tiveram por base o salário mínimo de R$ 880 vigente em 2016 (Decreto 8.618/2015), bem como o mínimo legal do dia-multa (art. 43, *caput*, LAD).
19. Renda média calculada pelo IBGE para o ano de 2015. Disponível em: [www.ibge.gov.br]. Acesso em: 08.05.2016.

sido prevista para ser paga com o dinheiro angariado com o próprio crime, o que seria teratológico[20].

Outro contraste refere-se ao requisito tocante ao número de integrantes para a configuração do crime. A associação para a prática de crimes hediondos exige um contingente mínimo de três indivíduos; se direcionada ao genocídio, ao menos quatro. De forma dissonante, a união de apenas 2 pessoas para o tráfico é suficiente para caracterizar a associação, facilitando sobremaneira a consumação desse delito.

Quanto às causas de aumento, tanto a associação voltada a crimes hediondos como a genocídios possuem apenas uma cada, possibilitando recrudescer a pena daquela em até metade (art. 288, CP) e aumentar a pena desta em um terço (art. 4º, LG). Já a associação para traficância apresenta um extenso rol de circunstâncias legais (art. 40, I a IV, LAD), que autoriza uma intensificação mais elevada: de um sexto a dois terços.

Se não bastasse, há o estabelecimento das circunstâncias judiciais preponderantes na dosimetria da pena da associação para o tráfico (art. 42, LAD). Tal previsão contribui para a aplicação de penas mais altas por considerar aspectos próprio desse crime.

Por fim, atribuem-se à essa associação quase as mesmas consequências dos crimes hediondos (impossibilidade de indulto, graça etc.), salvo as restrições de progressão (art. 44, LAD)[21]. Observa-se que a associação direcionada a delitos hediondos não é, por si só, crime hediondo; assim será, por outro lado, caso esteja voltada ao genocídio (art. 1º, parágrafo único, LCH).

3. Argumentação do TJDFT sobre a associação para o tráfico de drogas

Nesta seção, apresentar-se-ão as construções jurisprudenciais utilizadas pelo TJDFT no julgamento revisional de crimes envolvendo a associação para o tráfico.

Observamos que a doutrina converge sobre os requisitos necessários para a configuração deste crime e apresentamos os principais autores que escreveram livros com comentários específicos sobre a LAD e o que dizem sobre tais requisitos no quadro a seguir:

20. NUCCI, G. S. Op. cit., p. 380.

21. GOMES, L. F.; CUNHA R. S. (Coord.). Op. cit., p. 279.

Quadro I – Requisitos para a associação para o tráfico presentes na doutrina

Autores	Damásio de Jesus[22]	Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi[23]	Luís Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira[24]	Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel[25]
Requisitos	– duas ou mais pessoas; – acordo dos parceiros; – vínculo associativo; – finalidade de praticar os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e parágrafo 1º, 34 e 36.	– duas ou mais pessoas; – *animus* associativo, ou seja, uma verdadeira *societas sceleris*; – dolo específico.	– exige apenas duas pessoas; – agrupadas de forma estável e permanente, restando provado o *animus* associativo; – dolo específico de traficar drogas ou maquinários.	– acordo de duas, três, quatro, cinco ou mais pessoas; – sintonia de atos e cooperação no propósito delituoso; – caracterização da estabilidade da associação.

A observância destes requisitos e outros aspectos estão presentes como fundamento das decisões analisadas nos próximos itens deste texto, assim como outros pontos há muito debatidos e ainda controversos sobre associação criminosa (antiga formação de quadrilha).

3.1. Não caracterização do crime de associação para o tráfico

A primeira apelação investigada refere-se ao acordão de n. 877.264, sob a relatoria da Des. Sandra de Santis, que reviu a sentença de Marcos, Edson e Edna[26]. Esse caso teve início com denúncias anônimas que levaram a polícia civil à abertura de investigação criminal para apurar o envolvimento de Marcos e Edna com o tráfico de drogas em Planaltina/DF.

Entre as diligências realizadas, as interceptações telefônicas permitiram associar Marcos a Edson, suspeito de liderar grupo responsável pelo fornecimento de drogas, em larga escala, para traficantes daquela região administrativa do Distrito Federal.

22. JESUS, Damásio de. *Lei Antidrogas anotada*: comentários à Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 159.
23. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas anotada*. Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 129.
24. GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*. Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 206-207.
25. BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 135.
26. Os nomes verdadeiros das pessoas envolvidas nos processos aqui descritos foram trocados por nomes fictícios, preservando-se, contudo, o gênero deles – masculino ou feminino – visto que constitui um elemento de análise deste trabalho.

Em uma ação policial realizada em 2014, Marcos foi flagrado vendendo cocaína para Edna. Na ocasião, foi apreendida uma arma com o número de identificação suprimido no carro de Marcos. Esse flagrante deu ensejo a um processo judicial tendo como réus Edson, Marcos e Edna.

Destaca-se, na decisão de primeira instância, o fato de que nenhum dos réus foi condenado pelo crime de associação para a prática de tráfico de drogas. Ademais, Edson – o suposto líder – foi absolvido de todos os crimes por ausência de provas.

No acórdão da apelação, o voto vencedor da Relatora do TJDFT reviu todas as penas, a fim condenar Marcos e Edson pelo crime de associação para o tráfico[27]. A argumentação utilizada pela Des. será, a seguir, pormenorizadamente discutida.

Observa-se, de início, a construção jurisprudencial que considera as características próprias do *modus operandi* do tráfico de drogas: a existência de uma verdadeira cadeia produtiva. Assim, para configurar o crime de associação para a traficância, exige-se a demonstração de que a relação existente entre os agentes não se esgota em práticas comuns à cadeia produtiva de entorpecentes – como as condutas de fornecimento, compra e venda. Tal construção decorre do receio de que toda prisão de duas ou mais pessoas relacionada a drogas desse ensejo à aplicação, em concurso material, do crime de associação para o tráfico, como fica patente no trecho do voto de Sandra de Santis transcrito a seguir:

> O simples fato de Marcos atuar como fornecedor de Edna não configura o delito. Indispensável a comprovação do vínculo subjetivo. Do contrário, toda vez que dois ou mais indivíduos fossem presos com droga, haveria reconhecimento dos crimes de tráfico (art. 33, *caput*) e de associação para o tráfico (art. 35), em concurso material.[28-29]

27. O acórdão do TJDFT condenou Marcos a 17 anos e 1 mês de reclusão em regime inicial fechado e a 1.664 dias-multa, no valor mínimo, pelos crimes dos arts. 33, *caput*, e 35, da LAD, e do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento. Edson, por sua vez, foi condenado a 4 anos de reclusão, no regime aberto, e a 800 dias-multa, no valor mínimo, pelo delito do artigo 35 da LAD. Por último, Edna foi condenada a 5 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial semiaberto, vedada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, bem como a 550 dias-multa, no valor mínimo, pelo crime do artigo 33, *caput*, da LAD.
28. Os nomes verdadeiros das pessoas envolvidas foram trocados por nomes fictícios.
29. Acórdão 877.264, 20140110011668ª/PR, rel. Sandra de Santis, rev. Romão c. Oliveira, 1ª Turma Criminal, j. 25.06.2015, *DJe* 06.07.2015, p. 237.

Dentre as causas do supracitado receito, destaca-se a expressão utilizada no artigo 35 da LAD, qual seja "reiteradamente ou não", que amplia consideravelmente o âmbito de aplicação do tipo penal em comento[30].

Tanto a sentença do juízo de primeira instância quanto os votos dos Desembargadores – Sandra de Santis, Romão C. Oliveira e Mario Machado – comungaram desse entendimento para não acatar a acusação realizada pelo Ministério Público referente à existência de uma associação entre Marcos e Edna voltada para o tráfico.

Diferente foi o caso de Edson, pois, no entendimento da Des., não obstante ele seja fornecedor de Marcos, ficou demonstrado que a ligação entre esses agentes não se limitava a práticas próprias de uma cadeia produtiva pela existência do *animus* associativo específico para o tráfico, consubstanciado pela divisão de tarefas e prestação de contas, bem como pela cooperação mútua dos agentes para a consecução de um mesmo objetivo que os beneficiaria. Com base nesse argumento, a Des. reviu a decisão de primeira instância para condenar os referidos réus pelo crime de associação para o tráfico (art. 35, LAD).

O último argumento de interesse utilizado no acórdão em análise refere-se à aplicação da causa de aumento relacionada à arma de fogo (art. 40, IV, LAD). Com o intuito de reduzir o âmbito de sua incidência, a Des. recorre a Guilherme de Souza Nucci para cingir essa circunstância legal apenas aos casos em que a arma tenha sido utilizada em um processo de intimidação difuso ou coletivo. Assim, o simples porte não é suficiente para o recrudescimento da pena.

3.2. Participação de menor de idade: Incidência de causa de aumento

O segundo acórdão analisado, de n. 879.169, diz respeito à revisão da sentença de Carlitos. Esse caso teve origem em uma série de denúncias anônimas realizadas em Ceilândia/DF, as quais levaram a polícia civil em 2014 ao monitoramento da área mencionada pelos denunciantes.

Por meio de filmagens, registraram-se o réu em conjunto com Mara, menor de idade, praticando conduta suspeita de tráfico em vias públicas. No terceiro dia do monitoramento, os policiais efetuaram a prisão em flagrante de Carlitos por tráfico e pela posse ilegal de arma encontrada em sua residência, localizada próximo ao local em que se realizava a traficância.

30. LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Controle penal das drogas e o crime de associação para o tráfico ilícito: comentários ao art. 35, da Lei 11.343/2006. Âmbito Jurídico. Rio Grande, X, n. 47. nov. 2007, seção 10.

Destaca-se, no caso em análise, que tanto o juízo de primeira instância quanto o de segunda entenderam que não houve a configuração do crime de associação para o tráfico, mesmo tendo registro do constante contato e da utilização da casa do réu como armazém comum das drogas comercializadas por ele e Mara[31]. Apresenta-se, a seguir, o trecho do voto de Des. Silvânio Barbosa dos Santos, que está sendo discutido:

> O fato de o acusado traficar na mesma área que a adolescente Mara, utilizando a mesma residência para guardar as drogas, e mantendo com ela contato constante, não é, por si só, suficiente para a comprovação do vínculo subjetivo entre eles, pois é possível que cada um exercesse o crime autonomamente no local, sem que um interferisse na conduta do outro, sem divisão de tarefas e sem repartição dos lucros.[32-33]

Pode-se extrair da argumentação que esse crime exige a identificação cabal dos seguintes requisitos: o prévio ajuste para a formação do vínculo associativo, divisão de tarefas e repartição dos benefícios obtidos.

Infere-se do caso em estudo, também, a irrelevância do fato de Mara ser menor de idade para a consumação do crime de associação para o tráfico, em conformidade com o que consta da doutrina em relação à associação comum (art. 288, CP)[34].

Por fim, depreende-se do julgado que, não obstante a consideração de que as provas eram frágeis para demonstrar a associação dos agentes, elas foram hábeis para incidência da causa de aumento referente ao envolvimento de adolescente (art. 40, VI, LAD). Ou seja, mesmo que os agentes tenham perpetrado o tráfico de forma autônoma, o fato da conduta do réu ter de alguma maneira se relacionado com a da menor de idade já foi suficiente para configurar a referida circunstância legal.

---

31. O acórdão do TJDFT reviu a sentença de primeiro grau, a fim de reduzir a pena de Carlitos para 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 310 dias-multa, no valor mínimo, pelo crime do artigo 33, § 4º, c/c o artigo 40, VI, ambos da LAD, bem como pelo disposto no artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento.
32. O nome da pessoa envolvida foi trocado por nome fictício.
33. Acórdão 879.169, 20140111329074ª/PR, rel. Silvânio Barbosa dos Santos, rev. João Timóteo de Oliveira, 2ª Turma Criminal, j. 02.07.2015, *DJe* 10.07.2015, p. 232.
34. *Vide*, nesse sentido, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1202.

3.3. Vedação da redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria

O Acórdão 881.932, por sua vez, trata de embargo de declaração proposto por Stuart contra decisão que o condenou pela associação para o tráfico sem considerar o atenuante referente à menoridade relativa (art. 65, I, CP). O referido delito visava à traficância em região do entorno do Distrito Federa, em especial, Santa Maria/DF.

Devido à simplicidade do caso, não se identificou construção jurisprudencial voltada à compatibilização da reprimenda do crime de associação para o tráfico. Destaca-se no julgado o fato de que, apesar de se ter provido o pedido do réu, o *quantum* da pena definitiva não foi alterado, uma vez que a segunda fase da dosimetria se encontrava no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

3.4. Não configuração do crime de associação para o tráfico apesar dos reiterados atos

Já o Acórdão 895.029 trata de apelação do julgado de Olavo e Patrick. A origem desse caso remonta 2011, ano em que se iniciou a investigação de Olavo por suspeita de que ele chefiava uma associação voltada ao tráfico de drogas em Sobradinho/DF. Patrick, por seu turno, era suspeito de integrar tal associação, tendo como responsabilidade a guarda e a venda de entorpecentes.

Em 2014, durante uma entrega de drogas realizado por Olavo na residência de Patrick, a polícia fez uma abordagem para prendê-los em flagrante. Durante essa operação, houve resistência por parte dos suspeitos, a qual acarretou lesão corporal leve nos policiais.

Em decorrência desses acontecimentos, o Ministério Público deu início a um processo pedindo que os réus fossem condenados, dentre outros, pelo crime de associação para o tráfico. O juiz de primeira instância, contudo, entendeu não ter havido a configuração desse delito, dando ensejo, assim, à apelação aqui em comento, cujos argumentos serão a segui discutidos[35].

35. O acórdão do TJDFT reviu a sentença da primeira instância para condenar Olavo à pena de 1 ano e 2 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, pelos crimes de lesão corporal (art. 129, CP) e resistência (art. 329, CP); ademais, a referida decisão colegiada reduziu a pena relativa ao tráfico de drogas que passou a ser 6 anos, 10 meses e 24 dias de reclusão e 610 dias-multa. A sentença de Patrick também foi revista, a fim de condená-lo à pena de 5 meses e 25 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, pelos crimes de lesão corporal (art. 129 do CP) e resistência (art. 329 do

Primeiramente, extrai-se do acordão que o depoimento prestado por autoridade policial por si só não é suficiente para comprovar a existência da associação para o tráfico, mesmo o Tribunal entendendo que tal declaração constitui importante fonte de prova, haja vista ser dotado de fé pública. Tal afirmação tem por base o trecho do voto do Des. Souza e Ávila transcrito a seguir.

> Com efeito, as denúncias anônimas reproduzidas às fls. 48/50 apenas dão notícia do tráfico praticado por Olavo, mas não mencionam Patrick, tampouco a associação duradoura de ambos ou a divisão de tarefas.
>
> Somente a testemunha policial Jorge expôs que Olavo havia se associado a Patrick para a comercialização de drogas, bem como que Olavo liderava o tráfico e que Patrick cumpria suas ordens, guardando e vendendo as substâncias ilícitas (fls. 221/222).
>
> Todavia, inexistem nos autos outros elementos de prova aptos a ratificar as declarações da testemunha mencionada e a demonstrar de forma inequívoca a estabilidade da associação. Como dito alhures, o comando do artigo 35 da Lei n. 11.343/2006 exige para a configuração da conduta criminosa, dentre outros elementos, a presença de vínculo associativo de caráter estável e duradouro, o que não foi demonstrado.[36-37]

Observa-se no supracitado excerto que a demonstração da configuração do delito do artigo 35 da LAD exige um conjunto probatório robusto, que seja capaz de ratificar as alegações feitas pela autoridade, bem como demonstrar de forma suficiente e segura a associação.

Assim, mesmo tendo o policial civil afirmado convictamente a existência desse crime, tanto o juízo de primeira instância como o de segunda não aplicaram o tipo penal ao caso concreto.

Depreende-se do referido acordão, também, que a configuração da associação para o tráfico requer a demonstração do ajuste prévio, estabilidade, durabilidade do vínculo e existência de divisão de tarefas bem como de unidade de desígnio. Esse entendimento, de forma geral, é pacífico na doutrina e na jurisprudência, conforme assinalado por João José Leal e Rodrigo José Leal[38].

CP); além disso, o acórdão reduziu sua pena relativa ao tráfico de drogas para 5 anos e 3 meses de reclusão e 530 dias-multa.

36. Os nomes verdadeiros das pessoas envolvidas foram trocados por nomes fictícios.
37. Acórdão 895.029, 20140111165903/PR, rel. Souza e Ávila, rev. Cesar Laboissiere Loyola, 2ª Turma Criminal, j. 17.09.2015, *DJe* 23.09.2015, p. 105.
38. LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Op. cit., seção 10.

Por fim, conclui o acórdão ser possível a coexistência de reiterados atos descritos pelos artigos 33 e 34 da LAD por duas ou mais pessoas sem que haja a consumação do crime de associação para a traficância.

3.5. Requisitos para configurar a associação para o tráfico

A Apelação 895.034, por seu turno, diz respeito ao julgado de Arnold, David, Eduard e Fred.

A polícia civil do Distrito Federal, por meio da operação denominada "*Little White*", investigou grupo suspeito por tráfico interestadual de drogas no Distrito Federal (art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, LAD), em especial, nas regiões administrativas Gama, Santa Maria, Recanto das Emas e Paranoá.

A referida associação teve início em 2013, e era composta por seis integrantes – Arnold, Bruce, Carlitos, David, Eduard e Fred. O *modus operandi* consistia nas seguintes etapas. Arnold, Bruce e Carlitos eram responsáveis pela obtenção de drogas em Mato Grosso do Sul e pela logística do transporte até o Distrito Federal. David, Eduard e Fred, por sua vez, obtinham a droga trazida e a repassavam a outros traficantes, bem como a comercializavam pessoalmente nas citadas regiões administrativas do DF.

A apreensão de quase uma tonelada de entorpecentes deu origem em 2014 ao processo conjunto de Arnold, David, Eduard e Fred[39], que foram condenados pelo juízo de primeira instância pelo crime de associação para o tráfico de drogas, dentre outros. Inconformados, os réus entram com a apelação aqui em comento[40].

39. O julgado de Bruce e Carlitos, que ocorreu em separado, não fez parte do escopo deste trabalho.

40. O acordão do TJDFT reviu somente a condenação de David e Fred. Ao final, David foi condenado a 12 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a 1 ano de detenção, em regime inicial semiaberto, mais 1.652 dias-multa, no mínimo legal, pelos crimes de tráfico de drogas (art. 33, LAD), de associação para o tráfico (art. 35, LAD) e de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12, Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento). Fred, por sua vez, foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e a 10 dias-multa, no mínimo legal, pelo crime do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003. Já a pena do Arnold foi estabelecida em 11 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.558 dias-multa, no mínimo legal, pelos crimes de tráfico (art. 33, LAD) e de associação para o tráfico (art. 35, LAD). Por fim, Eduard foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime fechado, e a 835 dias-multa, no mínimo legal, pelo crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, LAD).

Destaca-se, primeiramente, o maior rigor probatório exigido para se demonstrar a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35, LAD) em comparação ao crime de tráfico de drogas (art. 33, LAD). Segundo Maria Gorete Marques de Jesus[41], os testemunhos policiais são sobrevalorizados no crime de tráfico de drogas em decorrência, entre outros motivos, da sua presunção de veracidade e legitimidade, sendo que eles, em 74% dos casos analisados pela autora, foram os únicos testemunhos utilizados para comprovação dos fatos delitivos.

Por outro lado, o acervo probatório para se evidenciar o crime de associação para o tráfico parece ser analisado de forma mais criteriosa, requerendo-se, em alguns casos, o uso de diferentes modalidades de provas – interceptações telefônicas, trabalho de campo, relatórios policiais, fotografias *etc*.

Tanto é verdade que Fred foi absolvido do crime de associação para o tráfico, uma vez que, não obstante houvesse fortes indícios de seu envolvimento, as provas que o ligavam aos demais integrantes da associação eram insuficientes para demonstrar a permanência e estabilidade do vínculo subjetivo, bem como a divisão de tarefas para a consecução do resultado delitivo. Esse entendimento pode ser confirmado na passagem do voto do Des. Souza e Ávila apresentada a seguir:

> Quanto ao envolvimento de Fred na associação criminosa, denota-se das provas colhidas nos autos que, apesar de existirem índicos de que ele fizesse parte do grupo criminoso, uma vez que permaneceu no bar de Eduard enquanto ele estava fora de Brasília, não há evidências de um vínculo estável e perene para o objetivo comum de traficar entorpecentes, assim como a divisão de tarefas para a consecução do resultado.
>
> Dos autos se extrai apenas uma conversa telefônica (fl. 144) em que Fred conversa com Eduard, da onde se denota uma possível associação para a venda de entorpecentes. Repise-se, em que pese indícios de uma associação, as investigações não se aprofundaram para demonstrar que esta era estável.

41. Maria Gorete Marques de Jesus demonstrou que os depoimentos policiais têm um papel central para a condenação no crime de tráfico de drogas (art. 33, LAD) por meio de estudo empírico constituído na análise de 667 autos de prisão em flagrante e 70 entrevistas com policiais, promotores, defensores e juízes. Maiores informações em: JESUS, Maria Gorete Marques. Narrativas policiais: a construção da verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas. In: *Encontro Nacional de Antropologia do Direito – ENADIR – Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial*. Anais do IV ENADIR. São Paulo: FFLCH-USP, 2015. Disponível em: [www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/simposio/ view?ID_SIMPOSIO= 18]. Acesso em: 21.10.2016.

> As provas dos autos são insuficientes a patentear que Fred se reuniu com o grupo no propósito de traficarem substâncias entorpecentes, com ânimo não eventual, liame subjetivo necessário à configuração da associação para a prática do comércio ilícito. [42-43]

Outro ponto a ser ressaltando na argumentação do acórdão é que o *animus* associativo não se confunde com a concretização da divisão de lucros ou com a existência de um líder, uma vez que é possível a consumação da associação para o tráfico mesmo sem ter havido a materialização de tais ocorrências.

Por fim, destaca-se a possibilidade de se utilizar na dosimetria da pena uma mesma causa de aumento do art. 40 da LAD, concomitantemente, no crime de associação para o tráfico (art. 35, LAD) e no de tráfico (art. 33, LAD). Isso deve-se ao fato, segundo a argumentação do acórdão, de se tratarem de crimes autônomos previstos em tipos penais diferentes, que se consumam em momentos diversos, não havendo, pois, *bis in idem*.

3.6. Concurso de pessoas ou associação para o tráfico?

Talvez o caso mais emblemático dos acórdãos investigados neste trabalho, que não por acaso foi deixado por último, seja a Apelação de 899.454. Nela, a Des. Sandra de Santis, por meio de citação de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco[44], reconhece expressamente o descompasso da LAD no que se refere à criminalização da associação para o tráfico de drogas. Segundo os doutrinadores referidos na decisão, se fosse seguida à risca a intenção do legislador, o crime de associação para o tráfico se consumaria em todos os casos em que houvesse concurso de pessoas, uma vez que o artigo 35 da LAD, segundo uma leitura literal, não exige que a associação seja para a prática reiterada do tráfico. Ou seja, a exegese da lei levaria à incidência do tipo penal em comento até nos casos em que a união de agentes visasse a praticar uma única vez alguma das condutas descritas nos artigos 33 e 34 da LAD.

Contudo, tal interpretação seria uma teratologia do ponto de vista sistêmico, já que se destoaria das demais espécies de associação por ser a única previsão legal em que se responsabiliza um simples concurso de pessoas com dois crimes: um relacionado ao tráfico, e outro, à associação[45].

---

42. Os nomes verdadeiros das pessoas envolvidas foram trocados por nomes fictícios.
43. Acórdão 895.034, 20130111926335/PR, rel. Souza e Ávila, rev. Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, j. 17.09.2015, *DJe* 23.09.2015, p. 103.
44. THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas:* crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
45. Idem.

A referida apelação diz respeito à decisão de primeira instância que absolveu André e Geraldo do crime de associação para o tráfico de entorpecentes.

Esse caso teve início por meio de denúncias anônimas, as quais possibilitaram à polícia civil do Distrito Federal realizar um flagrante dos referidos réus em 2014 na região administrativa de Ceilândia/DF. Os agentes foram surpreendidos comercializando entorpecentes, os quais eram armazenados na residência de Geraldo.

Não obstante a existência de filmagens e dos depoimentos da autoridade policial e de Pablo, que foi flagrado comprando drogas, o TJDFT reafirmou o entendimento do juízo de primeira instância ao manter a absolvição dos réus do crime de associação para o tráfico[46]. Tal desfecho deve-se ao fato da necessidade de se demonstrar a existência da permanência do vínculo associativo, bem como dos demais requisitos exigidos pelo tipo em análise.

Em seu voto, a Des. Sandra de Santis realça a diferença da associação para o tráfico da coautoria nas condutas descritas pelo artigo 33 da LAD. Ela afirma que a interpretação que deve ser dada ao artigo 35 da LAD tem de ser análoga àquela empreendida na associação comum (art. 288, CP), diferenciando-as apenas pelo número mínimo de integrantes requerido e pelo fim específico de agir, consoante o trecho do voto apresentado a seguir:

> Não se confunde a associação para o tráfico com a coautoria no delito do art. 33 da LAD. O fato de dois traficantes dividirem o mesmo "ponto de vendas" é insuficiente para demonstrar o caráter permanente, a organização hierárquica e a divisão comum dos frutos da atividade ilegal. A imputação requer a vinculação subjetiva, enfim, *affectio societatis*. Conforme esclarecem os doutrinadores Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, o art. 35 da Lei 11.343/06 guarda semelhança com o art. 288 do CP, distinguindo-se apenas quanto ao número dos partícipes.[47]

46. O acórdão também reviu a pena de André, a fim de reduzi-la para 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 550 dias-multa, no mínimo legal, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, LAD). No que se refere a Geraldo, a pena aplicada pelo juízo de primeira instância foi mantida, nela o referido réu foi condenado pelo crime do artigo 33 da LAD, diminuído, em sua fração máxima, pela causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da LAD; além disso, o Tribunal também preservou o regime aberto e a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, tal como delineado pelo juízo de primeira instância.

47. Acórdão 899.454, 20140111784552A/PR, rel. Sandra de Santis, rev. Romão c. Oliveira, 1ª Turma Criminal, j. 01.10.2015, *DJ*e 19.10.2015, p. 148.

Assim, o fato de os agentes fazerem uso de um mesmo local para a venda e guarda de drogas não prova a permanência exigida para configuração do crime de associação para o tráfico, nem demonstra os requisitos de organização hierárquica e divisão de benesses.

Por fim, a configuração do crime objeto deste estudo pressupõe a comprovação de que os agentes desejavam cometer a prática delitiva reiteradamente, mesmo que não as tenham realizadas por motivos alheios. Caso não se evidencie esse requisito, ter-se-á o mero concurso de pessoas, ou seja, a convergência de vontades para a prática ocasional e episódica não configura o delito de associação para o tráfico de drogas.

4. Considerações finais

Este trabalho consistiu em estudo acerca da dissonância sistêmica gerada pelo crime de associação para o tráfico de drogas, bem como da argumentação utilizada pelo TJDFT para a conformação desse delito com os demais valores tutelados pelo Direito Penal.

Ao se comparar esse crime com outras duas modalidades de associação – uma voltada para prática de crimes hediondos, e a segunda, para a consecução de genocídio –, restou evidenciada a discrepância do tipo penal de associação para o tráfico, que se mostrou mais rigoroso em diversos aspectos: no *quantum* da pena em abstrato; na previsão de multas elevadíssimas; nos poucos requisitos para sua configuração; na definição de um extenso rol de causas de aumento; no estabelecimento das circunstâncias judiciais preponderantes e na estipulação de consequências semelhantes às dos crimes hediondos.

Tendo demonstrado o problema, buscou-se na jurisprudência do TJDFT os argumentos utilizados para tornar a aplicação desse tipo condizente com os demais.

Primeiramente, destaca-se que, não obstante a intenção do legislador tenha sido diversa, estabeleceu-se que a interpretação dada ao artigo 35 da LAD deve se aproximar daquela empreendida na associação comum (art. 288, CP), a fim de diferenciar a associação para o tráfico do mero concurso de pessoas. Assim, a configuração do crime de associação para o tráfico pressupõe a demonstração da estabilidade e da permanência do vínculo associativo, ou seja, a associação deve ser duradoura e visar à realização de um número indeterminado de delitos.

Outro requisito imposto pelo TJDFT para aplicação do tipo penal em comento é o *animus* associativo específico para o tráfico, o qual consiste

em: prévio ajuste para a formação do vínculo, divisão de tarefas, prestação de contas, cooperação mútua dos agentes para a consecução de um objetivo comum (unidade de desígnio) e repartição das benesses obtidas. Sobre esse tema, observou-se que a consumação do crime de associação para o tráfico não requer a materialização desses elementos, ou seja, que o tráfico de drogas ocorra (produção de resultado naturalístico), pois se trata de crime formal.

Destaca-se, ademais, que a comprovação desses pressupostos exige análise rigorosa do conjunto probatório, requerendo-se, em alguns casos, o uso de diferentes modalidades de provas, como interceptações telefônicas, fotografias e depoimentos. Ou seja, observou-se que o conjunto probatório deve ser capaz de demonstrar de forma suficiente e segura a associação para que haja a incidência do artigo 35 da LAD.

Com isso, exclui-se a possibilidade de se comprovar a existência da associação para o tráfico apenas com o depoimento prestado por autoridade policial, mesmo este sendo dotado de fé pública. É insuficiente para caracterizar o referido delito, também, a mera demonstração de indícios da existência da associação, como o compartilhamento realizado pelos agentes de um local para o comércio ou guarda de entorpecentes.

Além disso, foram identificadas outras construções que buscam conter a intervenção punitiva do Estado. A primeira considerou o *modus operandi* do crime de associação para o tráfico, com o objetivo de descaracterizar o mero envolvimento com práticas próprias da cadeia produtiva de entorpecentes. A jurisprudência analisada registrou, também, o afastamento da incidência da causa de aumento por emprego de arma de fogo nos casos de simples porte.

Ficou demonstrado, outrossim, ser plenamente possível a coexistência de reiterados atos relacionados ao tráfico de drogas por duas ou mais pessoas sem que haja a consumação do crime de associação para a traficância.

Finalmente, aferiu-se que a presença de menor de idade é contabilizada pelo TJDFT no cômputo do número de integrantes para a consubstanciação da associação em comento, em conformidade com o que é lecionado pela doutrina ao tratar da associação comum (art. 288, CP)[48].

48. Veja, nesse sentido, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1202.

A investigação proposta se mostrou profícua por ter identificado elaborações jurisprudenciais que vão além da abordagem dada ao tema por grande parte da doutrina. Destaca-se, pois, a importância assumida pelas construções jurisprudenciais no que tange a estabelecer os moldes da situação fática concreta sobre os quais poderá haver incidência do artigo 35 da LAD. Tais argumentos propiciam um emprego mais racional desse dispositivo, atenuando em certa medida o rigoroso ideal punitivo do legislador, bem como corrigindo eventuais distorções propiciadas pela redação deficiente da Lei.

Ademais, ao se observarem as penas cominadas nos acórdãos analisados relacionadas a outros delitos previstos pela LAD, fica patente que o discurso identificado se insere em uma política judicial[49] com traços preponderantemente atribuíveis ao Eficientismo Penal[50]. Essa afirmação é facilmente aferida ao se verificar o quantitativo de pessoas encarceradas em decorrência de transgressões envolvendo o tráfico de drogas[51], realidade esta que está cada vez mais atingindo o público feminino, conforme revelado pelos casos aqui perscrutados – dos seis acórdãos, em dois havia a presença de mulheres.

Outro ponto identificado é que, não obstante o discurso legitimador dos argumentos desenvolvidos seja o de contensão do poder punitivo do Estado, sua aplicação ao caso concreto não acarreta, necessariamente, descriminalização ou redução da pena. Essa alegação pode ser confirmada, por exemplo, no acordão de n. 877.264 do TJDFT, em que as construções jurisprudenciais serviram

49. O posicionamento do discurso desenvolvido pelo TJDFT nesse subsistema do Sistema de Justiça Criminal, qual seja o Judiciário, tem o intuito exclusivamente pedagógico, uma vez que não se pode perder de vista o fato de que não existem subsistemas estáticos e herméticos à influência externa (vide ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. Op. cit., seção 1.1.2. Não paginado).

50. "A Política Criminal identificada com o Paradigma Etiológico, denominada Eficientismo Penal, opera como instância interna ao sistema e preocupa-se em desempenhar a tarefa de 'conselheira da sanção penal'. Isso significa que ela se incumbe de ajustes internos no funcionamento do sistema para adaptá-lo a novos problemas com a mesma lógica e/ou dar ao sistema uma nova aparência de funcionamento, sendo exemplos deste tipo de ajuste, no Brasil, a radicalização da resposta repressiva a delitos considerados hediondos – Lei 8.072/9013 – ou seja, delitos que são classificados pelas reações repulsivas que provocam." (ZACKSESKI, C.; DUARTE, E. Op. cit., seção 1.1.1. Não paginado).

51. Segundo dados do Infopen de junho de 2014 (p. 70), o tráfico de drogas é a criminalização responsável pelo maior parcela da população carcerária masculina e feminina, correspondendo, respectivamente, a 25% e 63% dos registros das pessoas privadas de liberdade.

para rever a decisão de primeira instância, a fim de condenar à prisão um dos réus que havia sido absolvido.

Por último, apesar de se ter constatado a preocupação de formular uma interpretação desse dispositivo legal em harmonia com as demais reprimendas, observa-se que essa atuação encontra limites no princípio da legalidade. Dessa forma, conclui-se que, por mais engenhosas que sejam as construções argumentativas utilizadas pelo Judiciário, a dissonância sistêmica causada pela criminalização primária da associação para o tráfico continuará a existir até que haja uma revisão da política de drogas brasileira e da legislação correspondente.

5. Referências

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Infopen Mulher*, Brasília, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen*, jun. 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br]. Acesso em: 31.08.2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*: Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.) *Legislação criminal especial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. v. 6.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas anotada*: Lei nº 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008.

HAIDAR, Daniel. Descontrole incendiário. *Revista Época*, edição 970, de 23 de janeiro de 2017.

JESUS, Damásio de. *Lei Antidrogas anotada:* comentários à Lei nº 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Maria Gorete Marques. Narrativas policiais: a construção da verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas. In: *Encontro Nacional de Antropologia do Direito – ENADIR – Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial*. Anais do IV ENADIR. São Paulo: FFLCH-USP, 2015. Disponível em: [www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=18]. Acesso em: 21.10.2016.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Controle penal das drogas e o crime de associação para o tráfico ilícito: comentários ao art. 35, da Lei 11.343/2006. Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 47. nov 2007. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2570]. Acesso em: 18.01.2017.

MVUMBI, Betuel Virgilio. *Drogas e democracia:* reflexões sobre as políticas nacionais e internacionais de controle. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais especiais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. Abordagem dos delitos de posse e dos delitos de pertencimento. In: LOBATO, José Danilo Tavares; SAAD-DINIZ, Eduardo; FALCONE, Andrés. *Delitos de posse*: drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo: LiberArs, 2016.

PRADO, Luiz Regis. Salud pública. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares, 2011. t. 2 (em espanhol).

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

SOARES, Milena Karla; ZACKSESKI, Cristina. Proibicionismo e poder regulatório: uma pesquisa documental sobre o processo administrativo de classificação das drogas. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 5(3):135-156. jul.-set. 2016. Disponível em: [www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/306/400] Acesso em: 11.01.2017.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas:* crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

ZACKSESKI, Cristina. Fragmentos do jogo político-criminal brasileiro. In: MACHADO, Bruno A. (Org.). *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. In: *Encontro Nacional do CONPEDI* (21: 2012: Uberlândia, MG). Anais do [Recurso eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas (esboço de uma legislação penal comparada sobre drogas), de Krisztina Karsai – *RBCCrim* 92/97-120 (DTR\2011\4662);
- Controle penal das drogas e o crime de associação para o tráfico ilícito: comentários ao art. 35, da Lei 11.343/2006, de João José Leal e Rodrigo José Leal – *RT* 872/486-501 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 7/195-209 (DTR\2008\350); e
- Penal. Controle de constitucionalidade da lei. Princípio da legalidade. Direito constitucional da saúde. Política de saúde pública. Drogas/entorpecentes. Tráfico de drogas/entorpecentes. Porte de drogas/entorpecentes para uso próprio. Ilícito de mera ordenação social. Substituição da pena. Coima. Inconstitucionalidade da lei, de Helena Regina Lobo da Costa – *RBCCrim* 99/359-397 (DTR\2012\451023).

Proposta para limite temporal da suspensão da pretensão punitiva nos crimes tributários

Proposal for a temporal limit of the suspension of claim pretension in tax crimes

Felipe Rodrigues Xavier

Mestrando e Bacharel em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista.
Editor de Revista Jurídica. Poeta. Jurista. Advogado.
felipe.rodrigues.xavier14@gmail.com

Recebido em: 16.09.2016
Aprovado em: 21.11.2016
Última versão autor: 12.12.2016

Áreas do Direito: Penal; Tributário

Resumo: O artigo pretende oferecer uma proposta de delimitação temporal para a suspensão do curso prescricional da pretensão punitiva que ocorre na seara dos crimes tributários quando há o parcelamento das dívidas tributárias em algum dos programas governamentais de recuperação fiscal. Trata-se de tema pouco ventilado, não havendo orientação jurisprudencial ou doutrinária consistente. Acima de tudo, a inexistência de delimitação temporal para o fim da suspensão prescricional nos crimes tributários acaba por, inevitavelmente, suscitar impunidade.

Palavras-chave: Crimes tributários – Prescrição – Pretensão punitiva.

Abstract: The article aims to provide a proposal for temporal limits for the suspension of prescription course of claim pretension that occurs on the likes of tax crimes when there is the installment of tax debts in any of the government programs of fiscal recovery. It is a poorly ventilated subject and there is no consistent jurisprudential or doctrinal guidance. Above all, the absence of temporal limits for the purpose of suspension prescription in tax crimes raises, inevitably, impunity.

Keywords: Tax crimes – Prescription – Punitive pretension.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução legislativa relativa aos crimes tributários e panorama atual. 2.1. O fenômeno tributário e sua tutela penal. 2.2. Do Império à Lei 4.729/65. 2.3. Da Lei 4.729/65 aos dias atuais: tortuosos caminhos em busca da punibilidade aos crimes tributários. 3. A suspensão da pretensão punitiva. 4. Solução para um caso análogo. 5. Conclusão. 6. Referências.

Xavier, Felipe Rodrigues. Proposta para limite temporal da suspensão da pretensão punitiva nos crimes tributários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 136. ano 25. p. 127-153. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo primordial deste artigo é, como deduzível do título e do resumo, apresentar uma proposta legislativa viável para a demarcação de um limite temporal para a suspensão da pretensão punitiva nos crimes tributários. A problematização deste tema torna-se necessária, pois, atualmente, nosso ordenamento jurídico não contempla qualquer prazo para tanto, a ponto de que tanto na doutrina especializada quanto na jurisprudência, mesmo das mais altas Cortes, pouco se encontra a respeito. O que poderia dificultar a pesquisa, por um lado, por outro aumenta-lhe a curiosidade científica e a vontade de apresentar algo factível e novo quanto ao tema.

Sendo este o objetivo principal, outros específicos seguem-lhe como a análise dos diplomas legislativos mais importantes já vigentes em nosso país quanto aos crimes tributários, sua evolução histórica legislativa, análise de julgados paradigmas quanto à evolução da jurisprudência no que concerne a este tema e, por fim, o estudo e a análise de uma problemática semelhante já enfrentada pelo nosso Direito (a falta de delimitação temporal para determinado instituto) e cuja solução interessa-nos sobremaneira, justamente por inspirar soluções semelhantes para o tema presentemente tratado.

Assim procederemos, como estágio inicial e necessário para a proposta que pretendemos oferecer em seguida, a um assentamento mínimo de toda essa legislação para visualizarmos melhor o panorama hodierno dos crimes tributários no país. Trata-se de uma longa evolução legislativa que tentará ser exposta brevemente ao ponto de chegarmos às leis atualmente vigentes quanto aos crimes tributários. Esta é a matéria da primeira seção.

Desse estudo inicial surgirá uma indagação ainda não respondida, seja pelo legislador, seja pela jurisprudência, que certamente fere vários princípios insertos na Constituição Federal e mesmo a legislação infraconstitucional. Não é desejável num Estado Democrático de Direito[1], como solenemente o proclama a CF, em seu art. 1º, que apareçam *vazios legais* propiciadores da impunidade. Ainda mais em área – o direito penal tributário – em que os rigores da lei penal e processual penal parecem ser abrandados sobremaneira, de forma que surge aqui um dos poucos casos da legislação penal brasileira em que o império

1. "No marco de um Estado social e democrático de Direito, a prevenção do delito suscita inevitavelmente o problema dos *meios* ou *instrumentos* utilizados, assim como dos *custos* sociais da prevenção. O controle eficaz da criminalidade não justifica o emprego de todo tipo de programas, nem legitima o elevado custo social que determinadas intervenções requerem." (GOMES; MOLINA, 2010, p. 387).

penal do Estado é realmente, e não somente de maneira formal, utilizado como *ultima ratio* de todo o sistema. Há inúmeros meios legais deixados à disposição do autor de crime tributário para que este possa eximir-se de pena, meios tais não existentes em searas outras da legislação criminal, ou ao menos não utilizáveis na magnitude em que aqui se torna possível. Um desses meios é a suspensão da pretensão punitiva, problemática esta tratada no segunda seção.

Por fim, e este é o núcleo do presente artigo, para esta questão, ou seja, a falta de delimitação do prazo para a suspensão da pretensão punitiva nos crimes tributários, oferece-se, na terceira parte do artigo, proposta para não o simples contorno da problemática, mas, sim, sua solução real (ao menos no que pode ser solucionado por medidas legislativas). Lançar-se-á mão do que há de pertinente na jurisprudência e, principalmente, em soluções doutrinárias encontradas para um caso análogo. Lembre-se, pois, que tal problemática ainda não foi enfrentada de maneira tenaz, sendo até mesmo pouco ventilada, permanecendo indesejável *vazio legal* no corpo penal brasileiro gerador de impunidades. Eis a sua importância.

Estando assim delimitado o tema à seara dos crimes tributários e, mais especificadamente, a sua suspensão da pretensão punitiva, utilizar-se-á do método dedutivo, do monográfico (análise de determinadas instituições) e do método histórico (análise e comparação das sucessivas legislações brasileiras quanto aos crimes tributários).

2. Evolução legislativa relativa aos crimes tributários e panorama atual

2.1. O fenômeno tributário e sua tutela penal

O tributo, pela conceituação dada pela Ciência das Finanças, é uma forma de receita pública, atualmente a mais importante, que consiste na retirada compulsória de riqueza parcial de cada um do povo (contribuinte) pelo Estado, a fim de munir este último dos recursos necessários para fazer frente a todas as suas variadas despesas que, em último caso, revertem ou deveriam reverter em forma de serviços e utilidades fruíveis por cada cidadão, tanto individualmente como em coletividade ou sociedade.

Já a definição jurídica, mais técnica, consta do art. 3º do Código Tributário Nacional:

> Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Por ser uma retirada compulsória de parte da riqueza de cada pessoa, obviamente o fenômeno tributário sempre encontrou resistência popular, sendo a causa principal ou acessória de inúmeras revoluções e transformações políticas e sociais onde se buscava, antes de tudo, a contenção do poder estatal e a submissão também deste às Constituições. A própria *Magna Charta*, de 1215, tão conhecida por trazer ao mundo ocidental o instituto do *Habeas Corpus,* trouxe em seu bojo também garantia dos barões que a impuseram ao rei João "Sem-Terra" contra os desmandos da Coroa na arrecadação de tributos, ficando legalmente estabelecido que "nenhum tributo ou scoutage poderia ser cobrado sem o consentimento do conselho do reino, salvo os de costume" (HARADA, 2011, p. 294). Em que pese ter sido o importante documento inglês idealizado por membros da realeza, movimentos de caráter mais burguês ou popular como, entre nós, a Inconfidência Mineira, tentativa de afirmação nacional frente aos desmandos da metrópole portuguesa principalmente na arrecadação tributária relativa ao ouro, também tiveram como causa a defesa dos particulares contra o gigantismo do Leviatã.

Já nos primórdios do Estado de Direito, passou-se a reclamar de suas Constituições normas relativas aos modos de arrecadação, distribuição e utilização dos tributos, devendo ser as receitas tributárias aprovadas previamente pelas Casas de representantes populares.

> Entre nós, o princípio da legalidade tributária vem sendo consignado desde a primeira Constituição Republicana de 1891 (art. 72, par. 3º). A própria Carta outorgada de 1824, em seu art. 36, par. 1º, prescrevia a iniciativa privativa da Câmara dos Deputados em matéria de impostos. Disso resulta que, atualmente, o fenômeno tributário encontra-se juridicizado, isto é, tributo passou a constituir-se em uma categoria jurídica disciplinada pelo Direito. Só pode ser exigido através de uma relação jurídica entre o Estado e o súdito-contribuinte, a qual resulta exclusivamente da lei (HARADA, 2011, p. 294).

Estando o fenômeno tributário entranhado na própria formação social e jurídica do Estado de Direito[2] e, consequentemente, como visto, inserto nas primeiras Constituições chamadas democráticas, outro não poderia ser o caminho tomado pelo Direito Penal a não ser tutelar a ordem tributária. Pudera,

2. "O tributo, além da função de meio de obtenção de receitas para que o Estado possa fazer frente às despesas que lhe incubem, possui, também, outros papéis: o de influir positivamente na redistribuição de riquezas dentro do País, quer entre classes sociais, quer entre regiões, e o de influir no domínio econômico como mais um instrumento de realização da política econômica voltada para o desenvolvimento nacional" (SALOMÃO, 2001, p. 102).

sendo ela essencial para a sobrevivência do Estado, aquele que a atinge causa danos não particulares, mas para toda a coletividade, pois o sistema tributário, no Estado Democrático de Direito, "opera a redistribuição de riquezas através da despesa pública" (BALEEIRO apud SALOMÃO, 2001, p. 102). Menor arrecadação equivale à menor despesa pública e, consequentemente, menor redistribuição de riquezas. E talvez seja esta a característica dos crimes tributários que melhor responda à inércia social frente ao seu cometimento: os danos do crime são sentidos imediatamente e inteiramente pelo Estado, ao menos num primeiro momento, porém, a sociedade mesma e cada indivíduo de *per si* não se sentem diretamente atingidos pelo crime, não lhes causando qualquer tipo de dano, senão que mediamente e de forma diluída. Portanto, torna-se muito mais suportável ao cidadão a notícia de sonegação de tributos em valor de milhões de reais do que um simples furto de objeto pessoal.

Junte-se ao fato da diluição social dos danos dos crimes tributários ao modo sempre oportuno, classista, patriarcal, quando não ilegal, de se fazer a política legislativa e tributária em nosso país, e o resultado serão leis convenientemente incongruentes e lacunosas, cheias de subterfúgios e privilégios que podem levar invariavelmente à impunidade.[3] "A consciência popular reluta em admitir que as infrações fiscais sejam um ilícito criminoso, vendo antes na ação ou omissão contrárias às leis fiscais uma forma de defesa da liberdade natural contra as coações fiscais" (HUGO, 2007, p. 94).

Adicione-se a toda essa problemática o secular fiscalismo do Estado brasileiro, herança portuguesa. Historicamente, a divisão dos tributos no país apresenta duas características permanentes: a imensa carga tributária e sua má distribuição. No momento atual, quando vivemos uma crise econômica, percebe-se que as tentativas governamentais para o aumento na arrecadação das receitas invariavelmente referem-se ao aumento de tributos sobre a renda e sobre o consumo, não sobre o patrimônio. (O famigerado Imposto sobre Grandes

3. "*O primeiro ponto a ser considerado* (...) é o de que a lei do Legislativo está longe de representar a vontade da maioria do povo. O eleitorado constitui insignificante minoria e a vontade dos que votam é adulterada pelo emprego de fórmulas eleitoreiras fraudulentas, desde o engano puro e simples, através da demagogia, até a corrupção. Os partidos, por sua vez, não têm programas definidos, tanto que, uma vez eleitos, seus membros se bandeiam de uns para outros impunemente. Alguns partidos existem contra os quais não se exerce a vigilância das autoridades, que não passam de conjugado de letras, ou nomes, para realização de transações visando a inclusão de candidatos em suas chapas. Disso resulta que triunfam os mais fortes, que são, costumeiramente, os que economicamente são mais poderosos" (CAMPOS, 1959, p. 11, grifo nosso).

Fortunas – IGF permanece no papel e provavelmente permanecerá muito mais com a atual formatação congressista.) Esse fiscalismo tão tipicamente brasileiro, como já descrito por Raymundo Faoro[4] (cf. 2001, Capítulo VI, item 4 – *A apropriação de rendas: o pacto colonial, monopólios, privilégios e tributos*), gera, ao mesmo tempo, elites estatais (ou intragovernamentais) interessadas na manutenção de seus privilégios classistas e corporativistas (membros da magistratura e do Ministério Público, políticos etc. quando se fala dos "penduricalhos" auxílio-alimentação, auxílio-moradia, auxílio-terno, benefícios previdenciais e muitos outros) e elites empresariais organizadas para a drenagem de recursos deste Estado frágil e permeável como, por exemplo, os empréstimos e subsídios públicos que tornam a competitividade da livre-iniciativa insculpida no art. 170 da Constituição[5] numa grande falácia. O cartel das grandes empreiteiras, existente há décadas. Assim, dividiremos o apertado e sintético estudo do histórico legislativo concernente aos crimes tributários pela Lei 4.729, de 1965. Saliente-se a importância desta por ter sido a que pela primeira vez definiu os crimes de sonegação fiscal, iniciando-se a partir daí um sistema mais ou menos visível e coeso de combate à criminalidade tributária.

2.2. Do Império à Lei 4.729/65

Embora outorgasse a Constituição Federal de 1824, D. Pedro I, prevendo a ingovernabilidade reinante num ordenamento jurídico inteiramente novo que apenas contivesse seu ápice, ordenou a continuação da vigência da antiga legislação portuguesa (em sua maioria, as Ordenações Filipinas), embora ordenasse também que se procedesse a um Código Civil e outro Criminal.

Conquanto o Código Civil apenas surgisse em 1916, coube ao Código Criminal do Império, em seu art. 177, a primeira notícia de um tipo penal de natureza tributária, o qual hoje teria a denominação de contrabando:

---

4. "Sobre o fiscalismo e a exploração fecha-se o círculo: o produto enche os bolsos da camada aristocrática e mercantil que suga o Estado, monopoliza o luxo e ostenta a arrogância de cabedais sem raízes. Tudo circula sobre si mesmo, incapaz o sistema de alimentar empreendimentos produtivos, de fixação na indústria ou na agricultura metropolitanas." (FAORO, p. 285).

5. Oliveira Vianna sobre a Constituição Republicana de 1891, podendo as mesmíssimas palavras serem ditas sobre o momento atual de soçobramento, por todos os lados!, da Constituição de 1988: "É natural, pois, que a sua obra máxima – a Constituição Federativa – não tenha sido outra coisa senão uma obra doutrinariamente bela, mas fatalmente votada ao fracasso imediato. Em verdade, esta Constituição nunca foi posta em prática, como veremos: pode-se dizer que ela, como as crianças mal nascidas, morreu do mal de sete dias" (OLIVEIRA VIANNA, 1927, p. 27).

> Importar ou exportar gêneros ou mercadorias proibidas, ou não pagar os direitos dos que são permitidos na sua importação ou exportação.
>
> Pena: Perda das mercadorias ou gêneros e multa igual à metade do valor delas.

A Constituição Republicana de 1891, profundamente inspirada em sua congênere estadunidense e agasalhando o espírito e princípios burgueses, foi a que instaurou definitivamente a leniência ou tolerância do Estado Brasileiro frente aos delitos tributários. Não se esqueça de que a redação desta Constituição foi profundamente influenciada pelos grandes barões do poder que, justamente sob a égide desta Lei Maior, conseguiram manipular livremente o poder local por décadas, realidade ainda presente em vários rincões do país, através de práticas políticas antidemocráticas e conservadoras como o voto de cabresto e a política do café-com-leite.

> No Brasil, como a maior parte da arrecadação do país provinha dessa classe, foi necessário articular uma maneira de não frustrá-la quanto à sua "eventual" recusa ao pagamento dos devidos tributos. As figuras delitivas continuavam sendo previstas, porém acompanhadas de medidas alternativas, como a pena pecuniária. Estruturou-se, nesse sentido, a história da tolerância dos delitos tributários, previstos por meio de mecanismos coatores de natureza penal com o intuito de forçar o pagamento do débito, seguidos de medidas analgésicas para suavizarem o cumprimento das obrigações tributárias sem a restrição da liberdade (SILVESTRE, 2007, p. 300).

