Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 131 • maio / 2017

Dossiê "Dogmática e História do Direito Penal"

Editor-associado – Rafael Mafei Rabelo Queiroz

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 25 • vol. 131 • maio / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Fernanda Regina Vilares e Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Coordenação (editoras-chefes)
Fernanda Regina Vilares e Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EDITORES-ASSISTENTES – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Bruno Salles Pereira Ribeiro, 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); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile); Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai); Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR); Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha); Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália); Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha); Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/SC); Alexei Choi Caruncho (FEMPAR – Curitiba/PR); André Machado Maya (TJRS – Porto Alegre/RS); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Tadeu Buonicore (Goethe Universität Frankfurt am Main – ALEM); Deise Helena Krantz Lora (UCRC – Chapecó/RS); Felipe da Veiga Dias (Faculdade Meridional – Passo Fundo/RS); Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia – ITA); Jose Eduardo Lourenço dos Santos (UNIVEM – Marília/SP); Leonardo Sato (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Luís Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR); Ney Fayet Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Paulo César Busato (UFPR – Curitiba/PR); Raquel Lima Scalcon (Uniritter – Porto Alegre/RS); Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ); Salah Khaled Jr. (FURG – Rio Grande/RS); Yuri Luz (MPF – Mato Grosso do Sul/MS)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE DOSSIÊ)

Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/SC); Bruno Tadeu Buonicore (Goethe Universität Frankfurt am Main – ALEM); Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Davi Tangerino (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Diego Alan Schöfer Albrecht (PUCRS – Porto Alegre/RS); Diogo Malan (UERJ e UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Fabio de Sá e Silva (IPEA-DF e UnB – Brasília/DF) ; Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Francis R. Beck (Unisinos – São Leopoldo/RS); Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG); João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Rio de Janeiro/RJ); Leonardo Sato (UERJ – Rio de Janiero/RJ); Miguel Tedesco Wedy (Unisinos – São Leopoldo/RS); Raquel Lima Scalcon (Uniritter – Porto Alegre/RS); Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues (Instituto Jurídico Portucalense – PT); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Thiago Bottino (FGV – Rio de Janeiro/RJ) ; Yuri Luz (MPF – Mato Grosso do Sul/MS)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Aléxia Alvim Machado Faria (PRMG – Belo Horizonte/MG); Antonio Carlos Moni de Oliveira (DPMG – Araxá/MG); Bruna Capparelli (Alma Mater Studiorum – Bologna/ITAL); Bruna de Carvalho Santos Pineschi (PUCSP – São Paulo/SP); Cristiane Farias Rodrigues dos Santos (USP – São Paulo/SP); Daniel Aquino de Sousa (PC – Manaus/AM); Diego Nunes (UFU – Uberlândia/MG); Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG); Hugo Leonardo Rodrigues Santos (UFAL – Atalaia/AL); Luigi Lacchè (Universidade de Macerata – ITAL); Marcela Busnardo dos Santos (UEPG – Ponta Grossa/PR); Marcelo Almeida Ruivo (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT); Marcelo Berdet (UnB – Brasília/DF); Mario Sbriccoli (In memoriam. Universidade de Macerata – ITAL); Rafael O. M. Moura (MPPR – Curitiba/PR); Raquel Razente Sirotti (Instituto Max-Planck – Frankfurt/ALEM); Ricardo Sontag (UFMG – Belo Horizonte/MG)

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. 131 • maio / 2017

Coordenação (editoras-chefes)
Fernanda Regina Vilares e 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. 131 • maio / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editoras-chefes)
Fernanda Regina Vilares e Mariângela Gama de Magalhães Gomes

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



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

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

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

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

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

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

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

Impresso no Brasil: [05-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [28.03.2017]



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

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

Conselho Consultivo

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
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali Caetano Dias
Comunicação e Marketing
Gabriel de Freitas Queiroz
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacional
Silvia Steiner
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies S. Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Journal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Daniela Skromov
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias

Frederico Normanha de Almeida
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Fernanda Regina Vilares e Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Revista Liberdades
Ivan Luis Marques da Silva
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi

Presidentes das Comissões Organizadoras

23º Seminário Internacional
Alexis Couto de Brito
21º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente
Rafael Serra de Oliveira

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 131 • maio / 2017

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativos Editoriais: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção, Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

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, Fernanda Teles de Oliveira, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Estagiários: Guilherme Monteiro dos Santos, Larissa Gonçalves de Moura e Sthefany Moreira Barros

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Dossiê especial – Dogmática e História do Direito Penal

Editorial

Dossiê Dogmática e História do Direito Penal

Rafael Mafei Rabelo Queiroz 17

Peita e suborno como delitos de corrupção no Brasil imperial (1824-1889)

"Peita" and "suborno" as crimes of corruption in Brazilian Empire (1824-1889)

Aléxia Alvim Machado Faria 21

Origens históricas do processo penal italiano e o IV Conselho Lateranense

Historic origins of the italian criminal procedure and the IV Lateran Council

Bruna Capparelli 57

O Código Criminal do Império e seu papel no direito penal brasileiro

The Criminal Code of the Brazilian Empire and Its Role In the Brazilian Criminal Law

Bruna de Carvalho Santos Pineschi e Daniel Aquino de Sousa 79

"*Excluído, no caso, qualquer intuito de regeneração, por não se tratar de réu degenerado*": a interpretação do *sursis* e da liberdade condicional aos criminosos políticos pelo Tribunal de Segurança Nacional (1935-1945)

The interpretation of sursis and parole to political criminals by the National Security Tribunal (1935-1945)

Diego Nunes 117

Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão

Prison's past future and the cynical reason of mass imprisonment: three moments of the appearance of speeches, expectations and cumulate experiences about the concept of prison

Hugo Leonardo Rodrigues Santos 145

Le crisi dell'ordine penale liberale. I livelli della legalità tra Otto e Novecento nell'esperienza italiana

The liberal criminal order in crisis: the levels of legality in the italian experience of the 1800's and 1900's

Luigi Lacchè 187

Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo

The improper omissive crimes as duty violation crime in the national socialism

Marcelo Almeida Ruivo 223

Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal

Beccaria or the emergence of order. The philosopher, the jurists, and the rise of the criminal problem

Mario Sbriccoli e Traduzido por Ricardo Sontag 249

Os crimes políticos na doutrina penal brasileira da Primeira República (1889-1930)

Political crimes in the Brazilian criminal law doctrine of the First Republic (1889-1930)

Raquel Razente Sirotti 263

"Verbalismo de jornal". Ensino do direito penal, ciência e lei em Roberto Lyra

"Verbalismo de jornal". Criminal law teaching, science and statutory law in Roberto Lyra

Ricardo Sontag 299

Direito Penal

Desconstruindo o dogma do Enunciado de Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça

Deconstructing the dogma of Enunciation of Precedent 231 of the Superior Court of Justice

Antonio Carlos Moni de Oliveira 335

Processo Penal

Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil?
Custody hearing: is this procedure act juridically acceptable and useful?
Rafael Osvaldo Machado Moura e Marcela Busnardo dos Santos 367

Crime e Sociedade

Poder Judiciário: segurança pública e administração penitenciária
Judiciary: public security and penitentiary administration
Cristiane Farias Rodrigues dos Santos 403

Os significados da punição nas penas alternativas
The meanings of punishment within the alternative sanctions
Marcelo Berdet 447

Resenha

Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em Direito Penal, de Fábio Guaragni e Marion Bach
Resenha por Frederico Horta 483

Índice Alfabético-remissivo

Autores 497

Temas 499

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 503

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 513

Condições para Submissão *(CheckList)* 519

Edital – Chamada de artigos – Dossiês 2017 521

Editorial

Dossiê Dogmática e História do Direito Penal

Rafael Mafei Rabelo Queiroz
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
mafei.rafael@gmail.com

É com satisfação que apresentamos este volume temático especial da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, dedicado à história das instituições e do pensamento jurídico-penal. Os artigos recebidos foram de qualidade e vieram em boa quantidade.

Seguindo os rígidos padrões da *RBCCrim*, os artigos foram submetidos à dupla avaliação cega por pares. Todos os publicados foram aprovados unanimemente por dois pareceristas autônomos.

Há dois artigos de historiadores estrangeiros publicados por convite. Os dois tratam de temática semelhante, que é de profunda relevância para países onde o direito penal contemporâneo emergiu a partir dos fragmentos da filosofia política liberal do Iluminismo. O primeiro é de Mario Sbriccoli, o mais relevante penalista da escola florentina de história do direito – esta, por sua vez, um dos mais relevantes centros mundiais de pesquisa em história do direito. O artigo é póstumo, visto que Sbriccoli morreu em 2005. Sua obtenção foi possível graças à intervenção do professor Ricardo Sontag, docente da Universidade Federal de Minas Gerais e, também, egresso da Universidade de Estudos de Florença, na Itália, onde se doutorou. O outro artigo convidado, escrito por Luigi Lacchè, também nos chegou por intervenção do professor Sontag, a quem faço meus públicos e calorosos agradecimentos.

A maior parte dos artigos publicados no volume refere-se à história do direito penal brasileiro. O fato é notável porque dá voz à comunidade de historiadores do direito penal que hoje existe no Brasil. Só se faz história com uso de fontes primárias, e nesse sentido, a história do direito tem um componente paroquial: para que ela exista, é necessário que haja uma comunidade de historiadores e juristas trabalhando sobre seus livros e seus documentos. É possível fazer filosofia do direito lendo apenas autores estrangeiros (muita gente o faz). Não se pode fazer o mesmo com a história do direito penal brasileiro: para que ela surja, ainda que autores estrangeiros forçosamente sirvam de inspiração

Queiroz, Rafael Mafei Rabelo. Editorial – Dossiê Dogmática e História do Direito Penal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 131. ano 25. p. 17-19. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

metodológica, como é visivelmente o caso em diversos dos artigos neste volume, há que se ter também estudo das fontes brasileiras. Que grande parte dos artigos refira-se a nossa história é, portanto, indicador de uma comunidade ativa que se dedica à história do direito penal.

Os artigos compreendem temáticas variadas e diversos períodos da história brasileira. Há três sobre o Império, uma época de grande importância porque marca as tentativas de desenvolvimento de um direito penal autônomo, não só em termos de fontes formais mas também de nossa cultura jurídica, com o surgimento das primeiras faculdades de direito e dos primeiros autores mais diretamente ocupados à aplicação do direito local. Os textos abordam desde as inovações dogmáticas do Código Criminal do Império (1830) até estudos específicos sobre os crimes de peita e suborno, análogos à corrupção dos dias de hoje, bem como dos delitos de abuso de imprensa.

Para o período do século XX, há dois artigos, ainda limitando-nos aos dedicados à história do nosso direito penal. O primeiro refere-se à categoria dos "crimes políticos" na dogmática penal da Primeira República e opera por uma comparação esclarecedora entre essas figuras e as categorias análogas do direito penal europeu da época. O segundo opta por uma linha distinta de história ao focar em Roberto Lyra e suas variadas esferas de atuação. Há um relevante debate metodológico da história que busca determinar que tipo de objeto deve ser estudado para que se faça a história de algo. Na história do direito, como também na do direito penal, há uma visão tradicional e formalista que restringe o estudo da história às normas vigentes no passado. Esta é uma possibilidade, com virtudes e limitações, mas ela não é a única. Uma história do direito pode bem ser uma história de personagens relevantes do direito do passado, como foi o caso de Lyra.

Além dos artigos dedicados à história do direito penal brasileiro, há outros três que enfrentam temas de valor histórico e de utilidade para a compreensão do nosso direito penal, seja por desvendarem origens de institutos que já não temos tão claras, seja por explorarem categorias dogmáticas que seguimos aplicando no presente. Um trata das origens históricas mais remotas do direito processual penal italiano, remontando ao Concílio de Latrão. Outro salta ao século XX para explorar o que se argumenta serem os delitos omissivos impróprios do nacional-socialismo alemão.

Há, por fim, um texto que faz um exercício de história de longa duração: uma história das racionalidades. Ele explora categorias estruturantes de nossos conceitos penais fundamentais em nossa elaboração normativa sobre a prisão como consequência jurídica do crime.

Este volume não teria sido possível sem o trabalho diligente e competente de muitos pareceristas, que cumpriram zelosamente com a importante tarefa de avaliar os artigos nos prazos estipulados. Igualmente fundamental foi o trabalho da equipe de apoio da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, cujo profissionalismo, organização e eficiência estiveram à altura da reputação tanto da publicação quanto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Na pessoa de Vinícius Vasconcellos, agradeço a todas e a todos pelo excepcional trabalho.

Peita e suborno como delitos de corrupção no Brasil imperial (1824–1889)

"Peita" and "suborno" as crimes of corruption in Brazilian Empire (1824–1889)

Aléxia Alvim Machado Faria

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), sob a orientação do prof. Dr. Ricardo Sontag. Bacharela em Direito pela UFMG. Integrante do Studium Iuris – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFMG). Assessora jurídica da Procuradoria da República em Minas Gerais.
alexiamachadofaria@gmail.com

Recebido em: 20.12.2016
Aprovado em: 08.02.2017
Última versão autora: 09.02.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Embora não houvesse crime no Brasil imperial descrito sob a rubrica de "corrupção", uma análise voltada à ideia que o referido brocardo adquire em textos doutrinários da Primeira República e no Código Penal de 1940 permite que se realize uma aproximação do conceito de corrupção como crime aos delitos de peita e suborno, previstos no Código Criminal de 1830 e no Código Penal de 1890. Peita e suborno referem-se à prática de um ato contrário à lei, causado pelo recebimento de vantagem ou promessa (peita) ou pela simples influência ou peditório de outrem (suborno). Este artigo visa estudar os dois referidos delitos, que predominantemente foram entendidos como "corrupção" pelos autores da Primeira e Segunda Repúblicas até que fossem reformulados e renomeados como crimes de corrupção ativa e passiva, em 1940. Para tanto, definiu-se o corte temporal relativo ao Império, sobretudo a partir da Constituição de 1824, e utilizaram-se como fontes os livros de doutrinadores da época e as decisões ali citadas, os anais da Câmara dos Deputados, dicionários, decisões de governo e periódicos disponíveis na Hemero-

Abstract: Although there was no crime in Imperial Brazil described under the heading of "corruption", an analysis of the idea that the aforementioned expression acquires in doctrinal texts of the First Republic and in the Penal Code of 1940 allows an approximation of the concept of corruption as a crime in that time. "Peita" and "suborno" regard the practice of an act contrary to the law, caused by the receipt or promise of benefit ("peita") or by the simple influence or demand of someone ("suborno"). This article aims to study the two mentioned crimes, which were predominantly understood as "corruption" by the authors of the first and second Brazilian Republics until they were reformulated and renamed as the crimes of active and passive corruption in 1940. For this purpose, and considering that the analysis focuses in imperial Brazil, especially since the Constitution of 1824, the main sources for this research were the books of criminal doctrine of the time, the annals of the Chamber of Deputies, dictionaries that circulated in Brazilian Empire, government decisions and periodicals available

Faria, Aléxia Alvim Machado. Peita e suborno como delitos de corrupção no Brasil imperial (1824-1889). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 21-55. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

teca Digital. Dentre as conclusões, destacam-se a categorização de peita e suborno como crime de responsabilidade e o tratamento diferenciado conferido a Ministros de Estado e juízes.

Palavras-chave: História do direito penal – Peita – Suborno – Corrupção – Brasil imperial.

in the Digital Library of the National Library. Among the conclusions, the categorization of "peita"and "suborno" as "crimes of responsibility" and the special treatment given to Ministries of State and judges are highlighted.

Keywords: History of criminal law – Corruption – Bribe – Crimes committed by public officials – Brazilian Empire.

Sumário: 1. Introdução. 2. Corrupção como crime no Império – uma aproximação conceitual. 3. Entre a Constituição e a lei ordinária, entre avisos e decisões: peita e suborno no Brasil Imperial: 3.1. Crime de responsabilidade e abuso de poder. 3.2. Pena, tipo e ação penal. 4. Exceções às regras dos "funccionários comuns" – peita e suborno aos juízes e aos Ministros de Estado: 4.1. Toda reprovação ao decisor corrompido – o juiz peitado ou subornado e a pena proporcional. 4.2. Ritos e penas diferenciados aos "funccionarios de alta qualidade": a responsabilidade criminal dos Ministros de Estado. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

"O vicio da moda por excellencia, o vicio dominante do seculo, he incontestavelmente a corrupção."[1] Não fosse a grafia antiga, esta frase poderia passar plenamente como uma declaração do corrente ano. O ambiente de declínio político, contudo, era outro: o artigo A corrupção e a mentira política foi publicado em fevereiro de 1828 pelo periódico Aurora Fluminense, revista política de oposição moderada que surgiu em dezembro de 1827, em pleno declínio do Primeiro Reinado.[2]

Definir juridicamente o que é considerado "corrupção" no Império já é, por si, uma tarefa difícil: a expressão não aparece em dicionários jurídicos e sua utilização é variável desde a prática de atos ilícitos e imorais no meio público, tal como no artigo citado, à substituição do termo "perecimento" para se referir a matéria orgânica (alimentos, partes corporais humanas, animais) em putrefação.[3]

1. MR. JAY. A corrupção e a mentira política. *Aurora Fluminense*, n. 19. Rio de Janeiro, Na Typographia do Diario, 22.02.1828, p. 76. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/706795/80]. Acesso em: 13.11.2016.
2. SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Imprensa no Brasil*. São Paulo: Mauad, 1994, p. 107.
3. Cf., por exemplo, BRASIL. Colecção de decisões do governo, 1835. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1864, p. 165 e Rio de Janeiro. Diario do Rio de Janeiro de quinta-feira, 30 de setembro e 272 do anno de 1824. Disponível em: [http://memoria.

No âmbito criminal, a tarefa encontra ainda mais percalços – não há remissão ao termo na legislação ou nos livros doutrinários como referente aos delitos que, em 1940, aparecem como "corrupção ativa" e "corrupção passiva". Além disso, a corrupção possui uma longa e diversificada história[4] e detém significado mais axiológico e moral do que propriamente descritivo, o que implica a constante mudança de sua semântica ao longo do tempo[5] e entre culturas.

Falar de corrupção no Império é, portanto, realizar uma aproximação conceitual,[6] direcionada aos atos a que a corrupção se refere, sendo necessário sempre um ponto de partida para se definir o que será abrangido no conceito. No caso do crime, essa aproximação talvez seja facilitada, pois a partir da República os doutrinadores penais iniciam discursos contra a corrupção, remetendo-se predominantemente a dois crimes existentes nos Códigos Criminal e Penal de 1830 e 1890: a peita e o suborno. Em 1940, com o Código Penal, essa definição se torna ainda mais sólida, pois peita e suborno, já unidos definitivamente em 1890, desaparecem como léxico da legislação penal e passam a ser tratados sob as rubricas "corrupção passiva" e "corrupção ativa".

---

bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=094170_01&pesq=corrup%C3%A7%C3%A3o]. Acesso em: 25.11.2016, p. 98.

4. ENGELS, Jens Ivo. *Die Geschichte der Korruption*: Von der Frühen Neuzeit bis ins 20. Jahrhundert. 1.aufl. Frankfurt: Fischer E-Books, 2014, loc. 67.

5. ENGELS, Jens Ivo. *Die Geschichte der Korruption*: Von der Frühen Neuzeit bis ins 20. Jahrhundert. 1.aufl. Frankfurt: Fischer E-Books, 2014, loc. 95. Neste livro, Engels defende que a concepção de "corrupção"que se tem atualmente – ao menos na Alemanha, seu local de estudo – é oriunda do período que Reinhart Koselleck denominou *Sattelzeit,* que teria ocorrido entre 1750 e 1850 ou, como define Engels, "no século em torno da Revolução Francesa". Cf. *Ibidem*, loc. 102.

6. Schwarcz afirma que o termo "corrupção" foi raramente utilizado ou referido no Império brasileiro e que tal noção está normalmente vinculada a um tipo de Estado cuja lógica advém da ideia de igualdade de direitos, modelo que não fazia parte das concepções de governo da época no Brasil. Em relação ao vínculo entre corrupção e igualdade, o desenvolvimento ancião deste conceito na França e Alemanha desafiam esta interpretação. O presente artigo intenta demonstrar, inclusive, que a não utilização do termo "corrupção" no Brasil imperial é, se comparado com outros países, exceção herdada das ordenações portuguesas, que utilizavam o termo "peita" para tratar dos delitos aqui estudados. Entretanto, certo é que, conforme ressalta Schwarcz, "conceitos carregam suas próprias datações e a transposição no tempo traz consigo mudanças evidentes de sentido (...). Dessa forma, é preciso de um esforço de 'tradução' do termo: ele possui um sentido diverso, apesar de muitas vezes paralelo" (cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz. Corrupção no Brasil Império. In: AVRTIZER, Leonardo (org). *Corrupção:* ensaios e críticas. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 191).

Este artigo é, portanto, um breve ensaio sobre os crimes que posteriormente vieram a ser denominados "corrupção", com foco na legislação imperial. Em síntese, foram analisados livros doutrinários relativos ao Código Criminal de 1830, atos dos poderes Executivo e Legislativo e decisões de governo entre 1824 e 1889 (com consultas a textos de períodos anteriores, quando necessário), atas parlamentares de 1826 e 1827, além de revistas jurídicas e políticas disponíveis na Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional.

As conclusões são muitas. Porém, para os fins deste trabalho introdutório, vamos nos focar em três observações que chamam a atenção. A primeira é a mantença dos termos "peita" e "suborno" no Império, não obstante a existência de "corrupção" como crime em países aos quais os doutrinadores brasileiros se voltavam para estudo e referência. A segunda, a subsistência de dupla tipificação criminal da peita e do suborno, as duas entendidas como "crime de responsabilidade": uma, na Lei de 15 de outubro de 1827, destinada aos Ministros de Estado, e a outra, no próprio Código Criminal de 1830. Por fim, verifica-se que o juiz imperial possui penas muito particulares quando peitado ou subornado – se a sentença for justa, sua pena é a mesma de qualquer outro empregado público, mas se a sentença viciada for condenatória e injusta, ao magistrado é aplicada a mesma pena que ele havia ali imposto.

2. Corrupção como crime no Império – uma aproximação conceitual

A história de como o termo "corrupção" transformou-se em um conceito de crime no Brasil e quais suas principais especificidades não poderia ser realizada sem que se definisse o método para a busca desse ponto de interseção. A amplitude da expressão aqui estudada não é uma particularidade oitocentista: mesmo atualmente, ao se mencionar "corrupção", os mais diversos tipos de compreensões podem ser recuperados.[7]

Tampouco a historiografia é uniforme (nem deveria) ao trabalhar com este conceito: Schwarcz refere-se a atos ilícitos cometidos por funcionários públicos no âmbito do Império, sem necessariamente haver vinculação com um pedido ou com o recebimento de vantagem ilícita como condicionante deste;[8]

7. Veja-se, por exemplo, WARREN, Mark. E. What does Corruption Mean in a Democracy? *American Journal of Political Science*, v. 48, n. 2, 2004, p. 327-342; HÖFFLING, Christian. *Korruption als soziale Beziehung*. Wiesbaden: Springer, 2002; e RENDTORFF, Jacob Dahl. The Concept of Corruption: moral and political perspectives. *Organization and Management*, n. 1, 2010, p. 125-133.

8. SCHWARCZ, Lilia Moritz. Corrupção no Brasil Império. In: AVRTIZER, Leonardo (org). *Corrupção:* ensaios e críticas. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 191-198.

Engels prefere trabalhar com a ideia de "micropolítica" elaborada por Wolfgang Reinhard,[9] mais abrangente que a de corrupção, mas que engloba todo seu escopo; Schuller utilizava a ideia de consciência social para analisar a história da corrupção sob a perspectiva da percepção de comportamento corrupto ou socialmente adequado;[10] Habib[11] abrange, em sua revisão histórica sobre a corrupção, tanto o contrabando, expressado na famigerada prática dos "santos do pau oco", quanto a circulação de bens e vantagens impróprias na administração pública, consistentes em inconvenientes atalhos utilizados pelos "comensais da democracia, em detrimento do bem comum e dos princípios éticos a que todos devem estar submissos"[12].

A estratégia aqui utilizada é referente ao próprio termo "corrupção" e sua conexão com determinados crimes contra a administração pública. É um método que Engels consideraria insuficiente para estudar a história da crítica à corrupção,[13] mas que, para a análise do uso de tal termo na tutela penal, do cruzamento entre uma palavra ampla e específicas condutas há muito criminalizadas, faz-se imprescindível.[14]

9. ENGELS, Jens Ivo. *Die Geschichte der Korruption*: Von der Frühen Neuzeit bis ins 20. Jahrhundert. 1.aufl. Frankfurt: Fischer E-Books, 2014, loc. 303-338.
10. SCHULLER, Wolfgang. Probleme historischer Korruptionsforschung. *Der Staat*, v. 16, n. 3, 1977, p. 376 *apud* GRÜNE, Nils. „Und sie wissen nicht, was es ist". Ansätze und Blickpunkte historischer Korruptionsforschung. In: GRÜNE, Nils; SLANICKA, Simona (org.). *Korruption*: Historische Annäherungen an eine Grundfigur politischer Kommunikation. Göttingen: Vandehoeck & Ruprecht, 2010, p. 14.
11. HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 3-25.
12. *Ibidem*, p. 16.
13. ENGELS, Jens Ivo, *Die Geschichte der Korruption*: Von der Frühen Neuzeit bis ins 20. Jahrhundert. 1.aufl. Frankfurt: Fischer E-Books, 2014, loc. 278-285.
14. Este artigo introdutório, por sua própria natureza, não pode ter a profundidade e extensão necessárias à discussão de qual método é o mais adequado para a compreensão da corrupção como crime no Brasil independente. Breves apontamentos, no entanto, são possíveis: primeiro, não há percalços em se definir a corrupção criminal de forma mais limitada – trata-se apenas de recorte, na perspectiva criminal, do grande espectro de estudo que abrange a corrupção de funcionários públicos e seus abusos de poder mediante os mais diversos instrumentos. Segundo, o argumento de que a palavra "corrupção" não possui qualquer padrão de utilização, porquanto aparece em outros contextos nada relacionado a crimes contra a administração pública (ver Engels, nota 13), não parece válido, pois não é ali, no uso externo, na "corrupção de menores" ou na "corrupção de água potável" que a palavra atinge seu significado pleno e predominantemente utilizado. Sobre o estudo histórico da semântica de "corrupção", con-

Se buscada em seu termo literal, "corrupção" não existe como crime no Império brasileiro. O referido vocábulo não aparece no Código Criminal de 1830, embora seu verbo originário, "corromper", já fosse identificado na descrição do crime de suborno.[15]

No léxico geral brasileiro, entretanto, já era possível encontrar algumas referências desde o início do Império – ainda que timidamente, verifica-se o uso de "corrupção" em textos de revistas desde o fim da década de 1820. Porém, seu significado aproximava-se mais de uma abrangente ação desmoralizada, pervertida em sua finalidade,[16] do que de fato o recebimento ou oferta de vantagens ilícitas para beneficiamento próprio perante a administração pública. Em dicionário brasileiro de 1832, por sua vez, a corrupção aparece tanto como apodrecimento, seu significado não jurídico mais utilizado,[17] quanto como peitar, que é colocado como sinônimo de "corromper".[18]

A doutrina do Código Criminal de 1830 utiliza "corrupção" de forma abrangente para a definição das mais diversas condutas. Tem-se a corrupção

---

ferir, por exemplo, SAURBIER, Felix. The tabernacle of Bribery. Zur Korruptionssemantik deutsch- und englischsprachiger Bibelübersetzungen in der Frühen Neuzeit. In: GRÜNE, Nils; SLANICKA, Simona (org.). *Korruption*: Historische Annäherungen an eine Grundfigur politischer Kommunikation. Göttingen: Vandehoeck & Ruprecht, 2010, p. 123-143.

15. "Secção III. Suborno. Art. 133. Deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguem, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever. (...)" Cf. BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 01.12.2016.

16. Veja-se, por exemplo, MR. JAY. A corrupção e a mentira política. *Aurora Fluminense*, n. 19. Rio de Janeiro: Na Typographia do Diario, 1828, p. 76. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/706795/80]. Acesso em: 13.11.2016: "Se hum Mancebo se apresenta no mundo com algum talento, todo o genero de *corrupções* o cercão, e precizaria a força d'alma, e todas as virtudes de hum sabio consumado para resistir ás seducções dos que o rodeião. Hum dos agentes mais acreditados da corrupção he a mentira politica, que se exerce sobre os grandes interesses, e n'hum circulo extenso, e merece na verdade lugar distincto. Os Ministros; os homens de Estado, e os Diplomatas, são seus órgãos habituaes; com tudo a certo tempo a esta parte, nota-se que do alto da administração das finanças he que partem seus oraculos".

17. PINTO, Luiz Maria da Silva. *Diccionario da lingua brasileira*. Ouro Preto: Na Typographia de Silva, 1832. verbetes "apodrecimento" e "conserva", p. 97 e 275.

18. *Ibidem*, verbete "corromper", p. 293.

política e eleitoral,[19] corrupção de testemunhas,[20] bem como o uso do termo para qualquer ato criminal, violador de uma prescrição predeterminada.[21] Embora sejam sempre ligadas à imoralidade da ação, em várias situações não são específicas para os funcionários públicos.

Entretanto, em Paula Pessoa (1885), já é possível verificar alguma correlação entre peita e suborno com o "crime de corrupção", apesar de sua comunicabilidade com a prevaricação.[22]

> O crime de corrupção é o mais vil de todos os que, um funccionario se possa tornar culpado e tambem o mais perigoso para o paiz. Infiltrando-se nos habitos de uma nação, abafa a justiça, esta primeira necessidade dos povos; paralysa a administração; desperdiça os dinheiros publicos e destroe a moralidade dos cidadãos. A historia nos fornece muitos exemplos de castigos terriveis infligidos aos Juizes prevaricadores; mas esta severidade, não deve ser somente exercida para com os funccionarios da ordem judiciaria; pois o funccionario, qualquer que seja a ordem a que pertença, abrindo o seu coração á corrupção e suas mãos á venalidade, deve ser punido severamente. (Codigo Penal francez, Arts. 177 a 180). A Lei romana confundia a concussão, que é o facto do funccionario exigindo ou recebendo, o que não lhe é devido, com a corrupção do funccionario, que consiste em um accordo ou commercio das funções.[23]

19. PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*. Commentado e annotado com os principios do direito; legislação de diversos povos, leis do paiz, decretos, jurisprudencia, avisos de governo, interpretando, alterando ou revogando diversas de suas disposições até o ano de 1884. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885, p. 201; SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. 2. ed. augmentada. Recife: Livraria Economica de José Nogueira de Souza, 1872, p. 228.
20. RAMOS JUNIOR, A. de Paula. *Commentario ao Codigo Criminal*. Rio de Janeiro: Carioca, 1875, p. 67.
21. SOUZA, Braz Florentino Henriques de, *op. cit.*, p. 346 e 351.
22. Ao mencionar as situações de peita de juízes, Paula Pessoa utiliza o termo literal "crime de corrupção". Cf. PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*. Commentado e annotado com os principios do direito; legislação de diversos povos, leis do paiz, decretos, jurisprudencia, avisos de governo, interpretando, alterando ou revogando diversas de suas disposições até o ano de 1884. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885, p. 221 e 245. Também em relação ao suborno o termo é utilizado, porém como um elemento do crime, não como o crime em si: "Subornar uma' testemunha especialmente, é fazer com que ella, por corrupção, certifique ou deponha alguma cousa contra a verdade". Cf. *Ibidem*, p. 225.
23. *Ibidem*, p. 226.

Possível explicação para este vínculo de termos é a legislação na qual os autores se espelham: os artigos 177 a 183 do Código Penal francês de 1810, ao descreverem as ações relativas à peita e ao suborno, denominam-nas "corruption des Fonctionnaires publics".[24]

Mas o Código francês é da primeira década do século XIX e a remissão aos franceses é identificada desde os primeiros comentadores do Código Criminal brasileiro. Por qual razão, então, o termo "corrupção" só começa sua tradução criminal no fim do Império?

A hipótese mais razoável é a relativa à tradição portuguesa do uso de "peita" e "suborno" – os termos já eram utilizados no Antigo Regime e "peita" era prevista no Livro V das Ordenações Filipinas.[25]

O referido título trata do recebimento ou oferta de dádiva ou presente a oficial para que este aja diferentemente do devido em suas funções. Esse significado de peita já aparece desde as Ordenações Afonsinas (Livro Quinto, Títulos XXXI e CV, referente à peita de carcereiros).[26]

A remissão conceitual aos antigos textos portugueses é realizada por Galdino Siqueira, para o qual "[c]om razão foi sempre considerado como o mais grave e torpe dos crimes funccionaes o da corrupção ou trafico das proprias

24. FRANÇA. *Code Pénal de L'Empire Français*. Édition conforme a celle l'imprimerie impériale. Paris: Chez Prieur, 1810, p. 28. Disponível em: [http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives//1810/0008/a008.pdf]. Acesso em: 25.11.2016.

25. Livro V, Título LXXI. Além da perda dos "Officios, Carregos, ordenados, e mantimentos que com elles estiverem", o criminoso era degradado por cinco anos para a África se a peita fosse inferior ao cruzado (ou bem equivalente a tal valor) e, caso fosse superior ao cruzado, era degradado para todo sempre para o Brasil. Cf. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. *Livro V*. 14. edição segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, addicionada com diversas notas philologicas, historicas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747 ... desde 1603 ate o prezente. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733]. Acesso em: 28.11.2016, p. 1.218-1.220.

26. O suborno, entretanto, tinha significado diverso nas Ordenações Filipinas: segundo Hespanha, suborno era sinônimo de peita e a concussão (ou extorsão) também cabia no conceito, com a diferença de que, nela, era o oficial quem exigia ou pedia a dádiva. A atividade de agir indevidamente, no exercícios de suas funções, devido a influência ou peditório (o que no Código Criminal de 1830 será chamado de suborno), era denominada favorecimento ilegítimo. Cf. HESPANHA, Antônio Manuel. *Como os juristas viam o mundo*. 1550-1750. Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015, p. 663-664.

funcções pelo funccionário público (...)".[27] Escrevendo em 1932 sobre o Código de 1890, Siqueira cita tanto a legislação francesa, para a qual "corrupção" já era um termo consagrado na esfera criminal, quanto as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, que utilizavam, para o mesmo crime, o termo "peita":

> Quanto a corrupção de outros funccionarios [que não o juiz] era punida [no direito romano] do mesmo modo que a concussão, com a qual foi promiscuamente considerada pelas leis Calpurnia, Servilia, Cornelia e Julia de repetundis, abrandando esta as penas antigas.
>
> Na legislação medieva, se confunde o delicto em questão com o de concussão e em geral com os crimes contra o poder e a ordem publica e de magestade. (...)
>
> Em Portugal, e pelas Ords. Affonsina, L. V. t. 31, Manoelina, L. V, 56, e Philippina L. V. t. 71, o crime de corrupção recebeu a denominação de peita que se tornou classica em nosso direito penal.
>
> (...) O nosso codigo de 1830, inspirando-se em linhas geraes no codigo francez arts. 177 e seguintes, que qualificam o crime de corrupção de funccionarios administrativos ou judiciarios, regulou o assumpto com feição propria.
>
> Distinguiu a figura da corrupçao em duas especies, em secções distintas, isto é, a peita e o suborno, que se caracterisam em substancia em ser aquella a corrupção por dinheiro ou coisa equivalente, e este a corrupção por influencia ou peditorio (arts. 130 e 133). O codigo vigente [1890], reunindo as duas especies em uma só secção (...) manteve nestes a orientação do código anterior, com algumas modificações.[28]

A própria definição de peita e suborno, se voltarmos aos dicionários portugueses, traz vínculo antigo com corrupção: para Bluteau e Morais da Silva, peitar era, entre outros significados,[29] "dar para corromper"; "dar alguma coisa

27. SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brazileiro* (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). v. 2. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003 [original: 1932]. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496211]. Acesso em: 15.6.2016, p. 280.
28. *Ibidem*, p. 280.
29. Curiosamente, peita também era termo usado para se referir ao tributo pago ao rei por aquele que não era fidalgo. Cf. BLUTEAU, Rafael. *Diccionario da lingua portugueza*, reformado e acrescentado por Antonio Moraes da Silva, natural do Rio de Janeiro. Tomo Segundo L-Z. Lisboa: Na officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1789, p. 178. A peita como forma de tributo não era nem recente, nem exclusiva de Por-

para que nos fação outra prohibida".[30] Subornar, por sua vez, definia-se como "corromper o animo de alguem para o induzir a obrar mal (...)" e subornador, "o que corrompe as testemunhas, os juizes[31]". Transtagono, que em 1773 publica em Londres um dicionário bilíngue português-inglês, define "peitar" como "to bribe, to give bribes for bad purposes[32]", termo que até hoje é utilizado para definir o clássico crime de corrupção nos países anglófonos. E ainda, ao definir "corrupçam" e "corromper", remete-se a "bribery" e "to bribe".[33]

A escolha conceitual não se trata, portanto, de mera observação dos crimes do Império sob a perspectiva dos crimes da segunda república, que com poucas modificações vigem até hoje. É, em parte, a busca da história da formulação da ideia de corrupção como crime, cujo início é datado bem antes de 1940, e se baseia não apenas no olhar concomitantemente retroativo e progressivo da ideia de "corrupção", mas igualmente no vínculo entre os crimes que a representam.

3. Entre a Constituição e a lei ordinária, entre avisos e decisões: peita e suborno no Brasil Imperial

3.1. Crime de responsabilidade e abuso de poder

Voltando-se à regulamentação da peita e do suborno no Brasil imperial, dois alertas devem ser feitos para evitar confusões com termos contemporâneos. Isso porque ambos os crimes, independentemente de seus destinatários, eram

tugal. Sua utilização como "tudo o que se dá para corromper a Justiça, a virtude, a verdade e a boa-fé de alguém" remonta, segundo Viterbo, aos séculos XIII e XIV. O historiador Meyerson, ao estudar a cultura judaica na Espanha, identificou o pagamento de peitas – com esta exata expressão, que o autor mantém mesmo no texto em inglês – por parte dos judeus desde o início do século XV, a qual era uma forma de tributo recolhido pela Coroa. Quando e como esse significado da peita se perdeu, no entanto, não permanece claro. Cf. VITERBO, Joaquim de Santa Rosa de. *Elucidario das palavras, termos, frases, que em Portugal antiguamente se usárão, e que hoje regularmente se ignorão*. Tomo segundo. G-Z. Lisboa: Na Typographia Regia Silviana, 1799, p. 209; MEYERSON, Mark D. *A Jewish Renaissance in Fifteenth-century Spain*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 73-74.

30. Sob essa definição em Bluteau, são colocados, lado a lado, os exemplos de "peitar o juiz, que nos faça o que não deve" e "peitar a meretriz".

31. BLUTEAU, Rafael, op. cit., p. 425, verbetes "subornar" e "subornador".

32. TRANSTAGONO, Anthony Vieyra. *A dictionary of the Portuguese and English Languages*, in two parts, Portuguese and English and English and Portuguese. Londres: Printed for J. Nourse, Bookfrller to his Majesty, 1773, p. 443.

33. *Ibidem*, p. 156.

categorizados pela doutrina e decisões do executivo como crimes de responsabilidade e crimes pertencentes ao amplo espectro de "abuso de poder" ou "abuso de autoridade".

Ação popular, possibilidade de pronúncia e recurso de ofício,[34] definição de ritos e julgadores diferentes para "funccionarios comuns" e "funccionarios privilegiados". Todas essas peculiaridades eram devidas aos crimes de responsabilidade, dentre os quais a peita e o suborno eram destacados pelo Código de Processo Criminal.

O termo "crime de responsabilidade" não é usado no Código Criminal, mas é critério de escolha de jurisdição no Código de Processo Criminal e aparece frequentemente nas decisões de governo não apenas como crimes cometidos pelos Ministros e Secretários de Estado, mas também aqueles cometidos por juízes, deputados e outros empregados públicos de "alta classe".

Não há precisão acerca de quais seriam exatamente esses crimes, que podem abranger tanto todo tipo de ação criminal cometida pelo empregado público no exercício de sua função, quanto crimes definidos no Capítulo 1º dos Títulos 5º e 6º do Código Criminal, especialmente após o Aviso[35] 245, de 27 de agosto de 1855.[36]

34. Art. 70 da reforma do Código de Processo Criminal em 1841. Cf. Brasil. Lei 261, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Código do Processo Criminal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM261.htm]. Acesso em: 01.12.2016.

35. Coelho explica que os avisos eram manifestações do Poder Executivo criados, inicialmente, para responder a consultas ou resolver conflitos concretos atraídos à competência do Executivo pelo interesse do Estado. Entretanto, a partir de fevereiro de 1838, quando o Ministério da Justiça ordenou a publicação de uma compilação anual das decisões e dos avisos ministeriais para que estas servissem de fontes jurídicas ao lado da legislação em vigor, eles deixam sua natureza consultiva e passam a advertir antecipadamente sobre como as leis deveriam ser interpretadas. Cf. COELHO, Fernando Nagib Marcos. Tipos normativos e separação dos poderes: a função política do aviso ministerial durante a regência (1831-1840). [Tese de doutorado]. Florianópolis: UFSC, p. 161. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169104/342205.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 15.12.2016.

36. Sobre o Aviso 245, é interessante notar a existência de decisões judiciais que intentaram intencionalmente contradizê-lo, alegando insuficiência em sua enumeração e incompetência do Poder Executivo para interpretar leis aplicadas pelo poder judicial. Entretanto, ao que parece, tais tentativas eram esparsas e as sentenças, reformadas, sobrevalendo o entendimento exarado no Aviso governamental. Cf. TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*. Rio de Janeiro: Im-

Embora se reconheça a importância dessa discussão, inclusive no que se refere à diferença de responsabilidade e "justiçabilidade"[37], estudar a abrangência dos crimes de responsabilidade excede o objeto deste artigo. Basta saber, aqui, que a peita e o suborno eram dos poucos delitos que se inseriam em todas as definições sobre essa categoria de crimes no Império, havendo especificação direta dessa categorização tanto na doutrina quanto no próprio Código de Processo Criminal e mesmo no Aviso Imperial de 1855, que, para dirimir todas as dúvidas acerca da abrangência dessa categoria, enumerou os delitos que nela se inseriam.[38]

---

prensa Industrial, 1886, p. 435-440; SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código Criminal do Império do Brasil*. Recife: Typographia Universal, 1858, p. 53. Todavia, há que se ressaltar que de fato o rol elencado no Aviso 245 foi insuficiente, como demonstra a própria existência do Aviso de 19 de junho de 1857, que estendeu o entendimento de crime de responsabilidade ao ato de deixar presos fugirem, enquanto sentinela da prisão.

37. Este termo foi utilizado pelo deputado Lima Coutinho, contrastado por Vasconcelos, para argumentar pela exclusão de alguns crimes na Lei de 15 de outubro, como agir por omissão contrariamente à lei. Em síntese, Lima Coutinho alegava que "sao duas cousas diferentes, responsabilidade e justiçabilidade: responsavel é o empregado por sua conducta ou boa ou má, é da essencia de seu officio responder por ella; mas quando um empregado publico commette um crime, quando se conhece o acto de sua conducta, nao se póde applicar o titulo de responsabilidade, ha de ser o de justiçabilidade". Assim, em todos os crimes em que não houvesse a identificação de se a deliberação é boa ou má, não haveria responsabilidade, e se o empregado nada faz sobre a ação de seu subalterno, não seria responsável, e, sim, justiçável. Vasconcelos contra-argumenta, em seu turno, que a diferenciação realizada pelos franceses, que vinculam os crimes de responsabilidade aos crimes envolvendo abuso de poder, não poderia ser usada no Brasil, porque, para a Constituição, os crimes de responsabilidade abrangeriam tanto o abuso de poder legitimamente conferido, quanto a inobservância da lei. Cf. Brasil. Annaes do Parlamento Brazileiro. Camara dos Deputados. Primeiro Anno da Primeira Legislatura. Sessão de 1826. Tomo Terceiro. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artistico, 1874. Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id=oyJEAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PP7]. Acesso em: 02.12.2016, p. 40.

38. N. 245. – Aviso de 27 de agosto de 1855, ao Vice-Presidente da Província do Rio de Janeiro. – *Declara quaes os crimes de responsabilidade, quando commettidos por Funccionarios Publicos.*

    3ª Secção. Ministerio dos Negocios da Justiça. Rio de Janeiro em 27 de agosto de 1855.

    Ilm. E Exm. Sr. – Tendo o Juiz Municipal Suplente do Termo de S. João do Principe, da Provincia do Ceará, pedido explicação sobre o modo de proceder-se nos crimes que se trata o Tit. 1º da 3ª Parte do Código Criminal, quando são commettidos por

Todavia, essa discussão foi importante no Império devido ao tratamento especial conferido pelo Código de Processo Criminal de 1832. A peita e o suborno, juntamente aos demais crimes de responsabilidade,[39] poderiam ser denunciados pelo promotor público e qualquer pessoa do povo. Os crimes de responsabilidade possuíam rito próprio, com definida forma para elaboração,[40] apresentação e encaminhamento[41] da denúncia, e estabelecido foro privilegiado.[42] Em relação ao foro privilegiado para a formação da culpa, o Código de

Funccionarios Publicos: – S. M. O Imperador, depois de ouvir ao Conselheiro Procurador da Coroa, e á Secção de Justiça do Conselho d'Estado, Houve por bem sua Immediata e Imperial resolução de 22 do corrente mez, tommada sob consulta da referida Secção de Justiça, Decidir que são crimes de responsabilidade:
1º Os de que trata o Tit. 5º Parte 2ª, no Capítulo 1º, que assim se escreve – Prevaricações, abuzos e omissões dos Empregados Publicos.
2º Os de que trata a mesma Parte 2ª Tit. 6º Capitulo 1º que assim se escreve – Do Peculato.
3º Os de que trata a Parte 3ª Tit. 1º, que assim se inscreve – dos crimes contra a liberdade individual – nos Artigos cujas disposições são expressamente relativas aos Empregados Publicos.
4º Os crimes connexos com os de responsabilidade, como são as offensas physicas, quando ellas são o objeto da violencia commettida pelo Empregado Publico.
O que communico a V. Ex. para sua intelligencia, e para fazer constar a quem convier. Deos Guarde a V. Ex. – Jose Thomaz Nabuco de Araujo. – Sr. Vice-Presidente da Provincia do Rio de Janeiro. BRASIL. *Colecção das Decisões de Governo do Império do Brasil. 1855*. Rio de Janeiro: Na Typographia Nacional, 1855, t. XVIII, p. 256-257.

39. Art. 74, § 2º A denuncia compete ao Promotor Publico, e a qualquer do povo: (...) § 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade. Cf. BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm]. Acesso em: 01.12.2016.
40. Necessariamente na forma escrita, assinada pelo denunciante ou queixoso e por duas testemunhas, acompanhada dos documentos que "façam acreditar a existência do delicto" (art. 152).
41. A denúncia ou queixa deveria ser levada a qualquer das Câmaras Legislativas, Governo ou Presidentes das Províncias (art. 153), no prazo de três anos (art. 150). Após o recebimento e a realização de esclarecimentos necessários, a denúncia é encaminhada aos juízes (art. 153), para que procedam, de ofício, a ação para apurar a responsabilidade do empregado público (art. 154).
42. Os empregados eclesiásticos eram julgados pelos tribunais eclesiásticos, os militares, por conselhos de investigação, os comandantes militares e os juízes de direito tinham sua culpa formada perante os Tribunais de Relações ou a autoridade judiciária, nas províncias que não possuíam Relações, os empregados do Corpo Diplomático e presi-

1832 ainda estabelece ritos diferenciados para o Supremo Tribunal de Justiça e para as Relações e juízes.[43]

A segunda categorização é eminentemente doutrinária e não possui consequências práticas no Brasil imperial, mas sua menção é interessante devido à forte remissão à doutrina francesa por parte dos autores brasileiros.

A doutrina francesa sobre abuso de autoridade separava duas concepções de abuso: a primeira, em sentido estrito, referia-se ao exercício ilegítimo da autoridade na qual o funcionário se imite no exercício de suas funções; a segunda, mais ampla, seria "a violação do dever imposto a todo funccionario de conter-se estrictamente na apliccação das leis que elle tem a missão de observar ou executar". [44]

A peita e o suborno seriam compreendidas, segundo Braz Florentino, como formas de abuso de poder *lato sensu,*[45] juntamente com a concussão e a prevari-

---

dentes da província eram julgados pelas Relações e, por fim, ao Supremo Tribunal de Justiça competia o julgamento de seus membros (art. 155). Apenas estes empregados são considerados como privilegiados pelo Código Criminal de 1832, e a acusação dos empregados "não privilegiados", nos termos do Código, era feita pelo júri competente (art. 171), exceto em relação aos oficiais que serviam a autoridade judiciária, os quais eram por ela julgados (art. 156).

43. Segundo o art. 159 do Código de Processo Criminal de 1832, "As Relações, e mais Juizes, a quem compete a formação da culpa, logo que fôr presente uma queixa ou denuncia concludente contra qualquer empregado publico da sua competencia, fará ouvir a este por escripto; depois do que proceder-se-ha no termos da pronuncia".
Em relação ao Supremo Tribunal de Justiça, o Código de Processo Criminal de 1832 remete à Lei de 18 de setembro de 1828 (art. 158), que define que a apuração da responsabilidade do empregado público é competente ao presidente do tribunal (art. 20 a 33). Esse processo, muito mais detalhado do que o previsto no Código, poderia ensejar interessante pesquisa comparativa para verificação das diferenças de tratamento devido à dualidade de procedimentos, o que, porém, não é o objetivo do presente artigo.

44. MORIN, Achille. Répertoire Général et Raisonné du Droit Criminel ou sont méthodiquement exposées la législation, la doctrine et la jurisprudence. Tome Premier. Paris: Chez A. Durand, 1850, p. 17-18. Disponível em: [http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6577097t]. Acesso em: 28.11.2016; e SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. 2. ed. augmentada. Recife: Livraria Economica de José Nogueira de Souza, 1872, p. 93. Interessante notar, entretanto, que o próprio autor francês escolhe, para a definição de abuso de autoridade, a classificação adotada pelo Code Pènal de 1810, que não inclui nos quatro primeiros parágrafos crimes e delitos de funcionários públicos no exercício de suas funções (subtrações cometidas por depositários públicos, concussões, especulações proibidas e corrupções).

45. Braz Florentino utiliza esta expressão para diferenciar o conceito acima exposto do próprio crime de abuso de poder, definido como "o uso do poder conferido por lei

cação. Esta separação é importante para compreender as menções dos autores a "abuso de poder" e "abuso de autoridade" – nem sempre eles se referem ao crime tipificado pelo Código Criminal de 1830, mas, sim, ao aspecto geral do abuso da função pública, do qual participariam a peita e o suborno. Talvez seja esta concepção que tenha feito a peita e o suborno serem classificados no Capítulo I do Título V do Código Criminal – "Prevaricações, abusos e omissões dos empregados publicos". Mas, apesar de essa teoria francesa ter sido mencionada e defendida por autores do Império, seus limites são alcançados na nomenclatura e na classificação do Código Criminal.

3.2. Pena, tipo e ação penal

A regulamentação da peita e do suborno no Império transita entre a Constituição, avisos e leis especiais, o que explica, ao menos em parte, a complexidade de compreensão desses dois crimes.

A Constituição de 1824 prevê a responsabilidade dos Ministros de Estado por peita e suborno (art. 133, II[46]), embora não traga nova definição para os dois crimes, e estipula, ainda, a ação popular para sua persecução (art. 157).

Essa constatação parece importante devido a dois aspectos. Primeiro, porque a Carta de Lei de 25 de março de 1824 não é uma Constituição que carrega como forte característica a disposição sobre crimes e sua responsabilidade – são poucas as condutas descritas no art. 133[47] e, além da menção dos crimes dos Ministros de Estado, temos somente algumas disposições sobre competência para julgamento e foro privilegiado.

---

contra os interesses públicos, ou em prejuízo de particulares, sem que a utilidade publica o exija" (cf. SOUZA, Braz Florentino Henriques de. op. cit., p. 93).

46. O referido inciso inclui na responsabilidade dos Ministros de Estado, também, a concussão. Entretanto, considerando que a maior parte dos autores estudados classificava a peita e o suborno como crimes mais próximos entre si, e que são essas condutas as escolhidas para se tornarem os delitos de corrupção ativa e passiva em 1940, optou-se por se retirar a concussão do objeto deste artigo, não obstante seja reconhecida sua vinculação frequente à peita e ao suborno.

47. Além da peita e do suborno, os Ministros de Estado eram responsáveis, segundo a Carta de 1824, pela traição (art. 133, I), concussão (II), abuso de poder (III), falta de observância da lei (IV), por obrar contra a liberdade, segurança ou propriedade dos cidadãos (V) e por qualquer dissipação de bens públicos (VI). Cf. Brasil. Carta de 25 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm]. Acesso em: 01.12.2016.

Segundo, porque tais disposições influenciaram fortemente a forma com a qual os autores penalistas da época viam os dois crimes. Braz Florentino é um dos autores que atribui essa modificação de pensamento ao advento da Constituição Política, que teria alterado profundamente a ordem das coisas ao proclamar, nos artigos 133, III, 156 e 179, XXIX, a responsabilidade dos Ministros de Estado, magistrados, oficiais de justiça e empregados públicos pelo abuso de poder:

> Era, pois, natural que o presente Código, organisado em observancia de um preceito d'essa Constituição (art. 179 § 18), procurasse desde o seu principio pôr-se em harmonia com a lei fundamental, estabelecendo correlativamente, em forma de abreviatura, uma disposição ou regra geral que dominasse todos os abusos de poder, e da qual elle devia partir depois, para qualificar e punir como taes aquellas acções illicitas dos funccionarios, que sendo prejudiciaes ao Estado ou aos particulares, lhe parecessem comportar similhante qualificação.[48]

Se, por um lado, o chamado da Constituição aos crimes de responsabilidade possa ter simbolizado para os juristas da época um dos aspectos da construção de um novo Estado, por outro, a inércia em relação à efetiva responsabilização dos Ministros de Estado foi significativa. O debate estendeu-se na Câmara dos Deputados por 1826 e 1827, até o advento da Lei de 15 de outubro de 1827, na qual foi possível identificar o que efetivamente seria a peita e o suborno pelos quais os Ministros responderiam em seus atos no governo.

Na sessão da Câmara dos Senadores, de 26 de junho de 1827, discutindo-se o projeto de lei sobre a responsabilização dos Ministros e Conselheiros de Estado, a peita e o suborno foram analisados com obstinação e detalhamento. Ponderou-se sobre o aumento e a proporcionalidade das penas sobre os tempos, circunstâncias e lugares do delito, de modo que "as penas devem ir tambem ferir, e aniquillar as paixões, donde esses delictos nascem, para que a perspectiva das conveniências, e interesses, fique contrabalançada pela perspectiva das desconveniências, e desinteresses da pena (...)".[49]

O resultado do debate foi percebido na Lei de 15 de outubro de 1827, destinada a tratar da responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado. Nela, a peita e o suborno são tratados conjuntamente.

---

48. SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. 2. ed. augmentada. Recife: Livraria Economica de José Nogueira de Souza, 1872, p. 92.

49. Brasil. Diário da Câmara dos Senadores do Império do Brasil. 1827. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=gb9OAAAAcAAJ&pg=PA235&lpg=PA235&dq=peita++deputados+suborno&source=bl&ots=5T8xir98Yx&sig=GAdktq4upr-JeyAkSRuoqw9j11Qk&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiTkcmj_JTNAhVIJCYKHapHAcgQ6AEIRzAJ#v=onepage&q&f=false]. Acesso em: 03.06.2016, p. 235.

Define-se a peita pela aceitação de dádiva ou promessa, direta ou indireta, para decidir em qualquer ato do Ministério.[50] As penas cominadas ao crime são divididas em graduações máxima, média e mínima, atentando-se à proporcionalidade entre pena e gravidade.[51]

Já o suborno, definido no § 2º do artigo, coloca-se como corrupção pela influência ou peditório a alguém para obrar contra o que deve, não realizar obra em relação ao que deve ou deixar de fazê-lo, no desempenho de suas funções públicas. As penas também são graduadas em três.[52]

Ademais, para a responsabilização criminal, não é preciso que o ato injusto do Ministro de Estado se concretize (art. 2º, § 2º), basta que a ele tenha sido conferida dádiva ou promessa, no caso da peita, ou seja influenciado ou requisitado a fazê-lo, no caso do suborno. A punição já se conforma na aceitação da oferta corruptora, e caso o ato venha a se consumar (art. 2º, § 4º), os Ministros serão responsabilizados por abuso de poder (art. 3º), para o qual a pena é remoção para fora da corte e seu termo por três, dois ou um ano quando o abuso se der quando o Ministro age "§ 1º Usando mal da sua autoridade nos actos não especificados na lei, que tenham produzidos prejuizo, ou damno provado ao Estado, ou a qualquer particular".

Os efeitos das vantagens auferidas na peita, no suborno e na concussão também podem ser realizados, nos termos da Lei de 1827, pelo não cumprimento da lei e pela não efetivação da responsabilidade de seus subalternos, para os quais será conferida pena como se abusos de poder fossem.

A Lei de 15 de outubro de 1827 foi recebida com aclamação pela doutrina (apesar de algumas ressalvas quanto às modificações realizadas pelo Senado[53]), conforme se identifica no discurso de Bernardo Pereira Vasconcelos:

---

50. Art. 2, § 1º da Lei de 15 de outubro de 1827. Cf. Lei de 15 de outubro de 1827. Da responsabilidade dos Ministros e Secretarios de Estado e dos Conselheiros de Estado. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38389-15-outubro-1827-566674-publicacaooriginal-90212-pl.html]. Acesso em: 16.12.2016.
51. É a pena máxima a inabilidade perpétua para todos os empregos e a multa do triplo do valor da peita, a pena média a inabilidade perpétua para emprego de Ministro e Secretario de Estado, inabilidade por 10 anos para os outros empregos, e a multa do duplo do valor da peita, e a pena mínima, a perda do emprego e a multa no valor da peita.
52. Fica suspenso do emprego de Ministro de Estado por três anos quem cometer suborno grave, dois a quem for devida a pena média e um a quem couber a mínima.
53. Veja-se, por exemplo, CARVALHO, José Murilo de (org.). *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. Coleção formadores do Brasil. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 113.

> "Esta lei", disse o imortal deputado [Nicolau Pereira de Campos] Vergueiro, quando a apresentou a s.m.i., "é da mais alta importância, e se pode chamar por excelência a lei prática da Constituição. A lei, que vela sobre os ministros de Estado, vela sobre a execução de todas as leis; ela abraça ao mesmo tempo a estabilidade e a glória do trono com todos os interesses nacionais.
>
> A história das nações nos atesta os abalos que têm sentido os tronos, e as calamidades que têm sofrido os povos por culpa de ministros de Estado que sacrificam a confiança do monarca aos particulares interesses das suas aderências, ou a criminosos desleixos e incapacidade impostora. Para que nos que servem a v.m.i. não franqueie a fidelidade e o amor da justiça, convém firmá-los no dever pelo Império da lei. E quando mais não fora, bastaria ver na responsabilidade dos ministros o pedestal sobre que repousa inabalável o mais eminente atributo monárquico, a inviolabilidade, para que esta lei seja digna de v.m.i., e dos ardentes votos de todos os brasileiros".[54]

As próximas disposições sobre peita e suborno só vão ser regulamentadas com o advento do Código Criminal de 1830. Os três crimes são colocados no Título V, que dispõe sobre os crimes contra a "Boa Ordem e Administração Pública". Mais especificamente, são dispostos juntamente com a prevaricação, a concussão, o "excesso, abuso de autoridade, ou influencia proveniente do emprego", a "falta de exacção nos cumprimentos dos deveres" e a "irregularidade de conduta" no capítulo sobre as "prevaricações, abusos e omissões dos funcionarios publicos" (Título V, Capítulo I).

A peita é definida no Código de 1830 como "Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei".[55]

Diferentemente da Lei de 1827, a pena da peita no Código Criminal não possui três graduações baseadas na gravidade do crime,[56] embora alguns autores tentem defini-las.[57] Existe a separação entre aquele que efetivou o ato

54. CARVALHO, José Murilo de (org.). *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. Coleção formadores do Brasil. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 113-114.

55. Art. 130 do Código Criminal de 1830.

56. Tem-se apenas a perda do emprego e a inabilidade para outro qualquer, multa igual ao tresdobro da peita e prisão por três a nove meses, sem qualquer determinação de sua aplicabilidade proporcional à gravidade do crime.

57. Tinoco tenta delimitar um grau para aplicação nos mesmos moldes da Lei de 1827, tanto para o crime de peita (art. 130), quanto para aquele realizado pelo juiz de direito que por peita der sentença injusta (art. 131). Para tal, definiu o *quantum* máximo,

injusto e o que não efetivou, mas, em vez de haver a responsabilização por um novo ato, como ocorre na lei de responsabilização dos Ministros de Estado, a penalização é dada no mesmo artigo: "A pena de prisão não terá lugar, quando o acto, em vista do qual se recebeu, ou aceitou a peita, se não tiver effectuado".

A delimitação legislativa da peita encerra-se com a responsabilização daquele que a ofereceu:

> Art. 132. O que der, ou prometter peita, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado na conformidade dos artigos antecedentes, menos a de perda do emprego, quando o tiver; e todo o acto, em que intervir a peita, será nullo.

Curioso é perceber, no entanto, que as questões relativas ao conceito desses crimes não eram um ponto tão abordado na jurisprudência, ao menos não naquela citada pelos doutrinadores. Muito mais frequente era a discussão, nos códigos comentados, acerca da competência do crime, da existência de foro privilegiado em relação ao peitante e ao peitado,[58] competência para decreta-

médio e mínimo para cada um dos crimes: o ato mais grave deve ser penalizado, para o autor, com "Perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer, multa igual ao tresdobro da peita e 9 mezes de prisão simples" para o art. 130 e "2 annos de prisão simples" para o 131; o de gravidade média deve receber a "Perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer, multa igual ao tresdobro da peita e 6 mezes de prisão simples" no art. 130 e "1 anno e 3 mezes de prisão simples" no art. 131; e os delitos de gravidade mínima devem ser penalizados com "Perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer, multa igual ao tresdobro da peita e 3 mezes de prisão simples" no art. 130 e "6 mezes de prisão simples" na sentença injusta decorrente do art. 131. Para a sentença justa dada por meio de peita, são utilizados os mesmos parâmetros do art. 130: "Se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido, caso em que se imporá ao réo a prisão perpetua. Em todos os casos a sentença dada por peita será nulla" Cf. TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886, p. 230.

58. Antônio Tinoco, ao comentar o art. 130 do Código do Império (peita): "No processo de peita, embora o peitado seja empregado publico não privilegiado e processado e julgado no foro excepcional, que lhe compete, o peitante deve ser processado e julgado no foro coramum. Sup. Trib. de Just. Rev, Crim. n. 1626. Ac. de 1 de dezembro de 1850" (cf. TINOCO, Antonio Luiz Ferreira, op. cit., p. 229-230). No mesmo sentido, citando decisão nove anos mais nova, Paula Pessoa: O peitante, não sendo empregado publico, não pôde ser julgado no juizo especial. e sim no commum (Revista do Supremo Tribunal n. 1626, de 10 de dezembro de 1859) (cf. PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*. Commentado e annotado com os

ção de nulidade do ato sobre o qual recai a peita,[59] condições para o recebimento da pronúncia.[60] Por outro lado, parece ser de consenso que a peita não admite tentativa, porque consiste no "acto moral da acceitação do donativo ou dinheiro, ou da promessa, e, desde que o funccionario a repelle, fica o crime frustrado em seus effeitos e destruida a consistencia do facto preparatório, que a lei não crimina (...)".[61]

Outro ponto decisório interessante, citado por Paula Pessoa, refere-se à vinculação da responsabilização pela peita à identificação do peitante:

> (421) Para que haja crime de peita é essencial a existencia do co-réo, que désse ou prometesse a peita, para ter lugar a applicação do art. 130 deste código (Revista do Supremo Tribunal n. 1. 931, entre partes: recorrente o coronel Silva Paranhos e recorrida a justiça).[62]

O suborno, por sua vez, permanece com tipificação muito semelhante à existente na Lei de 15 de outubro de 1827, embora se identifique alguma confusão com o delito de peita no Código Criminal.[63]

---

principios do direito; legislação de diversos povos, leis do paiz, decretos, jurisprudencia, avisos de governo, interpretando, alterando ou revogando diversas de suas disposições até o ano de 1884. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885, p. 245).

59. "Nullidade do acto sobre o qual recahiu a peita não pôde ser decretada pelo juizo criminal e sim pelo civil e por acção competente. Sup. Trib. de Just. Rev. Crim. n. 1626, Ac. de 7 de dezembro de 1859. Recorrente – J. J. Judice, e Recorrida – a Justiça." Cf . TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886, p. 230.

60. (417d) 2. ed. – Em crime de peita bastão presumpções do delicto para pronuncia do peitado. - . Ac. Da relação de Cuyabá de 1 de dezembro de 1879. Apud, PAULA PESSOA, Vicente Alves de, op. cit., p. 246.

61. TINOCO, Antonio. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*, p. 229. Ainda sobre a inadmissibilidade da tentativa, Paula Pessoa cita uma decisão do 6º volume da Gazeta Jurídica, p. 284-295, que fundamenta a questão aludindo à "doutrina das nações cultas" (cf. PAULA PESSOA, Vicente Alves de, op. cit., p. 247).

62. *Ibidem*, p. 247 e 248.

63. Art. 133. Deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguem, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever. Decidir-se por dadiva, ou promessa, a eleger, ou propôr alguem para algum emprego, ainda que para elle tenha as qualidades requeridas. Compare-se com o art. 2º, § 2º da Lei de 15 de outubro de 1827: "Art. São responsáveis (...) § 2º Por suborno, corrompendo por sua influencia, ou peditorio a alguem para obrar contra o que deve, no desempenho de suas funcções publicas; ou deixando-se corromper o que não devem, ou deixarem de obrar o que devem". A diferença reside basicamente na tipificação da oferta ou eleição de determinada pessoa

Para defini-lo, mais uma vez é identificada a prevalência dos franceses. Paula Pessoa cita Morin e Merlin, referindo-se ao engajamento por sedução a fazer "alguma cousa contra o seu dever".[64] Desenvolve, citando Muyart de Vouglans, ao discorrer da maior gravidade da ação do subornador em relação ao subornado no caso de suborno de testemunhas.[65]

No que se refere à pena do suborno, o que se vê é razoável modificação se comparada à dos Ministros de Estado, pela Lei de 1827. Em vez de ser menor que as de peita, como ocorre na responsabilização dos Ministros de Estado,[66] a pena do crime de suborno estipulada no Código de 1830 é exatamente e mesma estabelecida para os casos de peita,[67] e todas as disposições de responsabilização destinadas a peitados e peitantes também devem ser observadas para subornados e subornadores.[68]

Sobre a gravidade da pena do suborno, Paula Pessoa, fundamentando seu posicionamento no direito romano,[69] pondera:

---

a um emprego realizada devido a prévio recebimento de vantagem. Esta parte não representa propriamente aumento da abrangência do suborno no Código de 1830, mas sua confusão com a peita, porquanto a atividade que um funcionário público realiza após receber dádiva ou promessa de dádiva vinha sendo tipificada desde a colônia como peita, não como suborno. No que se refere ao fato de que a lei para os Ministros de Estado restringe explicitamente a responsabilização criminal aos atos cometidos no exercício das funções públicas, tampouco se identifica ali uma diferença substancial, na medida em que, no Código Criminal de 1830, o próprio capítulo no qual o suborno se insere pressupõe que as atividades ali criminalizadas foram cometidas pelo funcionário público no exercício de suas funções.

64. TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*. Rio de Janeiro: Imprensa industrial, 1886, p. 247.
65. *Ibidem*, p. 247-248.
66. Enquanto a peita dos Ministros de Estado é punida com inabilidade perpétua para todos os empregos e a multa do triplo do valor da peita (máxima), inabilidade perpétua para emprego de Ministro e Secretario de Estado, inabilidade por 10 anos para os outros empregos, e multa do duplo do valor da peita (média) e perda do emprego, e multa do valor da peita (mínima), o suborno é punido com suspensão do emprego por três (máxima), dois (média) ou um ano (mínima). Cf. Art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei de 15 de Outubro de 1827.
67. O art. 133 do Código Criminal de 1830 estabelece, como penas para o suborno, literalmente "as mesmas estabelecidas para os casos da peita".
68. Art. 134. Todas as disposições dos artigos cento e trinta, cento trinta e um, e cento trinta e dous, relativas aos peitados, e peitantes, se observarão a respeito dos subornados e subornadores.
69. TINOCO, Antonio, *op. cit.*, p. 249-250.

> (422 c) 2. edição. Se é menos perigoso este crime do que tantos outro praticados pelo funccionario, todavia não é menos funesto em seus resultados, por isto que conduz á iniquidade, consistente no sacrificio da justiça e do bom direito a considerações pessoaes.[70]

Aparentemente, a discussão de direito material acerca do suborno traz mais perguntas aos doutrinadores da época do que as de peita. Um ponto comumente abordado é, por exemplo, a questão do suborno para a prática de perjúrio, sua acessoriedade em relação a ele (ou o contrário) e a maior gravidade da prática daquele que oferece a vantagem para o testemunhador do que do testemunhador que a aceita e mente. Paula Pessoa novamente remete-se aos franceses, especialmente ao Código Francês de 1810, a Chaveau e Helie, M. Cessac, Faure e a Renouard, segundo os quais o suborno deveria ser punido de forma mais severa que o perjúrio quando a testemunha aceita a vantagem por necessidade[71] e de acordo com a condição do subornador em relação à matéria do testemunho da pessoa subornada.[72]

Principalmente até o início da década de 1860, a maior parte dos autores penalistas limita-se a breves comentários nos delitos de peita e suborno. Frequentemente são as remissões processuais e a separação das penas estipuladas no Código Criminal de 1830 em graus máximo, médio e mínimo, tal como já fizera a legislação para os Ministros e Secretários de Estado. A separação envolve também a qualidade do agente no momento da ação, ou seja, se era ele autor, cúmplice e se cometera o ato em tentativa.

As únicas discussões relativas ao ato criminoso em si que aparecem, nessa época, são sobre a possibilidade de configuração de tentativa e cumplicidade no crime de peita (art. 130). Aqueles que admitem tal figura, comumente apenas as inserem em seu tratamento de gradação de penas, enquanto os autores que são contrários a elas se manifestam explicitamente, seja com suas próprias palavras,[73] seja com a reunião de julgados. Além disso, embora se notem diferenças sensíveis na mensuração de penas realizadas por cada

70. PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*. Commentado e annotado com os principios do direito; legislação de diversos povos, leis do paiz, decretos, jurisprudencia, avisos de governo, interpretando, alterando ou revogando diversas de suas disposições até o ano de 1884. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria popular de A. A. Da Cruz Coutinho, 1885, p. 249.

71. *Ibidem*, p. 248.

72. *Ibidem*, p. 249.

73. É o caso de Josino do Nascimento Silva (*Codigo Criminal do Imperio do Brasil*. Nova ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1862, p. 155).

autor, em nenhuma das analisadas até o momento foi encontrada fundamentação.

A partir da década de 1860, surge um pouco de elaboração em relação aos crimes: fala-se, por exemplo, na participação da peita e do suborno em um ramo mais extenso de crimes do funcionário público, ligados entre si pela existência de abuso de autoridade.

As possíveis análises acerca da peita e do suborno no Império são muitas, passando desde a demanda punitiva – clara em alguns momentos,[74] controversa em outros[75] – até a influência europeia (nomeadamente francesa) na construção da concepção dos dois crimes. Entretanto, devido à limitada extensão deste artigo, focamo-nos em três elementos essenciais para a compreensão do conceito: a categorização da peita e do suborno nos crimes de responsabilidade, sua especificidade em dois casos: os Ministros de Estados e os juízes que condenam ou absolvem um indivíduo ao serem peitados ou subornados.

4. Exceções às regras dos "funccionários comuns" – peita e suborno aos juízes e aos Ministros de Estado

Conforme já visto, alguns funcionários públicos possuíam determinações especiais quando responsabilizados criminalmente por peita e suborno. O tratamento separado é comumente identificado nas regras de competência para julgamento e, nesse sentido, abrangem diversos tipos de funcionários públicos – deputados, vereadores, ministros, juízes. Mas a modificação na sanção imposta e em todo o rito de persecução é característica perceptível em apenas dois casos: a superpunição dos juízes e o rito e sancionamento diferenciados para os Ministros de Estado.

---

74. Exemplos são a decisão n. 160 – Justiça – de 8 de julho de 1831 e a decisão n. 324, de 13 de outubro do mesmo ano, destinada a cobrar a realização de diligências para se proceder à responsabilidade dos empregados públicos e sua comunicação ao governo.

75. Veja-se, por exemplo, o discurso de Carneiro de Campos para se evitar a criminalização da peita que não produz o resultado indevido, ao argumento de tormento da reputação do Ministro de Estado por um ato que sequer foi legalmente indevido, e o do deputado Borges, que sustentava a impossiblidade de responsabilização do Ministro de Estado pelo suborno que realizar em relação a outra autoridade, ao fundamento de que seria essa autoridade quem deveria se negar a realizar o ato por influência ou peditório do Ministro de Estado (cf. BRASIL. *Diario da Camara dos Senadores do Imperio do Brasil*. 1827... cit., p. 225-226).

4.1. Toda reprovação ao decisor corrompido – o juiz peitado ou subornado e a pena proporcional

Do lado da especialidade mais gravosa, tem-se o tratamento conferido ao juiz de direito ou de fato e ao árbitro que profere uma decisão após ser peitado ou subornado.

Pelo art. 131 do Código Criminal de 1830, o juiz que emitisse uma decisão após ser peitado ou subornado[76] somente seria condenado nas mesmas penas dos demais funcionários públicos se sua decisão, apesar da peita ou do suborno, fosse justa, ou seja, se o resultado do ato decisório fosse o mesmo que seria devido caso não houvesse a corrupção por meio da peita ou do suborno. Caso fosse injusta, a pena seria de dois meses a dois anos (isto é, a pena máxima seria mais do dobro da definida para a peita e suborno comuns) e, ainda, caso se tratasse de uma sentença penal, a punição seria igual àquela atribuída ao condenado injustamente.

A redação do art. 131[77] permite, inclusive, a punição de juízes peitados ou subornados por pena de morte e prisão perpétua: só há limitação da punição atribuída ao juiz quando o condenado, apesar de ter recebido sentença com a pena de morte, ainda não tiver sido executado (caso em que atribui ao juiz peitado ou subornado a prisão perpétua). Assim, ao menos em tese,[78] o juiz que condena uma pessoa à pena de morte e é responsabilizado criminalmente por peita ou suborno após sua execução poderia ser igualmente executado.

Este artigo certamente causa assombro devido à possibilidade de punição por pena de morte e prisão perpétua, sanções relativamente pouco utilizadas no Código Criminal de 1830, mas é compreensível se vista sob a ótica do movimento de profunda regulamentação do Poder Judiciário para se evitar abusos de poder em sentido lato.

A legislação imperial de controle judiciário, em si, já mereceria relevante destaque – a própria Constituição já definia: a responsabilidade dos juízes

76. O art. 134 equivale ao suborno apunição descrita no art. 131 do Código Criminal.

77. Art. 131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto, ou Arbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja. Se a sentença fôr injusta, a prisão será de seis mezes a dous annos; e se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena, que tiver imposto, ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido; caso, em que se imporá ao réo a de prisão perpetua.
Em todos estes casos a sentença, dada por peita, será nulla.

78. Embora seja esta a redação do artigo, ainda não foram encontradas decisões, nas busca por julgados citados em textos doutrinários, que lidem com essa possibilidade de condenação por pena de morte, ou mesmo por prisão perpétua.

por abusos de poder e prevaricações que cometessem no exercício de seus empregos;[79] que ações contra seus atos de peita, suborno, peculato e concussão poderiam ser intentadas por qualquer pessoa do povo;[80] e que o juiz que realizasse uma prisão arbitrária deveria ser responsabilizado criminalmente.[81] Já o Código Criminal de 1830, para além da pena especial atribuída à peita e ao suborno de juízes, responsabilizava criminalmente aqueles que julgassem causas para as quais sejam suspeitos,[82] mandassem prender indivíduos de forma irregular,[83] não explicassem ao preso o motivo de seu encarceramento[84] e concedessem *habeas corpus* quando este não era cabível ou o denegasse diante de seu cabimento.[85]

As correições – procedimentos de controle das ações de diversos funcionários públicos[86] no exercício de suas funções –, no que se refere à peita e ao suborno, eram incentivadas pelas mais diversas formas no Código de Processo Criminal de 1832, reformado em 1841, e pelo Decreto 834, de 2 de outubro de 1851. Os juízes de direito, ao realizarem correições em suas comarcas, deverão examinar "Todos os processos crimes que tiverem sido sentenciados

79. Art. 156 da Constituição de 1824.

80. Art. 157 da Constituição de 1824.

81. Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)
X. Á excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

82. Art. 163. Julgarem os Juizes de Direito, ou os de Facto, causas, em que a lei os tenha declarado suspeitos, ou em que as partes os hajam legitimamente recusado, ou dado por suspeitos. Penas – de suspensão por um a tres annos, e de multa correspondente á sexta parte do tempo.

83. Art. 181 do Código Criminal de 1830.

84. Art. 182 do Código Criminal de 1830.

85. Art. 183 do Código Criminal de 1830.

86. Art. 25. São sujeitos á correição os Juizes Municipaes e de Orphãos, Delegados, Subdelegados, Juizes de Paz, Promotores Publicos, Promotores dos Residuos, Curadores Geraes e Thesoureiro dos Orphãos, Solicitadores dos Residuos, Tabelliães, Escrivães, Distribuidores, Contadores, Partidores, Avaliadores, Depositarios Publicos, Officiaes de Justiça, Carcereiros e Porteiros. Cf. BRASIL. Decreto 834, de 2 de outubro de 1851. Dá Regulamento para as Correições. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-834-2-outubro-1851-559565-publicacaooriginal-81859-pe.html]. Acesso em: 16.12.2016.

pelos Juizes Municipaes, Delegados e Subdelegados; procedendo contra elles, se acharem que condemnárão ou absolvêrão os réos por prevaricação, peita, ou suborno.[87]"

O direito de suspensão dos magistrados cabia ao Poder Moderador devido aos arts. 101, § 7º, e 154 da Constituição. Castro vê, nesse dispositivo, não uma violação à independência do Judiciário, mas uma garantia: somente "o primeiro representante da nação" poderia fazê-lo, depois de ouvir os magistrados em questão e consultar o conselho de Estado.[88] Para Castro [1862], seria esta a única efetiva medida de proteção da sociedade diante do abuso de poder do juiz, e somente poderia ser reservada para casos graves.

Além disso, a corrupção de juízes de paz é pivô de uma grande discussão nas revistas jurídicas[89] e debates no senado[90] a partir de meados de 1830, principalmente por causa da existência dos jurados.

O foco nos juízes não parece ser uma questão exclusiva de peita e de suborno – a Constituição e algumas decisões do governo também previam,

87. Art. 26, 2º da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841.

88. "Se pelo systema da constituição repousa essencialmente a effectiva garantia das liberdades publicas e direitos dos cidadãos na divisão e harmonia dos poderes politicos, claro é que ter-se-hia destruido esse principio cardeal, desde que fosse dado ao poder legislativo, por exemplo, influir sobre o judicial, fazendo assim a lei e intervindo ao mesmo tempo na sua applicação, por meio da acção directa e coercitiva que por ventura tivesse sobre os executores della. Mais incertas serião ainda as garantias da recta distribuição da justiça se o executivo, poder activo e forte pela força de que dispõe e pela parte immediata que toma na administração geral do paiz, pudesse intervir no judiciario. Se lhe fosse dada por lei essa intervenção teria desapparecido igualmente a separação ou a independencia dos poderes politicos para dar lugar ao abastardamento e confusão do regimen constitucional" (CASTRO, Olegário Herculano D'Aquino e. *Practica das correições*. Ou Commentario ao regulamento de 2 de outubro de 1851 comprehendendo as leis, decretos, consultas dos conselhos de estado, julgamentos dos tribunais superiores, avisis, ordens, instrcções e portarias que até hoje se tem expedido explicando, ampliando ou alterandos as disposições relativas aos actos e atribuições civis e criminaes dos juizes de direito. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1862. p. 25-26).

89. Cf. Rio de Janeiro. *Diario do Rio de Janeiro* n. 3. Quinta-feira, 5 de fevereiro do anno de 1835. Rio de Janeiro: Na typographia do Diario, 1835. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/094170_01/16732]. Acesso em: 20.12.2016.

90. Cf., por exemplo, os debates no Senado sobre a exclusão de jurados, realizado em 1834. Rio de Janeiro. *Diario do Rio de Janeiro* n. 3. Quarta-feira, 3 de setembro do anno de 1834. Rio de Janeiro: Na typographia do Diario, 1834. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=094170_01&pesq=corrup%C3%A7%C3%A3o]. Acesso em: 20.12.2016.

por exemplo, a responsabilização de juízes que decidissem contrariamente às leis.

E essa previsão não era particularidade brasileira: o Código Penal francês, para o qual doutrinadores e parlamentares comumente se voltavam em suas reflexões, estabelecia a responsabilidade do juiz em duas segmentações (arts. 181 a 183): se o juiz ou júri corrompido se manifesta, em matéria criminal, seja a favor, seja contra o acusado, será punível com a reclusão, além da multa ordenada pelo art. 177 (crime de corrupção).[91] Entretanto, no caso de condenação causada pela corrupção judicial superior à reclusão, o Código Penal francês estabelecia que o juiz seria punido com a mesma pena que havia estabelecido mediante corrupção.[92]

Não há separação entre sentenças corruptas justas ou injustas, e correlação direta entre pena concedida pelo juiz corrupto e pena a ele aplicável só era viável no caso de penas mais graves; por outro lado, não se identifica a limitação à pena de morte, como se vê no art. 131 do Código Criminal brasileiro.

No Código de 1940, essas previsões desaparecem, restando à responsabilização penal do juiz as mesmas descrições legais previstas aos demais funcionários públicos. Se tal acontecimento deve-se à independência da magistratura, que toma o centro de debates políticos e jurídicos no fim do século XIX no contexto dos estados constitucionais ou parlamentares,[93] à realização de concursos, modificação da estrutura de controle da magistratura e ao uso de procedimentos diferenciados de persecução, ou se é mera expressão da igualdade da magistratura perante outras formas de funcionarismo público, ainda permanece pouco claro.

---

91. Trad. livre do art. 181: Si c'est un juge prononçant en matière criminelle, ou un juré qui s'est laissé corrompre, soit en faveur, soit au préjudice de l'accusé, il sera puni de la reclusion, outre l'amende ordonnée par l'article 177. França. *Code Pénal de L'Empire Français*. Édition conforme a celle l'imprimerie impériale. Paris: Chez Prieur, 1810, p. 28. Disponível em: [http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives//1810/0008/a008.pdf]. Acesso em: 25.11.2016.

92. 182. Si, par l'effet de la corruption, il y a eu condamnation à une peine supérieure à celle de la réclusion, cette peine, quelle qu'elle soit, sera appliquée au juge ou juré coupable de corruption. França. *Code Pénal de L'Empire Français*. Édition conforme a celle l'imprimerie impériale. Paris: Chez Prieur, 1810, p. 28. Disponível em: [http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives//1810/0008/a008.pdf]. Acesso em: 25.11.2016.

93. Para comparação com a experiência italiana, cf. STORTI, Claudia. Justice et procès pénal: indépendance de la magistrature et politique ministerielle en Italie entre 1861 et 1930. In: LACCHÈ, Luigi; STRONATI, Monica (ed.). *Beyond the statute law:* the "grey" government of criminal justice systems. History and theory in the modern age. Macerata: Eum, 2011.

4.2. Ritos e penas diferenciados aos "funccionarios de alta qualidade": a responsabilidade criminal dos Ministros de Estado

Além de serem dos poucos crimes citados pela Constituição de 1824 e descritos pela Lei de 15 de outubro de 1827, fazem parte dos únicos três[94] que mantêm duas descrições criminais diversas e independentes. Isso porque, em plena vigência da Lei de 15 de outubro, o próprio Código Criminal de 1830 encarregou-se de descrever e punir as condutas de peita e suborno, inclusive deixando claro, em seu art. 308, que aquelas disposições não excluíam a aplicação da lei de crimes de responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado.

Há algumas semelhanças em relação à Lei de 1827, tais como a ordem da tipificação (peita, suborno e concussão) e a diferenciação da pena daqueles que receberam ou aceitaram a vantagem, mas não realizaram o ato na administração para o qual foram corrompidos, e os que concluíram também o ato ligado à sua função pública. Perceba-se, no entanto, que os crimes do Capítulo I, Livro V, do Código Criminal do Império Brasileiro são destinados aos funcionários públicos em geral, não àqueles de alto escalão, para os quais ainda permanece em vigência a Lei de 1827. A própria Lei de 15 de outubro de 1827 já disciplinava a forma de acusação, processamento e julgamento desses crimes,[95] inclusive no que se refere ao chamamento de testemunhas e produção de outros meios de prova.

E o que fazer diante da existência dupla de crimes? Os autores não discutem muito esse assunto – a maioria sequer comenta, nos delitos de peita e suborno, o delito existente na Lei de 15 de outubro de 1827. A razão para a ausência de discussões parece se encontrar no próprio fato de que não há, no

94. Interessante verificar que mesmo na outra tentativa de criminalização especial realizada no Império, qual seja, a discussão sobre o Código Penal Militar em 1875, havia a previsão para os crimes de peita e suborno (além de concussão, prevaricação e peculato, crimes vizinhos devido ao conceito de delito de responsabilidade). Brasil. Código Penal Militar. Parecer da Comissão Especial apresentado à Câmara dos Srs. Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887.

95. Note-se que, embora haja diferenças substanciais na persecução dos crimes para Ministros de Estado, o critério da ação popular permanece, na medida em que fora definido pela Constituição de 1824. "Todo cidadão pode denunciar", dispõe o art. 8. Mas, conforme aponta Pimenta Bueno, "a accusação é agitada perante o senado pelo procurador da corôa". A câmara dos deputados, quando a denúncia era apresentada, mandava examiná-la por uma comissão especial e, "sendo attendivel, ordena que se colijão as provas necessárias" (cf. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Publico Brazileiro e analyse da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de 3. Villeneuve E. C., 1857, p. 114).

Império, conflito diante da existência de duas leis aplicáveis para pessoas de qualidades diversas: Lei de 1827 para os Ministros e Secretários de Estado, Código Criminal para os demais empregados públicos. Essa hipótese, reafirmada pelo art. 308 do Código Criminal, demonstra coerência com as decisões de governo encontradas até o momento, que frequentemente retiravam a determinação de suspensão de emprego (supostamente aplicável a todos os pronunciados por peita e suborno) para altos funcionários, ao explícito argumento de que se tratam de funcionários de maior grau. Outro indicador dessa facilidade de compreender o duplo tratamento é em relação à alegação da existência de suborno no momento da votação de deputados e vereadores. Em relação aos deputados, não encontrei uma decisão de governo sequer que tenha mantido a decisão do pároco que impediu a eleição de determinado deputado por causa da alegação de suborno, e encontrei várias que modificavam a decisão, quando ela tinha sido dada no sentido de impedir a eleição. E os argumentos são sempre os mesmos: defeito no processo formal de aclamação pelo suborno.

Além disso, a ordem de criminalização não favoreceu muito a discussão. Em meio à crise política que marcou o Primeiro Reinado, a responsabilização criminal dos Ministros e Secretários de Estados trazida pela Constituição e pela Lei de 15 de outubro de 1827 foi aclamada pela doutrina.

Para Pimenta Bueno:

> A responsabilidade dos ministros é o princípio fundamental, a base do systema da monarchia representativa, que sem ella seria puramente nominal.
>
> A inviolabilidade do monarcha é a propria monarchia, é a condição essencial della, e aquella responsabilidade é o correlativo à garantia desse dogma, é o direito dos povos livres, que nasce da natureza das cousas, das relações da corôa cm a nação, relações que se exercem por intermedio dos ministros.
>
> Se os ministros não fossem responsáveis, todo o systema constitucional seria falseado, ou antes aniquilado; as leis, as liberdades, e garantias sociaes, serião sacrificadas pelo completo absolutismo de um poder, que não teria correctivo senõ nas revoluções.[96]

Após, com a vinda do Código Criminal, mais funcionários passam a ser abrangidos pelo que é chamado, em conjunto, de peita e suborno, mas as disparidades de tratamento, garantidas pelo art. 308 do Código Criminal, permanecem até o fim do Império.

96. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Publico Brazileiro e analyse da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. De 3. Villeneuve E. C., 1857, p. 113.

5. Conclusões

Participantes de um amplo espectro de crimes de responsabilidade e inseridos no contexto de tentativa de moralização da administração pública, a peita e o suborno não se cruzam inteiramente com o conceito de "corrupção" no Brasil Imperial. Embora já houvesse menção de corrupção no sentido de abuso de poder no funcionarismo público desde a década de 1820, sua denominação era encontrada nas revistas em sentido sobretudo político – talvez influenciada pela abordagem europeia que Engels chamara de micropolítica,[97] talvez devido ao contexto de crise do Império na qual elas surgem –, revistas políticas criadas pela oposição.

No tratamento jurídico, os crimes que posteriormente serão recebidos como corrupção ativa e passiva possuem as mais diversas peculiaridades. Seus dispositivos característicos se devem, em parte, a dois conceitos mais abrangentes ao qual eles estão subordinados – "abus d'autorité", mais doutrinário, e crime de responsabilidade, de vinculação jurídica tanto por atos legislativos, quanto por decisões de governo.

Ser crime de responsabilidade decerto traz muito de suas especificidades processuais. Do mesmo modo é configurar "abuso de autoridade" em sentido amplo, em um contexto no qual se tem esperança na moralização e renovação a partir do modelo de Estado independente a caminho da República. Mas há elementos da peita e do suborno que permanecem só deles, ou que se repetem em outros poucos crimes que, quando analisados em conjunto, não atendem ao mesmo padrão de tratamento diferenciado.

Neste artigo, foram trazidos dois desses elementos tão peculiares à peita e ao suborno. De um lado, peita e suborno possuem duas tipificações que explicitamente coexistem. No caso, uma para Ministros de Estado, "funccionarios de alta qualidade", que em hipótese alguma podem ser responsabilizados criminalmente de qualquer jeito, outra para todos os demais.

Essa dupla legalidade foge aos padrões de foro privilegiado dependendo da qualidade do agente infrator – ponto também existente na peita e no suborno – e atingem a mais clara separação por qualidade do cargo exercido pelo empregado público. Isso parece contradizer todos os registros por controle e demanda punitiva contra a peita, mas na verdade só demonstra a latente preocupação com a "qualidade" do funcionário público no momento de sua persecução e punição, coisa que, se autores como Galdino Siqueira tentaram negar, as decisões de governo e os debates parlamentares insistem em reafirmar.

97. ENGELS, Jens Ivo. *Die Geschichte der Korruption: Von der Frühen Neuzeit bis ins 20. Jahrhundert*. 1aufl. Frankfurt: Fischer E-Books, 2014, loc. 281-310.

Mas não só os Ministros de Estado e os funcionários públicos "privilegiados" são tratados de forma diversa quando peitados ou subornados – também o juiz, alvo de toda a bilateralidade trazida pela independência judiciária buscada, é punido duramente se decide por peita ou suborno e tem diversas normas de controle de seus atos por meio das correições.

A maior parte das diferenças aqui mencionadas – penalização diretamente proporcional do juiz peitado ou subornado, dupla legalidade da descrição criminal, ação popular e com atos de ofício –mantém-se na Primeira República, mas desaparece nos anos seguidos ao Código Penal de 1940.

6. Referências

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Ordenações Filipinas. Livro V*. Décima quarta edição segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, addicionada com diversas notas philologicas, historicas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747 ... desde 1603 ate o prezente. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733]. Acesso em: 28.11.2016.

BLUTEAU, Rafael. *Diccionario da lingua portugueza*, reformado e acrescentado por Antonio Moraes da Silva, natural do Rio de Janeiro. Tomo Segundo L-Z. Lisboa: Na officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1789.

Brasil. Carta de 25 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm]. Acesso em: 01.12.2016.

Brasil. *Annaes do Parlamento Brazileiro. Camara dos Deputados*. Primeiro Anno da Primeira Legislatura. Sessão de 1826. Tomo Terceiro. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artistico, 1874. Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id=oyJEAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PP7]. Acesso em: 02.12.2016.

Brasil. *Diario da Camara dos Senadores do Imperio do Brasil*. 1827. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=gb9OAAAAcAAJ&pg=PA235&lpg=PA235&dq=peita++deputados+suborno&source=bl&ots=5T8xir98Yx&sig=GAdktq4uprJeyAkSRuoqw9j11Qk&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiTkcmj_JTNAhVIJCYKHapHAcgQ6AEIRzAJ#v=onepage&q&f=false]. Acesso em: 03.06.2016.

Brasil. Lei de 15 de outubro de 1827. Da responsabilidade dos Ministros e Secretarios de Estado e dos Conselheiros de Estado. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38389-15-outubro-1827-566674-publicacaooriginal-90212-pl.html]. Acesso em: 16.12.2016.

Brasil. Lei de 18 de setembro de 1828. Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas attribuições. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html]. Acesso em: 01.12.2016.

Brasil. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 01.12.2016.

Brasil. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm]. Acesso em: 01.12.2016.

Brasil. Colecção de decisões do governo. 1835. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1864. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio/colecao3.html]. Acesso em: 01.12.2016.

Brasil. Lei 261, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Codigo do Processo Criminal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM261.htm]. Acesso em: 01.12.2016.

Brasil. Decreto 834, de 2 de outubro de 1851. Dá Regulamento para as Correições. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-834-2-outubro-1851-559565-publicacaooriginal-81859-pe.html]. Acesso em: 16.12.2016.

Brasil. Colecção das Decisões de Governo do Império do Brasil. 1855. Tomo XVIII. Rio de Janeiro: Na Typographia Nacional, 1855. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio/colecao5.html]. Acesso em: 01.12.2016.

Brasil. Código Penal Militar. Parecer da Comissão Especial apresentado à Câmara dos Srs. Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887.

Brasil. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049]. Acesso em: 01.12.2016.

Brasil. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm]. Acesso em: 01.12.2016.

CARVALHO, José Murilo de (org.). *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. Coleção formadores do Brasil. São Paulo: Editora 34, 1999.

CASTRO, Olegário Herculano D'Aquino e. *Practica das correições*. Ou Commentario ao regulamento de 2 de outubro de 1851 comprehendendo as leis, decretos, consultas dos conselhos de estado, julgamentos dos tribunais superiores, avisis, ordens, instrcções e portarias que até hoje se tem expedido explicando, ampliando ou alterandos as disposições relativas aos actos e

atribuições civis e criminaes dos juizes de direito. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1862.

COELHO, Fernando Nagib Marcos. Tipos normativos e separação dos poderes: a função política do aviso ministerial durante a regência (1831-1840). [Tese de doutorado]. Florianópolis: UFSC, p. 161. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169104/342205.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 15.12.2016.

ENGELS, Jens Ivo. *Die Geschichte der Korruption:* Von der Frühen Neuzeit bis ins 20. Jahrhundert. 1.aufl. Frankfurt: Fischer E-Books, 2014.

FRANÇA. Code Pénal de L'Empire Français. Édition conforme a celle l'imprimerie impériale. Paris: Chez Prieur, 1810, p. 28. Disponível em: [http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives//1810/0008/a008.pdf]. Acesso em: 25.11.2016.

GRÜNE, Nils. „Und sie wissen nicht, was es ist". Ansätze und Blickpunkte historischer Korruptionsforschung. In: GRÜNE, Nils; SLANICKA, Simona (org.). *Korruption*: Historische Annäherungen an eine Grundfigur politischer Kommunikation. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2010.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Como os juristas viam o mundo*. 1550-1750. Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

HÖFFLING, Christian. *Korruption als soziale Beziehung*. Wiesbaden: Springer, 2002.

MEYERSON, Mark D. *A Jewish Renaissance in Fifteenth-century Spain*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

MORIN, Achille. Répertoire Général et Raisonné du Droit Criminel ou sont méthodiquement exposées la législation, la doctrine et la jurisprudence. Tome Premier. Paris: Chez A. Durand, 1850, p. 17-18. Disponível em: [http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6577097t]. Acesso em: 28.11.2016.

MR. JAY. A corrupção e a mentira política. *Aurora Fluminense*, n. 19. Rio de Janeiro: Na Typographia do Diario, 22 de fevereiro de 1828, p. 76. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/706795/80]. Acesso em: 13.11.2016.

PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*. Commentado e annotado com os principios do direito; legislação de diversos povos, leis do paiz, decretos, jurisprudencia, avisos de governo, interpretando, alterando ou revogando diversas de suas disposições até o ano de 1884. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brazileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de 3. Villeneuve E. C., 1857.

PINTO, Luiz Maria da Silva. *Diccionario da lingua brasileira*. Ouro Preto: Na Typographia de Silva, 1832.

RAMOS JUNIOR, A de Paula. *Commentario ao Codigo Criminal*. Rio de Janeiro: Carioca, 1875.

RENDTORFF, Jacob Dahl. The Concept of Corruption: moral and political perspectives. *Organization and Management*, n. 1, p. 125-133, 2010.

Rio de Janeiro. Diario do Rio de Janeiro. Quinta-feira, 30 de setembro e 272 do anno de 1824. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=094170_01&pesq=corrup%C3%A7%C3%A3o]. Acesso em: 25.11.2016.

Rio de Janeiro. Diario do Rio de Janeiro, n. 3. Quarta-feira, 3 de setembro do anno de 1834. Rio de Janeiro: Na typographia do Diario, 1834. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=094170_01&pesq=corrup%C3%A7%C3%A3o]. Acesso em: 20.12.2016.

Rio de Janeiro. Diario do Rio de Janeiro, n. 3. Quinta-feira, 5 de fevereiro do anno de 1835. Rio de Janeiro: Na typographia do Diario, 1835. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/094170_01/16732]. Acesso em: 20.12.2016.

SAURBIER, Felix. The tabernacle of Bribery. Zur Korruptionssemantik deutsch- und englischsprachiger Bibelübersetzungen in der Frühen Neuzeit. In: GRÜNE, Nils; SLANICKA, Simona (org.). *Korruption*: Historische Annäherungen an eine Grundfigur politischer Kommunikation. Göttingen: Vandehoeck & Ruprecht, 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Corrupção no Brasil Império. In: AVRTIZER, Leonardo (org). *Corrupção:* ensaios e críticas. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brazileiro* (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). v. 2. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003 [original: 1932]. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496211]. Acesso em: 15.06.2016.

SILVA, Josino do Nascimento. *Codigo Criminal do Imperio do Brasil*. Nova ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1862.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História da imprensa no Brasil*. São Paulo: Mauad, 1994.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. 2. ed. augmentada. Recife: Livraria Economica de José Nogueira de Souza, 1872.

STORTI, Claudia. Justice et procès pénal: indépendance de la magistrature et politique ministerielle en Italie entre 1861 et 1930. In: LACCHÈ, Luigi; STRONATI, Monica (ed.). *Beyond the statute law:* the "grey" government of

criminal justice systems. History and theory in the modern age. Macerata: Eum, 2011.

TINOCO, Antonio. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886.

TRANSTAGONO, Anthony Vieyra. *A dictionary of the Portuguese and English Languages*, in two parts, Portuguese and English and English and Portuguese. Londres: Printed for J. Nourse, Bookfeller to his Majesty, 1773.

VITERBO, Joaquim de Santa Rosa de. *Elucidario das palavras, termos, frases, que em portugal antiguamente se usárão, e que hoje regularmente se ignorão*. Tomo segundo. G-Z. Lisboa: Na Typographia Regia Silviana, 1799.

WARREN, Mark. E. What does Corruption Mean in a Democracy? *American Journal of Political Science*, v. 48, n. 2, p. 327-342, 2004.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – *RT* 820/440-473 (DTR\2004\144);
- Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do estado democrático de direito, de Flávia Piovesan e Victoriana Leonora Corte Gonzaga – *RT* 967/21-38 (DTR\2016\4639); e
- Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil, de Patrick Cacicedo – *RBCCrim* 128/409-430 (DTR\2017\215).

Origens históricas do processo penal italiano e o IV Conselho Lateranense

Historic origins of the italian criminal procedure and the IV Lateran Council

Bruna Capparelli

Doutoranda em Direito processual penal pela Alma Mater Studiorum de Bologna/Itália.
bruna.capparelli2@unibo.it

Recebido em: 09.12.2016
Aprovado em: 08.02.2017
Última versão autor: 18.02.2017

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: A presente contribuição repercorre a história da justiça e do processo penal italiano sobre ponto de vista privilegiado para a análise da estrutura desse ordenamento jurídico. Particular atenção é dedicada ao papel desenvolvido pelo IV Conselho Lateranense com respeito ao instituto da prova legal e da jurisdição penal.

Palavras-chave: IV Conselho Lateranense – Processo penal italiano – Prova legal – Jurisdição penal – Princípio da legalidade.

Abstract: The present contribution aims to the history of justice and the Italian criminal procedure which favors the analyze of the structure of its legal order. Particular attention is devoted to the role played by the Fourth Lateran Council regarding the institute of legal evidence and criminal jurisdiction.

Keywords: IV Lateran Council – Italian criminal procedure – Legal proof – Criminal jurisdiction – Legality principle.

Ao que serve estudar a história?
A história é "uma necessidade interior de clareza, (...) de se esclarecer qual homem através do próprio trabalho (...) de pesquisador", serve a "justificar a própria vida de histórico perante os outros homens, ver se o próprio trabalho possa, de fato, ser útil à sociedade" (tradução livre).
Cingari, Crítica à apologia della storia o MESTIERE di storico, Il Ponte, 1955

Sumário: 1. Introdução. 2. *Si nemo te accusat, nec ego te condenmo* e os possíveis êxitos do processo acusatório no baixo medievo. 3. O processo inquisitório e o IV Conselho Lateranense de 1215: alguns problemas. 4. Considerações conclusivas. 5. Referências bibliográficas.

Capparelli, Bruna. Origens históricas do processo penal italiano e o IV Conselho Lateranense. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 57-77. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

1. Introdução

A[*] origem[**] histórica do processo penal inquisitório é de difícil individuação, especialmente quando se busca especificar a manifestação concreta de um modelo abstrato construído pela reflexão das Ciências Jurídicas segundo uma contraposição nítida com o rito acusatório. Tanto a experiência romana imperial, quanto aquela da Idade Média apresentam paradigmas processuais não claramente delimitados, desde já definidos "mistos" pelas fontes do período. Um dos problemas centrais é estabelecer a função do juiz, de seu poder de iniciar e dirigir a ação penal, do método de recolher e avaliar a prova.

Segundo uma reconstrução historiográfica, recentemente sujeita a várias revisitações, seriam presentes perfis sempre mais marcados de processo inquisitório na *cognitio extra ordinem*, ou seja, o procedimento mais flexível que se afirmou na idade augusteia e depois desenvolvido no baixo império até quase se substituir ao *ordo iudiciorum*, em base na qual a inteira questão era submetida ao imperador ou ao seu delegado, investido completamente pelo julgamento da introdução à decisão. Os delegados do príncipe, de fato, assumiam *ex officio* a iniciativa da perseguição (após um verdadeiro inquérito, com base no relatório de públicos oficiais com tarefas de polícia, depois de uma denúncia de um privado que fundia de mero informador sem ser sujeito às responsabilidades de uma acusação infundada ou temerária), recolhiam as provas, sem o dever de se submeter somente àquelas produzidas pelas partes, mas podendo até mesmo citar outras testemunhas por própria iniciativa, e proferiam a sentença com uma ampla margem de discricionariedade na determinação da pena.[1]

Em relação à *inquisitio*, de fato um método de colheita das provas que favorecia a intervenção direta do juiz como expressão do poder público e de interesse da *respublica* para a repressão de crimes, há na experiência jurídica romana um primeiro germe que será, subsequentemente, amplamente relembrado como momento justificativo e fundante do processo inquisitório da ciência jurídica da Idade Média, seja canonística, seja civilística. No ordenamento

1. * Texto elaborado a partir da intervenção realizada no Congresso *I Encontro de Pós-Graduação* Stricto Sensu *em Ciências Criminais*, Canela (RS), de 8 a 10 de outubro 2015, promovido pelo IBRASPP.
** A autora deseja agradecer ao professor Vinicius Vasconcellos pela inestimável parceria científica na revisão do artigo.
Com respeito à noção de pena e seu consequencialismo, às razões oferecidas pelo direito penal, ao retributivismo, ver: RENZO, Massimo. Pena. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015, p. 207 s.

germânico, especialmente no império franco na idade carolingia, existia uma prova *per inquisitionem* provavelmente derivada do direito romano e aplicada tanto às causas civis quanto às criminais, na qual era o juiz (um alto funcionário encarregado pelo rei como no caso dos *missi dominici* ou de um vescovo) a escolher por própria iniciativa as testemunhas e chamá-las à causa como pessoas informadas sobre os acontecimentos e sobre os costumes do lugar do inquérito para interrogá-las sobre o mérito da questão. Tal forma de inquérito de grupo, na qual as inúmeras testemunhas citadas deveriam exprimir um parecer unânime para poder resolver a lide, era inicialmente direcionada a verificar controvérsias em tema de confins, propriedades, direitos fiscais; em seguida, foi aplicada até mesmo a julgamentos[2] penais, porque constituía um método de *accertamento* dos fatos que excluía o recurso a ritos decisórios mágicos ou supranaturais, como nas ordálias, e oferecia a vantagem de ser um sistema probatório mais eficaz e menos aleatório do que o juramento ou o duelo.

Como é notório, a contribuição mais relevante para a elaboração de um modelo processual inquisitório foi aquele da Igreja, através da adoção de métodos de inquérito utilizados antes para verificar os pecados das dioceses e os abusos dos religiosos. Na ótica de um sempre mais capilar controle da ortodoxia religiosa dos fiéis e religiosos e no esforço de aplicar uniformemente em toda a cristandade o ordenamento jurídico canônico, a Igreja concedeu aos próprios juízes poderes investigatórios sempre mais amplos.