A brandura do legislador frente aos delitos tributários perpetuou-se no Código Penal de 1940, que ainda vigora na Parte Especial. Brandura que contrasta com o espírito altamente autoritário que permeia toda a redação do diploma repressivo. Não se esqueça de que o principal modelo utilizado pelos redatores fora o Código Rocco italiano da época fascista. Aqui, novamente, os rigores da lei penal foram concentrados nos crimes contra o patrimônio privado, permanecendo os colarinhos brancos intocáveis e limpos, porque longe da sujeira das prisões.

2.3. Da Lei 4.729/65 aos dias atuais: tortuosos caminhos em busca da punibilidade aos crimes tributários

Os tipos penais do art. 1º da Lei 4.729/65[6] são de mera conduta, ou seja, o resultado é irrelevante penalmente, bastando apenas para o preenchimento do

6. "A Lei n. 4.729, de 14.7.1965, definiu como crime de sonegação fiscal comportamentos que descreveu de forma casuística (...) Do ponto de vista jurídico, porém, os

tipo a falsa declaração com o intuito de eximir-se do pagamento da obrigação tributária, sendo elemento essencial apenas para efeitos de extinção da punibilidade de que trata o art. 2º. É somente a partir desta lei que a sonegação fiscal é considerada crime (ANDRADE FILHO, 1995, p. 32).

Já a Lei 8.137, de 1990, não obstante suas pretensões desmesuradas, pois pretendeu regular de uma só vez os crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica[7] e as relações de consumo, tratou dos mesmos crimes previstos no art. 1º[8] da lei anterior, modificando-os apenas quanto à sua natureza, classificando-os agora como crimes de dano[9].

---

autores dos comportamentos na referida lei definidos foram favorecidos, em face do princípio da especialidade. Realmente, todos aqueles comportamentos podiam ser capitulados no art. 171, que define o estelionato, ou nos arts. 297, 298 ou 299 do Código Penal, que definem os crimes de falsidade material ou ideológica de documentos. A pena mínima cominada seria de 1 ano, e a máxima de 6 anos de reclusão. A Lei n. 4.729/1965 cominou pena de detenção de 6 meses a 2 anos. Além disto, admitiu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, e para os réus primários cominou pena exclusivamente de multa, com o que fez extinguir-se a punibilidade em apenas 2 anos, pela prescrição. Os dispositivos do Código Penal não eram aplicados." (MACHADO, 2010, p. 511-512).

7. "O conceito de ordem econômica, de natureza ambígua, como objeto da tutela jurídica, costuma ser expresso e forma estrita e ampla. Na primeira, entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do estado na economia; na segunda, mais abarcante, a ordem econômica é conceituada como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços." (PRADO, 2011, p. 39).
8. "Quanto ao art. 1º, deve-se ponderar, já de saída, que não se pode entender o termo *tributo*, empregado no *caput* do dispositivo, em seu sentido técnico, ou seja, o do art. 3º do Código Tributário Nacional, ou no sentido de obrigação tributária principal de pagar tributo. Isto porque, em sua acepção técnica, somente poderia dar-se a 'supressão' ou 'redução' de tributo por meio de lei; já relativamente à obrigação tributária principal de pagar tributo, como vimos, nasce ela com a ocorrência do fato gerador, não podendo ser 'suprimida' ou 'reduzida' mediante as condutas descritas nos diversos incisos do dispositivo, uma vez que sua existência, a partir de sua gênese, não pode ser alterada por ato do sujeito passivo, contribuinte ou responsável." (SALOMÃO, 2001, p. 207).
9. "A Lei n. 8.137/90, não obstante disponha sobre crimes cometidos contra a 'ordem tributária', não estabeleceu um conceito que a define a tampouco explicitou qual a natureza do bem jurídico que pretendeu tutelar. Assim, a ordem tributária deve ser entendida como uma abstração que diz respeito à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos ou contribuições sociais (...) Assim, o bem jurídico tutelado é, em essência, o patrimônio dos sujeitos ativos da obrigação tributária, eis que da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal exsurge para o ente tributante

> O legislador, na cunhagem dos tipos contidos na Lei 8.137/1990, tutela o Erário (patrimônio da Fazenda Pública) não no sentido simplesmente patrimonialista (ou individualista), mas sim como bem jurídico supraindividual, de cunho institucional. Tem por escopo proteger a política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades. Assim, essa concepção de Fazenda Pública como bem jurídico protegido implica também a diminuição das possibilidades do Estado levar a cabo uma política financeira e fiscal justa (PRADO, 2011, p. 273).

Não bastasse a celeuma criada, pois não revogou expressamente o diploma de 1965, previu, ainda, em seu art. 2º,[10] crimes de conduta e cominou a eles a mesma pena (detenção de 6 meses a 2 anos e multa) da Lei 4.729. "A diferença fundamental entre as referidas leis está na graduação penal, uma vez que a Lei n. 8.137/90 prevê penas de reclusão e detenção, enquanto a lei que define a sonegação fiscal prevê somente a pena de detenção" (ANDRADE FILHO, 1995, p. 54). O caos legislativo, que ainda apresentará mais capítulos no histórico dos crimes tributários, tem seguinte solução, segundo tentativa de harmonização das normas: a Lei 8.137/90 revogou a lei de sonegação fiscal naquilo de contrário, sendo que somente o art. 2º da Lei 4.729, que trata da extinção da punibilidade, foi expressamente revogado (pela Lei 8.383/91).

> A tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza supraindividual, de cariz institucional, do bem jurídico, em razão de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que dão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais. Tal assertativa é corroborada pela proteção constitucional conferida à ordem econômica (art. 170 da CF) (PRADO, 2011, p. 268).

---

um direito que consiste em receber determinada quantia de moeda, ou cujo valor nessa se possa exprimir. Quando o exercício desse direito é frustrado em decorrência da conduta dolosa do agente, há um dano ao patrimônio da Fazenda Pública. É esse dano que a Lei erigiu como figura criminal típica." (ANDRADE FILHO, 1995, p. 71).

10. "O texto do art. 2º, *caput*, indica que os delitos tipificados nos cinco incisos seguintes são da mesma natureza que os contidos no art. 1º, ou seja, estão incluídos na espécie de c*rimes contra a ordem tributária*, praticados por particulares, com o fim de suprimir ou reduzir tributo, contribuição social ou qualquer acessório. Trata-se de uma equivalência legal (...) em especial no tocante à natureza jurídica, que é de ordem tributária, e ao objetivo, reprimir e impedir, mediante sanções, a sonegação fiscal." (PRADO, 2011, p. 292).

A verdadeira inovação da Lei 8.137 deu-se na escolha explícita do bem jurídico a ser tutelado, passando a ser a arrecadação tributária (Cf. SALOMÃO, 2001, p. 207). Daí que se explica a extinção da punibilidade quando do pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia (art. 14).

Embora o art. 107 do Código Penal traga numeroso rol dos casos de extinção da punibilidade, segundo Nucci (2010, p. 551), ele é apenas exemplificativo, podendo haver outras hipóteses tanto na Parte Especial do Código quanto na legislação extravagante. E o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, outrora previsto pelo art. 14 da Lei 8.137, inexplicavelmente revogado pela Lei 8.383/91, veio à luz novamente através do art. 34 da Lei 9.249. Confusão legislativa não somente desnecessária, porque mesmo põe em perigo a segurança jurídica. Em todo caso, a extinção da punibilidade deve ser ampliada mesmo aos feitos já com trânsito em julgado, enquanto não houver sido esgotada a fase de execução da sentença. Posição encampada pelo princípio da aplicação da lei penal mais benéfica, presente em várias normas do ordenamento jurídico nacional (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único; Lei 7.210/84 [Execução Penal], art. 66)

O capítulo da extinção da punibilidade, tema entrelaçado com a suspensão da pretensão punitiva, continuou com a Lei 9.964/2000, que instituiu o REFIS (Programa de Recuperação Fiscal). O art. 15[11] do referido diploma legislativo cuidou da suspensão da pretensão punitiva, prescrevendo que esta ocorreria caso os créditos tributários fossem inclusos no programa antes de recebida a denúncia criminal.

Não obstante, o Governo Federal editou, em 2003, a Lei 10.684[12], chamada pela doutrina de REFIS II, necessária ao balanço das contas governamentais

11. "É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. § 1 A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2 O disposto neste artigo aplica-se, também: I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei; II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13. §3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal."

12. A suspensão da pretensão punitiva determinada pela Lei 10.684/03 estendeu-se aos crimes de apropriação indébita e também aos de sonegação de contribuições

devido à alta inadimplência do programa anterior. Em busca de facilitar o efetivo parcelamento dos débitos tributários, a lei em comento delimitou prazo de 180 meses para aqueles vencidos até 28.02.2003. O art. 9º[13] desta lei nos interessa sobremaneira:

> Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.
>
> § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
>
> § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Interessante notar o desaparecimento do condicionamento temporal para a suspensão da pretensão punitiva, ou seja, o recebimento da denúncia criminal. Portanto, o pagamento integral da dívida tributária, seja este através de parcela única ou parcelamento, extingue a punibilidade do agente, não importando o momento em que se dê o pagamento. Por sua vez, o parcelamento acarreta a suspensão da pretensão punitiva estatal enquanto a pessoa jurídica relacionada ao agente do crime esteja incluída no REFIS.

Portanto:

> A ênfase patrimonial ficou mais evidente ainda com a edição da Lei n. 9.964/00, referente ao denominado REFIS I, em cujo artigo 15, *caput*, estabeleceu a suspensão da pretensão punitiva, quando o parcelamento do tributo devido fosse feito até o recebimento da denúncia. Posteriormente,

---

previdenciárias. Segundo o tributarista Hugo de Brito Machado, "o pagamento do debito tributário a qualquer tempo extingue a punibilidade de qualquer desses crimes, mesmo depois do recebimento da denúncia. *E, a nosso ver, mesmo depois da sentença condenatória, mesmo com trânsito em julgado*" (MACHADO, Hugo de Brito, 2010, p. 525, grifo nosso).

13. "Não obstante, com a edição da Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, que, em seu artigo 9º, § 2º, a hipótese de extinção da punibilidade, passou a não mais ater-se a qualquer limitação temporal no que diz respeito à satisfação integral do débito. (...) O art. 9º estabelece a suspensão da punibilidade para casos em que o contribuinte parcelar tributo. O pagamento, até hoje, extingue a punibilidade. Nos dois casos, inexiste critério para pôr termo a esta possibilidade" (HUGO, 2007, p. 71).

> com o REFIS II, a Lei n. 10.684/03 permitiu o parcelamento em até cento e oitenta vezes dos débitos fiscais, exigíveis até 28 de fevereiro de 2003 e, novamente, no seu art. 9º, estabeleceu a suspensão da pretensão punitiva de forma mais ampla que o diploma anterior, pois não fixou o recebimento da denúncia como marco final para o benefício, mas determinou-a para todos os parcelamentos, independentemente do momento em que for concretizado o parcelamento. (BORGES, 2005, p. 198-199)
>
> Novamente invocando o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, outro caminho não há senão o de estender o pagamento integral do tributo como causa de extinção da punibilidade para todas as causas em andamento, não importando o momento e em que condições este foi efetivado. Esta é posição doutrinária de largo alcance (HARADA, 2011, p. 643) e também a tese agasalhada pelo STF[14].Não obstante, trata-se de diploma legislativo flagrantemente protetor das classes superiores. Ora, para quaisquer outros crimes patrimoniais nos quais não haja violência contra a pessoa, caracteriza-se somente a diminuição de pena genérica do art. 16 do Código Penal, o arrependimento posterior (BORGES, 2005, p. 197).O art. 9º da Lei 10.684/03 trouxe evidentes benefícios aos sonegadores de impostos e de contribuições sociais, ao introduzir a possibilidade de o sonegador ficar isento do crime em caso de pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia criminal. Enquanto isso, ao "cidadão-comum-não-sonegador", em caso de crime contra o patrimônio em que não tenha restado prejuízo à vítima (restituição ou recuperação da *res*), há somente o benefício do desconto da pena (art. 16 do Código Penal) (STRECK, 2014, p. 70).

Pois bem, já a Lei 11.941/09 veio a tornar ainda mais confuso o sistema de combate aos crimes tributários. De realmente aproveitável somente o fato de incluir pessoas físicas na possibilidade de também estas poderem participar dos programas de recuperação de créditos fiscais (REFIS), atendendo, portanto, ao princípio da igualdade, pois nenhum fator discriminante seria lógico para permitir somente às pessoas jurídicas – e não ao cidadão comum – o parcelamento e pagamento de seus créditos tributários e consequente extinção da punibilidade de seus eventuais delitos.

---

14. HC 81.929/RJ, rel. Min. Cezar Peluso: "Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal n. 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. *O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário*." Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+81.929]. Acesso em: 05.03.2015 (grifo nosso).

Por fim, nova celeuma instalou-se com a Lei 12.382/2011[15], que veio a regular somente a extinção da punibilidade dos delitos tributários[16] nos casos de parcelamento dos créditos fiscais. Assim, o novel dispositivo não modifica ou revoga o que prescreve o retro colacionado § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003, que dispõe sobre a extinção da punibilidade quando houver o pagamento integral dos débitos, independentemente do momento em que tal ocorra. Portanto, segundo entendimento de Luiz Flávio Gomes:

> Há, assim, duas situações distintas: pagamento direto (regido pela Lei 10.684/03) e pagamento mediante parcelamento (agora disciplinado na Lei 12.382/11). Ambos os pagamentos extinguem a punibilidade nos crimes tributários, mas suas características são completamente distintas. (...) Da Lei n. 12.382/2011 o efeito realmente importante que se pode extrair é o que determina estar suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes tributários, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal (GOMES; EL TASSE, 2016).

Em outras palavras, desde que antes do recebimento da denúncia a pessoa requeira o parcelamento de seu débito, mesmo que superior aos limites em que se impõe o reconhecimento da insignificância (R$ 10.000, 00)[17], mesmo que já

15. "A questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo tem sido objeto de sérias divergências. De um lado os que pretendem um direito penal desprovido de utilitarismo, sustentando que admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento implica favorecer os mais abastados, que poderão livrar-se da sanção pagando o tributo cobrado. De outro, os que sustentam que a criminalização do ilícito tributário é, na verdade, desprovida de conteúdo ético, prestando-se mesmo como instrumento para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo e que, por isto, deve ser premiado o que paga porque permite seja alcançado o objetivo afinal buscado com a cominação da sanção penal." (MACHADO, 2010, p. 524).
16. Delito tributário dentro da categoria de delitos econômico: "Daremos el concepto de 'delito económico', a cuyo efecto transcribiremos el que incorporara Goppinger quien a su vez lo tomara de Níggemeyer, disse así: 'Se entiende por delitos económicos los delitos que se cometen explotando el prestigio económico y social, mediante el abuso de las formas y las posibilidades de configurar los contratos que el derecho vigente ofrece, o abusando de los usos y las razones de la vida económica, basados en una elevada confianza, delitos que de acuerdo a laforma en que se cometen y *las* repercusiones que tiene, son idóneos para perturbar o poner en peligro, por encima del perjuicio de interesses particulares, la vida o el orden económico'" (SCIMÉ, 1999, p. 544).
17. Segundo o disposto nos arts. 1º, I, e 2º, da Portaria 75, de 22 de março de 2012, o patamar mínimo para o ajuizamento de ações fiscais é de agora R$ 20.000. E o STJ adotou entendimento segundo o qual este critério (que no fundo é a aplicação do

não mais passível de qualquer discussão no âmbito administrativo, operacionaliza-se suspensão da pretensão punitiva que ocorre enquanto o agente estiver efetuando o pagamento do valor devido que uma vez, deixando de ocorrer, dá margem a que deixe de haver o obstáculo a operacionalização do processo criminal.

Em que pese a Lei 12.382/2011 retroceder à fixação de um limite temporal – o recebimento da denúncia – questão já superada desde a Lei 10.684/03, importante ressaltar que tal diploma legal também prescreve que não correrá a prescrição enquanto pender o regular pagamento das parcelas. No entanto, havendo a mora do contribuinte, os prazos tanto da pretensão punitiva quanto da prescrição começam a correr normalmente.

Porém, o que de fato mais nos interessa é a problemática da suspensão da pretensão punitiva. Por todo o histórico legislativo acima exibido, de clareza meridiana é o fato de que essa ocorre com o parcelamento dos débitos tributários em um dos vários programas de recuperação fiscal. Porém, por quanto tempo? Sim, porque dependendo do montante da dívida, o parcelamento pode perdurar pelo período de décadas ou até mesmo centenas de anos, de maneira que o Estado fique impossibilitado de exercer seu *ius puniendi*, gerando, consequentemente, um odioso caso de impunidade ao vazio da lei.

A questão de um prazo final para a suspensão da pretensão punitiva nos casos de parcelamento dos créditos tributários ainda não foi respondida satisfatoriamente por doutrina ou jurisprudência. Não há qualquer controle jurisdicional acerca de um limite temporal para a suspensão da pretensão punitiva. Pretendemos a ela oferecer proposta.

3. A suspensão da pretensão punitiva

A pretensão punitiva é aquela que ocorre antes da sentença condenatória, estando seus prazos prescricionais regulados pelo art. 109 do Código Penal, que traz relação conforme a pena máxima cominada ao crime[18]. Tais prazos, passíveis de interrupção caso ocorra alguma das hipóteses elencadas no

princípio da insignificância) deve ser utilizado também para os crimes previdenciários e de descaminho (v.g. STJ, REsp 573.398, rel. Min. Felix Fischer, j. 02.09.2004).

18. "A chamada prescrição da pretensão punitiva verifica-se antes do trânsito em julgado da sentença final condenatória e acarreta a perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém. Por tal motivo, não implica responsabilidade ou culpabilidade para o acusado, não reflete nos seus antecedentes e nem marca futura reincidência" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 647).

art. 117, ficam suspensos na ocorrência de um dos incisos do art. 116, quais sejam: I) enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência de crime; II) enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro, enquanto que o parágrafo único trata da pretensão executória. Pois bem, cabe aqui a mesma manifestação retromencionada quanto aos casos previstos legalmente para a extinção da punibilidade. Assim, fica a encargo do principal diploma repressivo enunciar aquelas situações mais abrangentes, em rol não taxativo, nada impedindo que demais leis tragam de *per si* outros casos mais pertinentes ao seu objeto, tal como ocorre com a legislação acima estudada, principalmente a Lei 10.684/2003 e a Lei 12.382/2011.

Alcançando o domínio dos crimes tributários, a questão da suspensão da pretensão punitiva torna-se mais intrincada. Isso ocorre por duas razões: primeiramente, pela confusa e emaranhada sucessão de leis e, em segundo lugar, por reinar nessa seara certos dispositivos explicitamente despenalizantes ou aqueles que, embora de maneira implícita, levam ao mesmo fim, estando entre esses últimos, justamente, a suspensão da pretensão punitiva.

Quanto ao primeiro entrave, buscamos desnudar todo o emaranhado legislativo que caracteriza a província dos crimes tributários através do desenlace histórico da mesma, para no fim chegarmos ao esclarecimento da situação hodierna. Já a superação do segundo obstáculo é o próprio fim que almeja este artigo.

Vimos que o pagamento, seja direto, seja via parcelamento, extingue a punibilidade dos crimes tributários, tal o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684. O *caput* deste mesmo artigo discorre sobre a suspensão da pretensão punitiva enquanto correr o parcelamento dos débitos tributários, completando, o § 1º, que a prescrição também não ocorre durante este período. Porém, conforme a lição de Luiz Flávio Gomes acima transcrita, a regulamentação total do parcelamento da dívida fiscal somente veio à luz com a Lei 12.382/11.

Esta dispôs, e esta é a situação atual, que não interessa o montante da dívida (mesmo se for acima do limite para ajuizamento de ações fiscais), e, sim, o momento em que ocorra o requerimento do parcelamento em um dos programas de recuperação fiscal, ou seja, antes do recebimento da denúncia, gerando de pronto a suspensão da pretensão punitiva. Porém, mantém o Estado suspensa a Espada de Dâmocles sobre a cabeça do contribuinte, ao instituir o regular andamento tanto da pretensão punitiva quanto da prescrição caso este caia em mora.

O STF, em julgamento da lavra do Ministro Relator Marco Aurélio, acolheu tal entendimento:

> Denúncia – Parâmetros. Contendo a denúncia dados viabilizadores do exercício do direito de defesa, com exposição do fato criminoso e das circunstâncias

> em que ocorrido, descabe cogitar de inépcia. Crime tributário – Contribuições previdenciárias – Apropriação – Adesão ao Programa de Recuperação Fiscal – Refis – Alcance. *A adesão ao Programa de Recuperação Fiscal – Refis não implica a novação, ou seja, a extinção da obrigação, mas mero parcelamento. Daí a harmonia com a Carta da Republica preceito a revelar a simples suspensão da pretensão punitiva do Estado, ficando a extinção do crime sujeita ao pagamento integral do débito – artigo 9º da Lei n. 10.684/*2003. Carta da Republica 9º10.684 (89.618/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.02.2007, 1ª Turma, *DJ* 09.03.2007, *RDDT* n. 140, 2007, p. 206; *RCJ* v. 21, n. 135, 2007, p. 133)[19] (grifo nosso).

O julgado acima colacionado, embora date do ano de 2007, permanece incólume no que concerne ao objeto deste artigo. Deveras, seguindo a tendência legislativa de oferecer institutos despenalizantes na província dos crimes tributários, as leis que se seguiram apenas trataram de abranger o raio das pessoas passíveis de utilizar tais institutos – caso da Lei 11.941/09, que incluiu a possibilidade de também pessoas físicas aderirem aos programas de recuperação fiscal – e a Lei 12.382/2011, que dispôs sobre a extinção da punibilidade nos casos de parcelamento dos créditos fiscais e, principalmente, sobre a suspensão da pretensão punitiva enquanto correr o tempestivo e correto pagamento das parcelas. Porém, não há na lei qualquer disposição sobre o prazo para essa suspensão, ensejando interpretações que, no vazio da lei, podem tornar-se medida de impunidade.

Uma das possíveis é, simplesmente, não havendo previsão legal, permanecer a suspensão por todo o tempo em que perdurar o parcelamento. Assim, portanto, não havendo a mora do contribuinte, este poderia gozar do benefício por períodos temporais gigantescos, mesmo de décadas, o que se tornaria um claro privilégio ensejador de impunidade. O devedor tributário poderia comodamente dividir o montante devido em pequeníssimas parcelas, gerando tanto maior facilidade no pagamento pontual destas quanto a procrastinação da suspensão da pretensão punitiva por tempos infinitos, impedindo definitivamente o exercício do *ius puniendi*.

Convém lembrar o patamar mínimo de R$ 20.000 para que se proceda à execução fiscal, valor este mais de vinte vezes o do salário mínimo. Ora, se é economicamente desvantajoso ao Estado mover todo o seu aparato repressivo para resgatar débitos no valor acima, porque seria tão edificante ao Leviatã multiplicar sem fim processos que envolvem crimes contra o patrimônio, em sua maioria tão bagatelares e socialmente insignificantes[20]?

---

19. Disponível em: [http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626418/habeas-corpus-hc-102348-sc-stf]. Acesso em: 06.12.2016.

20. Pesquisa coordenada pelo Prof. Dr. *Pierpaolo Cruz Bottini da Universidade de São Paulo revelou em números a realidade sensível:* "Aproximadamente *86%* dos casos que

Trata-se a suspensão da pretensão punitiva nos casos dos crimes tributários quando houver o parcelamento dos créditos fiscais de verdadeiro privilégio, pois não há em absoluto correlação lógica entre a distinção entre o fator de discrímen e a discriminação legal decorrente dele próprio, como bem preleciona Bandeira de Mello (2009, p. 38). Ademais, tal indulgência penal, convenientemente ofertada pelo legislador, não existe em outras províncias do direito penal[21].

Ora, os crimes tributários apresentam alguns obstáculos exclusivos na esfera penal para a imposição das penas. Vejamos: o primeiro obstáculo para a instauração da ação penal é o prévio esgotamento das vias administrativas, situação esta muito mais afeita aos procedimentos cíveis e/ou constitucionais, como o mandado de segurança. Em segundo lugar, aquilo que viemos tratando, ou seja, o pagamento integral do tributo ou seu parcelamento junto à entidade fazendária, decretando-se assim a extinção da punibilidade (Lei 8.137/90, art. 14 e Lei 9.249/95, art. 34). Referidos "obstáculos" não encontram paralelo em outros delitos penais de nosso ordenamento jurídico[22]. Por fim, e embora

---

envolveram crimes contra o patrimônio o valor do bem em questão esteve na faixa de 0 a 200 reais, sendo que *70%* concentram-se na faixa de 0 a 100 reais." BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord). *O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica:* análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [www.premioinnovare.com.br/ultimas/principio-da-insignificancia-nos--crimes-contra-o-patrimonio-e-ordem-publica/]. Acesso em: 06.12.2016.

21. "No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o 'caráter fragmentário' do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal. (...) Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. *Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem* às *relações de produção e distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder*" (BARATTA, 2002, p. 165, grifo nosso).

22. As considerações de Arruda Campos acerca do Código Penal podem ser estendidas, sem quaisquer prejuízos, para o sistema legislativo penal brasileiro como um todo: "O roteiro da Justiça Criminal é o Código Penal, que constitui o dicionário dos crimes e consigna o receituário das penas. No rigor com que trata os crimes contra a propriedade e, por exemplo, na brandura relativa aos delitos contra a honra, ou no esquecimento do mal decorrente das sonegações de impostos, ou da inércia quanto ao que produz a erosão das terras férteis, traz registrada a marca dos grupos dominantes. Dentro do mesmo exemplo pode-se ver que o Código garante a navegação dos snbdelinquentes, ainda que, através da evasão dos tributos legais, eles pratiquem um típico

não circunscrita aos crimes contra a ordem tributária e financeira, esgotadas as vias administrativas e as possibilidades de pagamento ou parcelamento do crédito tributário, restaria a Lei 9.099/95 e seus institutos despenalizadores como a suspensão condicional do processo. *Ora, mas como a evasão de tributos, sonegação de impostos etc. podem ser considerados como infrações de menor potencial ofensivo?* Tais crimes atingem o Estado brasileiro e a própria sociedade como um todo, sofrendo as consequências do ilícito penal. Como dissemos acima, menor arrecadação significa menor despesa pública.

> As infrações financeiras permitem, pois, que a reparação do prejuízo determine a extinção da punibilidade. Curiosamente, como se trata de infrações contra o Estado, sem ofensa determinada a particulares, não deveriam permitir a impunibilidade em razão do ressarcimento do débito, considerando a indisponibilidade do interesse público (MELLIM FILHO, 2010, p. 62).

Ainda há de se ter em conta a imprescritibilidade da reparação dos danos ao erário público (CF, art. 37, § 5º).

> Tratando-se de ações pertencentes ao mundo dos negócios, a punibilidade das condutas não poderia fazer-se com a mesma facilidade com que se atribui a membros das classes populares na prática dos crimes de furto e roubo. Daí o questionamento de Augusto Thompson: "poderia uma sociedade negocista sancionar com castigo os negócios?". Segundo o mesmo autor, "sabendo que os membros das classes inferiores tendem a lidar com as coisas em espécie (objetos, dinheiro) e as pessoas das classes média e alta com seus símbolos (títulos, papéis), percebe-se com nitidez que espécie de ladrões mais provavelmente cairão na teia do aparelho de repressão criminal e quais os que passarão incólumes pelos seus buracos (MELLIM FILHO, 2010, p. 63).

No entanto, pretendemos oferecer como prazo fatal para a suspensão da pretensão punitiva a mesma solução encontrada primeiramente por Damásio de Jesus para a delimitação temporal da suspensão da prescrição, em sede de processo penal, quando a citação do réu ocorrer por edital.

4. Solução para um caso análogo

Dispõe o art. 239 do Código de Processo Civil que "para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de

ato antissocial. Estão impedindo o poder público de prestar benefícios necessários à coletividade e locupletando-se ilicitamente em prejuízo do povo. Da mesma forma, o indivíduo que não combate a erosão do solo está saqueando as gerações futuras" (CAMPOS, 1959, p. 35).

indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido", asseverando Humberto Theodoro Júnior que "sem a citação do réu, não se aperfeiçoa a relação processual e torna-se inútil e inoperante a sentença" (2011, p. 273).

Daí de se observar que, embora o artigo e comento acima colacionados refiram-se à província civilística, onde em maioria os direitos em jogo são disponíveis, os requisitos legais de que se reveste a citação tornam-se ainda mais necessário em processo penal, arena onde estão em jogo os direitos e garantias inalienáveis do réu.

Pois bem, a redação primitiva do art. 366 do CPP, bastante fiel à sua matriz fascista do Código Rocco italiano, e em total afronta aos direitos e garantias da pessoa do acusado, prelecionava que o processo seguiria em sua marcha normal caso o acusado injustificadamente deixasse de comparecer a algum ato do processo (OLIVEIRA, 2009, p. 504), fosse citação ou intimação. Particularmente absurda seria a causa daquele réu citado por edital. Sabemos que tal tipo de citação é ficta, ou seja, trata-se de pura presunção criada pela teoria do processo para garantir o prosseguimento deste mesmo quando a formação da tríade processual fique impossibilitada. Essa disposição, em suma, significava indefensável "presunção de culpabilidade": o ônus da ineficiência estatal em garantir ao acusado o mínimo de direito, que é conhecer de fato o teor das acusações contra ele proferidas, cairia diretamente sobre ele, correndo o processo normalmente sem nenhum conhecimento ou defesa do réu, ferindo de forma clara os princípios do processo acusatório, da ampla defesa e do contraditório, além de afrontar também o princípio *nullla probatione sine defensione*, axioma do garantismo penal (FERRAJOLI, 2002, p. 75). Não obstante o vigor das críticas recebidas, a situação do réu citado por edital só veio a ser modificada através da Lei 9.271/96[23], décadas depois da entrada em vigor do CPP[24].

23. "Art. 1º Os arts. 366, 367, 368, 369 e 370 do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. § 1° As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo. § 2° Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos.'" Como se vê, a redação modificada do art. 366 do CPP não traz prazo para a suspensão do prazo prescricional.

24. "Não há dúvida de que essa forma de citação é um mecanismo anacrônico, e claramente ineficaz, de se promover o chamamento dos acusados a juízo. Nas sociedades de massas, caracterizadas por grandes populações urbanas, chega a ser mesmo

A mudança ocorreu para, primeiramente, tentar trazer o réu ao processo. Se isto não for possível, ele não comparecendo aos atos processuais nem constituindo advogado, obviamente também não pode ser ferido em suas garantias de ampla defesa e contraditório, ocorrendo, assim, a suspensão do processo e o curso do prazo prescricional, ou seja, a prescrição da pretensão punitiva. Tentou-se, portanto, revigorar a ampla defesa nos processos de réus citados por edital (OLIVEIRA, 2009, p. 504).

Porém, como já dissemos, a lei é omissa quanto ao prazo em que a prescrição estaria suspensa[25], podendo-se criar, à primeira vista, suspensão *ad eternum* do processo e hipótese de imprescritibilidade, esquecendo-se dos já taxativos casos previstos no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal.

Portanto, não tendo a lei ordinária forças para modificar esse rol, ficou a doutrina encarregada de solucionar essa questão. Júlio de Fabbrini Mirabete propôs como prazo para a suspensão aquele máximo previsto no art. 109, I, do CPP, ou seja, vinte anos, solução esta que não vingou.

Diferente destino teve a proposta do Damásio Evangelista de Jesus. Em artigo publicado tão logo em vigência a Lei 9.271/96 (1996, p. 3), defendia ele que o período máximo da suspensão do curso prescricional, nos casos de citação do réu por edital, deveria obedecer aos graus previstos no art. 109 do Código Penal, levando-se em conta assim o máximo da pena cominada para o crime. Tal entendimento foi prontamente adotado não só pela doutrina dominante como também pela jurisprudência:

> Processual penal. Revelia. Art. 366 do CPP com a alteração introduzida pela Lei n. 9.271/96. Aplicação imediata. Período máximo de duração da suspensão da fluência do prazo prescricional. 366 CPP 9.271/96. I – A suspensão do processo, prevista atualmente no art. 366 do CPP, só pode ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional. 366 CPP. II – É

prosaico imaginar que os réus pudessem tomar conhecimento das acusações pela leitura de editais afixados nos fóruns ou publicados no *Diário Oficial*." (MACHADO, 2012, p. 2010).

25. Arruda Campos já alertava nos anos de 1950 sobre a necessidade dum *escalonamento* mais equânime dos prazos prescricionais: "Há uma falha na legislação penal que podemos apontar como sendo a que não escalona a prescrição, de modo a estabelecer prescrições parciais ou progressivas. (...) *Um assunto dessa ordem não deve ser entregue ao puro arbítrio do julgador. À lei cabe a fixação dos limites e o estabelecimento de prescrições parciais ou progressivas*" (CAMPOS, 1959, p. 58-59, grifo nosso).

> inadimissível a cisão de texto legal que evidencia, claramente, sob pena de restar sem conteúdo e finalidade, a necessidade de sua obrigatória incidência unificada. III – Incabível sustentar conflito de leis no tempo entre texto revogado e texto posterior que já se encontrava em vigor quando da ocorrência do evento delituoso. IV – *O período máximo de suspensão da fluência do prazo de prescrição, na hipótese do art. 366 do CPP corresponde ao que está fixado no art. 109 do CP, observada a pena máxima cominada para a infração penal*. Recurso conhecido e parcialmente provido (7.052/RJ, 1997/0088811-8, rel. Min. Felix Fischer, j. 06.04.1998, 5ª Turma, *DJ* 18.05.1998, p. 114, *REVJUR*, v. 249, p. 101, *RSTJ*, v. 106, p. 383, *RT*, v. 00754, p. 575, *RT*, v. 754, p. 575)[26] (grifo nosso).

Não obstante o julgamento acima colacionado datado de apenas dois anos da modificação imposta pela Lei 9.271/96 ao artigo 366 do Código de Processo Penal, e que está perfeitamente afinado à orientação doutrinária tanto da época como atual, o mesmo Superior Tribunal de Justiça viu-se obrigado a editar a Súmula 415 ante a multiplicação de dissídios questionando o prazo máximo da suspensão da prescrição. Plenamente em vigor, o entendimento sumulado preleciona: "O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada".

Acreditamos ser proposital a semântica abrangente desta súmula para abarcar todas aquelas lides que tocam algum bem tutelado penalmente, ou seja, aquele que para sua lesão ou ameaça de lesão seja legitimado o *ius puniendi* do Estado para a cominação de pena e não outra sanção qualquer abraçada pelo ordenamento jurídico. Correlatamente, que estejam também em jogo as garantias individuais do acusado no competente processo penal.

Assim como nos casos de citação do réu por edital em sede de processo penal, a província dos crimes tributários também não conhece previsão legal para a suspensão da prescrição da pretensão punitiva. Menos ainda, há escassez completa de orientações jurisprudenciais ou doutrinárias a respeito. Portanto, segundo a proposta que vem se delineando durante todo esse artigo e que será melhor desenvolvida na conclusão seguinte, nada obsta a aplicação à seara dos crimes tributários da referida Súmula 415 (ou, em última análise, o acolhimento da opinião doutrinária que a ela deu origem).

26. Disponível em: [http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/512914/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7052-rj-1997-0088811-8]. Acesso em: 06.12.2016.

5. CONCLUSÃO

Não havendo legislação específica em nosso ordenamento jurídico, tampouco orientações precisas na doutrina ou jurisprudência, acreditamos ser plenamente viável e, mais que isso, desejável, que sejam utilizados os prazos da prescrição da pretensão punitiva do art. 109 do CP nos casos de suspensão desta que ocorre devido ao parcelamento dos créditos tributários[27].

Continuando como está, o autor de crime tributário estaria a salvo dos rigores da lei penal tão logo parcelasse seus débitos, podendo haver parcelamento por décadas ou mesmo centenas de anos e correlata suspensão do processo e da pretensão punitiva. A comodidade do devedor estaria em perigo somente se falhasse no pagamento de alguma das prestações. Assim, perder-se-ia injustificadamente o *ius puniendi*, gerando odiosa impunidade às vistas da lei.

Além de evitar a impunidade, é de se ter em mente que essa solução não é novíssima, nem tampouco fruto do desejo de construções jurídicas mirabolantes. Em realidade, como já demonstrado, tal proposta aqui defendida já é há muito utilizada na seara penal em caso de réu citado por edital. Pudera, as situações são muito semelhantes: existe situação não regida em lei, qual seja a suspensão da prescrição da pretensão punitiva. Ora, nada obsta a aplicação da Súmula 415 do STJ, de caráter amplo e originária da necessidade de impor-se solução á problemática do réu citado por edital no processo penal, também aos casos de parcelamento dos créditos tributários. Além de que nossos tribunais estão já habituados a essa sistemática. A modificação proposta apenas consta de que o autor de delito tributário, ao parcelar seus débitos em algum dos programas de recuperação fiscal, tenha a suspensão do processo contra ele e também a prescrição da pretensão punitiva regulada conforme o máximo da pena prevista àquele delito.

Utilizando-se a diferenciação argumentativa exposta no terceiro item da primeira parte de *Uma questão de princípio*, de Ronald Dworkin, os argumentos de política justificam uma decisão política e, na seara judicial, as

27. "Conforme a la situación jurídica y constitucional actual, la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho. Los componentes limitadores de la reacción pertenecen, por tanto, como ya se subrayó al principio, a la política criminal y dogmaticamente tienen que resultar tan provechosos como sus orientaciones preventivas" (ROXIN, 2000, p. 70).

decisões que se utilizam de tais argumentos *protegem ou fomentam algum objetivo coletivo da comunidade (sociedade) como um todo, ainda que alguns direitos individuais ou direitos coletivos constitucionalmente previstos tenham de ser sacrificados para tanto.*

Argumentos de política são, por exemplo, os defendidos pela Administração Pública ao realocar recursos em momentos de grave necessidade (guerras, calamidades públicas etc.) ou pelo Judiciário, quando este proíbe a divulgação de segredos militares. Neste último caso, o direito à livre-expressão, garantido pela Constituição, é afastado tendo em vista a proteção da sociedade nacional vista como um todo, ou seja o entendimento de que esta está indiscutivelmente mais segura se as outras potências não lhe conhecem os segredos bélicos.

A preponderância neste tipo de argumento é claramente colocada no interesse coletivo da sociedade como um todo, na *maioria* (e não no interesse coletivo de grupos, associações etc., até porque estes podem ser afastados em favor daqueles), tratando-se assim de argumentação típica das correntes utilitaristas, e que defende, no fundo, que *a sociedade como um todo, seguindo as concepções de quantidade, será idealmente melhor.*

Já os argumentos de princípio também justificam uma decisão política, mas a jurisprudência que se desenvolve a partir desses argumentos *respeita ou garante um direito constitucionalmente previsto de um indivíduo ou de um grupo, independentemente se a sociedade como um todo (ou a maioria) ganha com isso.*

Argumentos de princípio são os utilizados em qualquer legislação que vise a promover a inclusão social de minorias étnicas, religiosas, sexuais etc. Os utilizados para a implementação de saúde e educação (e outros direitos de segunda ou terceira dimensões) para camadas mais profundas da população, também. Exemplo bastante palpável no Judiciário são as indenizações por violação cometida pelo Estado. Aqui, o indivíduo possui um direito constitucionalmente garantido e o argumento de princípio o faz valer, ainda que o erário público, portanto, a própria sociedade como um todo, saia perdendo.

Este tipo de argumento calca-se exclusivamente nos direitos constitucionais que os indivíduos ou grupos tenham ou não de acordo unicamente com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito vigentes. A preponderância não é da sociedade como um todo, do indivíduo isoladamente considerado ou de grupos (por maiores que sejam), mas, sim, dos direitos e garantias que estes possuam segundo a ordem político-jurídica em que vivem.

Portanto, os argumentos de princípio, ao se desvencilharem de pragmatismos e discricionariedades e tendo somente a Constituição e os direitos nelas insculpidos como objetivo e matriz, são os argumentos que devem ser os mais legítimos para juízes e juristas no Estado Democrático de Direito, os argumentos de Direito por excelência.

A logicidade e razoabilidade da presente proposta não afrontam por vias diretas ou indiretas princípio ou artigo algum do ordenamento jurídico nacional[28]. Pelo contrário, reafirmam, ao menos, a igualdade[29] perante a Constituição que, num Estado Democrático de Direito, deve ser levada a sério, não importando a amplitude de seus desideratos, nem tampouco uma discricionariedade quanto ao que deve ou não ser buscado dela para efetivar-se. Nada impede a presente proposta dum limite temporal para a suspensão da prescrição da pretensão punitiva nos crimes tributários. Acima de tudo, pode desenvolver-se num importante mecanismo contra a impunidade das classes mais altas, justamente aquelas cujos crimes, muito mais do que as classes baixas, afetam todos, a sociedade e o deficitário Estado brasileiro.

6. Referências

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário*: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. São Paulo: Atlas, 1995.

28. Pelo contrário, "Tratando-se de proteção do patrimônio, a distinção fundada em ser o bem público ou privado, para permitir naquele a extinção da punibilidade, com a reparação do dano, ensejando apenas a diminuição da pena em relação aos últimos, não revela aquela correlação lógica necessária ao respeito da isonomia, mas, sim, verdadeira ilogicidade, pois que o tratamento penal mais brando no primeiro caso não coaduna com o regime jurídico mais severo existente a partir da Constituição Federal no trato da coisa pública, notadamente se cotejado com o regime da disponibilidade do bem particular" (BORGES, 2005, p. 200).

29. "O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições: a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos [...] Exatamente opostas são as proposições em que se resumem os resultados da crítica: a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais (...) e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo da tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade" (BARATTA, 2002, p. 162).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BORGES, Paulo César Corrêa. *Direito penal democrático*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord). *O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica:* análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [www.premioinnovare.com.br/ultimas/principio-da-insignificancia-nos-crimes-contra-o-patrimonio-e-ordem-publica]. Acesso em: 06.12.2016.

CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. São Paulo: Saraiva, 1959.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. Rev. da Trad. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder:* formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

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

GOMES, Luiz Flávio; EL TASSE, Adel. *Os crimes tributários e a extinção de punibilidade*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-mar-17/coluna-lfg-crimes-tributarios-extincao-punibilidade]. Acesso em: 06.12.2016.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia:* introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. Trad. Luiz Flávio Gomes, Yebbin Morote Garcia e Davi Tangerino. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. Coleção Ciências Criminais, v. 5.

JESUS, Damásio Evangelista. Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal com a redação da Lei n. 9.271/96. *Boletim IBCCRim*, n. 42, p. 3, Edição Especial. jun. 1996.

HARADA, Kyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HUGO, Maicon Guedes. *Política criminal no direito penal tributário:* uma abordagem pela descriminalização substitutiva utilizando o direito administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado) –Universidade Federal do Estado do Paraná (UFPR), Curitiba, 2007.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. . São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e seleção no sistema judiciário penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. *O idealismo da Constituição*. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Introd. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SCIMÉ, Salvador Francisco. *Criminología:* causas y cosas del delito. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1999.

SILVESTRE, Juliana Queiroz. A tolerância dos delitos tributários. In: BORGES, Paulo César (Coord.); MARTINS, Alessandra Beatriz et al. (Col.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal*: temas atuais. São Paulo: UNESP, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A insignificância como sintoma da crise dogmática do direito penal e sua autonomia nos crimes tributários, de João Carlos Harger Junior – *RBCCrim* 117/17-50 (DTR\2015\17079);
- Condição impossível nos crimes tributários: a adesão a programa de parcelamento (REFIS) como condição da suspensão da pretensão punitiva e princípios constitucionais penais, de Davi de Paiva Costa Tangerino e Joyce Roysen – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 4/787-794 (DTR\2012\450214);
- Da legitimidade da intervenção penal na ordem tributária, de Jaqueline Tortola Ribeiro Sisti e Rodrigo Valente Giublin Teixeira – *RBCCrim* 117 (DTR\2016\72); e
- O termo inicial da prescrição em crimes tributários e o recente posicionamento do STF, de Gustavo Britta Scandelari – *RT* 936/191-199 (DTR\2013\8036).

As funções do endereço IP e seus reflexos no poder de requisição da autoridade policial

The functions of the IP address and its reflexes in the power of request of the police authority

Daniel Chamorro Petersen

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade FEAD. Engenheiro da Computação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Consultor Legislativo na área de Direito Penal, Processual Penal e Procedimentos Investigatórios Parlamentares da Câmara dos Deputados.
daniel.petersen@camara.leg.br

Recebido em: 16.02.2017
Aprovado em: 28.03.2017
Última versão do autor: 04.04.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O endereço IP é um dado utilizado pelo Protocolo IP para especificar uma conexão de dados em um canal de comunicação. Apesar de não ter sido concebido para individualizar um dispositivo computacional ou uma pessoa natural, quando associado a outros elementos identificadores, há casos em que do endereço IP é possível identificar o usuário responsável pela conexão de dados e ter conhecimento de suas atividades no mundo virtual. O efeito colateral gera discussão sobre a necessidade ou não do controle judicial prévio do acesso ao endereço IP pela autoridade policial durante uma investigação. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é analisar as diferentes funções do endereço IP e seus reflexos no poder de requisição da autoridade policial. Para tanto, utilizou-se a metodologia de análise bibliográfica e comparativa, no intuito de combinar, de forma inovadora, elementos dos campos técnico e jurídico a fim de construir um trabalho analítico interdisciplinar do endereço IP como ponto de partida e de chegada de uma

Abstract: The IP Protocol uses the IP address to specify a data connection on a communication channel. Although not designed to individualize a computing device or a natural person, if associated with other identifier elements, the IP address can identify the user accountable for a specific data connection in some cases, as well as its activities in the virtual world. This side effect generates a discussion on the requirement of prior judicial control by the police authority regarding the IP address access, in the course of an investigation. In this context, this study intents to analyze the different functions of the IP address and its repercussions in the requisition power of the police authority. For this matter, bibliographic and comparative analyzes were used to combine, in a groundbreaking way, technical and legal elements, in order to construct an interdisciplinary and analytical work of the IP address as starting and arrival points of a criminal investigation. The analyzed data led to the conclusion that the IP address,

Petersen, Daniel Chamorro. As funções do endereço IP e seus reflexos no poder de requisição da autoridade policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 136. ano 25. p. 157-185. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

investigação criminal. Os dados analisados permitiram concluir que o endereço IP, dependendo de sua função, pode ser classificado como a) *identificador de terminal*; b) *dado cadastral*; e, c) *dado pessoal submetido à cláusula de inviolabilidade*, recebendo cada categoria proteção constitucional diferenciada.

Palavras-chave: Endereço IP – Categorização de dados – Crime cibernético – Dados pessoais – Sigilo de dados – Proteção de dados.

depending on its function, can be classified as *a) terminal identifier; b) cadastral data; and, c) personal data bound to an inviolability clause*, and for each category, differentiated constitutional protection shall be dispensed.

Keywords: IP address – Data categorization – Cybercrime – Personal data – Data confidentiality – Data protection.

Sumário: 1. Introdução. 2. Internet e a função do endereço IP sob o aspecto tecnológico. 2.1. Registros de conexão e de acesso a aplicações a internet. 2.1.1. Registro de conexão. 2.1.2. Registro de acesso à aplicação de internet. 2.2. Protocolo IP e a função do endereço IP. 3. Dado pessoal, dado cadastral e a inviolabilidade do sigilo de dados. 3.1. Dado pessoal. 3.1.1. Categorização de dado pessoal para Comunidade Europeia. 3.1.2. Comissão temporária especial para proferir parecer ao PL 4.060, de 2012: tratamento e proteção de dados pessoais. 3.1.3. Conclusões sobre o tratamento europeu ao endereço IP. 3.2. Dado cadastral. 3.3. Da quebra de sigilo de dados. 3.3.1. Do sigilo de dados cadastrais. 4. Controvérsia em relação ao enquadramento do endereço IP como dado cadastral. 4.1. Visão de representantes da Polícia Federal. 4.2. Visão jurisprudencial. 5. Especificação de conteúdo de dados cadastrais no âmbito do Marco Civil da Internet. 6. Enquadramento do endereço IP como dado pessoal, dado cadastral ou identificador de terminal. 7. Os reflexos das diferentes categorizações do endereço IP no poder requisitório da autoridade policial. 7.1. Identificador de terminal. 7.2. Dado cadastral. 7.3. Dado pessoal submetido a cláusula de inviolabilidade. 8. Considerações finais. 9. Bibliografia.

1. Introdução

O sensível crescimento da utilização de computadores nos últimos anos, bem como o acesso facilitado à internet, além de representar inegável avanço para a sociedade, possibilitando a realização de diversas atividades rotineiras de forma mais fácil e célere (PINHEIRO, 2010), também abriu espaço para uma nova espécie de criminalidade: a cibernética (PINHEIRO, 2001). Os crimes cibernéticos possuem implicações, dentre outras, na economia, na saúde pública, na segurança nacional (FINKLEA; THEOHARY, 2015), o que acaba por justificar propostas que busquem o aumento da segurança cibernética de determinados setores da economia, como os de energia, transporte, provedores de comunicação, por compreenderem a infraestrutura crítica da nação (LIU et al., 2013). Diante disso, a segurança da informação tem se tornado nos anos

recentes uma preocupação central para as instituições em geral, que cada vez mais confiam e dependem de complexas infraestruturas de TI para realizar suas atividades (CANNON; WHEELDON, 2007).

Os delitos de natureza cibernética se diferenciam dos chamados crimes tradicionais em razão de seu modo de operação, uma vez que envolvem a utilização de dispositivo eletrônico, de computadores e da internet para a execução da ação ou da omissão, típica, antijurídica e culpável (CHAWKI, 2005). Assim, como para os crimes comuns, o principal objetivo de um procedimento investigatório policial relacionado a crime cibernético, é, nas palavras de Greco (2012), "buscar as primeiras provas, ou o mínimo de prova, a que se chama de justa causa, a fim de que o titular da ação penal de iniciativa pública possa dar início a persecução penal em juízo por meio do oferecimento de denúncia". Em apertada síntese, a finalidade do inquérito policial é desvendar a suposta autoria de uma determinada conduta delituosa, além de comprovar a sua materialidade. Para isso, inúmeros atos são realizados para a coleta de informações que possam, após o processo de indução, atribuir a um determinado sujeito a materialidade delitiva.

Nesse sentido, o *Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais* (2002) afirma que:

> A investigação do crime constituiu a primeira etapa fundamental da administração da justiça. Trata-se do meio pelo qual aqueles que são acusados de um crime podem ser levados a comparecer perante a justiça a fim de determinar a sua culpabilidade ou inocência. É também essencial para o bem-estar da sociedade, pois a crime causa sofrimento entre a população e compromete o desenvolvimento econômico e social. Por estas razões, a condução das investigações criminais de forma eficaz e em conformidade com a lei e com os princípios éticos é um aspecto extremamente importante da atividade policial.

As investigações criminais, em grande parte, iniciam-se com as marcas deixadas pelos crimes cometidos. Essas marcas são conhecidas como os vestígios do crime, constituindo-se em qualquer marca, objeto ou sinal que possa ter relação com o fato investigado, pressupondo a existência de um agente provocador e de um suporte adequado para sua ocorrência (MALLMITH, 2007). Os vestígios constituem-se como fonte de prova indireta, tornando-se fato provado por meio de uma operação lógica (GRINOVER, 2004). Dos vestígios deixados por um crime, após uma análise sistemática do conjunto dos fatos apurados, pode-se chegar-se à conclusão de que foi determinado sujeito o responsável pelo fato delituoso.

Assim como os crimes cometidos no mundo real, quase todos os crimes cibernéticos deixam vestígios virtuais (SECURITY, 2011). Os vestígios virtuais podem ser compreendidos como os dados que são armazenados e transmitidos por meio de um sistema computacional que possibilitam demonstrar ou refutar uma hipótese sobre um determinado evento, ou, ainda, comprovar elementos subjetivos do tipo penal cometido, como a premeditação, dolo, álibi etc. (CASEY, 2004). Neste contexto, há dois vestígios importantes para a investigação penal: a) o *registro de conexão*[1]; e b) o *registro de acesso a aplicações de internet*[2].

No tocante ao poder de requisição da autoridade policial, um debate que se tem travado, desde a tramitação do Marco Civil da Internet, e que reascendeu na Comissão Parlamentar de Inquérito dos Crimes Cibernéticos (2015) e na tramitação do Projeto de Lei 215/2015, foi a necessidade ou não de judicializar a requisição dos registros de conexão e de aplicação. Os *favoráveis* afirmam que, por terem a potencialidade de revelar muito da vida cibernética do indivíduo, constituindo um gravame à intimidade individual do sujeito, necessitam do controle judicial. Os *contrários*, basicamente, afirmam que as informações contidas nestes registros são dados cadastrais, não constituindo, portanto, conteúdo de privacidade, uma vez que não revelam o que o sujeito fez e com quem ele conversou, mas apenas demonstram que uma determinada máquina se conectou com outra se utilizando da internet.