Na Idade Média, o processo é somente umas das formas de solucionar uma controvérsia. São os tempos da justiça[3] e, por isso, a solução jurisdicional convive com outras formas de reagir ao dano ou aos erros dos quais um sujeito foi vítima, que podem ser solucionados por vias extrajudiciais.[4] Diante disso, afirma-se, por exemplo, que as lutas entre famílias ou grupos rivais, que po-

2. Para um estudo sobre julgamento, direito e raciocínio jurídico; justificação externa do raciocínio jurídico; características "de quem julga", amplamente: VELLUZZI, Vito. Giudizio. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015, p. 253 s.
3. Sobre "o que é a justiça" e sobre a sua fenomenologia e diferentes concepções: justiça geral e justiça particular; justiça como virtude completa; justiça retributiva; justiça corretiva; justiça política e reciprocidade na justiça, ver: RICCIARDI, Mario. Giustizia. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015, p. 77 s.: embora "uma reconstrução atenta dos nossos juízos morais revela que a justiça não é um aspecto da moralidade (Hart, 1955)" (tradução livre).
4. Para uma panorâmica em argumento, ver: DEZZA, Ettore. Lezioni di storia del processo *penale*. Pavia: University Press, 2013, p. 5 s.

dem levar a vinganças ou retaliação,[5] evidenciam uma justiça privada e negociada, gerenciada exclusivamente pelas partes, eventualmente com o auxílio de um mediador, mas sempre a serviço das lógicas de grupo, na qual dominante é a vontade dos sujeitos envolvidos na contenção. Entretanto, esses podem até mesmo encaminhar-se à autoridade pública,[6] pedindo que se instaure um processo.[7] E durante a Idade Média, esse pedido de justiça a um órgão público encontrou diferentes manifestações, diferentes saídas. A primeira dessas foi o processo acusatório. Concentremo-nos brevemente, então, sobre isso.

O rito acusatório dos *comuni* italianos previa uma série de fases internas, cada uma acompanhada por prazos curtos para apresentar a acusação, para a *litis contestatio*, para levar as provas e para se defender.

Com o objetivo de evitar o risco de acusações temerárias ou infundadas, existiam também as garantias: juramentos, cauções, fiadores. Tratava-se de um processo formal, no qual era essencial que tanto as partes como o juiz fossem auxiliados por pessoal especializado: procuradores, advogados, escrivães, juristas consulentes que conhecessem as regras do rito estabelecidas pelo direito.[8] Como afirmado anteriormente, é um processo que se instaura sobre pedido de parte, como no âmbito civil. Este pressupõe um conflito em atos entre as

5. Para detalhes mais analíticos a respeito do conceito de vinganças e suas relações com o direito; seus princípios de justiça; sua evolução e atual colocação prática no ordenamento jurídico italiano, ver: BARGELLI, Elena; RICCIARDI, Mario; SANTONI DE SIO, Filippo. Torto. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015, p. 145 s.

6. Sobre o conceito de autoridade em uma concepção filosófica, que bem se concilia com os tempos da Idade Média, permitindo-nos compreender mais a fundo a mentalidade lógico-jurídica daqueles anos, ver: SCHIAVELLO, Aldo. Autorità. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015, p. 51 s., segundo o qual "a autoridade é uma particular forma de relação entre indivíduos na qual alguém indica a outra como se deve comportar ou em que deve acreditar". Alexandre Kojève (2011, p. 20) sublinha de modo eficaz esta característica da autoridade: "l'Autorità (…) è necessariamente uma relação (entre agente e paciente): é um fenômeno essencialmente social (e não individual): para que exista Autoridade é necessário pelo menos duas pessoas". Em outras palavras, a autoridade consiste "em guiar com a modalidade da obrigação os comportamentos e as crenças de outros" (tradução livre).

7. Amplamente, CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*. Dispense consegnate agli studenti del corso, 2013-2014, p. 6 s.

8. Ver: CHIODI, Giovanni. Il giardino dei sentieri che s'incontrano. Processo penale e forme della giustizia nella terraferma Veneta. (secoli XVI-XVIII), em *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 37 s.

partes, sem, com isso, querer substituir-se à justiça privada, que corre sobre um binário paralelo. Nesse sentido, a doutrina histórica fala de um processo reativo,[9] porque este requer a preexistência de um conflito e, ao mesmo tempo, o processo é institucionalmente orientado a solucionar esta disputa.

É um processo triangular, a três sujeitos:[10] acusador, acusado e juiz. E o juiz limita-se a reagir a determinados pedidos das partes: em particular, o juiz não ocupa uma função ativa na busca da prova e na punição do culpado, mas se limita a consentir o desenrolar do conflito processual entre as partes. Além disso, no processo acusatório da Idade Média, o juiz não é necessariamente um especialista do direito, assim como nem sempre existe um controle hierárquico sobre a sua decisão.

As sentenças não eram fundamentadas, nem sequer quando eram redigidas por escrito. Portanto, seus conteúdos, do ponto de vista das argumentações jurídicas, eram pobres.[11]

Por parte sua, o acusador empenha-se em prosseguir o processo até o seu êxito e a apresentar provas da culpabilidade do imputado. Na Idade Média continental,[12] o processo realiza-se sem júri, sem participação popular. E não tem

9. Sobre isso, ver: DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, e a versão italiana: *I volti della giustizia e del potere*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 136, segundo a qual "a estratégia principal consiste em raciocinar como segue: considerando que o Estado não tem interesses distintos a respeito daqueles da sociedade, não tem sequer direitos que se possam violar como tais se não quando se viola um direito privado; cada violação do ordenamento deriva da violação do direito de alguém; assim o Estado desencadeia a ação protetiva somente quando alguém se lamenta e pede tutela, e um outro se recusa a satisfazer as pretensões. Proteger a ordem, portanto, consiste em solucionar litígios" (tradução livre).

10. Para uma noção preliminar a respeito do conceito de "pessoa", "sujeito", ambos como "status", como individualidade humana, individualidade política, em relação aos direitos humanos, na bioética e no biodireito, ver: CANALE, Damiano. Persona. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015, p. 15 s.

11. O formulário previa que se indicasse somente o nome das partes, as provas apresentadas, as defesas experimentadas, e, em seguida, decretava-se a condenação ou a absolvição do acusado.

12. Para um estudo sobre o atual cenário brasileiro e as evoluções desses paradigmas, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Rocha de Assis (orgs.). *Processo penal*, 1999, p. 25 s.; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 100 s.; e VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. O sistema acusatório do processo penal brasileiro. Apontamentos acerca do

nem mesmo o juízo oral: as provas testemunhais são adquiridas em segredo, sem a presença das partes e de seus advogados. Porém, é prevista a possibilidade do interrogatório cruzado, com base nos "capítulos" oferecidos pelas partes.[13]

Trata-se de um processo em parte oral, em parte escrito.

2. *Si nemo te accusat, nec ego te condenmo* e os possíveis êxitos do processo acusatório no baixo medievo

Exposto tal panorama, passa-se agora ao exame de alguns aspectos mais detalhados, porque se mostra fundamental a compreensão do *modus operandi* atuante naqueles anos, isto é, antes da entrada em vigência do IV Conselho de Latrão.[14]

Essa análise do *excursus* histórico é pertinente. Ela é interessante pelo menos por duas razões. A primeira é muito intuitiva, elementar; e não se trata de uma questão de estilo. Refere-se exatamente à sua função de legitimação, de construção de identidade, de conhecimento das próprias origens e das próprias raízes, mesmo que jurídicas. Acredita-se que o conhecimento desse conjunto de elementos nos garanta bases mais frutuosas, sobre as quais podemos edificar com mais consciência no presente.[15] Contudo, o segundo motivo parece-me ser mais ortodoxo, mais técnico. Ou seja, trata-se também de uma questão de método; de adquirir um método crítico,[16] de aprender a historicizar as normas

---

conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015, p. 181 s. Para mais acentos críticos, ver também: FONSECA ANDRADE, Mauro. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 1 s.

13. Abundantemente sobre o assunto, ver: CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*, cit., p. 6 s.

14. As doutrinas processualísticas da Idade Média repetiam o célebre passo latino do jurista Guglielmo Durante em *Speculum judiciale*. Baesel: Proemium, 1574, p. 24, o qual sustentava a ideia de um processo nascido no Paraíso e um julgamento em três, que sancionou o pecado original de Adão e Eva, paradigma originário do processo isonômico. Até mesmo quando, na Europa continental, as grandes ordens do século XVI adotaram o modelo inquisitivo, escrito, sigiloso e a dois protagonistas: juiz inquisidor e acusado, a memória do modelo acusatório, oral e público, não foi perdida; aliás, esta foi usada como parâmetro crítico contra a práxis judiciária contemporânea.

15. Para um quadro de referência aberto aos perfis comparados e ao estudo das diferenças e das tradições históricas, ver: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1989, p. 574 s.

16. Refaz-se as considerações de BLOCH, ou seja, a "aquele método crítico para se utilizar na vida de todos os dias, quando vocês deverão recolher, confrontar e pesar teste-

jurídicas, interpretar e contextualizar as fontes, de compreender as diferenças, as contraposições entre modelos.[17] E isso não parece que conte pouco.

De qualquer forma, entrando um pouco mais a fundo no tema deste artigo, narra-se que Alberto Gandini,[18] jurista de referência ao longo dos séculos seguintes, foi um influente observador da práxis processual penal e das inúmeras transformações desse rito nos anos da baixa Idade Média. A ele, provavelmente, devemos muitas das informações que serão aqui tratadas.

Nesse sentido, nos seus manuscritos, Gandino recorre com uma certa frequência à célebre fórmula evangélica *Si nemo te accusat, nec ego te condenmo*, pronunciada por Jesus Cristo à adultera, e utilizada pelos operadores práticos

---

munhas. Contra o espírito das calúnias será para vocês a arma mais potente. Contra o espírito da desconfiança também. O desgraçado que duvida em continuação de tudo e todos normalmente não é outro que aquele bobo muitas vezes enganado. O homem prudente, que sabe a escassez das testemunhas exatas, é menos pronto com respeito ao ignorante em acusar de falsidades o amigo que se engana. E no dia em que vocês em sociedade terão de participar de grandes debates, seja que se trate de submeter a novo julgamento uma causa julgada muito rápido, de votar para um homem ou para uma ideia, vocês não esqueceram nunca o método crítico" (tradução livre), e ao qual remando para reflexões mais profundas, ver: BLOCH, Marc. *Apologia della storia o Mestiere di storico*. Torino: Einaudi, 2009.

17. Seguindo esta lógica, por exemplo, em seu manual Franco Cordero traz ao leitor uma longa descrição do espírito que anima o procedimento inquisitivo, as suas origens tardo medievais: «de espectador impassível, qual ele era, o juiz vira o campeão do sistema, estirpe heresias ou descubra crimes. Mudam as técnicas: não existe contraditório, acontece tudo secretamente, ao centro permanece, passivo, o inquisidor; culpado ou não sabe algo e é obrigado a dizer; a tortura estimula fluxos verbais coatos. Padrão da tabuleira, o inquisidor elabora hipóteses de um quadro paranoide: nasce uma impura casuística das confissões contra os correios, em alguns momentos obtidas com promessas de impunidade. De fato, é um sistema legalmente amorfo: o segredo, aquele método introspetivo e o empenho ideológico dos operadores excluem vínculos, formas, prazos; conta o resultado» (tradução livre). Ver: CORDERO, Franco. Procedura penale, 5° ed., Milano: Giuffrè, 2000, p. 21 s.

18. Nascido em 1240-1250, foi aluno de Guido da Suzzara. Não era um professor: exercera a profissão de juiz itinerante à Lucca, Bologna, Firenze, Peruggia, Siena, Modena. Foi também *podestà* a Fermo. Estas e outras informações são expostas por: CHIODI, Giovanni. Storia del processo penale, cit., p. 4, que define Gandino um «fervente sustentador rito inquisitivo[, que] persegue a ideia da "justiça punitiva"» (tradução livre). E ver, sobretudo, a curatela de KANTOROWICZ. Tractatus de maleficiis, Berlino e Leipzig, 1926, qual edição critica deste mesmo manuscrito de Gandino, onde, apesar das próprias convenções sistemáticas, o jurista da idade média dedica inúmeras reflexões também ao rito acusatório.

medievais para legitimar o início de uma ação penal contra delitos privados. Isto é, o processo acusatório medieval é um processo que se ativa, ou seja, que inicia por impulso de terceiros. Segue-se, portanto, que esse processo insere-se em um conflito mais amplo entre as partes, do qual ele é somente uma fase, e, o segundo dos casos, uma fase conclusiva ou meramente interlocutória.[19] Com isso, entendo que, para os juristas da Idade Média, a "acusação privada" representava o modo ordinário de solucionar os conflitos e somente em via residual se acionava a jurisdição penal. Mas uma jurisdição penal que, para existir, tinha a necessidade de invocar categorias do direito civil, do direito canônico e, como dito *supra*, até mesmo do direito divino.[20]

De fato, recorrentes eram as utilizações nos tribunais de fórmulas como "a justiça é a vontade que atribui a cada um o seu. Esta justiça, na verdade, é plena e perfeita em Deus, em nós é somente participação", ou ainda: "dizemos justiça a vontade de Deus", ambas encontradas inúmeras vezes em tratados jurídicos e em textos de Giustiniano utilizados no baixo medievo.[21] Nesses anos, por exemplo, eram considerados delitos privados o furto, o roubo, o incêndio, a injúria, a agressão, o ferimento, os espancamentos, a difamação. E em alguns lugares a acusação tinha que ser apresentada com um certo prazo a respeito da comissão do crime. Em 1288, a Bologna, por exemplo, entre um mês.[22]

Embora livre de formas escritas, a acusação tinha que ser transcrita em um "livro das acusações" por parte de um escrivão. Desta tinha que resultar o

19. Ver: DEZZA, Ettore. Lezioni di storia, cit., p. 3 s.

20. Tradição perpetuada até mesmo nos séculos seguintes. Em literatura, para uma perfeita reconstrução da relação existente entre justiça penal e metafísica durante a alta idade média, ver: VASSALLI, Giuliano. La chimera. Torino: Einaudi, 1990. Ao meu ver, até mesmo em KAFKA, Franz. Nella colonia penale, Venezia: Marsillo Editore, 2° ed., 2001.

21. Para uma interessante abordagem sobre a influência da metafísica no processo tanto penal quanto civil no baixo medievo, ver: PADOVANI, Andrea. *Perché chiedi il mio nome?* Torino: Giappichelli, 1997, p. 219 s., que, em sua obra, mostra-nos como até mesmo a reconstrução triádica do rito acusatório é reconduzível à trinidade cristiana, como ideia de verdade e de justiça. Nesse sentido, o autor traz uma notória passagem bíblica de I Corinthians, 1.24;30, largamente utilizada no baixo medievo por juristas e canonistas: é "justiça o pai, porque – entre os homens – é próprio do pai agir mais severamente e corrigir mais duramente aqueles que erram; diz-se sabedoria o filho, ele que é potência de Deus e sabedoria de Deus, ele que operou com sabedoria para salvar o gênero humano; diz-se misericórdia o Espírito Santo, porque o Espírito Santo é amor do pai para com o filho, do filho para com o pai, do pai e do filho para com as criaturas" (tradução livre).

22. Assim, CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*, cit., p. 27.

nome das partes, o lugar e o tempo do delito, o pedido de prosseguir. Normalmente o acusador tinha que jurar sobre a verdade da acusação e que esta não se tratasse de acusa *animo caluniandi*.

A prisão preventiva do acusador era pedida *de iure*, enquanto *de consuetudine* não se observava, normalmente.

Na primeira audiência, com frequência pediam-se determinadas garantias ao acusado. Por exemplo, em Bologna, no *Statuto* de 1288,[23] se o acusado se apresenta no prazo estabelecido na citação, o juiz o faz prestar o juramento *de veritate* e *de calunia* e a promessa de representar-se e de cumprir a eventual condenação pecuniária, sobre fiança.

Outras duas regras também são muito recorrentes nos *Statuti*: "se o delito é punido com a *pena sanguinis*, o acusado tem que se apresentar pessoalmente e não através de procurador" e também "se a prisão preventiva do acusado geralmente é imposta somente contra crimes punidos com a pena capital". Nos outros casos, ele podia evitar o cárcere através de um fiador ou uma caução.

A *litis contestatio* é a aceitação do processo por parte do imputado.[24] Depois do juramento do acusado, na mesma audiência ou em outra, o escrivão lê o *libello* e o juiz interroga as partes.

O réu deve confessar ou negar ter cometido o crime: "creio", "não creio", "nego", eram as únicas palavras que ele tinha à disposição. Com "creio", os fatos consideravam-se confessados e provados.[25]

Vejamos então os possíveis êxitos do processo acusatório. Uma primeira possibilidade era a contumácia, isto é, quando o acusado não era capaz de enfrentar o processo e ele não comparece.[26] De fato, para o *diritto comune*, se depois das citações de rito (duas ou três, a segunda do *Statuto*), o acusado permanece ausente, não seria possível emanar uma sentença de condenação, nem sequer interrogar as testemunhas.[27]

---

23. Uma versão deste *Statuto* encontra-se em [www.istitutodegasperi-emilia-romagna.it]. Último acesso em: 13.10.2015.
24. Amplamente sobre o tema, CHIODI, Giovanni. *Il giardino dei sentieri che s'incontrano*, cit., p. 20 s.
25. CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*, cit., p. 7.
26. Uma interessante reconstrução do instituto é feita por CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*, cit., p. 43 s.
27. Sobre a superação dessa tradicional disciplina na Idade Média, introduzido pela *Leopoldina* de 1786, que começa a recusar o tradicional princípio segundo o qual *contumax pro confesso habetur*, ver: DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia*, cit., p. 114 s.

Diversamente, segundo as *consuetudines* do tempo, contra o contumaz o juiz podia emitir imediatamente uma sentença de exílio com alternativa de condenação, sem a necessidade de outros indícios, porque a contumácia equivalia de fato a uma confissão presumida.[28]

Outros resultados do processo podiam ser a não continuação da acusação porque o acusador não encontra testemunhas, a absolvição por insuficiência de provas e a absolvição por alcançado consenso entre as partes.

3. O processo inquisitório e o IV Conselho Lateranense de 1215: alguns problemas

O IV Conselho de Latrão de 1215,[29] ao 4º cânone, confirma quanto já estabelecido por Innocenzo III na decretal *Qualiter et quando* de 1206, adicionando algumas novas disposições em relação à ordem do processo inquisitório.

Por que então dedicar atenção a um Conselho aparentemente pouco autêntico, pouco atraente, pouco inovador? Eu acredito que seja exatamente em relação à ordem que, por um lado, o direito canônico e, por outro, os canonistas, pela primeira vez ofereceram aos laicos um fundamental modelo de realização do processo inquisitório.[30] Basta pensar que Alberto Gandino, em seu tratado supracitado, leva-o amplamente em consideração, quando descreve a fase inicial do julgamento. Por exemplo, há a distinção entre inquisição geral ou especial.

A inquisição geral não é destinada a uma pessoa específica e é informal. Esta foca nos autores infamados de eventuais ilícitos: quando emerge que alguém é difamado, isto é, tem uma reputação ruim, este é citado e lhe pede que se confesse infamado por aquele particular delito.

Se confessa, o juiz pode proceder com a inquisição especial: são levados ao conhecimento do destinatário os capítulos sobre os quais se pretende ouvir as

28. Ainda, CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*, cit., p. 8.

29. Texto integral traduzido em diferentes idiomas e adaptado aos tempos correntes, entre os vários, disponível em: [www.intratex.com], último acesso em: 30.09.2015.

30. A esse propósito, é significativo que em plano doutrinal a relevância da inquisição como modelo processual se manifeste primeiro em ambiente canônico: de fato, pela primeira vez, com Tancredi da Bologna e sua obra *Ordo iudiciarius*, a *inquisitio* vem ladeada com a acusa, a denúncia e a *exceptio* como modo legítimo para iniciar o processo, embora já o decretal de *Licet Heli* de 1199 tenha colocado em um plano de igualdade *accusatio*, *denunciatio*, *inquisitio*, e procedimento por *crimen notorium*. Sobre esta última consideração, entre outros, ver: TRIBAUDINO, Luigi. *La fenice libertaria. La lunga marcia di fra Dolcino*. Milano: Lampi di Stampa, 2006.

testemunhas e o réu pode levantar as suas exceções, seja antes ou depois de tê-los ouvido. Se o acusado nega a má fama, quando a inquisição seja iniciada por impulso de parte, abre-se uma fase na qual é necessário que o promotor prove a infâmia.

Se, em vez da inquisição acontece *nullo promovente*, o juiz investigará sobre isso por conta própria, sem ter que provar a infâmia. No procedimento canônico, como brevemente resumido, assume, portanto, ênfase central a *diffamatio*, substitutiva da *accusatio*.

Entretanto, isso conduz à aplicação de penas diferentes em relação àquelas aplicáveis no rito acusatório, visto que não se trata de um verdadeiro rito criminal na forma. O direito canônico introduz até mesmo um rito inquisitório especial, aplicável para a repressão da heresia. Este apresenta características específicas, em particular um enfraquecimento drástico dos direitos de defesa do imputado.

Aprofundamos então alguns aspectos do processo inquisitório, já debatidos nos anos '200 e '300.[31]

O primeiro destes está na relação entre acusação e inquisição. Como tive modo de esclarecer, o rito acusatório é a forma processual ordinária segundo o direito comum, o qual, com base na interpretação dos juristas, admite que o juiz possa proceder *ex officio* somente para certos crimes. De fato, a acusação é o rito ordinário até mesmo nos *Statuti* dos séculos XII-XIII.

Contudo, com o passar dos tempos, através do direito municipal, esta relação se inverte.[32] De fato, muitos municípios começam a conceder a *podestà* do *arbitrium inquirendi* para quase todos os tipos de crime, e por hábito dos tempos o juiz passa a proceder *ex officio*, ainda que contrário ao direito comum. As razões parecem ser várias: "os maléficos não devem permanecer impunes", "acusação e inquisição tendem ao mesmo fim e por isso são fungíveis"; "uma lei do código diz expressamente que se o acusador desiste da acusação e pede a abolição da acusa, o juiz pode prosseguir fazendo ele mesmo a inquisição". E no caso em que acusação e inquisição concorressem desde o princípio, eram

31. Na doutrina brasileira, em tempos mais recentes, sobre os frutos da secular contraposição entre sistema inquisitório e acusatório, ver: LOPES, Aury Jr. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115 s.; e PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 111 s. Veja-se também MIRANDA COUTINHO, Jacinto. O núcleo do problema no sistema penal brasileiro, em *Boletim IBCCrim*, n. 175, 2007, p. 11 s.

32. Ver: CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*, cit., p. 30 s.

ainda maiores as razões para favorecer o procedimento *ex officio*: menores solenidades, maior idoneidade do juiz em relação ao acusador, maior facilidade no descobrimento da verdade. Para resolver esse problema, alguns diferenciam a segunda que a acusação seja proposta pela parte lesa ou por um terceiro, dando a precedência ao acusador no último caso.

Em 1300, Cino da Pistoia sustenta que entre inquisição e acusação deva prevalecer a primeira, porque a acusação é privada e por isso mais corruptível.[33] A mesma preocupação exprime Bartolo, que afirma que o acusador não tenha que ser preferido ao inquisidor em quase nenhum caso. Essas são afirmações válidas até mesmo para Baldo, que dizia: "isto é propício para a *res publica*, porque o juiz não é facilmente corrompido como parte". Tanto que, em 1500, cai todo véu e o rito processual penal se transforma por hábito dos tempos em rito inquisitorial.

Outro problema é inerente às provas legais, isto é, o sistema probatório intrínseco ao rito acusatório e inquisitório é o princípio da prova legal. Prova legal significa prova que tem eficácia predeterminada por lei.[34] Nesse sentido, a doutrina, sobretudo a canonística, com base nos textos normativos, elabora uma hierarquia, diferenciando prova plena, semiplena e indícios.[35]

---

33. Constatação feita por CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*, cit., p. 15 s.

34. Para a superação do método da prova legal em favor do princípio do livre convencimento do juiz e da certeza moral da culpabilidade do réu e para uma ideia do juiz sábio, não somente sapiente, "uma das maiores conquistas do pensamento jurídico iluminista", devemos esperar Beccaria, que nos oferece uma primeira teorização desses princípios, assim CAPRIOLI, Francesco no seu escrito Il giudice e la prova: Beccaria, Filangieri, Pagano. In: CHIODI, Giovanni; GARLATI, Loredana. *Dialogando con Beccaria*. Le stagioni del processo penale italiano. Torino: Giappichelli, 2015, p. 31 s., mas considerações análogas já se encontravam em *Intime conviction e prova indiziaria in Beccaria.* (Dei delitti e delle pene, §§ XIV e XXXI), em Diritto penale XXI secolo, XIII, 2 (2014), p. 365-376, onde o Autor afirma que "o sistema das provas legais que imperava desde cinco séculos na tradição processual inquisitória se apoiava sobre premissas substancialmente irracionalísticas e inaceitáveis no século dos Lumes" (tradução livre).

35. Para um estudo sobre o tema da "prova difícil", porque atroz ou obscura, desenvolvido subsequentemente com Beccaria séculos mais tarde, ver: ORLANDI, Renzo. Riflessioni attuali su um passo di Cesare Beccaria a propósito di prova difficile. In: CHIODI, Giovanni; GARLATI, Loredana, *Dialogando con Beccaria*. Le stagioni del processo penale italiano. Torino: Giappichelli, 2015, p. 169 s. Em tempos contemporâneos, para uma comparação sobre o conceito de prova do processo penal italiano e sobre as insídias dessas em seu respectivo ordenamento, ver: CAPRIOLI, Francesco. La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale, em *Cassazione*

O juiz pode condenar à pena ordinária somente se dispor de uma prova plena. É prova plena aquela que induz o perfeito convencimento do juiz, isto é: pelo menos duas testemunhas concordes, que afirmem ter visto o imputado cometer o crime, a confissão do imputado, e notoriedade do crime. Para a doutrina do tempo, veja-se Gandino, essas eram provas "inartificiais".

Por outro lado, a regra de valoração positiva da prova entra no cenário europeu no século XIII, aportada por um novo tipo de procedimento: o assim chamado processo "romano-canonístico", que se difunde aos poucos em toda a Europa continental, e permanecendo em vigor, embora atuando em diversas formas, até o final do século XVIII.

O processo romano-canônico traz a sua origem não de um singular ato de um soberano, mas de uma pluralidade de diferentes fontes, entre as quais não é possível individuar uma precisa relação de hierarquia. O seu embrião é representado pelos inquéritos através dos quais a Igreja controla o operado dos próprios funcionários e reprime as heresias, regradas pelos vários decretos emitidos pelos pontífices. Nesse sentido, o seu nascimento é convencionalmente ligado ao IV Conselho Laterano de 1215, e, em particular, quando Innocenzo III, proibindo a todos os eclesiásticos de utilizar as ordálias, institui oficialmente a *inquisitio* canônica.[36] Contemporaneamente, os seus caracteres

penale, 2008, 9, p. 3520 s. e CAPRIOLI, Francesco. "Scientific evidence" e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne", em *Cassazione penale*, 2009, 5, p. 1867 s. Confronte-se também, analiticamente, FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 267 s., segundo o qual "a progressiva influência da prova científica e a consequente marginalização da prova declarativa são os aspectos mais significativos do atual processo penal. Jeremy Bentham afirmava que as testemunhas sãoo os olhos e as orelhas da justiça; mas hoje, atualizando o dito, diremos que a desenvolver aquele papel são as interceptações, as video-registrações, e outros sofisticados instrumentos de inquérito, desde a prova do DNA até as sempre mais refinadas análises das traças deixadas pelo crime e pelas reconstruções virtuais da cena do crime" (tradução livre). FERRUA, Paolo. *Il "giusto processo"*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 24 s., o qual afirma que a "finalidade ideal do processo penal (…) é a condenação do culpado e a absolvição do inocente, embora que deste mesmo êxito não se pode nunca ter uma certeza absoluta, dada a falibilidade de qualquer método de reconstrução dos fatos; e é por esta razão que (…), o processo constitui um bom exemplo de justiça procedural imperfeita, inidônea a garantir a sistemática obtenção de seu fim ideal" (tradução livre); e FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. *La prova nel dibattimento penale*. Torino: Giapichelli, 2007, p. 317 s.

36. NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffré, 1974, p. 102, nota 31.

específicos vêm elaborados e refinados pela doutrina, a qual, partindo das indicações oferecidas pelas fontes romanas, constroem um inteiro sistema com base em uma atividade interpretativa que na forma é meramente recognitiva, mas na substância é criativa.[37]

A peculiar gênese do processo romano-canônico encontra uma explicação no asseto da sociedade medieval, caracterizada pelo forte poder político central, como é hoje aquele estadual: as opiniões doutrinárias, naquela época, tinham a mesma força de um ato normativo emanado pelos poderes locais e pelas decisões das cortes judiciárias. Isso tudo contribui para criar o "direito comum", que integra os direitos e os costumes particulares, preenchendo os espaços vazios.[38]

Favorecido pela sua gênese, o processo romano-canônico é conotado de regras maleáveis, facilmente adaptáveis às diferentes exigências concretas. Nesse sentido, notável é a sua força de expansão, que o consente de alargar progressivamente o seu âmbito operativo, e de ser no final recebido pelas mais importantes jurisdições europeias.[39]

A consagrar a posição de supremacia, o processo romano-canônico é colocado, nos anos seguintes, como matriz de grandes atos legislativos em matéria penal dos Estados absolutos, inspirando, por um verso, as *ordonnances* francesas de Blois de 1498 e de Villers-Cotterets de 1539,[40] e também a *ordonnance criminelle* de 1670,[41] e, por outro verso, no âmbito do Reich alemão, a *costitutio criminalis* carolina de 1532.[42]

O fator principal de seu sucesso recai sobre o fato de que se trata de um processo moderno e inovador para a época. O procedimento medieval da ordália,[43]

37. GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari: Laterza, 1995, p. 162 s.; 223 s.

38. CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. vol. I, Le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffré, 1982, p. 41 s.

39. LANGBEIN, John. *Torture and the Law of Proof*. Europe and England in the Ancien Régime. Chicago: The University of Chicago Press, 1976, p. 3 s.

40. PIANO MORTARI, Vincenzo. *Gli inizi del diritto moderno in Europa*. Napoli: Liguori, 1980, p. 253 s.

41. Com referência ao processo regulamentado pela *ordonnace* de 1670, no qual os ideais inquisitórios encontram uma das mais completas realizações, ver: CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Padova: Cedam, 2006, p. 29 s.

42. ALESSI, Giorgia. Voz Processo penale, diritto intermedio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffré, 1987, v. XXXVI, p. 381 s.

43. Para uma reconstrução do método da ordália, ver, por exemplo: ALESSI, Giorgia. Voz Processo penale, cit., p. 381 s.

fundado sobre a crença irracional do poder de alcançar a verdade submetendo o acusado a uma prova de resistência, reveladora da vontade divina, foi substituído por um sistema rigoroso, ordenado e eficaz, que apresenta os caracteres típicos do modelo inquisitório:[44] a acusação é exercitada *ex officio*, seguindo um procedimento escrito e em segredo, desrespeitoso dos mais elementares dos direitos dos inquiridos, no contexto do qual os órgãos julgadores formam em modo unilateral e material acessível necessário aos fins da decisão de mérito. Por sua vez, este último é avaliado pelo juiz com base em um complexo de regras de avaliação positiva.

Comentário à parte merece a prova indiciária. Definida como uma prova "artificial", esta não era considerada formalmente uma prova, mas um argumento.[45] Isto é, entendo que a comissão de um crime por parte do imputado se deduz indiretamente de outros fatos, chamados indícios, os quais, com um raciocínio (argumento ou presunção), são baseados sobre a probabilidade ou verossimilhança, deixando deduzir o fato principal. O indício é um fato objeto de prova direta. Mesmo não sendo suficientes para a condenação à pena ordinária, esses indícios são importantíssimos no rito inquisitório, porque a existência de um indício legitima a inquisição especial, a captura do perseguido e a tortura. E para cada uma dessas operações processuais são pedidos indícios qualitativamente diferentes: mais leve para inquisição e captura, mais grave para a tortura. Porém, a avaliação dos indícios é deixada à discricionariedade do juiz.

Muito discutido era a tipologia de pena que o juiz podia emitir com base em um indício:[46] pena pecuniária, pena corporal mais suave. Em suas dispensas, Giovanni Chiodi traz um exemplo definido "de escola" pelo jurista medieval Tommaso da Piperata. Ou seja: "provando que alguém saiu de um quarto, tendo somente um ingresso, pálido, tendo entre as mãos uma espada repleta de

44. Em mérito a estrutura do processo romano-canônico, ver: CORDERO, Franco. *Procedura*, cit., p. 21 s.

45. Para aprofundar o tema da lógica e do argumento jurídico, "o que é" e como se avalia um argumento, ver, detalhadamente: ROSSETTI, Andrea. Argomentazione. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015, p. 239 s.

46. Sobre a evolução dessa teoria com Beccaria e com o nascimento da Escola positiva de direito criminal e sobre a presunção de inocência em sua doutrina, ver: AMODIO, Ennio. La Scuola positiva e il pensiero di Beccaria: um dissenso nascosto dietro la "venerazione riconoscente". In: CHIODI, Giovanni; GARLATI, Loredana, *Dialogando con Beccaria*. Le stagioni del processo penale italiano. Torino: Giappichelli, 2015, p. 85 s.

sangue e neste quarto encontra-se uma morte, estes são indícios irrefutáveis contra ele".[47] Em Bologna, naqueles anos, os sapientes do direito discutiam sobre a legitimidade desses costumes, com base em indícios que, em muitos casos, podiam impor uma sanção.[48]

Outra questão muito interessante é o problema relativo à tortura. Para o direito comum, a tortura é considerada lícita somente contra os crimes punidos com pena corporal, em presença de suficientes indícios de culpabilidade contra o réu. Esta não é praticada em todos os *Comuni*. Segundo Chiodi, o primeiro a introduzi-la foi aquele de Verona, em 1228.[49]

De qualquer forma, já nesses anos, os indícios para a aplicação da tortura são extremamente detalhados. E significativa é a discussão em torno da fama: quem sempre teve boa fama, até mesmo quando seja infamado por um crime, não pode somente por isso ser submetido aos tormentos, se não existirem outros indícios contra ele. Trata-se de uma espécie de privilégio a boa fama.

Assim como frequentes são os abusos registrados na práxis e a lesão dos direitos defensivos.

4. Considerações conclusivas

Viu-se como o IV Conselho Latrão contribuiu significativamente para colocar as bases do processo penal italiano dos anos seguintes. É necessário, portanto, focalizar a nossa atenção sobre o fundamental ponto de destaque entre as ideias de processo penal na baixa Idade Média com respeito ao período imediatamente subsequente, relativo à forma do processo e as provas.

É notório como na primeira metade do século XII não eram dessuetos os *pravi ritus* do duelo, da ordália pela verdade, da *cruentatio*, do *sacramentum purgatorium*, mais frequentes nas causas de crimes, embora presentes também nas causas cíveis. Tinham resistido por séculos a (parciais) condenações sinodais e papais (por exemplo, *Decretum*, 2.5.20 e 22), e continuavam a resistir, mesmo diante das crescentes incompatibilidades com os tempos novos. Serão, de fato, os tempos novos – com a chegada de uma nova hegemonia cultural e moral –, junto com a racionalização das ordens jurídicas e ao sentido de justiça testemunhado no *Exordium* das *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, a fazer desaparecerem aqueles costumes probatórios. O mérito, por meio da historiografia

47. CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*, cit., p. 26.

48. Analiticamente, CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*, cit., p. 31-33.

49. CHIODI, Giovanni. *Il giardino dei sentieri che s'incontrano*, cit., p. 89 s.

normativista, será atribuído a Innocenzo III, que, como se viu antecedentemente, em 1215, dando atuação às deliberações do Conselho Lateranense IV com a decretal *Sententiam* (X. 3.50.9), proibiu os eclesiásticos de pronunciarem *sententiae sanguinis*, de envolverem-se em *vindictae sanguinis*, de contestarem em qualquer modo ritos ordálicos.

Dita ordália, que, como é notório, era um procedimento para a resolução dos conflitos utilizada dentro das experiências jurídicas de tipo "primitivo", caracterizadas pela ausência de um poder soberano público capaz de submeter o imputado de um crime a um processo finalizado ao *accertamento* com método racional da *veritas rei*, foi por muitos séculos o rito ordinário de apuração dos fatos.

As sempre maiores restrições na aplicação da ordália eram uma consequência da pouca confiança que a ciência jurídica reflorida nas universidades europeias nutria contra esse meio probatório: culturalmente formada na interpretação do *Corpus* giustinianeo, esta elaborou as bases teóricas para a formação do *ordo*, um modelo processual fundamentado sobre o lógico subseguir-se de passagens racionais, finalizado à declaração de uma verdade que encontrava a base de legitimidade jurídica em um *iter* rigorosamente demonstrável e escalonado por uma constante avaliação/avaliabidade das provas.[50] Com essa nova lógica, os "juízes de deus" foram relegados a uma função residual, até perder a sua característica originaria e se transformar, dentro do novo direito, em um eventual meio de prova ao qual o juiz podia recorrer em alternativa às testemunhas e aos *tormenta*. O definitivo desaparecimento da ordália, portanto, é relacionado com o correspondente renascer da tortura dentro do processo penal romano-canônico a partir dos anos duzentos: frequentemente, de fato, algumas provas classificadas como instrumentos decisórios irracionais, porque ligados a uma indecifrável resistência física "sopra natural" ao desafio com elementos da natureza, foram subsequentemente utilizadas como técnicas inquisitivas da tortura. Ainda em alguns tratados criminalistas dos anos quinhentos, a função da *purgatio* ordálica (definida *vulgaris* em antítese àquela canônica

50. Para uma reconstrução histórica analítica sobre a avaliação da prova na Idade Média, partindo do conceito de "regra de avaliação positiva" da prova, ver: DANIELE, Marcello. Le regole di valutazione positiva in età medievale. In: DANIELE, Marcello. *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova.* Torino: Giappichelli, 2009, p. 49 s. Para acentos mais problemáticos a respeito da evolução da disciplina do instituto, ver: DANIELE, Marcello. Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziali conflitti. In: BALSAMO, Antonio; KOSTORIS, Ettore R. (org.). *Giurisprudenza europea e processo penale italiano.* Torino: Giappichelli, 2008, p. 383 s.

consistente no juramento de um eclesiástico para se desculpar de um crime do qual o réu tenha sido acusado pela voz pública) era assimilável, quanto aos efeitos probatórios, aos *tormenta*.

Nos processos por crimes de lesa majestade, por exemplo, o duelo era admitido como prova alternativa à tortura e a derrota valia como confissão presuntiva de culpabilidade. Em tal quadro de confusão conceitual entre critério resolutivo de julgamento e elemento de prova, entre normativas inspiradas ao direito romano e práticas consuetudinárias radicadas na mentalidade jurídica, o êxito favorável do experimento ordálico, que antes era uma consequência direta e incontestável do julgamento divino para quem superava sem consequências a prova, transformava, em quem suportava a série de suplícios sobre o corpo sem confessar a própria culpabilidade, a pressuposição para uma sentença de absolvição, que traduzia em ato formal coerente com a mentalidade jurídico-racional do processo a inexplicável, em "milagrosa" resistência do imputado à tortura.

5. Referências bibliográficas

ALESSI, Giorgia. Voz Processo penale, diritto intermedio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffré, 1987. v. XXXVI.

AMODIO, Ennio. La scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la "venerazione riconoscente". In: CHIODI, Giovanni; GARLATI, Loredana. *Dialogando con Beccaria*. Le stagioni del processo penale italiano. Torino: Giappichelli, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARGELLI, Elena; RICCIARDI, Mario; SANTONI DE SIO, Filippo. Torto. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015.

BLOCH, Marc. *Apologia della storia o Mestiere di storico*. Torino: Einaudi, 2009.

CANALE, Damiano. Persona. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015.

CAPRIOLI, Francesco. Il giudice e la prova: Beccaria, Filangieri, Pagano. In: CHIODI, Giovanni; GARLATI, Loredana. *Dialogando con Beccaria*. Le stagioni del processo penale italiano. Torino: Giappichelli, 2015.

CAPRIOLI, Francesco. Intime conviction e prova indiziaria in Beccaria. (Dei delitti e delle pene, §§ XIV e XXXI). *Diritto penale XXI secolo, XIII*, 2, 2014.

CAPRIOLI, Francesco. La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale. *Cassazione penale*, p. 3520 s., 9, 2008.

CAPRIOLI, Francesco. "Scientific evidence" e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne". *Cassazione penale*, p. 1867 s., 5, 2009.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. v. I – Le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffré, 1982.

CHIODI, Giovanni. Le garanzie processual di Beccaria e la penalistica italiana dell'Ottocento: il contributo di Giovanni Carmignani. In: CHIODI, Giovanni; GARLATI, Loredana. *Dialogando con Beccaria*. Le stagioni del processo penale italiano. Torino: Giappichelli, 2015.

CHIODI, Giovanni. *Storia del processo penale*. Dispense consegnate agli studenti del corso, 2013-2014.

CHIODI, Giovanni. Il giardino dei sentieri che s'incontrano. Processo penale e forme della giustizia nella terraferma Veneta (secoli XVI-XVIII). In: SAVONA, Margerita. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*. Milano: Giuffrè, 2009.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

DANIELE, Marcello. *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*. Torino: Giappichelli, 2009.

DANIELE, Marcello. Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziali conflitti. In: BALSAMO, Antonio; KOSTORIS, Ettore R. (org.). *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*. Torino: Giappichelli, 2008.

DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere*. Bologna: Il Mulino, 1991.

DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia del processo penale*. Pavia: University Press, 2013.

DURANTE, Guglielmo. *Speculum judiciale*. Baesel: Proemium, 1574.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1989.

FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2015.

FERRUA, Paolo. *Il "giusto processo"*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2012.

FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. *La prova nel dibattimento penale*. Torino: Giapichelli, 2007.

FONSECA ANDRADE, Mauro. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

GANDINO, Alberto. Tractatus de maleficiis. Berlino e Leipzig: Kantorowicz, 1926.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Rocha de Assis (org.). Processo penal. 1999.

GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medioevale. Roma-Bari: Laterza, 1995.

KAFKA, Franz. Nella colonia penale. 2. ed. Venezia: Marsillo Editore, 2001.

LANGBEIN, John. Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

LOPES, Aury Jr. Direito processual penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto. O núcleo do problema no sistema penal brasileiro. Boletim IBCCrim, n. 175, p. 11 s., 2007.

NOBILI, Massimo. Il principio del libero convincimento del giudice. Milano: Giuffré, 1974.

ORLANDI, Renzo. Riflessioni attuali su un passo di Cesare Beccaria a proposito di prova difficile. In: CHIODI, Giovanni; GARLATI, Loredana. Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano. Torino: Giappichelli, 2015.

PADOVANI, Andrea. Perché chiedi il mio nome? Torino: Giappichelli, 1997.

PIANO MORTARI, Vincenzo. Gli inizi del diritto moderno in Europa. Napoli: Liguori, 1980.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RENZO, Massimo. Pena. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015.

RICCIARDI, Mario, Giustizia. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015.

ROSSETTI, Andrea. Argomentazione. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015.

SCHIAVELLO, Aldo. Autorità. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015.

TRIBAUDINO, Luigi. *La fenice libertaria*. La lunga marcia di fra Dolcino. Milano: Lampi di Stampa, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. O "sistema acusatório" do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, p. 181 s., 2015.

VASSALLI, Sebastiano. *La chimera*. Torino: Einaudi, 1990.

VELLUZZI, Vito. Giudizio. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto*. Norme, concetti, argomenti. Roma: Carocci Editore, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano, de Paolo Tonini – *RBCCrim* 48/194-214 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/1153-1169 (DTR\2004\840);
- L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione!, de Vittorio Manes – *RBCCrim* 121/291-322 (DTR\2016\22002); e
- O modelo acusatório no novo Código de Processo Penal italiano, de Ennio Amodio – *RePro* 59/135-155 (DTR\1990\125).

O Código Criminal do Império
e seu papel no direito penal brasileiro

The Criminal Code of the Brazilian Empire and Its Role In the Brazilian Criminal Law

Bruna de Carvalho Santos Pineschi

Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-graduanda (especialização) em Penal e Processo Penal pela PUC-SP (COGEAE). Advogada no Estado de São Paulo. Membro da Comissão Mulher Advogada da OAB SP.
bruna.pineschi@gmail.com

Daniel Aquino de Sousa

Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Gama Filho – UGF/RJ. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Delegado de Polícia Civil no Estado do Amazonas.
daniel_sousa20@yahoo.com.br

Recebido em: 15.02.2017
Aprovado em: 08.02.2017
Última versão dos autores: 19.02.2017

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O Código Criminal do Império foi um importante marco para a história do Direito Penal pátrio, trazendo inúmeros institutos e dogmas novos com base em ideais iluministas revolucionárias, servindo de modelo para diversas legislações. Diversos institutos desse diploma ainda estão presentes no Código Penal atual. Portanto, o presente trabalho tem como objetivo principal, através de uma pesquisa documental e descritiva, destacar as principais inovações legais trazidas pelo Código Criminal de 1830, levando em consideração os contextos histórico, social e político que assolavam a época, destacando as principais discussões e influências que levaram ao surgimento desse diploma, bem como as disparidades e os paradoxos que o cercam como instituto de avanço e inovações.

Palavras-chave: Código Criminal do Império – Principais inovações – História – Direito penal brasileiro – Influências.

Abstract: The Criminal Code of the Brazilian Empire was an important mark in the history of the Brazilians' Criminal Law, bringing innumerable institutes and new dogmas based on the revolutionary ideas of the Enlightenment, serving as a model for various legislations. Several institutes of this diploma are still present in the current Brazilian Penal Code. The main objective of this paper is to document the main innovations brought by the Criminal Code of 1830, considering the historical, social and political context that affected the Brazilian Imperial period, highlighting the main discussions and influences that led to the emergence of this diploma, as well as the disparities and paradoxes that surround it as an institute of advancement and innovation.

Keywords: Criminal Code of the Brazilian Empire – Main inovations – History – Brazilian criminal law – Influences.

Pineschi, Bruna de Carvalho Santos; Sousa, Daniel Aquino de. O Código Criminal do Império e seu papel no direito penal brasileiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 131. ano 25. p. 79-115. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

Sumário: 1. Introdução – 2. Considerações sobre o período imperial: 2.1. Contexto sociológico da época – 2.2. Contexto político do Império – 2.3. Contexto jurídico: o Iluminismo como base da Constituição brasileira de 1824 e do Código Criminal de 1830 – 3. Constituição do Império (1824) – 4. Código Criminal do Império (1830): 4.1. Considerações iniciais – 4.2. Disposições sobre o texto do Código Criminal do Império: 4.2.1. Parte Geral ("Dos Crimes e das Penas") – 4.2.2. Considerações sobre a Parte Especial – 5. Disparidades acerca do Código Criminal do Império – 6. Considerações finais – 7. Bibliografia.

1. Introdução

A época que precede a criação da Constituição do Império e o Código Penal do Império foi marcada por enormes influências políticas e intelectuais oriundas de movimentos políticos que assolavam a Europa e os Estados Unidos da América, como o desenvolvimento do Iluminismo, os impactos da obra do Marquês de Beccaria nas esferas penal e processual penal, a Revolução Francesa e a consecutiva tomada de países da Europa por Napoleão, a par da vinda de intelectuais ao Brasil e a transição do Brasil colônia para Brasil Império.

O surgimento das ideias iluministas no século XVIII e a vinda de intelectuais europeus ao Brasil influenciaram o espírito de liberdade que vigorou durante todo o Império. A influência de diplomas jurídicos na época, como as Constituições americana e francesa e o Projeto de lei em matéria criminal para reformular as Ordenações Filipinas, elaborado por Pascoal José de Mello Freire durante o período de independência do Brasil, assim como as obras iluministas de Cesare Bonesana, Marques de Beccaria e de Jeremy Bentham foram arraigados e responsáveis pela essência da Constituição e do Código Criminal do Império no momento de suas elaborações.

Com base nas filosofias iluministas, a Constituição e o Código Criminal do Império abarcaram novas formas de ver o direito, assim como novos ideais de justiça (como, por exemplo, a adoção expressa de direitos individuais e de princípios do direito, a incorporação de ideias de proporcionalidade entre a conduta e a sanção penal correspondente etc.), tornando as ordenações anacrônicas.

O Código Criminal do Império foi um grande marco para a história do Direito Penal e foi considerado um diploma inovador e à frente de seu tempo, servindo de modelo para diversos códigos ao redor do mundo, tendo sido estudado por inúmeras figuras ilustres da época. Muitos de seus institutos ainda permanecem nos dias de hoje no Código Penal de 1940, mesmo após a Reforma Penal de 1984.

Contudo, em que pese os muitos avanços e inovações representados pela Constituição de 1824, e pelo Código Criminal de 1830, é possível destacar

alguns paradoxos acerca da sua condição de inovador e à frente do seu tempo em relação a seu conteúdo, como, por exemplo, a ausência de cultura jurídica da época, o tratamento dado à mulher e à população servil e escravizada, e o tratamento dado aos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública.

Assim, o objetivo do presente trabalho é, através de uma pesquisa documental e descritiva, elencar as principais inovações do Código Criminal de 1830 para a época que repercutem até os dias atuais, levando em consideração os contextos histórico, social e político que assolavam a época, destacando as principais discussões e influências que levaram ao surgimento desse diploma, bem como as disparidades e os paradoxos que o cercam como instituto de avanço e inovações. Para isso, será realizada análise da própria legislação do Império, bem como de textos históricos, políticos e jurídicos referentes à época.

2. Considerações sobre o período imperial

2.1. Contexto sociológico da época

Na época, os homens de Estado do Império e do início do século XIX não dispunham de muita fortuna, exceto aqueles que eram proprietários rurais. Os empregos públicos não eram tão rentáveis, e a grande ambição de um político era ser senador, por ser uma posição vitalícia, mais bem remunerada e que concedia muito prestígio local (conforme Joaquim Nabuco, os partidos eram "sociedades cooperativas de colocação ou de seguro contra miséria").[1]

Naquela época, a riqueza era de caráter territorial e no número de servos que se possuía. O café ainda não havia entrado em foco e o açúcar já estava entrando em depreciação, por esse motivo os homens verdadeiramente ricos proprietários de terra e escravos eram escassos. A maior parte da população vivia em estado de miséria econômica e social. A aristocracia era nominal ou de posição. A nobreza vinda com D. João VI já estava cedendo espaço para os burgueses.

A sociedade era composta pelo fator indígena, por portugueses, pela camada branca ou mestiça local formada pelos lavradores. Lá pela metade do século XIX havia uma proporção de 2 milhões de brancos para mais de 5 milhões de negros ou mestiços. Segundo descreve Oliveira Lima: "Sob a diversidade

1. NABUCO, Joaquim *apud* LIMA, Oliveira. *O Império brasileiro (1821-1889)*. Belo Horizonte: Itatiaia Limitada; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1989. p. 179.

de seus tipos, correspondentes à variedade das paisagens, o Brasil apresentava sob o Império uma notável homogeneidade de aspectos sociais, porque os elementos capitais da raça, da religião, da língua, da cultura, lhe eram comuns em toda sua extensão. Tradições, costumes, ideias, não divergiam, portanto essencialmente de uma para outra província. As próprias superstições traduziam idêntica origem, lusitância, tupi ou africana" .[2]

E ainda, a sociedade era integrada por negros escravos, que não eram considerados cidadãos, mas massa servil. Segundo cálculo do Governo, durante o Império, a população servil perfazia o número total de 1.211.946 escravos,[3] situação que perdurou por quase todo o período imperial, até a abolição da escravatura em 1888 pela Lei Áurea.

2.2. Contexto político do Império

Além das grandes mudanças em plano internacional, como a Revolução Francesa, a tomada da Europa por Napoleão, as ideias iluministas e o advento das Constituições Americana de 1789 e Francesa de 1792, que guiaram e inspiraram a formação do Brasil independente, o País também passava por uma época conturbada e cheia de mudanças.

Em que pese Portugal não querer perder sua colônia, ele se encontrava cada vez mais desmoralizado e impotente dentro do território brasileiro, e em razão da situação que enfrentava em seu próprio território devido à tomada de territórios europeus por Napoleão, e em razão do tratado acertado entre a França e a Espanha de divisão do império lusitano como punição a Lisboa por pender para o lado britânico durante aquele período e a consequente vinda da família real e de grande parte do corpo político português para o Brasil em 1808, não teve outra escolha senão abdicar de seu domínio. De modo que, e acabou cabendo indiretamente à França traçar o destino político do Brasil.[4]

Assim, o cenário nacional, antes da independência do Brasil nas duas primeiras décadas do século XIX, era a instabilidade, tendo sido marcado por insurreições e guerras civis que objetivavam a independência da Coroa. E após a conquista da Independência, a ideia de liberdade passou a ser o pensamento central durante todo o Império, o que não refletiu apenas na criação de leis, mas

2. *Ibidem*, p. 182.
3. *Ibidem*, p. 96.
4. ARRAES, Virgílio. Dois séculos da mudança de sede do império luso: o jogo de forças na Europa e seus reflexos no Brasil. *Meridiano 47: Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais,* Brasília, n. 86, set. 2007, p. 6.

também fez com que a figura do Imperador ou do monarca fosse desprezada durante o Império pelos políticos brasileiros, tanto no poder quanto fora dele.[5]

Muitos dos políticos da época do Império que auxiliaram na elaboração da Constituição e do Código Criminal de 1830 estavam envolvidos, direta ou indiretamente, com os movimentos separatistas, o que refletiu no texto constitucional e na legislação criminal da época. Inclusive uma das preocupações que levou a própria Comissão designada pela Câmara dos Deputados para examinar os Projetos de Código Criminal a querer suprimir a pena de morte por questões políticas foi o envolvimento de muitos de seus membros nesses movimentos.[6]

O nacionalismo, resultado da contrariedade à sujeição colonial, também ocupou espaço na mente política da época, de modo que o estrangeirismo passou a ser mal visto e até mesmo combatido até cerca da metade do século XIX. Havia um enorme rancor sobre o elemento português. O desprezo pela figura do imperador, somado ao fato de D. Pedro I ser português, tornaram sua permanência no poder insustentável e o fez abdicar da Coroa em 1831 e retornar a Portugal, deixando seu filho de cinco anos em seu lugar, que permaneceu como Imperador até 1889.

Os movimentos em prol da revolução liberal continuam ocorrendo, sobretudo após a abdicação de D. Pedro I, em razão de rivalidades políticas entre o ideal tradicional, o ideal revolucionário e o ideal de autoridade que se geravam, e duraram até meados do século XIX, tendo como última delas a Revolução de Pernambuco de 1848-1849.

Além disso, no que tange ao contexto político, ressalta-se que a imprensa já exercia durante todo século XIX grande influência na sociedade, exercendo enorme influência em diversos movimentos políticos, seja no desencadeamento da Independência, da abdicação de D. Pedro I, da abolição ou da República no final do século. Foi ela que desempenhou o papel principal nesses episódios históricos, guiando a opinião popular.

Por fim, no que tange aos cargos políticos, eles foram concedidos à elite intelectual e financeira da época (inclusive os cargos da Assembleia), de maneira que a maior parte da população (escravos, pessoas que viviam na miséria

5. NABUCO, Joaquim apud LIMA, Oliveira. *O Império brasileiro (1821-1889)*. Belo Horizonte: Itatiaia Limitada; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1989, p. 174.

6. VELASCO, Ignacio Maria Poveda; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 e sua real originalidade. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 254.

econômica e social, e mulheres) continuava excluída por não ser caracterizada como cidadã (questão que será revista de maneira mais aprofundada no final deste trabalho).

2.3. Contexto jurídico: o Iluminismo como base da Constituição brasileira de 1824 e do Código Criminal de 1830

Com a ascensão do Iluminismo, ou Século das Luzes, movimento cultural da elite europeia do século XVIII, inúmeros intelectuais adeptos desse movimento passaram a influenciar politicamente na elaboração de leis e no tratamento do cidadão pelo Estado, com o fim de aplicar o uso da razão contra o antigo regime aplicado na Idade Média.

É no século XIX que o jusnaturalismo, já nas primeiras décadas, perde a força e a concepção voluntarista e positivista passa a se consolidar. Durante o antigo regime, ainda havia uma pluralidade de fontes para o direito: de um lado, aquelas provenientes do poder político, de outro, os costumes, os estatutos locais e corporativos, o corpo do direito romano e o corpo do direito canônico. Com o advento do constitucionalismo, essas fontes foram enxugadas, e as leis passaram a atender aos comandos abstratos constitucionais que possibilitaram que os juristas passassem a adotar princípios como disposições mais universais e gerais.

Devido a isso, o legislativo passou a trabalhar com o direito de forma diversa daquela que se via nas Ordenações do Reino, e a lei passou a expressar comandos diretos, tirando suas razões do texto legal, por mais que os princípios adotados no sistema remetessem ao direito natural.[7]

O povo passou a legislar através de seus representantes, e, consequentemente, o direito virou reflexo da vontade popular, inibindo que os juristas se sobrepusessem às leis criadas pelas assembleias, o que destacou o papel da hermenêutica e fez emergir doutrinas acerca da interpretação das leis e do papel dos juristas como intérpretes legais, a citar as doutrinas de Friedrich Carl von Savigny e Georg Friedrich Puchta, e anos depois as de Jhering.[8] Assim, tanto o legislador quanto o intérprete deveriam se atentar às circunstâncias sociais.

Em matéria penal, anteriormente à elaboração da Constituição do Império e do Código Penal do Império, vigeram as Ordenações Reinícolas (Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, respectivamente), que atribuíam a ideia de

7. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7-8.

8. *Ibidem,* p. 14.

injusto penal ao pecado e eram caracterizadas pela desproporcionalidade entre o delito praticado e a pena, pela aplicação de tortura e penas cruéis, e pela possibilidade de as condições pessoais do réu, como sexo e *status*, determinarem o grau de punição a ser aplicada. A intolerância era legitimada por lei, dirigida e eletiva.

Assim, os movimentos intelectuais que assolavam o século XVIII e o início do século XIX separaram o ilícito penal das leis divinas e o transformaram em um sistema de controle social, que protege o cidadão de arbitrariedades judiciais em relação à aplicabilidade da pena. Isso ocorreu porque a ideia de delito passou a ser derivada do contrato social violado. O ilícito penal ou o injusto penal passou a ser pautado na lesão ao direito subjetivo alheio, como garantidor da liberdade individual.

A definição formal de injusto passa a ser vista como ilícito em uma norma penal. Dogmaticamente, consiste no objeto da teoria do delito. Cabe ao estudo do injusto delimitar a conduta proibida ou mandada. Para Von Liszt,[9] na teoria do injusto, primeiro se deveria observar a adequação típica do autor aos elementos do injusto, entendendo o injusto como um fato ao qual a ordem jurídica associa uma pena como consequência lógica.

Em matéria penal, durante o Iluminismo, destacou-se Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que, sob a influência de filósofos consagrados, publicou em 1764 sua ilustre obra *Dos delitos e das penas*, cujas ideias abordadas foram amplamente difundidas, impactando na legislação penal e processual penal de inúmeros países. Contra a tradição jurídica e a legislação penal à época, Cesare Bonesana denunciou a tortura na obtenção de confissão e na aplicação de pena, a crueldade dos suplícios, os julgamentos cruéis e outras atrocidades penais e processuais da época, abordando soluções e criticando a influência das ideias religiosas e passionais errôneas, que negavam "a verdade dos fatos".

Destacam-se também as ideias de Jeremias Bentham acerca da pena ter que se adequar à sensibilidade do ofendido. Para ele, a pena deveria se adequar à sensibilidade do ofendido, de modo que a mesma pena não deveria infligir todos os delinquentes do mesmo delito sem exceção, sendo necessário considerar as circunstâncias que influem sobre a sensibilidade.[10]

9. Von Listz (grande influência para o ordenamento jurídico brasileira no que tange à elaboração do injusto penal a partir do fim do século XIX) também foi responsável pela definição de bem jurídico como um interesse juridicamente protegido (aqueles vitais ao indivíduo ou à comunidade).

10. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 66.

Com o processo de independência do Brasil e a transição do Brasil Colônia para Brasil Império, e sob a ótica dos modelos das bem-sucedidas Revoluções Francesa e Americana que seguiram ideias iluministas, o País viu a necessidade de reformar sua legislação, e, com o advento da primeira Constituição do Brasil, fez-se ainda mais urgente a elaboração de um novo Direito Penal, com base num modelo novo e original, compatível com a recente Constituição do Império brasileiro.

Muitas das ideias de Cesare Bonesana encontram correspondência tanto no Código Criminal de 1830, quanto no Código de Processo Criminal de 1832. Assim como as noções de Jeremias Bentham acerca da pena e da sensibilidade do ofendido.

3. Constituição do Império (1824)

A Magna Carta do Império fixou diversas regras, sobretudo em seu art. 179, que foram responsáveis por traçar novas diretrizes para o Direito Penal, levando o legislador ordinário a instituí-las no Código Criminal de 1830. Conforme destaca Basileu Garcia, "o espírito que dominou o Código Criminal do Império está antecipado na Constitucional de 1824".[11] Por esse motivo, antes de abordar especificamente sobre o Código Criminal de 1830, faz-se necessário trazer algumas considerações sobre a carta constitucional de 1824.

Inicialmente, a Constituição do Império foi considerada uma Constituição semirrígida, com vigência até 1889, e contando apenas com uma emenda e um Ato Adicional em 1834. Foi considerada inovadora em diversos aspectos, como será tratado ao longo do presente trabalho, mas, primeiramente, essa carta delimita expressamente em seu texto o que seria matéria constitucional, no caso: "tudo o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e ao que dissesse respeito aos Direitos Políticos e Individuais dos Cidadãos" (art. 178). E o que não fosse constitucional poderia ser alterado sem formalidades por leis ordinárias.

A Constituição do Império previu o Brasil como nação livre e independente (art. 1º), a divisão do território em províncias (art. 2º), um governo monárquico, constitucional e representativo (art. 3º). O Título 3º da Constituição de 1824 previa a divisão dos poderes políticos como princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, com base na teoria de intelectuais europeus como

11. GARCIA, Basileu, 1954, p. 118-119 apud PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 65-66.

Locke, Montesquieu (que previa o reconhecimento de quatro poderes: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário[12]), mas, sobretudo, de Benjamin Constant, que influenciou de maneira mais contundente na questão do Poder Moderador, como poder responsável por manter o Executivo e o Legislativo dentro de seus limites, e que funcionasse como um poder neutro que desempenhasse a função de um árbitro do sistema político.[13]

A respectiva Carta Magna também mantinha o caráter religioso, católico, como base do Estado, prevendo a religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Império (art. 5º). Contudo, a religião perde nitidamente o espaço em prol do Estado.

Em que pese a religião católica ter sido assumida expressamente pelo Império, estando, inclusive, presente sua manutenção nos juramentos de posse daqueles que exerceriam Poder pelo Estado (art. 106), o Estado passa a exercer um controle maior sobre a religião, passando a prever expressamente que qualquer outra religião pudesse ser cultuada, desde que em lugares específicos, conforme o art. 5º desse diploma.

Para a época, era cidadão brasileiro a classe masculina acima dos 25 anos, que não fosse escrava. Destaca-se que, mesmo com as inovações do Brasil Império, os direitos políticos eram restringidos a gênero, cor, etnia e classe social. As mulheres não eram consideradas cidadãs para efeitos políticos, encontravam-se num estado permanente de menoridade, dependendo do pai ou do marido e, com isso, não tinham poder de voto, e os escravos ainda eram vistos como coisas que pertenciam aos seus senhores.[14]

O Poder Judicial já era previsto como independente e era composto por juízes (aqueles que aplicavam a Lei) e jurados (aqueles que se pronunciavam sobre os casos). Os juízes de direito eram perpétuos, mas não possuíam inamovibilidade (art. 153), poderiam ser suspensos pelo Imperador em razão de queixas (art. 154), e só perderiam o lugar por sentença.

12. BIELSCHOWSKY, Raoni. *O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes:* um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. Brasília: Revista do Senado, 2012. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496610/000966864.pdf?sequence=1]. Acesso em: 10.09.2016.
13. LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). Dados [online]. 2005, vol. 48, n. 3. p. 611-653. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000300006]. Acesso em: 16.02.2017.
14. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 71-74.

Mesmo com todas as inovações trazidas pela Constituição do Império à época, ressalta-se que um dos avanços mais importantes trazidos por ela é o Título 8º, que dispõe sobre as "Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brazileiros",[15] e é composto por sete artigos, dentre eles, o art. 179 citado no início deste tópico. O art. 179 da Constituição do Império dispunha em seu *caput* que os Direitos Civis e Políticos dos cidadãos brasileiros eram invioláveis e pautados na liberdade, segurança individual e na propriedade. Os direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos passam a ser vistos como cláusulas pétreas, conforme o inciso XXXIV deste artigo: "os poderes constitucionais não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuais".[16]

Ademais, elencava em incisos diversos direitos e garantias aos cidadãos, abordando expressamente princípios em seu texto (similar à forma adotada pela Constituição atual). É importante atentar para os princípios tratados dentro de cada sistema jurídico, pois eles representam a origem do próprio sistema normativo, sustentando a Constituição e sua dogmática. No campo do Direito Penal, os princípios têm dupla função: fundamentam a atuação do Direito Penal e limitam seu campo de incidência.

A Constituição Federal de 1824 é pioneira no direito brasileiro por trazer expressamente o princípio da legalidade e da anterioridade em seu texto, abordando tanto o princípio da legalidade de forma ampla, no inciso I do art. 179, prevendo que "nenhum cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude de Lei";[17] como a legalidade para do Direito Penal no inciso XI, ao mencionar que "ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta".[18] Nesse último inciso, consagrou ao mesmo tempo o princípio da legalidade, da anterioridade e do juiz natural.

A força do princípio da legalidade, que tem como origem a sua adoção expressa na Constituição, é advinda, sobretudo, das ideias iluministas de pensadores como Francis Bacon, Montesquieu e Hobbes, que visavam conter o arbítrio judicial. Em matéria criminal, deve-se, sobretudo, a Cesare Beccaria,

15. BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm]. Acesso em: 12.12.2016.

16. *Idem.*

17. *Idem.*

18. *Idem.*

que, em sua obra *Dos delitos e das penas,* estabeleceu que somente as leis poderiam fixar as penas de cada delito.[19]

Nesses incisos, também se observa a contribuição de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, no que tange às funções do princípio da legalidade.[20] Nesses dispositivos já se observava os três significados da legalidade: 1) político (garantia do cidadão perante o Estado, o que implica na limitação de sua atuação em matéria penal); 2) jurídico em sentido amplo (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, conforme se observa no inciso I); e 3) jurídico em sentido estrito (esse significado está traduzido no princípio da anterioridade e reserva legal, previstos nos incisos III e XI).

A adoção do princípio da legalidade faz com que o conceito de crime não seja natural, material ou social, mas sim um produto legal, porque nasce da lei e não existe antes dela. Desse modo, proíbe expressamente penas arbitrárias, controlando o *ius puniendi* do Estado, buscando a proporcionalidade na aplicação das penas.

Hoje, o princípio da legalidade pode ser compreendido como o mais importante do Direito Penal, sendo estruturador do próprio Princípio da Dignidade Humana. Na esfera penal, foi consagrado pelo art. 1º Código Penal brasileiro, bem como no art. 5º, inciso XXXIX, da CF.

Além disso, o art. 179 da Constituição[21] previa outros direitos e garantias aos cidadãos, que ao longo da história se desenvolveram e se tornaram outros princípios consagrados pelo Direito Penal nos dias de hoje, tais como: o inciso VIII do artigo, que previa que ninguém poderia "ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei" (o juiz deveria, através de uma nota por ele assinada, constar ao réu o motivo da prisão, nome do acusador, e das testemunhas que houvesse); o inciso XIII que determinava que "a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um";[22] o inciso XIX, que previa que "ficam aboli-

19. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

20. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

21. BRASIL. Lei 1, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 12.12.2016.

22. Destaca-se que a noção de igualdade da época era vista de maneira diferente dos dias de hoje, isso por que a escravidão ainda permanecia à elaboração do Código, o que retirava a qualidade de cidadão a todos.

dos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis[23]"; o inciso XXI, dispondo que as cadeias deveriam ser "seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes"; e o inciso XX que previu pela primeira vez na história da legislação brasileira que "nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja".

A carta imperial ainda abarcava direitos como: asilo inviolável (inciso VII, art. 179), direito de propriedade em sua plenitude (inciso XXII, art. 179) – incluindo de propriedade intelectual (inciso XXVI) –, direito ao trabalho e de proteção ao trabalhador (inciso XXIV), direito à cultura (inciso XXIV), direito de inviolabilidade de correspondência – responsabilizando a administração do correio por qualquer infração – (inciso XXVII), direito à educação (inciso XXXII e XXXIII), e direito à saúde (inciso XXXI). O art. 179 da Constituição do Império também previa expressamente como direito e garantia dos cidadãos a responsabilização dos empregados públicos por abusos e omissões praticadas no exercício de suas funções (inciso XXIX).

Destaca-se que a Constituição do Império ressalvava que os direitos e garantias individuais somente poderiam ser suspensos nos casos especificados do inciso XXXV do art. 179, ou seja, em caso de rebelião ou invasão de inimigos, na qual os direitos individuais poderiam ser dispensados em tempo determinado por ato especial do Poder Legislativo, em prol da segurança do Estado. Quando o perigo fosse iminente, o Governo poderia tomar as mesmas medidas, desde que as suspendesse assim que cessasse a necessidade urgente que as motivou, modalidade similar aos institutos do Estado de Sítio e de Defesa que possuímos hoje.

---

23. Porém, apesar dessa disposição, é patente que, ao analisar o Código Penal do Império, certas penas como a de morte, as cruéis aplicadas aos escravos eram permitidas, isso porque os escravos na época não eram considerados cidadãos de direitos conforme os demais, e acredita-se que era a única forma de manter a paz servil (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 69-70). A Constituição atual veda as penas de caráter perpétuo, trabalho forçado, banimento, degredo, confinamento, desterro e as cruéis, a qualquer um, excetuando apenas a pena de morte no caso de crimes militares em tempos de guerra (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 05.10.1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm]. Acesso em: 10.12.2016).

4. Código Criminal do Império (1830)

4.1. Considerações iniciais

Antes do Código Criminal do Império, em matéria penal, as Ordenações inspiravam-se apenas na ideia de intimidação antiga, medindo a pena não pela gravidade da culpa, mas pela preocupação de conter o mau pelo terror, o que justificava punição por pena de morte agravada em alguns casos. Os parâmetros para aplicação de pena nas legislações anteriores pautavam-se exclusivamente na gravidade dos casos e na qualidade das pessoas.

Com o advento da Constituição do Império, fez-se necessária a criação de um novo Código Criminal, visto que a própria Constituição de 1824 ordenou em seu art. 179, XVIII, que fosse organizado o quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade. Essa determinação culminou na promulgação do Código Criminal do Império.

Tanto a Constituição como o Código Penal do Império sofreram influência de autores como Beccaria, Filangieri, Grócio, Pufendorf, Montesquieu, Voltaire, Püttman, Paulo Rizzi, Bentham, Felipe Maria Renazzi, Servant, entre outros.[24]

No que tange ao processo de sua criação, antes de o projeto do Código Criminal de 1830 haver sido aprovado, foram apresentados dois projetos de código: o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos[25] e o de José Clemente Pereira.[26]

---

24. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

25. Foi Desembargador do Tribunal da Relação do Maranhão antes de ter se elegido deputado pela Província de Minas Gerais. Tornou-se Ministro da Fazenda em 1831, senador em 1838, e tornou-se Conselheiro de Estado em 1842. Além de ter atuado na elaboração do Código Criminal do Império, foi designado a elaborar o Ato Adicional à Constituição do Império, e participou da reforma do Código de Processo Criminal do Império e da preparação da Lei das Terras (VELASCO, Ignacio Maria Poveda; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 e sua real originalidade. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira.* São Paulo: LiberArs, 2015, p. 255).

26. Antes de se eleger Deputado, ficou conhecido por ter sido encarregado de apresentar o pedido para que D. Pedro não regressasse a Portugal em 1822, enquanto ocupava o cargo de presidente da câmara municipal, bem como foi responsável pela Circular de 17 de setembro de 1822 que exigia do príncipe juramento prévio de manter e defender a futura Constituição do Brasil. Além de ter participado da elaboração do projeto do Código Criminal, tambpem participou da elaboração do projeto de Código

O Projeto de Lei elaborado por José Clemente Pereira foi apresentado em 3 de junho de 1826, porém ainda estava incompleto, e propunha um novo modelo com vários artigos muito similares ao Código Penal francês de 1810. Apesar de seu projeto ter sido declarado constitucional nos parâmetros da Constituição do Império pela Comissão de legislação e justiça civil e criminal, segundo o parecer transcrito nas atas da sessão de 1º de agosto de 1826,[27] foi o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos que prevaleceu,[28] pois a Comissão entendeu ser o projeto que necessitaria de menos alterações.[29]

Cabe frisar que Bernardo Pereira de Vasconcelos foi aluno de José de Mello Freire na Faculdade de Direito de Coimbra, um dos maiores representantes das ideias iluministas da época, o qual foi chamado pela D. Maria I para elaborar projeto de lei para reformular as Ordenações Filipinas, com a intenção de modernizar o direito penal de seu país.[30]

Conforme os Anais do Parlamento Brasileiro (1827-1830), o projeto de Código Criminal de Bernardo de Vasconcelos fora apresentado à Câmara dos Deputados em 4 de maio de 1827 e, em 14 de agosto de 1827, a comissão especial designada para analisar os projetos apresentados elaborou um parecer mencionando que o projeto precisaria de alterações.

No projeto inicial de Bernardo de Vasconcelos haviam diversos institutos que não foram mantidos na promulgação do Código Criminal de 1830, sofrendo grandes alterações na sua estrutura e em seu conteúdo. A sua divisão foi alterada aproximando-se do Código Penal francês. A título de exemplo, o projeto inicial estabelecia a possibilidade da pena de Talião ao tratar da prevari-

---

Comercial, tendo sido o primeiro presidente do Tribunal do Comércio em 1850 (VELASCO, Ignacio Maria Poveda; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 e sua real originalidade. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 254).

27. *Ibidem*, p. 256.

28. Há quem diga que o Código Criminal do Império teria sido resultado da conjugação entre ambos os projetos (de Bernardo Pereira de Vasconcelos e o de Clemente Pereira), contudo, conforme destaca Nelson Hungria, o projeto de Clemente Pereira sequer teria sido objeto de discussão em plenário, tendo sido inteiramente relegado pela Comissão Parlamentar (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. I, t. I, p. 48).

29. *Ibidem,* p. 51.

30. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

cação (art. 231), do crime de peita (art. 234) e da calúnia (art. 238), bem como a disposição de que a satisfação do dano deveria ser feita pelo governo quando o delinquente não tivesse recursos para fazê-lo, itens que foram retirados durante a reformulação do projeto.[31]

Em agosto de 1829, a Comissão declarou ter reformulado o projeto, e após mais um ano de discussões acerca de outros institutos, os deputados resolveram sintetizar os debates por iniciativa do parlamento e votar no texto com urgência, mesmo que o texto estivesse imperfeito, pois eram necessárias novas leis criminais, e concordaram em restringir os debates, concentrando-se na questão da manutenção ou supressão das penas de morte e de galés.

A maior parte dos discursos defendia a supressão da pena de morte. Os deputados Rebouças, Carneiro Cunha e Ernesto apontaram diversos argumentos para a supressão da pena de morte, tais como: a pena de morte não se sustentar no direito natural e ser inconstitucional pelo fato de o Brasil ter adotado o catolicismo como religião oficial; a pena de morte não ser capaz de dissuadir quem realmente quisesse praticar delitos; a responsabilização do Estado pelo mau exemplo dado à população e pelo descaso com as necessidades humanas; o fato de somente vítimas inocentes e pobres acabarem sendo punidos; a impunidade, pois, como ninguém iria querer concorrer para a morte do criminoso, as testemunhas não iriam querer depor.

Contudo, os argumentos apresentados pelos deputados Rego de Barros, Paula e Sousa e Rebouças de que a pena de morte deveria ser mantida em poucos casos, como na contenção de rebeliões de escravos, prevaleceu, e a pena de morte foi mantida apenas no homicídio e no roubo com certas circunstâncias agravantes e no de cabeças de insurreição de escravos.[32] A mesma situação ocorreu com a pena de galés, que também foi mantida, porém com alterações ao que previa o projeto original.

Após o término das discussões, o projeto foi votado, aprovado e submetido ao Senado em 23 de outubro de 1830. E, em 16 de dezembro de 1830, o Código Criminal do Império foi promulgado.[33]

O Código Criminal de 1830 acabou ganhando grande reconhecimento por parte do mundo jurídico. Seu texto encantou a comunidade jurídico-políti-

31. VELASCO, Ignacio Maria Poveda; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 e sua real originalidade. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira.* São Paulo: LiberArs, 2015, p. 260.

32. *Ibidem,* p. 262-264.

33. *Ibidem,* p. 265.

ca da época, seguindo as ideias iluministas e liberais, na forma como foram apresentadas pela Constituição do Império. Superou antigos paradigmas de aplicação de pena e passou a ser um marco para o Direito Penal brasileiro. Nas palavras de Francisco de Assis Toledo: "O Código de 1830 – o primeiro do Brasil – pelo que representa de desvinculação com o anterior sistema penal medieval, por ele revogado, pelo que significa de expressão das ideias liberais e humanistas, nascidas com o iluminismo, e pela singular circunstância histórica de situar-se entre os primeiros, no mundo, a adotar tais ideias, constitui monumento legislativo de que devem orgulhar-se os estudiosos brasileiros".[34]

Tratou-se do primeiro Código Criminal independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio da América Latina.[35] Foi tão revolucionário para sua época que fez estudiosos de diversos países europeus estudarem português, como o belga Haus e o alemão Mittermayer.[36] Segundo Haroldo Valladão,[37] no IV Congresso Internacional de Direito Comparado em Paris, o Código do Império foi tido como sábio pelas suas inovações e avançada política criminal, como, por exemplo, pela instituição do sistema de agravantes e atenuantes para determinação dos três graus de pena, a instituição dos dias-multa e do dolo eventual. Inovador, sobretudo no que tange à questão da individualização da pena, pois contemplou os motivos do crime, circunstâncias subjetivas e objetivas da infração, possibilitando a flexibilização da pena de acordo com o caso concreto e desenvolvendo-se um conceito de proporcionalidade conforme a gravidade do crime (art. 63 desse diploma). A título de exemplo, cite-se o disposto em seu art. 19: "influirá também na agravação ou atenuação do crime a sensibilidade do ofendido"[38] (instituto também influenciado pelas ideias de Bentham[39]).

---

34. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59.
35. *Ibidem,* p. 68-69.
36. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 73.
37. Valladão (1980) – Professor catedrático na UFRJ e na PUC-RJ, falecido em 1987, Consultor-Geral da República (1947-1950), Procurador-Geral da República (1967) e Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores (1961-1971) (VALLADÃO, Professor Haroldo. *História do Direito, especialmente do direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980).
38. Brasil. Lei 1, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 12.12.2016.
39. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 66.

Em razão de sua originalidade, acabou influenciando o Código da Espanha de 1848, servindo como padrão aos demais códigos dos Estados Hispano-americanos do século XIX (Le Droit Latino-Américain, Recueil Sirey Paris, 1954).

O Código Criminal do Império, com o passar dos anos, também foi complementado por leis esparsas, fundamentalmente pelas seguintes: Lei de 20.IX.1871, sobre delitos culposos; Lei 2.615. de 04.VIII.1875, e seu respectivo regulamento, Dec. 6.934, de 08.VI.1878, sobre punição de crimes praticados no estrangeiro (primeiro texto brasileiro sobre direito penal internacional); Lei de 4 de setembro de 1850, que cuidou da repressão do crime de tráfico de africanos; Lei 18 de setembro de 1851, sobre crimes militares; e Lei de 15 de outubro de 1886, sobre crimes de dano, incêndio e outros.[40]

O Código de Processo Criminal veio logo após o Código Criminal do Império, em 1832, seguindo a mesma dinâmica, também inspirado no liberalismo das instituições europeias, em especial a inglesa.

4.2. Disposições sobre o texto do Código Criminal do Império

Após as alterações sofridas na Câmara dos Deputados, a redação final do Código Criminal do Império seguiu o modelo do Código Penal francês de 1810, e foi dividida em quatro partes com os seguintes temas: "Dos Crimes e das Penas" (parte I); "Dos Crimes Públicos" (parte II); "Dos Crimes Particulares" (parte III); e "Dos Crimes Policiaes" (parte IV).

4.2.1. Parte Geral ("Dos Crimes e das Penas")

Nos moldes constitucionais, e sob a influência do período napoleônico, o Código Criminal do Império ingressa na fase juspositivista dos princípios, passando a adotar princípios como fonte normativa subsidiária. Desse modo, em seus arts. 1º e 33 consagra os princípios da legalidade e da anterioridade ou da reserva legal. Foi o primeiro diploma legal a tratar expressamente do princípio da legalidade em seu texto, logo em seu art. 1º.

Comparado ao atual Código Penal, é possível observar a grande influência que o Código Criminal do Império ainda exerce sobre o Direito Penal. O art. 1º do Código Criminal de 1830, ao abordar expressamente em seu texto o princípio da legalidade e da anterioridade penal ("não haverá crime ou delito

40. VALLADÃO, Haroldo. *História do direito, especialmente do direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 132.

sem uma lei anterior que o qualifique"[41]), é reproduzido quase que de forma idêntica pelo art. 1º do Código Penal de 1940, mesmo após a reforma penal de 1984 ("não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal"[42]).

No art. 2º, além de trazer o conceito de crime ou delito, previa a modalidade de crimes na forma tentada, quando o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (a tentativa no caso de crimes punidos com penas inferiores a 12 meses de prisão não seria punida). Também criminalizava o abuso de poder contra os interesses públicos ou em prejuízo de particulares, na ausência de utilidade pública, e a ameaça.

Tanto no art. 2º como no art. 3º, o Código trabalhava apenas com a noção de dolo, deixando de definir a culpa, ao mencionar que: "não haverá criminoso ou delinquente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar".[43]

Porém, mais adiante, referia-se à culpa no parágrafo 1º do art. 6º, e no final do parágrafo 4º do art. 10. Também previa a possibilidade de crimes praticados na modalidade culposa, como, por exemplo, nos arts. 125 ("deixar fugir aos presos o mesmo Carcereiro ou outra qualquer pessoa a quem tenha sido cometida sua guarda ou condução" [44]) e 153, que, ao tratar sobre o crime e falta de exação no cumprimento de deveres, previa que: "este crime pode ser cometido por ignorância, descuido, frouxidão, negligência ou omissão".[45]

Ocorre que, apesar de haver possibilidade de punição para crimes culposos em alguns casos, no que tange ao homicídio e à lesão corporal, o Código falhava ao não tratar da modalidade culposa. Contudo, ao tratar sobre a falha do Código Criminal do Império no que tange à culpa, Magalhães Noronha[46]

41. Brasil. Lei 1, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 12.12. 2016.
42. Brasil. Decreto-lei2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 12.12.2016.
43. Brasil. Lei 1, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 12.12.2016.
44. *Idem.*
45. *Idem.*
46. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. v. 1: Introdução e parte geral. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57.

destaca que "tal silêncio explica-se pela época em que veio à luz o Código, na qual os meios de transportes, a indústria etc. não ofereciam os perigos que mais tarde se fizeram sentir". Essa omissão só foi suprida posteriormente, com a Lei 2.033/1871.

Os arts. 4º e 5º também demonstravam o avanço do Código Criminal da época, ao diferenciarem autor de cúmplices,[47] e tratando da codelinquência como agravante no art. 17, ao prever como agravante "ter procedido ajusta entre dois ou mais indivíduos para o fim de cometer-se o crime". No art. 5º constava "são criminosos como complices todos os mais que diretamente 'concorrem para se commetter crimes'", desse modo, ficou estabelecido por esse Código que o caráter essencial da cumplicidade consistia na unidade do delito e na pluralidade de agentes.[48] O Código dispôs neste artigo a cumplicidade anterior ou concomitante, deixando para o art. 6º a possibilidade de cumplicidade posterior.

Destaca-se que o art. 5º não tratou da distinção da culpabilidade no concurso de agentes no que tange à aplicação da pena, ao contrário do projeto inicial de Bernardo Pereira de Vasconcelos, que definia como cúmplice aquele que recebesse, ocultasse ou comprasse coisas obtidas por meios criminosos, ou que tivessem dado asilo a criminosos ou emprestasse sua casa para reunião criminosa.[49]

Além disso, o art. 7º abordava a responsabilização sucessiva nos delitos cometidos por abuso do direito de liberdade de expressão, taxando de criminosos: o impressor, gravador ou litógrafo (salvo se mostrassem, por escrito, obrigação de responsabilização do editor conhecido e residente no Brasil); o editor que se obrigou (salvo se mostrasse responsabilidade do autor); o autor que se obrigou; o vendedor que distribuiu algo sem constar o impressor; os que comunicassem a mais de 15 pessoas escritos não impressos quando não provassem a autoria.

Nessa modalidade, não se considerava crime de impressão ou circulação de discursos parlamentares as análises razoáveis de princípios, usos religiosos, da Constituição e das leis extravagantes, desde que decentes e comedidos e não

47. O Código diferencia cúmplices dos autores nos artigos 5º e 6º.

48. TINÔCO, Antonio Luiz. *Código Criminal do Império do Brasil annotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 21.

49. VELASCO, Ignacio Maria Poveda; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 e sua real originalidade. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 265.

incentivassem a censura de atos de governo e da pública administração ou desobediência.[50]

Muitos doutrinadores consideram a responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa como original das leis belgas, contudo, o Código Penal do Império é anterior.[51]

Entre os arts. 10 a 13, o Código do Império tratava sobre imputabilidade penal e a consequência para tais casos. Eram inimputáveis: I – os menores de 14 anos (art. 10, § 1º) que não tivessem discernimento para a prática do delito (se fosse provado o discernimento, seriam encaminhados para casas de correção – art. 13); II – os loucos de todos os gêneros (seriam recolhidos em casas a eles destinadas ou entregues às suas famílias – art. 12), salvo se cometessem o crime em intervalos de lucidez (nesse caso, aplicar-se-ia o art. 64: "os delinquentes que, sendo condenados, se acharem no estado de loucura, não serão punidos enquanto nesse estado se conservarem"); III – os que cometessem crimes sob coação física ou moral irresistível (§ 3º, art. 10) e; IV – os que cometessem crimes no exercício ou prática de ato lícito, feito com atenção ordinária. O art. 10, § 1º, foi fruto da consagração dos princípios da humanidade e também era aplicado aos escravos menores, incluindo todos os menores de 14 anos sem distinção até os menores de 7 anos, que não poderiam ter imputabilidade alguma.[52]

A ausência de punição criminal aos inimputáveis não os eximia da responsabilização patrimonial, estando seus bens sujeitos à satisfação do mal causado (art. 11).

O Capítulo II, "Dos crimes justificáveis", abordava as modalidades de excludentes de ilicitude a partir do art. 14, como: estado de necessidade (§ 1º, desse artigo); legítima defesa própria (§ 2º) e de terceiro, seus requisitos, incluindo a legítima defesa da posse (§§ 3º e 4º); em situações de resistência à execução de ordens ilegais (§ 5º – o art. 143 era responsável por dizer o que eram consideradas ordens ilegais); e modalidade de exercício regular do direito em caso do mal constituir castigo moderado pelos pais aos filhos, senhores aos escravos, mestres aos seus discípulos (§ 6º). No projeto original de Bernardo Pereira de Vasconcelos, havia ainda a excludente de quando o ato fosse praticado contra si mesmo ou com o consentimento da vítima.

50. *Ibidem,* p. 266.

51. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 752 p.

52. TINÔCO, Antonio Luiz. *Código Criminal do Império do Brasil annotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 25.

O Capítulo III trazia uma das inovações mais importantes desse código – as circunstâncias agravantes e atenuantes. Os arts. 16 e 17 previam como agravantes: crimes cometidos à noite ou em local ermo (§ 1º, art. 16); com emprego de veneno, incêndio ou inundação (§ 2º, art. 16); reincidência da mesma natureza (§ 3º, art. 16); motivo torpe ou fútil (§ 4º, art. 16); contra mais velho (§ 5º, art. 16); quando o ofendido não pudesse se defender (§ 6º, art. 16); contra ascendente, mestre ou superior (§ 7º, art. 16); com premeditação acima de 24 horas (§ 8º, art. 16); com fraude ou abuso de confiança (§§ 9º e 10, art. 16); com promessa de recompensa (§ 11, art. 16); através de emboscada (§ 12, art. 16); arrombamento (§ 13, art. 16); surpresa ou disfarce (§§ 15 e 16, art. 16); em cumplicidade (§ 17, art. 16); quando resultar em outro mal (§ 1º, art. 17); quando aumentar o mal do crime ou o mal físico causado (§§ 2º e 3º, art. 17); quando o dano for de natureza irreparável (§ 4º, art. 17); e quando aumentar a aflição do aflito (§ 5º, art. 17). Ressalta-se que não se agravava a pena em crime contra o cônjuge, descendente ou demais parentes que não estivessem acima na linha reta sucessória.

Dentre as atenuantes, o art. 18 definiu: quando não houvesse pleno conhecimento do mal (§ 1º); para evitar outro mal (§ 2º); em defesa dos próprios direitos ou de sua família (§ 3º); em razão de injúria ou desonra própria ou de parentes (§ 4º); em oposição a ordem ilegal (§ 5º); precedido de agressão do ofendido (§ 6º); por ameaça (§ 7º); por provocação (§ 8º); e em estado de embriaguez, desde que não fosse preordenada (§ 9º). No caso do § 7º, se a ameaça fosse inevitável e irresistível, incorria no § 3º do art. 10 do mesmo Código.

Além disso, foi estabelecido no § 10 do art. 18 desse Código que os menores de 21 anos teriam suas penas atenuadas, e se tivessem entre 14 e 17 anos, o juiz poderia lhes atribuir penas como cúmplices. A circunstância atenuante da menoridade até então ainda era desconhecida por muitos países europeus, servindo de influência para as legislações francesa e napolitana.

Por fim, no que tange aos crimes, o Código passa a tratar, do art. 21 ao art. 32, da satisfação do dano causado pelo delito ao ofendido de forma detalhada e específica, trazendo a hipótese de responsabilidade solidária para satisfação do dano nos crimes praticados em concurso de agentes (art. 27). Também previa como responsável pela indenização o senhor pelos crimes cometidos por seu escravo, e aqueles que tivessem participado do produto do crime (art. 28).

Não haveria satisfação antes da condenação criminal (art. 31), excetuando-se em caso de ausência do delinquente (o ofendido poderia demandar a satisfação civilmente – § 1º); de falecimento do delinquente (utilizava-se ação civil – § 2º); ou se o ofendido preferisse acionar o delinquente civilmente (§ 3º). Caso o delinquente não tivesse meios para satisfazer o ofendido dentro de oito

dias, seria condenado a prisão com trabalho por tempo necessário para ter a quantia para a satisfação (art. 32).

Deve ser frisado, ainda, que a jurisprudência da época dispunha que a hipoteca tácita com objetivo de satisfação do dano poderia recair sobre os escravos e suas respectivas escrituras de compra e venda, de modo que eles não poderiam ser alienados pelo dono enquanto ele não satisfizesse o dado causado. E ainda, quando o mal causado fosse de natureza física ou psicológica, como no caso do ferimento leve que não impedisse de exercer profissão, não haveria necessidade de satisfação pecuniária.

A obrigação de satisfazer o dano causado passava aos herdeiros do delinquente até o valor dos bens herdados, assim como o direito de haver a satisfação aos herdeiros do ofendido. Porém, com a Lei 3 de dezembro de 1841, a obrigação de indenizar passou a prescrever em 30 anos contados do dia em que o delito foi cometido.[53]

No que tange às penas, segundo o art. 33 desse Código, os crimes eram punidos em graus máximo, médio e mínimo, e se a tentativa do crime não fosse prevista com pena especial, seria punida da mesma forma que o crime, menos a terça parte, de acordo com os graus (art. 34). As penas da cumplicidade seriam as mesmas da tentativa (art. 35).

Nesse título, o Código Criminal do Império trazia o princípio da presunção de inocência em seu art. 36, ao prever que "nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará motivo para a imposição de pena".[54] Nenhuma condenação poderia ser pautada em mera presunção, seguindo preceitos iluministas de intelectuais como Voltaire, Rousseau, Giamberardino e Cesare Bonesana de Beccaria.[55] *Ressalta-se que a prisão preventiva não era considerada pena, conforme o art. 37.*

Com relação às penas em espécie, foram mantidas as penas de morte por forca (art. 38), galés (art. 45), prisão com trabalho (art. 46), prisão simples (art. 47), banimento perpétuo (art. 50), degredo (art. 51), desterro (art. 52), multa (art. 55), suspensão e perda de emprego (arts. 58 e 59) e açoites (art. 60).

53. *Ibidem*, p. 59-61.

54. BRASIL. Lei 1, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 12.12.2016.

55. MACHADO, Leonardo Marcondes. Presunção de Inocência: do Iluminismo Europeu ao Autoritarismo Brasileiro. *Revista IBCCrim*, 2016. Boletim 216. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5702-Presuncao-de-inocencia-do-iluminismo-europeu-ao-autoritarismo-brasileiro]. Acesso em: 01.02.2016.

Como já abordado, muito foi discutido na Comissão Bicameral criada para discutir os projetos de Código Penal, sobre a utilidade e possibilidade de supressão da pena de morte, e ela acabou sendo mantida, assim como a de galés, sob o argumento de que a criminalidade servil era muito difundida e, sem as referidas penas, não se manteria a ordem entre os escravos, o que Francisco de Assis Toledo entendeu como "resíduos de uma sociedade escravocrata",[56] podendo ser aplicada, ainda, em caso de homicídio, roubo e latrocínio, dependendo da situação concreta.

O corpo daqueles que fossem enforcados só seria entregue aos parentes e amigos que pedissem aos juízes da execução, e não poderiam ser enterrados com pompa (art. 42). E as mulheres que estivessem grávidas não poderiam ser executadas, nem mesmo julgadas nesses casos, senão 40 dias após o parto (art. 43).

As penas de galés continuavam a não ser impostas às mulheres, porém, no que tange à não aplicação em razão da idade, o Código do Império previa que não seria imposta essa punição aos menores de 21 e maiores de 60 anos, diferentemente do que se previa nas Ordenações Filipinas (em que não se permitia a aplicação da galés para os menores de 16 e maiores de 55 anos), e no projeto original de Bernardo Pereira de Vasconcelos (em que não poderiam ser condenados em pena de galés apenas os menores de 17 anos e os maiores de 70 anos).

As penas de prisão poderiam ser com trabalho ou sem, no caso, prisão simples. Nas penas de prisão com trabalho, os réus eram obrigados a trabalhar diariamente dentro dos presídios (art. 46), e, em se tratando da prisão simples, o réu somente deveria permanecer recluso (art. 47). Caso as prisões não tivessem arranjos necessários para o trabalho, a pena do delinquente seria convertida em prisão simples com um acréscimo de 1/6 no tempo da pena (art. 49). As hipóteses de pena de prisão, em contrapartida, foram aumentadas quando comparadas ao projeto inicial de Bernardo de Vasconcelos, e ainda foi incluída a possibilidade de conversão da pena de galés nessa modalidade de pena. Ressalta-se que o réu preso que fosse condenado a pena de prisão com trabalho não seria obrigado a trabalhar enquanto pendesse julgamento de apelação.[57]

Um dos grandes avanços do Código Penal do Império, citado por boa parte da doutrina, que passou a ser inclusive reproduzido em países europeus, foi a

56. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59.

57. TINÔCO, Antonio Luiz. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 66.

adoção do dia-multa em seu art. 55. O Código do Império obrigava os réus ao pagamento de quantia pecuniária regulada de acordo com que o condenado poderia haver por dia, pelos seus bens, empregos ou indústria. Os valores da multa eram recolhidos aos cofres da Câmara Municipal (art. 56), e caso o réu não tivesse dinheiro para pagar os valores, também seria condenado à prisão com trabalho até que fosse possível juntar o necessário para pagar sua dívida (art. 57).

As penas de açoite eram impostas aos escravos que fossem condenados por penas que não a de morte ou a de galés. Apesar de terem sido mantidas, foram limitadas pelo Código de 1830 a no máximo 50 açoites por dia, a cada escravo condenado (art. 60).

Os direitos políticos dos réus só seriam suspensos aos condenados a galés, a prisão com trabalho, prisão simples, degredo ou desterro, enquanto durassem os efeitos da condenação (art. 53).

Salvo em caso de pena de morte, por motivos lógicos, as penas seriam cumuladas, caso o réu incorresse em mais de um crime (art. 61). Todas as penas eram imprescritíveis (art. 65). O perdão ou minoração das penas pelo Poder Moderador não eximia da obrigação de satisfazer o mal causado (art. 66), e o perdão do ofendido também não isentava a pena dos réus que houvessem cometido crimes públicos ou privados de iniciativa pública (art. 67).

4.2.2. Considerações sobre a Parte Especial

Como já mencionado, devido ao fato de Bernardo de Vasconcelos ter sido aluno de Mello Freire, é possível notar muitas semelhanças entre seu projeto e as concepções do antigo projeto de Código Criminal que visava reformar o Livro V das Ordenações Filipinas criado por Mello Freire quase meio século antes. Essa influência é visível na forma como os delitos da parte especial foram classificados pelo Código Criminal do Império.

No projeto de Código Criminal de Mello Freire, ele discriminava os delitos em relação ao seu objeto, de modo que os crimes poderiam ser públicos (como aqueles que ofendem a sociedade e interesse público, quais sejam, os religiosos, os morais e os civis políticos) ou particulares (que ofendem o direito e particular interesse de cada um). Para ele, os crimes também poderiam ser comuns a todos os homens, ou privilegiados e próprios de certa ordem e classe de pessoas.

Sob a influência do Projeto Mello Freire, a divisão da parte especial do Código Penal do Império ficou estabelecida como "Dos Crimes Públicos", "Dos Crimes Particulares" e "Dos Crimes Policiais".

Com relação aos crimes públicos, é possível destacar novas formas de criminalidade, como a concussão (art. 135), rebelião (art. 110), sedição (arts. 111 e 112), insurreição (art. 113 e ss.), abuso de autoridade ou influência proveniente do emprego (art. 137 e ss.), prevaricação (art. 129), contrabando (art. 177). Fingir ser funcionário público era considerado crime particular (art. 256).

Ressalta-se que a aplicação de pena de morte para os crimes políticos foi vedada e excluída do Código Penal do Império, o que significou um grande avanço nas concepções liberais da época. Essa adaptação foi fruto de uma emenda proposta na redação final do projeto pelo Deputado Rêgo Barros, já no ano de 1830.[58]

Porém, essa classificação de crimes previu apenas uma possibilidade de aplicação de pena de morte em grau máximo: no crime de insurreição praticado pelos escravos (art. 113). Na época, se um crime fosse praticado pelo escravo contra algum homem livre (brancos, pardos ou pretos livres), era imediatamente reunido um júri que proferia sentença após breve processo, a qual, ainda que fosse de condenação, teria sua pena executada sem recurso. Tal medida, cumulada com a pena de morte, permitiu a execução do escravo Manoel Congo, em 1839, por erro judiciário.[59]

Na divisão atinente aos crimes particulares, além do crime de homicídio (arts. 192 a 196) e lesão corporal (art. 201 e ss.), o rol de crimes contra a vida foi ampliado, e alguns tipos penais novos foram criados (como, por exemplo, a previsão expressa do crime de instigação ao suicídio – art. 196) e outros abordados isoladamente de forma expressa, como o crime de infanticídio e de aborto. Por esse diploma, incorria no crime de infanticídio qualquer um que

58. *Ibidem*, p. 69-74.

59. Nesse caso, o escravo Manuel Congo foi acusado por insurreição, por conduzir mais de 200 escravos fugidos em direção a Serra de Santa Catarina e por crime de homicídio, pela morte de dois pedestres que estavam na expedição para desbaratar o quilombo. A partir do momento em que o escravo cometia um crime contra um branco, a relação branco x pessoa tornava-se visível. O escravo acusado naquela época não tinha direito a um advogado para representá-lo, pois, para isso, exigir-se-ia a condição de pessoa. Manuel do Congo foi condenado à pena máxima, morte na forca, sem direito de defesa, e os outros escravos que frequentavam o mesmo quilombo foram apenados com 650 açoites. Manuel do Congo foi enforcado no dia 6 de setembro de 1839, menos de um ano após o levante (NASCIMENTO, Alexandre do; PEREIRA, Amauri M.; SILVA, Selma M. da. *Histórias, culturas e territórios negros na educação:* reflexões docentes para uma reeducação das relações étnico-raciais. Rio de Janeiro: E-papers, 2008, p. 189).

matasse recém-nascido (art. 197), e o fato de ser cometido pela própria mãe era utilizado como atenuante caso ela fizesse para assegurar a desonra (art. 198).

Havia duas das penas de morte previstas dentro dos crimes particulares do Código Criminal do Império, nos casos de homicídio condenado em grau máximo (art. 192) e para o crime de latrocínio (art. 271).

Em se tratando dos crimes contra a honra, a preocupação com tal atributo (honra) ainda era algo muito visível dentro da legislação do Império, em vários casos, como, por exemplo, no art. 206 (ameaça feita em público), a exposição a público ou a lesão à imagem perante terceiros era considerada como fator agravante da pena. O crime de difamação estava contido nos crimes de injúria.

No caso dos crimes contra a liberdade individual, o Código de 1830 previa os crimes de ameaça (arts. 207 e 208), sequestro e cárcere privado (arts. 189 e190), reduzir alguém a condição análoga à de escravo (art. 179) e a violação de correspondência (arts. 215 a 218). O Código ainda previa o crime de entrada na casa alheia, com pena de prisão de dois a seis meses e multa àqueles que entrassem na casa alheia de noite sem o consentimento do morador, salvo se a entrada se desse por motivo de incêndio, ruína, inundação, para atender pedido de socorro ou para evitar crime de violência contra a pessoa (art. 209).

A entrada de dia na propriedade sem autorização seria permitida nos mesmos casos citados acima, e nas hipóteses de flagrante delito, para efetuar prisão de delinquentes, busca e apreensão de objetos de crimes, para realizar investigação ou efetuar penhora ou sequestro de bens (art. 211). Nessas modalidades, era necessária ordem por escrito de quem determinou a invasão (art. 212).

Quanto aos crimes contra a propriedade, era entendido como furto o furto propriamente dito ("tirar a cousa alheia contra a vontade de seu dono, para si ou para outrem",[60] art. 257), a apropriação indébita (art. 258), a apropriação de coisa achada (art. 260) e o crime de plágio (261). O furto praticado por aquele que fingia ser empregado público e autorizado a tomar propriedade alheia era reputado como roubo (art. 273). Não seria considerado furto a ação dada entre marido e mulher, ascendentes, descendentes e afins, nos mesmos graus, cabendo apenas Ação Civil para discutir o patrimônio entre cônjuges, caso um tenha falecido (art. 262).

Também eram previstos como crime contra a propriedade a bancarrota (art. 263), causas específicas de estelionato (arts. 264 e 265), crime de dano

60. Brasil. Lei 1, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 12.12.2016.

(arts. 266 e 267), roubo (arts. 269 e 270), roubo seguido de lesão corporal (art. 272) e o latrocínio (art. 271).

Para os crimes contra a liberdade sexual eram previstos os fatos típicos de estupro (art. 219) e de rapto (art. 226). Previa-se como estupro as condutas de "deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos" (a pena do crime seria aumentada caso fosse cometido por quem tivesse seu poder ou guarda, ou por parente – arts. 220 e 221), "ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaça, com qualquer mulher honesta" (se a violentada fosse prostituta, a pena seria menor – art. 222), "simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a cópula carnal" (art. 223) e "seduzir mulher honesta, menor de dezessete anos, e ter com ela cópula carnal" (art. 224).[61] Em todos os casos, exceto quando o crime era cometido por parente, o casamento com as ofendidas afastava as penas (art. 225).

Nos crimes contra a família, eram punidos os crimes de celebração de matrimônio contra as Leis do Império (art. 247 e 248), de poligamia (art. 249), de adultério (art. 250), crimes de parto suposto (art. 254) e o crime de fingimento, quando alguém se fingia de marido de mulher para usurpar direitos maritais (art. 255).

Além disso, havia uma disposição interessante no que diz respeito aos crimes particulares: o agravamento da pena em qualquer modalidade dessa espécie criminosa quando o crime fosse cometido em razão de abuso de poder dos empregados públicos (art. 275).

O Código previa, também, a divisão dos "Crimes Policiaes" no Código Criminal do Império. Dentro dessa modalidade de infração configuravam-se os crimes de menor gravidade à época, equiparando-se às contravenções penais de hoje, contudo, previa-se nessa categoria uma modalidade de crime que destoava dos demais, aplicando-se pena máxima de prisão com trabalho por até seis anos na parte final do art. 294 e, nas demais modalidades, pena com prisão até três anos, prisão simples ou multa.

Nos "Crimes Policiaes" eram compreendidos os crimes de ofensa à religião, moral e bons costumes (art. 276 e ss.), de sociedades secretas (arts. 282, 283 e 284), ajuntamentos ilícitos (arts. 285 a 294), vadios e mendigos (arts. 295 e 296), uso de armas ofensivas (arts. 297 a 299), fabrico e uso de instrumentos para roubar (art. 300), uso de nomes supostos e títulos indevidos (arts. 301 e 302) e uso indevido de imprensa (arts. 303 a 307).

61. *Idem*.

Em que pese os preceitos iluministas pregarem a liberdade de forma ampla, neste último caso (crimes de uso indevido da imprensa), é possível se notar o reflexo das Ordenações Filipinas, que, com a invenção da imprensa, passou a se preocupar com o conteúdo difundido através dela, e criminalizava condutas como impressão de livros, matérias, folhetins, entre outros, sem a autorização do chefe de Estado.

Nas Ordenações, antes da publicação de qualquer conteúdo pela imprensa, as obras deveriam ser, primeiro, vistas e examinadas pelas autoridades, e quem imprimisse matéria sem licença para tanto pagaria multa.