Neste cenário, devida à escassa literatura e jurisprudência nacionais sobre o tema, foi analisada a legislação europeia sobre a proteção de dados, a fim de identificar as definições e o tratamento dispensado ao endereço IP dentro do escopo da proteção de dados pessoais. Tal análise foi sustentada pelos pareceres do Grupo de Trabalho do artigo 29º para Proteção de Dados[3]. Finalizando o estudo comparativo, Graux (2011) percebeu que o posicionamento

1. De acordo com a definição do Marco Civil da Internet, o registro de conexão é o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.
2. Segundo a definição do Marco Civil da Internet, o registro de acesso a aplicações de internet é o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.
3. Este Grupo de trabalho foi instituído pelo artigo 29º da Diretiva 95/46/CE. Trata-se de um órgão consultivo europeu independente em matéria de proteção de dados e privacidade. As suas atribuições são descritas no artigo 30º da Diretiva 95/46/CE e no artigo 15º da Diretiva 2002/58/CE.

majoritário da jurisprudência europeia é no sentido de enquadrar o endereço IP como dado pessoal quando dele se puder individualizar um determinado sujeito.

Considerando que o entendimento de aspectos técnicos da comunicação de dados é fundamental para a compreensão de que o endereço IP desempenha diferentes funções, recebendo, por isso, diferenciados níveis de proteção, a parte introdutória do presente trabalho busca construir uma base interdisciplinar, da qual será estruturada toda a análise das funções do endereço IP e seus efeitos no poder requisitório da autoridade policial. Para tanto, partiu-se dos ensinamentos de Tananbaum, Kurose e Ross, consagrados autores da Ciência da Computação. A transição da discussão técnica para a jurídica é desenvolvida por meio da constatação de que a função precípua do endereço IP é identificar uma conexão de dados (COMER, 2000). A partir dessa conclusão, somada com as condições extraídas pela análise comparada, duas hipóteses de trabalho se apresentaram, o endereço IP como a) identificador de terminal; e b) dado pessoal.

Ingressando na análise doutrinária brasileira do tratamento jurídico dispensado aos dados pessoais, identificou-se que o dado cadastral, espécie de dado pessoal, não recebe a proteção constitucional ao sigilo (FERRAZ, 2005). Dessa constatação, a hipótese de endereço IP como dado pessoal é desmembrada, chegando-se a seguintes três hipóteses de classificação do endereço IP: a) identificador de terminal; b) dado cadastral; e c) dado pessoal submetido à cláusula de inviolabilidade. Dessa forma, o presente artigo pretende analisar o enquadramento do endereço IP como dado pessoal, dado cadastral ou identificador de terminal, assim como seus reflexos no poder requisitório da autoridade policial.

2. Internet e a função do endereço IP sob o aspecto tecnológico

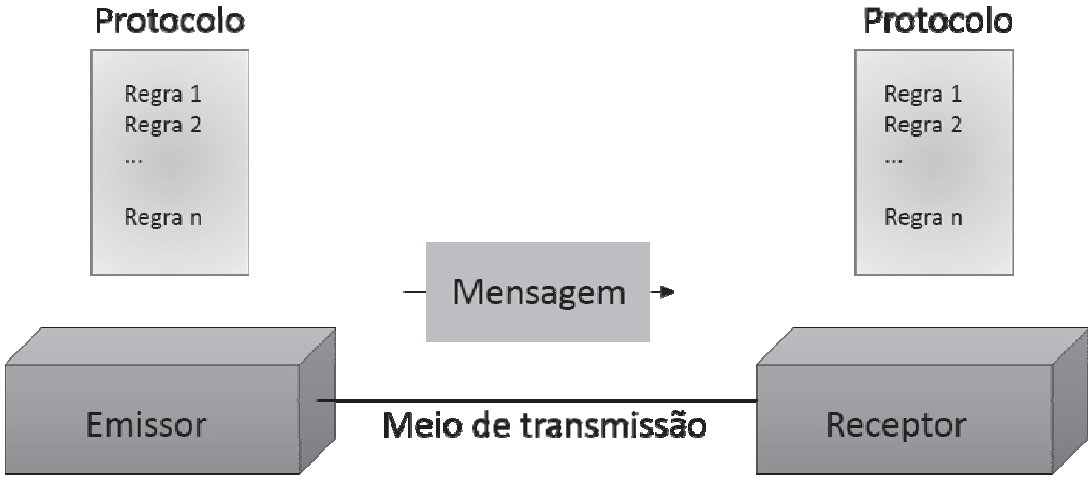
A internet é uma rede mundial de computadores que se comunicam entre si, por meio da troca de dados e mensagens, utilizando-se um protocolo comum. Cabe à comunicação de dados tratar da transmissão de mensagens digitais entre um dispositivo de origem e um dispositivo final[4] em um sistema de comunicação. A comunicação de dados é função básica inerente a um sistema de informação, na qual a informação é produzida por uma fonte, gerando um

4. Dados digitais são pulsos eletromagnéticos em representação binária que possuem um significado.

fluxo de símbolos de informação, que são codificados segundo dígitos binários e associados a símbolos elétricos, podendo, então, ser transmitidos por um meio até o seu destinatário. Ao receber esses símbolos elétricos, o destinatário os associa a dígitos binários com base no mesmo código do transmissor, recuperando, assim, os símbolos de informação enviada pela fonte (ROCHOL, 2012).

A comunicação de dados permite que aplicações distribuídas[5], executadas em sistemas finais[6], troquem dados entre si (KUROSE; ROSS, 2009, p. 4). Para Tanenbaum (2003, p. 60), "uma máquina está na Internet quando executa a pilha de protocolos TCP/IP, tem um endereço IP e pode enviar pacotes IP a todas as outras máquinas da Internet". Para que seja possível estabelecer uma conexão de dados, são necessários cinco componentes básicos: 1) *emissor*, dispositivo que envia a mensagem; 2) *receptor*, dispositivo que recebe a mensagem; 3) *meio*, caminho físico por onde a mensagem é transmitida; 4) *mensagem*; informação a ser transmitida; 5) *protocolo*, conjunto de regras que governa a comunicação de dados.

Figura 1. Os cinco componentes da comunicação de dados.



5. Aplicação distribuída é qualquer aplicação projetada para executar em mais de um sistema computacional

6. Considera-se como sistema final os computadores que estão conectados na periferia da internet, sendo o host, ou hospedeiro, um sistema final que provê um programa de aplicação.

2.1. Registros de conexão e de acesso a aplicações a internet

Vistos os componentes básicos, necessário se faz compreender que os registros de conexão e de aplicação são elementos que desempenham papel no domínio do componente protocolo. Eles contêm dados referentes à comunicação de dados, tais como *endereço IP*, *data*, *hora*, *duração da conexão*.

2.1.1. Registro de conexão

O registro de conexão, de acordo com o artigo 5º, VI, do Marco Civil da Internet, é "o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados". Cada vez que um computador se conecta à internet, ele recebe um número de endereço IP que, segundo Comer, identifica uma conexão. As empresas que provêm os serviços de conexão de dados (normalmente companhias de telecomunicações) mantêm cadastro de seus clientes, sendo possível, de posse de informações de data, hora de início e término, duração e endereço IP de uma conexão de dados, identificar o usuário de determinada conexão de dados.

Basicamente, o registro de conexão apresenta a seguinte estrutura:

Quadro 1. Exemplo de registro de conexão de dados.

Nome do usuário	N. de Origem	Data	Hora de Início	Hora do Fim	Duração
Tício	194.24.0.1[7]	Seg 01/08	20:00	21:01	(01:01)

2.1.2. Registro de acesso à aplicação de internet

Já o registro de acesso à aplicação de internet, consoante o artigo 5º, III, é "o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP". Quando determinado sistema final de origem acessa um serviço de aplicação de um sistema final de destino, este toma conhecimento automaticamente do endereço IP de origem, não sendo possível, somente com esse dado, identificar a pessoa responsável pela conexão de dados. Entretanto, nos casos em que o serviço de aplicação necessite da identificação do usuário para acessar o seu conteúdo, somado a essas informações, é possível sua descoberta.

7. Endereço IP pertencente a Universidade de Cambrige, Inglaterra (TANENBAUM, 2003, p. 471).

Exemplo de registros gerados pelo acesso à internet usando o navegador:

Quadro 2. Exemplo de registro de acesso à aplicação a internet*

Data e hora do acesso	Endereço IP de origem	Bytes transferidos	Arquivo acessado
2011:04:01:05:18:06	64.209.181.52	36141	/web/dir/meusite/foto.jpg
2011:04:01:13:00:36	192.168.70.13	22349	/web/dir/meusite/pedofilia.html
2011:04:02:04:06:30	209.54.25.212	1763	/web/dir/meusite/índice.html

*Fonte: extraído de WENDT, JORGE, 2013

A partir do exposto, conclui-se que o endereço IP é parte integrante dos registros de conexão e de acesso à aplicação da internet. Tal compreensão é fundamental, considerando que a Lei 12.965, de 23 de abril de 2015 – Marco Civil da Internet, ao tratar da proteção aos dados pessoais não se refere diretamente ao endereço IP, mas sim aos já citados registros.

2.2. Protocolo IP[8] e a função do endereço IP

Segundo Ross (2008), o Protocolo IP "define a unidade básica de transferência de dados utilizada através de uma interligação em redes TCP/IP, assim, ela especifica o formato exato de todos os dados à medida que ela passa pela interligação em redes TCP/IP". Além disso, "o *software* IP desempenha a função de roteamento, escolhendo um caminho por onde os dados serão enviados." Por fim, além da especificação formal e precisa de formatos de dados e de roteamento:

> O IP inclui um conjunto de regras que concentram a ideia da entrega não-confiável de pacotes, que definem como os hosts e os roteadores devem processar os pacotes, como e quando as mensagens de erro devem ser ger*adas e as condições segundo as quais os pacotes podem ser descarregados*. (g.n.)

Quando o protocolo IP foi padronizado, no início da década de 1980, foi especificado que para cada equipamento ligado à internet deveria ser associado um único endereço IP, composto por duas partes, a primeira identificando a rede em que o equipamento está conectado, e a segunda parte diferenciando o próprio equipamento na rede. Dessa forma, foi criada a hierarquia de endereçamento de dois níveis. O campo do número de rede composto dos *bits* mais significativos foi chamado de prefixo de rede, isto porque essa parte identifica o número da rede. É importante lembrar que todos os equipamentos de uma rede compartilham o mesmo prefixo de rede, mas devem ter um único número

8. Neste artigo, analisa-se o Protocolo IPv4, tendo em vista que ainda é o mais utilizado, entretanto, as mesmas considerações se aplicam ao Protocolo IPv6, *mutatis mutandis*.

que identifica o equipamento dentro da rede. Dessa foram, quaisquer dois equipamentos em diferentes redes devem ter prefixos de redes diferentes, entretanto podem possuir a segunda parte do endereço IP iguais. (MENDES, 2007).

Em resumo, a arquitetura TCP/IP usa um endereço de 32-*bits* (endereço IPv4) como identificador universal. O identificador é particionado em duas partes, um prefixo que identifica a rede na qual o computador se encontra e um sufixo que fornece um identificador único do computador na rede. Uma importante propriedade do endereço IP é que ele se refere a conexões de rede, assim sendo, entidades com múltiplas conexões tem múltiplos endereços (COMER, 2000). Nesse sentido, o artigo 5º, III, do Marco Civil da Internet, define endereço IP como "o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais".

À vista disso, *sob o ponto de vista tecnológico*, o endereço IP é um dado utilizado pelo Protocolo IP para estabelecer uma conexão lógica, além de realizar a função de encaminhamento dos dados de um sistema computacional de origem a seu destino. O endereço IP especifica uma conexão à rede, devendo ser considerado um *identificador de terminal*[9].

3. Dado pessoal, dado cadastral e a inviolabilidade do sigilo de dados

A análise do endereço IP sob o aspecto técnico não é suficiente para determinar se ele está protegido ou não pela inviolabilidade do sigilo, haja vista que é necessário verificar se a partir dele é possível extrair qualquer informação adicional sobre uma pessoa natural e suas atividades. Isto é, a depender do grau de revelação dos aspectos da vida privada do usuário, pode ocorrer uma variação de intensidade na proteção legal.

3.1. Dado pessoal

A conceituação de dado pessoal, em relação à correta classificação da natureza jurídica do endereço IP, é fundamental, tendo em vista que há determinados dados pessoais que recebem tratamento legal diferenciado. Diferentemente do que ocorre na Comunidade Europeia, no Brasil não há uma proteção legal geral para dados de natureza pessoal[10], aplicando-se as proteções inerentes à

9. Conforme terminologia do art. 10, § 1º, do Marco Civil da Internet.

10. Há em tramitação na Comissão Especial para proferir parecer ao Projeto de Lei 4.060, de 2012 – Tratamento e Proteção de Dados Pessoais que têm o objetivo efetivar uma proteção legal geral para dados de natureza pessoal.

intimidade e à privacidade estabelecidas pela Constituição Federal de 1998 (CF/1998), pelo Código Civil (CC), pela Lei de Acesso à Informação (Lei 12.525/11); e o amparo aos dados relativos a processos de consumo (nos ditames trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC)).

Diante disso, é importante analisar alguns aspectos inerentes ao tratamento legal dispensado ao dado pessoal, especificamente, ao endereço IP, pela Comunidade Europeia, com o objetivo de ter uma análise mais confiável do escopo da matéria[11], haja vista sua influência nos projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional.

3.1.1. Categorização de dado pessoal para Comunidade Europeia

Em matéria de proteção de dados, o principal instituto europeu é a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, que trata da proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre-circulação desses dados (Diretiva europeia de proteção de dados). Entretanto, devido à recente aprovação do Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre-circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento geral europeu sobre a proteção de dados), a legislação europeia encontra-se em fase de transição entre a entrada em vigor do Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados, prevista para o ano de 2018, e da perda do efeito da Diretiva de Proteção de Dados.

3.1.1.1. Dado pessoal para a diretiva europeia de proteção de dados

A Diretiva de Proteção de Dados foca na proteção dos dados pessoais em geral, sendo o dado pessoal definido como "qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável". A análise da definição do conceito de dado pessoal, segundo posicionamento do Grupo de Trabalho de Proteção de Dado do artigo 29º da Diretiva 95/46/CE[12] (GRUPO DE TRABALHO,

11. Apesar da discussão tratar da definição de dados pessoais para fins de proteção de dados em relação ao tratamento das informações dos usuários por parte dos operadores de internet, ela traz importantes definições que vão auxiliar na delimitação do tema.

12. Esse Grupo de trabalho foi instituído pelo artigo 29º da Diretiva 95/46/CE. Trata-se de um órgão consultivo europeu independente em matéria de proteção de dados e privacidade. As suas atribuições são descritas no artigo 30º da Diretiva 95/46/CE e no artigo 15º da Diretiva 2002/58/CE.

2007a), deve ser feita por meio da análise de quatro elementos: a) *qualquer informação*; b) *relativa à*; c) *identificada ou identificável*[13]; e d) *pessoal natural*.

A Diretiva de Proteção de Dados qualificou como *dados sensíveis* os *dados pessoais* referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, à saúde, à vida sexual, incluindo os dados genéticos. Conforme entendimento de Doneda (2011), os *dados sensíveis* são aqueles que revelam informações sobre o seu titular que possuem a potencialidade de originar discriminação, justificando a adoção de um nível maior de proteção.

Cabe ressaltar que, conforme definição do Grupo de Trabalho Sobre a Proteção de Dados do Artigo 29º, *dados anonimizados* são dados relativos a uma pessoa identificada ou identificável que não pode, razoavelmente, voltar a ser identificada ou identificável. O critério da razoabilidade significa que o processo de anonimização deve ser suficientemente robusto, de tal modo que a reversão deste processo seja "razoavelmente impossível". Como consequência, as regras do tratamento de *dados pessoais* não são aplicáveis a dados tornados anónimos de forma irreversível.

3.1.1.2. Caracterização do endereço IP como dado pessoal à luz da diretiva de proteção de dados

Especificamente em relação ao endereço IP, é entendimento do Grupo de Trabalho (2000) que quando for possível por meio do endereço IP, por meio da associação com outros elementos identificadores, utilizando esforços razoáveis, identificar um determinado indivíduo, este dado deve ser considerado como dado pessoal. À vista disso, deve-se considerar que os endereços IP contêm identificadores únicos do usuário, por isso devem ser considerados como dado pessoal (GRUPO DE TRABALHO, 2008). Ressalta-se que, por precaução, quando há dúvida sobre a possibilidade ou não de que determinado número IP possa identificar determinado indivíduo, deve-se ser dispensado ao endereço IP o tratamento de dado pessoal (GRUPO DE TRABALHO, 2007b).

Neste contexto, Graux (2011), analisando as decisões judiciais europeias[14], apontou que a visão jurisprudencial majoritária é no sentido de que quando o

13. A pessoa é identificável quando apesar de não estar identificada ainda, é possível identificar (GRUPO DE TRABALHO, 2007a).

14. Das 49 decisões efetivamente examinadas, 41 decisões (84% do total de casos relevantes) de maneira explicita ou implicitamente, se posicionaram no sentido de que

endereço IP tiver a potencialidade de individualizar um determinado sujeito, este dado deve ter tratamento de dado pessoal. Para isso, deve-se considerar a infraestrutura tecnológica disponível e a existência de outras informações que possam ser combinadas com o endereço IP para possibilitar a identificação de uma pessoa singular. Por outro lado, a jurisprudência minoritária argumenta que como o endereço IP identifica computadores, e não pessoas, ele não deve ser considerado como dado pessoal.

3.1.1.3. Regulamento geral europeu sobre a proteção de dados

Segundo o art. 4º do Regulamento geral europeu sobre a proteção de dados: dados pessoais é qualquer:

> Informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores eletrônicos ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.

Define, ainda, o Regulamento como *dados genéticos* os *dados pessoais* relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resulta designadamente de uma análise de uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa; como *dados biométricos*, os *dados pessoais* resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem sua identificação única, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos; os *dados relativos à saúde* os *dados pessoais* relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde.

Além desses, adotando a mesma sistemática da Diretiva de Proteção de Dados, mesmo que não explicitamente, o Regulamento define *dados sensíveis* como informações que revelam a origem racial ou étnica, as opiniões políticas,

---

os endereços IP devem ser qualificados como dados pessoais. Por outro lado, oito decisões se posicionaram contra a qualificação do endereço IP como dado pessoal.

as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa. Outrossim, da definição de *pseudonimização*, tratamento de *dados pessoais* de foram que tais dados deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específicos sem recorrer a informações suplementares, o Regulamento adotou a definição adotada pelo Grupo de Trabalho Sobre a Proteção de Dados do art. 29º.

Conforme visto, a definição de *dado pessoal* trazida pela Regulamento Geral europeu sobre a proteção de dados, acrescenta alguns elementos novos em relação a Diretiva de Proteção de Dados, tornando seu conceito mais alargado, incluindo, dados de localização e identificadores por via eletrônica, afastando qualquer dúvida existente no tocante à incidência da proteção de dados pessoais ao endereço IP. Neste contexto, interessante é a leitura do considerando de n. 30 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, no qual apresenta a justificação de adoção do endereço IP como dado pessoal:

> As pessoas singulares podem ser associadas a identificadores por via eletrônica, fornecidos pelos respetivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como endereços IP (protocolo internet) ou testemunhos de conexão (*cookie*) ou outros identificadores, como as etiquetas de identificação por radiofrequência. Estes identificadores podem deixar vestígios que, em especial quando combinados com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizados para a definição de perfis e a identificação das pessoas singulares.

Conforme se observa, o novo regulamento de proteção de dados manteve a lógica proposta pela Diretiva de Proteção de Dados, incorporando o entendimento exarado pelo Grupo de Trabalho, modernizando a legislação para proteger, além de outros aspectos, os dados tecnológicos do acesso indevido por terceiros.

3.1.2. Comissão temporária especial para proferir parecer ao PL 4.060, de 2012: tratamento e proteção de dados pessoais

Diante da necessidade de se definir a espécie jurídica *dados pessoais* e suas subespécies, para que com isso seja possível dispensar proteção específica para as diferentes subespécies, conforme as especificidades de cada categoria, a Câmara dos Deputados criou, no dia 23 de agosto de 2016, a Comissão Temporária Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei 4.060, de 2012. A esta proposição, foram apensadas os Projetos de Lei 5.276, de 2016, e 6.291, de 2016.

3.1.2.1. Caracterização de dado pessoal a luz do Projeto de Lei 4.060, de 2012

No tocante à definição do conceito de *dado pessoal*¸ o Projeto de Lei 4.060, de 2012, a define como "qualquer informação que permita que permita a identificação exata e precisa de uma determinada pessoa (artigo 7º, I). Além disso, define *dados sensíveis*, subespécie de *dado pessoal*, como qualquer informação que permita que permita a identificação exata e precisa de uma determinada pessoa" (artigo 7º, I).

3.1.2.2. Caracterização de dado pessoal a luz do Projeto de Lei 5.276, de 2016

O Projeto de Lei 5.276, de 2016, em seu art. 5º, I, dispõe que *dado pessoal* é todo "dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa". Esta proposição legislativa subdivide a espécie *dado pessoal*, em suas subespécies: a) *dados sensíveis,* que são *dados pessoais* sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual e dados genéticos ou biométricos (artigo 5º, II); e b) *dados anonimizados,* dados relativos a um titular que não possa ser identificado (artigo 5º, IV).

3.1.2.3. Caracterização de dado pessoal a luz do Projeto de Lei 6.291, de 2016

O Projeto de Lei 6.291, de 2016, diferentemente dos outros, não faz qualquer subdivisão da espécie *dado pessoal,* a definindo como:

> Qualquer dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos quantos estes estiverem relacionados a uma pessoa, além de dados relacionados à origem racial ou étnica, às convicções religiosas, às opiniões políticas, à filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, bem como dados referentes à saúde ou à vida sexual e dados genéticos ou biométricos.

3.1.3. Conclusões sobre o tratamento europeu ao endereço IP

A Comunidade Europeia considera o endereço IP como dado pessoal, quando dele for possível, por meio da associação, ou não, com outros elementos

identificadores, utilizando esforços razoáveis, singularizar uma pessoa natural. Por outro lado, se porventura não viável tal identificação, o endereço IP não deve ser classificado como dado pessoal, mas sim como identificador de conexão ou terminal, não devendo ser dispensado o mesmo tratamento legal dos dados pessoais. Pontua-se que para efeitos de proteção legal a União Europeia não faz distinção entre as diversas subdivisões de dados pessoais, conferindo uma proteção uniforme.

Nesse cenário, os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional caminham no sentido de adotar o mesmo critério europeu. Entretanto, conforme será visto, o sistema normativo brasileiro apresenta uma peculiaridade em relação aos dados pessoais, uma vez que, dentro da categoria dados pessoais, as subcategorias podem receber proteção legal distintas, o que leva ao questionamento sobre a possibilidade de meramente transpor a legislação alienígena sem adaptá-la à nossa realidade jurídica.

3.2. Dado cadastral

Conforme visto, é possível subdividir a espécie jurídica de *dado pessoal*, agrupando elementos que possuem características semelhantes, com a finalidade de modular a proteção legal desses dados. Além das subespécies observadas, *dados sensíveis* e *dados anonimizados,* o direito brasileiro, por construção legal e jurisprudencial, possui outra subespécie de *dado pessoal*, o *dado cadastral*.

Pode-se conceituar *dado cadastral*, em um contexto no qual o fornecimento de dados pessoais é requisito indispensável para a efetiva participação na vida social, como informações pessoais que constam em banco de dados ou cadastros que identificam um determinado indivíduo em uma relação, geralmente, de consumo, que não revelam aspectos do comportamento do indivíduo (FERRAZ, 2005). Nessa perspectiva, Rezende (2008) define dados cadastrais bancários como "informações mantidas pelos bancos e referentes aos seus correntistas (número de *conta corrente, nome completo, CPF, RG, endereço e número de telefone)*" e de dados cadastrais telefônicos como "informações relativas ao proprietário de determinada linha telefônica (nome completo, número da linha de telefone, CPF, RG e endereço)".

Os dados constantes nos dados cadastrais são informações como o número do documento de identidade – RG, endereço, cadastro de pessoa física – CPF. Os dados pessoais e os dados cadastrais têm em comum a capacidade de identificabilidade de uma pessoa, sendo identificada nas próprias informações ou, embora não esteja identificada diretamente, as informações permitem a sua singularização, por meio de investigações complementares.

3.3. Da quebra de sigilo de dados

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, traz uma cláusula geral de proteção ao direito à privacidade e à intimidade, prevendo que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Ainda, os incisos XI, XII e XI, do mesmo artigo, dispensam tratamento mais específico ao direito à privacidade e à intimidade, tutelando, respectivamente, o sigilo da casa como asilo inviolável da pessoa, da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e da comunicação telefônicas e, por fim, do sigilo profissional.

No tocante a inviolabilidade do sigilo de dados, o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe que:

> É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ressalta-se que é ainda controvertida, na doutrina e em parte da jurisprudência, se a restrição constitucional inserida na parte final do art. 5º, XII, da Constituição Federal se aplica somente às comunicações telefônicas ou também abarcaria a comunicação de dados e as demais hipóteses (MAGALHÃES, 2014). A dúvida que se apresenta é se a inviolabilidade do sigilo da comunicação de dados é absoluta ou relativa, havendo na doutrina pátria posicionamentos nos dois sentidos.[15]

Diante disso, Ferraz (2005) afirma que dos quatros meios de comunicação mencionados – correspondência, telegrafia, dados e telefonia – somente o último se caracteriza por sua instantaneidade, não deixando vestígios no que se refere ao relato das mensagens e aos sujeitos comunicadores. Ainda, a interceptação da ligação telefônica é a única forma conhecida de resguardar o conteúdo comunicativo, por isso, desde que presente o interesse público (investigação

15. Cita-se como defensores da tese da inviolabilidade absoluta os seguintes doutrinadores: Júlio Fabbrini Mirabete; Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo; Rogério Lauria Tucci; Fernando da Costa Tourinho Filho; Demercian e Maluly; Paulo Heber de Morais e João Batista Lopes; Antônio Magalhães Gomes Filho; Celso Ribeiro Bastos. Entre os defensores da tese que se trata de inviolabilidade relativa cita-se os seguintes doutrinadores: Antônio Scarance Fernandes, César Dario Mariano da Silva e Guilherme de Souza Nucci, Alexandre de Moraes (FEITOZA, 2009).

criminal ou instrução processual penal, segundo reza a Constituição Federal e a Lei 9.296, de 24.07.1996), afigurar-se-ia possível a realização de investigações com base em vestígios que essa comunicação deixa. Com isso, o referido autor conclui que em relação às outras modalidades de comunicação, por haver outras formas de obtenção do conteúdo comunicativo, *a posteriori*, o que não há é a autorização de interferência no fluxo comunicativo de terceiros.

Nessa lógica, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, se pronunciou no julgamento do RE 291.780/PE:

> Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências etc. (RE 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 10.09.1999, p. 23).

No âmbito do Superior Tribunal, também é entendimento que é possível restringir as comunicações em sistemas de informática e telemática, nos termos da legislação infraconstitucional de regência (MAGALHÃES, 2014). Soma-se a isso, o entendimento da Suprema Corte de que não é permitido o abuso de direito fundamental como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Nas palavras do Ministro Celso de Melo:

> O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.[16]

16. STF, MS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999.

Diante disso, é de se concluir que a proteção constitucional ao sigilo da comunicação de dados não pode servir como instrumento para se acobertar a prática de crimes. Pode, pois, ser restringida, respeitando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade[17], a fim de fazer prevalecer o interesse público na descoberta, punição e prevenção de ilícitos de toda sorte.

3.3.1. Do sigilo de dados cadastrais

Os dados cadastrais são espécie de dados pessoais, mas, por não revelarem aspectos da vida privada, nem da intimidade do sujeito, constituem apenas elementos identificadores, por isso, não há sentido em dispensar proteção desses dados pelo sigilo (FERRAZ, 2005). Corroborando com tal entendimento, há farta jurisprudência do Superior Tribunal Federal se posicionando pela desnecessidade de decisão judicial para a autoridade policial requisitar os dados cadastrais telefônicos e, até mesmo, bancários.[18]

Os dados cadastrais, por não conterem informações sobre o *status* ou *modus vivendi* da pessoa, não atingem a intimidade ou a vida privada de alguém, não estando submetido à cláusula de reserva de jurisdição (*Habeas Corpus* 83.339/DF, 2007/0116172-1). Qualquer interpretação contrária, ultrapassando os limites da razoabilidade, significaria obstaculizar o regular exercício das funções do Poder Público (FERRAZ, 2005).

A contrario sensu, os dados que possibilitam inferir quaisquer aspectos da vida privada ou da intimidade do cidadão estão submetidos à cláusula de reserva de jurisdição. Esse entendimento será fundamental na análise das possíveis categorizações do endereço IP.

17. Nesse sentido, Konrad Hesse afirma que "a limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental" (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 256).

18. Pode-se citar os seguintes julgados: STF, RE 418.416, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, *DJ* 10.05.2006, *DJ* 19.12.2006; STF, HC 91.867/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.04.2012; STF, AgReg no HC 181.546/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, *DJ* 11.02.2014, *DJe* 18.02.2014.

4. Controvérsia em relação ao enquadramento do endereço IP como dado cadastral

Considerando que os dados pessoais detentores da capacidade de informar aspectos inerentes à vida privada e à intimidade recebem uma proteção legal maior daquelas que somente representam dados identificadores, surgiu a polêmica se o endereço IP é mero dado cadastral, podendo ser solicitado diretamente pela autoridade policial, ou se é um dado pessoal revelador da intimidade e privacidade, necessitando autorização judicial para seu acesso.

4.1. Visão de representantes da Polícia Federal

Em audiência pública promovida pela Comissão Parlamentar de Inquérito destinada e investigar os Crimes Cibernéticos na Câmara dos Deputados (2015), representantes de Polícia Federal afirmaram que antes do advento do Marco Civil da Internet os grandes provedores de internet forneciam de forma espontânea ou a pedido os registros de conexão ou das aplicações de internet solicitadas. Entretanto, após a entrada em vigor do Marco Civil da Internet, começaram a se recusar, somente fornecendo tais dados mediante ordem judicial, ou em relação às investigações criminais nas quais há previsão legal expressa sobre a permissão de requisição diretamente pelo a Polícia (BRASIL, 2015).

Outro ponto levantado pelos representantes da Polícia Federal é o fato de que a requisição de dados cadastrais de acesso à internet já é possível para algumas modalidades criminosas. É o caso da Lei 9.613, de 1998, crimes de lavagem de ativos, que em seu artigo 17-B diz:

> Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.

No mesmo sentido, o artigo 15 da Lei 12.850, de 2013, Lei do Crime Organizado:

> Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Ademais, soma-se aos argumentos trazidos pelos representantes da Polícia, recente modificação legislativa promovida pela Lei 13.344, de 2016, possibilitou ao membro do Ministério Público e ao delegado de polícia requisitar, de

> Quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos, nos crimes previstos nos artigos, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Destaca-se que tal poder de requisição é vinculado ao tipo penal.

Além disso, o artigo 2, § 2º, da Lei 12.830/13, possibilitou ao delegado de polícia, durante a investigação requisitar perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos, prevendo um poder geral de requisição independentemente do tipo penal investigado. Por óbvio, quando as informações e dados se referirem a pessoa natural, estes termos devem ser interpretados como cadastrais, tendo em vista que os dados pessoais reveladores de aspectos da vida privada são constitucionalmente amparados pela reserva jurisdicional.

Diante disso, os investigadores da polícia alegam que as empresas estão interpretando a legislação no sentido de que o poder de requisitar dados cadastrais somente pode ocorrer mediante as condutas típicas em que há lei expressamente prevê esse poder de requisição. Neste ponto, é fundamental esclarecer que os representantes da Polícia Judiciária da União se posicionam no sentido de que o endereço IP é um dado cadastral.

4.2. Visão jurisprudencial

Não há jurisprudência consolidada sobre a possibilidade de a autoridade policial requisitar os dados de conexão e aplicação de modo direto, havendo decisões judiciais conflitantes (BRASIL, 2013, p. 371). Parcela da jurisprudência entende que o número de endereço IP é um dado cadastral, havendo, portanto, a prescindibilidade de decisão judicial para sua requisição, por não configurar restrição aos direitos de intimidade e privacidade do indivíduo. Portanto, a requisição de dados cadastrais às provedoras de internet não se submete à reserva de jurisdição, porquanto não estão abrangidos pelo sigilo constitucional das comunicações telefônicas.[19] Por outro lado, há Tribunais[20]

19. STJ, EDcl no RMS 25.375/PA, 5ª Turma, rel. Min Félix Fischer, *DJe* 02.02.2009; e HC 131.836/RJ, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 06.04.2011.

20. Tribunal de Justiça do Paraná.

que entendem que o acesso da autoridade policial ao número de endereço IP, sem a permissão judicial, configura violação ao artigo 5º, X, da Magna Carta.

5. Especificação de conteúdo de dados cadastrais no âmbito do Marco Civil da Internet

No que concerne à controvérsia em torno da delimitação do conceito de dado pessoal no âmbito dos registros de conexão e de aplicação de internet, o Decreto 8.771, de 11 de maio de 2016, veio para regulamentar o Marco Civil da Internet, além de outros aspectos, o que se considera para efeito da referida legislação "dado cadastral". Conforme o art. 11, § 2º, I, II, e III, do Decreto, deve-se considerar como dados cadastrais: a) *dados referentes a filiação*; b) *endereço*; e c) *qualificação pessoal* entendida como nome, pronome, estado civil e profissão do usuário.

Da enumeração trazida pelo referido decreto, a questão que se apresenta é: o rol apresentado é exemplificativo ou taxativo? Salienta-se que não há na doutrina, nem na jurisprudência, qualquer posicionamento sobre o tema. Embora o enfrentamento da discussão acerca da natureza do rol de dado cadastral, se taxativo ou se meramente exemplificativo, não seja tema central do presente artigo, ela impactará no poder de requisição, segundo será visto. Por oportuno, posiciono-me no sentido de ser rol exemplificativo, enquadrando os casos semelhantes, como por exemplo, os números de documentos de Cadastro de Pessoa Física e do Registro Geral de Identidade, típicos dados cadastrais, os quais não constam na lista.

6. Enquadramento do endereço IP como dado pessoal, dado cadastral ou identificador de terminal

Sob o ponto de vista tecnológico, não há dúvidas que o endereço IP é um número identificador, utilizado pelo protocolo IP, para estabelecer e identificar uma conexão de dados, provendo o serviço de roteamento e entrega de pacotes de dados. Vale lembrar que a correta identificação da conexão de dados somente é possível pela associação de outros elementos presentes nos registros de conexão e de aplicação de serviços à internet como data, hora, duração da conexão.

O endereço IP, por si só, não pode ser classificado como dado pessoal, porque foi concebido tecnologicamente para exercer uma função específica dentro do protocolo IP, identificando uma conexão de dados, não uma pessoa natural. Entretanto, o endereço IP, quando associado com outros elementos identificadores, tem a potencialidade de individualizar um usuário, assim como, a partir

dele, revelar suas atividades na internet. Destarte, a simples classificação do endereço IP como dado pessoal, nesses casos, não é suficiente para determinar o seu grau de proteção, tendo em vista que caso seu enquadramento seja feito em uma de suas subespécies pode receber diferentes níveis de proteção.

Consoante visto, diferentemente da Comunidade Europeia, que aplica a mesma proteção as diferentes subdivisões de dado pessoal, o Brasil confere a cláusula de inviolabilidade somente àqueles que tenham a potencialidade de revelar aspectos da vida privada e da intimidade, permitindo o acesso direto da autoridade policial àqueles que constituem apenas elementos identificadores. Diante disso, para efeito de análise, do entendimento do Grupo de Trabalho Sobre a Proteção de Dados do Artigo 29º, e da diferença de tratamento jurídico dispensado as diferentes subespécies de dado pessoal pelo sistema normativo brasileiro, apontam-se três situações que devem ser examinadas para determinar em qual categoria deve ser enquadrada o endereço IP: a) *quando somente identifica um dispositivo computacional*; b) *quando associado, ou não, a outros elementos identificadores apenas singulariza o usuário*; e, c) *quando associado, ou não, a outros elementos identificadores além de singularizar o usuário permite o conhecimento das atividades realizadas por ele*.

Na *hipótese "a)"*, não é possível identificar determinado sujeito por meio da obtenção do endereço IP e outros elementos identificadores, tal dado não deve ser protegido pela reserva de jurisdição, nem mesmo ser considerado dado cadastral. Tal situação é possível, por exemplo, quando o usuário se utiliza de pontos de acessos à internet públicos, nos quais não se exigem a identificação do usuário. Como consequência, os dados constantes dos registros de conexão e de acesso à aplicação de internet, por não permitirem a singularização do usuário, devem ser considerados como *dados identificadores de terminal*.

Na *hipótese "b)"*, quando não há qualquer possibilidade de se extrair aspectos da vida privada, nem da intimidade do sujeito, constituindo o endereço IP apenas elemento identificar pessoal, este dado deve se classificado como *dado cadastral*. Tal situação é possível, por exemplo, a partir da constatação da ocorrência da conduta de invadir dispositivo informático alheio (art. 154-A do Código Penal), na qual o criminoso se utiliza de um terminal computacional para acessar sistema de outrem, e o endereço IP, associado ou não a outros elementos identificadores, apenas é capaz de singularizar o usuário ou a máquina responsável pela conexão responsável pela conduta[21].

21. Impende ressaltar que, a depender do caso concreto, pode ser possível na ocorrência do mesmo tipo penal que o endereço IP seja considerado como identificador de terminal, dado cadastral, ou dado pessoal submetido a cláusula de inviolabilidade.

Na *hipótese "c)"*, além de ser possível singularizar o usuário por meio do endereço IP, a partir dele descobre-se as suas atividades e, por consequência, aspectos de sua vida privada e intimidade são expostos a terceira pessoa. Portanto, neste caso, o endereço IP deve receber a proteção constitucional da reserva jurisdicional. Tal situação pode ocorrer em uma investigação de crime de injúria praticado por meio de rede social, por exemplo. É possível que por meio do endereço IP se identifique o responsável pela administração de um perfil anônimo. A partir disso, será possível extrair informações referentes às opções de convivência, como a escolha de amigos, a frequência de lugares (algumas páginas possuem a ferramenta denominada *check in*, que informa os locais frequentados pelo usuário), posicionamentos ideológicos e religiosos etc.

À vista do que foi analisado, chega-se à conclusão de que o endereço IP pode se enquadrar em diferentes categorias: a) *identificador de terminal*; b) *dado cadastral*; e c) *dado pessoal submetido a cláusula de inviolabilidade*, sendo submetida a diferentes níveis de proteção a depender de sua classificação. Salienta-se que a determinação de qual categoria pertence o endereço IP deve ser avaliada cada caso concreto.

7. Os reflexos das diferentes categorizações do endereço IP no poder requisitório da autoridade policial

A legislação pátria criou poder requisitório vinculado ao tipo penal (Lei de Lavagem; Lei do Crime Organizado; artigos, 149 e 149-A, § 3º do art. 158, art. 159, do Código Penal; e art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e o poder requisitório geral independentemente do tipo penal investigado (Lei 12.830, de 2013). Por outro lado, o artigo 10, § 1º, do Marco Civil da Internet, ao determinar que o provedor somente é obrigado a disponibilizar os registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, acabou por gerar uma antinomia aparente, devendo sua solução ser examinada por partes.

7.1. Identificador de terminal

Por não se tratar de dado cadastral, se não fosse o Marco Civil da Internet, legislação especial em face a Lei 12.830, de 2013, os provedores de internet estariam obrigados a disponibilizar o endereço IP independente de autorização judicial. Entretanto, por expressa previsão legal do artigo 10, § 1º, do Marco Civil da Internet, os provedores semente serão obrigados a disponibilizar o

endereço IP classificado como identificador de terminal mediante ordem judicial. Pontua-se que nada impede de os provedores por discricionariedade optarem por franquear o seu acesso sem ordem judicial.

Além disso, uma vez que as legislações específicas somente se referem a dados cadastrais, nesta hipótese, os provedores não são obrigados a disponibilizar o acesso sem que haja decisão judicial. Ressalta-se que para estabelecer a possibilidade de acesso direto há necessidade de legislação específica posterior ao Marco Civil da Internet.

Por fim, a discussão sobre a natureza do rol ser exemplificativo ou taxativo não se aplica a esta categoria, haja vista referir-se somente aos dados pessoais e cadastrais.

7.2. Dado cadastral

Tratando-se o artigo 11, § 2º, do Decreto 8.771, de 11 de maio de 2016, de rol taxativo, não é possível enquadrar o endereço IP como dado cadastral. Nessa hipótese, ele deve ser classificado em alguma subcategoria diversa de dado pessoal. No tocante ao poder requisitório, *mutatis mutandis,* aplicam-se as mesmas considerações feitas no item anterior.

Por outro lado, sendo o rol exemplificativo, a disponibilização do acesso independentemente de autorização judicial, em relação às investigações criminais nas quais não há previsão legal expressa, é uma faculdade dos provedores, por ser o Marco Civil da Internet uma legislação específica em relação à Lei 12.830/13.

Nos casos em que há legislação expressa, deve-se analisar as legislações sob critério cronológico. Para a requisição de dados cadastrais da Lei de Crime de Lavagem (previsão inserida no ano de 2012) e da Lei do Crime Organizado (promulgada no ano de 2013), uma vez que o Marco Civil da Internet é do ano de 2014, o acesso direto é uma faculdade dos provedores. Para os tipos penais previstos nos arts. 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a autoridade policial tem direito de acessar o endereço IP independentemente de ordem judicial, pois tal faculdade foi inserida nas citadas legislações no ano de 2016.

7.3. Dado pessoal submetido a cláusula de inviolabilidade

Por se tratar de proteção constitucional, nos casos em que o endereço IP for enquadrável nessa categoria, independentemente de haver ou não legislação

infraconstitucional permitindo, o acesso a essa informação somente poderá ser feito *mediante* autorização judicial.

8. Considerações finais

Em uma conjuntura de profunda dependência tecnológica, os relacionamentos sociais estão fortemente influenciados pelos aparatos tecnológicos, principalmente aqueles que permitem a comunicação virtual. Com efeito, a maneira pela qual a arquitetura da internet está estruturada, utilizando o modelo de camadas, com protocolos bem definidos, permitindo a identificação de todos os dispositivos conectados a ela, além de suas atividades, tem na prática o poder de ser utilizada para monitorar ampla e continuamente tudo o que por ela passa, por conseguinte possibilita a extração de informações sobre os seus usuários.

Entretanto, é direito de todos não terem exposto a terceiros aquilo que só a ele é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada. Conforme visto, todos aqueles dados que de algum modo, diretamente ou indiretamente, permitem a ilação de informações sobre *status* ou *modus vivendi* da pessoa estão submetidos à cláusula de reserva de jurisdição.

O endereço IP, apesar de ser um número identificador de um dispositivo computacional em uma rede local ou pública, devido a seus efeitos colaterais sobre a privacidade e intimidade, é centro de um debate jurídico sobre a possibilidade ou não de seu acesso direto pela autoridade policial. É de se reconhecer que a correta definição dos institutos legais é uma tarefa complexa, entretanto importante para fornecer as bases teóricas para delimitar com precisão seus efeitos, especialmente nos casos em que está em jogo direitos fundamentais dos cidadãos.

Especificamente, em relação ao endereço IP, há muita confusão em torno de sua correta categorização jurídica, o que acaba por gerar polêmica, tendo em vista que a partir desse dado é possível ter conhecimento de aspectos inerentes a vida privada do sujeito, como suas preferências de amizades, orientação de gênero, opiniões políticas e religiosas. À vista disso, pretendeu-se, com este artigo, fornecer subsídios teóricos capazes de auxiliar na correta definição desse instituto.

Cabe lembrar que, apesar de ser possível enquadrar o endereço IP como dado cadastral ou como identificador de terminal, o art. 10, § 1º, do Marco Civil da Internet, é claro ao determinar a obrigatoriedade somente mediante ordem judicial da disponibilização dos registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet, na qual o endereço IP é parte. Entretanto, é meu entendimento

que tal faculdade somente se aplica quando o endereço IP for considerado como identificador de terminal ou dado cadastral. Caso seja considerado dado pessoal submetido a cláusula de inviolabilidade, tal dado só pode ser fornecido mediante autorização judicial.

Por fim, é importante ressaltar que, nos casos em que não seja possível ter certeza absoluta de que a partir dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, serão relevados aspectos da vida privada ou da intimidade do usuário; pelo princípio da cautela, mostra-se mais seguro a disponibilização ser realizada mediante requerimento formal de autorização judicial de quebra de sigilo de dados, a fim de evitar que eventuais discussões posteriores levem a nulidade dos dados coletados, inviabilizando a investigação criminal.

9. Bibliografia

ASSURANCE, I. Albany. *Proceedings of the 1st. Annual Symposium on Information Assurance*. Albany: University at Albany, 2006.

BRASIL. *Notas taquigráficas da Audiência Pública realizada no dia 20.08.2015 da CPI dos Crimes Cibernéticos*. Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-crimes-ciberneticos/documentos/notas-taquigraficas/nt200815-crc]. Acesso em: 21.10.2016.

BRASIL. *Roteiro de atuação:* crimes cibernéticos. 2. ed. Brasília: MPF/2ª CCR, 2013.

CANNON, D.; WHEELDON, *D. Service Operation Itil*: version 3 (Itil). UK: Stationery Office, 2007.

CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime*. 2. ed. San Diego, California. Academic Press, 2004.

COMER, Douglas. *Internetworking with TCP/IP*: principles, protocols, and architectures, Fourth Edition. v. 1. New Jersey. Prentice Hall, 2000

GRAUX, H. *Study of case law on the circumstances in which IP addresses are considered personal data:* SMART 2010/2012. D3. Final report, 2011. Disponível em: [http://timelex.eu/frontend/files/userfiles/files/publications/2011/IP_addresses_report_-_Final.pdf]. Acesso em: 03.14.2017.

CHAWKI, M. *A critical look at the regulation of cybercrime*, 2005. Disponível em: [www.crime-research.org/articles/Critical/]. Acesso em: 12.11.2016.

DELGADO, José Augusto. *O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista de Estudos Tributários*. Porto Alegre: Síntese, n. 22. nov.-dez. 2001.

DIOGENES, Yuri. *Certificação Cisco*. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2004.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108. jul.-dez. 2011.

ELEUTÉRIO, Pedro Monteiro da Silva; MACHADO, Marcio Pereira. *Desvendando a computação forense*. São Paulo: Novatec, 2011.

ERBACHER, R. F.; CHRISTIANSEN, K.; SUNDBERG, A. Visual network forensic techniques and process. In: *Annual Symposium On Information* Assurance, 1., 2006, Albany. Proceedings of the 1 st. Annual Symposium on Information Assurance, Albany: University at Albany, 2006.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal:* teoria, crítica e práxis. 6. ed. Atualizada com a Reforma Processual Penal (Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008) e Videoconferência (Lei 11.900/2009). Niterói: Impetus, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI:* o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FINKLEA, Kristin; THEOHARY, Catherine A. *Cybercrime:* conceptual issues for Congress and U.S Law Enforcement. Library of Congress. Congressional Research Service, January 15, 2015.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. *Crimes na internet e inquérito policial eletrônico*. São Paulo: Edipro, 2012.

GRECO, Rogério. *Atividade policial:* aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 4. ed. Niterói: Impetus, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *As nulidades no processo penal*. 8 ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. *Parecer Opinion 4/2007 on the concept of personal data*. Adopted on 20th June, 2007. Disponível em: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf]. Acesso em: 10.07.2016.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. *Parecer 1/2008 sobre questões de protecção dos dados ligadas aos motores de pesquisa*. Adoptado em 4 de Abril de 2008. Disponível em: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_pt.pdf]. Acesso em: 14.09.2016.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. *Privacidade na internet*: uma abordagem integrada da EU no domínio da protecção de dados em linha. Aprovado em 21 de novembro de 2000. Disponível em: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2000/wp37pt.pdf]. Acesso em: 20.08.2016.

KENT, K., CHEVALIER, S., GRANCE, T., DANG, H. Guide to integrating forensic techniques into incident response: Recommendations of the national

institute of standards and technology. *NIST Special Publication* 800-86. National Institute of Standards and Technology (NIST). 2006. Disponível em: [http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-86/SP800-86.pdf.]

KRUSE, W. G; HEISER, J. G. (2001). *Computer forensics:* incident response essentials. Addison-Wesley Professional.

KUROSE, J. F; ROSS, K. W. *Redes de computadores e a internet:* uma abordagem *top-down*. 3. ed. São Paulo: Person Education, 2009.

LAUREANO, Marcos. *Estrutura de dados com algoritmos e C*. Rio de Janeiro: Brasport, 2008.

LIU, Edward C., STEVENS, Gina; RUANE, Kathlenn Ann; DOLAN, Alissa M.; THOMPSON II, Richard M; NOLAN, Andrew. *Cybersecurity*: Selected Legal Issues. Congressional Research Service, April 17, 2013.

MAGALHÃES, Aussete. Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte da prova. In: *Superior Tribunal de Justiça:* doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

MENDES, Douglas Rocha. *Redes de computadores:* teoria e prática. São Paulo, Novatec, 2007.

MALLMITH, Décio. *Corpo de delito, vestígio, evidência e indício*. Rio Grande do Sul, 7 de maio de 2007. Disponível em: [http://peritocriminal.net/mambo/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=136]. Acesso: 02.08.2016.

ONU. *Direitos humanos e a aplicação da lei:* manual de formação em direitos humanos para as forças policiais. Genebra, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Reginaldo César. Os crimes virtuais na esfera jurídica brasileira. *Boletim IBCCrim*, ano 8, n. 101. abr. 2001.

PALMER, G.; CORPORATION, M. (2001). *A road map for digital forensic research*. Technical report, 2001.

ROCHOL, Juergen. *Comunicação de dados*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

ROSS, Julio. *Redes de computadores*. Rio de Janeiro: Antenna, 2008.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1942. v. 1.

REZENDE, Bruno Titz de. A requisição de dados cadastrais pela autoridade policial. *Revista Criminal:* ensaios sobre a atividade policial, v. 2, n. 4, p. 135-149. Jul.-set. 2008.

SECURITY, The Department of Homeland. An Electronic Trail for Every Crime. *Homeland Security Newswire*, 2011. Disponível em: [http://homelandsecuritynewswire.com/electronic-trail-every-crime]. Acesso em: 27.08.2016.

SOARES, Luiz Fernando Gomes. *Redes de computadores das LANs, MANs e WANs às redes ATM*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

TANENBAUM, Andrew S. *Redes de computadores*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2003.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Crimes cibernéticos:* ameaças e procedimentos de investigação. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Ação penal pública à luz da nova Constituição – Titularidade, reflexos na atividade persecutória, de Geraldo Batista de Siqueira, Wilson Brandão Curado e Marina da Silva Siqueira – *RT* 689/445-450 (DTR\1993\139);
- Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores, de Helena Regina Lobo da Costa e Marcel Leonardi – *RBCCrim* 88/203-223 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/643-663 (DTR\2011\1111); e
- Dos crimes por computador, de Túlio Lima Vianna – *RT* 801/405-421 (DTR\2002\382).

A prova pericial psicológica e o método de análise da credibilidade das declarações (SVA): reflexões

Psychological expert evidence and the analysis method of the statements credibility (SVA): a reflective analysis

Jorge Trindade

Livre-Docente em Psicologia Jurídica. Pós-Doutorado em Psicologia Forense e do Testemunho. Doutor em Psicologia Clínica e Doutor em Ciências Sociais. Membro Titular da Academia Brasileira de Filosofia. Procurador de Justiça (inativo) e Psicólogo.
drtrindade@terra.com.br

Sónia Caridade

Doutorada em Psicologia da Justiça pela Universidade do Minho, Braga, Portugal. Professora-Auxiliar na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Fernando Pessoa (UFP), Porto, Portugal. Investigadora no Observatório Permanente Violência e Crime da UFP.
soniac@ufp.edu.pt

Recebido em: 02.09.2016
Aprovado em: 07.12.2016
Última versão autor: 03.01.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: A prova pericial psicológica baseada no método de análise da credibilidade das declarações (SVA) está assumindo grande relevância no contexto forense, constituindo, não raras vezes, um meio de prova determinante para a decisão judicial. Tal fato acarreta algumas exigências aos decisores judiciais, nomeadamente aquelas de controlar a validade científica e analisar o fundamento racional e objetivo da produção pericial. Acrescente-se que o uso da prova pericial psicológica com recurso à SVA tem motivado acirrado debate científico e legal, onde se ressaltam as divergências e ausência de consenso. Assim, neste artigo, começaremos por tecer breves considerações conceituais que se afiguram

Abstract: The psychological expert evidence based on the method of analysis of the credibility of the statements (SVA) has assumed great importance, being a means of determining evidence to the court decision. This fact implies some demands on judicial decision-makers, including the need to control the scientific validity and examine the rationale and purpose of the expert evidence. In addition, the use of psychological expert evidence, using the SVA has motivated some scientific and legal debate, not always consensual. So in this article, we will begin to make some conceptual considerations, defining some concepts that appear to be nuclear in this matter. We also try to make some reflections about the

nucleares nesta matéria. Na sequência, traremos algumas reflexões que giram em torno do método de análise da credibilidade das declarações (SVA). Mais concretamente, em relação a este método, procuraremos discutir sua aplicabilidade e seus limites no meio forense, identificando-se igualmente os cuidados a ter no seu uso de forma a potencializar a qualidade da prova pericial. Esperamos que este trabalho constitua um contributo válido para aqueles profissionais que estão incumbidos da produção e apreciação da prova pericial, mas também para aqueles que têm a tarefa de controlar e validar essa metodologia (SVA) no ambiente do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Prova pericial psicológica – Análise da credibilidade – Declarações – Meio de prova – Contexto forense.

method of analysis of the credibility of the statements (SVA). More specifically, we will try to reflect on its applicability and on its limits, identifying the precautions in the use of it, in order to maximize the quality of the evidence expert. It is hoped that this work constitutes a valuable contribution to those professionals who are responsible for the production of expert evidence, but also for those who have to control and validate them.