Percebe-se que o Código do Império ainda demonstrava grande preocupação acerca das atividades exercidas pela imprensa na época, criando o instituto da responsabilidade sucessiva para tais casos e punindo dentro dos crimes de polícia condutas como "deixar de remeter ao promotor um exemplar escrito, ou obra impressa, no dia de sua publicação e distribuição",[62] com penas de multa de dez a 30 mil réis.

Por fim, entre as disposições Gerais do Código Penal do Império, previa-se que esse Código não seria aplicado nos crimes de responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado (art. 308, § 1º), nos crimes puramente militares (art. 308, § 2º), nos crimes contra o comércio (art. 308, § 3º) e nos crimes contra a polícia e economia popular das povoações (art. 308, § 4º). Em todos os respectivos casos, a punição decorreria de lei própria.

5. Disparidades acerca do Código Criminal do Império

Muitos doutrinadores, ao tratar sobre a cultura jurídica do Império, apontam a ausência de cultura jurídica própria formada no País. Em 1834, Bernardo Pereira de Vasconcelos criticou a falta de importância que se dava à educação no Império, e a ausência de cursos jurídicos bem montados no País, e, posteriormente, e durante os debates sobre a reforma judiciária de 1871, Nabuco e Araújo e Cândido Mendes de Almeida também expressaram a ideia de ausência de jurisprudência orientadora e a falta de fixação de uma doutrina nacional.[63]

Contudo, o Código Criminal do Império representou, de fato, muitos avanços na história do Direito Penal, a ponto de influenciar legislações no resto do mundo pela sua originalidade. Até nas palavras de Ladislau Thót, professor da Universidade Nacional de La Plata, Argentina, o Código Criminal do Império

62. *Idem*.

63. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7-8.

teve uma grande importância na política criminal da época por ser "um dos poucos códigos do século XIX com acentuada orientação política criminal" e "no ponto de vista dogmático-histórico, o Código do Império foi, na América Latina, o primeiro Código effectivamente nacional e próprio".[64]

Diante disso, cabe o seguinte questionamento: como seria possível a criação de um Código Criminal inovador, autônomo e independente sem uma cultura jurídica nacional forte, e dentro de um intervalo tão curto entre sua promulgação e a independência do Brasil?

Alguns doutrinadores como Nelson Hungria, por exemplo, destacam que, em que pese o Código de 1830 tenha constituído a etapa inicial do Direito Penal brasileiro, salvo em alguns poucos momentos, não teria sido de fato um código original, citando como exemplo que a questão da imprescritibilidade das penas, a reparação do dano *ex delicto* no próprio juízo criminal e a teoria objetiva da cumplicidade teriam sido incorporadas com base em outros diplomas.[65]

Portanto, seria o Código Criminal do Império, um código tão aclamado pela comunidade jurídica da época, uma cópia de diversos Códigos Penais já publicados anteriormente? É certo que quando comparado com o Código Penal francês de 1810, com o Código Penal da Baviera de 1813 e com o Código Penal espanhol de 1822, é possível notar diversas semelhanças tanto na sua estrutura quanto no seu conteúdo. Contudo, o Código Criminal de 1830 não consiste numa reprodução fiel dos Códigos que utilizou como influência, fazendo diversas alterações pontuais sobre inúmeros institutos que o fizeram merecer o seu crédito, inovando em pontos como: a inserção do princípio da legalidade em seu art. 1º; a fixação de penas mais brandas e proporcionais entre a lesão e a pena fixada; os "crimes justificados"; a satisfação do dano; a questão dos crimes cometidos por menores e loucos, entre outros.

Vale lembrar que o Brasil, como país recentemente independente, de fato, carecia de doutrina e estudos próprios acerca de legislação penal, e, portanto, não seria razoável esperar que, no curto período que se estabeleceu a Independência do País e o Código Criminal, os legisladores não buscassem influência em doutrinas e legislações estrangeiras. Desse modo, mesmo com a utilização

64. THÓT, Ladislau (1930) apud VELASCO, Ignacio Maria Poveda; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 e sua real originalidade. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira.* São Paulo: LiberArs, 2015, p. 251.

65. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. I, t. I, p. 47-48.

de influências externas, chega a ser surpreendente a forma com que os legisladores foram capazes de transformar o seu texto levando em consideração a ausência de cultura jurídica própria e a realidade da época, fazendo diversas alterações pertinentes, que o tornaram único na época.

Superada a discussão acerca de originalidade do Código Criminal do Império, vale apontar algumas disparidades no que tange a pontos específicos de seu conteúdo.

Primeiramente, destaca-se a figura da mulher perante o Código e a sociedade. Como reflexo do Brasil Colônia, a mulher, durante o Império, ainda era tratada como uma extensão do homem, e por isso, além do fato de a mulher ser excluída da vida política constitucionalmente, tratamento dado a ela pelo Código Criminal do Império, também se diferenciava seja na aplicação de pena ou na adoção de algumas modalidades criminosas, como na previsão do crime de rapto, na abordagem dada ao crime de adultério, mas, sobretudo, na questão do crime de estupro e a figura da "mulher honesta", em que o Código faz uma distinção discrepante na aplicação da pena ao estupro cometido contra "mulher honesta" e contra "prostitutas", e libera a aplicação da pena na situação em que os réus casem com as ofendidas (causa de extinção da punibilidade também presente em todas as Ordenações).

Porém, na época em que o Código Criminal do Império e a Constituição do Império foram elaborados, a limitação de direitos dados às mulheres e o patriarcado era uma realidade presente em praticamente todos os países do Ocidente.[66] Como as mulheres não faziam parte das questões políticas e mal haviam entrado para o mercado de trabalho, os direitos femininos e o tratamento igualitário da mulher não eram algo que despertava um real interesse político, diferentemente do que ocorreu na situação dos escravos.

Outra disparidade referente ao conteúdo do Código Criminal de 1830 consiste na pena aplicada aos funcionários públicos que praticam atos contra a administração pública.

O Código Criminal do Império previa penas ínfimas aos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública (como, por exemplo, a prevaricação, a peita, a concussão, o excesso de abuso de autoridade etc.). Essas modalidades criminosas eram apenadas em alguns casos apenas com perda ou suspensão do cargo por tempo determinado, ou com a pena de perda ou

66. NEGRÃO, Telia. Movimento feminista: Direitos conquistados na história. Núcleo interdisciplinar de estudos sobre mulher e gênero (Rio Grande do Sul). Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Disponível em: [www.ufrgs.br/nucleomulher/mov_feminista.php#01]. Acesso em: 18.02.2017.

suspensão do cargo cumulada com a de prisão, e na maioria dos casos em que isso acontecia, as prisões não passavam de um ano ou dois. Para exemplificar: o crime de prevaricação era punido apenas com perda ou suspensão do cargo, o crime de peita com perda do emprego, multa e prisão somente de três a nove meses, e o crime de concussão apenas com suspensão do cargo de seis meses a dois anos, assim como o crime de "falta de exacção no cumprimento de deveres" apenado com suspensão de um a nove meses.

A falta de rigor nas penas atribuídas para essas espécies criminosas não é justificada, ainda mais quando a corrupção na administração pública havia sido apontada como um dos maiores causadores da criminalidade no País durante os debates parlamentares pela aprovação e promulgação do Código Criminal do Império.

Além disso, destaca-se que a Assembleia foi marcada por pensamentos políticos antagônicos: um liberal, mas oligárquico, e outro autoritário, mas modernizador,[67] e isso acabou sendo visível tanto na Constituição de 1824, como no Código Criminal do Império. Segundo Lynch, "essa dualidade estaria na raiz das tensões do pensamento político brasileiro".[68]

Um dos pontos paradoxais acerca do Código Criminal do Império foi a opção pela da manutenção da tradição escravocrata expressamente em seu texto tanto no § 6º do art. 14, que definia ausência de punição "quando o mal consistir no castigo moderado (...) os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discípulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade *delle*, não seja contraria ás Leis em vigor",[69] quanto no crime de insurreição previsto no art. 113 e seguintes, e a Constituição do Império permitir a manutenção dessa prática por ausência de disposição em contrário.

Afinal, como um Código tão inovador e considerado a frente de seu tempo poderia manter expressamente tal situação desumana, e ainda punir com pena de morte no grau máximo, de galés perpétuas e açoites aqueles que tentassem lutar por sua liberdade, enquanto países como a Dinamarca, o Haiti, o Chile e o México já haviam abolido a escravidão de seus países antes mesmo do

67. LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). Dados [online]. 2005, v. 48, n. 3. p. 611-653. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000300006]. Acesso em: 16.02.2017.

68. *Idem*.

69. Brasil. Lei 1, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 12.12.2016.

Código Criminal brasileiro de 1830 ter sido promulgado, e o Reino Unido e, consequentemente, grande parte de suas Colônias já estarem em processo de abolição desde o fim do século XVIII?

Mesmo com todo caráter revolucionário e libertário que preponderava durante todo o Império, o Brasil ainda foi um dos últimos países a abolir de vez a escravidão. Sobre essa questão, no sentido de os avanços sociais, sobretudo legislativos, não terem sido capazes de renunciar à herança da escravidão, deve-se dizer que a sociedade política era dividida em abolicionista e escravocrata durante praticamente todo o Império, e que a organização agrícola era economicamente dominante, utilizando-se de mão de obra escrava para produção e exportação de seus produtos tropicais. Assim, os fatores econômicos e políticos acabaram por refletir na legislação e obstar o avanço legislativo no que tange aos direitos da população considerada servil.

Com relação ao tratamento dado aos escravos, seus direitos eram claramente limitados, e em matéria criminal, vale relembrar que, durante as discussões acerca do novo Código Criminal, a pena de morte só permaneceu em razão da existência dos escravos. Como já abordado, muito se discutiu acerca da supressão ou manutenção da pena de morte e de galés, por serem penas muito severas e possivelmente inconstitucionais. Membros da comissão que defenderam a manutenção da pena de morte conseguiram que ela permanecesse, sob o pretexto de que somente a pena de morte deteria uma rebelião de escravos, assim, ela foi mantida apenas para poucos casos, como no homicídio e no roubo com certas circunstâncias agravantes e no de cabeças de insurreição de escravos, e, nesse último caso, só se aplicava a pena de morte em grau máximo.

Além disso, aos escravos que não fossem condenados por pena capital ou de galés, era atribuída a pena de açoite, e logo após eles seriam entregues aos seus senhores para que voltassem a trazê-los com um ferro no tempo e maneira que o juiz designasse. Essa disposição apenas foi revogada em 1886, pela Lei 3.310[70]. Assim, conforme destaca Pedro Jorge Costa[71] "*do ponto de vista dos escravos, o único avanço do Código foi a extinção dos suplícios*", e "*quanto à situação jurídica dos escravos, houve pouco avanço do Código Criminal de 1830*

70. VELASCO, Ignacio Maria Poveda; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 e sua real originalidade. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira.* São Paulo: LiberArs, 2015, p. 266.

71. COSTA, Pedro Jorge. Notas sobre a parte geral do Código Criminal do Império. *Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, a. 176 (467), p. 41-62, abr. 2015.

em relação às Ordenações Filipinas, mantendo-se a seletividade em desfavor desse grupo de pessoas".

Destarte, com relação à questão da brandura das penas aplicadas aos funcionários públicos contra a administração pública, da manutenção do regime escravocrata e do tratamento da figura da mulher pela legislação, é forçoso reconhecer que os movimentos revolucionários em prol da liberdade e da humanidade, que fizeram crer que a legislação do Império estivesse muito à frente de seu tempo, não se sobrepuseram em determinados assuntos em razão dos interesses individuais e econômicos que faziam parte da vida política, de modo que o pensamento liberal da época funcionava em prol da construção da hegemonia dos proprietários de terras e escravos, o que explica o paradoxo existente entre os avanços presentes na Constituição e no Código Criminal do Império, ao mesmo tempo que se continuava a limitar direitos às mulheres e aos escravos.

6. Considerações finais

Devido ao seu contexto histórico e à Constituição que o antecedeu, o Código Criminal do Império representou um grande avanço legislativo em matéria criminal, tendo sido inovador e claramente à frente de seu tempo e, por isso, serviu de modelo para diversos países, inclusive para as legislações brasileiras que se sucederam. Em razão dessas características, muitos de seus institutos ainda permanecem nos dias de hoje no Código Penal de 1940, mesmo após a Reforma Penal de 1984.

Em que pesem as dúvidas acerca de sua originalidade em razão das semelhanças de estrutura e conteúdo com o Código Penal francês de 1810, o Código Penal da Baviera de 1813 e o Código Penal espanhol de 1822, o Código Criminal do Império não reproduziu fielmente nenhum desses diplomas, fazendo diversas alterações, frutos dos diversos debates políticos que se perpetuaram durante sua criação, tendo sido original em diversos pontos, tais como: a previsão expressa do princípio da legalidade em seu texto, a aplicação de penas mais brandas em razão da busca da proporcionalidade entre a lesão e a pena fixada; a abordagem no que tange à satisfação do dano; o tratamento dado aos loucos e menores que incorriam nos tipos penais, dentre outras tratadas no presente trabalho.

Ademais, a influência desse diploma para o Direito Penal brasileiro é visível em diversos institutos, tais como: a ideia da aplicação de dias-multa; o sistema de atenuantes e agravantes; os três graus de pena (grau máximo, médio e mínimo, à época); a adoção da modalidade de dolo eventual; a abordagem expressa

de princípios essenciais do Direito Penal expressos textualmente (legalidade e anterioridade, no caso); a previsão de tentativa na parte geral e sua pena reduzida por ausência de consumação; a divisão entre autor e cúmplice, bem como a agravante da codelinquência; a satisfação do dano causado pelo delito ao ofendido; a previsão dos crimes de instigação ao suicídio; a abordagem do crime de infanticídio e de aborto de maneira isolada etc.

Ressalta-se que, apesar de o Código Criminal do Império ter sido extremamente influente e inovador para a sua época e ter gerado forte influência para o Direito Penal contemporâneo, tendo sido um claro avanço legislativo, ele ainda mantinha resquícios da época colonial das Ordenações (como a manutenção da estrutura desigual da época, no tratamento dos escravos e a manutenção dos crimes relacionados à ofensa religiosa, da pena de morte e dos suplícios), bem como foi criticado pela doutrina por ter deixado de definir culpa na parte geral, aludindo apenas ao dolo, enquanto previa alguns crimes culposos, como no caso do crime de "falta da exacção no cumprimento dos deveres" e no crime de permitir a fuga de preso (arts. 125 e 153), sem sequer se atentar para a possibilidade de culpa no homicídio e na lesão corporal.

Em se tratando dos aspectos díspares relacionados ao seu papel como instituto inovador e à frente de seu tempo, além do tratamento dado à mulher e à população servil escravizada, bem como aos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública, é necessário concluir que o conflito entre os ideais políticos antagônicos da época (de um lado, liberal-oligárquica, e de outro, autoritário-modernizador) dificultou que esses temas também fossem inovados, e que se admitisse que o pensamento liberal que marcou a política do Império ainda funcionava de acordo com os interesses de um grupo seleto da população e em prol da construção da hegemonia dos senhores proprietários de terras e escravos.

No entanto, analisando todas as suas características, mesmo com todas as críticas doutrinárias e disparidades apresentadas, seria impossível negar a importância que este diploma teve na formação do Direito Penal, além do seu caráter inovador em diversos dispositivos, sobretudo diante do ordenamento jurídico das Ordenações que vigorava antes de sua promulgação, e que repercute até os dias atuais.

7. Bibliografia

ARRAES, Virgílio. Dois séculos da mudança de sede do Império luso: o jogo de forças na Europa e seus reflexos no Brasil. *Meridiano 47: Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais,* Brasília, n. 86, p. 6-8, set. 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BIELSCHOWSKY, Raoni. O Poder Judiciário na Doutrina da Separação dos Poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. Brasília: Revista do Senado, 2012. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496610/000966864.pdf?sequence=1]. Acesso em: 10.09.2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

Brasil. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Constituição (1824), Brasil, Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm]. Acesso em: 12.12.2016.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 05.10.1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm]. Acesso em: 10.12.2016.

Brasil. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 12.12.2016.

Brasil. Lei 1, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Rio de Janeiro. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 12.12.2016.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituicoes do Brasil 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, 1988*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

COSTA, Pedro Jorge. Notas sobre a parte geral do Código Criminal do Império. *Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro,* Rio de Janeiro, a. 176 (467), p. 41-62, abr. 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Oliveira. *O Império brasileiro (1821-1889)*. Belo Horizonte: Itatiaia Limitada; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1989.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O oráculo de Delfos*. O Conselho de Estado no Brasil Império. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na História:* lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). Dados [online].

2005, v. 48, n. 3. p. 611-653. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000300006]. Acesso em: 16.02.2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Presunção de inocência: do Iluminismo europeu ao autoritarismo brasileiro. *Revista IBCCrim*, 2016. Boletim 216. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5702-Presuncao-de--inocencia-do-iluminismo-europeu-ao-autoritarismo-brasileiro]. Acesso em: 01.02.2016.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

NASCIMENTO, Alexandre do; PEREIRA, Amauri M.; SILVA, Selma M. da. *Histórias, culturas e territórios negros na educação:* reflexões docentes para uma reeducação das relações étnico-raciais. Rio de Janeiro: E-papers, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. v. 1: Introdução e parte geral. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEGRÃO, Telia. Movimento feminista: direitos conquistados na História. Núcleo interdisciplinar de estudos sobre mulher e gênero (Rio Grande do Sul). Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Disponível em: [www.ufrgs.br/nucleomulher/mov_feminista.php#01]. Acesso em: 18.02.2017.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TINÔCO, Antonio Luiz. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALLADÃO, Professor Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VELASCO, Ignacio Maria Poveda; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 e sua real originalidade. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 32/164-186 (DTR\2000\467);
- As causas de justificação de crimes e o utilitarismo no Código Criminal do Império, de Marco Antonio de Barros – *RBCCrim* 37/277-298 (DTR\2002\4);
- História da legislação brasileira (II) a reforma do CP 1940 (de 1942 a 1984), de René Ariel Dotti – *RBCCrim* 13/301-317 (DTR\1996\650);
- História da legislação penal brasileira – (períodos republicanos), de Renê Ariel Dotti – *RBCCrim* 12/222-233 (DTR\1995\588); e
- Notas sobre a parte geral do Código Criminal do Império, de Pedro Jorge Costa – RTSul 6-7-8/181-194 (DTR\2014\21383).

"Excluído, no caso, qualquer intuito de regeneração, por não se tratar de réu degenerado": a interpretação do *sursis* e da liberdade condicional aos criminosos políticos pelo Tribunal de Segurança Nacional (1935-1945)

The interpretation of sursis and parole to political criminals by the National Security Tribunal (1935-1945)

Diego Nunes

Professor-Adjunto no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Ciências Jurídicas, currículo História do Direito, pela Universidade de Macerata (Itália), em 2014. Mestre em Direito, Linha Teoria e Filosofia do Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2007).
nunes.diego@ufsc.br

Recebido em: 15.12.2016
Aprovado em: 08.02.2017
Última versão autores: 15.02.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O objetivo é analisar a intersecção entre a legislação penal tradicional e a legislação penal extravagante a partir de institutos jurídicos penais de aplicação geral de caráter despenalizante como a suspensão condicional da pena e a liberdade condicional. Ou seja, deseja-se vislumbrar de que modo o Tribunal de Segurança Nacional, criado em 1936, às vésperas do Estado Novo de Vargas, e ativo até o fim do regime, tratava regras jurídicas clássicas que tinham direta interferência na situação dos considerados delinquentes políticos. A metodologia pretende privilegiar uma "história das dimensões jurídicas da justiça", que conjugue tanto uma história do pensamento jurídico penal como uma história da justiça criminal. Para tanto, contar-se-á com a análise de múltiplas séries de fontes sobre o

Abstract: The work aims to analyse the link between the tradicional penal laws and the special penal ones from legal tools to universal use to de-penalize criminals as sursis/probation and parole. It means to show how the "Tribunal de Segurança Nacional" (National Security Court), born in 1936 on the eve of the Brazilian "Estado Novo" and opeative until the end of the regime, had worked with classical legal rules whom had a direct interference in the situation of political delinquents. The methodology intends to evidence a "history dof legal dimensions of justice" to join as a history of legal thougth and a history of criminal justice. For this it was used several series of sources as the "Anais do Congresso Nacional", the "national security laws"; some lawsuits on TSN and STF;

Nunes, Diego. "Excluído, no caso, qualquer intuito de regeneração, por não se tratar de réu degenerado": a interpretação do *sursis* e da liberdade condicional aos criminosos políticos pelo Tribunal de Segurança Nacional (1935-1945). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 117-143. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

tema: os Anais do Congresso Nacional, as "leis de segurança nacional" do período; os vários julgados do TSN e do STF sobre a questão; e a parca, mas importante, literatura jurídica produzida sobre o tema. Verificou-se, seja no caso da suspensão condicional da pena como da liberdade condicional, que ambos os institutos tiveram sua aplicação obstruída no TSN por argumentos que extrapolavam o simples tecnicismo jurídico-penal.

Palavras-chave: Crime político – Suspensão condicional da penal – Liberdade condicional – Tribunal de Segurança Nacional – Era Vargas.

and the few but important legal literature about the issue in Brazil. It was possible to verify sursis/probation and parole had had their application obstructed by TSN because arguments beyond legal and penal technicism.

Keywords: Political crime – Sursis/probation – Parole – "Tribunal de Segurança Nacional" – Vargas Era.

Sumário: 1. Introdução. 2. A suspensão condicional da pena para os crimes políticos perante o TSN. 3. A liberdade condicional para os crimes políticos perante o TSN. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

O[1] presente trabalho abordará a intersecção entre a legislação penal tradicional, normalmente presente nos códigos penais, e a legislação penal extravagante, normalmente apresentada em leis penais temáticas utilizadas em períodos de exceção (como ditaduras, por exemplo). Essa complexa relação é tratada pela História do Direito como "duplo nível de legalidade" (Mario Sbriccoli[2]), ou seja: um ordenamento jurídico-penal pode conter, dentro de si, diversas camadas que possuem graus de respeito a direitos e liberdades individuais. Mais, essa relação constitui os "regimes jurídicos da exceção" penal (Massimo Meccarelli[3]): diferentemente da justiça criminal pré-Revolução

1. Trata-se de parte dos resultados obtidos com a tese de doutorado "*Le* 'irrequietas leis de segurança nacional': sistema penale e repressione del dissenso politico nel Brasile dell'Estado Novo (1937-1945)", de 2014, em fase de revisão para publicação.
2. SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita [1990]; e Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) [1998]. *In*: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti* (1972-2007). Milano: Giuffrè, 2010. p. 491-588 e p. 589-668.
3. MECCARELLI, Massimo. *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*: una prospettiva storico-giuridica, ini Quaderni Storici, Bologna, n. 131, a. XLIV, fasc. 2, 2009. p. 493-522.

Nunes, Diego. "Excluído, no caso, qualquer intuito de regeneração, por não se tratar de réu degenerado": a interpretação do *sursis* e da liberdade condicional aos criminosos políticos pelo Tribunal de Segurança Nacional (1935-1945). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 117-143. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

Francesa, o direito penal moderno baseado no princípio da legalidade não consegue se adaptar facilmente às transformações intrassistêmicas (jurídicas), de lógica ordinário-extraordinário, mas depende de um sistema externo (a política) que atua por meio da lei, que usa a lógica regra-exceção.

O marco espacial-temporal no qual se experimentarão tais categorias historiográficas é o Brasil da Era Vargas (1930/1945), especialmente após a implantação de um "direito penal político" (Floriana Colao[4]), com legislação e aparato de justiça apartados do direito penal geral. Até ali, os ditos crimes políticos estavam presentes nas codificações penais (Código Criminal de 1830, Código Penal de 1890 e a Consolidação das Leis Penais de 1932): a emanação da Lei de Segurança Nacional, em 1935, e a criação do Tribunal de Segurança Nacional, em 1936 – ambos vigentes até o fim do Estado Novo, com várias modificações – criou um novo capítulo na história penal brasileira, pois no Código Penal de 1940 não constava um capítulo para os crimes políticos, que desde então até hoje se encontram nas sucessivas leis de segurança nacional (a última e atual, de 1983).

O objetivo é analisar tal problemática dentro de uma zona de fronteira: os institutos jurídicos penais de aplicação geral. Ou seja, verificar como a legislação tradicional interfere na aplicação do direito penal político. No caso, dar-se-á prioridade aos institutos despenalizantes, como a suspensão condicional da pena (conhecido como *sursis*, por sua inspiração francesa, em contraposição à *probation* anglo-saxã) e a liberdade condicional. Enquanto a suspensão condicional da pena impede que o réu primário condenado seja introduzido ao cárcere (uma espécie de "segunda chance"), a liberdade condicional faz com que o réu culpado introduzido ao sistema carcerário possa deixá-lo anteriormente ao prazo definido pela sentença penal condenatória.

O que se deseja com isso é vislumbrar de que modo um tribunal de exceção tratava regras jurídicas presentes na legislação penal comum que tinham direta interferência na situação dos acusados de cometer crimes políticos, regidos por uma legislação penal excepcional. Um jogo interpretativo com diversas abordagens, dados os diferentes entendimentos entre legisladores, atores judiciários (acusação, defesa, julgadores) e saber penal sobre a questão.

A metodologia pretende privilegiar uma "história das dimensões jurídicas da justiça" (Massimo Meccarelli[5]), que conjugue tanto uma história do pensamento

4. COLAO, Floriana. *Il delitto politico tra ottocento e novecento*. Da "dellitto fittizio a "nemico dello stato". Milano: Giuffrè, 1983.

5. MECCARELLI, Massimo. La storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico. *Forum Historiae Iuris*. Frankfurt-am-Main, 2009. Disponível em: [www.forhistiur.de/zitat/0908meccarelli.htm].

jurídico penal como uma história da justiça criminal, de modo a evidenciar. Para tanto, contar-se-á com a análise de múltiplas séries de fontes sobre o tema: os Anais do Congresso Nacional, contendo a discussão da LSN/1935; as diversas legislações sobre crimes políticos da Era Vargas, em especial a Lei 38/1935 e o Decreto-lei 431/1938, as "leis de segurança nacional" do período; os vários julgados do TSN sobre a questão, contendo as decisões desta corte *ex post facto*; e a parca, mas importante, literatura jurídica produzida sobre o tema.

Uma vez condenados, os acusados de cometer crimes políticos passavam a ser, principalmente, um problema da administração pública, responsável pelas penitenciárias. Todavia, em algumas questões incidentais à execução da pena, o Judiciário era chamado a pronunciar-se,[6] como no caso da suspensão condicional da pena e no da liberdade condicional.

A inserção de tais institutos no ordenamento jurídico brasileiro foi fruto de um momento de "modernização científica" do direito penal nacional das primeiras décadas do século XX.[7] Essa modernização tinha um caráter conservador dentro de uma sociedade desigual; como consequência, legitimava-se a seletividade do sistema penal.[8] Mais que institutos libertários, suspensão condicional da pena e liberdade condicional foram criados como formas de controle social contra os condenados.[9] Em geral, não eram tratados como um direito em si, mas como um "benefício": ou seja, não bastava cumprir com os requisitos legais, mas havia espaço para discricionariedade da autoridade judiciária. Somente com o passar do tempo foram progressivamente reconhecidos como direitos do réu.[10]

6. "A execução é matéria do poder administrativo, mas os seus incidentes (Código de Processo Penal, Título III) são de índole jurisdicional". *In*: LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal (arts. 28 a 74)*. 2. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958 [1942]. p. 474.
7. Em que pese o fato de o livramento condicional já ter sido objeto de discussão pelos penalistas do império. *In*: ALVES JR., Thomaz. *Annotações theoricas e praticas ao codigo criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864. t. I. p. 115; PERDIGÃO, Carlos. O nosso systema penitenciário. *Gazeta Jurídica*: revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação. v. 1a. jul.-dez., 1874. p. 35-36; BANDEIRA FILHO, António Herculano de Souza. A questão penitenciária no Brazil. *O Direito*: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência. v. 25. maio-ago. 1881. p. 25-28.
8. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do Direito Penal brasileiro*. Sursis, Livramento Condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil. 1924-1940. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 227-231.
9. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do Direito Penal brasileiro*, cit., p. 243.
10. "1º – O 'sursis' não é um *favor do juiz*, mas um *favor da lei*, a qual, por isso mesmo, manda que sôbre êle se pronuncie o juiz, de ofício, e desde logo, na própria sentença

2. A suspensão condicional da pena para os crimes políticos perante o TSN

A suspensão condicional da pena, o *sursis*, como (ainda é) comumente indicado no Brasil por causa de sua ascendência franco-belga, foi disciplinada pelo Decreto 16.588/1924 como "condemnação condicional".[11] Essas regras foram incorporadas pelos arts. 51 e 52 da CLP/1932 e, finalmente, disciplinadas pelos arts. 57 a 59 do CPB/1940. O escopo do instituto era funcionar como instrumento de proteção para os "bons" envolvidos pelo sistema penal,[12] evitando a sua corrupção no cárcere em contato com sujeitos tidos como "perigosos".[13]

Autores da época, como o ex-ministro do STF Firmino Whitacker, não viam obstáculo à aplicação do instituto aos criminosos políticos.[14] O problema era a ausência de um pronunciamento mais claro da doutrina sobre o tema, pois tal silêncio ou tratamento indireto deixava aberta a possibilidade de restrição.[15]

---

condenatória; 2º – A falta dêsse pronunciamento, no referido momento próprio, torna *incompleta*, em sua especial essência, a sentença condenatória, e, por isso, *nula*; 3º – Por conseguinte não deve o juiz esperar que o réu implore o benefício, o que, além do mais, implica cerceamento de defesa, pois obriga o réu a se reconhecer passível de condenação; 4º – o pronunciamento originário, após a sentença condenatória, é fonte corrutora de situações de situações processuais contraditórias e prejudiciais à perfeita aplicação da lei e à boa ordem dos processos". *In*: AZEVEDO MARQUES, J. C. de. "Sursis". *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 151, 1944. p. 3-7.

11. "Decreto 16.588, de 06.09.1924. Estabelece a condemnação condicional em materia penal".
12. "De acordo com as fontes pesquisadas, é seguro afirmar que o *sursis*, no sistema 'cientificamente repressivo' em que se incorporou, funcionava como uma espécie de corretivo das respostas penais: quando eventualmente um indivíduo *bom* fosse capturado pelas instâncias penais de controle social – que se voltavam exclusivamente para os *maus*, lembremo-nos – o *sursis* deveria ser concedido para que ele, mesmo condenado, não viesse a padecer dos males que só os *maus* mereciam". *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro*, cit., p. 252-253.
13. "A lei quer evitar o contacto desses reos com outros mais perigosos. As prisoes curtas sao inconvenientes, porque nao tem o tempo preciso para a correcçao dos criminosos e, entretanto, os degradam, humilham e corrompem". *In*: WHITACKER, Firmino A. da S. *Condemnação condicional (sursis)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930. p. 9.
14. "O delicto que revoga a suspensao e' o commum. O politico, tambem, porque, como vimos, sendo elle obstaculo a indulgencia e podendo ser favorecido pela suspensao, coerentemente deve ser considerado motivo de revogacao, si occorrido durante o prazo da vigilancia". *In*: WHITACKER, *Condemnação condicional (sursis)*, cit., p. 139.
15. "Em tese, a suspensão condicional da pena abrange todos os crimes, sem qualquer reserva (…) Nem sempre, porém, a doutrina destarte se pronuncia, e se a generalida-

A primeira LSN (Lei 38/1935), uma década após a introdução do *sursis* e ainda no governo constitucional de Vargas, permaneceu silente sobre a matéria. Legalmente, portanto, não haveria nenhum óbice na aplicação subsidiária da CLP/1932 (e, posteriormente, do CPB/1940), que não previa nos requisitos para sua concessão algo sobre a natureza política do crime.[16] E, não obstante todas as regras excepcionais para a instituição, a composição e o procedimento do TSN (Lei 244/1936), enquanto órgão judiciário da justiça criminal, seus juízes deveriam aplicar subsidiariamente princípios, conceitos e regras do direito penal em geral.

Já a segunda LSN do Estado Novo (Decreto-lei 431/1938) previu uma série de disposições especiais com respeito à execução das penas. Os arts. 20-21[17] disciplinavam a execução da restrição da liberdade pessoal. Raul Machado, juiz do TSN, preferiu não comentar sobre tais disposições porque as considerava "de ordem puramente administrativa".[18] A proibição relativa ao *sursis* prevista pelo art. 22 da LSN/1938[19] seria, em tese, por causa da gravidade dos crimes políticos. O controle sobre os condenados estava sob a responsabilidade dos

---

de dos códigos assim preceitua, as leis especiais, aqui e no estrangeiro, vão abrindo exceções ao princípio, excluindo espécies criminais, com fundamentos em razões de Estado ou em outras de interesse público ou ocasional". *In*: CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Suspensão condicional da pena (Código Penal de 1940)*. *Revista de Informação Legislativa*. n. 42. Brasília, abr.-jun. 1974. p. 3-36, p. 23.

16. As exceções eram previstas no art. 5º do "Decreto 16.588, de 06.09.1924. Estabelece a condemnação condicional em materia penal": "Art 5º. Não haverá suspensão da execução da pena nos crimes contra a honra e boa fama (Codigo Penal, arts. 315 a 325 e leis modificadoras) e contra a segurança da honra e honestidade das familias (Codigo Penal, arts. 266 a 278 e 283 e leis modificadoras)".

17. "Decreto-lei 431, de 18.05.1938. Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social": "Art. 20. A pena de prisão a que se refere esta lei será a de prisão celular, podendo, no entanto, o ministro da Justiça e Negócios Interiores mandar, a qualquer tempo, que a mesma seja cumprida em estabelecimentos especiais ou em colônias penais agrícolas. Art. 21. No interesse da ordem pública, ou a requerimento do condenado, poderá o ministro da Justiça e Negócios Interiores, a qualquer tempo, ordenar seja a pena cumprida fora do lugar do crime, ou determinar a mudança do lugar de cumprimento da pena."

18. MACHADO, Raul. *Delitos contra a ordem política e social*. São Paulo: Emprêsa editora Universal, 1944. p. 120.

19. "Decreto-lei 431, de 18.05.1938. Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social": "Art. 22. São inafiançáveis os crimes punidos nesta lei e neles não haverá suspensão da execução da pena, nem livramento condicional."

conselhos penitenciários dos Estados. Somente nos casos de liberdade condicional e *sursis*, a responsabilidade de tais incidentes pertencia ao juiz que tinha julgado o processo. O art. 64 do Decreto-lei 4.766/1942, que regulou os crimes políticos em tempo de guerra, reiterou a previsão da LSN/1938.

A defesa, nesses casos, era muito limitada. As reformas processuais durante o Estado Novo (mesmo o CPPB/1941) comprimiram ainda mais as possibilidades de ação.[20] Não por acaso, advogados como Evandro Lins e Silva e Heráclito Sobral Pinto ganharam notoriedade. Para obter pequenas vitórias, fosse uma simples redução de pena ou a concessão de *sursis*, havia a necessidade de um trabalho para além do mero cumprimento das formalidades processuais. Lins e Silva e Sobral (mesmo que este último acreditasse "que o *sursis* se dá a quem modifica as idéias, a quem se regenera, e o político mantém as suas idéias, é coerente, portanto não tinha direito ao *sursis*"[21]), foram os responsáveis pela criação de teses que movimentaram o cenário jurídico da repressão política, ocasionando até reformas legislativas, como no caso do *sursis*.

A questão da possibilidade do *sursis* foi expressamente levantada quando Lins e Silva publicou um artigo sobre o tema.[22] Para ele, "O que se pretende demonstrar é que o instituto do 'sursis' aplica-se aos delinquentes políticos com maior razão do que aos criminosos comuns".[23] Nesse sentido, colocava sua opinião ao lado de juristas influentes como Whitaker, vista acima; além da posição do direito comparado, que não fazia distinções de qualquer gênero entre crimes políticos e comuns para fins de concessão do benefício.[24]

---

20. Ainda que os advogados recebessem sempre um digno tratamento pelos juízes do TSN, graças à autoridade da OAB: "*Mesmo depois que deixou de ser advogado dativo, o senhor continuou defendendo presos políticos? Se continuou, houve diferença entre as duas fases na maneira de os juízes do TSN tratarem os advogados?* Continuei defendendo e não houve diferença. Os advogados, de modo geral, eram bem tratados pelos juízes. Apenas estes não lhes davam garantias pessoais nem segurança de imparcialidade. Estavam ali a serviço de uma repressão. O Tribunal de Segurança foi feito exatamente para reprimir o movimento comunista de 35, de forma que os juízes pouca importância davam às defesas apresentadas. Mas o advogado era tratado normalmente, com atenção, com respeito. Tinha-se aí o escudo da Ordem dos Advogados do Brasil. Mesmo que o advogado não fosse designado pela Ordem, era filiado a ela". LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos*. Depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 159-160.
21. LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos*, cit., p. 167.
22. LINS E SILVA, Evandro. O "sursis" e o crime político. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro. v. XXIII. fasc. I-III. ano VI. out.-dez. 1938. p. 17-24.
23. LINS E SILVA, Evandro. O "sursis" e o crime politico, cit., p. 19.
24. LINS E SILVA, Evandro. O "sursis" e o crime politico, cit., p. 20.

O advogado escreveu seu artigo já durante a vigência da LSN/1938, que, como já visto, proibiu expressamente a concessão de *sursis* para os crimes previstos naquela lei. Mas, segundo Lins e Silva, "(…) a questão interessa, sobremodo, em face da anterior legislação, que regulava os delitos politico-sociais, pois os inumeros processos dependentes de julgamento, pelo Tribunal de Segurança, tratam de crimes cometidos na vigência da Lei 38, de 4 de Abril de 1935. Esta última lei, chamada de segurança, silenciava a respeito do 'sursis'".[25] Se nem a LSN/1935 nem a lei que estabeleceu o *sursis* impediam, não seria tarefa do juiz, porque proibições pela natureza do crime como nos casos de lenocínio se davam por expressa proibição legal.[26]

Não havia, portanto, segundo Lins e Silva, necessidade de uma especial autorização do legislador para aplicar o benefício aos condenados políticos antes da LSN/1938.[27] Além do mais, a proibição contida na LSN/1938 por si só teria reconhecido tacitamente que até aquele momento o *sursis* era possível.[28]

Lins e Silva citava o entendimento do STF sobre a matéria, aceitando o *sursis* para um crime político quando o julgamento era de alçada da Justiça Federal, antes da criação do TSN.[29] A simples mudança de competência não tinha o poder de anular tal decisão: o que importaria era o preenchimento dos

25. LINS E SILVA, Evandro. O "sursis" e o crime politico, cit., p. 20.

26. "(…) de acordo com a lei reguladora do sursis, onde se encontram taxativamente enumeradas as exceções para a sua concessão, não se encontra a menor referencia aos delitos politicos (…) a Lei de Segurança não quiz excluir os condenados por delitos políticos nela previstos dos benefícios da suspensão da execução da pena. Porque, se o quizesse, té-lo-ia declarado expressamente, como fez o Governo provisório, em vários decretos". LINS E SILVA, Evandro. O "sursis" e o crime politico, cit., p. 21.

27. "Seria um absurdo querer que o legislador escrevesse 'A esta lei aplica-se o Decreto relativo à suspensão da execução da pena'. Se assim entendessemos, não haveria mais o 'sursis', dentro de nossa legislação. Êle não seria aplicado quando não se declarasse expressamente e também não seria quando houvesse a restrição assinalada". LINS E SILVA, Evandro. O "sursis" e o crime politico, cit., p. 21.

28. "Corroborando todos êsses argumentos, aí está a nova lei, excluindo taxativamente o beneficio legal. Se assim agiu o novo legislador é proque entendeu que o 'sursis' se aplicava à legislação anterior", in Lins e Silva, *O "sursis" e o crime politico* cit., p. 22. Segundo Lyra, a distinção pela natureza do crime foi abandonada pelo CPB/1940, exceto às dispostas em leis especiais, como a LSN/1938. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 476.

29. "Sursis – Pode Ser Concedido aos Condemnados Como Incursos na Lei de Segurança. A circumstancia de promover uma greve ou propagar idéas subversivas não caracteriza, por si só, o caráter pervertido e corrompido, impeditivo da concessão

requisitos legalmente previstos. Quando da publicação pela *Revista de Direito Penal*, acompanhou o artigo uma nota da redação segundo a qual o STF, no *Habeas corpus* 26.875, acolheu tal tese (Lins e Silva nele atuou como advogado) em favor de um indivíduo condenado pelo TSN.

Se o STF aceitava a tese, o TSN, por sua vez, negava a concessão da suspensão condicional da pena. A *Revista Forense* apresentou uma decisão sobre o tema tratando-a como "interessante". Talvez o adjetivo mais adequado fosse "obscura". A citada sentença do juiz Frederico de Barros Barreto, presidente do TSN, portava uma argumentação que pouco esclarecia as razões do dissenso à Corte Suprema. Segundo Barros Barreto, os "motivos que determinaram e circunstancias que cercaram a infração penal são impeditivos da concessão do benefício do *sursis*".[30]

Isso quer dizer que o TSN utilizava o critério da natureza do crime (razões de fato e subjetivas seriam aspectos para pensar a natureza política de um crime) quando a lei se utilizava de um critério distinto – o tempo de pena em concreto (aquela atribuída pelo juiz na sentença). O STF, por sua vez, entendia este como um caso de constrangimento ilegal, concedendo a ordem de soltura e assegurando a aplicação da medida ao condenado, considerando que o TSN *in casu* impôs a retroatividade da lei mais severa.[31]

O STF concedia a ordem para aplicar o *sursis* nos casos em que os condenados tivessem obedecido aos critérios legais. O principal era a comprovação de que os réus não tivessem um "caráter malvado", requisito previsto no art. 51, CLP/1932.

Em um caso interessante (Processo 345/1937/DF[32]), não conseguindo ligar as ações de alguns militares àquelas dos grupos responsáveis pelos episódios

---

do sursis". Côrte Suprema, Jurisprudência criminal, *Habeas corpus* 25.988, relator ministro Octavio Kelly. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 67. ano 33. 1936. p. 353.

30. Notas e informações. A Lei de Segurança Nacional e o "Sursis". *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 75. ano 35, 1938. p. 425.

31. "Sursis – Lei de Segurança – *Habeas Corpus*. Sendo o crime anterior ao Decreto-lei 431, de maio de 1938, e estando satisfeitas as demais condições previstas no Decreto 16.588, de 1924, constitue constrangimento ilegal, sanável mediante *habeas corpus*, a decisão que denega o 'sursis' ao condenado pelo Tribunal de Segurança". Supremo Tribunal Federal, *Habeas corpus* 27.108, relator ministro Armando de Alencar. *Revista Forense*, fevereiro, 1940. p. 188.

32. Brasil. Tribunal de Segurança Nacional. Processo 345, do Distrito Federal, 1937, relator juiz Pedro Borges. Brasil, Arquivo Nacional, *Rolos de microfilme AN 184 2003, AN 185 2003 e AN 186 2003. Notação C8.0.APL. 111 v. 1-5*.

Nunes, Diego. "Excluído, no caso, qualquer intuito de regeneração, por não se tratar de réu degenerado": a interpretação do *sursis* e da liberdade condicional aos criminosos políticos pelo Tribunal de Segurança Nacional (1935-1945). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 117-143. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

de novembro de 1935, a Marinha organizou uma grande investigação interna para depurar a corporação. Eles foram condenados pelo TSN em primeira instância pelo art. 4º da LSN/1935 (favorecimento pessoal ou real à prática de crimes políticos), mas em recurso suas condutas foram desclassificadas para associação subversiva. Como suas penas não excediam um ano de prisão (um dos requisitos), diversos condenados requereram o *sursis*.

Nos memoriais resulta que o advogado Vitorino Alves da Fonseca recordou à Corte que nenhum de seus clientes revelou caráter "malvado ou corrupto"; com um parecer argumentado, o procurador (acusação) Francisco de Paula Oiticica foi de acordo com a concessão. O juiz Pedro Borges, porém, negou o pedido a um dos condenados, "Considerando que a concessão do 'sursis' é uma faculdade que a lei concede ao Juiz, e não um direito que deva ser apenas declarado"; ele considerou que o fato de a lei utilizar o verbo "poder", e não "dever" não o obrigava a conceder o (portanto) benefício (e não direito). Segundo ele, "o que se vê dos autos é que tais condições, motivos e circumstancias desaconselham o deferimento do pedido", malgrado não indicar os fatos que o inibiam a conceder o *sursis*. Em seguida, no mesmo processo, aceitou o pedido de outro réu, passando diretamente a indicar as condições e o necessário compromisso do condenado a proceder de acordo com as restrições prescritas.

Em 1942, novamente o juiz Pedro Borges, mas em outro caso (Processo 551/1938/RJ[33]), negou a um condenado a suspensão condicional da pena. O argumento agora era que o instituto não era adaptável aos criminosos políticos, apoiando-se em uma mudança da jurisprudência do STF.[34] O problema crucial desse entendimento que dava prevalência à natureza da infração em detrimento da mera verificação de requisitos legais é que o tratamento diferenciado reservado ao delinquente político fosse a mesma razão utilizada para subtrair-lhes o direito – ou seja, aqui o TSN assumia (e o STF chancelava) seu papel de corte excepcional.[35]

33. Brasil. Tribunal de Segurança Nacional. Processo 551, do Rio de Janeiro, 1938, relator juiz Comte. Lemos Bastos. Brasil, Arquivo Nacional, *Notação C8.0.APL.198*, cartáceo.

34. Todavia, no Processo 3.674/1943/SP, em que o imputado foi condenado pela contravenção do Decreto-lei 37/1937 sobre partidos políticos, o procurador Gilberto de Carvalho exarou um parecer favorável a um integralista pelo preenchimento dos requisitos legais: "Em vista dos atestados juntos penso que o requerido é de deferir-se". BRASIL. Tribunal de Segurança Nacional. Processo 3.674, de São Paulo, 1943, relator juiz Cel. Eronides de Carvalho. Brasil, Arquivo Nacional, *Rolo de microfilme 203 2005. Notação C8.0.APL. 1544*.

35. É interessante a meditada reflexão feita por Carvalho Filho: "(…) em face do art. 10 do Código [penal], que manda aplicar as suas regras gerais as fatos incriminados

3. A liberdade condicional para os crimes políticos perante o TSN

Tais debates foram ainda mais polêmicos no tocante ao instituto da liberdade condicional. Isso porque esse instituto era, em hipótese, aplicável universalmente a quaisquer condenados políticos porque, contrariamente ao *sursis,* não exigia a pena máxima de um ano. Contra a possibilidade de se utilizar da liberdade condicional,[36] novamente a sua inaplicabilidade era justificada pela natureza do instituto: o seu escopo era a "emenda" do criminoso, comprovada pela "cessação da periculosidade". Tal situação não era verificável, todavia, no caso dos delinquentes políticos, para os quais o cárcere servia mais a neutralizar a atividade subversiva, escassamente danosa materialmente.[37]

A liberdade condicional era prevista já na redação original do CPB/1890 (arts. 50-52 e 73). Todavia, não foi considerada de aplicação automática, isto é, haveria necessidade de regulamentação. Esta foi contemporânea à introdução da suspensão condicional da pena, com o Decreto 16.665/1924.[38] A matéria foi enfim concentrada no art. 50 da CLP/1932.

---

por lei especial, se esta não dispuser em contrário, mister se faz para operar-se, em relação a tais infrações, a não concessão do *sursis*, que haja, em cada lei, norma explícita nesse sentido. É o que algumas poucas leis isoladas têm feito (…) Pelo ângulo dessas leis, o problema não apresenta maior importância, o que já não acontece em se tratando de crimes políticos (…) Muitos são os que condenam o princípio de total abstenção da suspensão condicional da pena para os delitos políticos. Em verdade, esse tipo de delinqüência obedece a móveis que nem de longe se confundem com os da criminalidade comum e, ao menos por isso, o seu conteúdo de periculosidade não deve sofrer os mesmos critérios de avaliação e nem autorizar os mesmos processos de repressão. Mas esse diverso tratamento, justificado pela qualidade dos motivos, que é o apanágio do criminoso político, não deve, nunca, contribuir para agravar a situação pessoal do condenado, que é um delinqüente diferente dos outros, aos quais, entretanto, preenchidos determinados requisitos, se concede o *sursis* (…) A solução equânime, no caso, seria a de submeter criminosos comuns e criminosos políticos às mesmas prescrições ordinárias que regulam o *sursis*, levada em conta a não natureza da infração mas a intensidade da periculosidade criminal, que este é o critério último que informa a instituição. Destruiríamos, assim, de vez, a suspeita de que a exceção serve a propósitos drásticos que costumam inspirar as leis de combate aos crimes contra a ordem política e social". *Suspensão condicional da pena*. p. 25-26.

36. Não sendo de acordo com a decisão do STF che concedeu o benefício *in abstracto*, Roberto Lyra aduzia que o *sursis* não era um direito do condenado. O livramento condicional e os criminosos políticos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. LXXXVII. ano XXXVIII. set. 1941. p. 799 (231).
37. MACHADO, Raul. *Delitos contra a ordem politica e social*, cit., p. 121.
38. "Decreto 16.665, de 06.05.1924. Regula o livramento condicional".

O CPB/1940 deu uma nova e ampla regulamentação ao instituto (arts. 60 a 66) e, ao contrário da LSN/1938 (que proibiu também a liberdade condicional aos criminosos políticos), seguiu a orientação de evitar distinções baseadas em categorias de crimes. Segundo Roberto Lyra, porém, em se tratando a LSN/1938 de lei especial, não teria sido suficiente o advento do CPB/1940, exemplo clássico de lei geral. Portanto, a limitação não teria cessado com a lei nova:[39] não se trataria de um agravamento da pena, mas do modo de aplicação da execução.[40] A liberdade condicional não seria regida por "critérios jurídicos", mas por "critérios políticos de oportunidade e de conveniência",[41] corroborando o entendimento de que a execução da pena era um problema de direito administrativo, e não de direito penal propriamente dito.

A visão desse penalista, considerado um dos mais importantes estudiosos de direito penitenciário, corrobora a tese segundo a qual o objetivo da liberdade condicional, quando de sua inserção no Brasil, não pretendia oferecer uma possibilidade antecipada de liberar os condenados ao cárcere, mas de manter o controle sobre estes sujeitos também após a "cessação da periculosidade".[42]

Como já visto no caso do *sursis*, em geral se entendia que o instituto não era um simples direito; isto é, não bastaria o mero cumprimento dos requisitos legais. O requisito de bom comportamento no cárcere era visto com desconfiança porque poderia ser dissimulado.[43] Não por acaso, alguns juízes do TSN

39. "Segundo os arts. 10 e 360 do Código [penal], continuam em vigor as restrições das leis especiais sôbre os crimes militares, os politico-sociais e os relativos à economia popular. Pelo art. 42 da lei nº 38, de 4 de abril de 1935, os condenados não estão sujeitos qualquer regime penitenciário ou carcerário" LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 514. n. 561.

40. "Em relação ao livramento condicional, portanto, não ha conflito de leis a solver. Seja qual fôr a data do crime ou da sentença, é a legislação em vigor á época da concessão que regula a 'admissibilidade, a conveniencia e a oportunidade do benefício', bem como a instrução, o julgamento, as condições, a execução, a vigilancia, a revogação, o cumprimento dêle". LYRA, Roberto. O livramento condicional e o direito transitório. *Revista dos Tribunais*. v. 141. ano 32. jan. 1943. p. 310-327.

41. LYRA, Roberto. O livramento condicional e o direito transitório, cit., p. 325.

42. "Assim, o livramento condicional servia para que, mesmo depois de constatada que era chegada a hora de cessar o aprisionamento, a justiça penal continuasse a monitorar o apenado. Longe de encurtar a pena, o livramento possibilitava a ampliação da vigilância penal, que vigiava não só o condenado recluso, mas também o liberto". QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do Direito Penal brasileiro*, cit., p. 260.

43. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do Direito Penal brasileiro*, cit., p. 261.

exigiam uma retratação total dos condenados, em que eles deveriam se comprometer a não mais professar determinado credo político.

A doutrina sobre a liberdade condicional dos criminosos políticos durante o Estado Novo foi construída a partir do conflito entre as decisões do STF e do TSN sobre o tema.[44] A Corte Suprema, nos primeiros casos, aceitava a aplicação do instituto, desde que não houvesse restrição legal;[45] depois da LSN/1938, ao contrário, não aceitava a sua aplicação nem aos crimes cometidos antecedentemente à sua vigência.[46] O TSN permaneceu por todo o período contraditório, emanando decisões em ambos os sentidos. Foi com a publicação dos artigos de Roberto Lyra e também de Raul Machado[47] sobre o tema que a opinião do STF mudou para não mais aceitar a liberdade condicional aos criminosos políticos.

Os dois autores, portanto, defendiam a impossibilidade da concessão do benefício aos delinquentes políticos. O critério-base era a impossibilidade de regeneração dos condenados por crimes contra a ordem política e social, posto que não seriam considerados como degenerados morais, como os delinquentes comuns. Lyra argumentava que seria difícil verificar, em tais situações, o grau de readaptação do sujeito ao *status quo* da sociedade.

---

44. "A aplicação do livramento condicional aos criminosos políticos vem dando lugar a divergências intransponíveis no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Segurança Nacional. Em tese, não há dúvida de que tal benefício, como medida de política criminal comum, não se ajusta à natureza do chamado crime político, nem aos critérios e objetivos de uma repressão exclusivamente orientada pela intimidação, pela expiação e pela exemplaridade". LYRA, Roberto. O livramento condicional e os criminosos políticos. *Direito. Doutrina, legislação, jurisprudência*. Rio de Janeiro. v. 9. ano 2. mai.-jun. 1941. p. 97-100.

45. "A lei nova que, para os condenados por certos crimes, aboliu o benefício do livramento condicional, antes facultado, não se aplica aos fatos anteriores. O réu condenado como incurso na lei de segurança, por fato anterior ao Dec. lei nº 431, de 1938, tem direito ao livramento condicional". Supremo Tribunal Federal, Recurso de *Habeas corpus* 27.738, do Distrito Federal, relator ministro Carvalho Mourão. *Revista Forense*. v. 82. maio 1940. p. 405.

46. "Embora tenha sido a condenação proferida antes do Dec.-Lei nº 431, de 18 de maio de 1938, não tem direito ao livramento condicional o réu que só posteriormente á vigência dêsse decreto-lei adquiriu as condições legais para a concessão daquele benefício". Supremo Tribunal Federal, Recurso de *Habeas corpus* 27.089, do Distrito Federal, relator ministro José Linhares. *Revista Forense*. jan. 1940. p. 475.

47. MACHADO, Raul. Da inaplicabilidade do livramento condicional a delinquentes políticos. *Direito. Doutrina, legislação, jurisprudência*. Rio de Janeiro. v. 15. ano 3. mai.-jun. 1942. p. 78-84.

Já Machado não cria que a boa conduta na prisão fosse suficiente para impedir a reincidência.[48] Ele ia além, não aceitando nem mesmo a renúncia expressa dos condenados de seus ideais políticos. Segundo o autor, a "apostasia" política era apenas um truque para obter a liberdade.[49] Desse modo, a sua proposta não deixava alternativa diversa àquela da neutralização dos criminosos políticos durante o período integral de execução da pena.

Outro argumento introduzido por Machado[50] foi que Baptista Pereira, artífice do CPB/1890 não recomendava a liberdade antecipada para o crime de insurreição.[51] Todavia, ainda que contrário, Baptista Pereira admitia que o instituto do modo como foi conformado dentro da sistemática do código era universal;[52] ou seja, tratava-se de uma opinião pessoal sem substrato legal. Na verdade, Machado introduziu tal argumento de autoridade para corroborar a

48. "E, deixando a prisão, não deixará alí a chama do ideal, que, de tão forte, o levara até à prática do crime... Se as condições externas se mostrarem propícias à propaganda conspiratória ou não, das idéias politicas, ele continuará a exercer as suas atividades sectárias, a despeito do ótimo comportamento revelado na prisão...", in Machado, *Da inaplicabilidade do livramento condicional a delinquentes políticos* cit., p. 80; Segundo Lyra: "Não é tanto pelo argumento de que, não sendo nem se julgando este um degenerado, seria descabido indagar da regeneração. Em Direito Penal, a palavra regeneração tem sentido convencional. Trata a lei de regeneração como readaptação presumida às convenções eleitas pela sociedade, como indispensáveis à convivência, em certo tempo e em determinado espaço". LYRA, Roberto. O livramento condicional e os criminosos políticos, cit., p. 98.

49. "Ademais, a *apostasia* de credo ou ideologia política, representando apenas, uma atitude mental do réu, atitude que tanto pode ser ditada por verdadeira repulsa à doutrina como por imposição de conveniência pessoal do apóstata, para fugir ao cumprimento integral da pena carcerária, não é de molde a alcançar, em juízo, os foros de um índice de *regeneração*". MACHADO, Raul. Da inaplicabilidade do livramento condicional a delinquentes políticos, cit., p. 80.

50. MACHADO, Raul. Da inaplicabilidade do livramento condicional a delinquentes políticos, cit., p. 80.

51. "O instituto do livramento condicional, que penetrara como novidade na legislação penal, foi adoptado com restricção pelo art. 53 do projecto, que desse beneficio excluiu os condemnados por crimes, a) de tentativa directa e por factos de destruir a independencia e a integridade da patria; b) de auxilio á nação inimiga para fazer guerra ou commeter hostilidade contra a patria". BAPTISTA PEREIRA, João. *O Codigo Penal de 1890*, cit., p. 154.

52. "O art. 57 do projecto foi supprimido, sendo o instituto da liberdade condicional, recebido sem reservas e restricções, extensivo á todas as cathegorias dos criminosos". BAPTISTA PEREIRA, João. O código penal de 1890 (notas históricas). *Revista de Jurisprudencia*. Rio de Janeiro. v. II, 1898. p. 155.

sua visão: a questão era um "problema jusfilósofico" que a aplicação das regras sobre leis penais no tempo não poderia resolver de modo satisfatório.[53]

Assim, considerando a liberdade condicional um benefício, e não um direito, era possível (do mesmo modo como entendia Lyra) a aplicação da lei nova, ainda que desfavorável.[54] Segundo Machado, o réu tinha apenas uma "expectativa de direito", porque o interesse dos indivíduos passíveis de merecer o benefício contrapunha-se com os da justiça e do Estado.[55] Tal argumento corroborava o ideal de "defesa social" propalado pelo ministro da Justiça Francisco Campos e pelo penalista Nélson Hungria por meio do novo Código Penal.

De qualquer modo, a discussão diante do TSN não amansou: o Processo 2/1941/RN,[56] a respeito da "Intentona Comunista" em Natal é exemplar a esse propósito. Havendo muitos imputados, a sucessão de pedidos de liberdade condicional comportou sentenças diversas, as quais ilustram o percurso do instituto ao longo dos anos de atividade desse tribunal de exceção.

Havia uma forte divergência sobre o tema entre os juízes do TSN, como se pode notar pelas reiteradas sentenças de denegação por parte de Raul Machado, e as também reiteradas sentenças de concessão do benefício por parte de Pereira Braga. Entre os membros do Ministério Público, em geral a opinião foi favorável à concessão até o pronunciamento do STF, contrariamente à liberdade condicional. O procurador Joaquim Campos da Paz comportava-se exatamente nessa direção: concedia ou não um parecer favorável de acordo com a

53. MACHADO, Raul. Da inaplicabilidade do livramento condicional a delinquentes políticos, cit., p. 82.

54. "(…) se o réu não se achar liberado ao tempo da decretação da lei nova, que proíbe o livramento condicional, ou, pelo menos, não tiver preenchido todos os requisitos legais necessários à concessão daquela medida, uma vez publicada a lei nova, atinente ao assunto, esta é que deve reger a espécie" MACHADO, Raul. Da inaplicabilidade do livramento condicional a delinquentes políticos, cit., p. 83.

55. "Assim, se não se achava expresso em lei anterior, havendo dúvida sobre a aplicação do instituto jurídico correspectivo, e uma nova lei o nega taxativamente, não é lícito ao juiz contrariando os interesses da segurança do Estado, reconhecidos na lei nova, aplicar, por força da compreensão, a lei antiga, omissa sobre o *pretenso direito*. Principalmente se esse direito é, como o *livramento condicional*, incompatível, pela sua natureza e seus fins, com a delinquência política." MACHADO, Raul. Da inaplicabilidade do livramento condicional a delinquentes políticos, cit., p. 81.

56. Brasil, Tribunal de Segurança Nacional, Processo, do Rio Grande do Norte, 1941, relator juiz Raul Machado. BRASIL, Arquivo Nacional, *Rolo de microfilme AN 312 2003. Notação C8.0.APL.160 v. 10*.

jurisprudência da Corte Suprema.[57] A mesma posição pragmática foi adotada pelo juiz Pedro Borges,[58] e depois também por Pereira Braga.[59]

Nesses casos, o mero cumprimento dos requisitos legais (principalmente o tempo de pena descontado e o bom comportamento em cárcere) bastava para que fosse concedida a liberdade condicional. Uma das decisões desfavoráveis de Raul Machado foi reformada pelo pleno do TSN:[60] aqui, Machado foi obrigado a conceder o benefício.[61] Todavia, em outros casos, continuou a negar o benefício em primeira instância com os mesmos argumentos de antes.

O principal argumento para conceder a liberdade condicional era a impossibilidade que a retroatividade da lei viesse a prejudicar o condenado. Bastava que o crime fosse cometido antes do advento da LSN/1938.[62] Segundo o juiz Pedro Borges, a restrição tinha lugar apenas se expressamente disposta pela lei; não sendo o caso referente a crimes políticos sob a regência da LSN/1938, era forçoso reconhecer a aplicação do instituto.[63]

---

57. "Em todos os casos de condenação previstas na Lei 38, quando os condenados não obtêm êxito nos seus pedidos de livramento condicional, neste Tribunal, se dirigem ao Supremo Tribunal Federal e conseguem a medida pleiteada. A meu ver, por questão de pura equidade, penso não haver inconveniente no deferimento do pedido ora formulado". TSN, Processo nº 2, cit.

58. "Considerando que diverso não tem sido o entendimento do Egregio Supremo Tribunal Federal, decidindo sistematica e invariavelmente pela liberação dos presos politicos condenados na vigencia da lei n. 38, de 1935, desde que preencham as exigencias da lei". Brasil, Tribunal de Segurança Nacional, Processo 345, do Distrito Federal, 1937, relator juiz Pedro Borges. Brasil, Arquivo Nacional, *Rolos de microfilme AN 184 2003, AN 185 2003 e AN 186 2003. Notação C8.0.APL. 111 v. 1-5.*

59. "Em vista da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, concede-se livramento condicional a condenado por crime contra a ordem política e social, se estão preenchidos os requisitos legais, e se o crime foi praticado antes do Dec.-Lei nº 431, de 1938". TSN, Processo 2, cit.

60. Secondo il giudice Cel. Maynard Gomes, relatore dell'*acórdão*: "Concede-se a ordem de *habeas corpus* impetrada, quando o paciente preencheu os requisitos legais para a concessão do livramento condicional, que lhe foi, entretanto, negado em 1ª instância". TSN, Processo 2, cit.

61. "Concede-se o livramento condicional, quando o Egregio Tribunal Pleno, em gráu de recurso, determina a concessão dessa medida a presos politicos". TSN, Processo 2, cit.

62. Segundo o juiz Pereira Braga, "Concorrendo os requisitos legais, concede-se o livramento condicional a condenado por crime contra a ordem politica e social, se nada o desaconselha, e se o crime foi cometido antes do Decr.-Lei n. 431 de 1938". TSN, Processo 2, cit.

63. Isso porque, "(…) ao tempo da pratica do delito, só não era cabivel o livramento condicional nos crimes definidos no art. 159 e seus paragrafos, da Consolidação das

O procurador Francisco de Paula Leite expressou-se duramente contra as seguidas sentenças de Machado negatórias à concessão do benefício, mesmo sem uma clara oposição legal. Ele não aceitava que qualquer argumento impedisse a aplicação do mais basilar princípio em matéria penal: "toda restrição à liberdade necessita ser expressa em lei, sendo aplicavel tudo que não houver sido vedado".[64] Além disso, retomou o argumento de Lins e Silva sobre *sursis* (mas válido também para a liberdade condicional) segundo o qual foi exatamente a LSN/1938, quando assinalou expressamente a proibição em conceder o benefício doravante, a reconhecer que durante a vigência da LSN/1935 o instituto era plenamente aplicável.[65]

A tese mais complexa de defender, e por isso mesmo pouco utilizada pelos favoráveis à concessão da liberdade condicional aos delinquentes políticos, era a prova da regeneração do condenado. Normalmente, ignorava-se tal circunstância, tomando em consideração a constatação do bom comportamento por parte do Conselho Penitenciário. Não obstante isso, em uma de suas decisões, o juiz Pereira Braga defendia que o cumprimento das condições legais o fazia

Leis Penais, entre os quais não se figuram os dos liberandos". TSN, Processo 345, cit. Posteriormente, Pedro Borges evidenciou que "ao tempo da pratica do delito, só não era cabivel o livramento condicional nos crimes definidos no art. 159 e seus paragrafos, da Consolidação das Leis Penais, entre os quais não se figuram os dos liberandos"; então, passou a denegar a concessão do benefício pela ausência de prova da regeneração.

64. "Em vários pareceres tem esta Procuradoria sustentado a concessão do livramento condicional aos condenados políticos na vigência da Lei 38 de 1935, sob o fundamento de que, em matéria penal, toda restrição à liberdade necessita ser expressa em lei, sendo aplicavel tudo que não houver sido vedado. Não se convenceu ainda essa Procuradoria da opinião contraria, embora defendida por espiritos de grande fulguração e superior cultura juridica, porque tal teoria abala os fundamentos basilares da irretroatividade da lei, só, excepcionalmente, admitida em materia penal, quando beneficia o condenado". TSN, Processo 345, cit.

65. "No livramento condicional requerido pelos delinquentes processados e julgados na vigência da Lei 38, não será licito invocar o art. 22 do Decreto-lei 431, de 18.05.1938, que substituiu a Lei 38, vedando, expressamente, a concessão do livramento condicional aos condenados políticos. Essa proibição, consignada pelo legislador no Decreto-lei 431, é prova provada de que os condenados, na vigência da lei, revogada, gozavam do direito ao livramento condicional, desde que ajustassem a sua vida carcerária às exigências do art. 1º do Decreto-lei 16.665 referido, porquanto, se tal não sentisse o legislador, não vedaria, expressamente, no artigo 22, do Decreto-lei 431, o livramento condicional a êsses delinquentes". TSN, Processo 345, cit.

crer que o beneficiário teria decidido não tornar a criar problemas políticos.[66] Do mesmo modo, o procurador Eduardo Jara aceitava, em teoria,[67] tal argumento.

Para negar a concessão da liberdade condicional, criaram-se uma série de motivações para conseguir contrapor o argumento da irretroatividade da lei penal. No Processo 2/1941/RN[68] e no Processo 5/1938/RN[69] (dos revoltosos em Natal e seus desdobramentos em Mossoró, respectivamente) o juiz relator Raul Machado valeu-se de um longo rol de motivos, já adotados, para negar a concessão do benefício. Assim, depois de reiteradas decisões, apresentou-lhes de modo sistemático em um artigo.[70]

O primeiro argumento dizia respeito à regeneração do agente: segundo Machado, era impossível atribuir a condição de degenerados aos delinquentes políticos.[71] O juiz Pedro Borges parecia não compartilhar tal posição, porque

66. "Atendendo a que é de reconhecer a possibilidade de concessão de livramento condicional aos condenados por crime contra a ordem politica e social cometidos antes do Dec.-lei 431, de 1938, e embora tal concessão não resulte de um direito e seja uma faculdade que o juiz tem deante da apreciação de uma prova *positiva* da regeneração, que não é conceito antonómico ou antitese de degeneração, e sim equivalente a emenda ou correção, não bastando uma prova meramente *negativa* de fatos indicadores de máu procedimento, contudo, admito que o requerente, preenchido os requisitos legais, voltando à comunhão social, venha a ser cidadão prestadío e ordeiro". TSN, Processo 2, cit.

67. "O que se exige do criminoso comum, é a prova do mínimo ético indispensavel para o seu retorno á sociedade. No criminoso político deve-se acrescentar o requisito do comportamento político e cívico (…) Ora, para o criminoso, o bom comportamento há de representar um indice de regeneração do estado perigoso em que até então vivia ao ingressar no crime como sectário do partido político de existência proibida. Aceita assim, o próprio legislador a regeneração do criminoso político. No quasi extinto código penal vamos encontrar vários capitulos quanto aos crimes contra a existencia e segurança da Nação, o que faz supor a previsão do livramento condicional a preso político na vigencia daquela lei". TSN, Processo 345, cit.

68. TSN, Processo 2, cit.

69. Brasil, Tribunal de Segurança Nacional, Processo 5, do Rio Grande do Norte, 1938, relator juiz Raul Machado. BRASIL, Arquivo Nacional, *Rolo de microfilme AN 195 2003. Notação C8.0.APL. 120 v. 1-3*.

70. MACHADO, Raul. Da inaplicabilidade do livramento condicional a delinquentes políticos, cit.

71. "O instituto juridico do livramento condicional, pela sua finalidade de regeneração dos reus, é inaplicavel aos criminosos politicos, de vez que estes não podem, em bom conceito, ser considerados *degenerados* morais"; e "Considerando que, destarte, não

exigia a prova da regeneração dos condenados para conceder-lhes o benefício. Essa mudança de caráter, em se tratando de crimes políticos, seria verificada somente com o repúdio ao credo político dos condenados. O argumento seria válido igualmente para quaisquer ideologias, tanto de direita quanto de esquerda.[72]

O procurador Eduardo Jara, ainda que em teoria aceitasse a regeneração dos condenados políticos, na prática não a entendia possível. Segundo ele, far-se-ia necessária uma longa e detalhada observação do acusado no cárcere para verificar se a pena teria proporcionado tal mudança de caráter, porque a liberdade condicional é "o premio à virtude adquirida no cárcere".[73] Por isso, a regeneração não poderia ser simplesmente presumida a partir do bom comportamento durante a execução da pena,[74] ainda mais se comprovada por meio de um mero documento.[75]

Segundo Raul Machado, a "a simples aplicação de dispositivos legais" era uma questão técnica da lei penal no tempo que não deveria ser aplicada ao

há como, em boa logica, se exigir a regeneração de criminosos politicos, por isso que lhes não cabe a pecha de degenerescência moral", ambos em TSN. Processo 2, cit.

72. Isso porque o condenado "não provou nem siquer alegou a sua emenda ou correção e, pois, não há como saber se ele repudiou a ideologia integralista que o levou á pratica do delito, nem se o anima o proposito de adaptação ao ambiente social e politico do pais: DENEGO o pedido de livramento condicional". TSN, Processo 345, cit. Uma correção se faz necessária: a menção ao integralismo se trata de um erro material evidente, uma vez que o processo envolvia comunistas. Deve-se ler ali "comunista" em vez de "integralista".

73. "Mas onde está nos autos a prova da aceitação da instituição vigente e do comportamento cívico em sintonia com o espirito do Estado Novo, por parte do criminoso político? Seria o comprovante positivo da conduta. Essa adaptação, esse acolhimento e respeito sincero pelo Governo constituido deve resultar de uma observação longa e sensata, por parte das autoridades carcerárias, que deverão informar circunstanciada e minuciosamente a assimilação sincera e leal do condenado aos ideais do Regimem. Essa é a verdadeira consequencia e objetivo do livramento condicional. E' o premio à virtude adquirida no cárcere". TSN, Processo 345, cit.

74. Segundo Pedro Borges, "conforme decisão do Tribunal pleno, o bom procedimento na prisão, para justificar a concessão do livramento condicional, está condicionado a regeneração do delinquente que deve ser provada e nunca presumida". TSN, Processo 345, cit.

75. Segundo Eduardo Jara, "A retratação dos seus ideais revolucionários em documento escrito feito mais com o proposito de astúcia processual, não assegura que haja repudiado as suas ideias e intenções e que não venha reincidir na prática de outros crimes da mesma natureza". TSN, Processo 345, cit.

acaso: "Seu âmbito é mais elevado, sob o ponto de vista juridico-filosofico", porque tomava em consideração a inadequação intrínseca entre o instituto da liberdade condicional, que tinha como escopo a regeneração do agente, e o delinquente político, que não seria um degenerado.[76] Em suma, o instituto contradizia a lógica de um crime cometido por motivos altruísticos.[77]

A solução, porém, era a sua neutralização no cárcere, pois "Considerando que a pena aplicada ao delinquente politico visa, apenas, segrega-lo da sociedade, pelo tempo que o juiz presupõe necessário à defesa social ou áquela 'necessidade do bem comum', a que alude Katrein, excluido, no caso, qualquer intuito de regeneração, por não se tratar de réu degenerado".[78] Isso quer dizer que, paradoxalmente, o prêmio por ter tido uma boa conduta seria permanecer preso por um tempo superior ao dos delinquentes comuns. A única hipótese, segundo Machado, que possibilitaria a liberação com antecedência dos criminosos políticos era a anistia. Evidenciava, porém, a natureza política e geral de tal ato, no sentido de que uma simples decisão judicial não teria o poder de sobrepor-se a uma decisão exclusiva do Presidente.[79] Portanto, aplicar a liberdade condicional a despeito de suas características basilares comportaria, a seu ver, "desnaturar um instituto jurídico, inaplicável pelos seus fundamentos e a sua finalidade, a criminosos políticos".[80]

---

76. "Considerando que improcede a arguição de que, negando-se ao réu o pretenso direito a livramento condicional, se esteja aplicando retroativamente o decreto-lei n. 431, de 18 de Maio de 1938; e improcede porque a tese que está em foco não se restringe a simples aplicação de dispositivos legais. Seu âmbito é mais elevado, sob o ponto de vista juridico-filosofico, pois, o que se afirma é que a réus de crimes politicos, que não são degenerados morais, não se adapta o instituto do livramento condicional, cuja concessão assenta fundamentalmente na prova feita ou presumida da regeneração moral do criminoso". TSN, Processo 2, cit.

77. O "livramento condicional, pela sua natureza e seus fins, não é, de direito, aplicavel a delinquentes politicos, de vez que estes são sempre movidos, na pratica do crime por motivos altruisticos, não lhes cabendo, por isso, a pecha de degenerados morais, como é de rigôr aos criminosos comuns, que agem via de regra, por motivos egoisticos". TSN, Processo 2, cit.

78. TSN, Processo 2, cit. Grifos do autor.

79. "Considerando que, quando a pena aplicada ao criminoso politico, se tornar desnecessária, o poder público tem a faculdade de decretar a anistia, como medida de utilidade social, e até de indultar o condenado; Raul Machado "Considerando que, assim sendo, o juiz não deve antecipar-se, de certo modo, ao pronunciamento do Chefe do Poder Publico". TSN, Processo 2, cit.

80. "Considerando que ao Juiz, que deve ter em mira, não apenas a letra, mas o espírito da lei, com o seu alto sentido prático de benefício comum, não compete adiantar-

Outro ponto colocado em jogo era exatamente o momento político que o Brasil estava atravessando; diante da instabilidade internacional, não se poderia permitir que fossem postos em liberdade criminosos políticos que poderiam ajudar as forças inimigas.[81] O art. 123, CF/1937, que modulava o (já limitado) rol de direitos e garantias prescrito no art. 122 de acordo com "o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado", foi utilizado como argumento jurídico em defesa de tal possibilidade.

Raul Machado, por exemplo, sustentava que questões de "segurança pública" seriam o bastante para recomendar a negação do benefício.[82] O argumento tomou força no STF, primeiro em um voto dissidente do ministro Castro Nunes, que entendia tal disposição constitucional do art. 123 como "uma regra de hermenêutica, um critério de interpretação" capaz até de comportar a retroatividade da lei (no caso, o art. 22, LSN/1938) em nome do interesse público.[83]

-se, de certo modo, á anistia, pondo em perigo a segurança do Estado, maxime quando, para beneficiar o réu, tenha, por fôrça de compreensão da irretroatividade da lei, como no caso presente, de desnaturar um instituto jurídico, inaplicável pelos seus fundamentos e a sua finalidade, a criminosos políticos". TSN, Process 2, cit.

81. Entre as numerosas decisões neste sentido, veja-se esta do Comte. Miranda Rodrigues: "Embóra satisfeitos os requisitos legais, é de denegar-se o livramento condicional aos condenados pela lei 38, quando a medida é inoportuna por ser inconveniente à ordem pública (…) Considerando que em face da situação politica internacional se tornar cada vez mais inoportuna e desaconselhavel a concessão do livramento condicional a condenados por crime contra a ordem politica e social". TSN, Processo 345, cit.

82. "(…) a liberdade, ainda que vigiada desses réus, põe em perigo a segurança do Estado; Considerando que, ainda mesmo que se julgue aplicavel o instituto do livramento condicional a réus de crimes políticos, a negativa do respectivo pedido encontra apoio, pelas razões de segurança pública, no art. 123 da Constituição". TSN, Processo 2, cit.

83. "Disse eu que, á vista do art. 22 do Decreto-lei 431, de maio de 1938, não é possível, já agora, na vigência deste decreto, conceder livramento condicional, visto como o referido artigo excluiu dos benefícios do 'sursis' e do livramento condicional os crimes previstos no dito decreto-lei. Ponderei, então, que esse decreto-lei pode ser aplicado, mesmo tratando-se de condenações ou fatos anteriores a ele, uma vez que o preceito constitucional do art. 122, n. 3, não tem hoje o alcance que tinha nas Constituições liberais, nas nossas Constituições passadas porquanto o art. 123 dá o sentido dessas garantias, estabelece uma regra de hermenêutica, um critério de interpretação, que permite á lei penal retroagir, nos casos concretos, desde que se justifique a necessi-

Não por acaso, o juiz Pereira Braga, principal opositor entre os juízes do TSN aos argumentos de Machado, emanou uma decisão nesse sentido.[84]

4. Conclusão

Enfim, seja no caso da suspensão condicional da pena, seja diante da liberdade condicional, ambos os institutos despenalizantes tiveram sua aplicação obstruída no TSN por argumentos que extrapolavam o simples tecnicismo jurídico-penal.

No tocante ao *sursis*, prevaleceu uma escolha interpretativa que implicava um ônus não existente na lei, contra a lógica da interpretação em direito penal. O tribunal julgava *contra legem* para manter a incolumidade de seus veredictos. Um detalhe, porém: uma análise global da casuística do TSN demonstra que, na maior parte das vezes, as condenações impunham penas com breves períodos de encarceramento. Isso somado à regra geral da prisão preventiva fazia com que fosse provável que o condenado já tivesse descontado a pena antes da sentença, tornando o *sursis* inatingível para a maioria.

Já sobre a liberdade condicional, a tenaz defesa de Machado produziu efeito, e a sua opinião prevaleceu também no STF. A mudança definitiva ocorreu a partir do ministro José Linhares, mas de modo muito sutil. Não obstante ser a favor da tese sobre a retroatividade,[85] Linhares passou a entender que a lei a ser aplicada era aquela do tempo do cumprimento das condições necessárias à concessão do benefício, e não a do tempo do crime ou da condenação. Isso quer dizer que,

---

dade de tal retroação, a bem do interesse público, da defesa nacional, da segurança das instituições". Supremo Tribunal Federal, Recurso em *habeas corpus* 27.761, do Distrito Federal, 23 de abril de 1941, relator ministro Castro Nunes. Disponível em: [www.stf.jus.br].

84. "Não tem direito a livramento condicional o condenado por crime político, se contra a medida, por achá-la inconveniente à ordem pública, opina a autoridade policial, vigente o estado de emergência, embora concorram os requisitos legais e a condenação anterior ao Dec.-lei 431". TRIBUNAL DE SEGURANÇA NACIONAL, Processo nº 1-B, do Distrito Federal, juiz Pereira Braga. *Revista Forense*. v. 87. set. 1941. p. 204.

85. "(…) há que, no caso, tanto em doutrina, quanto no próprio Supremo Tribunal Federal, defenda com grande autoridade, a aplicação retroativa da lei, conforme brilhante voto do Exmo. Sr. Ministro José Linhares, proferido no *habeas corpus* n. 27.865 (…) Considerando que, julgado embora aplicavel o instituto do livramento condicional a réus de crimes políticos, a negativa do respectivo pedido encontra apoio, pelas razões de segurança pública". TSN, Processo 2, cit.

até o cumprimento dos requisitos legais, o condenado teria tido somente uma "mera expectativa de direito".[86] Na realidade, o argumento não era entre os principais ventilados por Machado, mas entre aqueles aduzidos por Lyra. Todavia, o juiz do TSN não deixou que esse fato fosse capitalizado em benefício do tribunal excepcional, imputando ao STF a condição de também ter consagrado, ou seja, seguindo a linha traçada por ele mesmo.[87]

Vê-se através desse jogo discursivo que, para sobrepor-se ao elementar argumento da aplicação da lei penal no tempo foram utilizados muitos estratagemas. Se a favor do *sursis* o argumento científico do artigo de Lins e Silva não foi suficiente, contra a liberdade condicional a justificação acadêmica de Lyra e Machado bastou. Raul Machado, traçando os argumentos também dentro do TSN, conseguiu eliminar a oposição. A insistência fez com que tal fundamentação progressivamente fosse interiorizada e dali em diante tornou-se *modus operandi* do próprio TSN.

O STF, por sua vez, manteve-se alheio ao agigantamento do TSN.[88] A partir de determinado momento, a Corte Suprema submeteu-se à opinião da justiça especial política. Em suma, como mostram os dois casos, paulatinamente o STF abandonou a defesa de posições com repercussão polí-

86. Supremo Tribunal Federal, Recurso de *Habeas corpus* 27.089, do Distrito Federal, relator ministro José Linhares. *Revista Forense*. jan. 1940. p. 475.

87. "E considerando que, consoante tem êste Juizo em numerosas sentenças decidido, com fundamentos longamente expostos, o instituto juridico do livramento condicional, não é, de direito, aplicável a delinquentes politicos; Considerando que, o Egregio Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, há tambem consagrado, por maioria de votos, o principio da inaplicabilidade do livramento condicional a réu de crime politico", in TSN, *Processo nº 2* cit. E, na mesma direção, o procurador Clovis Kruel: "Inumeras têm sido, e bem fundamentadas, as sentenças deste Juizo adotadas, já pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da inaplicabilidade do benéfico jurídico requerido aos delinquentes políticos". STF, Recurso de *Habeas corpus* 27.089, cit.

88. "Diante desse rol de ministros que ocuparam lugar no Supremo Tribunal Federal graças à indicação do presidente Vargas, é possível concluir: ou ele era mais liberal do que se tem dito e tolerava uma relativa diversidade de opiniões, ou os ministros partilhavam até certo ponto de suas idéias, ou pelo menos estavam dispostos a atuar dentro das limitações que lhes foram impostas durante o Estado Novo. Por meio de várias medidas, Vargas reduzira a competência do Supremo, transformando-o, de certo modo, em um instrumento do regime (…) Como na Primeira República, os ministros viveram tempos agitados por uma série de movimentos considerados 'subversivos', com muitas prisões e inúmeros recursos ao Supremo Tribunal Federal". COSTA, Emilia Viotti da. *STF*: o Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 74.

tica para assegurar aquilo que restava de sua própria autonomia. A Corte Suprema parecia consciente de que não poderia impor-se por muito tempo contra um tribunal encarregado especificamente pelo governo para modular a repressão política.

Desse modo, o TSN conseguiu administrar a repressão penal do dissenso político por quase uma década adaptando-se a situações mais díspares, impondo-se como o órgão de referência, sobre o próprio STF. O objetivo, como visto tanto no *sursis* quanto na liberdade condicional, era fazer valer as suas decisões. Portanto, os conceitos, princípios e regras de direito penal eram limitados somente até quando era interesse desse tribunal aparentar-se como um verdadeiro órgão judiciário. Mas, quando se impunha o seu dever de órgão auxiliar do governo, esses mesmos conceitos, princípios e regras eram trocados por argumentos "científicos" à disposição dos juízes para conformar o discurso jurídico à demanda de repressão.

5. Referências

ALVES JR., Thomaz. *Annotações theoricas e praticas ao codigo criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864. t. I.

BANDEIRA FILHO, António Herculano de Souza. *A questão penitenciária no Brazil*, *O Direito*: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, mai.-ago. 1881. v. 25.

BAPTISTA PEREIRA, João. O código penal de 1890 (notas históricas). *Revista de Jurisprudencia*. Rio de Janeiro, 1898. v. II.

Brasil. Côrte Suprema, *Jurisprudência criminal*. *Habeas corpus* 25.988, relator ministro Octavio Kelly. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 67. a. 33. 1936.

Brasil. Decreto 16.665, de 06.05.1924. Regula o livramento condicional.

Brasil. Decreto 16.588, de 06.09.1924. Estabelece a condemnação condicional em materia penal.

Brasil. Decreto-lei 431, de 18.05.1938. Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 27. 108, relator ministro Armando de Alencar. *Revista Forense*. fev. 1940.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso de *Habeas corpus* 27.738, do Distrito Federal, relator ministro Carvalho Mourão. *Revista Forense*. v. 82. maio 1940.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso de *Habeas corpus* 27.089, do Distrito Federal, relator ministro José Linhares. *Revista Forense*. jan. 1940.

Nunes, Diego. "Excluído, no caso, qualquer intuito de regeneração, por não se tratar de réu degenerado": a interpretação do *sursis* e da liberdade condicional aos criminosos políticos pelo Tribunal de Segurança Nacional (1935-1945). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 117-143. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso de *Habeas corpus* 27.089, do Distrito Federal, relator ministro José Linhares. *Revista Forense*. jan. 1940.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas corpus* 27.761, do Distrito Federal, 23 de abril de 1941, relator ministro Castro Nunes. Disponível em: [www.stf.jus.br].

Brasil. Tribunal de Segurança Nacional. Processo 1-B, do Distrito Federal, juiz Pereira Braga. *Revista Forense*. v. 87. set. 1941.

Brasil. Tribunal de Segurança Nacional. Processo 2, do Rio Grande do Norte, 1941, relator juiz Raul Machado. Brasil, Arquivo Nacional, *Rolo de microfilme AN 312 2003. Notação C8.0.APL.160 v. 10*.

Brasil. Tribunal de Segurança Nacional. Processo 3.674, de São Paulo, 1943, relator juiz Cel. Eronides de Carvalho. Brasil, Arquivo Nacional, *Rolo de microfilme 203 2005. Notação C8.0.APL. 1544*.

Brasil. Tribunal de Segurança Nacional. Processo 345, do Distrito Federal, 1937, relator juiz Pedro Borges. Brasil, Arquivo Nacional, *Rolos de microfilme AN 184 2003, AN 185 2003 e AN 186 2003. Notação C8.0.APL. 111 v. 1-5*.

Brasil. Tribunal de Segurança Nacional. Processo 5, do Rio Grande do Norte, 1938, relator juiz Raul Machado. Brasil, Arquivo Nacional, *Rolo de microfilme AN 195 2003. Notação C8.0.APL. 120 v. 1-3*.

Brasil. Tribunal de Segurança Nacional, Processo 551, do Rio de Janeiro, 1938, relator juiz Comte. Lemos Bastos. Brasil, Arquivo Nacional, *Notação C8.0.APL.198*, cartáceo.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. Suspensão condicional da pena (Código Penal de 1940). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. n. 42. p. 3-36. abr.-jun. 1974.

COLAO, Floriana. *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da "dellitto fittizio a "nemico dello stato"*. Milano: Giuffrè, 1983.

COSTA, Emilia Viotti da. *STF*: o Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006.

LINS E SILVA, Evandro. O "sursis" e o crime político. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro. v. XXIII. fasc. I-III. ano VI. p. 17-24. out.-dez. 1938.

LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos*. Depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal (arts. 28 a 74)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958 [1942]. v. II.

LYRA, Roberto. O livramento condicional e o direito transitório. *Revista dos Tribunais*. v. 141. ano 32. p. 310-327. jan. 1943.

LYRA, Roberto. O livramento condicional e os criminosos políticos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. vol. LXXXVII. ano XXXVIII. set. 1941.

LYRA, Roberto. O livramento condicional e os criminosos políticos. *Direito*. Doutrina, legislação, jurisprudência. Rio de Janeiro. v. 9. ano 2. p. 97-100. maio-jun. 1941.

MACHADO, Raul. Da inaplicabilidade do livramento condicional a delinquentes políticos. *Direito*. Doutrina, legislação, jurisprudência. Rio de Janeiro. v. 15. ano 3. p. 78-84. maio-jun. 1942.

MACHADO, Raul. *Delitos contra a ordem política e social*. São Paulo: Emprêsa editora Universal, 1944.

MARQUES, J. C. de Azevedo. "Sursis". *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 151. p. 3-7, 1944.

MECCARELLI, Massimo. La storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico. *Forum Historiae Iuris*, Frankfurt-am-Main, 2009. Disponível em: [www.forhistiur.de/zitat/0908meccarelli.htm] e [www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/viewFile/34420/18268]. Acesso em: 15.12.2016.

MECCARELLI, Massimo. *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*: una prospettiva storico-giuridica, ini *Quaderni Storici*. Bologna. n. 131. a. XLIV. fasc. 2. p. 493-522, 2009.

Notas e informações. A Lei de Segurança Nacional e o "Sursis". *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 75. ano 35, 1938.

PERDIGÃO, Carlos. O nosso systema penitenciário. *Gazeta Jurídica*: revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação. v. 1a. jul.-dez. 1874.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do Direito Penal brasileiro*. Sursis, Livramento Condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil. 1924-1940. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SBRICCOLI, Mario. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) [1998]. *In*: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti* (1972-2007). Milano: Giuffrè, 2010.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita [1990]. *In*: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti* (1972-2007). Milano: Giuffrè, 2010.

WHITACKER, Firmino A. da S. *Condemnação condicional (sursis)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A pena acessória de suspensão dos direitos políticos perante o "sursis", de Basileu Garcia – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/335-339 (DTR\2012\450385);
- A suspensão condicional da pena, de Cezar Roberto Bitencourt – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/365-394 (DTR\2012\450386);
- 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);
- Da suspensão condicional da pena, de Basileu Garcia – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/311-319 (DTR\2012\450383);
- Suspensão condicional da pena e livramento condicional: dupla punição no direito brasileiro, de Luís Augusto Freire Teotônio – *RT* 662/257-261 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/713-720 (DTR\1990\195); e
- Suspensão condicional da pena evolução no direito brasileiro – Algumas questões intercorrentes, de Aldo Rodrigues de Souza – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/69-86 (DTR\2012\1616).

Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão

Prison's past future and the cynical reason of mass imprisonment: three moments of the appearance of speeches, expectations and cumulate experiences about the concept of prison

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Doutor e mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e do Centro Universitário CESMAC.
hugoleosantos@yahoo.com.br

Recebido em: 01.01.2017
Aprovado em: 08.02.2017
Última versão do autor: 19.02.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo utiliza-se de categorias da história dos conceitos, de Reinhart Koselleck, para refletir sobre o conceito de prisão, com a finalidade de compreender como se chegou à atual razão cínica que justifica retoricamente o enorme crescimento da população prisional, mesmo conhecendo todos os fundados questionamentos sobre esse instrumento de controle social. Para isso, foram destacados três momentos temporais distintos do conceito de prisão, em uma análise histórica diacrônica. Inicialmente, estudou-se a razão moderna justificadora da pena de prisão, sobretudo, por meio da obra de Beccaria e Bentham. Nesse ponto, pretende-se demonstrar como o futuro da prisão foi projetado, nos discursos iluministas. Em seguida, verifica-se a emergência de discursos críticos da pena de prisão, a partir da década de 60. Almeja-se observar

Abstract: This paper uses some categories of conceptual history, by Reinhart Koselleck, to reflect on the prison concept, aiming to understand how was created the current cynical reason which retorically justifies the enormous growth of the prison population, even considering that the well-based questions about this instrument of social control are known. For this, three distinct moments of the concept of prison were highlighted, by means of a diachronic historical analysis. Initially, the modern reason for imprisonment was studied, about everything, through the work of Beccaria and Bentham. At this point, the intention is to demonstrate how the future of prison was designed, in the enlightenment speeches. Then, it demonstrates the emergence of critical speeches of prison's punishment, after the 60's decade. It

Santos, Hugo Leonardo Rodrigues. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 145-185. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

as decorrências do entrelaçamento da experiência de aplicação da pena de prisão com as expectativas que foram delineadas a partir dessas críticas. Ao final, explica-se a situação atual do campo criminal, a partir do regime de historicidade, denominado por François Hartog de presentismo, demonstrando-se que toda a experiência frustrada de séculos de práticas prisionais é ignorada, sendo que, ao mesmo tempo, abre-se mão de um horizonte de expectativas futuras, quanto ao problema da prisão. Desse modo, as práticas prisionais permanecem sendo utilizadas maciçamente, em um tempo presente temerário, justificado por uma razão cínica que é cega para o passado e o futuro.

Palavras-chave: História dos conceitos – Conceito de prisão – Presentismo – Razão cínica – Grande encarceramento.

observes the consequences of the intertwining of the experience of applying the prison punishment with the expectations that were defined from these criticisms. Finally, the current situation of the criminal field is explained, from the historicity regime, named by François Hartog of presentism, demonstrating that the entire frustrated experience of centuries of prison practices is ignored, and, at the same time, a horizon of future expectations, concerning the prison problem, is lift behind. Thus, prison practices still being used massively, at a present time that is justified by a cynical reason, which is blind for past and future.

Keywords: Conceptual history – Prison concept – Presentism – Cynical reason – Mass incarceration.

Sumário: 1. Introdução. 2. História dos conceitos criminais. 3. Racionalidade penal moderna e o futuro da prisão. 4. Revisão crítica da experiência da prisão. 5. Razão cínica e a insistência em uma expectativa frustrada: o grande encarceramento. 6. Referências.

1. Introdução

A pena de prisão não possui uma história de *longuíssima duração*, sendo possível afirmar que, ao contrário do que poderia ser atestado pelo senso comum, trata-se de uma *ideia tardia*.[1] Diferentemente de outras manifestações punitivas – as quais podem ser observadas já nas civilizações mais remotas, como as mais diversas formas de penas corporais – o aprisionamento somente passou a ser utilizado como sanção *par excellence* a partir da modernidade, especialmente após o influxo de preceitos iluministas. Nesse sentido, é interessante perceber como tal modelo punitivo rapidamente se incorporou na mentalidade social, tendo sido naturalizado como manifestação cotidiana do Estado soberano.

1. HENTIG, Hans Von. *La pena*: las formas modernas de aparición. Madri: Espasa-Calpes, 1968. v. 2. p. 185. MAIA, Clarissa Nunes *et al*. História e historiografia das prisões. MAIA, Clarissa Nunes *et al* (orgs.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 1. p. 9. SYKES, Gresham. *Crime e sociedade*. Rio de Janeiro: Bloch, 1969. p. 83.

É possível estudar o fenômeno da prisão por meio da compreensão histórica do seu conceito. A utilização da *história dos conceitos* como instrumento heurístico pode oferecer novos ângulos para a reflexão sobre o tema. O presente artigo tem como primeiro objetivo apresentar brevemente algumas das ferramentas teóricas da história conceitual desenvolvida por Reinhart Koselleck, com a finalidade precípua de demonstrar de que maneira essas novas técnicas da historiografia podem ser úteis na compreensão do conceito de prisão.

Em seguida, a partir da utilização desse instrumental teórico, será realizada uma análise histórica diacrônica desse conceito. Pretende-se induzir a percepção de que o entendimento a respeito da pena de prisão está relacionado com discursos específicos, os quais, por sua vez, entrelaçam-se com as práticas punitivas, que lhes são correlatas, em determinado quadrante histórico. Por essa razão, o conceito de prisão contém, em si mesmo, tanto uma experiência acumulada – formada por representações sociais advindas da forma como é compreendida e utilizada essa reprimenda –, como também expectativas futuras – relativas às finalidades esperadas, que dão ensejo às práticas prisionais desenvolvidas.

Como será demonstrado, os discursos criminais nem sempre são prévios às práticas punitivas, sendo muitas vezes construídos em torno da sedimentação dessas práticas, para lhes justificar. Ademais, mesmo criando as expectativas de futuro, os discursos contidos no conceito de prisão não podem ser entendidos como antecipadores infalíveis do modelo de sistema criminal que será posteriormente adotado, algo como um *retrato perfeito do porvir*. Isso porque as decisões políticas e contingências dos atores sociais podem mudar drasticamente os direcionamentos, cambiando os destinos esperados – afinal de contas, não é possível traçar o futuro previamente, e a história tem sempre um quê de *inefável imponderável*. Desse modo, ao contrário do que fora previsto, a prisão não retrocedeu ao final do século XX, tendo, na verdade, assumido proporções inimagináveis, tomando a forma de um encarceramento em massa.

Será dado destaque a três momentos temporais distintos, relacionados ao conceito sob enfoque. Em uma primeira etapa, o discurso iluminista legitimador da prisão será apresentado, pretendendo-se esclarecer como esse modo de punição foi absorvido pelos Estados modernos, e quais práticas foram engendradas desse movimento. Para isso, serão utilizados como ponto de partida as propostas de Césare Beccaria e Jeremy Bentham. Em seguida, será abordado um momento mais próximo do atual, relativo às décadas de 60 e 70, em um contexto de surgimento de contundentes críticas à pena de prisão. Os questionamentos aparecidos nesse período abalaram profundamente

as crenças ainda havidas, com relação às finalidades almejadas pela aplicação do modelo prisional. A partir desse período, os ideais utópicos de ressocialização e aplicação igualitária da reprimenda perderam a credibilidade. O ceticismo era tão expressivo que resultou, anos mais tarde, no surgimento de um discurso criminológico abolicionista, em defesa da extinção do sistema punitivo.

Em uma terceira parte do estudo, será comentado o momento atual, em que se verifica um enorme aumento da população prisional mundial,[2] fenômeno percebido facilmente com relação à realidade brasileira. A inquietação que motivou o texto é, justamente, advinda do fato de que, ao contrário da tendência apontada dos anos 60 e 70, a pena de prisão não retrocedeu, enquanto mecanismo de punição social. Além de não ter sido abolida ou mesmo diminuída – como previam vários pesquisadores do campo criminal há algumas décadas – houve de fato uma grande expansão na sua utilização. David Garland apontou essa incongruência relativa à questão criminal, afirmando que, "embora apareçam como óbvias para nós, nossas práticas atuais são profundamente confusas e estarrecedoras se consideradas de um ponto de vista histórico temporalmente muito próximo".[3]

Desse modo, almeja-se no presente trabalho entender o surgimento do paradoxo do *grande encarceramento*,[4] vivido nesse momento histórico, no qual o aprisionamento cresce aceleradamente, muito embora as pessoas tenham deixado de lado quaisquer pretensões com relação à sua utilidade social. Desvela-se, portanto, uma espécie de *razão cínica*:[5] a prisão continua sendo a punição exemplar – quando não a única, em termos gerais –, mesmo diante de dados incontestáveis, com relação à sua imprestabilidade como instrumento de redução da violência, além da impossibilidade de, por esse meio, atingir-se seguramente as finalidades preventivas declaradas, sejam gerais ou especiais.

---

2. CHRISTIE, Nils. Elementos de geografia penal. *Discursos sediciosos*. ano 7. n. 11. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 95-109.
3. GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de janeiro: Revan, 2014. p. 41.
4. O termo – que parafraseia o conceito de *grande internamento*, de Michel Foucault – será utilizado para fazer referência ao movimento atual de aceleração e massificação do aprisionamento. BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 29-36.
5. SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. São Paulo: Estação liberdade, 2012.

2. História dos conceitos criminais

Os[6] conceitos não podem ser entendidos historicamente como meros reflexos de condicionamentos estruturais e/ou materiais da sociedade. Isso porque, na relação entre linguagem e mundo, é possível afirmar a existência de uma influência recíproca entre ambos, estando as práticas a impactar nos discursos e vice-versa.[7] Por isso, os conceitos podem ser compreendidos como verdadeiros índices de sistemas sociopolíticos determinados, sendo gestados em determinados contextos históricos e, ao mesmo tempo, influenciando-os. Por essa razão, é equivocado trabalhar-se com conceitos como se fossem estáticos, imutáveis – como, aliás, é bem comum ocorrer com pesquisas jurídicas[8] – sendo mais coerente se destacar as rupturas e permanências semânticas existentes em certos conceitos, ao longo do tempo. Os conceitos – inclusive os jurídicos – não podem ser entendidos como *ideias desencarnadas*,[9] desconectadas das contingências sociopolíticas, mas, sim, como produtos históricos.

6. Nesse tópico, serão explicadas algumas categorias da teoria da história que são necessárias ao desenvolvimento do estudo. Contudo, não seria possível tratar com mais detalhes sobre o tema, nessa oportunidade, sob pena de fugir aos objetivos deste artigo científico. Para um maior aprofundamento: SANTOS, Hugo Leonardo R. *Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais*: fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre Michel Foucault e Reinhart Koselleck. Tese de doutoramento. Recife: UFPE, 2015.
7. Aliás, Michel Foucault relativizou essa distinção, entre palavras e coisas, defendendo a existência de práticas discursivas. FOUCAULT, Michel. *L'Arqueologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969. p. 66-67.
8. Aqui, faz-se referência ao tradicional esforço, no campo do direito, de se buscar significados essenciais para institutos jurídicos, sendo os mesmos advogados como a *semântica definitiva* desses conceitos. Assim, terminam por afirmar uma visão a-histórica, na qual os conceitos não cambiam temporalmente. Sobre o tema, Reinhart Koselleck já lembrara que os juristas "partem do princípio de que conhecem *a verdade*, de que sabem qual é o *verdadeiro conceito* correspondente a tal ou qual noção, e *não estão dispostos a admitir análises histórico-conceituais que se choquem com a sua visão normativa das coisas*". KOSELLECK, Reinhart. Entrevista. *In*: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. *História dos conceitos*: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUC Rio/Loyola/IUPERJ, 2006. p. 143, destaca-se no final. Nesse sentido, várias escolas do pensamento jurídico dedicaram-se a atingir *verdades objetivas*, como a exegese e o pandectismo. No mais, pode ser bem visualizada essa postura no direito contemporâneo, por meio das estruturas lógico-objetivas, conceitos lógico-jurídicos, entre outros que costumam ser apresentados como abstrações inalteráveis, sendo, por isso, a-históricos.
9. Conforme a lição de um dos fundadores da Escola dos Annales. FEBVRE, Lucien. Leur histoire et la notre. *In*: FEBVRE, Lucien. *Combats pour le histoire*. Paris: Librairie Armand Colin, 1992.

A *história dos conceitos* foi desenvolvida por Reinhart Koselleck, entre outros autores, com a finalidade de subsidiar o pesquisador com instrumentos teóricos e metodológicos para uma historiografia focada nos conceitos sociais fundamentais. Como explicou o pesquisador, a história dos conceitos não nega a história social, muito pelo contrário, defende-se que ambas seriam complementares uma da outra, na medida em que as práticas sociais podem ser melhor compreendidas pela consideração da semântica histórica dos conceitos. Ademais, não se pode prescindir dos conceitos para analisar as práticas sociais. Por outro lado, a história dos conceitos também não pode ser vista como subsidiária ou auxiliar da social, já que possui autonomia epistemológica e método próprio.[10] Nesse sentido, para os fins deste artigo, cumpre lembrar que o esforço de historicizar o conceito de prisão pode contribuir enormemente com os estudos de história social, relacionados a práticas prisionais pretéritas.

É importante que palavras e conceitos não sejam confundidos. Estes são representados por palavras – que são os seus significantes –, mas são ricos em significados históricos, possuindo uma semântica profunda, indicativa de composições sociais e políticas de uma temporalidade determinada.[11] Por isso, nem toda palavra representa um conceito, muito embora os conceitos sejam sempre expressados por meio de palavras. Reinhart Koselleck optou por estruturar uma historiografia com enfoque em conceitos fundamentais (*Grundbegriffe*) – entranhados de significado político, social e econômico –, tais como *Estado*, *história*, *democracia* etc.

O presente estudo assume um modelo de historiografia conceitual crítica,[12] no qual conceitos marginais, próprios de campos sociais mais específicos – como o criminal – também teriam relevância histórica, merecendo ser estudados. Evita-se, com isso, uma história dos conceitos restrita àquelas ideias entendidas como fundamentais e estruturantes da sociedade. Desse modo, busca-se utilizar as técnicas próprias da história conceitual para o estudo do campo jurídico. O conceito

10. KOSELLECK, Reinhart. História dos conceitos e história social. *In*: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuições à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2011. p. 97-118.

11. KOSELLECK, Reinhart. *História dos conceitos e história social*... p. 108.

12. FERES JÚNIOR, João. Para uma histórica conceitual crítica do Brasil: recebendo a Begriffsgeschichte. FERES JÚNIOR, João; JASMIN, Marcelo (orgs.). *História dos conceitos*: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: PUC Rio/Loyola/IUPERJ, 2007. p. 109. SANTOS, Hugo Leonardo R. *Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais*: fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre Michel Foucault e Reinhart Koselleck. Tese de doutoramento. Recife: UFPE, 2015.

de prisão, por essa razão, pode ser elencado como objeto de estudo histórico. Aliás, dada a posição central e estratégica do encarceramento na dinâmica das sociedades contemporâneas – como será visto adiante –, é bastante discutível se a prisão também não seria, de fato, um dos chamados conceitos fundamentais.[13]

Os conceitos poderiam ser reunidos em três grupos.[14] O primeiro grupo seria formado por conceitos de longa duração, cujo significado ainda conserva essencialmente a sua semântica pretérita, ainda que essa provavelmente tenha sofrido algumas mudanças, ao longo do tempo. Esses conceitos tradicionais são caracterizados, portanto, por uma maior permanência de seus significados, mesmo que essa resiliência não seja absoluta, mas parcial – porque seria impossível não haver modificações de sentido, mesmo que mínimas, já que os conceitos são estruturas históricas. Como exemplo, pode-se apontar o conceito de pessoa, que, apesar de ser polissêmico, ainda mantém o seu significado relacionado à construção semântica de pessoa, empreendida pela teologia cristã.[15] Em um segundo grupo, estariam aqueles conceitos que passaram por rupturas drásticas em seus significados, cujos sentidos se alteraram de tal forma que a sua semântica original somente poderia ser acessada historicamente. Como exemplo, pode ser elencado o próprio conceito de *história* (*Geschichte*) – o qual, aliás, foi bastante estudado pelos historiadores conceituais.[16] Por último, temos a reunião dos conceitos que se formaram a partir de neologismos, resultantes de situações sociais e políticas determinadas historicamente, como, por exemplo, os conceitos de *comunismo* e *fascismo*.