KEYWORDS: Psychological expert evidence – Analysis of credibility – Statements – Proof – Forensic context.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações conceituais. 2.1. Diferença entre "narrações boas" e "narrações verdadeiras". 2.2. A noção de verdade: verdade real *versus* verdade judicial?. 2.3. Diferença entre certeza e verdade. 2.4. Diferença entre verdade e verossimilhança. 2.5. Diferença entre verdade e probabilidade. 3. Método de Análise da Validade (Credibilidade) da Declaração (SVA): aplicabilidade e limites. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

> Un procedimiento epistémico válido requiere que la identificación o la creación de los conocimientos y de las informaciones necesarias para formular conclusiones fiables sean accesibles y controlables, además de – si es posible – repetibles (TARUFFO, 2010, p. 176).

Torna-se cada vez mais importante e urgente debater a questão processual e probatória quando a prova produzida assume uma dimensão científica (*scientific evidence*). Para tanto, é necessário distinguir entre a "boa ciência" (*good Science*) e a "má ciência" (*junk Science*). Nesse sentido, a Suprema Corte Americana, ao decidir o caso Daubert[1], em 1993, já estabeleceu os padrões para excluir a má ciência (*junk Science*), ditando os critérios que o juiz deveria obedecer para garantir o controle da cientificidade das provas periciais.

1. Daubert *vs.* Merrell Dow Pharmaceuticals (92-102), 509 U.S. 579 (1993).

Acresça-se o fato de que a ciência não é estática. Ao contrário, sendo essencialmente dinâmica, apresenta constantemente novas técnicas e novos métodos, fazendo com que a jurisprudência tenha de acompanhar com igual velocidade a evolução científica e fixar, de forma cada vez mais rigorosa, os critérios a serem considerados nas provas periciais. Porém, outras dificuldades existem. A realidade probatória nas chamadas disciplinas duras (ciências exatas/exociências) difere em muito da situação da prova nas ciências humanas (*soft science*/endociências), dentre as quais se destaca a psicologia e, nesse quadrante, notadamente no que diz respeito à questão das perícias psicológicas, cada vez mais solicitadas nas mais diversas áreas do direito.

No caso específico das provas periciais psicológicas, as dificuldades para o juiz garantir a qualidade científica daquilo que adquire do perito e dos assistentes técnicos são ainda maiores. Para além da concepção generalista, segundo a qual o juiz é *peritus peritorum* e não está adstrito às conclusões do *expert*, há o paradoxo de que necessita filtrar cientificamente o ponto exato em que carece do conhecimento específico, o que vem relativizando a máxima latina.

Por óbvio, não é necessário nem possível – e seria mesmo um contrassenso lógico – ocupar-se do lugar do perito. Trata-se, no entanto, de o juiz ter a necessidade jurisdicional de controlar a validade científica e analisar o fundamento racional e objetivo da produção pericial do psicólogo. De observar que não basta que esse resultado seja qualificado como verossímil, provável, nem mesmo aos olhos da ciência. O resultado de qualquer prova pericial, notadamente a psicológica, deve ser verdadeiro e a verdade é um conceito que se traduz juridicamente através de enunciados da realidade objetiva dos fatos em uma dimensão apofântica.

Diante de todas essas questões que se levantam em relação ao uso da prova pericial em contexto judicial, neste artigo começaremos por tecer algumas considerações conceituais que se afiguram nucleares nesta matéria. Procuraremos, ainda, apresentar algumas reflexões em torno do método de análise da credibilidade das declarações (SVA). De modo mais concreto, no que diz respeito a esse método, procuraremos refletir sobre a sua aplicabilidade e seus limites na área forense, identificando os cuidados que se deve ter no seu uso com o objetivo de potencializar a qualidade da prova pericial.

2. Considerações conceituais

Uma das abordagens da chamada aproximação pós-moderna, embora em voga desde a década de 80 do século passado, é a concepção das narrativas (*narrative turn*), chegando a ser quase um lugar comum nos temas de processo,

especialmente no que tange à prova. Genericamente, pode-se dizer que as histórias que se relatam em um processo judicial constituem narrativas.

Histórias e narrações são necessárias, tanto no contexto da literatura e da criação artística quanto do processo, pois figuram as maneiras com que cada pessoa revela sua concepção do mundo. Nesse sentido, podem ser consideradas heurísticas, isto é, um modelo para descobrir o que realmente aconteceu em termos de possibilidades, sem levar em linha de consideração a sua efetiva realidade. São expressões do sujeito ao revelar a si e o mundo que o cerca.

No dizer de Taruffo (2010, p. 48-49), a partir da referência a Borutti (2006, p. 31), "*las historias se vuelven sospechosas*" "e perigosas porque abrem a porta à impressão, à variabilidade e à manipulação na reconstrução dos fatos, dependendo do ponto de vista, os interesses e os propósitos dos sujeitos que as contam em um determinado momento e em um certo contexto".

Nesse sentido, um dos mais elementares riscos consiste na possibilidade de que uma história verossímil possa ser falsa. Com efeito, a narração jurídica, e em particular a narrativa processual, tende a omitir várias distinções, dentre elas aquelas existentes entre fato e direito e fato e valor.

Os fatos, como antes assinalado, são de natureza apofântica, quer dizer, podem ser verdadeiros ou falsos. Assim, somente os fatos podem ser provados. Evidencia-se, então, a importância da interpretação ou da narrativa que eles apresentam.

No processo, as histórias são narradas pelos advogados de forma competitiva, adversarial, e estão em contraposição umas às outras com vista a concluir por um vencido e por um vencedor. Ao juiz caberá, ao fim e ao cabo, selecionar uma das possíveis histórias relativas ao fato narrado.

Assim, pode-se dizer que um advogado produz narrativas; uma testemunha constrói narrativas; e o juiz será o narrador final e definitivo (TARUFFO, 2010, p. 65), sendo este, portanto, o mais importante personagem do cenário processual. A sua função será escolher qual de todas as narrativas é, por assim dizer, a melhor/verdadeira dentre aquelas apresentadas.

Ao construir a sua narração dos fatos, as figuras judiciais (e não judiciais) dão forma à realidade (TARUFFO, 2010, p. 67).

Para dar uma competência de cientificidade, uma das falácias mais comuns consiste em envolver os recursos discursivos em formas ou fórmulas quantificadas, seja em termos estatísticos, seja em dimensões probabilísticas, não justificáveis ou não verificáveis.

2.1. Diferença entre "narrações boas" e "narrações verdadeiras"

Para tanto, Taruffo (2010, p. 82) trata de esclarecer a diferença entre "narrações boas" e "narrações verdadeiras". Se no processo existem diversos

narradores e cada qual produz a sua versão sobre os fatos, narrando-os à sua maneira, importa aclarar que nem todas as narrações boas serão narrações verdadeiras no sentido de que um fato processualmente verdadeiro é aquele racionalmente confirmado pelas provas apresentadas no processo.

Considerando a relação entre "narrações boas" e "narrações verdadeiras", podem ser estabelecidas quatro situações distintas, a saber: i) uma narrativa pode ser boa, porém falsa; ii) uma narrativa pode ser "má" e falsa; iii) uma narrativa pode ser "má" e verdadeira; iv) uma narrativa pode ser "boa" e verdadeira.

A questão de uma narrativa ser considerada "boa" devido à consistência que se expressa pela qualidade de coerência, seja interna, seja externa, nada garante no sentido de ela ser verdadeira ou falsa. A esse respeito, cabe invocar os trabalhos de Elisabetth Loftus, iniciados na década de 1970, acerca das distorções de memória ou o fenômeno da implantação de memória falsas, em 1990. Através dos seus múltiplos estudos, esta autora revelou que a exposição à informação enganosa pode acrescentar algo às memórias das testemunhas, contaminando-as e distorcendo-as, fenômeno este que ficou conhecido por "efeito de desinformação" (LOFTUS, 2008, p. 333). A partir daí se tornou claro que a nossa memória é suscetível a várias modificações. Ainda que as pessoas se mostrem muito seguras em relação à sua memória, produzindo narrativas detalhadas e carregadas de emoção sobre um determinado evento, a verdade é que poderão estar completamente enganadas e o conteúdo destas narrativas pode não corresponder à realidade (LOFTUS, 2008). Neste caso em concreto, a pessoa "acredita", pois, que viveu a experiência tal e qual relata, o que não acontece nas histórias fabricadas, em que a pessoa está plenamente consciente da mentira que tenta proferir. No mesmo sentido, a literatura documenta que as declarações verdadeiras diferenciam-se das falsas, na medida em que (VOLBERT; STELLER, 2014): i) são mais elaboradas e detalhadas; ii) contém mais detalhes sensoriais, individuais, contextuais e específicos sobre o evento, bem como mais detalhes irrelevantes; iii) contém mais detalhes que numa perspectiva legal são geralmente associados à mentira; e iv) contém mais detalhes, passíveis de serem verificáveis.

2.2. A noção de verdade: verdade real versus *verdade judicial?*[2]

A questão da verdade e o problema dos testemunhos configuram um debate histórico permanente, tanto na filosofia (PLATÃO, 1993; BOCHENSKI, 1961;

2. Os itens a seguir (até 2.5) estão alinhados de acordo com Michele Taruffo (2010).

HESSEN, 1987; JASPERS, s/d; HEIDEGGER, 2014; VATTIMO, 2016), quanto no direito (TARUFFO, 2015; FERRAJOLI, 2014) e inclusive na especificidade da psicologia forense (ALTAVILLA, 1982; ROGERS, 1997; GULOTTA, 2003; MASIP et al., 2006; YARMEY, 2006; VRIJ, 2008; MANZANERO, 2010).

Do ponto de vista epistemológico, a questão da verdade é complexa e árdua em sua definição. Tanto se pode considerar a verdade como um construto filosófico indefinível ou de definição variável (plurívoca), um conceito proteico no sentido de que a verdade varia de acordo com o sujeito cognoscente (real), quanto como um conceito absoluto, portanto ideal e unívoco, que não pertence ao mundo das coisas humanas nem da justiça e do processo, o que não significa desqualificar nem a justiça nem o processo.

A verdade com a letra "v" (pequena) conduz a um relativismo inaceitável, enquanto a Verdade com letra "V" (maiúscula) remete ao mundo ideal, de maneira que, na perspectiva jurídica e do processo, importa saber se um conhecimento (um enunciado, uma narrativa, uma história) é relativo ou verdadeiro. Verdadeiro, aqui, significa possuir uma relação demonstrada de conformidade da ideia (pensamento) com a coisa (fato). Em outras palavras, o conhecimento da verdade precisa ser objetivo, na medida em que está ou não justificado no mundo como ele se apresenta de fato, e não em decorrência de inferências, preconceitos, distorções perceptivas ou idiossincrasias ideológicas. Somente o conhecimento demonstrado/justificado através de provas pode levar à verdade, ou, pelo menos, à verdade judicial.

Nesse contexto, cabe salientar que não importa a diferença entre verdade processual (formal) e verdade extraprocessual (real), senão dizer que, no processo, a busca da verdade deve obedecer a regras procedimentais, enquanto fora dele há vários caminhos que podem ser escolhidos para a procura da verdade, a qual pode ser buscada de forma livre e ilimitada (TARUFFO, 2010, p. 100). Assim, pode-se ponderar que não existem duas espécies de verdade, consoante seja colocada dentro ou fora do processo, pois a verdade dos enunciados dos fatos depende da realidade desses mesmos fatos, isto é, de sua demonstrabilidade e de sua verificabilidade depois de submetidos a toda forma de falseamentos. Somente nesse caso se poderá afirmar a verdade: demonstrada de acordo com a prova dos fatos objetivamente, isto é, despida de qualquer traço de subjetividade.

2.3. Diferença entre certeza e verdade

Taruffo (2010, p. 102-103) também se preocupa em estabelecer a diferença entre certeza e verdade. Como antes referido, a verdade é objetiva, no sentido

de que depende da realidade dos fatos. Já a certeza é de natureza subjetiva, pois está relacionada aos aspectos psicológicos, internos ou externos do sujeito, que poderá afirmar possuir uma "certeza absoluta" ou uma "certeza relativa", conforme a conjugação perceptiva que realize através de seus enunciados. A certeza, ao contrário da verdade, que é objetiva, corresponde ao grau de persuasão que o sujeito possui acerca da veracidade de um enunciado, variando desde a incerteza absoluta (falta de certeza) até a certeza absoluta (falta de incerteza).

Daí decorre que as noções de verdade e de certeza não se confundem nem possuem correspondência obrigatória entre si.

A certeza constitui a crença que o sujeito possui acerca de um enunciado, correspondendo a uma convicção íntima, ao seu momento perceptivo, à sua intuição pessoal cuja profundidade e intensidade não transformam o erro em verdade, nem verdade em erro.

Dessa forma, é possível que o sujeito tenha certeza absoluta acerca de um enunciado sem que este seja necessariamente verdadeiro, e, ao contrário, que o sujeito não tenha nenhuma certeza e, não obstante, o fato seja verdadeiro. A certeza absoluta não corresponde à verdade: cuida-se de construtos independentes, que podem ou não coincidir.

2.4. Diferença entre verdade e verossimilhança

O mesmo pode-se dizer em relação à verdade e à verossimilhança. O conceito de verossimilhança corresponde à normalidade de certo tipo ou grupo de acontecimentos. Para se apresentar a noção de verossimilhança, é imprescindível a obtenção de alguma informação relativa à normalidade desse evento. Para além disso, não existe nenhuma condição de coincidência entre verdade e verossimilhança. A verossimilhança ou a falta dela (inverossimilhança) são qualidades indiferentes e não implicadas com a condição de um fato ser verdadeiro ou falso.

2.5. Diferença entre verdade e probabilidade

Embora algo que seja verossímil possa também ser provável, na mesma linha de diferenciação, deve-se distinguir as noções de verdade e probabilidade. Assim como o juízo de verossimilhança não guarda nenhuma relação com o de verdadeiro ou falso, a noção de probabilidade também não obriga à de verdade. Conforme antes destacado, a noção de verdade de um enunciado depende da realidade do acontecimento ao que o enunciado se refere. Já a noção

de probabilidade se relaciona com a razão de chance de acontecimento de determinado evento em determinadas condições e circunstâncias.

Portanto, um enunciado pode ser provável (no sentido probabilístico) e não ser verdadeiro, porque não corresponde à realidade dos fatos. Por outro lado, um enunciado pode ser improvável e, inobstante, ser verdadeiro.

Em síntese, as noções de verdade, verossimilhança e probabilidade não são equivalentes nem correspondentes umas às outras.

3. Método de Análise da Validade (Credibilidade) da Declaração (SVA): aplicabilidade e limites

O método de Análise da Validade da Declaração ou *Statement Validity Analysis* (SVA) é um dos procedimentos internacionais mais comumente usados na análise das declarações apresentadas por alguém que foi alvo de um determinado crime (sobretudo nos crimes sexuais), procurando-se perceber se essas declarações contêm (ou não) as características tipicamente presentes em histórias verídicas (AMADO et al., 2016; CARIDADE; TRINDADE, 2015). Dito de outro modo, o método procura mostrar se uma determinada declaração sobre uma alegada ofensa criminal é ou não baseada na experiência real (VOLBERT; STELLER, 2014).

Para que se possa proceder à avaliação da credibilidade do testemunho de alguém, sobretudo de crianças de tenra idade ou pessoas que revelem possuir algum tipo de *handicap* intelectual, é de suma importância que se verifique a sua capacidade para testemunhar, atendendo que capacidade de testemunhar e credibilidade do relato não podem ser considerados como conceitos análogos. A capacidade para testemunhar refere-se às características psicológicas e competências da pessoa para evocar e relatar os fatos e a credibilidade, por sua vez, remete para um juízo que é feito pelo profissional, e ancorado em procedimentos avaliativos validados cientificamente (descritos mais adiante), no sentido de aferir até que ponto os fatos evocados correspondem à realidade fatual. Não obstante, tratam-se de dois conceitos que estão interligados, sendo, em certa medida, indissociáveis. A literatura nesta área tem vindo a documentar a associação entre estes dois conceitos, nomeando um conjunto de fatores suscetíveis de comprometer simultaneamente a credibilidade do relato e a capacidade para testemunhar, como a capacidade de a criança perceber adequadamente as situações e de distinguir fantasia da realidade, a vulnerabilidade da criança à sugestão, entre outros aspetos (MACHADO et al., 2011; PEREIRA; MACHADO, 2005). Acrescente-se, ainda, os casos em que a situação abusiva se encontra claramente consubstanciada (através de outros meios de prova),

mas a criança não está capaz de produzir um relato credível a este respeito atendendo à imaturidade mnésica ou linguística, pela ansiedade que a tarefa de recordação do evento poderá suscitar (PEREIRA; MACHADO, 2005) ou mesmo devido às características e/ou vulnerabilidades individuais e cognitivas.

O método de Análise da Validade da Declaração consiste em um procedimento compreensivo que implica identificar e testar diferentes hipóteses explicativas acerca da origem dos fatos narrados (KOHNKEN; MANZANERO; SCOTTC, 2015). Para tal, o avaliador terá que recorrer a diferentes estratégias e técnicas de coleta de dados, bem como a diversos procedimentos avaliativos. Em termos gerais, a SVA compreende três fases, tal como já aprofundado em trabalhos anteriores (CARIDADE; TRINDADE, 2015) e que agora relembramos:

i) na primeira fase, há lugar à realização da entrevista semiestruturada, a qual poderá assumir diferentes formatos consoante a idade do entrevistado e as especificidades do caso (ANTUNES et al., 2014). Note-se que o tipo de estratégias e técnicas utilizadas na obtenção da declaração/testemunho, seja de vítimas, testemunhas ou suspeitos de crimes, é de extrema relevância e desempenham um papel determinante na qualidade do testemunho por estes produzido (ANTUNES et al., 2014; CARIDADE; SANI; NUNES, 2015). Assim, a literatura tem identificado e está a delinear diversos protocolos de entrevista que contemplem e se adéquem às especificidades apresentadas pelas testemunhas em causa, sobretudo quando estas são crianças, porque elas requerem cuidados adicionais no decorrer da entrevista. Alguns trabalhos (PAULO et al., 2015) avançam com orientações efetivamente concretas para serem seguidas na construção e condução de entrevistas policiais e forenses, tendo por base as diversas etapas do desenvolvimento humano.

ii) a segunda fase consiste na análise do conteúdo da declaração proferida na fase anterior, mediante os indicadores de credibilidade propostos por Steller e Kohenke (1989). Referimo-nos à CBCA – *Criteria Based Content Analysis* –, um dos sistemas de avaliação da credibilidade que tem sido amplamente testado (VRIJ, 2008), comprovando-se a sua robustez e caráter promissor de uma avaliação mais objetiva no que respeita às declarações prestadas em contexto forense (AMADO; ARCE; FARIÑA, 2015; AMADO et al., 2016).

iii) por fim, a terceira fase envolve a verificação da validade das declarações, recorrendo para tal à *checklist* de validade (CARIDADE; TRINDADE, 2015). A partir dos diferentes indicadores da *checklist* de validade, o avaliador deverá identificar e refletir sobre as diferentes hipóteses alternativas dos resultados obtidos na análise de conteúdo (segunda fase).

A SVA compreende, assim, diferentes ferramentas/técnicas/procedimentos, desde a caracterização das competências da testemunha/vítima, a investigação da origem das declarações, a análise de risco e a consistência das declarações, bem como o recurso à CBCA (*Criteria Based Content Analysis)*. Esta última ferramenta é aquela que tem suscitado maior debate científico, atribuindo-se-lhe diversas críticas que não devem ser negligenciadas, por isso mesmo sua utilização merece cuidados adicionais, conforme já explanamos em trabalhos anteriores (CARIDADE; TRINDADE, 2015). Não obstante, estudos recentes (BOGAARD; MEIJER; VRIJ, 2014; PTACEK, 2013) que testaram este método de análise da credibilidade das declarações (CBCA), comparando-o com outros, tais como o *Reality Monitoring* (RM) e o *Scientific Content Analysis* (SCAN), reafirmam a sua utilidade na discriminação entre declarações reais e declarações fabricadas. Efetivamente, a CBCA consiste em uma técnica que tem recebido grande acolhimento entre a comunidade científica (AMADO; ARCE; FARIÑA, 2015), sendo admissível como uma evidência válida no sistema judicial em diferentes países do mundo (AMADO et al., 2016; VRIJ, 2008), o que, impende dizer, não é consensualmente aceito.

Nesse contexto, a SVA também apresenta alguns limites que precisam ser considerados. Desde logo, enquanto ferramenta de avaliação da credibilidade da declaração, ela poderá suscitar algum *viés* de verdade. Nesse seguimento, a ausência de um critério não pode levar à conclusão da falsidade do testemunho/da declaração, sob pena de se poder originar os falsos positivos, como acontece com o uso de outras metodologias (e.g., polígrafo). Recorde-se, contudo, que a SVA não procura estabelecer a verdade ou a mentira da declaração, mas tão somente perceber se a mesma possui alguns dos critérios indicados pela investigação empírica, cuja presença sugere a probabilidade de se tratar de uma declaração conforme referidos critérios. Por outro lado, o recurso a SVA implica, como referido anteriormente, que haja inicialmente a condução de uma "entrevista" (sempre com alguma margem à subjetividade) que possibilite conhecer a declaração dos fatos, a qual deverá ser produzida de forma adequada (LUCAS; MACKENZIE, 1998) e por profissionais especialmente habilitados. O recurso à entrevista cognitiva tem sido apontado como uma opção válida e eficaz na revelação dos fatos, especialmente com as crianças mais velhas e adolescentes (PAULO et al., 2015) e, também, com adultos.

É possível, pois, identificar um conjunto de fatores ou circunstâncias que poderão interferir no uso correto da SVA (KOHNKEN; MANZANERO; NUNES, 2015), os quais passamos a elencar:

a) Quando a testemunha (vítima ou ofensor) não reúne as competências básicas para testemunhar, sendo que isto é mais frequente no caso das crianças

com idade inferior a cinco anos ou em indivíduos com algum tipo de *handicap* intelectual. Nestas situações, há a necessidade de proceder primeiramente a uma avaliação desenvolvimental no sentido de aferir a capacidade destes sujeitos para testemunhar ou estabelecer aquilo que se poderá esperar do seu testemunho. Só depois de confirmada a sua capacidade para testemunhar será possível avançar no sentido da avaliação da credibilidade do seu testemunho, como já foi mencionado anteriormente.

b) Ausência de uma declaração ou declarações incompletas e parciais. De fato, em muitos casos a pessoa poderá se recusar a prestar a declaração ou, então, produzir declarações muito incompletas sobre os fatos, o que inviabiliza *ad initio* o recurso à SVA enquanto ferramenta que se baseia na análise da declaração produzida.

c) O recurso a técnicas de entrevista inapropriadas. Como já foi referido, a entrevista é fundamental para a coleta da declaração e deve-se pautar por técnicas apropriadas e não enviesadoras ou contaminadas do relato. Ademais, não há nenhum formato de entrevista que seja infenso à subjetividade, o que, por si só, do ponto de vista eminentemente processual, fragiliza a CBCA e, via de consequência, a SVA, uma vez que aquela é uma parte desta como um todo.

d) O eventual treinamento/familiaridade com os critérios da CBCA. Isso poderá influenciar a declaração emitida pelo avaliado.

Outros trabalhos (VOLBERT; STELLER, 2014) apelam para a necessidade de se identificar as variáveis individuais e situacionais com potencial impacto no conteúdo da declaração e que poderão motivar a produção de uma narrativa apoiada numa experiência não vivida. De entre as diferentes variáveis individuais, destacamos:

1) a tenra idade do entrevistado, sendo que as declarações produzidas pelos mais jovens tendem a conter menos detalhes, dadas as suas menores habilidades cognitivas, menor controle e apropriação da linguagem ou reduzidas estratégias de ativação da memória;

2) a existência de diferenças interindividuais na capacidade para relatar memórias autobiográficas específicas e expressá-las verbalmente;

3) a familiaridade com o evento e/ou possuir experiências similares anteriores, podendo estas interferir com a declaração produzida;

4) a existência de determinadas características da personalidade;

5) a reduzida capacidade para testemunhar.

No que se refere às variáveis situacionais, há que considerar:

a) complexidade do evento;

b) tempo decorrido entre a ocorrência do evento e o momento em que a pessoa é chamada a evocá-lo;

c) a experiência de múltiplos eventos similares;

d) as técnicas de entrevista utilizadas e o grau de maior ou menor subjetividade.

Na mesma linha de crítica, está o posicionamento de Sousa (2014), ao notar que uma das principais dificuldades do CBCA – repita-se, que constitui uma das etapas que integram o método da SVA enquanto globalidade de avaliação – é a divergência sobre o modo como devem ser ponderados quantitativamente os critérios pontuados. Para além disso, ainda persistem as diferenças individuais, a atitude do entrevistador e o conhecimento prévio da prova. De fato, "uma testemunha que prepare um depoimento falso propiciará um relato mais rico em detalhes e noutros critérios de conteúdo que podem induzir a valoração da declaração como credível quando não o é" (SOUSA, 2014, p. 128-129).

Em suma, a avaliação da credibilidade de uma declaração mediante a SVA remete para um processo de análise complexo, pautado por uma inevitável subjetividade, existindo inúmeros fatores/variáveis que concorrem para os resultados positivos ou negativos do seu emprego. Ademais, ainda que a CBCA se afigure como uma metodologia promissora, contribuindo para um aumento da objetividade das avaliações, importa sublinhar que não se trata de um teste psicológico. Portanto, deve ser empregado como uma entre várias e distintas metodologias de avaliação (e.g., consulta de diferentes fontes, recurso a testes psicológicos, análise da gênese e ponderação de hipóteses alternativas à ocorrência do abuso), que possam explicar as declarações da vítima.

Em virtude disso, torna-se imperativo que os profissionais que procedem à realização das peritagens psicológicas forenses se mostrem devidamente preparados para atender as exigências do método. Mais concretamente, tem sido sustentada a necessidade de o perito que atua nesta área da avaliação psicológica forense possua formação, treino e experiência neste domínio específico, revelando igualmente uma consciencialização clara dos limites do seu papel enquanto perito com formação em Psicologia e a sua clara diferenciação em relação aos restantes atores judiciais (ANTUNES et al., 2014).

De igual modo, subscrevemos que é a qualidade dos procedimentos de avaliação utilizados na coleta de um testemunho, mais do que o tipo de metodologias de análise que corroboram (ou não) a sua credibilidade, que confere rigor e validade a um processo de avaliação desta natureza (ANTUNES et al., 2014).

Assim sendo, a avaliação da credibilidade não se poderá circunscrever à análise do conteúdo dos relatos, mas deverá ser integrada, multidimensional e orientada por critérios rigorosos e objetivos (MACHADO et al., 2011).

4. Considerações finais

Verdade é diferente de credibilidade.

Verdade é diferente de verossimilhança.

Verdade é diferente de probabilidade.

Verdade é diferente de certeza.

Dos pontos de vista processual e probatório, a SVA, portanto, somente deve ser considerada como um procedimento metodológico que permite identificar e testar diferentes hipóteses acerca da origem e fonte de uma determinada declaração. Este constitui, de resto, um dos aspectos mais importantes da SVA, pois não se trata de um método destinado a esclarecer a verdade dos fatos, mas apenas relacionado com a credibilidade das declarações de quem as enuncia enquanto um relato. Tal como lembram Volbert e Steller (2014), a SVA consiste em um método que se focaliza nos aspectos do conteúdo de uma declaração, e não sobre o comportamento da testemunha/vítima. De igual modo, não contempla indicadores de engano, mas sim, de memória e da ausência de uma estratégia de autoapresentação. Por outro lado, analisar uma declaração unicamente a partir dos indicadores de credibilidade vertidos na CBCA é claramente insuficiente para atestar a credibilidade da declaração (KOHNKEN; MANZANERO; NUNES, 2015). Além disso, uma utilização não crítica da CBCA poderá conduzir a falsos resultados (VOLBERT; STELLER, 2014).

O uso da SVA na produção da prova psicológica, tanto do ponto de vista jurídico em um sentido *lato*, quanto estritamente processual, requer que se atente sempre àqueles critérios que constituem os seus aspectos positivos e os seus limites. Além disso, a SVA deve ser considerada apenas um dos elementos que podem integrar o conjunto probatório, sabendo-se desde logo que, por si só, esse tipo de metodologia é insuficiente para fundar a presunção de culpabilidade (CARIDADE; TRINDADE, 2015).

Por derradeiro, impende ressaltar que a não observância de qualquer dos elementos que compõem a metodologia SVA, incluindo o recurso à CBCA, fragilizam o método em sua globalidade. De acordo com a quantidade e a qualidade dos itens metodológicos não seguidos à risca para a efetivação do SVA, a razão de chance da validade da declaração prestada vai progressivamente diminuindo. Tais aspectos necessitam ser valorados item por item para que a metodologia seja considerada um elemento a favor ou a desfavor da prova psicológica forense que, conforme antes destacamos, deve estar de acordo com os fatos, de pouco ou nada valendo ser apenas verossímil, provável, credível ou repleta de certeza enquanto subjetividade.

Para além disso, a prova psicológica forense derivada da SVA deve estar em condições de plena verificabilidade/testabilidade. Prova insuscetível de falseabilidade impede o direito ao contraditório e à ampla defesa enquanto garantias constitucionais elementares à consubstancialização do processo.

Por todas essas razões, fica claro que, do ponto de vista processual, e consoante o sistema jurídico românico-germânico, o recurso ao método da SVA apresenta limitações que lhe são inerentes. Por tal razão, como observa Manzanero (2010), é preciso insistir e sublinhar que essas perícias psicológicas destinadas a avaliar a credibilidade das declarações nem dizem, nem podem dizer, nem se pode esperar que digam, se as declarações da testemunha se ajustam ou não à realidade.

Com efeito, essa depuração pertence à tarefa de decidir. Essa filtragem constitui ato de jurisdição próprio do juiz ou do tribunal, tarefa que possui natureza indelegável, ainda que para sua melhor efetivação os magistrados devam recorrer cada vez mais a informações técnicas e científicas, nomeadamente quando se cuida de conhecimento especializado como aquele da ciência psicológica.

O que realmente necessita ser observado, em termos práticos e no âmbito do processo, é que a prova pericial psicológica, especialmente a SVA enquanto perícia de credibilidade das declarações de crianças – e, eventualmente, de adultos também – seja praticada com a observância de todas as garantias, dentre elas a obediência estrita ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Sob a ótica do Direito, em especial do direito penal, que exige um juízo de certeza absoluta como conditio *sine qua non* para a decisão condenatória, prevalecendo para as demais hipóteses o princípio da inocência e de que a dúvida favorece o réu (*in dubio pro reo*), resta clara a debilidade do método da SVA – dele sendo parte integrante a CBCA – como elemento probatório.

O direito penal e as soluções de caráter condenatório não podem conviver e são incompatíveis com juízos de mera probabilidade. A própria segurança jurídica e a garantia dos direitos individuais não podem sofrer o vacilo de juízos incertos e duvidosos.

No que tange à pretensa objetividade do método, o problema permanece sem solução. A questão da subjetividade não está resolvida com a SVA/CBCA, pois quem produz o discurso é uma pessoa (a criança); quem conduz a entrevista é outra pessoa (o entrevistador); quem pondera o procedimento de cotação é também uma pessoa (o avaliador); quem a descodifica e valora é ainda outra pessoa. Não há, pois, como fugir da subjetividade do método da SVA/CBCA.

Assim sendo, o método da SVA necessita ser considerado, tendo em vista as suas inúmeras limitações, e nunca fundar a presunção de culpabilidade, como frequentemente se assiste, a partir do momento em que é produzida na esfera investigativa, em que pese a ausência de contraditório e de ampla defesa. Além disso, a precariedade de informações acerca dos avaliadores e dos procedimentos escassamente descritos sob a forma de quesitos[3] denotam um procedimentalismo exíguo e refletem o Estado débil (BOBBIO; BOVERO, 1996).

Concluímos, pois, no sentido de que os resultados das provas psicológicas periciais da análise de credibilidade das declarações, obtidos pelo método da SVA, no estágio de desenvolvimento que ainda se encontram, embora possam ter alguma utilidade no conjunto probatório global, não são, por si só, suficientemente exatos e devem merecer alguma reserva pelos juízes e tribunais. Não atendem, do ponto de vista da cientificidade, o *padrão Daubert*. Como se não bastasse, a modalidade quesitorial antes referida (vide nota 2) constitui um apêndice artificial completamente estranho ao método da SVA, capaz de o desnaturar completamente, se considerarmos os fins para os quais foi originariamente foi concebido.

5. Referências

ALTAVILLA, E. *Psicologia judiciária*. Coimbra: Arménio Amado, 1982.

AMADO, Bárbara G.; ARCE, Ramón; FARIÑA, Francisca. Undeutsch hypothesis and Criteria Based Content Analysis: A meta-analytic review. *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, v. 7, n. 1, p. 3-12, Jan. 2015. Disponível em: [https://dx.doi.org/10.1016/j.ejpal.2014.11.002].

3. Os procedimentos policiais, em Porto Alegre (RS), propõem que os peritos, normalmente apenas um, respondam a nove (9) quesitos: Primeiro: o(a) periciado(a) apresenta ou apresentou, na época dos fatos relatados, alterações psíquicas e/ou comportamentais? Segundo: existem sinais e/ou sintomas de transtorno mental? Terceiro: se presentes, tais sintomas e/ou alterações são frequentemente encontradas em vítimas submetidas a ato sexual e/ou ato libidinoso? Quarto: se presentes, tais sintomas e/ou alterações são frequentemente encontradas em vítimas submetidas à estimulação precoce, inadequada para a idade? Quinto: o relato do(a) periciado(a) preenche critérios de credibilidade? Por quê? Sexto: observam-se no relato do(a) periciado(a) sinais de influência e/ou indução? Sétimo: existe nexo causal entre a situação relatada e os sintomas apresentados? Oitavo: o(a) periciado(a) apresenta atualmente sofrimento psíquico em decorrência da situação relatada? Nono: o(a) periciado(a) apresentou sofrimento psíquico, no passado, em decorrência da situação relatada?

AMADO, Bárbara et al. Criteria-based content analysis (CBCA) reality criteria in adults: A meta-analytic review. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, v. 16, n. 2, p. 201-210, May-Aug. 2016. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1016/j.ijchp.2016.01.002].

ANTUNES, Carla et al. Vítimas de crime: avaliação da credibilidade do testemunho. In: PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima. *Psicologia, justiça & ciências forenses*. Lisboa: Pactor, 2014.

BOCHENSKI, J. M. *Diretrizes do pensamento filosófico*. São Paulo: Herder, 1961.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BOGAARD, G.; MEIJER, E.; VRIJ, A. Using an example statement increases information but does not increase acuracy of CBCA, RM, and SCAN. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 11, n. 2, p. 151-163, Jun. 2014. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1002/jip.1409].

CARIDADE, Sónia; TRINDADE, Jorge. A análise do testemunho em casos de abuso sexual infantil, por meio de avaliação da declaração (SVA): considerações psicológicas e forenses. *Revista de Estudos Criminais*, v. XIV, n. 59, p. 109-128, 2015.

CARIDADE, S.; SANI, A. S.; NUNES, L. Técnicas e estratégias de obtenção do testemunho de crianças vítimas de crimes. In: TRINDADE, Jorge; MOLLINARI, Fátima. *Temas de psicologia forense*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2015.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão*. São Paulo: RT, 2014.

GULOTTA, G. *La investigazione e la cross-examination*. Milano: Giuffrè, 2003.

HEIDEGGER, M. *Ser y tempo*. Madrid: Trotta, 2014.

HESSEN, J. *Teoria do conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

KOHNKEN, G.; MANZANERO, A.; NUNES, L. Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones. *Anuário de Psicología Jurídica*, n. 25, 13-19., abr. 2015. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1016/j.apj.2015.01.004].

JASPERS, K. *Essais philosophies. Philosophie et problèmes de notre temps*. Paris: Petite Bibliothèque Payot, s/d.

LOFTUS, Elisabete. Crimes de memória: memórias falsas e justiça social. In: FONSECA, António Castro (Ed.). *Psicologia e justiça*. Coimbra: Almedina, 2008.

LUCAS, Rhona; MACKENZIE, Ian. The detection of dissimulation: Lies, damned lies and SVA. *International Journal of Police Science and Management*, USA, v. 1, n. 4, p. 347-359, Mar. 1999. Disponível em: [https://doi.org/10.1177/146135579900100403].

MACHADO, Carla et al. Avaliação psicológica de vítimas de abuso sexual. In: MATOS, Marlene; GONÇALVES, Rui Abrunhosa; MACHADO, Carla. *Manual de psicologia forense*. Braga: Psiquilíbrios, 2011.

MANZANERO, António L. *Memória de testigos*: obtención y valoración de la prueba testifical. Madrid: Pirámide, 2010.

MASIP, J.; GARRIDO, E.; HERRERO, M. C. *Psicología jurídica*. Madrid: Pearson Educación, 2006.

PLATÃO. *Obras completas*. Madrid: Aguilar, 1993.

PEREIRA, Vera; MACHADO, Carla. Avaliação da capacidade de testemunhar: um estudo da prática forense. *Psicologia: Teoria, Investigação e Prática*, v. 18, n. 1, p. 93-111, jan.-abr. 2005. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.15348/1980-6906].

PTACEK, Radek. Comparative study of methods for credibility analysis of verbal statements in forensic settings (abstract). *European Psychiatry*, v. 28, p. 1, Jan. 2013.

ROGERS, R. *Clinical assessment of malingering and deception*. New York/London: The Guilford Press, 1997.

RUI, Paulo M. et al. The enhanced cognitive interview: testing appropriateness perception, memory capacity and error estimate relation with report quality. *Applied Cognitive Psychology*, v. 29, n. 2, p. 536-543, July-Aug. 2015. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1002/acp.3132].

SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2014.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*: el juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

VATTIMO, G. *Adeus à verdade*. Petrópolis: Vozes, 2016.

VOLBERT, Renate; STELLER, Max. Is this testimony truthful, fabricated, or based on false memory? Credibility assessment 25 years after Steller and Kohnken (1989). *European Psychologist*, v. 19, n. 3, p. 207-220, July 2014. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1027/1016-9040/a000209].

VRIJ, Aldert. *Detecting lies and deceit*: pitfalls and opportunities. 2. ed. Chichester: John Wiley and Sons, 2008.

VRIJ. A. Por que falham os profissionais na detecção da mentira e como podem vir a melhorar. In: FONSECA, A. C. (Ed.). *Psicologia e justiça*. Coimbra: Almedina, 2008.

YARMEY, A. D. Depoimento de testemunhas oculares e auriculares. In: Fonseca, A. C. et al. *Psicologia forense*. Coimbra: Almedina, 2006.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Cross-examination*: algumas questões, de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud – *RArb* 52/423-429 (DTR\2017\502).

Requisitos da prova pericial em matéria criminal

Requirements for expertise proof in criminal law

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Doutor em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito (UFBA). Professor Adjunto da UFAL. Docente em Cursos de Graduação e de Pós-Graduação (UNIT/AL, SEUNE e ESMAL). Juiz Federal (AL).
rosmar.antonni@gmail.com

Recebido em: 23.11.2016
Aprovado em: 10.01.2017
Última versão do autor: 19.01.2017

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este estudo examina os requisitos da prova pericial. Justifica a perícia com fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, adotando como método construtivista lógico semântico para o exame e a descrição dos elementos do exame pericial. A pesquisa tem como marco teórico Nicola Framarino Dei Malatesta, autor de clássico sobre lógica das provas em matéria criminal.

Palavras-chave: Prova pericial – Processo penal – Requisitos – Lógica.

Abstract: This study examines the requirements of expert evidence. Justifies the expertise on the ground in the Brazilian legal system, adopting as semantic logical constructivist method for the examination and the description of the expert examination elements. The research is theoretical framework Nicola Framarino Dei Malatesta, classic author on the logic of evidence in criminal matters.

Keywords: Expert evidence – Criminal proceedings – Requirements – Logic.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de prova como ponto de partida para a pesquisa. 2.1. Marco teórico: lógica apresentada por Nicola Framarino Dei Malatesta. 2.2. Problema: questionamento relacionado às regras de atribuição e procedimentais para realização da prova. 2.3. Hipótese: subtração do valor da prova material que carecer de adequação ao conceito de prova. 2.4. Justificativa: o *thema probandum* exige materialidade respaldada normativamente. 2.5. Método: adequação do constructivismo lógico-semântico para justificar a prova pericial. 3. Prova pericial como entidade normativa. 3.1. Classificação da prova pericial como percurso de sua definição. 3.2. A norma jurídica representativa da materialidade do crime. 3.3. Elementos da norma jurídica reguladora da prova pericial. 3.4. A relação das etapas probatórias com as normas que estruturam a admissibilidade da perícia. 4. Avaliação da prova pericial. 4.1. Descrição objetiva da avaliação na sentença. 4.2. Valoração subjetiva negativa da perícia. 4.3. Definição de corpo de delito como limite da avaliação pericial. 5. Conclusão. 6. Referências.

Alencar, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Requisitos da prova pericial em matéria criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 136. ano 25. p. 205-234. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

1. INTRODUÇÃO

A gestão da prova no processo penal é tema central no direito processual penal. A necessidade de definição do termo, com delimitação de seu sentido, de sua estrutura e de sua função, é proposta doutrinária para conferir coerência à justificativa de sua inserção no processo penal.

Ao final, as regras que ditam o procedimento para gestão da prova no direito processual penal seriam garantias para a construção da convicção do juiz. A limitação humana à percepção da verdade exige acatamento a preceitos reconhecidos como fontes à interpretação dos dispositivos sobre direito probatório, bem como aos requisitos que devem ser respeitados para que um elemento seja reconhecido como prova.

A regra de competência para gerir a prova é pressuposto necessário para informar o que deve ser considerado prova com valor pleno, isto é, apta a fundamentar uma condenação. O juiz é o ator processual com competência para exercer a gestão da prova. As etapas probatórias devem ser descritas pelo magistrado. Desse modo, devem ser diferenciados os conceitos de elemento de informação (colhido na investigação preliminar) e prova (em sentido estrito, produzida na fase processual, com respeito à regra de competência conferida ao magistrado).

Nesse âmbito, a prova pericial guarda interesse especial porque, na maior parte dos casos, é produzida na fase inquisitiva, do inquérito policial (investigação preliminar). A prova técnica pericial assim produzida tem natureza de elemento de informação, porém, a legislação autoriza sua suficiência em fundamentação de sentença penal condenatória, em virtude da natureza não repetível (art. 155, CPP).

A atribuição de *status* probatório à perícia produzida na fase investigativa depende do atendimento a critérios formais, exigidos pelo ordenamento jurídico, seja em razão da excepcionalidade do magistrado não ter contato direto com os elementos empíricos (imediatidade probatória), seja em virtude da postergação do contraditório para um momento posterior à documentação da perícia em um laudo.

No âmbito dos tribunais, verifica-se tendência refratária ao acolhimento de alegações de nulidade de perícias. Em regra, blinda-se a prova supostamente viciada, seja com base no argumento de que a alegação não foi comprovada ou que foi cumprido requisito legal, seja com esteio nos precedentes que preconizam não admitir revolvimento sobre provas em grau recursal ou que deveria ter sido travado esse debate nas instâncias ordinárias.

Para o enfrentamento da questão, este estudo busca delimitar os conceitos envolvidos a partir do "constructivismo lógico-semântico",[1] para descrever a formação da prova pericial, desde sua base empírica até sua descrição, como norma jurídica,[2] na sentença. Toma-se como referencial teórico obra clássica de Framarino Malatesta,[3] na tentativa de atribuir correção aos argumentos que circundam a produção da prova pericial apta a ser valorada afirmativamente na sentença penal.

2. Conceito de prova como ponto de partida para a pesquisa

Prova é termo de múltipla possibilidade significativa. Em direito processual penal, prova pode ter sentido amplo, quando envolve elementos empíricos reunidos tanto na investigação preliminar, quanto na instrução processual. Terá acepção mais estreita quando se cingir aos elementos colhidos durante o processo penal, vale dizer, na presença de um juiz, investido regularmente.

No entanto, o critério espaço-temporal da prova não é exaustivo, isto é, não suplanta as dúvidas que decorrem da extensibilidade da prova técnica, constituída no curso da investigação preliminar, tal como autoriza o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal.[4] O elemento informativo não repetível colhido na investigação pode, segundo esse enunciado, fundamentar exclusivamente decisão judicial.

O dispositivo, para haurir respaldo no sistema, deve ser cotejado com o conceito de prova, como ponto de partida para indagações sucessivas. Entende-se por prova o elemento empírico, apresentado diretamente à percepção do

1. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*: o construtivismo lógico-semântico. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 135.
2. Para os fins da presente pesquisa, norma jurídica é entendida como a descrição dos enunciados aplicados concretamente, depois de incididos pelo órgão competente (juiz). Nos autos do processo penal, o juiz, como gestor da prova, aplica uma série de dispositivos concernentes à prova pericial. Tem o dever de descrever a incidência que fez, documentando o ato, em forma de norma jurídica (individual e concreta). (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 387).
3. MALATESTA. Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitaneo. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 151.
4. CPP: "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".

magistrado, com o intuito de participar de sua decisão, sob a égide do contraditório. O núcleo constitucional de direito processual penal é respeitado com essa formulação.

2.1. Marco teórico: lógica apresentada por Nicola Framarino Dei Malatesta

Do conceito de prova descrito, a necessidade de que seja um elemento apresentado à direta percepção do juiz é pressuposto normativo para que a prova seja, como tal, reconhecida pelo sistema processual. Como regra, a percepção probatória é de ser realizada por exame imediato do juiz, de forma inartificial. A prova pericial deve ser representativa de fé. Porém, até o alcance da credibilidade que justifica a instauração do juízo penal, a fim de se chegar à verificação da materialidade, há um caminho que deve ser trilhado com o auxílio de regras lógicas, malgrado a fé em si não dependa de justificativa lógica. O procedimento descrito pelo ordenamento jurídico deve ser acatado estritamente para que se admita a atribuição de credibilidade, de fé, à prova pericial.

Framarino Malatesta é o marco teórico escolhido para elucidar aquele caminho procedimental, a fim de deixar estabelecida uma proposta de ponte até a chegada (decisão judicial). Como aduz, "toda prova tem um sujeito e um objeto; o sujeito da prova é a pessoa ou a coisa que afirma: o objeto é a coisa demonstrada. Assim, o sujeito e o objeto da prova necessitam de uma avaliação especial".[5] Em complemento, o sujeito e o objeto da prova são levados à cognição direta do seu destinatário central, que lhe deve conhecer.

O processo de conhecimento penal é composto de regras bem delimitadas que guiam como deve ser a prova percebida pelo juiz, de forma imediata. O destinatário da instrução é o magistrado competente para, ao final do procedimento que o levou a conhecer dos fatos (instrução), deliberar sobre o mérito. E o mérito é a porção do conteúdo do processo que representa o tema a se provar, contornado pela figura típica reitora que informa os limites do corpo de delito.

Tourinho Filho acentua o aspecto de que prova, de ordinário, consiste nos "elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*". Nessa toada, o processualista adverte sobre os diversos sentidos que pode assumir o termo prova ou a ação de provar, sublinhando

5. MALATESTA. Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitaneo. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 151.

que "provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós conhecemos; os outros não". Para tanto, devem ser apresentados os meios necessários.[6]

Em permeio ao procedimento para fazer conhecer a outro (o juiz) a verdade construída no processo, o rigor procedimental deve ser obedecido, como garantia de que o procedimento não resvale em arbítrio ou em forma de legitimar um desejo punitivo sem justificativa. Há o que se pode denominar de abismo entre a fonte do elemento probatório até o resultado da prova apresentado à convicção do juiz.

Na senda de Framarino Malatesta, o descortino da prova material (pericial), deve levar em consideração as variadas formas nas quais pode exteriorizar-se a afirmação de coisa (materialidade do crime). A coisa, se apresentada diretamente ao juiz, faz fé de sua própria existência. Quando a apresentação dessa materialidade acontece por meio do perito, a percepção direta da exterioridade do que é provado é a do *expert*. Por ficção jurídica, a prova material indireta levada a cabo pela afirmação dos fatos pelo perito não é considerada testemunho ordinário, mas oficial, equiparando-a à percepção do próprio julgador.[7]

2.2. Problema: questionamento relacionado às regras de atribuição e procedimentais para realização da prova

Ciente do conceito de prova descrito acima, surge a indagação constitutiva do problema: o que deve ser considerado prova? Mais especificamente, o que deve ser considerado prova pericial? Por exemplo: (1) deve ter valor de prova pericial o "termo de constatação de embriaguez", na forma do art. 5º, II, da

6. TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 233-234.

7. MALATESTA. Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitaneo. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 581-584. Na dicção de Framarino Malatesta, para quem a prova é a afirmação de pessoa (pessoal, original ou não original) ou coisa (real, sempre original), "sempre que a palavra articulada e escrita são uma exteriorização da ação criminosa, e com tal consideradas, não podem constituir senão prova material" (p. 584). Diferentemente da prova testemunhal e da documental, que o juiz percebe a exterioridade da prova ("a voz ou o escrito, afirmando o elemento criminoso ou o fato indicativo"), no que tange à prova material, ao revés, "os sentidos do juiz percebem diretamente a exterioridade daquilo que é provado pelo testemunho [perito] ou pelo documento [laudo]. Esta a consideração dá a proporção e a razão da superioridade que a prova material tem sobre a testemunhal e a documental" (p. 586-587).

Resolução-CONTRAN 432, de 23 de janeiro de 2013? (2) deve ter valor de prova pericial o laudo psiquiátrico particular formulado por médico-psiquiatra? (3) deve ter valor de prova pericial o atestado médico, realizado por médico plantonista de hospital público, a pedido da guarnição policial militar que atendeu a ocorrência, que descreve lesão corporal?

O primeiro argumento para enfrentamento dessas questões deve considerar que o modo de apresentação da materialidade do delito à percepção direta do juiz é, na maior parte das vezes, uma ficção jurídica. A percepção direta se dá perante autoridade quase-judicial, que é o perito. O perito, para assim ser qualificado, deve ter investidura na forma exigida pela lei processual penal.

O juiz do caso terá contato com a materialidade do delito de forma indireta, ou seja, será destinatário da materialidade através de um escrito do *expert* (laudo). A legislação autoriza que se tenha por demonstrada a materialidade do crime por meio indireto (exame pericial, consubstanciado em laudo de corpo de delito), apresentando-o ao juiz por meio de documento em sentido amplo. Essa mesma lei, todavia, preconiza que esse escrito, ao invés de ter valor de documento, tenha valor de prova material, constituindo a figura do *expert* em uma *longa manus* do magistrado (autoridade quase judicial).

Eis a dita ficção jurídica.

Para ser válida a incidência das normas instituidoras da comprovação da materialidade do delito à percepção direta do juiz por ficção (por meio de laudo), a legislação, a par de conceder uma exceção ao que seria ideal para a formulação do juízo acerca da materialidade dos fatos (percepção de fé da coisa de maneira direta pelo próprio magistrado), impõe condições formais exigentes, para arrefecer os riscos que poderiam advir da demonstração de materialidade por meio de um testemunho comum:

(1) primeira regra: só é perito aquele detentor de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica (autoridade quase judicial ou testemunho oficial),[8] podendo ser *expert* oficial (funcionário público que compõe os quadros dos órgãos do Estado com atribuição legal para realizar exame pericial de acordo com o corpo de delito correspondente ao tipo penal) ou perito

8. Nas palavras de Framarino Malatesta, além de ser exigido ao perito a capacidade moral (probidade), "o Estado, sabendo que a qualidade de oficial público investe de uma competência particular à constatação de certos fatos, não pode logicamente atribuir tal qualidade a quem não apresente capacidade intelectiva e sensória à percepção daqueles fatos que é chamado a constatar" (MALATESTA. Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitaneo. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 608).

ad hoc (não oficial, nomeado pela autoridade policial, se no curso de inquérito policial, ou judicial, se durante o processo penal);[9]

(2) segunda regra: o exame pericial deve obedecer, indispensavelmente, a disposições legais e técnicas (enunciados expressos), bem como a cânones que decorrem da necessidade de exposição de raciocínio correto (lógica).