É discutível a qual desses grupos o conceito de pena de prisão corresponderia – partindo-se da premissa de que a ideia de encarceramento como pena é historicamente recente – muito embora a prisão cautelar, no aguardo da execução do castigo, seja bastante conhecida, desde tempos antigos. Este trabalho assume a hipótese de que teria havido uma ressignificação de prisão, a partir do momento em que essa modalidade de punição passou a ter proeminência como mecanismo punitivo. Tanto que hoje, na mentalidade social, a prisão serve como uma metonímia da condenação criminal, sendo as demais formas de punição meramente subsidiárias.

13. Até mesmo porque a ideia de prisão possui sempre uma dimensão política, social e econômica. Sobre o tema: SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
14. KOSELLECK, Reinhart. *História dos conceitos e história social*... p. 106-107.
15. BRANDÃO, Cláudio. Posição da culpabilidade na dogmática penal. *Revista de estudos criminais*. n. 16. Porto Alegre: PUC RS/ITEC, 2004.
16. KOSELLECK, Reinhart *et al*. *O conceito de história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

Reinhart Koselleck elaborou uma teoria da história – a qual denominou de *Historik* – para a fundamentação da história dos conceitos. O autor era bastante otimista com relação ao desenvolvimento epistemológico da análise histórica – talvez até excessivamente deslumbrado com a ideia de sua cientificidade. Inicialmente, afirmou a existência de duas categorias meta-históricas, as quais seriam instrumentos de análise formais, mas obrigatórias, para a historicização dos conceitos. Trata-se do *espaço de experiência* e do *horizonte de expectativas*.[17] É interessante notar que essas categorias heurísticas se colocam fora da história, servindo exatamente para analisar historicamente os conceitos. A história seria, segundo essa perspectiva, resultante de um entrelaçamento entre passado e futuro, representado pelo relacionamento entre experiência e expectativas. Não se pode avaliar apenas uma dessas categorias sem a consideração da outra, sendo ambas interdependentes.

Tais conceitos não são simplesmente contrapostos. "Pelo contrário, eles indicam maneiras desiguais de ser, e da tensão que daí resulta pode ser deduzido algo como o tempo histórico".[18] Justamente por isso, tais ideias não são estáticas, sendo ambas as variáveis mutáveis historicamente. A experiência pode ser modificada, a depender da interpretação dada aos acontecimentos passados e de sua significação presente. Por outro lado, as expectativas representam o devir, que pode ser antecipado, por meio de condutas atuais pautadas por expectativas. Essas projeções também podem muito bem cambiar ao longo do tempo.[19] Assim, o tempo histórico resulta, justamente, da combinação entre espaço de experiência e horizonte de expectativa.

A utilidade da historicização dos conceitos reside justamente na possibilidade de compreender, diacronicamente, de que modo as duas categorias – experiência e expectativa – fundem-se, dando forma àqueles. Portanto, a história conceitual consiste em uma ferramenta de análise de permanências e rupturas históricas, por meio da observação dos conceitos sociais. Com esse objetivo, a pretensão deste texto é lançar luzes sobre o conceito de prisão, como uma tentativa de compreender as modificações históricas ocorridas no sistema criminal, para uma reflexão sobre o crescimento acelerado do aprisionamento, verificado na atualidade.

---

17. KOSELLECK, Reinhart. Espaço de experiência e horizonte de expectativas: duas categorias históricas. *In*: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuições à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2011, p. 305-327.
18. KOSELLECK, Reinhart. *Espaço de experiência e horizonte de expectativas*... p. 312.
19. KOSELLECK, Reinhart. *Espaço de experiência e horizonte de expectativas*... p. 312.

Para contextualizar o surgimento dos conceitos fundamentais, a teoria da história conceitual foca no período de advento da modernidade, também denominado de *tempo-sela*. O mesmo seria compreendido entre os anos 1750 e 1850 – ao menos no contexto alemão – e caracteriza-se pela *aceleração do tempo histórico*, resultante de um encurtamento do espaço de experiência, correspondente a um alargamento do horizonte de expectativas. A modernidade foi marcada pelo processo de *secularização*,[20] com a substituição de uma racionalidade teológica por uma crença nas transformações sociais e um otimismo com relação ao futuro,[21] materializados pela constituição do conceito de *progresso*. Conforme observou Koselleck, a modernidade possuiria uma maior velocidade temporal, com a prevalência das expectativas de futuro com relação à experiência conhecida. Segundo o autor, "o tempo que se acelera em si mesmo, isto é, a nossa própria história, *abrevia os campos da experiência, rouba-lhes sua continuidade, pondo repetidamente em cena mais material desconhecido, de modo que mesmo o presente, frente à complexidade desse conteúdo desconhecido, escapa em direção ao não experimentável*".[22]

Nesse quadrante histórico, as instituições tradicionais começaram a ser questionadas, substituídas por novas *experiências futuras*. Os novos conceitos são, exatamente, um sintoma dessas rupturas sociais, indicando a inauguração de uma forma de racionalidade distinta. Nesse sentido, cumpre indicar que tais conceitos não são meros reflexos dessas transformações históricas, porque também as estimulam. Com efeito, como seria possível imaginar a derrubada do antigo regime sem as críticas, embutidas em conceitos iluministas, que lhe precederam?[23] Desse modo, os conceitos servem também para catalisar processos de mutações sociopolíticas.

O tempo-sela seria entendido como um contexto histórico fértil para o surgimento desses conceitos, relacionados à modernidade. Não é coincidência, portanto, que nesse período tenham surgido tantos discursos importantes para

20. SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia*: secularização e crise do pensamento jurídico. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 8.

21. Baseada em uma visão escatológica de mundo, na qual a experiência cristã prevalecia nitidamente, com relação a uma expectativa de futuro, já que a aguardada parúsia representaria literalmente o fim dos tempos.

22. KOSELLECK, Reinhart. O futuro passado dos tempos modernos. *In*: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuições à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2011, p. 36, grifamos.

23. KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*. Rio de Janeiro: UERJ/Contraponto, 1999, p. 13.

o campo do direito, com a consequente criação ou ressignificação de inúmeros conceitos jurídicos. É o que se deu com as escolas jurídicas histórica e pandectista (jurisprudência dos conceitos), por exemplo, as quais são tipicamente movimentos discursivos modernos. Entretanto, não se pode deixar de mencionar que o conceito de tempo-sela é controvertido, sendo por vezes relativizado ou criticado, por alguns historiadores. No mais, foi pensado e delineado para a realidade histórica da Alemanha, sendo possível que não se encaixe perfeitamente em outras realidades, como, por exemplo, a brasileira. Assim, deve-se assumi-lo como uma hipótese de pesquisa, e não como uma premissa inquestionável.[24] De toda forma, parece ser bastante útil assumir essa ferramenta de análise da aceleração do tempo histórico para o estudo dos conceitos jurídico-penais resultantes da estruturação de um direito penal moderno.[25] Isso já foi feito com sucesso, por exemplo, na lição de Érica Babini a respeito da significação do conceito de bem jurídico-penal para a estabilização das expectativas direcionadas ao sistema criminal. Segundo a autora, "toda a pretensão de modernidade é garantir que o futuro permanecerá seguro, realizando a utopia do mundo perfeito, cujo conhecimento mantém a ordem do hoje e do amanhã".[26]

O conceito de prisão também pode ser compreendido como o resultado da aceleração do tempo moderno. O discurso legitimador dessa modalidade de punição está atrelado ao encurtamento do espaço de experiência – com o rechaço das penas tradicionais de suplício, degredo, entre outras – e ao projeto futuro de um sistema criminal racional e utilitário para a sociedade. Nesse sentido, a pena de prisão terminou por representar uma série de expectativas de um direito penal mais equilibrado, sendo, portanto, um catalisador de rupturas históricas, no que diz respeito às práticas punitivas.

A ideia de entrelaçamento dessas categorias históricas – experiência e expectativa – também pode servir para a compreensão do que François Hartog denominou de *regime de historicidade*. Trata-se de uma metáfora, uma noção construída pelo historiador, que tem como finalidade o entendimento de como determinados momentos históricos apresentam, conectados em sua estrutura,

24. FERES JR., João. De olho nas pesquisas futuras: as camadas teóricas da história dos conceitos. *In*: FERES JR., João (org.). *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2014. p. 473.

25. SANTOS, Hugo Leonardo R. *Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais:* fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre Michel Foucault e Reinhart Koselleck. Tese de doutoramento. Recife: UFPE, 2015.

26. MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. *Bens jurídico-penais*: da teoria dogmática à crítica criminológica. Curitiba: Juruá, 2016. p. 43.

os elementos pertencentes ao passado, futuro e presente.[27] Nesse sentido, a modernidade caracteriza-se por um regime de historicidade projetado para o futuro, em razão do alargamento do horizonte de expectativas, já comentado. Antes da modernidade, porém, com o modelo de história *magistra vitae,* o passado prevalecia, em face dos demais elementos temporais.

Contudo, o que se verifica hoje é uma hipertrofia do presente, com a consequente diminuição da importância, para a sociedade atual, do futuro e do passado. Esse regime, denominado de *presentismo*, faz com que, ao mesmo tempo, a experiência não seja considerada, tampouco sejam projetadas metas de futuro: simplesmente vive-se o agora, como se as pessoas estivessem eternamente presas ao presente. Trata-se de uma aporia, a corporificação de um tempo presente estático, que incomoda, em razão da ausência de perspectivas, "de modo que *a produção do tempo histórico parece estar suspensa*".[28]

Este trabalho assume a hipótese de que o grande encarceramento pode ser bem visualizado por meio da utilização desse regime de historicidade da contemporaneidade – o presentismo – como instrumento de análise. Isso porque, como será visto, no que diz respeito à questão carcerária, ignora-se solenemente a experiência acumulada de séculos de fracasso, com relação às finalidades da prisão. Ao mesmo tempo, não há mais crenças em um futuro, para essa reprimenda, não se acredita mais em suas projeções idealizadas. Entretanto – e esse é o grande paradoxo –, a despeito de todo esse ceticismo, a prisão continua sendo utilizada maciçamente em todo o mundo, tendo crescido enormemente nesses últimos anos, sobretudo no Brasil.

3. Racionalidade penal moderna e o futuro da prisão

É possível relacionar o início da pena de prisão com a estruturação de uma *razão punitiva moderna*, segundo a qual as penas corporais deveriam ser evitadas, por não representarem uma reação equilibrada em relação aos crimes que lhes justificaram. O surgimento dessa nova racionalidade explica a rápida adoção dessa modalidade punitiva, no contexto do iluminismo penal. A intenção declarada desse ideário era a contenção dos excessos do poder punitivo do *ancién regime*, em prol de um sistema criminal pautado pela utilidade social.

27. HARTOG, François. O regime moderno de historicidade posto à prova pelas duas guerras mundiais. *In*: DUTRA, Eliana de Freitas (org.). *O Brasil em dois tempos*: história, pensamento social e tempo presente. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 15.

28. HARTOG, François. *Regimes de historicidade*: presentismo e experiências do tempo. Belo Horizonte: Autêntica, 2014. p. 39.

Não se pode descuidar das mais variadas interpretações críticas do fenômeno, segundo as quais a propalada racionalidade da prisão teria como função encobrir interesses velados, os quais não guardam necessariamente relação com a dita *humanização* da punição. Desse modo, alguns autores apontaram para o estreito vínculo entre o encarceramento e o desenvolvimento do sistema econômico capitalista, na medida em que os reclusos eram disciplinados para o trabalho fabril, adotando os *mores* adequados a uma sociedade industrial.[29] Também é célebre a crítica de Michel Foucault, no sentido de que a prisão inaugura um tempo de disciplinamento social, no qual o corpo deixa de ser o objeto direto dos suplícios, passando a servir como um mero instrumento para a punição, que tem como objetivo o assujeitamento dos indivíduos, castigando não mais seu corpo, mas sua alma.[30] Por esse motivo, a razão penal moderna deve ser compreendida muito mais como um discurso legitimador que como um processo objetivo e bem acabado, ensejador de efeitos práticos concretos. A pretensão de racionalidade é muito mais uma proposta pretensiosa – um mito – que um fato histórico indiscutível.[31]

A racionalidade penal surge, exatamente, no período que Reinhart Koselleck denominou como *tempo-sela*, no qual o espaço de experiência se encurta, dando azo a expectativas alargadas de futuro. Não é coincidência, portanto, que a prisão seja uma invenção contemporânea ao surgimento dos conceitos identitários da modernidade, tempo de *novos projetos para a humanidade*. Como afirmou Gabriel Ignacio Anitua, "é nesse momento que se plasma, na obra de vários autores, a consequência do processo mais amplo de mudanças sociais e de mentalidades, próprio das sociedades modernas".[32]

É bastante comum a reunião dos pensadores criminais do período como sendo integrantes da chamada *escola clássica*. Não se tratava verdadeiramente de uma escola de pensamento, pois esses autores adotaram premissas, por vezes, conflitantes, não possuindo uma homogeneidade com relação às suas ideias. Veja-se, para exemplificar esses contrastes, as diferenças de concepções

29. Por todos: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

30. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1975. p. 24.

31. SANTOS, Hugo Leonardo R. *Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais*... p. 223-242.

32. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008. p. 125.

existentes entre os tedescos Immanuel Kant e Anselm Feuerbach, os quais assumiram fundamentos para a punição absolutamente distintos.[33] A denominação também costuma servir para marcar as diferenças que mantinham com os preceitos do positivismo criminológico, pensamento criminal surgido no século XIX. Portanto, ainda que a expressão – *autores clássicos* – tenha um caráter mais retórico que real, ela permanece sendo bastante útil aos estudos de história do direito penal, sendo adotada como *categoria interpretativa*, considerando que essa dicotomia entre clássicos e positivistas se encontra nas próprias fontes doutrinárias, que são objeto de pesquisa do historiador do direito.[34]

Pretende-se analisar brevemente a racionalidade penal moderna e a questão da pena de prisão por meio das ideias clássicas, correspondentes ao *iluminismo penal*. Como são vários os pensadores representantes desse período e, como já dito, não possuindo eles uma identidade comum, foi necessário um recorte para a concretização do estudo. Por isso, optou-se por utilizar os trabalhos de Césare Beccaria e Jeremy Bentham. Outros autores também poderiam ser abordados, mas a escolha dos dois mencionados se justifica pelo fato de serem bem nítidas, em suas obras, as expectativas de futuro relativas à pena de prisão. No mais, não será feita uma análise detalhada dos seus textos, pois o objetivo é tão somente demonstrar como as ideias ali expostas contribuíram para a criação de expectativas, em torno do conceito de prisão.

Inicialmente, pode-se dizer que a obra de Césare de Bonesana, o Marquês de Beccaria, teve uma enorme importância na estruturação da racionalidade punitiva.[35] O seu pequeno opúsculo *Dos delitos e das penas*,[36] de 1764, alcançou rapidamente uma enorme popularidade. Isso ocorreu não exatamente por sua originalidade – vez que o livro retomava muitos conceitos iluministas já trabalhados por outros autores, tais como a separação de poderes, o contratualismo, entre outros –, mas, sim, por utilizar de forma pioneira o arcabouço conceitual do *Aufklärung* na defesa de um modelo racional de sistema criminal. Nesse sentido, já foi afirmado que as proposições do autor poderiam substituir muito

33. Enquanto Kant defendia uma ideia de retributividade para justificar a reprimenda – que seria resultante do descumprimento de um imperativo categórico –, Feuerbach afirmava a necessidade da intimidação social decorrente da proibição penal, para prevenir a ocorrência de novos delitos.

34. SONTAG, Ricardo. *Código criminológico?* Ciência jurídica e codificação criminal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 99.

35. Tendo sido, inclusive, objeto de debates por autores que lhe foram contemporâneos. Por todos: VOLTAIRE. *Comentários políticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

36. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2014.

bem o sistema penal de seu tempo, caracterizado por práticas criminais abusivas, inseguras e desumanas.[37]

O autor teve oportunidade de acentuar vários fundamentos penais em seu livro seminal, os quais serviram como Norte para o direito criminal moderno. Dissertou sobre a inutilidade das torturas, sobre a necessidade de leis criminais prevendo as proibições criminais e, ainda, sobre a importância de as regras punitivas serem escritas de forma clara, de modo a possibilitar que todos possam entender o seu conteúdo. Pode-se mesmo afirmar que boa parte dos principais corolários do direito penal ainda vigentes já estava presentes na obra – ainda que em forma embrionária –, como os princípios da legalidade, ofensividade, intervenção mínima, proporcionalidade. Entretanto, o pretexto de se fazer referência ao Marquês de Beccaria neste trabalho é acentuar o seu macroprojeto social de sistema punitivo e, especificamente, fazer compreender como a pena de prisão se conectaria a essa proposta.

Pode-se entender o utilitarismo como o traço marcante das ideias do pensador. Utilizando-se de premissas contratualistas, Césare de Beccaria defendeu que a imposição de penas criminais somente poderia ser justificada se delas derivassem alguma utilidade para a manutenção do contrato social.[38] Isso o colocava automaticamente em contraposição aos excessos do modelo punitivo do Estado absolutista, os quais não se fundamentavam em necessidades sociais, admitindo penas atrozes, absolutamente desprovidas de objetivos úteis. Conforme ensinou Ricardo Rodrigues, o penalista milanês tinha a opinião que "o direito penal absolutista não possuía utilidade social, sendo, por isso, dispensável. Nesse caso, quando os fins perseguidos extrapolam os limites do pacto social, o direito penal torna-se opressor".[39]

A necessidade da pena fazia com que fosse legitimada, tão somente, quando sua aplicação resultasse em um benefício de utilidade para a sociedade. Como assegurava o Marquês de Beccaria, toda pena que não deriva da absoluta necessidade é tirânica.[40] Entretanto, essa defesa do utilitarismo das reprimendas também teve repercussões, no que diz respeito à autocontenção e à limitação das punições. Assim, observou Paulo César Busato que a defesa

37. MONACHESI, Elio. Cesare Beccaria. *In*: MANHEIM, Hermann (ed.). *Pioneers in criminology*. 2. ed. New Jersey: Patterson Smith, 1973. p. 48.

38. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*... p. 65.

39. RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. *Humanização das ideias penais?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015. p. 75.

40. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*... p. 64.

da necessidade da pena pelo autor representaria "o nascedouro do chamado princípio de intervenção mínima, ou seja, da ideia de que o Direito penal deve figurar somente como último recurso estatal para a contenção da criminalidade".[41] De modo que a defesa do utilitarismo pelo Marquês de Beccaria também implicava em uma tomada de posição por penas menos gravosas, as quais deveriam incidir o mínimo possível – na exata medida de sua necessidade – no cotidiano social.

Como dito, as penas desproporcionais ou exageradas eram repudiadas pelo autor. Sua finalidade não poderia ser atormentar ou causar aflição – o que as tornaria irracionais –, mas, sim, prevenir delitos futuros. Devem ser selecionados os meios punitivos que sejam mais eficientes para o cumprimento desse intento, de modo a garantir-se "um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre o espírito dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu".[42] Resulta daí o seu posicionamento enfático, defendendo o abandono dos suplícios atrozes, tão característicos do sistema punitivo do antigo regime, em apoio à adoção de penas suavizadas.[43] Também é por essa razão que o autor tece críticas às penas capitais e à tortura.

Toda essa argumentação terminou por encorajar a definição da pena de prisão como forma modelar de punição, que seria mais eficaz, com relação às penas corporais, por ser moderada e contínua.[44] Não obstante, cumpre lembrar que prisão-pena ainda não havia sido adotada como regra, pelos sistemas criminais, pois naquele tempo ainda eram bastante frequentes os suplícios físicos. Como já dito, isso não quer dizer que o encarceramento não era, já no século XVIII, uma instituição cotidiana, mas, sim, que ele atendia a finalidades no mais das vezes distantes da punição, servindo para a disseminação da cultura do trabalho industrial ou para o contingenciamento de grupos sociais margina-

41. BUSATO, Paulo César. Beccaria, o contratualismo e o controle social do intolerável como fundamento da pena e do próprio direito penal. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Ler Beccaria hoje*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 17.

42. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*... p. 85. Conforme observado por Kai Ambos, não deixa de existir certa contradição entre o utilitarismo defendido pelo Marquês de Beccaria e os ideais de humanismo. Muitas de suas propostas demonstrariam mais preocupação com a prevenção almejada do que com a suavização das penas e sua pretensa humanização. AMBOS, Kai. Cesare Beccaria e a humanização do direito penal: uma leitura crítica com especial ênfase em seus argumentos contra a pena de morte e a tortura. *In*: AMBOS, Kai. *Ensaios de direito penal e processual penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 27.

43. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*... p. 115-117.

44. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*... p. 120.

lizados.[45] O famoso relatório de John Howard dá conta de como as instituições prisionais eram comuns na Europa daquele período, sendo que já apresentavam inúmeros problemas, tendo sido denunciadas no escrito como ambientes insalubres, promíscuos e pestilentos.[46]

Nesse período, não havia ainda uma clara distinção entre o aprisionamento cautelar e a prisão enquanto pena criminal.[47] Talvez por essa razão, em certas passagens o autor italiano menciona a prisão se referindo ao encarceramento cautelar, para que se aguardasse a execução da punição, como quando menciona a necessidade de prontidão da execução das penas.[48] Por isso, a defesa da pena de prisão não é explícita em *Dos delitos e das penas*[49] – acrescente-se que seria um anacronismo exigir isso do autor, já que essa modalidade de punição ainda não era generalizada, em seu tempo.

Apesar disso, pode-se afirmar que a difusão das ideias contidas na obra, bem como a sua grande influência, à época, contribuiu para a *democratização* do conceito de prisão-pena, fazendo com que essa sanção despontasse como sendo a que melhor apresentava as características requeridas por um direito penal de conteúdo liberal, tudo isso devido ao repúdio do autor aos suplícios físicos, bem como a sua defesa da adoção de castigos moderados.

É interessante notar como as propostas do Marquês de Beccaria inauguraram um projeto de direito penal futuro, tornando possíveis expectativas sociais com relação à modernização do sistema punitivo, ao mesmo tempo que repudiava a tradição de excessos e arbítrios relacionados ao antigo regime. Verifica-se, portanto, um entrecruzamento entre passado e futuro nas suas teses, sendo que o espaço de experiência se encurtou – com a negação do passado autoritário –, enquanto que o horizonte de expectativas se alargou – com a sedimentação de um projeto de direito penal liberal. Nesse choque entre passado e futuro, o discurso humanitário impulsionou a prisão como uma sanção pró-

45. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

46. HOWARD, John. The state of prisons in England and Wales. Londres: Willian Eyres ed. Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id=4EhNAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=en&pg=GBS.PP9]. Acesso em: 16.10.2016.

47. ORTIZ, Luis. De la prisión. MATUS, Jean Pierre (org.). *Beccaria 250 años después*. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 345.

48. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*... p. 102-104.

49. Salvo em algumas passagens, como quando defende a substituição da pena de morte pela prisão perpétua com trabalhos forçados. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*... p. 120-121.

pria de um sistema punitivo renovado, adaptado aos novos tempos. Tal como explicado por Reinhart Koselleck – com relação a outros conceitos –, a ideia de prisão obedeceu a contingenciamentos do *tempo-sela*, com a inauguração do paradigma da modernidade. E a obra do Marquês de Beccaria se insere perfeitamente no *Zeitgeist* daquele momento histórico, como lembrou José de Faria Costa, ao afirmar que "a projecção da prevenção como atitude social que deve estar na primeira linha da frente no ataque ao fenómeno da criminalidade é, sem dúvida alguma, um ponto de modernidade".[50]

Mesmo sem utilizar-se dos instrumentos heurísticos da história conceitual, outros pesquisadores chegaram a conclusões semelhantes. Assim, Alvaro Pires explicou que a significação sociopolítica de *Dos delitos e das penas* possui dois aspectos distintos, podendo ser considerado um texto duplo. O primeiro estaria voltado para a negação do passado, por meio de um discurso humanista "que, sem dúvidas, tem relação com o desmantelamento de um aparelho de justiça fundado sobre o arbítrio do poder político e o livre exercício da violência física".[51] De outro lado, o segundo aspecto – que teria sido, de certa forma, eclipsado pelo sucesso das denúncias relacionadas ao primeiro – diz respeito ao seu projeto de futuro. Suas ideias direcionam-se para o devir, na medida em que ele "supervaloriza a necessidade de punir e da pena criminal através do direito e da vida social".[52]

Também a professora Vera Regina Pereira de Andrade apontou que o famoso trabalho do milanês era "uma obra simultaneamente de combate à justiça Penal do Antigo Regime e projeção de uma justiça penal liberal, humanitária e utilitária, contratualmente modelada".[53] Dessa maneira, as propostas do Marquês de Beccaria sinalizam para uma ruptura com o sistema penal do Estado absoluto, inaugurando uma razão moderna para a questão criminal. Como bem sintetizou José de Faria Costa, "a tradição aqui não é suficiente para explicar as novas ideias. Houve rompimento. *Houve choque entre a tradição e a modernidade*".[54] Mais à frente, especialmente no século XIX, o sistema punitivo

50. COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2014. p. 22-23.

51. PIRES, Alvaro. Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité penale moderne. *In*: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro (ors.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelas: Larcier, 2008. v. 2. p. 113, em tradução livre. Doravante, os trechos extraídos de obras em língua estrangeira serão todos traduzidos livremente.

52. PIRES, Alvaro. *Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité penale moderne...* p. 113.

53. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 49.

54. COSTA, José de Faria. *Ler Beccaria hoje...* p. 23, com grifos nossos.

faria sua opção definitiva pela pena de prisão como eixo central das sanções penais, certamente, sob o influxo das ideias desse importante autor.[55]

A obra do Marquês de Beccaria foi recepcionada na Inglaterra no exato momento em que políticas incentivadoras da utilização da pena de prisão eram iniciadas, o que serviu para legitimá-las. As sanções de degredo ou deportação sofreram entraves severos com a revolução americana em 1776, o que justificou a busca por novas modalidades de punição. Isso resultou na edição do *Penitenciary Act*, de 1779, que já demonstrava a tendência de os juízes se valerem dos aprisionamentos mais longos como punições propriamente ditas.[56]

Nesse mesmo contexto, com a influência da obra do Marquês de Beccaria, as ideias de Jeremy Bentham são o maior exemplo de projeto de um sistema punitivo futuro, de abrangência pretensiosa – para dizer o mínimo –, vez que

55. Com essa opinião, Michele Perrot afirma que o Conde de Mirabeau escreveu, inspirado nas ideias do Marquês de Beccaria, algumas propostas para o governo revolucionário francês. Segundo a autora, "sob sua influência, o encarceramento tende a se tornar a pedra angular do sistema penal francês". PERROT, Michelle. O inspetor Bentham. *In*: TADEU, Tomaz (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 141-142. Com posição diversa, Michel Foucault aponta que Beccaria e Bentham não previam a prisão como punição ideal, tendo sistematizado a criação de modelos punitivos distintos (deportação, trabalho forçado, escândalo público e a pena de talião). Afirma, ainda, que o sistema de punições adotado nas sociedades industriais foi completamente diferente da idealização desses autores. Contudo, parece que essa posição realça a importância das práticas, como impulsionadoras das teorias penais, mas não nega peremptoriamente a relação entre práticas e discursos. Se, por um lado, não se pode acreditar que as práticas punitivas sejam tão somente decorrências mecânicas das teorizações, por outro lado, não é crível a versão de que as reflexões teóricas negligenciaram absolutamente as modalidades de punição, as quais já haviam sido iniciadas, naquele momento de constituição do *arquipélago penal*. Nesse sentido, o próprio Michel Foucault matiza essa afirmação, destacando a inovação das práticas punitivas, mas ao mesmo tempo indicando a relação entre essas e as teorias penais, ao constar que "não que a prática tenha desmentido a teoria, porém ela se desviou rapidamente dos princípios teóricos que encontramos em Beccaria e Bentham". FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005. p. 83. Nesse sentido, utilizando-se das categorias criadas pelo próprio autor francês, seria possível defender que, numa análise histórica, devem ser observadas as práticas, mas também os discursos – sendo muitas vezes inócuo tentar distingui-los –, empreendendo-se uma *arqueogenealogia dos poderes*. Essa ponderação corresponde ao modelo metodológico proposto, no qual os conceitos não podem ser estudados *em abstrato*, desvinculados da realidade social que, afinal de contas, também os constitui.

56. GODFREY, Barry S.; WILLIAMS, Chris A.; LAWRENCE, Paul. *History & Crime*: Londres: Sage, 2008. Edição do Kindle. Posição 2222 de 2808.

se estenderia a outras instituições sociais, além da prisão. O seu *panóptico* representaria o modelo ideal de aproveitamento da força de trabalho prisional, disciplinando os encarcerados de modo a possibilitar a sua utilidade social, por meio da dissuasão do crime e do aprendizado moral, que seriam correlatos à imposição da reprimenda. Contudo, antes de tecer considerações sobre a idealização panóptica, cumpre explicar algumas características dos trabalhos desse pensador.

Jeremy Bentham pode ser considerado um utilitarista, tendo sido bastante influenciado por preceitos iluministas, assim como pelo próprio Césare de Beccaria. Entretanto, diferenciando-se dos iluministas franceses, não fundamentava suas proposições em um modelo contratualista de sociedade.[57] Por isso, colocou-se contra quaisquer manifestações de direito natural, entendendo que não se poderia admitir a existência de direitos anteriores ao próprio Estado – desse modo, distinguindo-se das proposições do Marquês de Beccaria. Conforme apontou Ricardo Freitas, "para Bentham, o direito provém do Estado, e não da razão ou da natureza humana. Em outros termos, ele não admite a existência de um direito natural a pautar o direito positivo".[58]

Seu utilitarismo baseava-se em uma preocupação com a maximização da felicidade e prazer e, consequentemente, com a minimização da infelicidade e da dor. Com essa lógica, introduziu o *pseudo-conceito* de cálculo de felicidade, em sua teoria do crime,[59] o que também foi denominado de *princípio do prazer*. Segundo essa concepção, o castigo "não é apenas um mal que se aplica contra outro mal, mas algo que se converte finalmente em um bem, pois deve produzir felicidade, não, é claro, em quem o sofre, mas sim na soma das felicidades individuais que tirariam proveito ao evitar dores futuras".[60] O seu utilitarismo tem por base, por isso, a ideia de prevenção, a única das funções que poderia justificá-la, em razão de sua capacidade de produzir a felicidade geral – utilidade.

Por isso, a busca por um detalhamento, uma grande precisão no *quantum* do mal a ser atribuído com a pena criminal – e que seria contraposto ao eventual prazer obtido a partir da prática criminosa ou de suas consequências – é

57. FREITAS, Ricardo de Brito. *Razão & sensibilidade*: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 113.

58. FREITAS, Ricardo de Brito. *Razão & sensibilidade*... p. 113.

59. GEIS, Gilbert. Jeremy Bentham. MANHEIM, Hermann (ed.). *Pioneers in criminology*. 2. ed. New Jersey: Patterson Smith, 1973. p. 55.

60. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*... p. 196.

marcante em sua teoria, e isso será um traço notável, na sua descrição do sistema panóptico. Interessante mencionar que, apesar de bastante preocupado com a imposição de penas estritamente necessárias[61] – segundo o cálculo de maiores benefícios com os menores custos –, o seu modelo terminou possibilitando uma aplicação exagerada do sistema punitivo.[62]

É interessante a explicação de Ricardo Freitas para essa constatação. Segundo o autor, a estrutura do sistema punitivo inglês terminava possibilitando a imposição de reprimendas mais severas, na tentativa de atingir-se a dissuasão de crimes. A inexistência de uma instituição policial forte exigia da Inglaterra que a prevenção se desse por meio do terror provocado pela execução de penas severas. Daí o fato de o *teatro das penas* ser sempre um elemento importante em seu sistema criminal: "o espetáculo da execução e a extrema severidade das penas seria sempre uma necessidade do próprio sistema penal inglês".[63]

Seguramente, a defesa do modelo panóptico foi o capítulo mais importante na penologia de Jeremy Bentham. Apesar de muito criticado – a proposta já foi chamada, por exemplo, de *arquitetura utópica*[64] ou de *delírio monomaníaco*[65] –, não se pode perder de vista a importância que teve esse projeto, um tanto quanto absurdo, para o desenvolvimento dos modelos penitenciários. Tratava-se de uma tentativa de naturalizar a disciplina prisional, por meio de um modelo arquitetônico carcerário em que todas as suas configurações seriam utilitárias. Como o próprio afirmou, a principal característica do panóptico – e que justificou a sua denominação – é a posição central de vigilância da unidade carcerária, que poderia ser exercida por uma torre colocada no meio da estrutura prisional. As celas poderiam ser dispostas em um prédio circular, possuindo diversos corredores nivelados – apesar de essa formatação não ser imprescindível para o modelo –, garantindo-se, assim, que os prisioneiros pudessem ser observados a todo tempo, com o mínimo de esforço.[66]

Cumpre destacar que o mais importante para a concretização do panóptico seria a ideia de que os apenados saberiam que podiam ser vistos a qualquer

61. Por exemplo, Jeremy Bentham somente admitia a pena capital em casos extremos de crimes políticos. FREITAS, Ricardo de Brito. *Razão & sensibilidade*... p. 117.

62. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*... p. 196.

63. FREITAS, Ricardo de Brito. *Razão & sensibilidade*... p. 119.

64. PERROT, Michelle. *O inspetor Bentham*... p. 157.

65. GEIS, Gilbert. *Jeremy Bentham*... p. 64.

66. BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou casa de inspeção. *In*: TADEU, Tomaz (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 28.

momento, sem que tivessem a certeza de que estavam efetivamente sendo observados.[67] A ideia de vigilância ininterrupta possibilitaria a internalização da disciplina e a maximização dos benefícios sociais. Como ensinou Michel Foucault, o maior efeito do panóptico seria, precisamente, "induzir no detento um estado de consciente e permanente visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder".[68]

No panóptico, todos os dispositivos possuem, a um só tempo, diversas finalidades, não se admite dispositivo que não possua uma função.[69] A estrutura foi desenhada para a ocupação útil de todos os encarcerados, os quais poderiam ser aproveitados para a maximização de benefícios sociais. Conforme lembrou, "toda prisão poderia e, em algum grau, ao menos deveria ser: planejada ao mesmo tempo como um local de *custódia segura* e como um *local de trabalho*".[70] Por isso o inconformismo do autor com relação à utilização de reprimendas que não se converteriam em utilidades sociais, como o degredo.[71] O trabalho era um dos princípios mais importantes. Não seria possível admitir encarcerado improdutivo. Ademais, deveria se *empregar todos os braços*, inclusive por meio do aprisionamento de vagabundos e mendigos, forçando-os a assumir o *ethos* do trabalho fabril. Jeremy Bentham era um *industrialista convicto*, defendendo a intolerância com respeito a tudo aquilo que não fosse útil ao homem e que não representasse um aumento da riqueza nacional.[72]

Seria necessário retirar todo o proveito da pena de prisão, de modo a maximizar a felicidade geral por meio de sua imposição. Também se explica, considerando esse princípio, o fato de o projeto ser igualmente direcionado ao público externo, e não somente aos prisioneiros. Haveria proveito social na exposição das penas ao público, pelo fato de isso provocar uma espécie de mo-

67. "Sua essência consiste, pois, na *centralidade* da situação do inspetor, combinada com os dispositivos mais bem conhecidos e eficazes para *ver sem ser visto*". BENTHAM, Jeremy. *O panóptico ou casa de inspeção*... p. 28, grifos do autor. Este trabalho não tem por objetivo esmiuçar, em seus detalhes, tal modelo penitenciário. Para maiores informações, além dos textos já citados, ver: MACÊDO, Lívia Maria Silva. Jeremy Bentham penitenciarista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 299-327.

68. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*... p. 234.

69. MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. *In*: TADEU, Tomaz (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 94.

70. BENTHAM, Jeremy. *O panóptico ou casa de inspeção*... p. 34, destaques no original.

71. PERROT, Michelle. *O inspetor Bentham*... p. 135.

72. PERROT, Michelle. *O inspetor Bentham*... p. 161.

ralização da população. Além do mais, os prisioneiros e até mesmo os próprios vigilantes seriam, igualmente, fiscalizados pelos visitantes, de modo a se maximizar a eficiência do sistema panóptico. Para garantir que os encarcerados não sofressem estigmatização da sociedade, após serem libertados do cárcere – já que seriam observados pela população –, o autor propôs a solução, um tanto quanto performática, de que utilizassem máscaras, cujos formatos e feições poderiam variar conforme a gravidade de cada delito praticado. No mais, os presídios, para cumprirem com essas funcionalidades, deveriam ser construídos próximos às cidades.[73]

Como se vê, o plano arquitetônico panóptico tinha um quê de delirante, mas não se pode incorrer no erro de subestimar a repercussão que obteve, gerando expectativas de futuro projetadas pelos sistemas penais. Tanto que foi discutido pelos responsáveis pela estruturação das instituições carcerárias de vários países – tendo sido debatido até mesmo pelo parlamento francês revolucionário. Apesar disso, o projeto nunca se materializou nos exatos moldes defendidos por Jeremy Bentham[74] – algumas décadas depois, já no século XIX, o modelo panóptico foi adaptado e utilizado em uma serie de construções penitenciárias, ao redor do mundo.

É importante entender que o panóptico era muito mais que um simples desenho prisional, sendo um verdadeiro *projeto moral* de sociedade.[75] Como bem definiu Michel Foucault, o esquema panóptico foi criado para ser difundido em todo o corpo social, generalizando-se como modelo para outras instituições, como fábricas, escolas, hospitais, entre outros. Nesse sentido, "o panoptismo é o princípio geral de uma nova anatomia política, cujos objeto e finalidade não são as questões de soberania, mas, sim, as relações de disciplina".[76] O fato de ter tido pouca concretude, em seus moldes originais, não desmerece o papel que teve, de dar forma a expectativas bem delineadas de um futuro de controle e disciplinamento social. Até mesmo no Brasil escravagista, o panóptico inspirou o projeto de construção da Casa de Correção Imperial – muito embora nunca tenha passado de uma idealização.[77] Como bem definiu Michelle Perrot,

73. MILLER, Jacques-Alain. *A máquina panóptica de Jeremy Bentham*... p. 96-97.

74. PERROT, Michelle. *O inspetor Bentham*...

75. MACÊDO, Lívia Maria Silva. *Jeremy Bentham penitenciarista*... p. 305.

76. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*... p. 243.

77. Conforme demonstrado no excelente estudo de Andrei Koerner, "a penetração das relações sociais escravistas nas prisões do Império projetadas segundo o modelo panóptico conduzem à questão do funcionamento da norma social neste tipo de sociedade. Seria possível um hipotético panóptico tropical-escravista?". O autor responde

enquanto "formidável plano de transformação social pelo controle, o panópico tem *tons de ficção científica. Como todas as utopias, ele nos diz algo sobre nosso futuro*".[78]

4. Revisão crítica da experiência da prisão

Talvez não fosse muito acertado apontar um período temporal determinado, destacado pelo surgimento de uma crise, no instituto da prisão. Pelo contrário, verifica-se com respeito à prisão uma espécie de *crise perene*, já que a sanção de aprisionamento sempre esteve em xeque, diante de seus inúmeros problemas e do distanciamento entre suas funções declaradas e as práticas punitivas concretas. Por isso a tão propalada crise prisional não seria meramente conjuntural, mas, sim, estrutural, revelando a perigosa corrosão no alicerce de sustentação discursiva dessa modalidade punitiva.

De todo modo, sabe-se que já a partir da década de 50 – mas principalmente na década de 60 em diante –, as diatribes levantadas contra a pena de prisão começaram a ganhar volume em todo o mundo, a ponto de colocar a sua legitimidade em questão. A crise perene começa a ser difundida, propagandeada, tornando-se uma preocupação geral. Em face das otimistas promessas de futuro contidas nos discursos iluministas dos penitenciaristas, já discutidas acima, o saldo remanescente da experiência de décadas de aplicação maciça da prisão não era tão entusiasmante – na verdade, era negativo. A realidade prisional, definitivamente, parecia bastante distante do que se havia projetado inicialmente.

Com essas preocupações, o espanhol Mariano Ruiz Funes denunciou a situação de *decadência da pena*,[79] entendendo que a prisão não estaria mais ser-

à pergunta, afirmando que "o panóptico somente seria um modelo das relações sociais na medida em que se negasse enquanto panóptico (...) na sociedade escravista, não só a generalidade da lei do soberano não atingia a totalidade dos indivíduos no território, como também o indivíduo abstrato não existe, pois este tipo de sociedade implica a diferenciação dos indivíduos segundo a sua condição". KOERNER, Andrei. O impossível panóptico tropical-escravagista: práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 215.

78. PERROT, Michelle. *O inspetor Bentham*... p. 164, grifamos.

79. "Considerava Carnevale, como sinais certos de decadência, as mudanças pelas quais uma instituição perde a sua natureza, se bem formulada a reserva de que tais mudanças se produziam com lentidão. *No caso da pena, derrogou-se esta regra e a desintegração precipitou*". FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 114, grifos nossos.

vindo para prevenir a ocorrência de novas violências, mas, sim, para estimular a prática de novos delitos. Ademais, a sua utilidade era menor que a dos substitutivos penais – tais como a suspensão condicional da pena, as sanções pecuniárias, entre outros –, os quais chegavam a resultados inegavelmente mais interessantes.[80] Bom, parece transparente que, se os institutos de evitação da prisão conseguiam adequar-se melhor que a própria prática prisional, como respostas às situações sociais complexas que demandavam uma resposta do sistema punitivo, então, seria possível perceber que a prisão possuiria enormes dificuldades para se justificar – ou, ao menos, apresentaria problemas constitutivos sérios, enquanto prática social.

O objetivo deste capítulo não é historiar com precisão de detalhes a construção do discurso crítico em torno da pena de prisão, surgido nesse período, pois tal tarefa seria demasiado abrangente para os limites aqui propostos. O intento é apenas demonstrar, com base em exemplos esparsos, de que modo emergiu uma consciência crítica, acerca da experiência negativa da utilização da prisão, e como isso desenhou um conceito de prisão como instituto socialmente desacreditado, com um horizonte de expectativas bastante pessimista. Pretende-se trazer luzes para a lenta ressignificação do conceito de prisão, que terminou por absorver as contundentes críticas sofridas, corporificando-se na ideia de uma reprimenda *ineficaz; inútil, porém, necessária;* ou, ainda, *fadada a extinguir-se*.

Para cumprir com essa proposta, serão comentados alguns trabalhos seminais, desenvolvidos com a perspectiva crítica e empírica da sociologia norte-americana. As ciências sociais – em especial a sociologia e a psicologia – foram muito importantes para a relativização de certas ideias abstratas e estáticas, muito comuns no discurso jurídico.[81] A partir desse modelo, a prisão foi estudada, por meio da análise de suas práticas efetivas e a partir de renovados métodos e técnicas de investigação, os quais permitiram a observação da realidade prisional, para além de suas idealizações normativas. Mais à frente, tais estudos seriam fundamentais para a estruturação do paradigma criminológico da reação social,[82] especialmente preocupado com os efeitos decorrentes da criação social de estereótipos criminais, ou mesmo com as repercussões das intervenções do sistema punitivo na realidade social.

Inicialmente, as pesquisas passaram a dar uma enorme atenção ao nicho de relações sociais estabelecidas naturalmente, nos espaços prisionais. Donald

80. FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*... p. 115.

81. KOSELLECK, Reinhart. *Entrevista*... p. 143.

82. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Clemmer parece ter sido pioneiro na identificação de uma verdadeira *comunidade prisional*, com características e cultura próprias.[83] Segundo essa lógica, não se poderia compreender a prisão ignorando a complexa teia de laços sociais que ali se estabelecem. Mais que isso, as altas taxas de reincidência criminal podem ser bem explicadas pela constatação de um fenômeno cultural bem ordinário nas instituições de reclusão. Trata-se do paulatino estranhamento e inadaptação do detento, com relação aos valores culturais da sociedade geral e, em paralelo ao primeiro movimento, da sua adaptação cultural àqueles valores inerentes ao ambiente prisional – em regra, mais violentos e artificiais. Esse fenômeno foi denominado pelo autor de *prisionização*, termo que pode ser utilizado para "indicar a assimilação, em maior ou menor grau, das regras habituais, costumes, hábitos e cultura geral da penitenciária".[84] Com essa observação, tem-se a convicção de que o cárcere, ao contrário do que comumente afirmado, não ressocializa os detentos, antes, os dessocializa, induzindo neles um comportamento cultural completamente afastado dos valores adotados pela sociedade.

Em outro estudo bastante impactante sobre o tema, desenvolvido por Erving Goffman, temos algumas considerações extremamente importantes a respeito do funcionamento das *instituições totais* – ambientes que regram minuciosamente toda a existência de seus cativos –, tais como os prisionais.[85] Segundo o autor, desde o primeiro momento existiria a necessidade de *romper com o passado*, com a cultura trazida pelo cativo, forçando-se a adaptação do detento às novas exigências e *mores* prisionais. Com essa finalidade, desenvolvem-se *processos de admissão*, com alto significado simbólico, com o intuito de provocar a sua perda de identidade, promovendo a sua adaptação e disciplina ao novo ambiente. Esses *ritos degradantes* terminam por promover uma *mortificação do eu*, na medida em que o detento não mais disporia de objetos pessoais identitários, não poderia mais comportar-se da forma como outrora habituado,

83. CLEMMER, Donald. *The prison community*. Nova York: Rinehart, 1958.

84. CLEMMER, Donald. *The prison community*... p. 299.

85. "Quando resenhamos as diferentes instituições de nossa sociedade ocidental, verificamos que algumas são muito mais *fechadas* do que outras. Seu *fechamento* ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais estabelecimentos dou o nome de *instituições totais*, e desejo explorar suas características gerais". GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 16, grifos no original.

por vezes não manteria nem mesmo seu nome, sendo denominado por meio de alcunhas ou apelidos. A padronização de hábitos e proibição de comportamentos autônomos ensejaria a deformação da personalidade do interno, que necessita passar por uma adaptação psicológica a um ambiente absolutamente hostil e artificial, com sérios prejuízos a sua socialização.[86] Nesse sentido, os *processos de mortificação do eu*, resultantes da aplicação de práticas prisionais, dificultam ainda mais o processo de socialização do detento, inviabilizando uma adaptação social no pós-cárcere, catalisando a reincidência criminal e, por essa razão, deslegitimando a própria pena de prisão.[87]

A crise da pena de prisão também suscitou um renovado interesse pelo estudo de sua história, o que motivou a edição de uma série de trabalhos importantes, especialmente a partir da década de 70.[88] Tais obras tinham em comum a busca por explicações convincentes para o problema penitenciário, por meio de questionamentos que iam além do esmiuçamento de premissas exclusivamente jurídicas ou filosóficas, em uma tentativa de estabelecer epistemologicamente vínculos entre o sistema punitivo e a estrutura sociopolítico-econômica, em dado período histórico.[89]

---

86. "Nas instituições totais, geralmente há necessidade de esforço persistente e consciente para não enfrentar problemas. A fim de evitar possíveis incidentes, o internado pode renunciar a certos níveis de sociabilidade com seus companheiros". GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*... p. 45.

87. Para um estudo desse fenômeno, focado no universo de presidiárias femininas: PIMENTEL, Elaine. *As mulheres e a vivência pós-cárcere*. Maceió: Edufal, 2015.

88. "O início do interesse pela história da instituição carcerária coincide, para nós, com a explosão, no final dos anos 1960, da gravíssima crise na qual a instituição se encontrava (e se encontra até hoje). Como sempre acontece nos momentos de crise, fomos levados a nos colocar algumas perguntas que diziam respeito à natureza mais profunda, à essência mesma do fenômeno carcerário". MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*... p. 19.

89. Muito embora seja patente a necessidade de buscar a compreensão das razões extrajurídicas para os fenômenos punitivos, parece que o exagero de negar em absoluto a relevância do campo jurídico-penal para a conformação dessas práticas não é de todo correto. Isso porque a cultura jurídica também serve como justificativa ideológica, influenciando a emergência de práticas e discursos punitivos. Nesse sentido, possui inegável relevância histórica. Assim, não é o caso de isolar esse dado jurídico, como único fator a influenciar as questões criminais, tampouco se deve ignorá-lo totalmente. É recomendável um modelo de pesquisa histórica que busque, deliberadamente, evitar a utilização de uma concepção de *monocausalismo mecânico* – no sentido de que apenas os dados jurídicos – ou econômicos, ou políticos etc. –, isoladamente, seriam os motivadores de determinadas práticas criminais. Mais sobre o

O exemplo mais importante desses estudos históricos certamente é a obra *Punição e estrutura social*, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer. Trata-se de um legítimo produto da escola de Frankfurt, publicado inicialmente no ano de 1939. Contudo, foi somente a partir da segunda edição da obra, lançada pela Universidade de Colúmbia, no ano de 1967, que o trabalho teve enorme repercussão. Muito provavelmente, a mentalidade vigente à época de seu lançamento original, bem como o fato de ter sido publicado no período da Segunda Grande Guerra, terminaram por atrapalhar a circulação das ideias ali contidas. Com a já comentada crise da pena de prisão, reverberada nos trabalhos acadêmicos das décadas de 60 e 70, foi possível receber os seus ensinamentos e discuti-los com a profundidade necessária.

Segundo os autores, as teorias da pena não serviriam para explicar as razões para determinadas modalidades de punição aparecerem em determinados momentos históricos, devendo-se, portanto, buscar nos sistemas punitivos concretos e práticas penais específicas o real significado para a sua emergência.[90] Nesse sentido, pode-se observar que mudanças importantes nos sistemas socioeconômicos costumam ser acompanhadas de alterações nas formas de punição criminal. Com esse Norte, são apontadas as variações por que passou o sistema punitivo desde a Baixa Idade Média, conforme os câmbios efetuados na sociedade europeia – particularmente a inglesa. Com relação ao tema deste artigo, pode-se afirmar que o surgimento da prisão como modalidade punitiva global é consequência do avanço da industrialização, que provocou a perda de interesse econômico na exploração do trabalho, nas antigas *casas de correção* – instituições para onde eram enviados os mendigos, vagabundos e criminosos para o disciplinamento fabril.[91] Como o trabalho prisional não era mais útil, do ponto de vista econômico, não se fizeram mais investimentos no cárcere, os detentos começaram a ser deixados no ócio total. Contudo, as condições de vida dos presidiários deveriam ser sempre bem piores que as do mais miserável dos cidadãos livres – segundo a lógica que ficou conhecida como princípio da *less elegibility* –, por isso passou-se a exigir, em alguns casos, trabalhos forçados com natureza apenas supliciante, sem nenhum valor econômico. O trabalho teria natureza punitiva, servindo como uma modalidade de tortura.[92]

assunto: SANTOS, Hugo Leonardo R. *Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais*...

90. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*... p. 19-20.
91. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*... p. 146.
92. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*... p. 158-159.

A América Latina, como grande *lócus* de *instituições de sequestro*,[93] não poderia ficar alheia a essas críticas estruturais à pena de prisão. Assim, vários autores denunciaram as condições desumanas dos cárceres latino-americanos, além de sua ineficiência patente, com respeito às finalidades normativas declaradas. Por exemplo, no final da década de 60, Elias Neuman e Víctor Irurzun lançaram a primeira edição de seu clássico estudo sobre a situação prisional da Argentina, adotando a tendência de descrição sociológica sobre o fenômeno carcerário. Nesse trabalho, dissertando sobre a readaptação social do preso, chegaram a afirmar que "é mister optar por um esquema direto e ávido de realidade, sobretudo de realidade circundante. Onde mais ouvimos falar de readaptação social é nos países que não puderam – como o nosso – desprender-se de *sistemas penitenciários cloacais e regimes de depósito*".[94] No Brasil, pode-se citar Augusto Thompson, que lançou críticas contundentes acerca do sistema prisional pátrio, questionando a sua legitimidade, diante dos descalabros que denunciou, já no fim da década de 70.[95]

Como visto, boa parte dessas críticas à pena de prisão foi decorrente de um novo paradigma criminológico de compreensão do crime, representado pela ênfase na punição como uma reação da sociedade – no que ficou conhecido como *labelling approach*, e que, a partir da posterior incorporação de algumas premissas do marxismo, foi denominado como *criminologia crítica ou radical*. Não é objetivo deste artigo detalhar as variadas versões desse modelo criminológico, mas cumpre afirmar que existem divergências importantes entre algumas dessas visões, a ponto de ser mais recomendável falar-se em *criminologias críticas*,[96] num plural que descreve a grande diversidade de concepções.

93. Sobre o tema, ver: ANITUA, Gabriel Ignacio. A América Latina como instituição de sequestro. *In*: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

94. NEUMAN, Elías; IRURZUN, Víctor J. *La sociedade carcerlaria*: aspectos penológicos y sociológicos. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 12, grifamos.

95. O autor chegou a afirmar que "a questão penitenciária não tem solução *em si*, porque não se trata de um problema *em si*, mas parte integrante de outro maior: a questão criminal, com referência ao qual não desfruta de qualquer autonomia. A seu turno, a questão criminal também nada mais é que mero elemento de outro problema mais amplo: o das estruturas sócio-político-econômicas. Sem mexer nestas, coisa alguma vai alterar-se em sede criminal e, menos ainda, na área penitenciária". THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 110, grifos no original.

96. Para uma visão panorâmica das variadas tendências da criminologia crítica: ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*... p. 657-687.