É o preço a se pagar em virtude da ficção jurídica que excepciona que, em assuntos técnicos, que requerem a participação de um especialista com diploma de curso superior na área específica, com o fito de auxiliar o juiz (destinatário central da prova). De tal modo, o magistrado não terá condições de, necessariamente, e em todos os casos, ter a coisa apresentada diretamente à sua percepção. A legislação autoriza que a materialidade seja representada por um laudo pericial, obediente a padrões legais, técnicos e lógicos, bem como à regra enunciadora da atribuição quase judicial do *expert*.

Para que esse laudo tenha, por ficção jurídica, o valor de prova material (pericial), a aplicação daquelas regras deve concretizar direitos fundamentais constitucionais, mormente os do devido processo legal e da presunção de inocência. As regras de atribuição e de procedimento probatório estão jungidas, por laços de fundamentação de validade de seus conteúdos, os princípios que conformam o núcleo constitucional de direito processual penal.

Apropriada a ponderação de Geraldo Prado, quando destaca que "com a admissão da inafastabilidade da estrutura acusatória, por força da Constituição da República, não se pode negar que desde a apuração da notícia crime há significativo peso incidente no ato de delimitação do fato pesquisado". A legitimação do processo penal à luz do Estado de Direito não se coaduna com a noção de prova meramente com função ritual ou para cumprir um desiderato protocolar.[10]

Sob outro prisma, a ficção jurídica da prova pericial ser considerada a própria materialidade do delito exige que não sirva como válvula de escape ao

9. CPP: "Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo".

10. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 37.

cumprimento do sistema acusatório constitucional. Duas garantias são depreendidas das duas regras alinhadas acima e que, ao cabo, concretizam a efetividade da prova em respeito à função de delimitação do *jus puniendi* estatal pelo processo penal.

A primeira, a garantia de confiança na atribuição legal conferida ao perito pelo ordenamento jurídico. A segunda, a garantia das solenidades protetoras da "verdade"[11]. Essa colocação é afirmada por Framarino Malatesta, quando aduz que "é somente com a garantia da confiança na competência do oficial superior, e com a garantia das solenidades protetoras da verdade, a ele também impostas, que se justifica a ficção jurídica, segundo a qual as constatações quase judiciais atingem o valor das judiciais".[12]

2.3. Hipótese: subtração do valor da prova material que carecer de adequação ao conceito de prova

Designa-se como hipótese a resposta ao problema apresentado como objeto de investigação acadêmica.

---

11. Os fatos anunciados no processo só podem ser objeto de valoração judicial quando submetidos ao filtro normativo. Carlos Cossio expõe esse aspecto, aduzindo que não basta à teoria jurídica, como crer o empirismo, verificar simplesmente que os fatos se produzem de um modo ou de outro, haja vista que não se tratam de fatos dados, senão de fatos criados, "o lo que es lo mismo, no son hechos neutros sino hechos valiosos que, por lo tanto, han de ser estimados para ser conocidos. Por eso ningún jurista puede aceptar como fuente la mera costumbre, sino las buenes costumbres". Em complemento, Cossio explica que a teoria jurídica não é um critério meramente formal. Aliás, no que concerne à lógica jurídica formal, o autor observa que ela subministra o critério negativo da verdade jurídica, mas não o critério positivo dessa verdade: "es decir, que suministra sólo las estructuras normativas que el pensamento jurídico no puede dejar de tener para ser jurídico, pero nada más". Por outro lado, "el criterio positivo de la verdad juridica lo pone, dentro de las estructuras normativas, la existência misma del derecho. Lo pone, pues, la vida humana que valora, porque valorando es como ella llega a ser. Lo pone la vida al adaptarse a su mundo creandose a sí misma, o al crear sum indo adaptándolo a ella misma". Na senda de Carlos Cossio, aquele que vive o direito sabe o que está a fazer e "este su hacer viene pensado como norma, como deber ser", tal como se dá com a atividade valorativa dos fatos, das normas e das provas pelo juiz, que é "vida humana vivente" (COSSIO, Carlos. *La teoria egologica del derecho*: y el concepto juridico de liberdad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 170-171).
12. MALATESTA. Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitaneo. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 608.

Argumentando *a contrario sensu*, uma vez desatendidas as regras de atribuição e de procedimento (solenidade, ritual), a aparente prova pericial não terá valor de prova material. A rigor, não passará de um documento com valor de testemunho ordinário, realizado na fase investigativa, e sem força para, sozinho, conduzir a juízo de certeza sobre a materialidade do fato, na esteira do art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal. Decerto, o juiz não pode fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvada a prova técnica.

Note-se que, realizado o escrutínio sobre os três exemplos assinalados no início deste tópico, pode-se dizer que eles não terão valor de prova técnica. Terão valor, no máximo, de testemunho ordinário, de documento ou opinativo, conforme o conteúdo do elemento de informação (fase investigativa, preliminar).

Vale dizer: (1) o "termo de constatação de embriaguez" não atende nem à regra de atribuição (porque o agente de trânsito não tem atribuição legal para atestar tecnicamente a embriaguez), nem à regra procedimental (resolução não tem *status* de lei, em sentido formal); (2) o laudo psiquiátrico particular formulado por médico-psiquiatra não atende à regra de atribuição legal gizada no art. 159, do CPP; e (3) o atestado médico, realizado por médico plantonista de hospital público, a pedido da guarnição policial militar, também não atende aos ditames do art. 159, do CPP, ressalvado o § 1º do art. 77 da Lei 9.099/1995, para os casos de crimes de menor potencial ofensivo.[13]

O laudo pericial elaborado durante investigação preliminar, que tenha atendido à regra de atribuição conferida ao *expert*, será submetido a escrutínio judicial. O juiz, como gestor da prova no processo penal, é quem detém a competência de afirmar que aquele elemento de informação deve ser considerado prova.

Para tanto, o atendimento às regras periciais e às etapas probatórias relativamente à perícia realizada durante a fase pré-processual, especialmente o respeito ao princípio do contraditório (postergado) e da ampla defesa, são indispensáveis à perfeição da descrição e da sua valoração como prova em sentido estrito (prova técnica, valorada positivamente na sentença). Esse procedimento consubstancia critério indispensável para que o juiz competente reconheça no laudo pericial o valor de prova em sentido estrito.

13. Lei 9.099/1995: Art. 77 [...] § 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

2.4. *Justificativa: o* thema probandum *exige materialidade respaldada normativamente*

A definição do tema a se provar (*thema probandum*) deve ser delimitada pela descrição da conduta típica, com todas as circunstâncias que interessem à aplicação das normas jurídicas envolvidas.[14] É o conteúdo representativo do mérito do processo, que evidencia a pretensão, seu elemento essencial. Não coincide com o conceito de lide (pretensão resistida, conflito de interesse), sendo mais abrangente. A lide é elemento acidental do processo,[15] a pretensão é essencial e é verificada pela descrição do mérito (*causa petendi*).

O tema a se provar, contornado pela acusatória, enseja relações jurídicas sucessivas entre atos processuais.[16] A importância da formulação da denúncia ou da queixa, peça técnica, é evidenciada com a identificação dessas relações entre atos, cuja emanação do subsequente depende do conteúdo daquela petição exordial. Há um encadeamento necessário de atos, dependentes, sempre, do que foi definido pela acusação. A precisão da descrição é imprescindível, por exemplo, ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

---

14. Dois enunciados do CPP servem de base para a construção do mérito na petição inicial acusatória. Esse proceder individualiza a causa de pedir próxima (relação jurídica nuclear que justifica a incidência da norma jurídica que decorre do comando do tipo penal, figura reitora) e descreve a causa remota (demais aspectos fáticos que circundam o fato típico central, necessários à incidência de elementos derivados ou periféricos do comando da figura criminosa): (1) o "Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas"; e, interpretado *a contrario sensu*, (2) o "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal".
15. CÂMARA, Alexandre Freitas. A lide como elemento acidental da jurisdição. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim*: escritos e estudos. Niterói: *Lumen Juris*, 2011. p. 9-16.
16. Lourival Vilanova explica a relação jurídica consequencial entre fatos e normas. A visualização dessa estrutura depende de um grau maior de abstração. Nesse nível se vê que "são relações. Quer dizer: são estruturas formais, compondo-se de um termo antecedente (ou termo referente) e de outro termo consequente (ou termo relato) e, ainda, de uma espécie de operador: o operador relacionante". Explica, ainda, que "causas e efeitos, meios e fins, fatos jurídicos e consequências jurídicas, reduzidos todos a estruturas formais, revelam que são relações. Cada universo de objetos da sua concreção empírica às estruturas formais" (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 70).

Dentre as relações possíveis que sucedem à descrição do *thema probandum* na denúncia ou queixa-crime, a primeira delas se dá entre o conteúdo da denúncia e o conteúdo da resposta preliminar à acusação em cotejo com as hipóteses de absolvição sumária (arts. 396-A e 397 do CPP).

A segunda relação sucessiva se refere aos atos de instrução, tendentes a dar conhecimento ao juiz das provas destinadas a influir em sua convicção.

A terceira, decorrente do princípio da relatividade ou da congruência, é retratada pela necessidade da sentença consistir em resposta jurisdicional ao que foi pedido na petição inicial. Se surgir fato novo não descrito na petição inicial, o CPP exige aditamento (*mutatio libelli*), consoante dispõe seu art. 384.

Em matéria penal, a causa de pedir (mérito) é a porção mais importante para a identificação da providência jurisdicional, bastando que o pedido condenatório seja imediato (pleito de procedência, ou seja, de prolação de sentença condenatória penal). Entre a descrição da *causa petendi* e a prestação da jurisdição, está a necessidade de produzir prova, não só que evidencie a autoria, mas que constitua a materialidade do fato.

Os enunciados que se destinam à construção da norma jurídica penal (tipo penal) são os parâmetros para a produção da prova. Na denúncia ou queixa, a parte autora descreve a conduta atribuída ao acusado. Os fatos narrados (mérito, causa de pedir) devem revelar tipicidade (adequação a um tipo penal). A norma jurídica é a documentação da incidência efetuada pelo órgão judicial, a partir de dispositivos legais que regem a matéria.[17]

O fato criminoso, embora um todo indiviso (unitário), é, analiticamente, formado por ação ou omissão típica, antijurídica (antinormativa) e culpável. É composto de elementos objetivos (tipo objetivo) e subjetivos (tipo subjetivo), vale dizer, elementos normativos, objeto material, dolo (e suas espécies) ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia).

A percepção analítica acerca da existência desses elementos, alguns explícitos outros implícitos, é relevante para demonstrar que as provas devem ser aptas a conferir juízo de certeza sobre cada um desses aspectos. Ausente prova necessária e suficiente à verificação de um ou mais elementos necessários ao completamento

17. Nas palavras de Hans Kelsen, "quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 387).

do tipo penal, vale dizer, da ação (ou omissão), do dolo (ou da culpa), da tipicidade, da antijuridicidade ou da culpabilidade, haverá óbice à condenação.

A prova pericial se reporta a uma porção do tipo penal, consubstanciada na materialidade do fato. Às vezes, a perícia revela algum aspecto da autoria do crime, quando envolve vestígios que, não integrando a materialidade do delito, constituem vestígios que corroboram a indicação de quem seja o autor da infração penal, a exemplo de impressões digitais e do sangue encontrado no local do crime.

Tais vestígios não fazem, em sentido estrito, parte da materialidade do crime, do corpo de delito propriamente dito, da figura reitora (comando penal que evidencia a antinormatividade da conduta), consoante advertência de José Cirilo de Vargas.[18] Porém, os vestígios encontrados no local do crime constituem porção do exame de corpo de delito em sentido amplo, não por dizerem respeito à materialidade ou ao objeto material do delito, mas por esclarecem, por raciocínio indutivo, aspectos relacionados à autoria.

Elemento diverso do vestígio é a prova indiciária, encontrada em local totalmente diverso daquele do cenário criminoso, como se dá com as vestes do acusado, que teve suas imagens captadas por ocasião da prática do ilícito criminoso, apreendida dias depois em sua residência, em virtude de cumprimento de mandado de busca e apreensão. Tais objetos não serão examinados como parte do exame do corpo de delito, mas serão utilizados como prova indiciária, com a lavratura do termo de apreensão.

Essas ilações devem encontrar respaldo normativo. Objeto da prova será todo o *thema probandum* que, por meio de constatação oral, documental ou

18. O penalista se embasa nas funções de limitação do poder punitivo do Estado (função de garantia) e de base do delito (função fundamentadora), para sublinhar que "só existirá pena quando o comportamento se ajustar, primeiramente e de modo preciso, a uma descrição legal de injusto", o que confere "segurança e estabilidade à ordem jurídica" (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20). Essa descrição há de ser verificada por meio de provas submetidas ao debate e também descritas conceitualmente (juízo de veracidade). Veja-se que se cuida de imprescindível função do direito penal, correspondente, ao menos em parte, ao "axioma A1", do "sistema SG", descrito por Luigi Ferrajoli, qual seja: a imposição de pena como "sanção *post delictum*". Vale dizer, a aplicação de pena como consequência jurídica exige, como garantia do direito penal, não só o cometimento de delito reconhecido pelo sistema, mas o seu reconhecimento judicial, por provimento jurisdicional, de acordo com as estreitas trilhas do direito penal e processual penal (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 338-339).

material (classificação da prova quanto à forma), deve ser apresentado diretamente ao juiz para lhe conferir convicção.

Assim o é porque deve se reportar à descrição de um ou de todos os elementos da infração criminosa, com todos os aspectos que giram ao seu redor (circunstâncias). Será, mais especificamente, objeto de prova o de natureza material e tudo que possa consistir em corpo de delito e seus vestígios. O parâmetro para a realização da perícia é o normativo (figura típica), enunciado reitor do que se deve considerar infração penal.

Colocada nesses termos, a justificativa da investigação científica a respeito da prova material, cujo recorte epistemológico deve recair sobre o tema a ser provado, de acordo com a descrição acusatória, o fato criminoso, todo invisível, *lato sensu*.

Essa ilação converge para o que Framarino Malatesta aponta como requisitos para que uma infração penal seja atribuída a um imputado. É, portanto, necessário provar três argumentos que, reunidos, formam a criminalidade em sentido jurídico: (1) "que se deu um fato criminoso", isto é, a "objetividade criminosa"; (2) "que este evento foi causado pela ação do imputado ou outros sobre os quais influiu a vontade do imputado", denominando-o de "subjetividade exterior criminosa"; e (3) "que esta ação ou influência sobre a ação foi animada de intenção criminosa", ou seja, a "subjetividade interior criminosa".[19]

2.5. Método: adequação do constructivismo lógico-semântico para justificar a prova pericial

De tudo o que foi dito até aqui, pode-se inferir que é fértil o uso da lógica formal em matéria criminal. No entanto, não se trata de uma lógica estritamente formal, mas também valorativa, semântica, cuja correção das premissas

19. MALATESTA. Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitaneo. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 159. Na lição do jurista, "não há delito sem um fato externo violador do direito. Todo delito tem, por isso, um duplo objeto: objeto material, que é a coisa ou pessoa sobre quem recai a ação; objeto ideal, o direito violado. Resulta disso uma dupla espécie de fatos: material, decorrente da ação sobre pessoas ou sobre coisas; ideal, decorrente da ação sobre o direito". O fato material não deve incluir o objetivo do delinquente, porém "o efeito físico da ação criminosa, no qual se concretiza objetivamente a figura física do delito, bem como a sua essência. Este efeito físico pode coincidir com o objetivo do delinquente, como o cadáver, no homicídio, por ódio e pode ser nada mais que um simples meio, criminoso também em si mesmo, relativamente ao fim último a que se propõe o delinquente, como o cadáver no homicídio por lucro" (p. 161-162).

probatórias e conseguinte conclusão levam em consideração o sentido de cada uma, para que o raciocínio conclusivo seja correto também sob ponto de vista que extrapole a simples abstração.[20]

Envolvidos na lógica semântica, está, além da consideração de um elemento lógico-transcendental,[21] o formal, sendo este entendido como indispensável à prova, para, por exemplo, possibilitar a verificação da correção da percepção direta sobre a prova, realizada por pessoa diversa do juiz (perito).

Três os pontos de vista que devem ser considerados para demonstrar a adequação do constructivismo lógico-semântico.[22] Deve ser explicitada, o tanto quanto possível,[23] a concatenação, o encadeamento dos atos que deságuam no exame pericial. A motivação deve trazer a descrição criteriosa das normas jurídicas envolvidas, possibilitando o controle sobre a validade da prova e sobre a verdade construída na decisão judicial. As três óticas da lógica (semiótica) devem estar presentes:

---

20. GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária*: fundamentos para uma teoria da nulidade. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. XXXVII.

21. No egologismo de Carlos Cóssio, há a orientação volvida ao seu objeto (a conduta humana em sua interferência subjetiva) de uma forma um tanto estimativa (não valorativa) que, por seu turno, tem sua estrutura estabelecida por lógica transcendental (forçosa, fundante). As estruturas daquela estimativa "corresponden necessariamente a todos aquellos problemas em tanto que ellos son valoraciones jurídicas y se dan, por consiguiente, para el concepto em el modo de ser de las valoraciones". Prosseguindo sua exposição, o autor aduz que a lógica jurídica formal, com a concepção da pirâmide jurídica, pode explicar satisfatoriamente o problema da interpretação como "una lógica de la individuación, no como lógica de la subsunción: la ley señala un marco de posibilidades todas las cuales se subsumen con igual corrección en la ley; pero sólo una de ellas, aquella que escoge el arbitrio judicial en tanto que poder de decisión, es realidade". Porém, o trânsito que se dá das expressões gerais para outras individuais, não só reclama um ato de vontade – máxime quando se passa de um extrato a outro de normas –, como também não pode ser simplesmente deduzida das leis, dispensando a justificativa "de la voluntad que la há escogido y creado en un acto de individuación" (COSSIO, Carlos. *La teoria egologica del derecho*: y el concepto juridico de liberdad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 531).

22. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 173.

23. Nas palavras de Aurora Tomazini de Carvalho, "o estudo de seu plano sintático, que tem a Lógica como forte instrumento, permite conhecer as relações estruturais do sistema e de sua unidade, a norma jurídica" (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*: o construtivismo lógico-semântico. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 135).

(1) a estrutura, a sintaxe,[24] representada, externamente, pela sequencialidade correta entre *thema probandum* e objeto de prova pericial, bem como, internamente, entre as questões e as respostas descritas no laudo pericial, considerando a relação entre elas, a coerência e a consistência das conclusões do *expert*;

(2) o sentido, elemento semântico, que deve ser inferido pelo conteúdo das proposições lançadas no exame pericial.[25] O sistema pericial brasileiro é não vinculativo, no sentido de que o juiz não está compelido a aceitar as conclusões do perito. Diz-se, por isso, que o juiz é o *peritus peritorum* (perito dos peritos). Dois extratos de sentidos são visualizados na relação entre o laudo pericial e a valoração do juiz na sentença penal: o sentido descrito pelo perito no laudo e o sentido atribuído pelo juiz na decisão. O maior espaço para a retórica é o da fundamentação, local onde o juiz exercerá sua liberdade de apreciação da prova, porém descrevendo objetivamente o percurso definidor do valor que reputou aquela ter;

(3) a função, aspecto pragmático, deve delimitar o que está na esfera de atribuição do perito para descrever sua extensão e limites, referentemente ao corpo de delito (ao objeto de prova) e ao tipo penal descrito (norma jurídica), para lastrear a decisão do juiz[26]. Veja-se que o perito não deve substituir a fun-

24. O ingresso do intérprete no seu plano semântico, torna possível "a análise dos conteúdos significativos atribuídos aos símbolos positivados. É nele que lidamos com os problemas de vaguidade, ambiguidade, e carga valorativa das palavras e que estabelecemos a ponte que liga a linguagem normativa à conduta intersubjetiva que ela regula" (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*: o construtivismo lógico-semântico. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 135).

25. Na esteira de Tácio Lacerda Gama, "precisar o sentido de um termo mediante a indicação dos seus critérios de uso é o que se chama definição conotativa ou intencional. Já a determinação de sentido feita pela indicação dos objetos significados pela palavra é uma definição do tipo extensional ou denotativa" (GAMA, Tácio Lacerda. Sentido, consistência e legitimação. In: HARET, Florence; CARNEIRO, Jerson (Org.). *Vilém Flusser e juristas*: comemoração dos 25 anos do grupo de estudo de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Noeses, 2009. p. 241).

26. No plano pragmático, está inserido o critério de julgamento, nele se permite "observar o modo como os sujeitos utilizam-se da linguagem jurídica para implantar certos valores almejados socialmente. É nele que se investiga o manuseio dos textos pelos tribunais, bem como questões de criação e aplicação de normas jurídicas" (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*: o construtivismo lógico-semântico. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 135).

ção de julgar o fato. Não deve o *expert*, no seu laudo, afirmar culpa ou negar culpabilidade do réu, por exemplo.[27]

3. Prova pericial como entidade normativa

Prova é norma jurídica, no sentido de que o seu resultado, retratado na descrição de suas etapas, decorre da individualização e concreção de normas jurídicas. Para ser considerado prova em sentido estrito, o elemento destinado à convicção do juiz é submetido à incidência de normas. Tomando a prova pericial, para que tenha valor jurídico, ela deve obedecer a um procedimento reconhecido pelo sistema, que vai de sua fonte até sua valoração na decisão penal.

Dentre os critérios para verificar a juridicidade da prova pericial, a classificação (definição), a materialidade (extensão e intenção normativa), os elementos das normas envolvidas e as etapas probatórias são os que serão aqui levados em conta como úteis para afastar julgamentos condenatórios incompatíveis com o sistema.

3.1. Classificação da prova pericial como percurso de sua definição

Dividir as formas de enxergar a prova pericial é enquadrá-la na classificação da prova em geral. O procedimento de classificação melhor define a prova submetida ao exame. Nesse diapasão, a classificação é uma via para se definir a prova pericial.

Framarino Malatesta apresenta a divisão da prova de compasso com critério objetivo (prova direta ou indireta),[28] subjetivo (prova real ou pessoal) e formal (prova testemunhal, documental e material).

---

27. Zaffaroni e Pierangeli, a respeito dos exames periciais de insanidade mental, destacam que o perito não pode substituir o julgamento do juiz. Em compasso com os autores, tem-se "observado que a incapacidade psíquica para compreender a antijuridicidade de uma conduta não pode ser determinada mediante o simples etiquetamento do indivíduo dentro de uma entidade nosotáxica, mas que requer a valoração do esforço que a pessoa devia realizar para compreender a antijuridicidade, tarefa que incumbe ao juiz e a respeito da qual o perito só deve ilustrar, sendo o diagnóstico um simples dado informativo. Uma inadequada prática judiciária permite aos peritos concluírem seus lados afirmando ou negando tivesse o sujeito compreendido a criminalidade do ato. Semelhante afirmação usurpa a função judicial, que é a única que incumbe determina-lo, por tratar de um grau de exigibilidade e não de uma simples comprovação técnico-médica" (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 630-631).

28. Explica o processualista que, de acordo com o conteúdo (critério substancial da prova), o critério do exame da prova se refere ao delito. Considerando que o processo

A prova pericial se acomoda, quanto ao critério objetivo, como prova direta (embora haja um misto de prova indireta, por conta da ficção jurídica que conduz o exame da materialidade do crime pelo juiz por meio de um documento firmado pelo *expert*).[29]

No que tange ao critério subjetivo (fonte da prova), a prova pericial decorre do que exprime a coisa. A coisa, sob esse enfoque, é sujeito. O outro sujeito possível que é fonte da prova é a pessoa. A pessoa pode ser encarada como fonte representativa de vestígio moral, cujo resultado decorre da capacidade mnemônica de alguém que tem conhecimento do fato por conta de sua percepção pelos seus sentidos, exprimidos conscientemente. A coisa, por outra banda, é vestígio real, com a nota da inconsciência quando tomada enquanto tal.[30]

Como sublinha Malatesta, a reconstituição de um fato criminoso, que "fez sua aparição no mundo: explicou sua existência no mundo exterior e desapareceu", somente se dá "por meio de outra realidade, todavia subsistente". Em outras palavras, a averiguação da "realidade de sua existência passada" se baseia em "vestígios mais ou menos patentes de sua passagem, vestígios reais e

---

penal só se instaura onde há fé da possibilidade de se chegar à constatação da criminalidade, "a prova pode referir-se, como objeto imediato, ao delito, mesmo em um dos seus mínimos elementos ou consistir no próprio elemento delituoso, sendo chamada, agora, de prova direta. Pode, ao contrário, a prova, como ao objeto imediato, referir-se a uma coisa diversa do delito, da qual, por um esforço da razão se passa ao delito, referindo-se, assim, a este mediatamente ou pode consistir diretamente nessa coisa diversa, sendo chamada, agora, de prova indireta" (MALATESTA. Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitaneo. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 148).

29. Como pondera Malatesta, "para a prova da totalidade do crime, não há prova direta que não se presente com um misto de prova indireta", vale dizer, "se afirmamos que não existe prova direta sem um misto da indireta, compreender-se-á que, ao contrário, a prova indireta pode apresentar-se sem parcela alguma de prova direta". Essa última conclusão do autor é precedida de um exemplo: "Tício encontra-se morto e todo retalhado. A perícia anatômica do cadáver, constatação direta do evento criminoso, pode servir para indicar indiretamente a pessoa do delinquente, pela grande e especial perícia manual que revela na consumação do crime. E basta" (Ibidem, p. 157).

30. Malatesta justifica logicamente a prova material, classe na qual se insere a perícia: "o sujeito daquela espécie de prova que consiste nas modalidades reais e efetivas da coisa é a própria coisa, em sentido genérico, a que a modalidade se refere e a prova que resulta da percepção desta modalidade inconscientemente manifestada é a afirmação de coisas ou prova real" (Ibidem, p. 279-280).

morais: são eles os grandes reveladores do fato que já não existe, sendo através deles que se costuma chegar à realidade desejada".[31]

Mais delicado é o enquadramento da prova pericial quanto ao critério formal, quanto à sua apresentação. Isso por conta de se colocar, em permeio à percepção do juiz, a ficção jurídica de se considerar materialidade aquele fato que é percebido diretamente por terceira pessoa (perito) e, indiretamente, pelo perito. Cuida-se de um modo de apresentação formal um tanto híbrido. Vai interessar, para melhor classificar a prova pericial e compreender seus requisitos para ser admissível ao cumprimento da função de certificar a materialidade do delito, a escolha de pontos fixos indicados logicamente (de conformidade com correção de raciocínio).

Sobre o ponto, Malatesta argumenta, destacando as diferenças entre um documento e o testemunho, de um lado (formas de afirmação de pessoa), e a questão da afirmação da própria coisa, do outro. Note-se que o laudo da perícia é afirmação de pessoa (testemunho oficial) à percepção do magistrado. O perito pode ser entendido como um testemunho, porém de ordem especial. O seu laudo é reputado como afirmação da própria coisa ao juiz, por ser o *expert* pessoa tratada de forma peculiar pelo ordenamento jurídico, bem como porque o objeto levado a sua percepção não são captáveis, como regra, pelo homem médio, diante da necessidade de conhecimentos especializados.[32]

3.2. A norma jurídica representativa da materialidade do crime

O elemento de convicção recebe a denominação de prova, quando é apresentado diretamente à percepção do juiz. Assim o é a prova testemunhal e também a prova material. Como regra a prova material deve ser levada, ela

31. Ibidem, p. 279.

32. Seguindo as pegadas de Framarino Malatesta, sem a adoção da referida ficção jurídica, "não existe prova real não-original. Se é uma pessoa que vem expor ao juiz suas percepções das coisas, quanto ao juiz, a quem devem referir-se geralmente todas as provas cuja natureza subjetiva e formal se quer verificar na crítica criminal, não há mais que uma prova pessoal. Quando se fala, pois, de prova real em sentido específico, pretende-se sempre falar de prova real-original". Mais especificamente, "a prova real-original admite apenas uma forma possível: a apresentação da materialidade inconsciente da coisa, na própria materialidade das suas formas. Eis uma outra espécie formal de provas, espécie formal única da afirmação de coisa, que nos parece conveniente designar de prova material, considerando que tal espécie de prova tem todo o seu fundamento numa materialidade da coisa diretamente percebida" (Ibidem, p. 314).

própria, ao exame direto pelo magistrado. A materialidade levada ao exame do magistrado é delimitada pela definição de corpo de delito que, por seu turno, não se refere apenas ao objeto material do crime (pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa), mas também envolve outros vestígios relacionados à infração penal de maneira mais próxima.

Devem ser incluídos no espectro da expressão "corpo de delito", para fins de exame pericial sobre prova material, por exemplo, os meios utilizados para o cometimento do crime: a arma de fogo, os projéteis e a arma branca. Também se incluem naquela definição, para que sejam submetidos ao mesmo exame, os efeitos imediatos do delito, tais como: o obstáculo rompido, as vestes da vítima, o sangue e o seu objeto material.

A coisa deve expressar fé acerca da materialidade constitutiva do crime. Possibilita-se a construção da verdade por meio da coisa em razão da qual esta deve ser dotada, como de regra o é, de presunção de veracidade. Framarino Malatesta explicita que a coisa é dotada de presunção complexa, que envolve: (1) uma identidade intrínseca, pois as coisas são o que parecem ser, tendo como parâmetro a "fé da experiência comum"; e (2) uma identidade extrínseca, decorrente de relação de pertinência e de não alteração da coisa. Nessa presunção, que pode ser infirmada a partir de critérios subjetivos com fundamentação suficiente, alicerça-se a chamada "fé na afirmação da coisa".[33]

Note-se que a argumentação até aqui desenvolvida parte da premissa de que o juiz tem diante dele a coisa (e não o laudo pericial, substitutivo da coisa). Importa reiterar, na trilha do pontuado por Framarino Malatesta, que o juiz tem nas mãos a prova real (original, cujo sujeito é a própria coisa), que tem sua apresentação feita de forma material. Tal prova, por inferência lógica, é intrinsecamente inconsciente e não se destina a fazer fé da verdade dos fatos (como se dá com a prova oral), mas faz fé de sua existência mesma (genuinidade). Extrinsecamente, apresenta-se, na hipótese, diretamente à percepção do juiz.[34]

Sem embargo, essa apresentação direta nem sempre é possível, por vários motivos: (1) o primeiro é pela necessidade de documentação urgente de coisa que, em breve tempo, perece; (2) o segundo, em virtude de ser preciso conhecimento técnico para o exame de elementos não perceptíveis pelo homem comum; (3) o terceiro, em razão da coisa não estar mais disponível. Nessas hipóteses, a materialidade será apresentada ao juiz por meio de laudo pericial ou equivalente.

33. Ibidem, p. 587.

34. Ibidem, p. 584-585.

Cuida-se de forma de apresentação indireta da materialidade ao magistrado, possível por conta da existência de normas jurídicas permissivas e/ou cogentes. Indireta em face de não ser a apresentação da própria coisa, mas de um laudo. Em algumas hipóteses, a apresentação se dá por forma híbrida (direta e indireta), a exemplo da arma de fogo (prova material direta), que acompanha os autos, mas que também segue incluso em um laudo de exame de potencialidade ofensiva daquela arma (prova material indireta).

No âmbito dessa prova material indireta, está situada a classificação do exame de corpo de delito. Este pode ser direto ou indireto. Nos termos do art. 158 do CPP, toda vez que a infração penal deixar vestígios, deverá ser realizado o exame de corpo de delito, direto ou indireto.

Uma atenção especial deve ser detida nesse ponto.

Tomando como ponto de fixação o juiz, o laudo que decorre do exame de corpo de delito será prova material indireta. De outro lado, caso se leve em conta que o laudo decorre da afirmação de uma pessoa (perito) que viu a coisa e a descreve em documento para ser apresentado ao magistrado (laudo), ele não passará de prova testemunhal (oficial), como se disse linhas acima.

Se o ponto de vista for a coisa objeto do exame de corpo de delito, o exame de corpo de delito será direto quando aquela mesma for apresentada ao *expert* ou indireto quando não houver possibilidade do próprio vestígio ser periciado, quando haverá substituição por fotografias ou objetos relacionados mais remotamente aos fatos. Sendo inviáveis quaisquer dessas formas, o Código admite o suprimento por prova testemunhal (art. 167, CPP).

No entanto, para ser admissível esses suprimentos, motivos que justifiquem a falta do exame de corpo de delito direto devem ser apresentados, por escrito. A razão da falta do exame de corpo de delito direto deve ser referente à impossibilidade por questões diversas da ineficiência estatal. Admissível o suprimento, se a coisa que deveria ter sido examinada estava na posse do imputado e ele poderia facilmente dela dispor ou se o objeto material do crime foi ocultado ou destruído pelo indiciado ou acusado.

Sem embargo, a materialidade constituída por laudo de exame de corpo de delito só é prova material por ficção jurídica, tomando a expressão de Framarino Malatesta.[35] Isso porque o laudo do perito não é a própria coisa. Mas

35. Nas palavras de Malatesta, "temos, assim, duas espécies de prova material: prova material própria, cabível para a constatação judicial; prova material por ficção jurídica, a que o é por constatação quase judicial (Ibidem, p. 605).

o ordenamento jurídico trata como se a própria coisa fosse, reduzindo a complexidade cotidiana que dificultaria por demais o enfrentamento de cada caso apresentado diretamente ao juiz.[36] O art. 158 do CPP, como enunciado-base para a produção da norma jurídica representativa da materialidade do crime (ficção jurídica da existência de prova material apresentada diretamente à percepção do juiz), reconhece como prova material o laudo, como se ele propiciasse ao juiz a percepção direta da exterioridade do que é provado.

E a materialidade, na hipótese, não é provada pelo próprio meio ou efeito do crime, mas pelo testemunho ou documento firmado pelo perito. Para justificar a dita ficção, o ordenamento jurídico exige requisitos para o exercício da atribuição pericial (perito como função quase judicial), bem como estabelece padrão procedimental solene para a realização da perícia e documentação do laudo correspondente.

3.3. Elementos da norma jurídica reguladora da prova pericial

A prova pericial é uma prova técnica. Dentro do seu aspecto temporal, pode ser realizada: (1) na fase do inquérito policial ou de outra investigação preliminar (sem contraditório amplo); ou, ainda, (2) na fase processual, com procedimento contraditório regulado a partir do art. 159 do CPP. Este último dispositivo prevê a possibilidade de cada parte indicar seu assistente técnico que, por sua vez, não deve intervir no procedimento pericial antes de concluído por meio de laudo. O assistente técnico deve se manifestar após ser acostado aos autos do processo o laudo apresentado pelo perito.

Note-se que o laudo pericial pode ter maior ou menor espaço para a incidência menos remota do contraditório (contraditório prévio, concomitante ou posterior). Se a perícia foi requisitada durante investigação preliminar, a prova técnica tem debate mais restrito nessa esfera, sendo postergado para depois da

36. João Maurício Adeodato, conquanto se referindo a normas jurídicas de comportamento, explica que, dentre as suas funções, há aquela de "promessa para redução atual de possibilidades futuras". A ficção da materialidade do delito por intermédio do exame pericial (procedido por órgão quase judicial) é, em dado sentido, expressão de que se busca, normativamente, um modo de "redução da complexidade e controle das contingências, das incertezas do ambiente, e o sistema social comunica-se por meio de normas". Decerto, a apreciação das variadas materialidades de delitos, diretamente, pelo próprio julgador, seria inimaginável, em razão da necessidade de conhecimentos de diversas especialidades que um só ser humano não reúne (ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 170).

instauração do processo (o Estatuto da OAB, em seu art. 7º, contém disposições que somente permitem ao advogado apresentar quesitos e razões durante investigação preliminar).

Diversamente, se a prova pericial é produzida durante o processo penal, o exercício do contraditório é amplo, com possibilidade de enriquecimento do debate não só pela a apresentação de quesitos pelas partes, como também pela inclusão de pareceres de assistentes técnicos. O procedimento contraditório deve ser observado para que a prova material imprópria (decorrente de ficção jurídica normativa) possa ser reputada como equivalente à apresentação direta da coisa à percepção do juiz.

Ao lado desse requisito, o número de peritos deve ser criteriosamente atendido, como elemento essencial ao atendimento da regra que atribui àquele testemunho oficial credibilidade quase-judicial. Em consonância com a regra geral do CPP, as perícias devem ser procedidas por um perito oficial ou dois não oficiais. Os contornos da definição de perito devem ser obedecidos, justificadamente. É o preço exigido à exceção da necessidade de constatação direta da coisa (sujeito da prova) pelo juiz competente para julgar o fato.

3.4. A relação das etapas probatórias com as normas que estruturam a admissibilidade da perícia

A doutrina, geralmente, indica quatro etapas probatórias. Entre a primeira e a segunda etapas, este estudo visualiza mais uma, intransponível que é a descrição justificada da fonte da prova, evitando ocultação de ilicitudes ou da quebra da cadeia de custódia da prova, de que fala Geraldo Prado.[37] Considerando como prova a pericial, que se dá diante de coisa a ser examinada, cinco fases podem ser descritas.

(1) Postulação. A iniciativa probatória deve ser válida. No inquérito policial, é deduzida do ofício da autoridade encarregada da investigação. Na fase investigativa e no processo, podem requerer as partes (inclusive o assistente do Ministério Público). O juiz, apesar da existência de previsão legal, não deve ordenar produção de prova, em virtude da previsão do art. 129 da Constituição de 1988. Deveras, se ao Ministério Público compete promover a ação penal pública, também somente ele – e não o juiz – deve promover a prova (sistema acusatório).

37. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 45-59.

(2) Descrição da origem da fonte da prova. Cabe à autoridade destinatária da prova (policial, ministerial ou judicial, conforme o caso) escrutinar a prova, descrevendo o seu percurso até modo como ela lhe foi apresentada. O objeto da perícia, por exemplo, não pode ter sido obtido por meio de violação de domicílio ou com a prática de furto. Também meios audiovisuais devem ser acompanhados da justificativa de sua obtenção. Prova material de origem internacional deve respeitar as regras de cooperação jurídica internacional. E assim por diante. A fonte da prova e a sua origem não podem ser objeto de ocultação. Havendo quebra do encadeamento desse percurso, o laudo pericial, por exemplo, restará com validade prejudicada.

(3) Admissão. Trata-se de juízo de prelibação sobre o cabimento da produção probatória. Na decisão que defere a prova pericial, se na fase judicial, o magistrado notifica perito oficial ou nomeia dois peritos *ad hoc* e, também, notifica as partes para apresentarem quesitos e indicarem assistentes técnicos. Para que o juízo de admissibilidade seja positivo, o sujeito da prova real (a coisa) deve ter sido objeto de juízo afirmativo da licitude de sua origem (etapa anterior).

(4) Produção. O contraditório deve incidir, de forma regrada, na formação da prova pericial. Da postulação até sua valoração, vários atos processuais são realizados com o objetivo de viabilizar debate efetivo em torno da prova. São expressões do contraditório da prova pericial: a formulação de quesitos, a indicação de assistente técnico, a apresentação de pareceres dos assistentes técnicos, a oitiva do perito em audiência para prestar esclarecimentos e os debates orais ou as alegações finais que giram em torno da prova.

(5) Valoração. A última etapa coroa o procedimento probatório. Só é prova em sentido mais estrito aquela que é objeto de valoração afirmativa por parte do juiz competente. Antes da finalização da formação da prova, haverá prova em sentido amplo ou elemento de informação. A prova pericial deve ser descrita pelo juiz na sentença e deve compreender a exposição das etapas probatórias que precedem sua avaliação, certificando que a prova se respalda, duplamente, em admissibilidade e em correção procedimental. O valor atribuído à perícia é diretamente proporcional ao atendimento rigoroso da forma gizada no ordenamento jurídico.[38] Deve o laudo ser objeto de discussão explícita na sentença, com avaliação de seus aspectos intrínsecos e extrínsecos.

38. Essa conclusão converge para o que anota Afrânio Silva Jardim quando aduz que não é valioso para o Estado punir sem observar as formas que tutelam as garantias do imputado (JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial

4. AVALIAÇÃO DA PROVA PERICIAL

Um último olhar deve ser dado sobre a última etapa do procedimento probatório. A avaliação envolve a constatação dos elementos lógicos intrínsecos e extrínsecos da prova pericial. Três aspectos serão examinados neste tópico: a descrição da avaliação (essencialmente objetiva); a valoração negativa da perícia (subjetiva e realizada quando necessária); e a definição de corpo de delito (limite objetivo do exame pericial). A percepção da prova material, seja enquanto coisa (direta), seja enquanto perícia (indireta), deve envolver a razão e os sentidos do juiz, em virtude de que este, (1) depois de convicto da verdade subjetiva, mediante a fixação da credibilidade da prova, (2) deve descrever argumentos da verificação objetiva do fato indicado, afirmando a verdade do provado.

Seguindo essa concepção, lastreada em Framarino Malatesta, cabe asseverar que, "do ponto de vista do conteúdo da prova, a razão explica diversamente sua atividade, segundo se trate de prova direta ou indireta". Em sendo a prova direta (a própria coisa), "a atividade da razão se explica somente no momento anterior à apreciação da prova", pois a fixação da credibilidade sobre o objeto não exige esforço racional (prova e provado são equivalentes). Ao revés, quando a prova é indireta, a atividade da razão demanda um segundo instante, porquanto "depois de haver fixado a credibilidade da prova, a razão deverá lograr afirmar a verdade do provado" (prova é coisa diversa do que, indiretamente foi provado).[39]

Este estudo tem o propósito de realçar que há um abismo considerável entre as construções teóricas em torno da prova e a prática forense. No âmbito dos tribunais, são raros os julgados que rechaçam uma prova que foi formada sem o atendimento escorreito dos seus requisitos legais, bem como não se vê no corpo das decisões maior debate em torno do laudo. Para viabilizar contraditório e ampla defesa, propugna-se pela descrição do percurso que deve fazer o juiz desde a apresentação do laudo acostado na fase inquisitiva, até o momento em que profere sentença, certificando o atendimento a todos os requisitos legais.

---

reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de janeiro (UERJ), ano 8, n. 14. jul.-dez. 2014. p. 10. Disponível em: [http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936]. Acesso em: 10.06.2015).

39. MALATESTA. Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitaneo. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 585-586.

Para ilustrar essa ilação, em julgado da Sexta Turma do STJ, confirmou-se condenação com base em transcrições de escutas telefônicas, a partir de exame pericial de confrontação de vozes, cujo laudo foi subscrito por um único perito *ad hoc*, em desacordo com o preconizado pelos §§ 1º e 2º do art. 159 do CPP, que exigem duas pessoas idôneas, sob compromisso.[40] De acordo com o voto do Ministro Relator, as supostas irregularidades no procedimento de degravação e utilização das interceptações telefônicas seriam improcedentes. Isso porque destacou o acórdão recorrido que a transcrição das conversas telefônicas foi elaborada "por perito *ad hoc*, com ampla experiência no exercício da referida atividade". Em acréscimo, afirmou que o acórdão do tribunal de origem avivou que "o laudo de confronto de voz do paciente foi elaborado por fundação conveniada com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para realização de perícias", bem como que "o laboratório não somente presta tais serviços, como também prepara o profissional da carreira policial para essa atividade". Imunizando a condenação contra alegação de equívoco no procedimento pericial, arrematou o julgado que existir no aresto do tribunal *a quo* "a afirmação do Relator de que não foram só as interceptações telefônicas que lastrearam a sentença condenatória, mas, também, outros elementos de prova produzidos na instrução criminal e, nesse particular, válidas as ponderações do Ministério Público Federal (...)".

Como se depreende, esse julgado é um exemplo de que as disposições sobre a realização da prova pericial necessitam de mais efetiva aplicação, com aproximação da prática à teoria, isto é, com aplicação dos fundamentos teóricos sobre direito probatório à esfera da atividade judicante.[41]

4.1. Descrição objetiva da avaliação na sentença

A descrição objetiva da avaliação pressupõe que a coisa ou a sua descrição por perito não podem ser falsas por si mesmas. As normas que regulam a prova pericial encontram sua explicação lógica em presunções. Framarino Malatesta explica que a prova material, destinada à percepção da coisa pelo juiz,[42]

40. STJ, 6ª Turma, HC 141.098/RJ. rel. Min. Og Fernandes, *DJ* 29.02.2012. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 18.01.2017.

41. Sobre o problema da "relativização das nulidades processuais e seu confronto com as garantias fundamentais": ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 462.

42. Percepção direta, que tem o provado (coisa) equivalente à própria prova (coisa); percepção indireta, que tem como provado (laudo pericial) algo diverso da prova mesma (coisa) (Ibidem, p. 586).

é examinada à luz de critérios objetivos, subjetivos ou formais. No entanto, os critérios subjetivos (a coisa) e formais (a mesma coisa) são comuns na prova material direta (há uma só coisa, não há um laudo e uma coisa, como na indireta). O distintivo é o critério objetivo, referente ao conteúdo da prova material direta (cada coisa é uma coisa).[43]

Para o exame objetivo da própria coisa pelo juiz, isto é, por percepção direta (o meio do crime – arma – ou o efeito do crime – bem danificado), seguindo a lógica das provas de Malatesta, interessa cotejar, relativamente ao objeto apresentado, o princípio da veracidade da coisa, fundamentado na natural credibilidade, com a presunção de sua identidade complexa: intrínseca (a coisa é o que parece ser) e extrínseca (a coisa é realmente aquela e não outra). Esse proceder é precaução indispensável e previne sucessivos equívocos que podem ocorrer se examinado objeto diverso.

A avaliação objetiva realizada pelo juiz poderá ser pela apreciação do laudo e de suas conclusões. A valoração judicial sobre a perícia realizada deve examinar o cumprimento da regra de atribuição da tarefa ao *expert* e o acatamento rigoroso do procedimento pericial. O juiz verificará assim, além do conteúdo do laudo (critério material objetivo), a pertinência pessoal (perito com atribuição prevista em lei), de lugar (onde e em que contexto foi realizada a perícia), de tempo (se a perícia foi procedida durante investigação preliminar ou durante o processo, bem como se decorreu lapso extenso entre o fato delituoso e sua realização, tendo em vista a importância de preservação da genuinidade da coisa) e de modo (devido processo legal e correção lógica dos atos periciais).[44]

4.2. Valoração subjetiva negativa da perícia

A valoração subjetiva que pode realizar o juiz acerca da própria coisa ou laudo pericial decorre da consideração de que as constatações quase-judiciais são dotadas de presunção *juris tantum*, ou seja, consistem em presunções que admitem refutação (relativas). Ao valorar positivamente o laudo pericial, o juiz deve destacar que não há razões para descalçá-lo de sua natural credibilidade. Caso o exame pericial não tenha sido feito pela sua forma direta, deve o juiz descrever as razões pelas quais entende justificada a realização por meio indireto. Tais motivos devem ser proporcionais, justificados, não sendo possível, como regra, a substituição do exame direto pelo indireto.

43. Ibidem, p. 616-617.

44. Ibidem, p. 618.

Apesar das afirmações periciais serem dotadas de uma espécie de "dupla fé" (porque o perito é alguém qualificado pela legislação, com capacidade especial de observação, e porque a perícia é dotada de formas protetoras da verdade), essa legitimação de superioridade probatória do perito em relação às testemunhas comuns não obsta a possibilidade de se demonstrar o contrário (por exemplo, comprovar que as conclusões periciais são falsas).[45]

A essa possibilidade, soma-se que o juiz é o *peritus peritorum* (perito dos peritos), não estando, de compasso com o sistema brasileiro, adstrito irrestritamente ao laudo, podendo dissentir das conclusões periciais, de forma motivada. É sobre esse aspecto que tem lugar a denominada avaliação subjetiva da perícia que, por alijar as conclusões do *expert*, são essencialmente negativas.

Framarino Malatesta anota que haverá avaliação subjetiva negativa quando são constatadas modificações da coisa que não se deram naturalmente, porém maliciosamente, artificialmente, pelo trabalho de uma terceira pessoa interessada na alteração do corpo de delito. A indagação sobre esse aspecto, embora excepcional, deve vir acompanhada de argumentos racionais que, preferencialmente, esclareçam os motivos e os responsáveis pela alteração da coisa.[46]

4.3. Definição de corpo de delito como limite da avaliação pericial

O tema a se provar deve estar diretamente ligado ao tipo penal (norma jurídica incriminadora), bem como a outros enunciados que repercutam no tipo penal (causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade), havendo utilidade a teoria dos elementos do tipo de injusto penal. O corpo de delito, nesse campo, é delimitado pela figura reitora e pelos enunciados que têm incidência para qualificar, privilegiar, agravar ou atenuar a pena, desde que se reportem a fatos que deixem vestígios para fins periciais.

Mas, que é corpo de delito? A definição não é bastante precisa. Fazem parte de sua definição determinados elementos do delito (objeto material), vestígios

45. Ibidem, p. 610-619.

46. Na dicção do marco teórico deste estudo, "se as coisas não podem ser falsas por si mesmas, podem ser falsificadas pela obra do homem, que maliciosamente é capaz de imprimir nelas uma alteração enganadora, naquelas determinações de lugar, tempo ou modo, que constituem a subjetividade formal da prova material, e o investigar se a coisa é ou não falsificada, pertence à avaliação subjetiva, enquanto tende a fixar a credibilidade subjetiva da coisa probatória". Aliás, "nesta especial avaliação subjetiva, indaga-se se a materialidade atestadora da coisa, não é particularmente explicada com uma falsificação do homem" (Ibidem, p. 619-620).

no local do crime (permanentes e próximos à cena do crime), meios do crime (instrumentos do delito) e efeitos do crime (extensão da destruição provocada pela infração penal). O desenho do que seja corpo de delito deve estar inserto no *thema probandum*.

Elucidativo, também nesse passo, o clássico trabalho de Framarino Malatesta. Em primeiro lugar, "corpo de delito, propriamente, só pode significar aquilo que representa a exteriorização material e a aparição física do delito" (figura física da infração penal). Em segundo lugar, nem todas as materialidades constituem o corpo delito, "mas só aquelas imediatamente ligadas à consumação criminosa". Daí que não se acomoda ao conteúdo do corpo de delito a prova indiciária, eis que é mediata, remota, alusivamente à infração penal.[47]

Sendo o corpo de delito o parâmetro limitativo da atividade pericial, em esforço de síntese, forma o seu espectro: (1) o meio material utilizado para o cometimento da infração penal (instrumento, arma, veículo, projéteis); (2) o efeito material imediato produzido pelo delito, que pode ser (a) evento material permanente (objeto material do crime, como o cadáver), (b) vestígio eventual e permanente do delito (encontrado no cenário do crime) e/ou (c) fato material permanente (a realidade que se protrai depois de cometido o delito, como a lesão gravíssima em razão da perda de membro, sentido ou função).

5. CONCLUSÃO

O estudo da obra de Framarino Malatesta para a certificação da juridicidade da prova pericial permanece atual. A pesquisa se revela fértil para justificar a aceitação da materialidade do delito por meio do laudo de exame pericial, desde que atendidos requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico e respeitados os direitos fundamentais individuais. Como a prova é um tema central no processo penal, a argumentação lógica em torno dela, como método para a constatação de sua correção, é indispensável a um processo penal comprometido com o Estado Democrático de Direito.

Ao lado da importância do marco teórico escolhido para elucidar os requisitos necessários à validade da prova enquanto prova pericial, ficou evidenciada a compatibilidade de se aliar àquele os fundamentos do constructivismo lógico-semântico. Foi este, inicialmente, descrito por Paulo de Barros Carvalho para a seara do direito tributário, expandindo-se à teoria geral do direito. Com este trabalho, verifica-se que também se trata de método útil ao direito

47. Ibidem, p. 590-591.

processual penal, otimizando resultados no que se refere à efetividade dos direitos do imputado.

Com efeito, o constructivismo lógico-semântico demonstra fecundidade para realçar o dever do juiz de, como destinatário das provas e das normas, fundamentar o caminho probatório percorrido, bem como descrever os elementos intrínsecos e extrínsecos da prova a ele submetida, a exemplo da prova pericial aqui examinada.

6. Referências

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A lide como elemento acidental da jurisdição. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim*: escritos e estudos. Niterói: *Lumen Juris*, 2011.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*: o construtivismo lógico-semântico. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

COSSIO, Carlos. *La teoria egologica del derecho*: y el concepto juridico de liberdad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária*: fundamentos para uma teoria da nulidade. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

GAMA, Tácio Lacerda. Sentido, consistência e legitimação. . In: HARET, Florence; CARNEIRO, Jerson (Org.). *Vilém Flusser e juristas*: comemoração dos 25 anos do grupo de estudo de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Noeses, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de janeiro (UERJ), ano 8, n. 14, p. 10. jul.-dez. 2014. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936]. Acesso em: 10.06.2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MALATESTA. Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitaneo. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Prova pericial contábil e os crimes fiscais, de Emerson Ademir Borges de Oliveira e Ademir de Oliveira – *RT* 981/295-313 (DTR\2017\981);
- Considerações sobre a produção da prova pericial no processo penal e suas recentes modificações, de Alexandre Augusto Costa – *RT* 888/460-478 (DTR\2009\629); e
- Prova Penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia, de Ana Luisa Zago de Moraes – *RBCCrim* 132/117-138 (DTR\2017\1426).

Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência

Restaurative justice and criminal garantism: aspects of divergence and convergence

Selma Pereira de Santana

Doutora (2006) e Mestre (2002) em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora-Associada de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia da Graduação e da Pós-Graduação. Membro do IBCRIM. Promotora do Ministério Público Militar da União, lotada em Salvador/Bahia.
selmadesantana@gmail.com

Tássia Louise de Moraes Oliveira

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Advogada criminalista.
tlmoliveira@outlook.com

Recebido em: 18.11.2016
Aprovado em: 08.03.2017
Última versão das autoras: 13.03.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Diante da crise de legitimidade e ineficiência do atual modelo de justiça criminal, surge a justiça restaurativa, a partir da confluência do abolicionismo e da vitimologia, como alternativa de resposta penal, propondo respostas diferentes para a solução dos conflitos. Nesse contexto, em que pese a gradual emergência da justiça restaurativa como alternativa de reação ao crime, muito se critica acerca de viabilidade prática e efetividade deste modelo, tecidas principalmente pelos defensores do garantismo penal, sob o argumento que tais propostas consistem na diminuição das garantias do infrator. Assim, a partir da leitura e exame dos pilares teóricos do garantismo, bem como dos fundamentos da justiça restaurativa, busca-se refletir e analisar os

Abstract: Faced with the crisis of legitimacy and inefficiency of the current criminal justice model, arises the restaurative justice, from the confluence of the criminal abolitionism and victimology, as an alternative to criminal response, proposing different solutions for the resolution of conflicts. In this context, in spite of the gradual emergence of restaurative justice as an alternative to criminal response, there are several critics about practicability and effectiveness of such criminal reaction model, mainly made by the defenders of criminal garantism, stating, that such proposals consist in reducing offender guarantees. Thus, the authoress seeks to reflect and analyze the aspects of divergence and meeting between

Santana, Selma Pereira de; Moraes Oliveira, Tássia Louise de. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 136. ano 25. p. 235-263. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

aspectos de divergência e de encontro entre estas diferentes teorias, considerando-se que estas, embora partam de diferentes filosofias, possuem objetivos em comum e complementam-se, podendo coexistir de forma harmoniosa. Desta forma, a metodologia deste trabalho consistiu no levantamento bibliográfico e revisão da literatura especializada sobre a teoria garantista e das bases em que se sustentam o modelo restaurativo, de forma a possibilitar a construção teórica e análise comparativa acerca das dos ângulos de convergência e pontos de atrito entre a justiça restaurativa e o garantismo penal.

Palavras-chave: Justiça restaurativa – Garantismo penal – Vítima – Abolicionismo penal – Justiça criminal.

these different theories, considering that these, although departing from different philosophies, have common goals and complement each other, being able to coexist harmoniously. Thus, the methodology of this work was the review of the literature about the garantism theory, as well as the grounds on which support the restaurative model, in order to enable the theoretical construction and comparative analysis about the angles of convergence and points of friction between restorative justice and criminal garantism.

Keywords: Restorative justice – Criminal garantism – Victim – Criminal abolitionism – Criminal justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. As intermintências da vítima no processo penal: de protagonista a figura esquecida. 3. Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça penal. 3.1. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. 4. Garantismo penal. 4.1. Os axiomas de Luigi Ferrajoli. 5. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de convergência e divergência. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Restaurar significa reparar, recuperar o que foi perdido, restabelecer ou recomeçar. Nesse sentido, originada a partir da confluência da vitimologia e do abolicionismo penal, surge a justiça restaurativa como um modelo diferente de justiça penal, com finalidades, procedimentos e mecanismos divergentes dos tradicionais para solucionar os conflitos oriundos da prática de um crime.

Ressalte-se que, em que pese a análise deste artigo se restringir à aplicação do modelo restaurativo no âmbito criminal, entende-se que sua aplicabilidade também alcança as esferas extrapenais, tais como a trabalhista e civil, em especial no direito das famílias.

O termo "justiça restaurativa" teria sido utilizado pela primeira vez em 1977, em um artigo de autoria de Albert Eglash, intitulado de *Beyond Restitution: creative restitution*, sendo este considerado o pioneiro no discurso restaurativo. O citado autor considera existir três modelos de justiça: a justiça punitiva, que foca na punição; a justiça distributiva, que se centra no tratamento do delinquente; e, por fim, a justiça restaurativa, orientada para a reparação dos danos originados pelo crime.

A justiça restaurativa, outrora considerada uma utopia, hoje desponta como uma realidade fática no cenário jurídico brasileiro. Assim, com o advento da Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça, aprovada no dia 31 de maio do ano de 2016, bem como da Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, emergem as práticas restaurativas como uma alternativa e como um novo paradigma de justiça penal, ainda não normatizado no ordenamento pátrio.

Desta forma, diante da crise de (i)legitimidade e (in)eficiência do atual modelo de justiça criminal, surge a justiça restaurativa como alternativa de reação penal, trazendo à tona a distinção entre o aspecto social e a dimensão pessoal dos delitos, além de redescobrir a vítima do crime, empoderando e dando a esta papel de destaque na construção da resposta adequada à resolução do conflito no caso concreto.

Partindo da premissa de que a missão do Direito Penal, além da proteção dos bens jurídicos, também é a restauração e manutenção da paz, tem-se que as propostas humanizadoras da justiça restaurativa objetivam regenerar o conflito *inter partes* e social gerado pelo delito, resgatando a paz e almejando tornar eficaz, em seus propósitos preventivo, retributivo e pedagógico, a sanção penal.

Todavia, em que pese a gradual emergência da justiça restaurativa como alternativa de resposta penal, muito se critica acerca de viabilidade prática e efetividade de tal modelo de reação penal, tecida principalmente pelos defensores do garantismo penal, que aduzem que a redescoberta da vítima no processo penal consiste em retrocesso histórico e importa em diminuição dos direitos do infrator, destinatário final do sistema de controle penal, bem como privaria o agente criminoso do seu direito constitucional a um processo justo, democrático e equilibrado.

Destaque-se que as garantias penais significam limitações do *jus puniendi* estatal, configurando verdadeira barreira contra a arbitrariedade de punir do Estado, consistindo, sob uma perspectiva dogmática e de política criminal, em uma relevante evolução de direitos humanos e de justiça penal.

Noutro prisma, analisando-se sob o olhar da vitimologia, tem-se que a figura da vítima foi completamente negligenciada pelo garantismo, sendo todo o sistema de garantias criado para o agente criminoso.

Nesse sentido, cumpre indagar: como resgatar a perspectiva da vítima no processo sem comprometer os direitos e garantias do acusado? A redescoberta da figura do ofendido importa em diminuição dos direitos do réu? Os propósitos da justiça restaurativa e do garantismo penal podem conviver harmoniosamente? São válidas as críticas formuladas pelos garantistas à justiça restaurativa?

Foram essas as indagações que motivaram a escolha do tema e permeiam o presente artigo.

No primeiro momento, busca-se conceituar, assim como fazer a análise histórica da participação da vítima no processo penal, desde o período batizado de pré-histórico, da "fase de ouro da vítima," até o atual estágio contemporâneo, pontuando, a partir do percurso histórico, os fatores históricos e políticos que contribuíram para o presente panorama penal, no qual a vítima aparece apenas como sujeito passivo do delito e mero instrumento de prova, sem exercer maior papel ou influência na persecução criminal.

No capítulo subsequente, almeja-se conceituar a justiça restaurativa, ou, de forma mais apropriada, reunir os diferentes conceitos presentes na literatura especializada, bem como analisar as teorias que apoiam e justificam este modelo alternativo de reação penal, além de destacar os seus princípios informadores.

Em seguida, no capítulo 4, almeja-se explanar o garantismo penal, dissecando os axiomas propostos por Luigi Ferrajoli, e, logo após, analisar as críticas formuladas pelos garantistas à justiça restaurativa.

Por fim, em sede de considerações finais, pretende-se ponderar acerca dos pontos de conflito e convergência de ambas as teorias, demonstrando-se, afinal, que, embora divirjam em aspectos específicos, havendo aparente incompatibilidade entre o conjunto de princípios garantísticos e o modelo restaurador, as diferenças residem mais no plano da retórica do que no patamar prático e, ainda, tem-se mais uma noção de complementaridade entre o garantismo penal e a justiça restaurativa do que oposição entre esses modelos de justiça criminal.

2. AS INTERMINTÊNCIAS DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL: DE PROTAGONISTA A FIGURA ESQUECIDA

Dentre as propostas da justiça restaurativa, encontra-se aquela que se denomina de "redescoberta da vítima",[1] associada ao pensamento vitimológico.

Numa perspectiva histórica, afirma-se que a vítima teve a sua "fase de ouro" nos períodos da vingança privada, que surge no limiar da civilização, sendo

1. Neste sentido, pertinente a crítica do Professor Guilherme Costa Câmara, que afirma que a denominação "redescoberta da vítima" não seria a mais adequada, sendo que esse "resgate" da figura da vítima consiste em uma nova perspectivação da vítima, preferindo este autor a expressão *moderna perspectivação da vítima*.

gradualmente eliminada e, em momento histórico posterior, ressurgindo no primitivo Direito Romano, atingindo seu ápice durante a Idade Média, no contexto do feudalismo, vindo a perder força ao final da Alta Idade Média. Com o surgimento dos Estados Absolutistas, os conflitos penais são apropriados pelo Estado, que passa a ser o único legitimado a punir os cidadãos e, a partir deste "confisco" do conflito, as vítimas perdem voz e espaço. Atualmente, encontramo-nos na fase de instrumentalização do ofendido, na qual a participação do sujeito passivo no processo se dá como mera produção de prova.

Durante os períodos de vingança, a vítima possuía o poder de retribuir o mal que lhe fora causado. Prevalecia a violência exacerbada, de modo que os excessos retributivos importavam no surgimento de um círculo vicioso de retaliação. A vingança, não padece de dúvida, constituiu o modo primitivo de solução dos conflitos (CÂMARA, 2008, p. 22).

Inobstante o protagonismo da vítima individualmente considerada, não se pode deixar de reconhecer que, nesta fase de vingança privada, muitas vezes, o delito era considerado uma ofensa contra a comunidade, de modo que a participação da família ou do clã do ofendido era frequente na retaliação.

Cumpre registrar que relevante aspecto desta época reside no fato de que havia vinditas coletivas, isto é, retaliações aplicadas pela própria comunidade. Mas não se pode afirmar que tais vinganças eram penas, uma vez que vingança e pena são conceitos distintos. Vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, a seu turno, pressupõe a existência de um poder organizado (LOPES JR., 2013, p. 56).

Destaque-se que, nesse período, embora prevalecesse o sistema de vingança veiculada pela vítima, também os conflitos eram solucionados por mecanismos de conciliação e autocomposição entre o ofendido e o infrator, uma vez que, com a gradual evolução da estrutura e da organização da coletividade, emerge, também, o sistema de composição, sucedâneo da vingança, que consistia no pagamento de certo valor à comunidade, haja vista que, já nesta época, surge a noção de que a cadeia de vingança poderia levar ao extermínio do clã ou da família de uma das partes envolvidas. Apropriando-se dessa informação, alguns defensores da justiça restaurativa aduzem que este modelo existiu e prevaleceu durante a maior parte da história. Todavia, corroborando as considerações de Santos (2014), não se concorda com tal assertiva.

Destarte, como consequência desse regime irrestrito de vinganças, surge a necessidade de estabelecimento de critérios de proporcionalidade, a fim de evitar respostas desproporcionais por parte da vítima originária e limitar a cadeia de vinganças. Neste contexto, surge a Lei de Talião, que significou importante

avanço, à época, com sua noção de proporção e exata retribuição, da qual se extrai a sua máxima: "Não mais que olho por olho, dente por dente, vida por vida".[2]

A aplicação do princípio de Talião ocasionou um deslocamento de atribuição da solução dos conflitos originados por comportamentos lesivos. Desta forma, a vítima não mais era a responsável pela aplicação direta da sanção. Inaugura-se, assim, uma gestão heterônoma do conflito, isto é, um terceiro imparcial deveria avaliar as provas atinentes aos fatos e impor a sanção e promover a execução desta.

O advento da Lei de Talião caracteriza, sobretudo, o afastamento das vinganças irrestritas por parte da vítima e seu clã. Contudo, isto não significou a total remoção do ofendido na solução do conflito. Este ainda participava do processo, na medida em que a sanção era construída com base na extensão do dano que lhe fora causado (CÂMARA, 2008).

A derrocada do Império Romano, em razão das invasões bárbaras, repercute no direito medieval, uma vez que enfraqueceu as relações de poder, de modo que a vingança privada ressurge nesse período, mas, de certa forma, limitadas pelas concepções do pensamento cristão. A Igreja Católica encontra, nesse período, campo fértil para expandir a sua doutrina, sendo que o Direito Canônico impõe certos limites aos costumes dos povos bárbaros (CÂMARA, 2008).

Registre-se que, nessa época, o direito era essencialmente consuetudinário. Assim, em um direito centrado nos costumes, a vingança privada da vítima retoma parte do protagonismo de outrora (LOPES JR., 2013).

Tal cenário será mudado, radicalmente, em razão do surgimento do Estado Absolutista. Com o surgimento das monarquias centradas na figura do Rei soberano, cuja autoridade emanava diretamente do Superior Divino e concentrava todo o poder em suas mãos. Conforme registra a História, as monarquias absolutistas ganham força na Europa durante os séculos XVII e XVIII, encontrando seu apogeu na França e na Inglaterra.

Nessa fase, o fenômeno criminal ganha nova perspectiva: a conduta que antes era tida como lesão à vítima, que teria legitimidade para participar da resolução do conflito, passou a configurar ofensa ao Estado e, portanto, afrontaria

2. Neste sentido, pertinente se faz a observação de Câmara (2008, p. 29), para quem, o princípio do Talião, "longe de consistir em retrocesso e barbárie como poderia transparecer em face de qualquer açodada translação imediata de nossos valores atuais, isto é, de uma mera colagem de arcabouço axiológico hoje em voga àquela realidade, significou – sem nos despedirmos do vero tempo histórico ora em projeção – em um significativo avanço".

diretamente ao soberano, que passaria a ser o único legitimado a aplicar a sanção, que passou a configurar mecanismo de reafirmação do seu poder (CÂMARA, 2008).

Com a Revolução Industrial e crescente urbanização da sociedade, aumentaram também os índices de criminalidade, de modo que, diante dessa realidade emergente, torna-se ainda mais necessário subtrair o poder punitivo dos indivíduos e entregá-lo ao Estado.

A partir desse momento, então, surge o processo penal tal como o conhecemos hoje, pois, ao assumir a responsabilidade pela aplicação das punições, o Estado desliga a vítima do manejo da pena, transferindo esta atividade a um terceiro imparcial (LOPES JR., 2013).

Nessa perspectiva, considerando-se o crime como ofensa ao Estado, a reação será dada por este. Agora a pena adquire caráter de sanção pública, uma vez que o poder estatal se sobrepõe à atuação familiar (vingança de sangue e composição), e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja calculada e anunciada por um terceiro imparcial, pertencente aos quadros do Estado, cujos poderes serão juridicamente limitados (CÂMARA, 2008).

De acordo com o pensamento de Lopes Jr. (2013, p. 56), ponderando acerca das vantagens da subtração do poder punitivo da vítima e consequente apropriação pelo Estado, este:

> (...) como ente jurídico e político, chama para si o direito e também o dever de proteger a comunidade e inclusive o próprio delinquente. À medida em que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assumirá o monopólio da justiça, produzindo-se não só a revisão da natureza contratual do processo, senão também a proibição expressa para os indivíduos de tomar a justiça por suas próprias mãos.

Feita essa breve digressão histórica, cumpre ressaltar que a justiça restaurativa, ao propor a "redescoberta" da vítima, parte da premissa de que não se mostra razoável a exclusão desta do conflito no qual foi parte, visando o seu empoderamento e a reparação material, psicológica ou simbólica, dos danos que lhe foram ocasionados.

Assim, parte das críticas que se faz à justiça restaurativa assenta-se nas premissas de que esta propõe o retorno da figura esquecida, o que, numa ótica garantística, importaria em redução dos direitos do ofendido, sendo que tal premissa não se sustenta, haja vista que a proposta restaurativa, em que pese busque a revalorização dos interesses da vítima, também se mostra atenta ao agressor, seus interesses e garantias, conforme se buscará demonstrar adiante.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA PENAL

Definir a justiça restaurativa representa, ainda, um grande desafio aos seus defensores. Esta dificuldade se dá em razão desta consistir em um conjunto de práticas que almejam uma formulação teórica. Segundo Leonardo Sica (2007, p. 10):

> Mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa (restaurative justice, giustizia riparativa, justice réparatrice, justicia restauradora, etc.) projeta-se a proposta de promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação (CERETTI apud SICA, 1996, p. 10). Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como "prática restaurativa".

Para Cláudia Cruz Santos (2014), o modelo restaurativo consiste em um modo de responder ao crime, com práticas determinadas que buscam objetivos específicos, que se baseia no reconhecimento da dimensão interpessoal do conflito, assumindo a função de pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à vítima, por intermédio da autorresponsabilização do agente infrator, finalidades estas que somente serão alcançadas por meio de um procedimento de encontro, fundado na autonomia da vontade dos seus participantes.

Howard Zehr (2007), de forma sucinta, define o modelo restaurativo como um processo voltado à restauração, dentro dos limites possíveis, a todos que tenham interesse em uma ofensa particular, e identificar e atender coletivamente aos danos, necessidades e obrigações derivados de determinado conflito, com o propósito de curar e reparar os danos da melhor maneira possível.

No mesmo sentido, John Braithwaite conceitua a justiça restaurativa como modelo de justiça criminal que "busca a redução da injustiça e não simplesmente a redução dos delitos: aspira oferecer direções práticas sobre como nós, cidadãos democráticos, podemos levar uma boa vida por meio da luta contra a injustiça" (apud PALAMOLLA, 2003, p. 1).

Dissertando sobre a dificuldade de conceituação, Palamolla pondera acerca da fluidez e abertura da definição das práticas restaurativas, aduzindo, em síntese, que "a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluído, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas" (2009, p. 54).

Ainda nessa esteira de reflexão, Santos registra que a dificuldade de conceituar a Justiça Restaurativa advém da sua pluralidade de procedimentos e finalidades. Dessa forma, determinados conceitos focam na questão das práticas (dimensão minimalista), ao passo que outros autores buscam sua definição tendo em vista os resultados pretendidos (dimensão maximalista). Para a referida autora (2014, p. 162):

> (...) o ponto de partida para uma tentativa de compreensão das várias propostas de definição de justiça restaurativa prende-se com a sua catalogação em dois grandes grupos: existem definições que enfatizam o processo; outras definições enfatizam os resultados que devem ser atingidos. Tendencialmente, as primeiras são associadas a uma compreensão minimalista e as segundas a um entendimento maximalista da justiça restaurativa.

Diante desse cenário, observa-se que a noção de justiça restaurativa desponta, com forte influência abolicionista e das diretrizes da vitimologia, com a pretensão de uma reação diferente da resposta fornecida pelo sistema de justiça criminal tradicional, baseada na democratização do processo, assim como na recusa do autoritarismo que permeia o direito penal, na busca de respostas mais humanas ao crime.

Ademais, o modelo restaurativo também se fundamenta na reparação do mal sofrido pela vítima e na atenuação das consequências do delito, além de buscar a reintegração social do agente infrator, através da autorresponsabilização e inclusão da comunidade como sujeito processual na construção da solução do conflito.

Registre-se que a justiça restaurativa não pretende ser uma resposta universal para todos os casos ou uma solução, quase mágica, dos problemas do sistema penal. O que o movimento restaurativo repudia é a ideia de que a pena de prisão seja elevada ao patamar de principal e privilegiada forma de sanção estatal, prestigiando-se o caráter retributivo, aliado a um discurso pseudopreventivo da pena, desprezando-se as peculiaridades, vicissitudes e dimensão humana de cada conflito.

Assim, verifica-se que a justiça restaurativa possui um conceito flexível e aberto, advindo da percepção dos riscos que a padronização das práticas restaurativas nos moldes no pensamento jurídico tradicional pode resultar. De forma simplificada, pode-se afirmar que a manutenção do conceito aberto parte da percepção de que "quem se define se limita".

Todavia, ressalte-se que essa abertura conceitual consiste no fato gerador das várias críticas, mormente porque essa abrangência das mais variadas práticas que podem ser rotuladas como restaurativas dão margem à ausência de

limites balizadores do que é, ou não, considerado como medida restaurativa, criando-se distorções, no plano prático, de viabilização dessas práticas, além da evidente dificuldade de normatização, no sentido de inclusão de medidas restaurativas no ordenamento jurídico positivo.

Nesse aspecto reside um dos maiores pontos de atrito entre a justiça restaurativa e o sistema de garantias penais, uma vez que o direito penal alicerça-se na legalidade, sendo esta uma das mais robustas garantias do cidadão, ao passo que aquela se fundamenta na ideia de construção da solução mais apropriada ao caso concreto, o que pode gerar consequências indeterminadas, levando-se em conta as peculiaridades do infrator, as necessidades da vítima e da comunidade, solução esta que pode não encontrar respaldo no ordenamento penal positivado.

Nesse sentido, são válidas as observações de Palamolla (2009, p. 54), ao afirmar que:

> (...) a falta de definição e a variedade de objetivos ocasionam duas críticas pertinentes: (1) cria-se o risco de que práticas que não respeitam os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo e (2) dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles.

Apropriando-se dos argumentos dos abolicionistas,[3] do *labelling approach*, partindo da percepção da repressão, seletividade e estigmatização que permeiam o modelo tradicional de justiça criminal, a justiça restaurativa propõe um olhar mais humano sobre os conflitos penais, alertando para o fato de que as instâncias formais de controle social preocupam-se mais com a punição meramente retributiva, menosprezando as consequências do crime para a vítima e comunidade, bem como negligenciando as funções preventivas da pena. Em síntese, nos dizeres de Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 19):

> (...) a ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso?

3. Neste sentido, vale a observação do Professor Guilherme Câmara, que afirma que "parece razoável a ideia de que é possível fazer-se bom uso das teorias abolicionistas sem ser abolicionista" (2008, p. 86).

Em sentido oposto, Santos critica essa formulação de que a justiça restaurativa se preocupa com as consequências futuras do delito, ao passo que a justiça tradicional estaria voltada para o passado. Segundo a citada autora, não se pode afirmar que o modelo tradicional de reação penal seja totalmente voltado ao passado, uma vez que, ao procurar punir o delinquente, busca-se evitar o cometimento de novos delitos, segregando o agente criminoso do convívio social, estando, de certa forma, também voltada para o futuro (2014, p. 159).

Diante desse cenário, pode-se dizer, com Santos, que a justiça restaurativa propõe um diferente paradigma, não necessariamente melhor, mas diferente de justiça penal.

Nesse aspecto, cabe registrar algumas críticas tecidas a esse novo paradigma de justiça criminal. Levrant, por exemplo, avalia a justiça restaurativa como modelo que traz mais prejuízos do que benefícios (apud MORRIS, 2005, p. 16). No mesmo sentido, Johnstone afirma que o paradigma restaurativo pode vir a piorar o cenário, sob o fundamento de que consequências deletérias e indeterminadas podem resultar de uma mudança para a justiça restaurativa (apud MORRIS, 2005, p. 25).

A maioria das críticas feitas à justiça restaurativa questiona a viabilidade prática da mesma, pontuando que seus valores não poderiam ser concretizados na realidade forense cotidiana, sendo descrita como um movimento sem qualquer comprovação, com riscos de insucesso, consistindo em um modelo que se fundamenta em sentimentos humanísticos, mas sem qualquer comprovação empírica da sua efetividade (MORRIS, 2005).

Analisando os juízos de censura, Morris (2005, p. 443) categorizou as principais críticas formuladas contra a justiça restaurativa, sintetizando os argumentos daqueles que resistem ao movimento restaurativo. São elas:

> (...) a justiça restaurativa erode direitos subjetivos; a justiça restaurativa aumenta a rede de controle social; a justiça restaurativa trivializa o crime (particularmente a violência do homem contra a mulher); a justiça restaurativa fracassa em "restaurar" vítimas e infratores; a justiça restaurativa não produz reais mudanças e não afasta a reincidência; a justiça restaurativa produz resultados discriminatórios; a justiça restaurativa aumenta os poderes da polícia; a justiça restaurativa não afeta diferenças de poder; a justiça restaurativa encoraja o "vigilantismo"; à justiça restaurativa falta legitimidade; e a justiça restaurativa fracassa em promover "justiça".

Tais críticas se devem, em parte, à ausência de um padrão e conceito preciso de justiça restaurativa, sendo que a abertura e fluidez conceitual de tal modelo, além da variedade de práticas que podem ser tidas como restaurativas,

conduzem à dificuldade de compreensão dos fundamentos restaurativos e desvirtuamento de tais valores no plano prático.

Reconhece-se a validade de tais juízos de censura, em certa dimensão, sendo que a própria noção de justiça restaurativa assume a sua ineficácia para solucionar todos os conflitos penais em uma sociedade cada vez mais complexa, admitindo a possibilidade de não conseguir construir a resposta estatal adequada a certos casos e a determinados tipos penais.

Ressalte-se, ademais, que parte de tais críticas ocorrem pela confusão entre a justiça consensual, que ganhou expressão com o advento dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995), e o modelo restaurativo.

Com efeito, institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, como a suspensão condicional do processo e a transação penal, se tornam, na prática, verdadeiros "contratos de adesão", vale dizer, ou o agente criminoso aceita tais propostas feitas "bondosamente" pelo Estado ou será punido. No fundo, tais institutos perderam sua essência e se tornam meios alternativos menos gravosos de punição, que aumentam a rede de controle estatal, evitando a desnecessária privação da liberdade, mas sem o devido questionamento da razão da aplicação daquela medida, nos quais o agente criminoso e a vítima saem insatisfeitos com a tutela estatal. No mesmo sentido, válida é a crítica de Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 9), ao afirmar que:

> Demora-se muito para julgar porque fora a *esculhambação* que são os *Juizados Especiais Criminais*, onde vale tudo e se dá um tratamento rápido e inconstitucional a questões sociais, a saber, dificilmente um Termo Circunstanciado é crime: pode ser briga entre parentes, vizinhos, xingamentos, latido de cachorro, direito de vizinhança. Mas como não se têm acesso ao Judiciário do Cível, resta a queixa na Delegacia. (grifos do autor)

Diante desse desastroso cenário, mostram-se pertinentes as críticas formuladas aos Juizados Especiais Criminais, uma vez que estes, de fato, não atendem às demandas psicológicas das vítimas e, muito menos, responsabilizam ou fazem o réu compreender as consequências da conduta praticada, sendo que tal realidade encontra-se em rota de colisão com as finalidades e propostas feitas pelo modelo restaurativo.

Ainda nessa esteira de raciocínio, cumpre pontuar que, em um sistema que elegeu a privação de liberdade como principal resposta estatal ao crime, na qual a valoração do bem jurídico se dá através da quantidade de tempo de prisão que a sua respectiva violação importa, os ideais restaurativos assumem sérios riscos de desvirtuamento no plano concreto, sendo possível a sua conversão

em apenas mais um mecanismo de alívio do aparato estatal, numa perspectiva utilitarista, desprezando-se todo o esforço teórico, bem como reproduzindo os mesmos efeitos tão criticados do sistema penal que se pretende, através do olhar restaurativo, eliminar.

3.1. Justiça restaurativa e abolicionismo penal

Na gênese da proposta restaurativa encontra-se a negação da natureza ontológica do delito, isto é, o crime é um produto humano artificialmente produzido, inexistindo conduta "naturalmente" criminosa, bem como a crítica ao sistema de controle social. Dessa forma, a justiça restaurativa parte da proposta de que as consequências daquilo que se rotula como crime pode vir a encontrar solução mais adequada, sob a perspectiva da vítima e também do agente e da comunidade, em um procedimento mais participativo e orientado por princípios e finalidades diversas.

O abolicionismo penal é uma corrente político-criminal cujo nome já anuncia as suas pretensões. Essa teoria surge como produto das políticas criminais da década de sessenta (Criminologia crítica), e tem, como finalidade, a construção da crítica ao sistema carcerário e a lógica punitiva. Segundo Cohen (apud ACHUTTI, 2014, p. 91):

> (...) os abolicionistas criticam o uso da punição para reprimir uma pessoa condenada pela prática de um delito, e posicionam-se de forma contrária à centralidade da lei penal como meio de controle social. Referem igualmente que o sistema penal causa mais malefícios do que benefícios à sociedade e que, portanto, não devem permanecer em funcionamento.

Para os defensores do abolicionismo, a punição não seria o meio adequado para reagir diante de um delito e não se mostra apta para produzir os efeitos almejados, pois, além da sua finalidade precípua (punir o delinquente), o sistema penal foi concebido para perpetuar uma ordem social injusta, seletiva e estigmatizante, de modo que o sistema não deixará de reproduzir a violência (ACHUTTI, 2014, p. 91).

Para Zaffaroni, não existe apenas um, mas diferentes dimensões de abolicionismo. Segundo o autor, as categorias abolicionistas podem ser sistematizadas como: (a) a tendência marxista de Thomas Mathiesen; (b) a estruturalista de Michel Foucault; (c) a fenomenológico-historicista de Nils Christhie; e (d) a fenomenológica de Louk Hulsman (apud ACHUTTI, 2014, p. 96).

Embora não seja um movimento uniforme e possua várias dimensões, sendo que os citados autores encontram diferentes fundamentações metodológicas

para a abolição do sistema penal, é possível encontrar o ponto de convergência dos abolicionistas: a crítica ácida e latente ao sistema penal, bem como o ceticismo sobre a sua efetividade, além de também contribuir para o fenômeno criminal, visando à sua extinção.

A justiça restaurativa possui nítida inspiração abolicionista. Contudo, não se pode afirmar que tenha, como proposta, a total erradicação do sistema penal. Em certa dimensão, é correto afirmar que a justiça restaurativa tenha herdado um patrimônio de ideias de cunho abolicionista. Entretanto, em determinado momento, a proposta restaurativa passa a trilhar caminho próprio e autônomo, por vezes, até divergindo e reconhecendo as limitações da teoria abolicionista (SANTOS, 2014, p. 62).

Apropriando-se das críticas formuladas pelos abolicionistas (em especial Louk Hulsman e Nils Christie), a justiça restaurativa, visando a se apresentar como um modelo diverso de reação penal, negando os elementos repressivos, seletivos e estigmatizantes do sistema criminal, propõe uma nova abordagem ao fenômeno criminal. Todavia, divergindo do abolicionismo radical, a justiça restaurativa vê vantagens na manutenção do Estado enquanto guardião dos direitos e admite a necessidade de uma pequena porcentagem das pessoas que estão nas prisões.

A proposta restaurativa não chega a ser tão ousada quanto a abolicionista, que propõe a eliminação do sistema penal, objetivo este que se mostra irrealizável no atual contexto social. Nesse sentido, concorda-se com Tiveron quando esta aduz que a proposta restaurativa perpassa por este caminho (2014, p. 267).

Em síntese, o que a justiça restaurativa – que pode ser vista como uma espécie de abolicionismo intermediário – propõe, não é eliminação do sistema penal e o total afastamento do Estado na construção da solução dos conflitos, mas sim uma nova (e possível) abordagem do fenômeno criminoso, vislumbrando-se também a dimensão humana do delito, o que demandaria não a exclusão, mas diferente postura por parte do Estado.

4. Garantismo penal

No século XVIII, Césare Beccaria, o Marquês de Bonesana, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas,* considerada o primeiro manifesto do garantismo penal, alertou ao mundo os horrores e contradições do sistema de justiça penal, construindo as bases da ideologia penal orientada à humanização da justiça criminal, propondo uma política criminal estruturada sobre o princípio da utilidade social.

Destaque-se que Beccaria não propôs o abolicionismo radical das penas, mas a erradicação das sanções cruéis e difamantes, projetando a "salvação do Direito penal" através da "construção de um Direito penal novo" (2011, p. 37-53).

A obra do Marquês de Bonesana é considerada, por alguns, como um marco na história da Criminologia, tendo influenciado diversas legislações e inspirado o nascimento do sistema de garantias penais em favor dos acusados e contra a arbitrariedade e abusos do Estado na aplicação da pena. O autor denunciou as leis e os costumes "dos mais bárbaros séculos", assim como o autoritarismo dos "doutores" da Idade Média e da "Ciência Jurídica". Para Câmara, o livro do Marquês (2008, p. 8):

> (...) não há dúvida nem entredúvida, constitui vibrante denúncia de paradoxo existente entre a realidade das luzes autonomizadoras da razão e do obscurantismo de um sistema de justiça fundado no paradigma do tormento, por isso irrompeu como causa fautora de inúmeras reformas legislativas, contribuindo decisivamente – ao rejeitar a intervenção de influxos de ordem moral na determinação dos crimes – para a laicização do Direito penal. Prevenção, proporcionalidade e humanização do processo, estes, em síntese, os fundamentos cardeais de um sistema penal fundado no princípio convergente da utilidade social desenvolvido por Beccaria.

Outrossim, as ideias e críticas do Marquês de Bonesana exerceram considerável influência na construção do Direito penal moderno, notadamente, no sentido da percepção do caráter público da pena. Segundo Beccaria (2011, p. 85), "toda espécie de delito é nociva à sociedade".

Trilhando pela mesma esteira de reflexão, Tatiana Viggiani Bicudo (2015, p. 45) aduz que:

> Assim, tendo como ponto central o da convivência harmônica entre os homens, delito é tudo o que a razão formula como sendo um ato contrário à manutenção da paz social e do bem comum. Esse último, constituído, segundo Beccaria, pela soma de todos os interesses particulares. O direito de punir é, pois, de todos os cidadãos, representados pelo soberano, para evitar que haja qualquer possibilidade de ofensa à segurança pública. Isso faria com que os homens retornassem ao estado de natureza, onde vige a guerra de todos contra todos.

Ao assumir o caráter público da pena e a dimensão coletiva do delito, o Marquês concebe a noção do crime como dano à sociedade, o que legitimaria ao Estado a apropriação do conflito penal. Por conseguinte, como efeito dessa

nova concepção, não obstante inspirada em propósitos humanísticos, a vítima passou a ser mero sujeito passivo do delito, não tendo mais qualquer domínio sobre o conflito.

Dessa forma, com a expropriação dos interesses e direitos da vítima, passou-se a ter um inchaço no sistema punitivo e no aumento da repressão penal, uma vez que todos os delitos passaram a ser considerados violações ao contrato social e aos interesses da coletividade, representada pelo Estado.

O garantismo penal, como herança do Iluminismo, define-se como o conjunto de teorias penais e processuais penais concebidas pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli,[4] no final do século XX, que tem como objetivo limitar o poder punitivo estatal, reduzindo-o ao mínimo necessário, primando pela proteção dos direitos do cidadão, consistindo em uma importante escola da criminologia crítica que visa a controlar a aplicação do Direito penal e impedir a arbitrariedade do poder punitivo estatal.

Para Zaffaroni, a visão garantista do direito penal em um Estado de Direito consiste em uma redundância grosseira, uma vez que, no atual estágio de evolução da sociedade e da ciência jurídica, não poderia haver outro direito penal senão o de garantias (apud TIVERON, 2014, p. 173).

Na obra *Direito e razão*, Ferrajoli (2010, p. 785-786) apresenta a teoria, conceituando a mesma em três diferentes acepções. De acordo com o autor, numa acepção primária:

> "Garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Diante de tal conceito, tem-se que o garantismo penal funciona como um modelo de segurança dos cidadãos contra o arbítrio e excesso do poder de

4. Luigi Ferrajoli nasceu em Florença no ano de 1940. Entre os anos de 1967 e 1975 exerceu a função de Juiz de Direito. Desde o ano de 1970, é professor de Filosofia e Teoria Geral do Direito, na Universidade de Camerino, na Itália (BICUDO, 2015, p. 41).

punir estatal. Nesse sentido, aduz Ferrajoli, faz-se necessário falar sobre graus de garantismo, além de distinguir o modelo constitucional ideologicamente concebido e o plano concreto de tal sistema.

No caso do Brasil, pode-se observar um modelo garantista de elevado grau no patamar teórico e, na esfera prática, um desvirtuamento do sistema.

Assim, avaliando-se as distorções entre o plano normativo-teórico e a prática sob a ótica do garantismo, verifica-se que uma Constituição pode garantir diversos direitos e, ainda assim, não passar de um pedaço de papel, ou seja, não concretizar tais direitos, caso haja defeitos de garantias, técnicas coercitivas, que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2010).

Numa segunda acepção:

> "Garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

O segundo significado traz consigo uma crítica ao ordenamento jurídico, reiterando a antinomia entre a normatização pura e a prática, além de criticar o comportamento dos operadores do Direito. Tal acepção convoca o jurista a manter sua percepção crítica sobre a validade e legitimidade das normas. Para o autor, o jurista garantista deve questionar a legitimidade das normas, perquirindo quais são os seus fundamentos, não se conformando com a dogmática acrítica.

Por fim, para uma terceira acepção do garantismo, Ferrajoli (2010, p. 786) utiliza-se da base da Filosofia do Direito e crítica da política. Nesse viés:

> "Garantismo" designa uma filosófica política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista

> externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o "ser" e o "dever ser" do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Diferente dos outros significados, esta última acepção traz uma visão externa da teoria, pautando-se em aspectos "metajurídicos", tais como a política e economia, que influenciam na moldagem da dogmática jurídica. Sob esta ótica, o doutrinador, extrapolando o âmbito penal e analisando, de forma crítica, todo o ordenamento jurídico, censura a concepção do Direito como um sistema autotutélico, míope às demais ciências e à realidade social, concebido como um valor e um fim em si mesmo, e não como um meio.

Diante desse cenário, constata-se que a teoria do garantismo defende um modelo normativo do Direito, compreendido enquanto sistema positivado. Ferrajoli, seguindo os passos de Beccaria, propõe a laicização do Direito, de modo que a ciência jurídica deve se divorciar da moral e da natureza, no sentido de não ser o Direito um valor preexistente no estado de natureza, nem de valores morais escolhidos para um determinado grupo social.

No que atine ao caráter punitivo da sanção penal, Ferrajoli afirma que esta não pode ter fins preventivos e ressocializadores, ou trazer qualquer valor moral, uma vez que o divórcio entre o Direito e a moral importa no reconhecimento de que a pena é um mal, tal como preconizado por Kant e Hegel, e deve retribuir o mal cometido pelo crime.

Nesse contexto, considerando-se que a principal crítica à justiça restaurativa consiste na alegação da sua incompatibilidade com o conjunto dos princípios garantísticos que modelam a reação ao crime (SANTOS, 2014), pretende-se, no tópico subsequente, analisar, de forma pormenorizada, os axiomas do garantismo penal, tais como propostos por Ferrajoli.

4.1. Os axiomas de Luigi Ferrajoli

A teoria garantista de Ferrajoli tem sua base fincada em dez axiomas que não expressam proposições assertivas, mas proposições meramente prescritivas, não descrevendo a realidade, porém, propondo o que deva ocorrer. O garantismo penal é concebido enquanto modelo ideal de sistema penal.

Os axiomas propostos por Ferrajoli buscam responder às seguintes questões: a) quando e como punir? b) quando e como proibir? c) quando e como julgar? Como respostas a tais perguntas, o garantismo propõe as seguintes ideias.

Os três primeiros axiomas visam a responder à primeira indagação, ao passo que os três seguintes buscam solucionar a segunda questão proposta, e, enfim, os quatro últimos respondem à pergunta remanescente.

O primeiro axioma afirma que *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime). O jurista italiano concebe que a pena – enquanto consequência do delito – deve funcionar, em certa medida, como retribuição ao seu autor, o que somente pode acontecer após o fato criminoso e nunca antes deste, vedando-se o direito penal do autor, bem como negando a possibilidade de antecipação da sanção e punição de atos preparatórios.

A proposição seguinte enuncia que *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei). O enunciado em questão prescreve que não há delito sem lei anterior, escrita, estrita e certa, que preveja que determinada conduta é tida como criminosa. Tal axioma reflete, explicitamente, o princípio da legalidade que rege o direito penal e processual penal.

A próxima assertiva sustenta que *nulla poena sine necessitate* (não há pena sem necessidade). Neste axioma, exterioriza-se a ideia de que a lei somente deve estabelecer penas quando estritamente necessário. As penas, quando forem necessárias, devem obedecer aos limites impostos pela proporcionalidade e jamais devem violar a dignidade da pessoa do condenado.

O axioma subsequente afirma que *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico). A prescrição em análise propõe que não há necessidade de criminalizar condutas sem que haja efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado. Por essa linha de raciocínio, também não se justifica a criminalização de condutas que não ofendam bens jurídicos penalmente relevantes.

A proposição seguinte assevera que *nulla injuria sine actione* (não há lesão sem conduta). De acordo com tal assertiva, para que haja responsabilização penal, deve haver nexo causal entre a conduta criminosa e o dano causado, de modo que, havendo dano sem conduta penal anterior, inexiste no que se falar em responsabilidade criminal.

Na sequência, Ferrajoli propõe que *nulla actio sine culpa* (não há conduta sem culpa). Segundo o citado axioma, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão consciente do agente, de modo que, para punir, faz-se necessário que a conduta seja praticada por um agente consciente e penalmente imputável. Assim, caso presente qualquer circunstância que exclua a culpa do agente delinquente, não poderá este ser responsabilizado na esfera penal. Para tanto, a culpabilidade deverá ser apurada em processo regular.

Prosseguindo com os axiomas, visando a responder à questão "quando e como julgar?", a próxima prescrição garantista enuncia que *nulla culpa sine judicio* (não há culpa sem processo) e *nullum judicio sine accusatione* (não há processo sem acusação). De acordo com essas assertivas, a jurisdição penal norteia-se pelo sistema acusatório, no qual o juiz – enquanto sujeito passivo inerte e equidistante das partes – deve decidir a demanda proposta com base na sua livre convicção motivada, cabendo à acusação a formulação da imputação fática e o ônus probatório, garantindo-se ao acusado um processo público, permeado pelo contraditório e pela ampla defesa.

A proposição subsequente assevera que *nulla acusatione sine probatione* (não há acusação sem prova que a fundamente). Segundo se extrai dessa assertiva, considerando-se o princípio constitucional da presunção de inocência, cabe ao órgão acusador produzir a prova que elimine a pressuposição de inocência do acusado e não a este comprovar sua inocência, daí inferindo-se a regra probatória que afirma que em caso de dúvida, absolve-se o réu.

Por fim, o último axioma prescreve que *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem ampla defesa). De acordo com tal proposição, para que haja um processo efetivamente garantista, faz-se necessário haver isonomia e paridade de armas entre defesa e acusação, isto é, as partes devem ter acesso aos mesmos meios de produção probatória e mecanismos recursais, além de outros inerentes ao andamento do processo. Como a presunção do acusado no limiar do processo é de inocência, esta somente será afastada pela prova produzida ao longo do curso processual, privilegiando-se, assim, o direito de liberdade do indivíduo.

5. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de convergência e divergência

Assentadas as premissas básicas do garantismo penal, faz-se necessário pontuar as principais críticas que a teoria garantista formula contra a proposta restaurativa, buscando pontuar os pontos de divergência e convergência entre essas duas correntes do pensamento criminal.

Luigi Ferrajoli, ao estabelecer os dez axiomas limitadores do poder estatal, concebe que as penas, a despeito do seu caráter retributivo, não podem despir o sujeito da sua qualidade de cidadão, de forma que, na opinião do jurista italiano, o direito penal não apenas serve para reprimir o delito, mas também para frear o poder punitivo estatal.

Nesse aspecto, já se verifica um ponto crucial de divergência entre a proposta restaurativa e o garantismo: embora este vise a limitar o poder punitivo do

Estado, ainda o concebe como mecanismo legítimo de reação penal. Por outro lado, a justiça restaurativa, em razão da sua inspiração abolicionista, questiona a legitimidade da pena, propondo, além de penas alternativas, alternativas às penas.

Dessa forma, o garantismo rejeita a proposta restaurativa, uma vez que esta representaria a possibilidade de "pena sem culpa" e "crime sem pena", refutando as teorias que preconizam a informalização da justiça e a diminuição das garantias do acusado.

O regime de garantias caracteriza-se pela estrita legalidade, consubstanciados em axiomas negativos que devem ser observados para levar o acusado ao destino único e certo: a imposição de uma pena. Nesse sentindo, concorda-se com Sica (2007, p. 125), quando este enuncia que "o sistema garantista, assim visto, constitui um percurso em que, se respeitadas as proteções formais, justificam-se, ou melhor, obriga-se a imposição da pena cominada".

Silva-Sanchez, tal como Ferrajoli, rejeitando as premissas da justiça restaurativa, aduz que a renúncia ao direito penal teria como efeito imediato o surgimento de sistemas informais de controle, os quais, dada a inexistência de formalização e incidência de fenômenos conjunturais ou subjetivos, se mostrariam muito piores quanto ao grau de intervenção, que o próprio direito penal (apud SICA, 2007, p. 121).

Assim, tem-se a diferença filosófica fundamental entre a proposta restaurativa e o garantismo: este ainda vislumbra, como legítima, a intervenção punitiva estatal, visualizando a necessidade do castigo, partindo da premissa de que, uma vez cometido o crime, este deve levar necessariamente a uma sanção penal e, para tanto, devem ser observadas as garantias do cidadão.

A justiça restaurativa, por seu turno, pretende abater essa necessidade enraizada do castigo, reconhecendo essa superação da racionalidade penal moderna, como etapa necessária para a evolução da sociedade, cuja harmonia se vê mais ameaçada pela premissa irracional da "necessidade" e "obrigatoriedade" do castigo.

Prosseguindo por esse norte de reflexão, mostra-se pertinente a lição de Zaffaroni (2013, p. 18):

> (...) o poder punitivo é como o bife à milanesa com batatas fritas, isto é, ninguém se pergunta por que existe. Parece que sempre esteve ali. Mas não é assim. Alguém comparou o tempo de nosso pequeno planeta com uma semana e advertiu que aparecemos no último minuto antes da meia-noite de domingo. Não sei quando apareceu o bife à milanesa, mas nesses segundos

> geológicos que levamos arranhando a superfície da Terra, só carregamos o poder punitivo por alguns décimos de segundos.

Neste mesmo sentido, Lopes Jr. (2013, p. 54) pondera que:

> (...) a história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violência organizada de muitos contra um.

Assim sendo, o garantismo parte da premissa de que a sanção penal, seja através de penas privativas de liberdade ou alternativas, mostra-se imprescindíveis, de modo que rejeitam as propostas de despenalização ou informalização da justiça, visto que tais caminhos importariam em diminuição das garantias do indivíduo, expondo-o a um controle menos limitado sob a ótica garantística da estrita legalidade.

No mesmo viés, emerge o paradoxo da doutrina garantista: parte-se de um rol de garantias para assegurar a intervenção punitiva estatal, legitimando a repressão penal e nutrindo o "desejo psicossocial do castigo".

Outro aspecto de divergência reside na questão da busca da "verdade real", preconizada como finalidade a ser atingida pelo processo penal tradicional. Em bem verdade, a proposta restaurativa não tem, como objetivo, a busca pela verdade real.

Nesse sentido, faz-se importante consignar que Carnelutti já ponderava a esterilidade da discussão acerca da verdade real e verdade formal. O problema reside na "verdade", uma vez que esta é inalcançável, isso porque "a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós" (CARNELUTTI, 1965, p. 4-9).

Assim, tem-se que a busca pela "verdade" mostra-se, no plano prático, pelo mero alinhamento de provas em busca de uma condenação. A verdade, ao final do processo, será aquela imposta pelo juiz, a partir da leitura dos fatos sob as lentes dos códigos legais e da jurisprudência, selecionando os fatos, conforme as necessidades do processo, desprezando todas as informações que não tenham relevância técnico-jurídica.

Assentadas tais premissas, negando-se o mito da verdade real, cumpre ressaltar que o processo adversarial cujo resultado é necessariamente a pena, em si, já obstaculiza a busca pela construção da verdade. Assim, um modelo

permeado pelas liturgias, formalidades e marcado pela adversariedade não recompensa substancialmente a verdade, não podendo sustentar a sua autoconservação justamente nesse argumento (SICA, 2007, p. 124).

Outrossim, outra questão específica que reflete a proposta restaurativa é a necessidade do reconhecimento da culpa por parte do ofensor, para que este possa participar dos encontros restaurativos, o quê, em certa dimensão, contrastaria com a garantia constitucional da presunção de inocência do réu.

Cumpre destacar, inicialmente, que a justiça restaurativa encontra-se informada pelos princípios da voluntariedade e da confidencialidade. Assim, para que o sujeito participe do procedimento e/ou chegue a um acordo final, este deve necessariamente concordar, livre de qualquer coação, sendo-lhe assegurado o retorno aos meios convencionais de jurisdição processual penal a qualquer momento (TIVERON, 2014).

Destarte, tem-se que esta garantia, constitucionalmente assegurada, encontra-se preservada através do princípio da confidencialidade da justiça restaurativa, para o qual a anuência para participar do procedimento restaurativo não pode ser utilizada como prova de admissão de culpa em eventual processo criminal. Tal princípio mostra-se relevante, especialmente nos casos em que os sujeitos não conseguem chegar a um acordo restaurativo ou desistam, o que lhes é permitido, de participar, acarretando o retorno da demanda ao processo penal tradicional (TIVERON, 2014).

Assim, mediante os princípios da voluntariedade e da confidencialidade do processo restaurativo, pode-se assegurar a garantia constitucional da presunção de inocência (ou não culpabilidade, como preferem alguns) do réu. Some-se a isso o fato de que outros direitos fundamentais encontram-se resguardados pela proposta restaurativa, tais como a sua não estigmatização e reintegração comunitária por vias alternativas.

Nesse cenário, reitere-se que o sistema de garantias formais apenas é observado para levar o acusado ao caminho único, certo e seguro da punição.

Ainda nesse norte, tem-se que mesmo o princípio da legalidade, espinha dorsal da doutrina garantista, mostra-se vulnerável ante a inflação do sistema penal. Num sistema superlotado, no qual cria-se leis para criminalizar uma generalidade de condutas, surge uma situação fática que minimiza tal garantia. "*Nullum crimen sine legge* de nada adianta se existem 'legges' em excesso, se estão formuladas em termos vagos e abertos e orientadas de forma paleorepressiva" (SICA, 2007, p. 126).

O que se observa é que o direito a um processo penal justo e garantista se mostra, na verdade, como uma obrigação a um processo, como se o punir

estatal fosse a única alternativa possível diante do fenômeno criminal. Em que pese Ferrajoli, ao formular seus axiomas, tenha buscado responder à indagação "Quando e como punir?", a doutrina garantista falha ao não preconizar o quando *não* punir.

Ademais, cumpre, ainda, ressaltar que, além do garantismo "negativo" preconizado por Ferrajoli, tem-se o garantismo "positivo" formulado por Alessandro Baratta (2011). Para este, a contenção do poder punitivo estatal se dá não apenas através das garantias formais negativas de defesa, mas também pela possibilidade de direitos de prestação positiva, baseando-se na fragilidade das garantias tradicionais diante do funcionamento do sistema penal no plano prático. Assim, deve-se compreender que, sem que se abra mão das garantias "negativas", estas podem ser complementadas por outras garantias.

Álvaro Pires (2004), em interessante metáfora, afirma que as garantias formais consistem na linha de *Maginot*[5] do direito penal, uma vez que forneceram um sistema de segurança ilusório e não se prestaram a proporcionar proteções suficientes contra a severidade das penas, nem conseguiram cumprir a missão a que se propuseram de limitação do poder do soberano.

No mesmo sentido, para Baratta (apud SICA, 2007, p. 134):

> (...) a experiência dos últimos tempos demonstrou que o garantismo é frágil, tanto como teoria, como prática, se agir somente como um limite, e não também como um projeto: se limita a dizer que coisa não se deve fazer, quais são os meios e fins do exercício da função punitiva (...) e não oferece também indicações positivas para uma política de proteção dos direitos.

Aury Lopes Jr., que parece rejeitar a proposta restaurativa, afirma que não vislumbra a solução do conflito por outra via que não o processo penal. Para o autor:

> (...) com o delito, surgem o conflito social e a pena pública como resposta estatal (em nome da coletividade) ao autor da conduta. Mas esse poder de punir não é puro arbítrio do Estado, mas sim um poder condicionado. O Direito Penal, contrariamente ao Direito Civil, não permite, em nenhum caso, que a solução do conflito – mediante a aplicação de uma pena – se dê

5. A linha de Maginot foi uma linha de fortificação e de defesa construída pela França ao longo de suas fronteiras com a Alemanha e a Itália, após a Primeira Grande Guerra. A linha de Maginot não evitou a derrota da França no início da Segunda Guerra Mundial, na medida em que as divisões alemãs contornaram-na atacando a região de Sedan (PIRES, 2004).

> pela via extraprocessual. Pedida a atuação do Estado através da acusação, esse poder se transforma em um dever de prestar de forma efetiva a tutela jurisdicional. (LOPES JR., 2013, p. 57-59).

Todavia, o mesmo autor, mesmo sem perceber, em que pese preconizar a absoluta observância das garantias fundamentais, aduz, que no processo penal, a Constituição ainda representa uma abertura, algo a ser buscado como um ideal. É um avanço em termos de consolidação da dignidade da pessoa humana, de abertura democrática rumo ao fortalecimento do indivíduo. As propostas da justiça restaurativa caminham justamente neste sentido, repudiando o caráter autoritário do processo penal, objetivando democratizar o sistema penal e fortalecer as individualidades dos sujeitos envolvidos no processo.

A opção voluntária, livre, informada e regulada do indivíduo de apropriar-se do seu conflito, discuti-lo e, possivelmente, construir uma solução adequada, mostra-se como um mecanismo de democratização do processo, reforçando o respeito pela dignidade da pessoa humana.

Ademais, a substituição do direito punitivo por um direito restaurador, resgatando a perspectiva da vítima, além de buscar alternativas às penas, revela-se como uma busca por novas alternativas de reação penal, objetivando a proteção dos direitos humanos, enquanto indivíduos concretamente considerados.

O que se observa é que tanto o sistema penal, lido pelas lentes do garantismo, quanto a justiça restaurativa, percorrem caminhos diferentes para chegar a um mesmo objetivo: a humanização do modelo de reação penal, a valorização do indivíduo e a negação do arbítrio estatal ao punir o cidadão.

Nesse sentido, pertinente se faz a crítica feita por Sica (2007, p. 131-132):

> Ocorre que, como garantismo é um sistema fechado (em tese, ao arbítrio), pode ensejar uma leitura que acaba por torná-lo, ao invés de um avanço, um empecilho à construção de um novo modo de pensar o penal, uma barreira epistemológica ao enfrentamento e conhecimento da questão penal em sua complexidade. *As garantias representam um obstáculo mais retórico do que efetivos*. (grifos nossos)

Em síntese, justiça restaurativa e garantismo penal possuem objetivos semelhantes, em que pese este considere legítima a intervenção punitiva estatal e rejeite outras alternativas à punição, visando a limitar o poder de punir, ao passo que aquela parte da premissa da dimensão das peculiaridades concretas de cada delito, visando a construir, através de procedimentos próprios, as respostas penais mais adequadas ao conflito originado pela infração delitiva.

O rol de axiomas formulado por Ferrajoli é caracterizado por princípios penais de cunho negativo, sendo que todas as premissas prescritivas começam com uma negativa (*nullum, nulla*) e se mostram um importante ponto de partida, do qual não se pode retroceder. Todavia, não se podem visualizar as garantias formais negativas como o único meio de solução de conflitos penais. E, nesse aspecto, reside o maior atrito entre a justiça restaurativa e o garantismo penal.

Nesta esteira de reflexão, convém questionar se é possível o oferecimento de maior garantia ao cidadão do que o afastamento do risco da pena e da prisão, evitando-se toda a estigmatização do processo penal (SICA, 2007, p. 135).

A perspectiva do garantismo configura uma segurança ilusória em um contexto punitivo exarcebado, no qual, conforme consignado ao longo deste trabalho, observam-se as garantias do réu, mas o destino único é a punição.

Não se propõe aqui a eliminação das garantias fundamentais. Pelo contrário, reconhece-se a importância destas na construção de um direito penal mais humanitário. Todavia, estas não se mostram suficientes no atual contexto punitivo no qual estamos inseridos, fazendo-se necessário complementar e aprimorar a doutrina garantista e, nesse sentido, consideram-se as propostas restaurativas como mecanismos de evolução, aprimoramento e humanização do sistema penal, perseguidos pela teoria do garantismo.

6. Considerações finais

A justiça restaurativa, enquanto movimento de política criminal, surge da confluência da vitimologia e do abolicionismo, buscando conciliar e compatibilizar as contradições que podem advir de buscar suas raízes em teorias radicalmente divergentes.

A inspiração por parte da vitimologia surge a partir da necessidade de "redescobrir" a vítima, figura esquecida pelo modelo atual, dando a esta participação e emponderando-a, a fim de construir a solução adequada ao conflito.

Por outro lado, a justiça restaurativa também se apropria das críticas do discurso abolicionista para tecer as críticas ao sistema penal repressivo, questionando a legitimidade do poder punitivo estatal, bem como preconizando que há necessidade de superação do paradigma punitivo, tornando-se necessário buscar alternativas às penas, além de penas alternativas.

A diferença filosófica fundamental entre a proposta restaurativa e a teoria garantista consiste no fato de que esta ainda vislumbra como legítima a intervenção punitiva estatal, visualizando a necessidade do castigo, partindo da

premissa de que, uma vez cometido o crime, este deve levar necessariamente à sanção penal e, para tanto, devem ser observadas as garantias do cidadão.

A justiça restaurativa, por seu turno, pretende abater essa necessidade enraizada do castigo, reconhecendo essa superação da racionalidade penal moderna como etapa necessária para a evolução da sociedade, cuja harmonia se vê mais ameaçada pela premissa irracional da "necessidade" e "obrigatoriedade" do castigo, considerando que a história das penas mostra-se mais desumana do que a história dos delitos.

O que se observa é que tanto o processo penal, lido pelas lentes do garantismo, quanto a justiça restaurativa, em que pese as divergências filosóficas, percorrem caminhos diferentes para chegar a um mesmo objetivo: a humanização do sistema penal, a valorização do indivíduo e a negação do arbítrio estatal ao punir o cidadão.

O rol de axiomas garantistas configura-se em princípios penais de cunho negativo, sendo que todas as premissas prescritivas começam com uma negativa (*nullum, nulla*), constituindo um importante ponto de partida de limitação do poder de punir estatal, do qual não se pode, nem se pretender, retroceder. Todavia, não se pode visualizar as garantias formais negativas como o único meio de solução de conflitos penais, tornando a sanção penal a única reação estatal possível. E, nesse aspecto, reside o maior atrito entre a justiça restaurativa e o garantismo penal.

Assim, considera-se que as garantias formais consistem em importante conquista jurídica. Contudo, também não se vislumbram estas mesmas garantias como obstáculos intransponíveis à implantação de novos modelos de reação penal, em especial a justiça restaurativa, uma vez que esta não propõe a extinção ou diminuição das garantias, e nem do sistema penal, em que pese a sua inspiração abolicionista. O que este movimento preconiza é um novo olhar sob o sistema penal e os sujeitos envolvidos no conflito: o autor, a vítima e a comunidade.

Nessa proposta de humanização, preservação e fortalecimento dos indivíduos e repúdio ao autoritarismo estatal que permeia o modelo de processo penal tradicional, justiça restaurativa e garantismo caminham lado a lado, visando a alcançar os mesmos objetivos e mais do que competir entre si, anulando-se mutuamente, as suas propostas se complementam, uma vez que o afastamento da pena e da estigmatização causada pelo encontro do agente infrator com as instâncias de controle formal mostra-se como a maior garantia que o indivíduo pode vir a ter perante o poder punitivo estatal.

7. Referências

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal:* contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BRITO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa é possível no Brasil?* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNDU, 2005.

CÂMARA, Guilherme Costa Câmara. *Programa de política criminal orientado para a vítima de crime*. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: RT, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX, II serie, 1965.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORRIS, Alisson. *Criticando os críticos:* uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNDU, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *A justiça restaurativa da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68. São Paulo: CEBRAP, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RAMALHO JR., Elmir Duclerc. *Teoria agnóstica da pena*. Nulla vindicta sine poena, 2015. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/tag/teoria-agnostica-dapena/#_ftn2]. Acesso em: 20.10.2016.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa:* um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal:* o novo modelo de justiça e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito:* a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus, 2014.

ZAFFARONI. Eugênio Raul. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI. Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZERH, Howard. *Justiça restaurativa*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZERH, Howard. *Trocando as lentes:* um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Trad. Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Aplicabilidade da justiça restaurativa no programa "Família Acolhedora": técnicas e conhecimento, de Andréia Favaro dos Santos e Luthyana Demarchi de Oliveira – *RBCCrim* 123/187-206 (DTR\2016\24044); e
- 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).

Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de Preceito Fundamental 347

Mass incarceration and the state of exception: the judgement of the action of infringement of Fundamental Precept 347

Marcel Ferreira dos Santos

Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá/PR (UNICESUMAR). Especialista em Direito Público. Especialista em Direito Privado. Vice-Diretor e Professor da Escola da Magistratura do Paraná (Núcleo Maringá). Professor dos cursos de Pós-Graduação em Ciências Criminais e Direito Civil e Processual Civil da PUCPR (Núcleo Maringá). Juiz de Direito em Maringá-PR.
marcelfsantos@hotmail.com

Gustavo Noronha de Ávila

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Mestrado em Ciência Jurídica e da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Maringá. Professor de Criminologia e Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Professor da Especialização em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá. Bolsista Produtividade do INCETI (Instituto Cesumar de Tecnologia e Inovação).
gustavonoronhadeavila@gmail.com

Recebido em: 16.10.2016
Aprovado em: 04.02.2017
Última versão do autor: 21.02.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Neste texto, pretendemos discutir o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais relativo ao sistema carcerário brasileiro, por parte do Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Em um contexto de encarceramento em massa, com índices alarmantes de pessoas segregadas, é fundamental identificar as bases sobre as quais sobrevive este fenômeno. Trabalha-se, então, com a possibilidade de aproximação ao conceito de *estado de exceção*, de Giorgio Agamben, como forma de compreender as condições de

Abstract: In this paper we intend to discuss the recognition of the Unconstitutional State of Things related to the Brazilian emprisonment system, by the Supreme Court in the Action of Infringement of Fundamental Precept 347. In a context of mass incarceration, with alarming rates of segregated persons, it is essential to identify the basis on which this phenomenon survives. Out hypthesis is to link this context with Giorgio Agamben's concept of state of exception, as a matter of understanding the conditions of submission to the deprivation of

Santos, Marcel Ferreira dos; Ávila, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de Preceito Fundamental 347.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 136. ano 25. p. 267-291. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

submissão às privações de liberdade em nosso país. Ainda, relaciona-se à noção de Agamben com o Direito Penal do Inimigo de Jakobs, explicitando suas aproximações. Embora seja parte de uma minoria impopular, a pessoa privada de liberdade integra a democracia. O Supremo Tribunal Federal, por ser dotado de característica de poder contramajoritário, deve atenuar as constantes tentativas de uma maioria de esmagar a minoria.

Palavras-chave: Sistema carcerário – Dignidade humana – Estado de exceção – Direito penal do inimigo – Dever fundamental de proteção – Estado de Coisas Inconstitucionais.

freedom in our country. Next, we link Agamben's notion to Gunther Jakob's idea of "criminal law of the enemy". Although being an unpopular minority, the prisoner integrates the democracy. Brazilian Supreme Court, in this sense, should act like a countermajoritarian power, attenuating the constant attempts of a majority to crush the minority.

Keywords: Prison system – Human dignity – State of exception – Criminal law of the enemy – Fundamental duty of protection – State of Unconstitutional Things.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um breve panorama sobre a questão carcerária no Brasil. 3. Encarceramento em massa e estado de exceção. 4. A doutrina dos deveres fundamentais de proteção do Estado. 5. Sobre o "Estado de Coisas Inconstitucionais" (ECI) e a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347: resgate da dignidade da pessoa privada de sua liberdade?. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução

Utopia é vocábulo cuja significação pode ser facilmente apropriada quando se está diante da análise da *efetividade* do conjunto de normas jurídicas (constitucionais, infraconstitucionais e de direitos humanos) que versam – direta ou indiretamente – sobre o cumprimento da pena e o sistema carcerário brasileiro. Efetividade no sentido técnico da expressão,[1] ou seja, como a produção real por parte da norma de efeitos concretos, de forma geral, no mundo fenomênico.

O distanciamento entre a vontade da lei (*mens legis*) e a realidade do sistema carcerário nacional é acentuado e decorre da falta de vontade política do Estado em tutelar uma minoria impopular. A começar pela Constituição

1. A efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são inerentes. A noção de efetividade pode ser atrelada a um tipo específico de eficácia: a eficácia social. Corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo "o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos" (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 85).

da República, que, ao potencializar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88), assegura a um grupo vulnerável (aqueles em privação de liberdade) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, LLIV) e outros direitos tendentes a permitir o cumprimento justo e digno da pena privativa de liberdade.

Documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário também revitalizam a necessidade de proteger a pessoa encarcerada. No âmbito infraconstitucional, o descompasso entre norma e realidade pode ser facilmente observado ao tomarmos como parâmetro a Lei de Execuções Penais.

Sem embargo, os presídios e cadeias públicas afiguram-se como depósitos humanos e palcos das maiores violações aos direitos fundamentais do homem. Ao exercer a concretamente a *punibilidade*, o Estado tem cerceado não só a liberdade do cidadão, mas outros direitos fundamentais[2] não abrangidos pela sentença. Honra, privacidade, intimidade, liberdade sexual, saúde, educação, assistência jurídica, alimentação e vestuário dignos, higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento são exemplos de direitos que parecem invisíveis ao Estado.

O Brasil operacionaliza um sistema prisional que, longe de servir de instrumento de ressocialização, coloca-se como ambiência destinada à proliferação de doenças infectocontagiosas, à prática de tortura, à dizimação de encarcerados pertencentes a grupos rivais, à arregimentação de recém-ingressos no sistema prisional por facções criminosas, à corrupção interna de agentes públicos[3], ao uso excessivo de drogas ilícitas etc.

2. Não se pretende neste modesto artigo aprofundar as distinções entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Vale apenas rememorar a doutrina de Anderson Shreiber: "A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. É, por isso mesmo, a terminologia que vem sido preferida para tratar da proteção a pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre os particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional" (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13).

3. Corrupção aí, obviamente, não comporta sentido generalizado, porque não é ínsita à profissão, mas ao ser humano que eventualmente venha a exercê-la de maneira

É razoável expectar pelo retorno útil à sociedade daquele que cumprira sua reprimenda ou cautelarmente esteve custodiado nessas condições?

No presente artigo, após explicitar o arranjo normativo e o diagnóstico atual do sistema carcerário, tenciona-se correlacionar a política pública prisional brasileira com o denominado *Direito Penal do Inimigo*, de Günter Jakobs, e o *Estado de Exceção* anunciado por Giorgio Agamben.

A dimensão ou perspectiva objetiva dos direitos fundamentais implica no reconhecimento da doutrina dos *deveres fundamentais de proteção do Estado*. Realçada, ao longo do artigo, como a justificação normativa apta a exigir uma postura ativa do Estado em prol do resgate da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, são abordadas algumas imposições materiais decorrentes desse dever do Estado de proteger um grupo vulnerável de pessoas, em sintonia com a mensagem já alinhada pelo Supremo Tribunal Federal, que, na ADPF 147, ainda em sede de liminar, reconhecera o chamado "Estado de Coisas Inconstitucionais". Nomenclatura cunhada pela Corte Constitucional da Colômbia e designativa de um quadro reiterado de violações ao sistema penal.

Enfatiza-se, por fim, a necessidade de agir proativo e expansivo do Poder Judiciário. Isto está justificado na medida em que se faz necessário resgatar os compromissos internos e externos assumidos pelo Estado, no que concerne à tutela da pessoa em privação de liberdade. Pertencente a um grupo vulnerável (minoria impopular) insuscetível de conferir publicidade positiva à atuação dos parlamentares, e, portanto, relegado.

É nesse contexto que o presente artigo pretende levar o leitor à reflexão sobre a relação entre (in) efetividade do sistema carcerário nacional e o dever fundamental de proteção do Estado.

2. Um breve panorama sobre a questão carcerária no Brasil

Há 32 disposições só no artigo 5º do Texto, destinadas à proteção, direta ou indireta, das garantias da pessoa privada de liberdade. O plexo de normas revela um compromisso aparente do Estado. Mesmo em períodos de instabilidade social, inclusive, a exemplo do *estado de defesa* – em que liberdades individuais experimentam justificadamente restrições episódicas em prol do

disforme, contrária à lei e à moral. Os profissionais que atuam junto ao sistema penitenciário merecem respeito da sociedade, na medida em que estão em contato permanente com a situação gravíssima do sistema carcerário. O que, aliás, reflete no direito ao adicional de insalubridade e periculosidade.

interesse maior da coletividade –, quem está segregado tem tratamento normativo adequado (art. 136, § 3º, I, II, III e IV, CR/88).

As garantias legais previstas durante a execução da pena ou cumprimento de prisão cautelar estão previstas, também, em documentos internacionais: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e Resolução da ONU, que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento da pessoa privada de sua liberdade.

A Lei de Execução Penal, aprovada na década de 80, encampa rol extenso de direitos e deveres do preso (artigos 38 e 41, ambos da LEP) objetivando a humanização do cumprimento da pena. Na abertura do diploma (artigo 1º, LEP), consta o móvel primário da execução penal: efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições harmônicas para integração social do condenado e do internado. O cumprimento da pena se dará em cela individual, com área mínima de seis metros quadrados, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo haver, ainda, compatibilidade entre a estrutura física do presídio e a sua capacidade de lotação (art. 88).

É indene de dúvida que o Brasil possui sistema normativo interno de relativamente moderno e adequado aos padrões de um país periférico, reforçado por compromissos assumidos no âmbito da ordem internacional. Não carece, assim, de leis.

O problema, a bem da verdade, reside na falta de interesse político em fazer valer a vontade da Constituição.[4] A envolver uma minoria lamentavelmente invisível aos olhos da sociedade e, especialmente, do Parlamento, políticas públicas relacionadas a detentos não dão votos e, por isso mesmo, dificilmente encontram apoio dos congressistas.

O quadro de violação massiva a direitos fundamentais e a falência de políticas públicas são permeados por uma cultura punitiva por meio da qual é muito mais fácil sustentar, por exemplo, que a pessoa privada de sua liberdade que queima o próprio colchão deve dormir no chão ou, ainda, que "bandido bom é bandido morto", do que reconhecer parcela de culpa da sociedade pela deterioração do tecido social. Cultura em que a saída temporária, equivocadamente generalizada por alguns órgãos de imprensa de indulto, é tratada como a causa da insegurança, e não como mecanismo apto a oxigenar o ambiente prisional.

4. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Conferir, ainda, a visão de VAINE, Bruno Zilberman. A força normativa da Constituição como garantidora da segurança jurídica: uma análise das obras de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. *Revista Brasileira de Direitos Constitucional (RBDC)*, n. 10, jul.-dez., 2007. p. 97.

A partir do século XIX, a pena de prisão passou a ser considerada como instrumento adequado a reformar o delinquente. Um sentimento positivo permeou a sociedade. Lastreado na convicção de que a prisão poderia ser o meio idôneo a realizar as finalidades da pena, especialmente ressocializar o condenado. O ambiente otimista, todavia, sucumbiu frente a uma descrença na pena privativa de liberdade.[5]

Nesse contexto, a Dignidade das pessoas submetidas ao cárcere é questão fundamental de ser analisada. De difícil definição, Dignidade é uma daquelas expressões cuja abertura conceitual permite a construção e o preenchimento do respectivo conteúdo pelo intérprete de acordo com as suas próprias paixões, pré-compreensões, visões de mundo e propósitos (elogiáveis ou não). Reveste-se de acerto a metáfora de Luís Roberto Barroso, ao alinhar que a dignidade, como conceito jurídico, estaria a funcionar habitualmente como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores.[6]

Na acepção de Ingo Wolfgang Sarlet:

> A dignidade humana constitui-se em "qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos"[7].

A atual quadra do sistema prisional brasileiro parece desconhecer ou desprestigiar as lições acima. Segundo dados do último diagnóstico de pessoas presas no Brasil[8], elaborado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscaliza-

5. BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
6. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:* a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial. Rio de Janeiro: Fórum, 2014. p. 10.
7. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.
8. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico de pessoas presas*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: 10.06.2016.

ção do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF,[9] o panorama é desesperador.

Temos um total de 622.202 pessoas presas, em nosso país. Para comportar toda essa população nos estabelecimentos carcerários, seria necessário gerar ao menos outras 250.318 vagas.

O Ministério da Justiça revelou, no ano de 2004, o aumento de mais de 400% em 20 anos de pessoas presas no Brasil. O Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, dá conta de que a média mundial de encarceramento é de 144 encarcerados para cada 100 mil habitantes. No Brasil, esse sobe para 300 pessoas privadas de sua liberdade. Dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009)[10] e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ[11] também expõem a triste realidade brasileira.

9. Órgão criado pela Lei 12.106/2009, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, cujos objetivos estão assim dispostos no artigo 1º, a saber: "I – monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça em relação à prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes; II – planejar, organizar e coordenar, no âmbito de cada tribunal, mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes e para o aperfeiçoamento de rotinas cartorárias; III – acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas; IV – fomentar a implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário; V – propor ao Conselho Nacional de Justiça, em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas, a uniformização de procedimentos, bem como de estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria; VI – acompanhar e monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas; VII – acompanhar a implantação e o funcionamento de sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias; VIII – coordenar a instalação de unidades de assistência jurídica voluntária no âmbito do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas".
10. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701]. Acesso em: 10.06.2016.
11. O Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional, tem realizado, desde agosto de 2008, mutirões carcerários. Os dados de todos os mutirões podem ser encontrados no seguinte endereço eletrônico: [www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/relatorios]. Acesso em: 10.06.2016.

Os números, a um só tempo, expõem a falência do sistema prisional brasileiro e a necessidade premente de a sociedade civil refletir e participar da construção das soluções para os problemas gravíssimos que cedo ou tarde a atingirão.

As situações apontadas no ponto anterior indicam violação aos seguintes dispositivos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III); a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III) e das sanções cruéis (artigo 5º, XLVII, *e*); o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, XLVIII); respeito à integridade física e moral dos presos (artigo 5º, XLIX) e; a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, LVII); direitos fundamentais à saúde, à educação, à alimentação apropriada e acesso à Justiça.

Dentro desse quadro é que foi proposta, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, a ADPF 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, com lastro em profícuo estudo da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ. Em seu voto, o Ministro sintetizou o quadro de violações presentes no sistema carcerário:

> Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia. A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: *superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.*
>
> Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que "a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa

> humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário".
>
> Consta, na representação da Clínica UERJ Direitos, que, nos presídios e delegacias, por todo o país, *as celas são abarrotadas de presos*, que *convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, "dentro" das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou contêineres*. Muitas vezes, *precisam se revezar para dormir.*
>
> Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os *presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação* representam *perigo constante e risco à saúde*, ante a exposição a agentes causadores de *infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos*, nos quais escorrem urina e fezes. Os *presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade*, que, muitas vezes, chega a eles *azeda ou estragada*. Em alguns casos, *comem com as mãos ou em sacos* plásticos. Também *não recebem material de higiene básica*, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em *cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo* menstrual. Além da *falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo*, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os *massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento*. Sofrem com *a tortura* policial, *espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos*, tiros com bala de borracha. Quanto aos grupos vulneráveis, há *relatos de travestis sendo forçados à prostituição*. Esses casos revelam a *ausência de critério de divisão de presos por celas, o que alcança também os relativos a idade, gravidade do delito e natureza temporária ou definitiva da penalidade*. O sistema como um todo surge com *número insuficiente de agentes penitenciários*, que ainda são *mal remunerados*, *não recebem treinamento* adequado, *nem contam com equipamentos* necessários ao desempenho das próprias atribuições. O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A *situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação*, devendo ser reconhecida a *inequívoca falência do sistema prisional brasileiro.* (grifos nossos)[12]

Com tanta violação a direitos fundamentais, não há como passar despercebida a reflexão sobre se haveria apenas uma deficiência (não intencional)

12. BRASIL. STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*, rel. Min. Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 06.06.2016.

em matéria de políticas públicas carcerárias ou, ao revés, uma opção velada do Estado de apartar a pessoa privada de sua liberdade das garantias fundamentais.

Fundamental, nesse sentido, investigar os motivos pelos quais este quadro subsiste. Em termos político-criminais, em que pesem os contextos diversos de sua aplicação, possível em uma justificação das violações a partir do Direito Penal do Inimigo de Günter Jakobs.

O autor alemão, discípulo de Hans Welzel, embasado na teoria dos sistemas sociais do sociólogo Niklas Luhmann, criou o funcionalismo sistêmico (radical). Sustenta que o Direito Penal tem a função primária, direta, de proteger a norma e, indiretamente, de tutelar os bens jurídicos mais fundamentais.

Jakobs desenvolveu a teoria do Direito Penal do Inimigo, na qual distingue o cidadão do inimigo e trabalha com dois mecanismos repressivos distintos. Um destinado aos cidadãos e outro àqueles considerados inimigos. As concepções filosóficas enraizadas no contratualismo de Jean Jacques Rousseau[13] e de Thomas Hobbes dizem que o indivíduo tem um papel na comunidade e, por isso mesmo, deve cumprir com aquilo que se espera dele, sob pena de deixar de ser parte integrante desta, transmudando de cidadão para inimigo.

Em um contexto onde o medo parece ser o combustível das ações político-criminais, seja em termos legislativos, executivos e mesmo judiciários (veja-se a relativização recente da presunção da inocência), o fomento de inimigos sociais passa a ser crescente.[14] Despi-los de direitos é o passo seguinte.

O inimigo, para Jakobs, rompe o contrato social e se desliga do direito. Não respeita o ordenamento jurídico e, consequentemente, não é merecedor

13. "Em correspondência com isso, afirma Rosseau que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo do que como cidadão. De modo similar, argumenta Fichte: quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos" (JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25).

14. PINTO, Nalayne Mendonça. *A construção do inimigo:* um estudo sobre as representações do mal nos discursos de política penal. Disponível em: [www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2029/NALAYNE%20PINTO.pdf]. Acesso em: 10.02.2017.

de qualquer apoio do Estado.[15] Uma construção da divisão entre o Mundo do Bem (o dos cidadãos, especialmente norte-americanos) e o Eixo do Mal (dos inimigos).

As características do que convencionou denominar de Direito Penal do Inimigo são:[16] a) caráter prospectivo e não retrospectivo (pune o inimigo pelo o que ele poderá fazer, em razão do perigo que representa); b) o inimigo não é visto como um cidadão, não é sujeito de direito; c) o direito penal do cidadão é aplicado para manter a vigência das normas, ao passo que o direito penal do inimigo serve a combater perigos; d) pune-se o inimigo pela sua periculosidade, e não pela sua culpabilidade; e) garantias processuais aplicadas ao inimigo são relativizadas ou até mesmo suprimidas.

Um dos maiores críticos à teoria é Eugênio Raúl Zaffaroni. O autor destaca a contradição interna do pensamento de Jakobs da seguinte maneira:

> A essência do trato diferencial que se dá ao inimigo, consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa e somente o considera, mais abaixo, como ente perigoso ou danoso. Por mais que se relativize a ideia, quando se propõe distinguir entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), se faz referência a humanos que são privados de certos direitos individuais em razão de que se deixou de considerá-los pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que apresenta a aceitação do hostil no direito como o princípio do estado de direito. Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, portanto, que necessita de pura contenção, lhe retiram ou lhe negam seu caráter de pessoa, ainda que lhe reconheçam certos direitos (por exemplo, testar, contrair matrimonio, reconhecer filhos, etc.), ou a quantidade de direitos dos quais alguém é privado que lhe retira a

15. GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Jakobs e o direito penal do inimigo, p. 538. In: BITENCOURT, César Roberto (Coord.) *Direito penal no terceiro milênio:* estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 535-553.

16. GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). *Conteúdo Jurídico*. Brasília/DF, 27.11.2010. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1]. Acesso em: 27.07.2016. No citado artigo, o autor explica que, na obra: JAKOBS, GÜNTER e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, o penalista abandonou de forma aberta o viés apenas descritivo do denominado Direito Penal do inimigo (divulgado em 1985, na *Revista de Ciência Penal* – ZStW, n. 97, 1985. p. 753 e ss.), e explicitou a tese afirmativa, legitimadora e justificadora da forma sintomática de pensar do Direito Penal (p. 47).

> condição de pessoa, mas a razão mesma em que baseia essa privação de direitos, ou seja, quando se priva alguém de algum direito somente porque a considera puramente como um ente perigoso.[17]

Embora a teoria pareça reservar a aplicação da segregação entre cidadão e inimigo a casos mais graves de violação à ordem jurídica, a exemplo do terrorismo, a postura estatal brasileira de indiferença para com os direitos fundamentais dos cidadãos encarcerados parece revelar traços ideológicos de criação da figura de um inimigo (o preso). Um inimigo em que a sociedade cada vez mais deixa de depositar esperanças, reconhecendo o fracasso do sistema.

De uma forma ou de outra, o Estado brasileiro está a tratar o custodiado como um inimigo da sociedade. E essa lógica é tão velada e permanente que, de forma inconsciente, faz o cidadão pressupor haver normalidade na sua base. Debate público atual algum, com exceção da CPI do sistema carcerário, se visualiza no parlamento federal em torno da melhoria do sistema prisional. As tentativas de resgate histórico dessa minoria têm partido do Poder Judiciário, mormente do Conselho Nacional de Justiça.[18]

---

17. Texto original: "la esencia del trato diferencial que se depara al enemigo, consiste en que el derecho le niega su condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la ideia, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de certos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primeira incompatibilidade que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el princípio del estado de derecho. En la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necessitado de pura contencíon, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (por ejemplo, testar, contraer matrimonio, reconhecer hijos, etc.). o es la cantidad de derechos de los que se priva a alguien lo que cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privacíon de derecho, es decir, cunado se priva a alguien de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso" (ZAFFARONI, Eugênio Raul. *El enimigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 48).
18. O Projeto "Cidadania nos Presídios", de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, tem apresentado bons resultados, a partir do reconhecimento e valorização de direitos dos apenados, com a discussão de dinâmica e metodologia novas para o sistema de execução e fiscalização das penas. Para saber mais sobre o projeto, acesse em: [www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios]. Acesso em: 10.06.2016.

3. Encarceramento em massa e estado de exceção

Quais são as bases que permitem aflorar o Estado de Coisas Inconstitucionais relativo ao sistema carcerário? Além do Direito Penal do Inimigo de Günter Jakobs, também é possível aproximação com as questões identificadas no pensamento do filósofo italiano Giorgio Agamben. Este autor trabalha com a figura do direito romano arcaico do *homo sacer*. Representada naquele que pode ser morto sem que sua morte configure homicídio, sacrifício ou a execução de uma pena. *Homo sacer* era, assim, a pessoa excluída de todos os direitos civis, enquanto a sua vida era considerada "santa" em um sentido negativo.[19]

Ao dialogar com Foucault, H. Arendt e outros pensadores, Agamben identifica a construção de um estado de exceção como paradigma de governo dos Estados contemporâneos, incluindo os democráticos, e, ainda, realiza uma investigação acerca do "significado biopolítico[20] do estado de exceção"[21]. Alinha a posição do soberano diante da exceção e rememora o debate entre Carl Schmitt e Walter Benjamin sobre papel da exceção (se jurídico ou político).

A ideia central dessa obra de Agamben surge a partir do caso do Estado nazista, quando Hitler, ao "assumir" o poder, promulgou, no dia 28 de fevereiro de 1933, o Decreto para a proteção do povo e do Estado, suspendendo artigos da Constituição relativos a liberdades individuais. O decreto não fora revogado e, por isso mesmo, o Terceiro Reich consubstanciaria, sob uma perspectiva jurídica, como um estado de exceção que durou dez anos.[22]

19. AGAMBEN, Giorgio (2004a). Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 79. A figura do *homo sacer* apresenta similaridade com o personagem Caim, da mitologia judaico-cristã. Autores como Zygmunt Bauman, Hannah Arendt e, recentemente, Slavoj Zizek utilizaram o termo para designar a condição de alguns povos da história recente. Zizek aproxima o termo daqueles que, como o povo do Afeganistão, adquirem essa espécie de existência sagrada e, paradoxalmente, negativa. Ele utiliza a imagem do avião distribuindo alimentos para uma população que acabara de ser atacada por um bombardeio.
20. O conceito de biopolítica surgiu, pela primeira vez, no pensamento de Foucault, numa palestra proferida no Rio de Janeiro, intitula da "O Nascimento da Medicina Social" (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 79-98). Apenas com a publicação de *A vontade de saber* (1976) e, depois, com os cursos ministrados no Collège de France, intitulados Em Defesa da sociedade (1975-1976), Segurança, Território e População (1977-1978) e Nascimento da Biopolítica (1978-1979), que Foucault dá a importância e a amplitude que esse conceito merece.
21. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. p. 14.
22. Ibidem, p. 14.

Sobre aquilo que denomina de totalitarismo moderno, anota:

> O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico), tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.[23]

O *estado de exceção* conduz à suspensão/neutralização do direito. Não se trata de um direito especial, tal como o típico direito de guerra, mas sim, da suspensão da própria ordem jurídica. É um *locus* vazio de direito no qual se suprime radicalmente o estatuto jurídico do indivíduo. De forma paradoxal, o estado de exceção acaba sendo condição *sine qua non* da existência do direito, seja do ponto de vista da fundação da ordem jurídica (na origem, toda ordem jurídica consiste em um ato de violência originária), seja do ponto de vista da sua manutenção.[24]

Conquanto traduza a suspensão do direito, também é condição de sua existência, de modo a se estabelecer uma relação dialética entre norma e anomia.[25] Quando o estado de exceção se torna regra, sobressai uma situação de emergência permanente, na qual a indistinção entre norma e anomia passa a ser a regra e o fim do direito.

A exceção afigura-se travestida de uma espécie de exclusão da norma geral, mas que mantém uma relação com a norma na forma de suspensão. O estado de exceção, por consequência, seria a situação que resulta desta suspensão.

O controle excessivo de imigrantes na Europa está a indicar, por exemplo, o estado de exceção dentro do próprio Estado Democrático de Direito. O envio de tropas pelos EUA ao Iraque e ao Afeganistão é projeção desse tipo de parâmetro de governo. A *military order* é a significação mais visível do estado de exceção.

A acepção acima parece se amoldar à situação do Estado brasileiro no que concerne ao sistema carcerário. A insensibilidade dos governantes transparece

23. Ibidem, p. 13.

24. Ibidem, p. 61.

25. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. p. 93, 96 e 98.

a adoção de um estado de exceção em que a pessoa privada de sua liberdade é tratada de forma semelhante ao *homo sacer* do direito romano arcaico.

Walter Benjamin, na tese VIII da obra *Sobre o conceito de história*, averba, com profundidade, que "a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade regra geral".[26]

A coisificação do indivíduo nos acostuma com o rompimento da regra, sem que isso transpareça anormal. O que deveria ser no máximo uma exceção (violação episódica de direito fundamental) transmuta-se para uma regra (violação massiva de direitos fundamentais). Nesse contexto é que Agamben averba que "o *estado de exceção* se apresenta com a forma legal daquilo que não pode ter formal legal".[27]

4. A doutrina dos deveres fundamentais de proteção do Estado

Integrante ou não de uma maioria, todo cidadão, indistintamente, tem direito a um sistema de direitos fundamentais. Na democracia, vence a maioria, mas sem esmagar a minoria[28]. O que reforça a indispensabilidade de se acautelar os direitos fundamentais dos grupos vulneráveis, incluindos, aí, os cidadãos privados de sua liberdade.

Tal sistema de direitos fundamentais envolve dimensões distintas: uma subjetiva e outra objetiva. A primeira está enraizada a partir da perspectiva do Estado Liberal, que funciona como limitador do poder do soberano, de modo a impor um dever jurídico de abstenção e, com isso, proteger o valor igualdade. A segunda tem por marcos o Estado Social e a concepção remodelada que passa a exigir novos direitos ligados ao valor igualdade.

A dimensão objetiva pressupõe afirmar que, a par de estabelecer certas prestações aos poderes estatais, os direitos fundamentais fixam também os valores

26. BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas*. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 9-20.

27. Ibidem, p.12.

28. Inúmeras obras abordam o valor da democracia a partir de uma perspectiva de direitos fundamentais: SEM, Amartya. *El valor de la democracia.* Espanha: Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2006; BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001; HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1; BOBBIO, Norbetto. *O futuro da democracia:* uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997; RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

mais importantes em uma comunidade política.[29] Nesse contexto contemporâneo dos direitos fundamentais, o Estado deve, de um lado, se abster de violar tais direitos, e, de outro proteger, seus titulares. Essa visão, ainda, remete à necessidade de se aplicar a teoria dos *deveres fundamentais de proteção*. Não se exige apenas a abstenção por parte do Estado a fim de acautelar ou concretizar determinado direito fundamental, mas também um dever fundamental de proteger o cidadão. Um dever que tem como destinatário o Parlamento, o Executivo e o Judiciário.[30]

Sobre este tema, nos diz Daniel Sarmento:

> A dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade jurídica. Estes valores, através dos princípios constitucionais que os consagram, penetram por todo o ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos, e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele atue concretamente para protege-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daqueles proveniente dos atores privados. A afirmação da dimensão objetiva constitui um reforço aos direitos fundamentais, que amplia o seu raio de atuação, permitindo que eles transcendam o domínio das relações entre indivíduo e Estado ao qual estavam confinados pela sua interpretação liberal positivista. É possível transplantar para o direito brasileiro está doutrina, nascida em solo alemão, já que ela não apenas se revela perfeitamente compatível com o espírito da Constituição de 88, como representa uma importante contribuição para o enfrentamento jurídico dos graves problemas da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade e pela violência, e tão necessitada da afirmação concreta dos valores constitucionais e dos direitos humanos. Todavia, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com sua projeção sobre toda a ordem jurídica, não pode resultar em confisco total da liberdade de conformação do legislador, essencial num Estado que se pretenda democrático.[31]

A afirmação da dimensão objetiva, ao deflagrar a existência de um dever fundamental do Estado de proteção aos seus cidadãos, sem distinção de classe social, cor, idade, sexo, constitui um reforço aos direitos fundamentais, na

29. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 134.

30. Ibidem, p. 160.

31. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 172.

medida em que se aloca, sem dúvida, como o parâmetro normativo impositivo de resgate da dignidade de quem está privado de sua liberdade e da funcionalidade que se espera do sistema carcerário.

O Supremo Tribunal Federal, na Representação, já acolhera a doutrina do dever fundamental de proteção na Intervenção Federal 114-Mato Grosso (conhecido "Massacre de Matupá"). Reconheceu-se que os poderes públicos estão obrigados não apenas a absterem-se de violar os direitos fundamentais dos seus cidadãos, mas também a protegê-los diante de lesões e ameaças perpetradas por terceiros, inclusive particulares.

Vê-se que a dimensão objetiva conduz à necessidade de se aplicar a doutrina dos deveres fundamentais de proteção. Não se exige apenas a abstenção por parte do Estado a fim de acautelar ou concretizar determinado direito fundamental. Mas, também, um dever fundamental de proteger o cidadão.

Tal dever é acentuado ao passo que se tem por agravada a violação de determinado grupo de pessoas, a exemplo das pessoas privadas de sua liberdade (direito das minorias).

A necessidade de se evitar a mora acentuada na concessão de benefícios aos condenados, a implementação de um sistema efetivo de assessoria jurídica aos apenados, a fiscalização habitual das unidades prisionais, a neutralização da precariedade e insalubridade dos ambientes prisionais, a contenção do sedentarismo do apenado, a ordenação e articulação do sistema pelo Conselho Nacional de Justiça, a criação de cultura dos mutirões carcerários, a implementação adequada das medidas diversas às prisões cautelares e a operacionalização gradual e efetiva, em todo o território nacional, da audiência de custódia, dentre outras, são concretizações materiais básicas oponíveis ao Estado (Judiciário, Executivo e Legislativo) a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

5. Sobre o "Estado de Coisas Inconstitucionais" (ECI) e a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347: resgate da dignidade da pessoa privada de sua liberdade?

Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) é expressão cunhada pela Corte Constitucional da Colômbia, a fim de designar toda e qualquer situação massiva, generalizada e contínua de violação a direitos fundamentais.[32]

32. Sobre o tema, ver a tese de Carlos Alexandre de Azevedo Campos: *Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional*, defendida, em 20.03.2015, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da UERJ (Direito Público) e aprovada com

A racionalidade do conceito permite concluir que países periféricos, certamente, experimentam variadas situações de estado de coisas inconstitucionais. Saneamento básico, mortandade infantil, falta de alimentos, alta taxa de criminalidade etc. Não é, consequentemente, figura exclusiva da situação carcerária colombiana.

A aplicação desse conceito no âmbito nacional é recente e desperta questionamentos. Um primeiro, no sentido de como poderia, o Supremo Tribunal Federal, valer-se de um conceito da Corte Constitucional da Colômbia.

A adoção de conceitos formatados na jurisprudência de países periféricos não é da tradição do Supremo Tribunal Federal, mas, no caso específico, se justifica porque é exatamente nessas localidades, e não nos países centrais (de primeiro mundo), que ocorrem com frequência violação massiva de direitos fundamentais e enfrentamento por parte do Estado.

A Colômbia e a África do Sul[33] têm se notabilizado na defesa de direitos fundamentais, com o enfrentamento de situações graves como a do Brasil, levando as instituições públicas ao diálogo institucional transnacional.

O primeiro caso de reconhecimento, pela Corte Constitucional da Colômbia,[34] do ECI não tratava do sistema carcerário, mas da situação de pouco mais de quarenta professores dos Municípios de María La Baja e Zambrano, os

distinção e louvor por banca composta pelos Professores Doutores Daniel Sarmento (orientador), Luís Roberto Barroso, Rodrigo Brandão, Carlos Ayres Britto e Eduardo Mendonça. Citado na petição inicial, o autor explicita os seguintes requisitos para a configuração do ECI: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; b) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

33. Luís Roberto Barroso, ao tratar da dignidade da pessoa humana no discurso transnacional, averba: "também é importante notar que algumas cortes que foram instituídas mais recentemente, como a Suprema Corte do Canadá e a Corte Constitucional da África do Sul tornaram-se "particularmente influentes" e são frequentemente citadas por outras cortes" (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 35.)

34. Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997.

quais teriam experimentado recusa a direitos previdenciários pelas autoridades locais, sobrevindo investigação da Corte indicativa de falhas estatais.

Apenas no ano de 1998, a Corte Constitucional da Colômbia declarou o ECI sobre a superlotação das penitenciárias do país (Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín).[35] Houve a certificação, com base em estudos técnicos, de que o quadro de violação de direitos era generalizado na Colômbia.

A "tragédia diária dos cárceres" passou a ser vista com cautela pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da premissa do supraprincípio da dignidade.

A corte, então, declarou o ECI e fixou determinações materiais. Elaboração de plano de construção de presídios. O Governo foi instado a providenciar recursos orçamentários necessários etc.

A experiência foi suficiente para inspirar diversos outros países, a exemplo do Brasil, e, após longo período, provocou um dos mais amplos debates no Supremo Tribunal Federal, a partir do ajuizamento da ADPF 347, proposta pelo Partido Social, com base nos estudos do Laboratório de Clínicas da UERJ, atualmente capitaneado por Daniel Sarmento.

O Partido Socialismo e Liberdade ajuizou a ADPF 347 e requereu liminar para o fim de determinar[36] uma série de medidas para garantir um mínimo digno de tratamento às pessoas privadas de sua liberdade no país.

---

35. Na Sentencia de Tutela (T) – 153, de 1998.

36. Elencamos, a seguir, a íntegra dos pedidos exarados:

    1) em relação aos juízes e tribunais: "a) que averbem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;"

    2) em relação ao juiz da execução penal: "a) que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de

O plenário acolheu, em parte, a liminar, para determinar a realização de audiências de custódia, em até 90 dias, em todo o território e o descontingenciamento das verbas do FUNPEN.

---

regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; b) que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;"

3) Em relação ao Conselho Nacional de Justiça:" a) que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f"; h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos."

No mérito, além da confirmação das medidas cautelares, pede que:

"a) haja a declaração do "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro;

b) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro;

c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT;

d) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas;

e) o plano seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas;

f) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de

É a primeira ação judicial dotada de móvel interventivo na estrutural no sistema prisional brasileiro. Intervenções pontuais e esparsas, até então, abordavam pretensões de obrigação de fazer dirigidas à reforma de presídios. O próprio Supremo Tribunal Federal, recentemente, reconhecera a possibilidade de o Judiciário exigir reformas nos presídios sem que isso implique violação à separação (RE 592.581). De relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em repercussão geral, anotou-se a viabilidade de o Judiciário obrigar a União e os Estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos encarcerados, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação de sua dignidade da pessoa humana e inobservância de seu mínimo existencial.

A Corte tem tomado uma série de decisões com os olhos voltados ao sistema carcerário. No Recurso Extraordinário 580.252/MS (rel. Min. Teori Zavascki), embora a votação ainda esteja em aberto, o Min. Luís Roberto Barroso propôs

---

Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

g) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do "estado de coisas inconstitucional" na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma;

h) sejam submetidos os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria-Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo;

i) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

j) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil." (BRASIL. STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*, rel. Min. Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 06.06.2016).

sejam os danos morais causados aos encarcerados por superlotação ou condições degradantes reparadas, preferencialmente, pela remição de parte do tempo da pena – à razão de um dia de remição para cada três a sete dias cumpridos sob essas condições adversas, a critério do juiz da Vara de Execuções Penais competente. Para o Ministro, é legítimo computar o tempo de prisão sob condições degradantes com mais valia, usando a técnica da remição.

No julgamento de *Habeas Corpus* (HC 118.533/MS), o Supremo Tribunal Federal discutiu se o chamado tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, deve ser considerado crime de natureza hedionda. Na sessão de 01/06/2016, por maioria, foi afastada a hediondez do tráfico privilegiado. A questão de fundo dos debates ficou centralizada na superlotação dos presídios. No Recurso Extraordinário 641.320/RS (rel. Min. Gilmar Mendes), o Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao direito de o condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir a pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional.

A decisão da ADPF coloca nas mãos do Judiciário, mais uma vez, a possibilidade de regressão do quadro de hiperencarceramento pela qual este órgão também é responsável. Caso os pedidos da inicial sejam deferidos, importantes questões podem avançar. Especialmente no tocante à maior relativização de prazos objetivos para que se coloque a pessoa em liberdade. Considerar o tempo da prisão, diferente do cronológico, mas também interpretado à luz do estado de coisas inconstitucionais, por exemplo, já ampliará significativamente o espaço para atenuação judicial do drama carcerário vivido pelo Brasil. A interrogante futura será no sentido da (in)existência de vontade política também dos atores judiciais para reconhecer tal quadro.

6. Conclusões

A lei representa ou condensa o produto da vontade da maioria. Roberto Lyra Filho já sustentara que a legislação abarca, em maior ou menor medida, Direito e Antidireito, ou seja, "Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido".[37]

O nosso sistema *normativo* carcerário, independentemente dos interesses que o cercam, é adequado a um país tido como periférico como o nosso. O seu

37. LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 3.

destinatário imediato – o preso (provisório ou definitivo) – deveria ser o ponto de partida e o de chegada do Estado brasileiro na consecução da vontade do legislador. Infelizmente, os poderes instituídos abandonaram a promessa do constituinte, do legislador infraconstitucional e do próprio executivo ao assumir tratados internacionais.

Uma minoria impopular, incapaz de atender aos interesses políticos e econômicos de uma maioria alinhada ao modelo político de governo, que procura transparecer para a sociedade que aquilo que deveria ser exceção (desrespeito episódico a direito do encarcerado) passa a ser a regra (violação massiva), reclama por resgate de sua dignidade.

A postura do Estado brasileiro, em matéria de política pública, carcerária expõe uma opção de tratamento da pessoa privada de liberdade como um inimigo institucional. O *home sacer* do direito romano arcaico. O Estado de Exceção, anunciado por Giorgio Agamben, leva à reflexão de quão intensa é a sedução provocada pelo sistema de poder no espírito do soberano para que suprima direitos.

É necessário que o Poder Judiciário, conjuntamente com os demais Poderes, assuma sua parcela de responsabilidade nas exorbitantes taxas de encarceramento e, caso provida a ADPF, possa ao menos diminuir os efeitos nefastos do cumprimento de pena nas mais plenas condições de miserabilidade humana.

7. Referências

ADORNO, Sérgio; FISCHER, Rosa Maria. *Análise do sistema penitenciário do Estado de São Paulo:* o gerenciamento da marginalidade social. São Paulo: Relatório de Pesquisa CEDEC, 1987.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *O poder soberano e a vida nua:* homo sacer I. Lisboa: Editorial Presença, 1998.

ARAÚJO JR., João Marcelo de. *Privatização das prisões*. Rio de Janeiro: Ruan, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:* a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 1999.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1993.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia:* uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOLSANELLO, Elio. Panorama dos processos de reabilitação de presos. *Revista Consulex*, ano II, n. 20. ago. 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*, rel. Min. Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 06.06.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico de pessoas presas*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: 10.06.2016.

DOTTI, Rene Ariel. *Bases alternativas para um sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I:* a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1976.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1975.

HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCH, Ernst. *O princípio esperança*. Trad. Nélio Schneider. Rio de janeiro: Contraponto, 2005. v. 1.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

PINTO, Nalayne Mendonça. *A construção do inimigo:* um estudo sobre as representações do mal nos discursos de política penal. Disponível em: [www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2029/NALAYNE%20PINTO.pdf]. Acesso em: 10.02.2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftn3]. Acesso em: 07.07.2016.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VAINE, Bruno Zilberman. A força normativa da Constituição como garantidora da segurança jurídica: uma análise das obras de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. *Revista Brasileira de Direitos Constitucional (RBDC)*, n. 10, p. 97. jul.-dez., 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *El enimigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ, de Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Hamilton Gonçalves Ferraz – *RBCCrim* 129/257-284 (DTR\2017\383);
- Audiência de custódia – a inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIN 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015, de Hugo Otávio Tavares Vilela – *RT* 970/195-208 (DTR\2016\22224);
- Editorial dossiê "encarceramento em massa": do conceito à prática – um enfrentamento criminológico da política criminal a partir da realidade marginal, de Érica Babini L. do Amaral Machado – *RBCCrim* 129/17-38 (DTR\2017\392); e
- O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil, de Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 129/137-180 (DTR\2017\380).

O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil

Moro hammer: the "Lava Jato operation" and the emergence of judges partisans *in Brazil*

Matheus Felipe de Castro

Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito do Departamento de Direito da mesma Instituição. Professor Titular e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina-UNOESC. Advogado em Florianópolis.
matheusfelipedecastro@gmail.com

Recebido em: 19.10.2016
Aprovado em: 17.12.2016
Última versão autor: 07.01.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo toma de empréstimo algumas polêmicas que vêm sendo fomentadas pela atuação da "Operação Lava Jato", para, a partir delas, retomar a literatura da Criminologia Crítica, que desde os anos 1960 havia, no Brasil e no mundo, fixado a natureza intrinsecamente bélica do Direito e do Processo Penal, constatando o seu poder de violação de direitos humanos e recomendando, enfim, a sua abolição ou a sua minimização aos limites do estritamente indispensável para o convívio social. A partir dessas polêmicas, o artigo retoma três frentes de trabalho: a natureza inquisitorial do processo penal brasileiro; o Estado de Exceção como *alter ego* do Estado de Direito e não como sua negação; a atuação prática e cotidiana do sistema penal na forma de um Direito Penal do inimigo, estruturalmente seletivo e rotulador; e o esgotamento dos conceitos estreitos de judicialização da política e de ativismo judicial e o surgimento, no seu lugar, de um conceito mais adaptado ao

Abstract: The article discusses the "*Lava Jato* Operation", retaking the literature of Critical Criminology, which since the 1960s had, in Brazil and in the world, set the bellicose nature of the law and criminal procedure, noting its ability to violate human rights and recommending its abolition or minimization of the limits indispensable to social life. From these polemics, the Article follows: the inquisitorial nature of the Brazilian criminal proceedings; the State of Exception as "alter ego" of the rule of law and not as a denial; the practical application of the penal system and enemy criminal law, structurally selective and labeler; and the depletion of legalization of concepts of political and judicial activism and the emergence of a more adapted to the time concept: *Partisans* Judges or militants. The theoretical reference was the Critical Criminology and its method, the dialectic. The work is structured as follows: 1) Introduction: the warlike nature of criminal law;

Castro, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 136. ano 25. p. 293-319. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

momento presente: o de Juízes *Partisans* ou militantes. O referencial teórico do trabalho foi a Criminologia Crítica e o seu método, o dialético, consistente em sintetizar conceitos após análise prévia dos fatos empíricos envolvidos. O trabalho está estruturado da seguinte forma: 1) Introdução: a natureza bélica do direito penal; 2) A natureza intrinsecamente inquisitória do processo penal; 3) Estado de exceção e juízes *partisans*; 4) Juízes *partisans* e direito penal do inimigo; 5) Considerações finais; 6) Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais – Criminologia crítica – Processo inquisitório – Direito penal do inimigo – Estado de exceção – Juízes *partisans*.

2) Nature Intrinsically inquisitorial of Criminal Procedure; 3) State of Exception and *Partisans Judges*; 4) *Partisans Judges* and Enemy criminal law; 5) Final considerations; 6) References.

Keywords: Fundamental rights – Critical criminology – Inquisitorial procedure – Enemy criminal law – State of exception – *Partisans* judges.

Sumário: 1. Introdução: a natureza bélica do Direito Penal. 2. A natureza intrinsecamente inquisitória do Processo Penal. 3. Estado de exceção e juízes *partisans*. 4. Juízes *partisans* e Direito Penal do inimigo. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

Há homens que tem o dom especial de
tornar incompreensíveis as coisas mais simples deste
mundo e que ao conceito mais claro que se possa
formar sobre esta ou aquela ordem de fatos, sabem dar
sempre uma feição pelo qual o axioma se converte de
repente num enigma da esfinge.
(BARRETO, Tobias, *Fundamento do direito de punir*)

Eu quase que nada não sei. Mas desconfio de muita coisa
(GUIMARÃES ROSA, João, *Grande Sertão Veredas*)

1. Introdução: a natureza bélica do Direito Penal

Em toda a minha trajetória acadêmica, sustentei a natureza *funcional* do direito penal em contraposição à visão liberal iluminista que o concebe como um simples limitador do poder de Estado.[1] Com Foucault, logo cedo aprendi que as formas que a Modernidade impôs ao exercício do direito de punir através do

1. Essa visão já estava expressa em: CASTRO, Matheus Felipe de. A criminologia da luta de classes. *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 11, n. 15-16, 2007. p. 121-148.

direito penal liberal, antes que limitações constituíam-se em aperfeiçoamentos de antigas técnicas "não para punir menos, mas punir melhor".[2]

Com Luhmann, percebi que um direito penal exercido através de um rigoroso processo jurídico se legitimava pelos procedimentos que se tornaram, na Modernidade – a secularização histórica da religião e do mito na ciência –, um padrão secular de autolegitimação do próprio Estado e das suas técnicas de dominação,[3] ritualizando a violência que lhe é inerente e tornando-a legítima perante o conjunto dos dominados, que passam a aceitá-lo como indispensável.

Essa visão de mundo foi condicionada pela minha aproximação ao interacionismo simbólico, às teorias da rotulação, ao *Labelling Approach* e, deles, à Criminologia Crítica,[4] que desde os anos 1970 condenou o direito penal a um antiquado instrumento decisório do Estado, que, ao invés de solucionar problemas sociais, os cria. Um instrumento do poder altamente violador dos direitos humanos e instrumentalizador de uma sociedade persecutória e altamente punitivista.

Um ramo jurídico de profundas raízes religiosas, fundado em maniqueísmos ou binarismos que opõem o lícito ao ilícito, o permitido ao proibido, remontando ao velho esquema medieval do bem e do mal, de Deus e do Demônio, da

2. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 70.
3. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: EDUNB, 1980. p. 29.
4. Principalmente através das leituras de: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981; SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime:* um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979; CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983; HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas:* o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: LUAM, 1993; TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980; KARAM, Maria Lucia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991; CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001; BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos:* violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990; e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

moral e do pecado, da dignidade e da criminalidade, da culpa e da expiação. Elementos que foram desenhados com acuidade no mais importante tratado de demonologia, direito e processo penal da inquisição católica: o *Malleus Maleficarum*, ou Martelo das Feiticeiras. Em suma, um padrão comportamental das sociedades cristãs ocidentais reprodutor de uma cultura de medo e repressão que não deveria ser aperfeiçoado, mas, como intuía Radbruch, superado.[5]

Assim, foi com profunda infelicidade que nos últimos anos assisti a uma tentativa de reavivamento do direito penal e dos seus instrumentos repressivos por alguns adeptos da Teoria dos Direito Fundamentais, que sem qualquer critério sociológico passaram a afirmar a importância desse ramo do ordenamento jurídico para a defesa dos "direitos fundamentais das vítimas", ressuscitando a ideologia da defesa social, que há muito tempo não era defendida com tanta ênfase na teoria jurídico-penal brasileira.

O maior instrumental de violação de direitos humanos inventando pela humanidade jamais poderia ser instrumentalizado para "defender direitos humanos" e o que se viu, na sequência, foi uma sucessão de construções discursivas com a finalidade de relegitimar o direito penal por esta via da defesa dos direitos fundamentais da sociedade (discurso que me fez perceber, desde cedo, a diferença ontológica entre *direitos humanos*, trincheira de luta dos povos, de *direitos fundamentais*, a um; novo discurso de legitimação do poder de Estado, a dois; institutos considerados importantes pelo poder de Estado e assim declarados, podendo ou não coincidir materialmente com as pautas dos direitos humanos).

Em suma, essa visão de mundo, condicionada pela criminologia crítica, me fez perceber, como ao conjunto da comunidade científica dos criminólogos, que o direito penal possui, na estrutura de poder do Estado, uma específica característica "militarizada". O direito penal é o ramo mais militarizado do Ordenamento Jurídico estatal e continua o projeto político do Estado como a política continua o projeto bélico que caracteriza todo poder concentrado em estruturas estatais. Nos dizeres de Clausewitz, "a guerra não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuação das relações políticas, uma realização destas por outros meios".[6]

A guerra não se manifesta no direito penal somente como instrumento, como queria o general Prussiano. Ela se apresenta no próprio seio do Estado,

5. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1979, p. 324.

6. CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 27.

numa luta constante entre o poder em sua forma desenfreada (que aqui chamaremos de Estado de Polícia) e o Estado de Direito que pretensamente tenta conter a arbitrariedade em seus limites normativos. Trata-se da dialética entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia a que aludia Zaffaroni[7] e que, em última instância, revela a natureza bifronte de todo poder/direito que não podem ser separados como coisas diferentes ou distintas.[8]

Isso significa dizer que Estado de Direito e Estado de Exceção não se encontram numa relação de exclusão, mas de complementação dialética. Mais, poderíamos afirmar que, na modernidade, é através do direito que o poder se revela como violência formalmente organizada e ritualizada e é através do poder que o direito se diferencia de outras formas normativas que, a despeito de estabelecerem normas de conduta social aos homens e às mulheres, são esvaziadas no tempo-espaço de poder coercitivo, através do monopólio da violência legalizada pelo Estado.

Mas, como a ironia da história universal coloca tudo de cabeça para baixo,[9] com o avanço das democracias do pós-guerra e a tentativa de reconstrução de padrões minimamente civilizados de convivência social, os Estados de Polícia, em maior ou menor medida, foram combatidos pelos movimentos sociais de resistência, que transformaram o direito num instrumento de luta pela contenção do poder de Estado, encapsulando o poder e a decisão numa espécie de "gaiola normativa", que a despeito de servir como forma de exercício do poder, criou barreiras fortes para o seu desempenho de maneira totalmente arbitrária.

Foi esse clima de relativos avanços que levaram as classes médias e a social democracia mundial a relativizarem a natureza intrinsecamente bélica do direito penal, principalmente nos países centrais. Na periferia do sistema capitalista e, no caso do nosso país, o direito penal continuou fortemente contestado pelos criminólogos críticos e pelos movimentos sociais de defesa dos direitos humanos, que desde muito cedo perceberam que o direito penal de bases humanitárias permanecia como *discurso* do sistema penal, enquanto verdadeira operação de extermínio de jovens pobres, negros e favelados

7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 09.
8. Há, aqui, uma concordância com os pressupostos monistas de Kelsen, no sentido de que Direito e Poder são uma e a mesma coisa. Sobre isso, ver: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 316.
9. ENGELS, Friedrich. Prefácio [ao *As lutas de classe na França de 1848 a 1850*, de Karl Marx (1895)]. In: MARX, Karl. *As lutas de classe na França*. São Paulo: Boitempo. 2012, p. 24.

operava todos os dias nos subterrâneos de nosso cotidiano. Isso tudo colocou a promessa de *segurança jurídica* que o direito penal realizaria por meio da "defesa de bens jurídicos" em suspeição, deixando no ar a estranha sensação de que ela, a segurança, não passaria de uma ilusão,[10] ou uma fantasia, como mencionava Warat:

> A dogmática jurídica permite a legitimação do poder no direito, garante o seu funcionamento, sempre irrestrito, com a ficção de um limite racional. Garante uma fantasia de segurança jurídica para um poder ambivalentemente limitado e irrestrito.[11]

Os efeitos dessa *doce ilusão* com o direito penal se fizeram sentir inclusive em setores da esquerda política, que passaram a reivindicar sistematicamente a criminalização primária e secundária de atores violadores das suas pautas. Assim, representantes dos movimentos de defesa das pautas dos trabalhadores, da defesa das diferenças de gênero, raça, etnia, liberdade sexual, dentre outros, não poucas vezes lançaram mão de reivindicações criminalizantes identificadas como avanços nas pautas dos direitos humanos, como se o direito penal pudesse se prestar a isso, o que levou Maria Lucia Karam a cunhar o termo "esquerda punitiva"[12] para designar setores progressistas que não compreenderam o papel deletério que o direito penal exerce em nossa realidade.

Pois bem. Depois de todo esse debate que se prolongou por décadas, nos últimos anos, a criminologia crítica andou um pouco esquecida. Não porque criminólogos e criminólogas combativos a tivessem abandonado, mas porque íamos perdendo a batalha ideológica contra os velhos e os novos defensores do direito penal como instrumental válido para resolver problemas sociais que, a nosso ver, só poderiam ser combatidos mediante políticas sociais e institucionais que passam longe da criminalização primária e secundária. Até que surgisse em nosso horizonte um único juiz, um único magistrado que, instrumentalizado por interesses ainda não confessados, pudesse (re)pautar em nosso horizonte velhos conceitos há muito não debatidos. Aliás, com Foucault, podemos afirmar que esse é e sempre foi o grande papel da crítica:

10. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica.* Cit., p. 311-319.
11. WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do direito e do Estado.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 81-95.
12. KARAM, Maria Lucia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ano 1, 1º semestre 1996. p. 79-92.

> Parece-me que a verdadeira tarefa política, em uma sociedade como a nossa, é criticar o funcionamento das instituições, que dão a impressão de ser neutras e independentes; criticá-las e atacá-las de tal maneira que a violência política, que sempre foi exercida de maneira obscura, por meio delas, seja desmascarada, para que se possa combatê-las.[13]

Dessa forma, devidamente situado o estado da arte, eu gostaria de polemizar um pouco sobre a "Operação Lava Jato" e o que ela nos (re)ensina sobre a natureza bélica do direito penal acima delineada e que não é invenção minha, mas apanhado histórico de forte produção intelectual de toda uma geração de criminólogos e sociólogos do desvio que compreenderam as entranhas do direito penal, a sua natureza *de classe*, e que por isso o criticaram como um instrumento violento do Estado, ora reivindicando a sua superação (caso das correntes abolicionistas), ora reivindicando a sua minimalização (caso das correntes minimalistas) aos estreitos limites da normatividade do Estado de Direito. De qualquer forma, revisitar a natureza intrínseca, ontológica do direito e do processo penal nos fará situar melhor os teóricos diante dos últimos acontecimentos que tomaram de assalto o mundo jurídico e político brasileiros.

Por ora, tenhamos em mente que o termo "Operação", em linguagem comum, tem o sentido de "intervenção cirúrgica". Quando transposto para o terreno policial, adquire a conotação de identificação do inimigo a perseguir (o crime e o criminoso) e realização de todos os atos que o aparelho de Estado disponibiliza para a sua repressão. Quando transposta para o terreno do Ministério Público e do Poder Judiciário, com todos eles compondo uma mesma "Operação", fica evidente o sentido de continuidade inquisitorial que perpassa desde o primeiro ato investigatório até o último ato de julgamento.

E, assim, o termo "Operação" passa a nos fornecer o sentido daquilo que foi predisposto à realização de um fim preconcebido, jogando por terra qualquer ilusão nos princípios processuais da inércia e da imparcialidade da jurisdição. Ora, esses fatos estranhos geram *tensões* que podem estar indiciando não uma simples "ponta solta do sistema" ou "efeito colateral", mas, como no *sonho*, no *ato falho* no *chiste*, enfim, no *sintoma*, o próprio Real reprimido do sistema, aquele Real que a sociedade e a comunidade científica não querem, deliberadamente, enxergar, como ressalta Žižek:

13. FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam. *Natureza humana, justiça* versus *poder:* o debate entre Chomsky e Foucault. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 51.

> Nem tudo é apenas a inter-relação das aparências, existe um Real; contudo, esse Real não é a Coisa inacessível, mas a *lacuna* que impede nosso acesso a ela, a "pedra"do antagonismo que distorce nossa perspectiva do objeto percebido através de um ponto de vista parcial. E, mais uma vez, a "verdade" não é o estado "real" das coisas, isto é, a perspectiva "direta" do objeto sem distorção perspectiva, mas o próprio Real do antagonismo que causa a distorção perspectiva. O lugar da verdade não é a maneira como "as coisas são realmente em si", para além das distorções perspectivas, mas a própria lacuna, a passagem que separa um ponto de vista do outro, a lacuna que torna os dois pontos de vista radicalmente *incomensuráveis*.[14]

O funcionamento *estruturalmente seletivo*, *político* e *rotulador* de um caso significativo como o que aqui estamos abordando, pode colocar à luz do dia lacunas discursivas que indiciam tensões deliberadamente ocultadas. É na tensão provocada por essas lacunas que poderemos, talvez, encontrar a própria verdade do sistema penal. O Real é aquilo que resiste à racionalização, permanecendo reprimido como trauma. Até que em circunstâncias especiais ele emerge, expondo não apenas, como acima mencionei, simples desvios do sistema, mas o seu próprio Real oculto. Será através do destaque dessas lacunas e tensões que percorreremos o caminho metódico do presente trabalho.

2. A natureza intrinsecamente inquisitória do Processo Penal

Nas escolas e faculdades de Direito, os professores de direito processual penal sempre ensinaram que o processo penal brasileiro possuía natureza acusatória e que o processo inquisitório era uma lembrança de um passado distante, há muito relegado aos livros de história. Faziam-no com base numa velha afirmação de que a diferença fundamental entre esses sistemas processuais penais (acusatório e inquisitório) se concentrava na diferenciação física entre a figura do acusador e do julgador.[15] Estando essas figuras separadas, estaria garantida a aproximação do processo penal ao sistema acusatório.

Nos últimos tempos, nasceu uma profunda contestação desse dogma. Não basta à constituição de um sistema acusatório que acusador e julgador estejam

14. ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 372.

15. Assim: MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 71; TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 9; TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 90; e BUENO, Pimenta. *Processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922. p. 105.

separados. Há que se garantir, também e principalmente, que a *gestão da prova* não esteja outorgada ao órgão julgador, mas às partes processuais (defesa e acusação). E visto por esse ponto de vista, o processo penal brasileiro se torna absolutamente inquisitório, eis que outorga amplos poderes probatórios ao juiz, em detrimento das partes envolvidas no processo, levando a crer que a separação física inicial entre juiz e acusador não é suficiente para garantir a imparcialidade necessária no processo, se a acusação se torna um ato meramente formal, concedendo ao magistrado poderes quase absolutos na posterior gestão dos atos processuais.

Essa visão foi ressaltada, na Itália, por Franco Cordero,[16] que percebeu que o processo inquisitório não era apenas uma invenção da Igreja Católica medieval, mas um verdadeiro instrumento político de guerra contra os contestadores de qualquer regime autoritário que teima em permanecer intrínseco aos nossos processos penais contemporâneos. Que o processo inquisitório permanece entre nós ocultado sob as formas aparentemente acusatórias de um processo penal onde embora as pessoas que acusam e que julgam estejam separadas, funcionalmente se entrega durante o seu curso verdadeiras funções persecutórias a quem deverá ao fim julgar, anulando os efeitos da diferença física inicial.

Essa situação inclusive gera juízes que passam a acreditar em sua missão de realizadores de uma justiça ideal, que estaria inscrita no ordenamento jurídico do Estado, que lhes teria outorgado a sacra missão de eliminar o mal da sociedade, expresso em criminalidade e violência. Essa postura estrutural de nosso sistema processual penal leva à criação de verdadeiros "juízes justiceiros" que não raras vezes passam a crer firmemente nessa missão de combate ao crime e ao mal social. Isso torna todo juiz, nos dizeres de Jacinto Nélson de Miranda Coutinho, um Torquemada em potencial,[17] pronto a atuar no combate ao que ele entender como o mal social.

Aliás, no Brasil, foi ele, Jacinto Nélson de Miranda Coutinho, quem inseriu os estudos de Franco Cordero nos círculos acadêmicos, possibilitando o nascimento de toda uma geração de processualistas penais críticos aos antigos

16. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995. p. 21-38.
17. COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *O novo processo penal à luz da constituição:* análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9.

parâmetros acima apontados.[18] Esses autores se concentraram, principalmente, nessa diferença entre os sistemas inquisitórios e acusatórios apontado por Cordero e Coutinho e, a partir deles, realizaram um estudo acurado do Código de Processo Penal brasileiro vigente, apontando largamente os instrumentos inquisitórios nele presentes. Apontaram, outrossim, que a natureza intrinsecamente inquisitória do processo penal brasileiro levava, estruturalmente, os juízes, a um estado mental paranoico (nos dizeres de Cordero, um *pensiero paranoide*)[19] que faz prevalecer a hipótese mental (não raras vezes fantasiosa) sobre o fato analisado (como aconteceu no mundo fenomênico e que admite múltiplas interpretações), produzindo uma inversão que se concretiza no fato corriqueiro de um magistrado primeiro tomar a decisão e depois correr atrás de produzir as provas que sustentarão a sua hipótese inicial.

A "Operação Lava Jato" produziu, recentemente, um fato pitoresco, quando Procuradores da República concederam entrevista coletiva onde afirmaram "que não se deveria esperar provas cabais" contra o denunciado, eis que se trataria de um crime de lavagem de dinheiro que teria por característica exatamente a ocultação da prova! E, na sequência, inquiridos sobre essa fala, afirmaram que o Ministério Público Federal possuía convicção dos fatos que imputava ao réu. As duas frases, faladas em momentos diferentes, mas se referindo ao mesmo contexto, reunidas, deram origem a um *meme* que tomou conta das redes sociais brasileiras "não temos provas, mas temos convicção".[20]

A frase (ou a reunião das frases, como querem alguns) traduz *ipsis litteris* o postulado de Cordero, segundo o qual no processo inquisitório se geram quadros mentais paranoicos que provocam a prevalência da hipótese (a convicção)

18. Nessa nova geração, ressaltem-se os trabalhos de Alexandre Morais da Rosa, Aury Lopes Júnior, Eugênio Pacelli, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Clara Maria Roman Borges, Paulo César Busato, Alessandra Villaça Gorgulho, Ariane Trevisan Fiori, Christian Bernal Duarte, Flaviane de Magalhães Barros, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior, Gustavo Britta Scandelari, Helen Hartman, Helena Schiessi Cardoso, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Jefferson Augusto de Paula, Leonardo Costa de Paula, Marco Aurélio Marrafon, Marco Aurélio Nunes da Silveia, Maurício Stegemann Dieter, Priscilla Placha Sá, Rogério José Bento Soares do Nascimento, Ronaldo Leite Pedrosa, Rosgerg de Souza Crozara, Rubens Casara, Sylvio Lourenço da Silveira Filho, dentre outros e outras.
19. CORDERO, Franco. Op. cit., p. 25.
20. Entrevista coletiva concedida à imprensa nacional pelos Procuradores da República responsáveis pela Operação Lava Jato, em Curitiba, em 14 de setembro de 2016.

sobre os fatos (as provas realmente existentes). E acabou, através de um experimento empírico, revelando, como num *ato falho* somente explicado pela psicanálise, o funcionamento interno do processo penal brasileiro, intrinsecamente inquisitório e propenso a um funcionamento político, estruturalmente seletivo e intrinsecamente estigmatizador.

Não foi à toa que Eugênio Raul Zaffaroni ressaltou a origem da criminologia tradicional na velha *demonologia* (uma teoria geral do mal) da Idade Média, encarregada de investigar as origens do mal e de como Satanás incorporava em mulheres antes indefesas para espalhar seu terror na face da Terra, gerando violência e criminalidade, demonstrando que o discurso inquisitorial que se apropriou do conhecimento demonológico e que o tornou base para o direito penal moderno (ainda hoje fundado nos dogmas religiosos do *livre-arbítrio, do bem e do mal, da dignidade e da criminalidade, da culpa e da expiação, da penitência e da regeneração moral*) ainda continua vigente até os dias atuais, exercendo os seus conhecidos efeitos:

> Os discursos possuem uma estrutura e um conteúdo. Se trata de algo parecido a um programa de computação, suponhamos que alimentado com os livros de uma biblioteca. Podemos carregar o programa com livros esotéricos e teremos uma biblioteca dessa natureza, porém também podemos esvaziar seu conteúdo e recarregá-lo com outros livros e teremos bibliotecas de medicina, física, química, história ou o que seja. Pois bem: o que permanece do discurso inquisitorial ou demonológico não é o conteúdo, mas justamente o programa, a estrutura. Ao longo dos séculos se esvaziou e se voltou a alimentar o mesmo programa com outras informações, com dados e novas *emergências*, plausíveis conforme as pautas culturais de cada momento: se deixou de crer em Satanás e suas meninas, porém se criaram outras coisas que hoje são plausíveis, com as quais se continua alimentando o programa com dados que hoje são plausíveis e que amanhã serão tão absurdas como Satã, suas legiões de diabos e suas meninas. Desde a inquisição até hoje se sucederam os discursos com idêntica estrutura: se alega uma *emergência*, como uma ameaça extraordinária que põe em risco a humanidade, a nação, ao mundo ocidental, etc., e o medo à *emergência* se usa para eliminar qualquer obstáculo ao poder punitivo que se apresenta como a única solução para neutralizá-lo. Tudo e todos que se oponham a esse poder serão também inimigos, cúmplices ou idiotas úteis. Por onde se vende como necessária não somente a eliminação do inimigo como também de todos que se objetam a obstaculizar o poder punitivo em sua pretensa tarefa salvadora. Evidentemente, o poder punitivo não se dedica a eliminar o perigo da *emergência*, mas somente a verticalizar mais ainda o poder social; a *emergência* é somente o discurso legitimante de seu desenfreio (...) Se trata do instrumento

> discursivo que proporciona a base para criar um estado de paranoia coletiva que serve para que quem opera o poder punitivo o exerça sem nenhum limite ou contra quem o moleste.[21]

O maior instrumento de que se valeram os inquisidores medievais na sua tarefa de perseguir os dissidentes católicos (então denominados *hereges*, do latim *haeresis*, aquele que contesta, aquele que discorda) foi o *Malleus Maleficarum* (do latim *martelo das maléficas*), escrito pelos inquisidores Heinrich Kramer e James Sprenger e traduzido em português para "O Martelo das Feiticeiras".[22] Tratava-se de um instrumento que reunia, a um só tempo, o conhecimento criminológico da época (a demonologia, o estudo do mal e de suas manifestações), a definição dos crimes e das penas aplicáveis (uma espécie de direito penal material), os procedimentos aplicáveis na investigação e durante o curso do processo (o direito processual) e as formas de execução da pena daquelas que sobrevivessem ao processo (execução da pena).

A conclusão mais fantástica de Zaffaroni é exatamente que a estrutura do *Malleus Maleficarum* permanece, ainda hoje, no direito e no processo penal contemporâneos. Mudaram seus conteúdos, suas aparências, mas em essência, suas estruturas discursivas ainda são as mesmas, razão pela qual o autor afirmou que "la edad media no terminó".[23] Mudam os inimigos do momento que precisam ser combatidos: hereges, bruxas (mulheres), comunistas, terroristas, traficantes, mulçumanos, negros, homossexuais, pedófilos, petistas etc. O poder punitivo sempre está em busca de um novo mal que se alastra na face da Terra (heresia, bruxaria, comunismo, terrorismo, drogas, violência, homossexualidade, abuso de crianças, corrupção) para atacar aqueles que o próprio poder punitivo rotula como seus autores (fontes do mal) de forma absolutamente seletiva.

O processo penal tem sido utilizado largamente na "Operação Lava Jato" como um instrumento político de extermínio de uma força política nacional que se encontrava no comando do governo central do Brasil. Haviam indícios de que essa força política pudesse vencer mais uma eleição em 2018, o que movimentou as forças políticas a ela antagônicas a um ataque sem precedentes no país, que tem sido identificado por muitos teóricos como uma tática deliberada

21. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La cuestión criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012. p. 42-43. Trecho traduzido livremente pelo autor do artigo.
22. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 12. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997.
23. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La cuestión criminal*. Cit., p. 51.

de *lawfare*, ou seja, como a utilização do direito e do processo penal como armas de guerra para exterminar um inimigo. Nossa hipótese, neste artigo, sustentada desde a primeira linha, é de que essa é uma característica intrínseca ao direito e ao processo penais, não sendo apenas uma utilização instrumental dele. O processo penal, nesse episódio, vem revelando a sua face mais oculta, a sua natureza mais inquisitorial, o seu uso mais funcional, a sua estrutura mais seletiva: o Martelo Moro!

3. Estado de exceção e juízes *partisans*

Outra característica do sistema penal que a "Operação Lava Jato" vem ressaltando é a importância que o *inimigo* exerce na teoria e na prática penais. Mas antes de falar especificamente sobre isso, gostaria de voltar à temática da exceção, não como aquele fato ou momento que nega ou afasta o ordenamento jurídico, mas como a sua verdade oculta, o seu lado B, a sua essência nunca declarada, jamais admitida, mas sempre latente. É no momento da exceção que se revela a tensão máxima entre poder, violência e Estado de Direito, abrindo as portas de uma lacuna pela qual pode passar o real do sistema penal, enfim revelado como num sonho ou num ato falho.

O próprio Kelsen, num trecho esquecido ou pouco lido (e aqui já lembrado) da sua *Teoria Pura do Direito*, criticando a separação que os jusnaturalistas realizavam entre Estado e Direito, afirmava que "O direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e por isso mesmo, reta ou justa em qualquer sentido". Na mesma oportunidade, o autor austríaco afirmava que "assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer Direito".[24] Para ele, essa separação realizada pelos jusnaturalistas entre Direito = ordem do justo e Estado = ordem do poder, cumpriria uma função ideológica indevida, ou seja, a de legitimar o Estado de Direito como uma ordem de poder submetida ao justo, o que no seu entender seria totalmente despropositado.[25]

A constatação de Kelsen, com a qual concordamos, de uma profunda identidade entre Estado e Direito do Estado com o poder, nos leva a uma outra constatação, qual seja, de que o direito funciona como veículo de realização do poder, já que o poder não é um simples exercício de força ou violência,

24. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Cit., p. 316.

25. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Cit., p. 78 e 352-353.

mas uma forma tão organizada de violência que pode mantê-la em latência na sua estrutura, não precisando lançar mão dela em todos os casos, porque a violência permanece ritualizada e encapsulada nos procedimentos. Žižek ressalta que:

> Não há poder sem violência. O poder sempre tem de se basear numa mancha obscena de violência. Não só a violência é o complemento necessário do poder, como o próprio poder (político) está sempre-já na raiz de toda violência aparentemente "não política".[26]

O sistema penal atua de forma seletiva, porque não é imparcial. Nenhum subsistema de poder pode sê-lo. Ele se assume como um *duplo*, como uma forma *centaurea*, transitando em vários níveis do político, da política à guerra, da lei à violência mais aberta. O Aparelho de Estado funciona, internamente, na forma de Estado-duplo: Estado de Direito/Estado de Exceção. Legalidade e ilegalidade são faces do mesmo fenômeno, um binômio complementar do poder político moderno. Maquiavel já havia descrito o funcionamento desse *duplo* da seguinte forma:

> Deveis saber, portanto, que existem duas formas de se combater: uma, pelas leis, outra pela força. A primeira é própria do homem; a segunda, dos animais. Como, porém, muitas vezes a primeira não seja suficiente, é preciso recorrer à segunda. Ao príncipe torna-se necessário, porém, saber empregar convenientemente o animal e o homem. (...) Sendo, portanto, um príncipe obrigado a bem servir-se da natureza da besta, deve dela tirar as qualidades da raposa e do leão, pois este não tem defesa alguma contra os laços, e a raposa, contra os lobos. Precisa, pois, ser raposa para conhecer os laços e leão para aterrorizar os lobos. Os que se fizerem unicamente de leões não serão bem sucedidos.[27]

Maquiavel consegue descrever com precisão a *natureza centáurea* do Estado, ao dizer que o príncipe deve saber governar com a lei e com a violência, ambas faces de um mesmo fenômeno. O Estado moderno, denominado Estado de Direito, se caracteriza por estabelecer uma legalidade que lhe permite recorrer à ilegalidade quando necessário. Poulantzas ressaltava esta característica, mostrando que a lei sempre esteve presente na constituição do poder, desde o Estado asiático ou despótico, ao escravagista e ao feudal, que foram fundados

26. ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe.* Cit., p. 442.

27. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 101.

em suas respectivas ordens jurídicas, não havendo nada mais falso que presumir uma oposição entre violência e direito:

> Todo sistema jurídico inclui a ilegalidade assim como comporta, como parte integrante de seu discurso, vazios e brancos, "lacunas da lei": não se trata de simples descuidos ou cegueira causados pela operação ideológica de ocultação que sustenta o direito, porém de dispositivos expressamente previstos, brechas para permitir ir além da lei, sem falar das violações puras e simples que o Estado faz de sua lei, que embora pareçam transgressões selvagens, pois não foram previstas na lei, assim mesmo fazem parte do funcionamento estrutural do Estado. Todo Estado é organizado em sua ossatura institucional de modo a funcionar (e de modo a que as classes dominantes funcionem) segundo a lei e contra a lei. (...) A ilegalidade é frequentemente parte da lei, e mesmo quando ilegalidade e legalidade são distintas, não englobam duas organizações separadas, espécie de Estado paralelo (ilegalidade) e de Estado de direito (legalidade), e menos ainda uma distinção entre Estado caótico, um não-Estado (ilegalidade) e um Estado (legalidade). Ilegalidade e legalidade fazem parte de uma única e mesma estrutura institucional.[28]

Logo, o chamado Estado de Exceção se configura na face, sempre oculta e dissimulada, de *todo* Estado de Direito. A faceta "humana" do príncipe, aquela onde se domina através da lei e do convencimento opera em momentos de "normalidade", entendidos esses momentos como aqueles onde "tudo corre bem" para as engrenagens do poder. O Estado de Exceção não representa a suspensão do Estado de Direito, senão a sua cara metade, e juntos formam a totalidade do Estado moderno como também ressalta Žižek:

> No nível da Lei, o Poder estatal apenas representa os interesses de seus sujeitos; serve a eles, responde a eles e está sujeito ao seu controle; entretanto, no nível do supereu a mensagem pública de responsabilidade é complementada pela mensagem obscena do exercício incondicional do Poder: "As leis na verdade não me restringem, posso fazer com vocês o que eu quiser, posso tratá-los como culpados se assim decidir, posso destruí-los se assim quiser..." Esse excesso obsceno é o constituinte *necessário* da noção de soberania; aqui, a assimetria é estrutural, isto é, a lei só pode manter sua autoridade se os súditos ouvirem nela o eco da autoafirmação incondicional obscena.[29]

28. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 83.

29. ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Cit., p. 440.

Carl Schmitt foi o teórico maior do Estado de Exceção. Seu pensamento se concentrava na constatação de que a decisão é o problema central de todo o Direito.[30] Por isso, este autor afirmava, em sua *Teologia Política,* que "soberano é quem decide sobre o estado de exceção".[31] Decidir sobre o Estado de Exceção é decidir, fundamentalmente, quando será aplicado o programa normativo do Ordenamento Jurídico ou quando esse programa normativo será suspenso e aplicada a violência pura e simples.

Por isso é que, em outro escrito, igualmente célebre (*O conceito do político*), Schmitt afirmava que "o conceito de Estado pressupõe o conceito do Político". Mas "o conceito do político só pode ser obtido pela identificação e verificação das categorias especificamente políticas". E então, mais adiante, ele enfrenta essa questão da natureza do político afirmando que "a diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*".[32]

Ora, se o Estado é um fenômeno político e o político se fundamenta na oposição binária amigo/inimigo, o teorema de Clausewitz da guerra como continuação da política e o seu complemento necessário, a política como continuação da guerra ficam reforçados. O *combate* se torna essencial ao direito penal, não uma mera situação circunstancial ou passageira. Nesse sentido, o soberano, entendido como a pessoa que concentra, em certo momento histórico, o poder soberano, é aquele que pode *decidir*. Não qualquer decisão, mas a decisão por excelência, que é: 1) a definição de quem ostentará a qualidade de amigo e quem ostentará o rótulo de inimigo; 2) com base nessa escolha anterior, a definição de que as garantias do Estado de Direito sejam aplicadas *sobre* os amigos e que os instrumentais repressivos sejam aplicados *sobre* os inimigos.

A recente manifestação da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos 000302132.2016.4.04.8000/RS, oriundos da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região, ao decidir que "as investigações e processos criminais da chamada 'Operação Lava-Jato' constituem caso inédito, trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas. Em tal contexto, não se pode censurar o magistrado, ao adotar medidas preventivas da obstrução

30. Como sempre ressalta FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

31. SCHMITT, Carl. *Teologia política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 07.

32. SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do* partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 19 e 27.

das investigações da Operação",[33] escancara a janela de interpretação que aqui estamos desenvolvendo, da Exceção como inerente a todo e qualquer Estado de Direito. Nesse sentido, do voto do relator Rômulo Pizzolatti, pode-se extrair ainda este trecho significativo:

> De início, impõe-se advertir que essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de normalidade por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais, como bem explica o jurista Eros Roberto Grau (...) Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada "Operação Lava-Jato", sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional.[34]

Por outro lado, e talvez mais grave é que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acabou por outorgar ao magistrado representado o poder de decidir quando as normas jurídicas deverão ser aplicadas ou não aos casos concretos da situação considerada excepcional que está submetida à sua jurisdição, o que, nos dizeres de Carl Schmitt, seria tarefa do próprio soberano. E como a "Operação Lava Jato" ficou conhecida nos meios jurídicos, políticos e jornalísticos nacionais por ser *altamente e escancaradamente seletiva* (uma opção preferencial por investigar, prender, denunciar e condenar políticos e empresários ligados a um partido e a um governo específicos, deixando sistematicamente fora da investigação pessoas sobre as quais pesavam graves suspeitas, embora ligados a forças políticas antagônicas, revelando uma outra lei da política: *o*

33. BRASIL, TRF-4ª Região. *Relatório e voto*. Autos 000302132.2016.4.04.8000, rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre: TRF4, 2016.

34. BRASIL, TRF-4ª Região. *Relatório e voto*. Cit., loc. cit.

inimigo do meu inimigo é meu amigo), torna-se necessário debater, inclusive, o conceito de juiz *partisan* que lançamos no título do presente trabalho, já que os conceitos de *judicialização da política* e de *juiz ativista* já não dão mais conta do fenômeno estudado.

Foi o próprio Carl Schmitt quem fixou os limites do *partisan* em seu trabalho *Teoria do Partisan*, que naturalmente dava continuidade ao argumento dos escritos anteriores aqui mencionados. Para ele, o *partisan* é o combatente. Mas não qualquer combatente, porque "o *partisan* combate de forma irregular"[35], ou seja, fora das regras estabelecidas para a própria guerra porque ele não é um simples soldado, mas um *partidário*, um *militante*, um *guerrilheiro* tomado por uma ideologia ou meta política que o diferencia de um soldado regular. Destaca Schmitt:

> A guerra é travada de Estado para Estado como uma guerra de exércitos estatais e regulares, entre titulares soberanos de um *jus belli* que, mesmo na guerra, se respeitam enquanto inimigos e não se discriminam mutuamente como criminosos, de modo que é possível um acordo de paz, permanecendo este inclusive com o término normal e natural da guerra. Perante tal regularidade clássica – na medida em que tenha força normativa – o *partisan* só podia ser um epifenômeno, como o foi de fato durante toda a primeira guerra mundial.[36]

A lógica do combate regular é a lógica que os partidos políticos adversários travam entre si em momentos de normalidade democrática, dentro das regras do jogo. Já a lógica *partisan* é diferente. O *partisan* não espera do inimigo:

> Nem direito nem misericórdia. Ele abandonou a inimizade convencional da guerra domesticada e cerceada, entrando numa outra, a da inimizade real, que se intensifica através do terror e da luta contra ao terror até chegar ao extermínio.[37]

O *partisan*, por isso é o partidário. Ele possui interesse direto no combate e "o soldado inimigo portador de um uniforme é o verdadeiro alvo do *partisan* moderno".[38] O seu intenso engajamento político o distingue de outros tipos de combatentes regulares: "deve-se perseverar nesse caráter intensamente

35. SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do* partisan. Cit., p. 151.
36. SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do* partisan. Cit., p. 157.
37. SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do* partisan. Cit., p. 158.
38. SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do* partisan. Cit., p. 162.

político do *partisan*".[39] E, ainda: "o *partisan* combate em uma frente política e é precisamente o caráter político de sua ação que novamente confere validade ao sentido original do termo *partisan*. A palavra deriva de *partido* e remete ao vínculo com um partido ou grupo beligerante, politicamente ativo ou de alguma forma em combate".[40]

Como se observa, o conceito de *partisans*, guardadas as devidas proporções, se adéqua de maneira muito mais concreta aos agentes públicos que dirigem a "Operação Lava Jato" do que o conceito simples e ultrapassado de ativismo judicial. A "Operação Lava Jato" sai do terreno de combate regular e avança como uma tropa irregular, guerrilheira, sobre um terreno que não deveria ser o seu de origem, utilizando o discurso do direito penal e da criminalização secundária (que não passa de seletividade arbitrária) como armas de legitimação, através da técnica e do procedimento, como acima ressaltado com Lhumann.

4. Juízes *partisans* e Direito Penal do inimigo

Depois de um longo período de prevalência das teorias finalistas em Direito Penal, o avanço de correntes adeptas ao funcionalismo na Alemanha[41] se fez sentir na literatura brasileira, sempre adepta a um adesismo incondicional às teorias norte-americanas e europeias, renovando o famoso "complexo do vira-lata", que é característica de toda cultura marcada por um longo período de Colonialismo. Embora de forma inconfessada, as similitudes do Direito Penal do Inimigo com a teoria do Estado de Exceção e o conceito do político como definição da relação amigo/inimigo não podem ser negadas.

Para o autor dessa teoria, Günter Jakobs, professor de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, o Estado deveria contar com o gatilho da definição da relação amigo/inimigo para tratar de situações delituosas que entre si de distanciam qualitativamente. Dessa forma, Jakobs propõe a distinção entre um direito penal aplicável aos cidadãos (*Bürgerstrafrecht*), caracterizando-se pela manutenção das normas de garantia constitucional, e um direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) instrumentalizado para reprimir

39. SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do* partisan. Loc. cit.

40. SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do* partisan. Loc. cit.

41. Nesse sentido, as duas obras de maior impacto no Brasil foram as de: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e JAKOBS, Günter. *Tratado de direito penal:* teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

delinquentes cujas atuações fujam do "padrão normal" de criminalidade aceita pela sociedade, como no caso exemplar do terrorismo. Jakobs afirma: "o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra".[42]

O Direito Penal do Inimigo, realizando a escolha fundamental que caracteriza o soberano, entre amigos e inimigos, permitiria a suspensão das leis de garantia com a justificativa da *emergência* ou *necessidade* para proteger a sociedade e o Estado contra perigos considerados graves por quem detém o poder de decisão. O único país até agora que implementou em sua legislação algo parecido foram os EUA com o *Patriot Act*, espécie de "AI-5" estadunidense que, após o ataque às Torres Gêmeas do World Trade Center, em 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, permitiu a suspensão de direitos constitucionais de cidadãos e estrangeiros capturados em situação de guerra, permitindo a suspensão de sigilos individuais, legitimando a tortura e a criação de verdadeiros campos de concentração como foi o caso de Guantánamo, onde os presos, em geral afegãos capturados em situações de guerra, eram submetidos a uma espécie de tribunal militar formado por oficiais norte-americanos que decidiam se o acusado deveria ser submetido às leis da normalidade ou às leis excepcionais vigentes na parte mais oriental de Cuba, sob comando estadunidense.

Por mais assustadora que seja a proposta, precisamos ressaltar que, na realidade latino-americana e, particularmente, na realidade brasileira, sempre houve a atuação de um direito penal do inimigo, embora de maneira inconfessada e dissimulada. O genocídio que se pratica no Brasil cotidianamente contra jovens, negros, moradores de favelas, há muito elegeu os inimigos a exterminar numa luta travada inclusive nos subterrâneos do sistema penal inoficioso. O Direito Penal subterrâneo sempre foi uma característica do sistema penal onde:

> Frequentemente o Estado age transgredindo a lei-regra que edita, desviando-se da lei ou agindo contra a própria lei. Todo sistema autoriza, em sua discursividade, delineado como variável da regra do jogo que organiza, o não-respeito pelo Estado-poder de sua própria lei. Chama-se a isso de *razão de Estado*".[43]

Como se percebe sem grandes esforços retóricos, a "Operação Lava Jato" *operacionaliza* uma realidade absolutamente comum no sistema penal

42. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28.

43. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo.* Cit., p. 82.

subterrâneo, que ascende agora a um caso concreto regulado pelo Direito e pelo Processo Penal, constituindo-se num poderoso instrumento de definição do inimigo (seletividade e criminalização secundária) e de combate a ele, operacionalização esta que é conhecida pelo Direito Internacional como tática de *lawfare*, ou utilização do Direito como arma de guerra para exterminar um inimigo. Na nossa perspectiva, a "Operação Lava Jato", ao utilizar esses instrumentais, evidencia aquela *tensão* pela qual o Real escapa em meio a uma lacuna.

Não estamos aqui a defender que no nível normativo estivéssemos diante de um *Direito Penal do Inimigo*. Não é disso que se trata. Não é da proposta de dever-ser de Jakobs que falamos. Falamos, isso sim, de uma prática do sistema penal que se encontra em *tensão* com o seu discurso, esse sim consubstanciado na programação normativa oficial. Essa tensão revela que o Direito Penal funciona no nível ideológico ou discursivo no modal do Direito Penal garantista e, no nível do real, no modal do Direito Penal do inimigo ou de exceção, o que em termos penais poderia ser expresso também pelo signo de um Direito Penal da conduta que atua no nível discursivo e um Direito Penal do autor que atua no nível prático. O mais importante é que essas instâncias da realidade (teoria do sistema e prática do sistema) não revelam uma contradição de seu funcionamento, mas uma funcionalidade *da* contradição, um funcionamento onde cada uma dessas instâncias cumpre o seu papel no todo.

É evidente que, do ponto de vista de Juízes *Partisans*, um Direito Penal do inimigo se apresenta como uma ferramenta privilegiada de atuação plenipotenciária, assim como um Direito Processual Penal de matrizes inquisitórias (entendido como aquele processo penal onde a gestão da prova ainda está outorgada, em prevalência, aos magistrados e não às partes) se apresenta como um instrumento privilegiado de ativismo judicial. Não à toa, a grande resistência oferecida ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, Projeto de Lei 156/2009, atualmente em trâmite no Senado Federal e que institui nuances de um mais forte processo acusatório no Brasil sofreu a resistência dos juízes brasileiros, em contraposição a uma quase concordância por parte da Ordem dos Advogados do Brasil e dos diversos Ministérios Públicos brasileiros.

É evidente que o fenômeno dos Juízes *Partisans* assumiu contornos mais graves no caso específico da "Operação Lava Jato" por causa da grande repercussão midiática que o caso envolve. Mas há que se questionar se esse não é um padrão já antigo em relação a processos criminais envolvendo pessoas comuns, principalmente aqueles que componham os estratos sociais rotulados como criminosos em nossa história penal e criminológica.

Por outro lado, em outras áreas do Direito, fenômenos semelhantes já se faziam sentir, com fundamento nas *teorias da textura aberta ou flexível das normas de Direito Constitucional*, que têm origem em correntes neoconstitucionalistas, como acontece em Robert Alexy,[44] e que permitem uma mais ampla interpretação por parte dos juízes em relação aos casos que julgam, permitindo uma espécie de fuga à gaiola normativa que o Estado de Direito impôs historicamente às decisões judiciais, possibilitando que através da necessária interpretação de princípios, magistrados possam preencher conceitos abertos com pré-compreensões de ordem subjetiva e até mesmo com indisfarçáveis interesses pessoais, políticos ou ideológicos, como ressalta Max Möller:

> De certa forma, esse novo arranjo das fontes do direito, que não mais está restrito ao sistema fechado e rígido de regras, mitiga, senão termina, com a máxima de legalidade que imperava no Estado liberal qual seja, a de que o particular é permitido fazer tudo aquilo que não lhe seja vedado pela lei. Se uma das funções iniciais das estruturas normativas denominadas princípios era a de preencher lacunas presentes no ordenamento, um sistema jurídico que encontra constituições normativas onde abundam princípios ou que utiliza frequentemente o potencial normativo dessas normas poderá ter reduzidos quase que totalmente os campos ausentes de regulação jurídica. Tanto que autores como Barak chegam a afirmar que nada está fora do controle jurisdicional, ou Alexy, no sentido de que, com a interferência dos princípios, nenhum caso concreto pode ser considerado um caso fácil. Sob uma segunda perspectiva, os termos abertos presentes nos princípios, ao mesmo tempo em que ampliam sensivelmente a necessidade de uma construção de sentido jurídico por parte dos operadores jurídicos, permitem que, dentro de um mesmo enunciado, possa ser incluída uma gama amplíssima de considerações morais ou subjetivas, opiniões políticas, elucubrações cerebrinas, disparates, absurdos, brilhantes raciocínios, enfim, tudo aquilo que seja permitido pela ausência de limites linguísticos claros. Diferentemente das regras pode-se dizer em relação aos princípios, que esta é uma de suas características principais: a de permitir uma ampla possibilidade de variação semântica.[45]

De todo modo, há uma crise instalada no Brasil, e essa crise não está adstrita aos setores econômicos, financeiros e políticos. Ela é uma tensão jurídica de

44. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2008. p. 25-29.

45. MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 219.

grandes proporções e que indicia graves modificações na estrutura do Estado Liberal de Direito. Uma crise que indicia o esgotamento do modelo de repartição das funções de Estado entre poderes "independentes e harmônicos entre si" e que deve ser melhor compreendida pela comunidade jurídica nacional, o que só poderá ser realizado mediante pesquisa empírica e observação dos fatos nacionais em seu local de ocorrência. As teorias, principalmente as importadas da Europa e dos EUA já não dão mais conta de explicar nossa realidade. Ela é por demais complexa para ser deduzida a partir de abstrações produzidas em território alheio.

5. Considerações finais

O presente artigo se propôs a realizar um resgate das teorias criminológicas críticas que desde os anos 1970 se propuseram a investigar o fenômeno penal em suas entranhas, deslegitimando-o como um instrumento de resolução de problemas sociais, diante de uma quadra histórica onde avançaram teorias que, com ares progressistas, defenderam a revitalização do Direito e do Processo Penal como instrumentos, inclusive, para a "defesa de direitos fundamentais" das vítimas e da sociedade, resuscitando antigas teorias da defesa social há muito sepultadas na teoria pátria.

Por debaixo desse discurso, no entanto, o Direito e o Processo Penal continuaram a atuar a partir da sua natureza intrínseca, ontológica, de instrumentos de controle social de natureza bélica, eis que o sistema penal é o braço mais militarizado do Ordenamento Jurídico de qualquer Estado. A "Operação Lava Jato", ao criar tensões, fez (re)viver certos pressupostos da criminologia crítica que já haviam sido ressaltados à exaustão desde os anos 1970: a natureza *estruturalmente inquisitorial* do processo penal, a natureza *violenta* ou *excepcional* de todo Direito e *estruturalmente seletiva* (definidora dos inimigos do momento) de todo Direito Penal.

A constatação de que os conceitos da judicialização da política e do ativismo judicial já não dão mais conta dos últimos acontecimentos ocorridos no Brasil, principalmente aqueles que se manifestaram através da "Operação Lava Jato", levaram à elaboração, neste artigo, de um conceito, ainda primário, de Juízes *Partisans*, conceito que, a meu ver, possui a qualidade de inserir o elemento político na atuação de juízes que se tornam cada vez mais verdadeiros *militantes* de causas políticas, ideológicas, religiosas ou simplesmente movidos por convicções pessoais que não expressam e nem podem expressar qualquer vontade média de um abstrato povo que constituiria uma nação, num dado momento histórico.

Juízes são, originalmente, agentes políticos, mas agentes políticos sem voto. Mas as teorias neoconstitucionalistas, ao se proporem transitar para um Direito pós-positivista, acabaram por romper a gaiola normativa que os Estados de Direito do pós-guerra elaboraram para esquadrinhar, para delimitar, para racionalizar o poder da decisão judicial, sempre propenso ao excesso, abrindo a possibilidade de que magistrados, a pretexto de interpretar um Ordenamento Jurídico altamente principiológico e, por isso mesmo, de interpretação flexível ou aberta, acabassem por reinventá-lo, criando normatividade muito para além do sentido original e contextual das regras e normas de Direito Geral e Constitucional, definidas pelas instâncias da soberania popular.

A "Operação Lava Jato" é um experimento empírico que nos permite recuperar os velhos conceitos criminológicos sobre a natureza do Direito Penal e Processual Penal aqui já elencados. Revela tensões existentes na genética do sistema penal e que podem indiciar o seu funcionamento real. Nos permite, ainda, compreender um pouco melhor a natureza de uma casta de Juízes *Partisans* que vem se formando no Brasil e que, com sua atuação, ultrapassam em muito o mero ativismo judicial. E nos permite compreender que se o velho positivismo jurídico não foi capaz, em sua proposta declarada, de conter os limites do poder e da decisão, gerando um complexo de segurança jurídica real e efetiva para toda a coletividade, a sociedade civil organizada precisa urgentemente reinventar novas formas de conter o poder punitivo que possam balancear a velha dialética entre Estado de Direito e Estado de Polícia, este último sempre propenso a avançar sobre o primeiro e a se agigantar, realizando as funções para as quais está genética e irremediavelmente constituído.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos:* violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRASIL, TRF-4ª Região. *Relatório e voto*. Autos 000302132.2016.4.04.8000, rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre: TRF4, 2016.

BUENO, Pimenta. *Processo criminal brasileiro.* Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922.

CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CASTRO, Matheus Felipe de. A criminologia da luta de classes. *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 11, n. 15/16, p. 121-148, 2007.

CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CORDERO, Franco. *Procedura penale.* 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *O novo processo penal à luz da constituição:* análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ENGELS, Friedrich. Prefácio [ao *As lutas de classe na França de 1848 a 1850*, de Karl Marx (1895)]. In: MARX, Karl. *As lutas de classe na França*. São Paulo: Boitempo, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam. *Natureza humana, justiça* versus *poder:* o debate entre Chomsky e Foucault. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas:* o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

JAKOBS, Günter. *Tratado de direito penal:* teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KARAM, Maria Lucia. A esquerda punitiva. *Revista discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ano 1, 1º semestre, 1996.

KARAM, Maria Lucia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras.* 12. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: EDUNB, 1980.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo:* bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1979.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime:* um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do partisan*. Belo Horizonte Del Rey, 2008.

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

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*.10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La cuestión criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012.

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

ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O ativismo judicial e a ingerência do Poder Judiciário na escolha de políticas públicas, de Rachel Nunes de Carvalho Farias – *RDCI* 101/57-81 (DTR\2017\1487);
- O direito constitucional diante do presidencialismo de coalizão e do contrato social da redemocratização: apontamentos para pesquisa, de João Paulo Ocke de Freitas – *RDCI* 100/55-70 (DTR\2017\686); e
- Politização do judiciário e a judicialização da política a reforma do judiciário: questão de estrutura ou de processo? O acesso à justiça. A municipalização da justiça, de Dircêo Torrecillas Ramos – *RDCI* 33/68-78 (DTR\2000\495).