De toda forma, podem-se apontar dois aspectos que parecem extremamente importantes, no que diz respeito à questão da recepção desses discursos criminológicos.

Primeiramente, não se pode deixar de reconhecer que as críticas empreendidas tiveram um papel crucial na ruína do sistema criminal do Estado de bem-estar, que se caracterizava pela crença na ressocialização do delinquente. Ocorre que os criminólogos criticaram o correcionalismo penal de forma contundente.[97] Contudo, talvez sem o saber, terminaram desse modo contribuindo para a emergência de práticas bem distintas daquelas imaginadas ou propostas. Se o teor das indagações invariavelmente proclamava uma menor intervenção no indivíduo encarcerado, a ineficácia de controle disciplinar sobre os indivíduos, ou a desumanidade do sistema prisional, qual não deve ter sido a decepção desses pesquisadores, ao constatarem, poucos anos depois, a ocorrência de um grande aumento dos índices de aprisionamento. Como bem sintetizou David Garland, "o movimento anticorrecionalista abriu as portas para um conjunto de mudanças que ele jamais previra e que não podia controlar".[98]

De outro lado, também pode ser apontado um progressivo afastamento do discurso científico dos especialistas, com relação às práticas do campo criminal. Esse movimento pode ser bem exemplificado pela grande difusão que teve o abolicionismo penal, especialmente a partir da década de 80, sendo que tais ideias estavam absolutamente desconectadas, já naquele momento, das práticas punitivas daquele quadrante histórico. Nesse sentido, pode-se verificar nas propostas dos principais autores dessa corrente crítica radical uma postura paradigmática – ainda que utópica –, e que não logrou muito sucesso nas transformações pretendidas.

Thomas Mathiesen, por exemplo, um dos principais autores dessa corrente criminológica, chegou a esquematizar um programa abolicionista, para combater o que chamou de *ideologia da prisão*. Segundo o planejamento, deveria ser destacado um plano legislativo – relativo aos aspectos de *despenalização*, com a ampliação dos delitos não encarceráveis, e de *descriminalização*, com a alteração do próprio fim do direito penal e do conceito de delito –, além de uma *preparação política*, de modo a munir a sociedade de práticas e representações que fortaleceriam os ideais de reparação e solidariedade – de modo a

97. Aliás, a criminologia crítica sempre foi muito mais prolífica nas críticas que nas propostas viáveis, muitas vezes optando deliberadamente por um discurso utópico e, por isso mesmo, demasiado afastado da realidade social.

98. GARLAND, David. *A cultura do controle*... p. 171.

possibilitar a extinção da aprisionamento, deixando patente a sua inutilidade, como solução para os problemas sociais.[99] Também Louk Hulsmann foi bastante importante, no que diz respeito a essas propostas abolicionistas, tendo se focado mais em uma transformação da própria ideia de delito – que, segundo ele, deveria ser tratado como uma *situação problemática*. Para o autor holandês, seria preciso retirar a formalidade do sistema punitivo, aproximar a solução da situação ao interesse da vítima, mudar a própria linguagem do campo criminal.[100] Sobretudo, seria preciso esforçar-se por mudar a postura individual de cada um, para com o crime, pois "a abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções, atitudes e comportamentos".[101] Por fim, Nils Christie também empreendeu esforços críticos contra a pena de prisão, a qual, na sua visão, resultava em um excesso de sofrimento. Nesse sentido, a abolição seria uma opção moral pela diminuição da dor, por meio da viabilização de alternativas às punições.[102]

Apesar da coerência e correção de muitos desses argumentos abolicionistas, ocorre que, como já dito, o campo criminal começou a ser cada vez menos suscetível às opiniões dos especialistas – dentre os quais se incluem os pesquisadores da área, além de profissionais das instituições penais, tais como psicólogos, agentes sociais, entre outros. A proeminência das medidas criminais passou a ser dos políticos e gestores do sistema penal.[103] Por essa razão, o abolicionismo causou pouco impacto no *pensamento governamental* e na *política institucional*, apesar de ter obtido importância na academia.[104] Esse descrédito, somado a outros fatores sociais – tais como o enorme aumento das taxas criminais e a crescente fragilidade das instâncias informais de controle social – provocaram um grande ceticismo na capacidade de o sistema criminal resolver os problemas de violência e delitos.[105] Por isso, os objetivos do Estado punitivo foram

99. MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prision*. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 255-266.

100. HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993.

101. HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. *In*: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.). *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM, 1997. p. 212.

102. CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*: the role of punishment in penal policy. Oregon: Wipf & Stock, 2007. p. 11.

103. GARLAND, David. *A cultura do controle*... p. 250.

104. GARLAND, David. *A cultura do controle*... p. 241.

105. GARLAND, David. *A cultura do controle*... p. 247.

paulatinamente cambiados. Seria mais útil resolver os efeitos do crime, já que não se poderia evitar a criminalidade, com os instrumentos conhecidos. Desse modo, as respostas ao crime passaram a se valer de uma atitude *gerencialista*, no sentido de se administrar os conflitos violentos a partir da importação de técnicas de gestão. O paradoxo é que as novas soluções gerenciais continuaram passando pelo modelo da prisão como mecanismo de contingenciamento, de prevenção de riscos sociais.

Não obstante todo esse discurso crítico, a prisão foi fortalecida, como pode ser percebido pelos aumentos dos índices de encarceramento. Isso chama atenção, a um só tempo, para duas questões cruciais para o entendimento da questão: primeiro, os discursos e as práticas punitivas se entrelaçam, mas não são absolutamente coincidentes. As decisões políticas e contingências socioeconômicas, por vezes desvinculadas dos discursos que lhes são subjacentes, impactam nas ações do sistema criminal, as quais, por sua vez, influenciam a emergência de novos discursos punitivos.[106] Segundo, ainda mais importante para o presente estudo: a frustrante experiência acumulada em torno das práticas prisionais – um conjunto secular de fracassos e decepções – foi rapidamente esquecida – ou talvez seja mais adequado dizer, foi ignorada –, em prol da continuidade do encarceramento. Entretanto, não se produziu nenhum horizonte de expectativas futuras desse mecanismo de controle, já que a inutilidade do instrumento prisional é admitida por todos. Prevaleceu, tanto no senso comum como também na mentalidade de boa parte dos atores do sistema criminal, a solução simplista e cínica de um *presentismo distópico:* mais prisão, de preferência, com penas mais longas e as condições menos humanas possíveis.

5. Razão cínica e a insistência em uma expectativa frustrada: o grande encarceramento

Nem mesmo todas as críticas desenvolvidas nas últimas décadas foram suficientes para refrear a enorme aceleração da utilização do encarceramento, como mecanismo punitivo. De tal forma, que se presenciou uma verdadeira

106. Por esse motivo, uma série de novas teorias criminológicas surgiu, para defender a utilização maciça de prisão e de controle social formal na resolução dos problemas urbanos cotidianos. Tais propostas teóricas baseavam-se na prevenção situacional do crime, na escolha racional, entre outras premissas. Para maiores detalhes: SANTOS, Hugo Leonardo R. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

reinvenção da prisão,[107] constatada de forma inequívoca pelos elevadíssimos índices atuais de aprisionamento, em todo o mundo.[108] Contudo, não se trata verdadeiramente de um fenômeno que se origina de uma razão teleológica, bem alicerçada em princípios, tal como a do discurso do iluminismo penal, que projetou horizontes de utilidade social, por meio da difusão da pena de prisão. Pelo contrário, tem-se uma espécie de *razão cínica*, corporificada na insistência em uma pseudossolução para a violência e criminalidade – a prisão –, ainda que se saiba perfeitamente que esse instrumento é absolutamente ineficaz para atingir as finalidades declaradas oficialmente pelo sistema penal. Não custa esclarecer: persistir conscientemente em um equívoco, representado pelo aumento irracional e excessivo do mecanismo prisional, equivale a uma ação temerária – ou, simplesmente, a pura má-fé.

Como bem percebeu Maurício Dieter, a prisão teve de ser relegitimada, em face de tantas críticas que recebeu nas décadas passadas. E a sua fundamentação terminou sendo a mais simplista: o encarceramento serviria tão somente para a inocuização de certos indivíduos perigosos, sem que se esperasse mais do instituto que a mera exclusão social. O fato de a *prevenção especial negativa* ter sido revalorizada não surpreende, segundo o autor, já que ela teria se mantido "no cardápio punitivo como opção extravagante e amarga – ao menos para o paladar progressista – desde sua decadência no final do século XIX".[109] A verdade é que causa perplexidade observar o distanciamento que se produziu entre o discurso acadêmico consolidado – tendente a repudiar a prisão como panaceia para os males sociais – e as práticas punitivas das agências penais.

Entre os fatores que poderiam ter influenciado esse aumento vertiginoso do aprisionamento, vários costumam ser apontados como *causa principal* do fenômeno. Massimo Pavarini fez uma síntese dos principais,[110] afirmando que a alta da criminalidade durante as décadas de 1970 e 1980, o advento de legislações penais mais repressivas e a maior severidade das instituições do sistema criminal foram apontados como os causadores do grande encarceramento. Não obstante, nenhum desses fatores poderia ser entendido como o definitivo para a questão

107. GARLAND, David. *A cultura do controle...* p. 59.

108. CHRISTIE, Nils. *Elementos de geografia penal*. Discursos sediciosos, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

109. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 100, grifamos no final.

110. PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. *In*: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 302-309.

carcerária. O primeiro desses argumentos, talvez o mais frágil deles, cai por terra quando se nota que o aprisionamento não repercute, necessariamente, sobre os índices de violência, não havendo sempre uma relação simples e direta entre prisão e crime. Pelo contrário, pode-se verificar, em algumas localidades, o aumento de índices de criminalidade e de aprisionamento, concomitantemente. De outro lado, com relação aos dois últimos fatores, parece que eles são resultantes de um cenário social contemporâneo bastante modificado, sendo mais bem classificados como consequências do inflacionamento carcerário, e não como suas causas. Por isso, tem razão o autor, quando adverte que as explicações monocausais parecem se enfraquecer, diante da hipótese de alteração substancial no próprio modelo social[111] – com a consequente repercussão nos campos cultural e comportamental, produzindo efeitos os mais variados. Nesse sentido, passou-se de um Estado de bem-estar para um verdadeiro *Estado penal*.[112]

Dentre os vários reflexos do aumento prisional, não passa despercebido o seu aspecto econômico. A prisão contemporânea se inseriu de modo importante na economia, criando um verdadeiro nicho de mercado.[113] Essa aproximação vai além da lucratividade gerada diretamente pelo trabalho prisional, a qual pode ser bastante atrativa para empresas. Também se relaciona com a conveniente oferta, por parte de setores do mercado, de produtos e serviços necessários à manutenção da estrutura carcerária, tais como o fornecimento de alimentação, armas e dispositivos de segurança, construções de unidades prisionais, entre tantos outros. Isso sem mencionar-se a rentabilidade decorrente da própria terceirização do cárcere.[114] O que é questionável, nesse ponto, é se o sistema prisional poderia se valer de uma lógica de mercado, a qual poderia, inclusive, estimular a utilização do aprisionamento com fins de lucratividade privada.

111. PAVARINI, Massimo. *O encarceramento de massa*... p. 306-307.

112. As referências sobre o tema são muito numerosas. Apenas para exemplificar: GARLAND, David. *A cultura do controle*... WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

113. CHRISTIE, Nils. *Crime control as industry*: towards gulags, Western style. 3. ed. Nova York: Routledge, 2000. p. 111-141.

114. HERIVEL, Tara. *Quem lucra com as prisões*: o negócio do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2013. O fenômeno da intervenção privada na questão carcerária já tem produzido efeitos no Brasil, e merecido a atenção de estudos: PASSOS, Anderson Santos dos. Os particulares na execução penal: a privatização de estabelecimentos prisionais no Brasil sob uma perspectiva jurídico-constitucional. *In*: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 435-466.

A prisão, não obstante, transcende o âmbito da economia, tendo se transformado em uma verdadeira *questão cultural*.[115] Assim, mesmo quando o retorno econômico da segregação punitiva não resta evidenciado, é possível evidenciar o recrudescimento das políticas criminais, as quais são sintomáticas de uma nova mentalidade, diante dos problemas sociais. Daí a necessidade de se proceder com uma análise que leve em conta aspectos históricos e sociológicos, conjuntamente, dada a complexidade da questão.[116] Nesse sentido, alguns elementos podem ser destacados para a compreensão do aumento prisional.

O primeiro deles é a noção de risco social, que na contemporaneidade toma proporções importantes. As práticas encarceradoras costumam se pautar na ideia de que o crime e a violência são grandes riscos para a sociedade, sendo que muitas vezes essa percepção não possui necessariamente um ancoramento na realidade social. Aliás, a própria percepção do risco alegado depende de uma série de circunstâncias sociais e políticas, sendo, por essa razão, bastante relativa.[117] De todo modo, as manifestações punitivas pautadas pelas apreensões causadas pelo perigo – real ou exagerado – sempre são extremadas. Nesse sentido, cumpre lembrar que "o medo é avesso à racionalidade, e, aliado à angústia (insegurança ontológica), resulta na agressividade. Logo, as políticas criminais resultantes do medo *sempre se caracterizam por uma desproporcional manifestação do poder punitivo*, uma espécie de vingança desmedida".[118]

Outra consequência dessa *cultura punitiva* diz respeito ao comportamento dos atores do sistema criminal, sempre condizente com a manutenção da prisão como resposta preferencial – ou única – para as condenações. É interessante observar, nesse sentido, que algumas medidas despenalizadoras ou

115. Diga-se de passagem, essa manifestação cultural também é explorada comercialmente. "A prisão enquanto *commodity* emerge quando a própria cultura prisional é comercializada e vendida para o consumo em massa". HERIVEL, Tara. *Quem lucra com as prisões*... p. 118, grifamos.

116. GARLAND, David. *A cultura do controle*... p. 71.

117. Interessante o estudo de Jonathan Simon, contrapondo a preocupação com os riscos da criminalidade, entre norte-americanos, com os riscos ambientais, entre europeus, o que teria influenciado o aceleramento do encarceramento estadunidense, em comparação com ocorrido na Europa. SIMON, Jonathan. Fear and loathing in late modernity: reflections on the cultural sources of mass imprisonment in the United States. GARLAND, David (org.). *Mass imprisonment*: social causes and consequences. Londres: Sage, 2001. p. 15-27.

118. SANTOS, Hugo Leonardo R. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*... p. 69, grifos no texto original.

desencarceradoras trazidas por legislações recentes não surtiram os efeitos esperados, tendo sido incapazes de desacelerar o fenômeno do grande encarceramento. Conforme lembrou Salo de Carvalho, "nas duas últimas décadas inúmeras hipóteses concretas de estabelecimento de filtros minimizadores da prisionalização foram obstaculizadas pelo Poder Judiciário, nitidamente influenciado pela racionalidade punitivista".[119] É o que ocorreu, por exemplo, com a Lei 12.403/2011, que estabeleceu nova regulamentação para as prisões processuais e medidas cautelares. Apesar de esse novo regramento claramente priorizar soluções não encarceradoras para o acautelamento do processo penal, deixando a prisão preventiva como medida excepcionalíssima, não se verificou uma diminuição sensível do aprisionamento. O mesmo autor advoga que não adiantaria de nada a criação formal de alternativas à prisão que não se convertem efetivamente em práticas, devido à centralização que o cárcere possui no sistema criminal, em razão de uma cultura punitivista.[120] Conclui-se pela necessidade de uma mudança cultural, de uma aposta no difícil trabalho de convencimento dos atores das agências penais, fazendo-os perceber que o aprisionamento não pode ser utilizado como única medida sancionatória, no campo penal.

O encarceramento hoje representa uma opção política – ainda que não declarada – pelo aprisionamento em massa de determinados contingentes populacionais, em regra, compostos daqueles que já são marginalizados socialmente. Dessa maneira, a exclusão do cárcere acopla-se funcionalmente a uma exclusão social, que lhe é preexistente. Contudo, não se trata de uma estratégia bem organizada, uma espécie de plano lógico e sistematizado de criminalização da pobreza.[121] É mais factível compreender a atual situação do sistema carcerário como sendo o resultado de uma série de opções e técnicas políticas, as quais moldaram uma estrutura de segregação punitiva. Por isso, não se defende que a aceleração do aprisionamento seja o resultado de um maligno intento político, mas, sim, de um corpo de práticas punitivas e saberes legitimadores que atuam, em escala fragmentária e pulverizada, sobre a realidade social.[122]

---

119. CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In*: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 366.

120. CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47.

121. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*... p. 20.

122. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*... p. 34-35.

O fato é que se abriu mão, há muito tempo, de grandes pretensões com relação à imposição da pena de prisão. Não se acredita mais em sua capacidade de ressocialização, em sua utilidade social. Por outro lado, não se procurou alternativas à prisão – ao menos de modo importante –, tendo o sistema penal insistido em lançar mão de uma técnica meramente paliativa, apesar de extremamente gravosa, uma espécie de contingenciamento de riscos indesejáveis. Essa lógica atuarial[123] foi a base de muitas políticas criminais autoritárias, as quais simplesmente se esforçaram por promover a inocuização de certos grupos sociais, entendidos como perigosos. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a política de *tolerância zero*, a qual se baseou em teorias pseudocientíficas para justificar o aumento do rigor e da seletividade punitiva,[124] invariavelmente direcionada para o aprisionamento de setores empobrecidos da população. Nesse ponto, não é possível deixar de fazer eco à observação de Loïc Wacquant, quando apontou que esse *punitivismo neoliberal*, fundamentador de tais políticas autoritárias, costuma ser ainda mais sedutor nos países latino-americanos.[125]

Ao final, pode-se afirmar que a experiência de séculos de aprisionamento – sabidamente fracassada, no que diz respeito à consecução de suas metas declaradas – é solenemente (e estrategicamente) ignorada. Tampouco existe a preocupação em se elaborar um horizonte de expectativas, pois a ideia de futuro é também questionada. Vive-se o presente, aceitando-se a realidade dessa instituição punitiva e, ao mesmo tempo, desistindo-se de uma superação desse cenário desastroso, evitando-se o enfrentamento do problema carcerário. Adota-se, assim, a lógica niilista de que a prisão é *inútil, porém necessária*. Desse modo, as populações prisionais seguem em um crescente *continuum*, muitas vezes concomitantemente ao incremento da violência e criminalidade nas sociedades. O cinismo reside no fato de as pessoas – incluindo muitos especialistas – não se aperceberem do absurdo dessa situação e, o que é pior, negarem uma séria reflexão a seu respeito.

Tem-se assim uma *conveniente amnésia*, quanto à experiência prisional, um ceticismo quanto ao seu futuro, e um cinismo, no que diz respeito à insistência na utilização da prisão, como instrumento padrão (ou único) de controle social. A prisão segue, por inércia, em um tempo presente de punitividade irracional, sem historicidade, desprovido de passado e futuro. *O presentismo, desse modo, cumpre com o papel inglório de sustentáculo de uma razão cínica.*

123. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial...*

124. SANTOS, Hugo Leonardo R. *Estudos críticos de criminologia e direito penal...* p. 81-84.

125. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 7.

6. Referências

AMBOS, Kai. Cesare Beccaria e a humanização do direito penal: uma leitura crítica com especial ênfase em seus argumentos contra a pena de morte e a tortura. *In*: AMBOS, Kai. *Ensaios de direito penal e processual penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

ANITUA, Gabriel Ignacio. A América Latina como instituição de sequestro. *In*: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. *In*: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2014.

BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou casa de inspeção. *In*: TADEU, Tomaz (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. Posição da culpabilidade na dogmática penal. *Revista de estudos criminais*. n. 16. Porto Alegre: PUC RS/ITEC, 2004.

BUSATO, Paulo César. Beccaria, o contratualismo e o controle social do intolerável como fundamento da pena e do próprio direito penal. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). *Ler Beccaria hoje*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In*: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHRISTIE, Nils. *Crime control as industry*: towards gulags, Western style. 3. ed. Nova York: Routledge, 2000.

CHRISTIE, Nils. Elementos de geografia penal. *Discursos sediciosos*. ano 7. n. 11. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*: the role of punishment in penal policy. Oregon: Wipf & Stock, 2007.

CLEMMER, Donald. *The prison community*. Nova York: Rinehart, 1958.

COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje. *In*: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2014.

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

FEBVRE, Lucien. Leur histoire et la notre. *In*: FEBVRE, Lucien. *Combats pour le histoire*. Paris: Librairie Armand Colin, 1992.

FERES JÚNIOR, João. Para uma histórica conceitual crítica do Brasil: recebendo a Begriffsgeschichte. *In*: FERES JÚNIOR, João; JASMIN, Marcelo (orgs.). *História dos conceitos*: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: PUC Rio/ Loyola/IUPERJ, 2007.

FERES JÚNIOR, João. De olho nas pesquisas futuras: as camadas teóricas da história dos conceitos. *In*: FERES JÚNIOR, João (org.). *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

FOUCAULT, Michel. *L'Arqueologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1975.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

FREITAS, Ricardo de Brito. *Razão & sensibilidade*: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de janeiro: Revan, 2014.

GEIS, Gilbert. Jeremy Bentham. *In*: MANHEIM, Hermann (ed.). *Pioneers in criminology*. 2. ed. New Jersey: Patterson Smith, 1973.

GODFREY, Barry S.; WILLIAMS, Chris A.; LAWRENCE, Paul. *History & Crime*. Londres: Sage, 2008. Edição do Kindle.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

HARTOG, François. O regime moderno de historicidade posto à prova pelas duas guerras mundiais. *In*: DUTRA, Eliana de Freitas (org.). *O Brasil em dois tempos*: história, pensamento social e tempo presente. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

HARTOG, François. *Regimes de historicidade*: presentismo e experiências do tempo. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

HENTIG, Hans Von. *La pena*: las formas modernas de aparición. Madri: Espasa-Calpes, 1968. v. 2.

HERIVEL, Tara. *Quem lucra com as prisões*: o negócio do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

HOWARD, John. *The state of prisons in England and Wales*. Londres: Willian Eyres ed. Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id=4Eh-

NAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=en&pg=GBS.PP9]. Acesso em: 16.10.2016.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. *In*: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.). *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

KOERNER, Andrei. O impossível panóptico tropical-escravagista: práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*. Rio de Janeiro: UERJ/Contraponto, 1999.

KOSELLECK, Reinhart. Entrevista. *In*: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. *História dos conceitos*: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUC Rio/Loyola/IUPERJ, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. História dos conceitos e história social. *In*: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuições à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2011.

KOSELLECK, Reinhart. Espaço de experiência e horizonte de expectativas: duas categorias históricas. *In*: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuições à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2011.

KOSELLECK, Reinhart. O futuro passado dos tempos modernos. *In*: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuições à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2011.

KOSELLECK, Reinhart *et al*. *O conceito de história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

MACÊDO, Lívia Maria Silva. Jeremy Bentham penitenciarista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. *Bens jurídico-penais*: da teoria dogmática à crítica criminológica. Curitiba: Juruá, 2016.

MAIA, Clarissa Nunes *et al*. História e historiografia das prisões. *In*: MAIA, Clarissa Nunes *et al* (orgs.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 1.

MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prision*. Buenos Aires: ediar, 2003.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. *In*: TADEU, Tomaz (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

MONACHESI, Elio. Cesare Beccaria. *In*: MANHEIM, Hermann (ed.). *Pioneers in criminology*. 2. ed. New Jersey: Patterson Smith, 1973.

NEUMAN, Elías; IRURZUN, Víctor J. *La sociedade carcerlaria*: aspectos penológicos y sociológicos. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1984.

ORTIZ, Luis. De la prisión. MATUS, Jean Pierre (org.). *Beccaria 250 años después*. Buenos Aires: B de F, 2011.

PASSOS, Anderson Santos dos. Os particulares na execução penal: a privatização de estabelecimentos prisionais no Brasil sob uma perspectiva jurídico-constitucional. ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. *In*: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PERROT, Michelle. O inspetor Bentham. *In*: TADEU, Tomaz (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

PIMENTEL, Elaine. *As mulheres e a vivência pós-cárcere*. Maceió: Edufal, 2015.

PIRES, Alvaro. Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité penale moderne. *In*: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro (orgs.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelas: Larcier, 2008. v. 2.

RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. *Humanização das ideias penais?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia*: secularização e crise do pensamento jurídico. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Hugo Leonardo R. *Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais*: fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre Michel Foucault e Reinhart Koselleck. Tese de doutoramento. Recife: UFPE, 2015.

SANTOS, Hugo Leonardo R. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SIMON, Jonathan. Fear and loathing in late modernity: reflections on the cultural sources of mass imprisonment in the United States. *In*: GARLAND, David (org.). *Mass imprisonment*: social causes and consequences. Londres: Sage, 2001.

SYKES, Gresham. *Crime e sociedade*. Rio de Janeiro: Bloch, 1969.

SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. São Paulo: Estação liberdade, 2012.

SONTAG, Ricardo. *Código criminológico?* Ciência jurídica e codificação criminal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VOLTAIRE. *Comentários políticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil, de Cristina Zackseski, Bruno Amaral Machado e Gabriela Azevedo – *RBCCrim* 126/291-331 (DTR\2016\24555);
- 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);
- Proposta para prevenir a superlotação de presídios, de José Roberto Antonini – *RT* 804/483-488 (DTR\2002\498); e
- Revendo os conceitos das prisões cautelares a partir da prisão do senador Delcídio Amaral, de Alencar Frederico Margraf e Meg Francieli Svistun – *RT* 971/313-334 (DTR\2016\23069).

Le crisi dell'ordine penale liberale. I livelli della legalità tra Otto e Novecento nell'esperienza italiana

The liberal criminal order in crisis: the levels of legality in the italian experience of the 1800's and 1900's

Luigi Lacchè

Professor de História do Direito do Departamento de Direito da Universidade de Macerata.
lacche@unimc.it
Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Riassunto: Il saggio vuole tracciare un profilo sintetico della storia dell'ordine penale liberale in Italia tra Otto e Novecento. L'analisi è incentrata soprattutto sul rapporto tra la centralità del principio di legalità e il concetto di crisi. Il contributo fa vedere i diversi volti della "governamentalità" liberale. Questa postula la tutela costituzionale delle libertà dell'individuo ma, in concreto, essa opera attraverso vari livelli di legalità. La legalità penale *astratta* ha come punto di riferimento, per tutto il XIX secolo, la figura del soggetto di diritto razionale, libero, autonomo, Ma la legalità penale *concreta* è segnata, inevitabilmente, da differenziazioni e quindi da "livelli" quanto più ci si allontana dalla figura che funge da modello e si va nel terreno di chi non è proprietario, non è "indipendente" e appartiene alle classi subalterne e potenzialmente "pericolose". Questo "vizio occulto" della legalità penale *in azione* si porta dietro, nel corso della sua storia, il paradigma dell'eccezione, la possibilità di ricorrere a leggi speciali, a misure di prevenzione *praeter delictum*, a forme differenziate di politiche criminali. In tal senso, il principio di legalità è orizzonte di garanzia ma anche terreno di contraddizione e di conflitto.

Abstract: The article synthesises the history of the liberal criminal orden in Italy between the 19th and 20th centuries. It focuses mostly on the relationship between the centrality of the legality principle and the concept of crisis. It shows, therefore, several faces of liberal "governability". Liberallism claims the constitutional protection of individual freedoms, by, in concrete, it works in several distinct levels of legality. Abstract criminal legality has its reference, along 19th century, in an idealized notion of a free, autonomous and rational human being. But, concretely, criminal legality is inevitably characterized by differentiations and, therefore, by "levels" to the extent in which it departs from the idealized figured of the human being and enters the lives of those who are not priprietors, "independent", and belong to lower and potentially "dangerous" social groups. This "hidden vice" of criminal legality in action implies, in its history, a paradigm of expections, of possibilities of recurring to ad hoc statutes, of preventive *praeter delictum* measures, as well as differentiated criminal policies. The legality principle is therefore a mode o guarantee, but also a terrain of conflicts and contradictions.

Lacchè, Luigi. Le crisi dell'ordine penale liberale. I livelli della legalità tra Otto e Novecento nell'esperienza italiana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 187-221. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

Parole chiave: Principio di legalità – Ordine penale liberale – Governamentalità – Livelli di legalità – Politiche criminali.

Keywords: Legality principle – Liberal penal order – Governability – Levels of legality – Criminal policies.

Sumário: 1. Due campi semantici. 2. Le crisi e le legalità. 3. Come un Giano bifronte. 4. Un esempio: la riflessione di Francesco Carrara, principe dei penalisti italiani dell'Ottocento. 5. Il codice regna ma non governa. 6. Eccezione, leggi speciali, diritto penale "amministrativo". 7. Oltre la "governamentalità liberale": alcuni spunti sul sistema penale nello Stato fascista. 8. Il lascito di una legalità inquietante.

1. Due campi semantici

Vorrei delimitare l'ambito della mia analisi – altrimenti sconfinato – evocando due principali campi semantici. Il primo campo è dominato, a partire dall'illuminismo penale, da grandi immagini "architettoniche": la legge/legalità come baluardo, fortezza, mura di cinta, cittadella, pietra d'angolo e soprattutto *architrave*. Il principio di legalità/architrave è, di volta in volta, tutto questo: un insieme composto da realtà storiche, figure retoriche e capienti mitologie.[1] Secondo questa narrazione i nostri "costruttori", giuristi e legislatori, hanno innalzato un grande edificio (lo Stato di diritto come Stato legislativo) fondato sulla riserva di legge e sulla divisione dei poteri, in grado, nel penale, di far fruttificare i principi di tassatività e irretroattività, compiendo l'incrocio determinante con il principio di uguaglianza formale.[2]

Il secondo "campo semantico" definisce e contiene la riflessione e il dibattito (relativamente) recenti sul tema della crisi (al singolare e al plurale). Crisi della centralità della legalità penale nella dimensione post-moderna del diritto contemporaneo. Ma se il primo campo semantico è quello, come abbiamo detto, della *costruzione*, ovvero dell'atto che innalza l'architrave, il secondo lo è, anche per contrasto, della *de-costruzione*. Tale processo riguarda il principio di legalità nella sua più ampia fenomenologia ma quando la "crisi" investe pienamente anche la forma più "forte" e assolutizzata di legalità, quella penale appunto, allora la *de-costruzione* non pone solo il problema della crisi di singoli aspetti ma appare piuttosto essere portatrice di una nuova domanda di *senso* posta ad una realtà dei fatti sempre più articolata e, per certi versi, inquietante.[3]

1. Cfr. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.
2. T. Padovani, Jus non scriptum *e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 9-10.
3. F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un 'principio' fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*,

Il dibattito sulla crisi del principio di legalità penale, e in particolare della riserva di legge, evoca fenomeni complessi: pensiamo all'indebolimento della funzione democraticorappresentativa del Parlamento e al peso sempre più grande delle fonti normative di derivazione "esecutiva". La formula "diritto penale giurisprudenziale" riflette invece l'espansione e la crescente legittimazione del potere normativo giudiziale: esso gioca un ruolo rilevante nel "governo" del particolarismo giuridico e co-determina – o determina *ex novo* – la *regula iuris* e quindi il diritto effettivamente applicato. Lo sfaldamento del momento politico-legislativo, la parcellizzazione "specialistica" del diritto penale "classico" registrano le trasformazioni di società sempre più incerte nel riconoscere, in forma generale e astratta, principi, culture e valori sufficientemente omogenei.[4] Sembra così sempre più presente il modello del giudice "Mercurio",[5] ovvero di un giudice "post-moderno" chiamato a dare "risposte" in un ordinamento policentrico e multilivello nel quale il diritto si differenzia e si flessibilizza. E se la legalità diventa, alla Luigi Pirandello, *una nessuna e centomila*,[6] la sua crisi sembra a taluni poter investire l'intero paradigma giuridico che l'ha generata. Il diritto penale "precarizzato", "flessibilizzato", sempre più stretto tra fonti sublegislative e pressioni che provengono dall'alto, dal piano europeo e internazionale, evoca il tema del cambiamento e della "risemantizzazione", e introduce alla discussione serrata

Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), XXXVI, 2007, t. II, pp. 1279--1280.

4. F. Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pp. 1193-1200; G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politicocostituzionale*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, pp. 3-19; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004; F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni*, cit.; G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, 2007, t. II, pp. 1247-1277; G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 91; T. Padovani, Jus non scriptum, cit.
5. Ci riferiamo alla fortunata modellistica idealtipica proposta da François Ost, in particolare in *Juge-pacificateur, juge-arbitre, jugeentraineur*, in P. Gérard, F. Ost, M. van De Kerchove (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements,* Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 1983; *Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*, in P. Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, pp. 241-272.
6. Così M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 371.

su possibili nuovi paradigmi e «equivalenti funzionali»,[7] che non possono non interrogare metodo e compiti della stessa teoria penale.[8] Il diritto penale appare, oggettivamente, più incerto e meno efficace.[9] Senza parlare, infine, della possibile elencazione di una serie di luoghi emblematici della "crisi" che tocca lo statuto dei diritti di libertà.[10]

Il dibattito sulla crisi – al di là delle diverse diagnosi, posizioni e proposte di "soluzione" – fa vedere processi di de-costruzione che non condannano *a priori* l'edificio "pericolante" e l'architrave innalzato dagli operosi costruttori. E' la molteplicità dei soggetti coinvolti a richiedere, rispetto al passato, un *approccio pluralistico* capace di sollecitare letture che vadano oltre le mitologie del monopolio politico-normativo. Si richiedono probabilmente anche approcci più innovativi in un sistema in via di forte trasformazione nel quale la logica della gerarchia e della certezza legislativa hanno perso vigore a tutto vantaggio di altri paradigmi.

2. Le crisi e le legalità

Tuttavia l'utilizzo, in senso prevalentemente negativo, della parola crisi rischia di alimentare ambiguità ed equivoci. In realtà essa contiene sia l'idea della rottura decisiva e perturbante di un equilibrio consolidato sia l'idea, fortemente "costruttiva", di trasformazione, di cambiamento, insiti in ogni forma di evoluzione storica. Nel dibattito appena sommariamente evocato si ha talvolta l'impressione che, anche solo implicitamente, prevalga alla fine una storia che potremmo definire a tre tempi: il primo tempo delle origini

7. Cfr. G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, Monduzzi, 2005; M. P. Iadicicco, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006 Si veda l'interessante dibattito, sollecitato da Fausto Giunta, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, con interventi di G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., pp. 79-98; A. Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, pp. 99-124; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazione in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, pp. 125-137.
8. M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011.
9. Così F. Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit.
10. Per un quadro complessivo v. *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, Giuffrè, 2008.

ideologiche e dell'impianto del principio di legalità (la "posa" dell'architrave"); il secondo del radicamento, del consolidamento e, per certi versi, del suo trionfo nello Stato legislativo tra Otto e Novecento; infine il terzo, e per il momento ultimo tempo: la Grande Crisi, l'indebolimento decisivo dell'architrave nel contesto odierno.

In questa sede vorrei parlare di crisi e di legalità, declinandole, entrambe, al plurale. Del resto l'uso di un concetto tipicamente polisemico come crisi pone non pochi problemi. Per dirla con Deleuze, si tratta di un «concetto-baule»[11] «in quanto abbraccia il senso di altri concetti e racchiude una molteplicità di significati…».[12] Se c'è un autore che ha posto il problema del rapporto tra il concetto di crisi, la semantica dei tempi storici e l'avvento della modernità, questi è senza dubbio Reinhart Koselleck. Nella prospettiva della *Begriffsgeschichte* crisi è concetto ubiquo, elastico, ambiguamente "epocale". «Riferita al tempo storico, la semantica del concetto di crisi si può dunque suddividere in quattro possibilità caratteristiche…».[13] In uno dei suoi contributi dedicati al concetto di crisi, Koselleck riporta le parole di un giornale francese del 1840, per confermarne il valore, pur generico, di lunga durata: «Oggi, chi apre un giornale si imbatte spesso nella parola "crisi": Essa indica insicurezza, sofferenza e incertezza, e allude a un futuro ignoto, i cui presupposti non si lasciano chiarire a sufficienza».[14]

Il principio di legalità è, a ben vedere, uno dei figli prediletti dell'intreccio post-illuministico di critica e crisi che ridetermina l'articolazione dialettica del rapporto Stato/società, come ci ha mostrato il citato Reinhart Koselleck a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso.[15] Il nuovo architrave dell'ordine giuridico (derivato dell'ordine politico ma fondamentale per lo sviluppo e il consolidamento di quest'ultimo) viene innalzato nel contesto di complessi processi di trasformazione che avranno bisogno di un lungo periodo per mostrare tutti i possibili effetti. E' stato osservato giustamente che «(...) non

11. G. Deleuze, *Logica del senso*, Milano, Feltrinelli, 1975.
12. C. Colloca, *La polisemia del concetto di crisi: società, culture, scenari urbani*, in Società*Mutamento*Politica, ISSN 2038-3150, vol.1, n.2, p. 19.
13. Sulle quali R. Koselleck, *Crisi. Per un lessico della modernità*, introduzione e cura di G. Imbriano e S. Rodeschini, Postfazione di A. Zanini, Verona, Ombre corte, 2012, p. 51.
14. R. Koselleck, *Crisi*, in *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 95.
15. R. Koselleck, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna, Il Mulino, 1972 (1959).

appare, in effetti, proficuo indulgere in nostalgiche mitizzazioni, rievocative di una presunta 'Arcadia' o 'age d'or' della legalità penale, idealizzando quello che appare, invero, un percorso di affermazione particolarmente tormentato, nel quale, sul piano dell'essere, lo spazio dell'illegalità supera da sempre lo spazio della legalità (...) In questo senso, quale categoria storica del diritto penale, il principio di stretta legalità – oltre che delle cangianti dinamiche socio-economiche – risente inevitabilmente delle criticità politico-istituzionali e dei modelli di diritto che si intrecciano a livello di ordinamento nazionale, europeo, e internazionale».[16]

Il principio di legalità e il suo reticolato di corollari non è dunque come il *monolito* caduto sulla terra nel visionario film di Stanley Kubrick *Odissea nello spazio*. La "storia a tre tempi" (*origo, progressus & finis*) è uno schema narrativo, che può risultare di qualche utilità solo se ricondotto ad un approccio storico capace di cogliere la *complessità* genetica, identitaria, della legalità e del tema, incomprimibile, sotto ogni riguardo, della garanzia della libertà. Una storia che rischia di diventare "filosofia" mentre mai è stata realmente "lineare" e "progressiva", essendo la legalità penale moderna sottoposta *ab origine*, e in forme cangianti, ad ambivalenze e strappi, tensioni e contraddizioni. La crisi si associa a diversi "modelli semantici". La "crisi" odierna è una delle manifestazioni di un cammino più lungo e complicato. E tale consapevolezza può tornare utile, a mio avviso, per leggere più in profondità anche le vicende dell'oggi e forse per sostenere meglio l'obiettivo, oggi come in passato, della migliore difesa possibile del principio di legalità sostanziale, guardando al futuro.

3. Come un Giano bifronte

L'emersione prima e l'affermazione poi del principio di legalità costituiscono senza dubbio il più potente fattore di strutturazione del nuovo sistema penale: è la grande conquista del *penale dei moderni* attorno alla quale stabilire e far vivere il *diritto penale dei principî*. Ma questa conquista dovrà coesistere, sin dal principio, con profonde ambiguità. Mario Sbriccoli ha osservato che «principio di legalità e moderna garanzia sono storicamente inseparabili. Il principio di legalità altro non è che l'originaria e massima forma di garanzia del penale liberale, dalla quale discendono quasi tutte le altre (prime fra tutte il divieto di analogia e la irretroattività delle norme, che di quel principio sono coerenti espressioni). Fuori dall'ordine di idee della moderna garanzia la

16. A. Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., pp. 99-100.

(moderna) legalità non ha senso. C'è quindi da dubitare che si possa parlare di principio di legalità là dove tutti concordiamo che non avrebbe senso parlare di garanzie dei cittadini».[17] La legge-garanzia è come il Palladio degli antichi: se il talismano viene preso, la città, come nel caso di Troia, è destinata a perire. La legge-garanzia è quindi l'architrave innalzata sulla crisi dell'ordine giuridico "antico" rapidamente derubricato sotto i titoli ormai "infamanti" dell'arbitrio e dell'incertezza. Il "regno delle legge" infatti definisce come arbitrario tutto ciò che non si conforma alla nuova razionalità della legge penale. E' su questa soglia che il diritto penale liberale troverà, nell'arco di un secolo, tutto il suo spazio e i suoi nuovi confini.[18] Ma la legge – come ha messo bene in luce Pietro Costa[19] – non è solo garanzia, anzi è prima di tutto *potenza,* forma tipica e ordinante del potere sovrano (appunto "legalizzato"): come garanzia è limite (nel senso del costituzionalismo liberale), ma come *potenza* diventa uno strumento per ri-assolutizzare il diritto. La legge appare la soluzione ma può anche divenire il problema. E questa ambivalenza originaria non lascerà indenni le vicende otto-novecentesche dello Stato liberale di diritto.

Il volto di questo Giano bifronte,[20] però, non esaurisce qui il suo orizzonte di possibilità. Più precisamente potremmo parlare di una *struttura antropologica* che fonda e poi orienta l'*ordine giuridico liberale*. Intestatario di tale ordine – che mette le proprie radici tra XVII e XVIII secolo – è la figura del soggetto di diritto, razionale, libero, proprietario.[21] La sua è una *libertà proprietaria*,[22] la cui misura è l'*avere*, ormai distanziato da *status* predeterminati a livello cetuale.

17. M. Sbriccoli, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in Id., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972–2007)*, Milano, Giuffrè, t. I, p. 242, nt. 37.
18. Cfr. M. Pifferi, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, 2007, t. I, pp. 745–746.
19. P. Costa, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Ibidem*, pp. 12 ss.
20. Sul "volto di Giano" dei concetti moderni v. R. Koselleck, *Einleitung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, a cura di O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Stuttgart, KlettCotta, 1972, vol. I, p. XV.
21. Sull'antropologia del liberalismo classico rimane fondamentale P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974.
22. Ho sviluppato questo concetto in *Il nome della "libertà". Tre dimensioni nel secolo della Costituzione*, in *Un secolo per la Costituzione (18481948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura di F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 30-39.

La *proprietà di sé* è la stella polare della forma giuridica e dello strumento politico. E' *autonomia*, *calcolo*, *ragione*: è *misura* di quel fascio di diritti e doveri che formano la semantica giuridica e politica della proprietà. A ben vedere la *libertà proprietaria* è più del classico e fondamentale binomio *liberty and property* perché ne intende cogliere la densità dell'intreccio. Non è la libertà più la proprietà: è la libertà *piena* che *vive* attraverso la proprietà che, a sua volta, può essere graduata per intensità e pregnanza. La *libertà proprietaria* sarà la forza vitale del XIX secolo; il binomio libertà/uguaglianza è il programma di un futuro annunciato ma ancora difficile da raggiungere. Tutte le libertà di "prima generazione" sono più efficienti, funzionano *appieno*, se collegate alla proprietà. L'eguaglianza è funzionale alla libertà proprietaria, ma non può regolare la sfera pubblica dove operano i meccanismi ben delimitati del governo rappresentativo. Insomma, la libertà proprietaria è *liberale* ma non *democratica*.

Questa dimensione ha una forza progrediente, modernizzatrice, civilizzatrice, ordinante sul piano del garantismo dei diritti e delle libertà (astrattamente per tutti) del soggetto ma, al tempo stesso, teme tutto ciò che eccede la *misura* e ridetermina differenze cogenti sul piano concreto. Jeremy Bentham ha còlto, con la consueta lucidità, questa ambivalenza: che succede quando il soggetto non è "razionale", né proprietario, né realmente libero ed autonomo?[23] Come può godere della *libertà dei moderni* che Benjamin Constant vuole "coniugare" con quella degli antichi? E la *legalità penale* è davvero un bene universale? Fino a che punto può valere la legge-garanzia? Non bisognerà allora praticare un diverso governo dei soggetti?[24] Queste domande ci mostrano l'ampiezza di una *struttura governamentale* che definirei *costituzionale*, chiave per leggere la *realtà* della legalità penale nel secolo lungo dell'ordine giuridico liberale.[25] La produzione di libertà (anzitutto quella economica) crea spazi da sottoporre all'arte liberale di governo restituita in termini di garanzia di sicurezza.[26] La *libertà proprietaria* – propria dell'*homo oeconomicus* – vive tra questi due

23. Lo sottolinea P. Costa, *Pagina introduttiva*, cit., pp. 11-12.

24. Cfr. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle Rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 214 ss.

25. Per alcune considerazioni U. Allegretti, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 730 ss.

26. Cfr. in particolare M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (19781979)*, Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 67-68. Su governamentalità, biopolitica e liberalismo cfr. S. Chignola (a cura di), *Governare la vita: un seminario sui corsi di Mi-*

poli: libertà e sicurezza, sulla scorta di un nuovo sistema di pratiche e di forme liberali. L'ordine giuridico liberale riflette un'idea di sovranità e uno stile di pensiero che hanno a che fare con la razionalità del governo di soggetti[27] dotati di autonomia morale e piena capacità decisionale e che esclude, in tutto o in parte, le non-soggettività o soggettività *altre* da sottoporre a dispositivi disciplinari.[28] Tutto l'Ottocento è il grande campo di attuazione e ridefinizione problematica del "progetto giuridico" liberale.[29]

4. Un esempio: la riflessione di Francesco Carrara, principe dei penalisti italiani dell'Ottocento

Se dovessi scegliere un autore capace di rappresentare, nella sua grandezza e complessità, questo "stile di pensiero", non esiterei a indicare Francesco Carrara, in grado, come nessun altro, di afferrare il senso delle ambivalenze della legalità penale, discesa sulla terra dall'Olimpo delle Dichiarazioni costituzionali. La scienza del «giure penale», scienza "filosofica" *costruttrice*, è chiamata ad esercitare sino in fondo la sua *vocazione costituzionale*. Essa alimenta e rafforza la *penalistica civile*. La certezza del diritto e il principio di legalità non possono che essere elementi essenziali dell'impostazione carrariana. Molto però dipende dalla conformità del magistero legislativo ai principi della legge giuridica. Carrara sa che la legge, nel passaggio dall'empireo della ragione assoluta alla materialità terrestre, assume su di sé tutte i rischi della finitezza umana, tanto più quando il legislatore è solo un povero *leguleio*. Tuttavia, che sia giusto o ingiusto, buono o cattivo, il divieto "positivo" è pur sempre un fatto giuridico che risponde al bisogno di certezza e di legalità.

chel Foucault al Collège de France (1977-1979), Verona, Ombre Corte, 2006; AA.VV., Lessico di biopolitica, Roma, Manifestolibri, 2006.

27. V. in particolare B. Hindess, *The Liberal Government of Unfreedom*, in *Alternatives: Global, Local, Political*, Apr-Jun, 2001, Vol. 26, 2, pp. 93-112. Nell'ambito di una letteratura ormai vastissima rinvio a G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (eds), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, London, Harvester / Wheatsheaf, 1991; A. Barry, T. Osborne, N. Rose (eds.), *Foucault and Political Reason: Liberalism, Neo-liberalism and Rationalities of Government*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

28. P. Costa, «Classi pericolose» e «razze inferiori»: la sovranità e le sue strategie di assoggettamento, in F. Benigno, L. Scuccimarra, *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Roma, Viella, 2007, pp. 239--257.

29. P. Costa, *Il progetto giuridico*, cit.

Il principio di legalità non è solo un assioma perfetto nel cielo della legge naturale, ma esso agisce nella dimensione esistenziale della *polis*.[30]

Di conseguenza, Carrara non nasconde il "vizio occulto" della legalità penale *in action*: il principio di legalità è un fattore (positivo) di *rigidità*: è l'architrave, il fattore ordinante. Proprio per questo bisogna saper distinguere il "penale" applicato sulla scorta di atti eccezionali o di occasione, figli di circostanze passeggere e di movimenti di paura o di sdegno. La sede della legalità, il codice, non può essere edificata avendo quale sua misura lo stato di emergenza e il principio di *eccezione*, perché ciò discredita la giustizia penale.[31] «Ma la civiltà odierna – osserva – più non tollera la parola *eccezione* nel giure penale. *Eccezione* significa *deviamento dalle regole assolute di giustizia*: e questo è tale concetto che non può rendersi accettabile per nessuno argomento di supposta utilità, o di vedute politiche o di odio speciale contro certi reati. Ciò che è giusto deve osservarsi nei piccoli falli come nei grandi senza defletterne mai: ed ora poi il massimo degli assurdi deflettere, quando trattavasi d'irrogare gravi supplizi, da quei precetti che religiosamente si osservavano dove trattavasi di più leggieri gastighi».[32]

Il problema non risiede per Carrara nelle situazioni eccezionali in quanto tali. Esse infatti non risparmiano nessun paese e possono legittimare misure altrettanto eccezionali e transitorie.[33] La questione vera è un'altra, ovvero che «è gravissimo errore ed imperdonabile quello di ordinare i codici penali sulle norme di simili anomalie».[34] Non bisogna confondere i diversi piani. Le leggi eccezionali non possono essere escluse dall'orizzonte di governo, ma devono

30. Si rinvia, per più ampi riferimenti, a L. Lacchè, *La penalistica costituzionale e il «liberalismo giuridico». Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, t. I, pp. 668 ss.

31. «Guai se un codice penale si foggia sul dagherrotipo delle *leggi di occasione*: ogni principio di giustizia sarà conculcato da siffatto codice» (*Programma*, Parte speciale, vol. VII, II ed., Lucca, 1871, § 3939, p. 637). Carrara riprende una frase di August Geyer (come si può vedere in *Confronti storici* (1875), in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, Giachetti, 1884, vol. VI, p. 388).

32. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte generale, quarta edizione con aggiunte, Lucca, Tipografia Giusti, 1871, § 638, pp. 415-416.

33. Su questo aspetto v. M. Sbriccoli, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 444 ss.

34. F. Carrara, *I discorsi di apertura*, *cap. I*, *Psicologia*, in *Opuscoli*, cit., vol. IV, p. 70, p. 229.

«sussistere il meno possibile»[35] perché «Quando il codice di una Nazione trovasi sommerso fra una selva selvaggia irta e forte di leggi speciali (scrisse non ha guari Corne nel suo aureo libro sulla riforma penale) il codice punitivo *regna ma non governa*. Sentenza elegante non meno che vera».[36] Infatti, attuare un principio sbagliato e ingiusto per mezzo di leggi eccezionali è un male grave ma limitato. Ma esso diventa addirittura funesto quando l'autorità sociale lo proclama solennemente in un codice. Questo modo di procedere perverte la coscienza pubblica perché fa ritenere consono alla ragione giuridica ciò che invece è solo «un provvedimento empirico che si accetta per le transitorie condizioni dei tempi».[37] Carrara è troppo realista per non riconoscere che «al tempo stesso è vanità sperare che la scienza subordini a precetti giuridici assoluti le misure ed i provvedimenti che in circostanze di turbamenti eccezionali saranno sempre praticamente guidati dalla sola *paura*, la quale fra tutti i sentimenti è quello che meno ragiona».[38]

5. Il codice regna ma non governa

Diviene allora fondamentale tener fuori dallo spazio *universale* del codice, ovvero della ragione penale "naturale", ogni forma di *specialità*. Mario Sbriccoli, ragionando su quello che ha chiamato il doppio livello di legalità,[39] parlava di una logica di "affiancamento". Io andrei oltre osservando che abbiamo di fronte una struttura mentale, antropologica e tecnicooperativa – uno *stile di pensiero*, appunto – che informa l'ordine penale liberale.[40] I *livelli di legalità*

35. «A tal fine è necessario che un nuovo codice penale lasci sussistere il meno possibile di leggi eccezzionali; e che il meno possibile supraggiungano leggi eccezzionali, le quali vengano a far corona al codice esistente. Altrimenti ne seguono deplorabili inconvenienti, e il generale discredito della giustizia penale» (F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte generale, cit., p. 415).

36. Ivi.

37. F. Carrara, *Codicizzazione (Studii legislativi)* (Pisa 2 novembre 1869), in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870, vol. II, p. 225.

38. F. Carrara, *Programma*, Parte speciale, vol. VII, cit., § 3939, p. 637.

39. M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in Id., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. I, p. 524; Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860–1990)*, in Id., *Scritti di storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. I, pp. 596-597, 647, 654-655.

40. Per alcuni riferimenti v. L. Lacchè, M. Stronati, *Beyond the statute law: an introduction*, in Id., *Beyond the statute law: the "grey" government of criminal justice systems. History*

rappresentano quindi la dimensione penale della costituzione materiale dello Stato liberale.

Per leggere la vicenda storica della legalità penale tra Otto e Novecento in Italia, quindi, occorre riprendere la suggestione di Carrara quando parla del codice che regna ma non governa. Questo è il nodo fondamentale del "problema penale liberale", un nodo consustanziale, potremmo dire, che ci aiuta a capire meglio anche le traiettorie e le vicende personali di singoli autori. Non è tanto la coesistenza, in singoli autori, di pagine "liberali" e pagine "autoritarie", quanto soprattutto il problema dello *statuto costituzionale della libertà e dello Stato* che attraversa la cultura liberale. Le tensioni e i poli dialettici stanno dentro l'*ordine giuridico*, non sono "momenti" esterni che si rivelano solo in fasi critiche della storia nazionale (come ovviamente accade).

Si può dire allora che esistono livelli, zone, situazioni rispetto ai quali il principio di stretta legalità penale "regna ma non governa".[41] Nel 1990, in un volume dedicato alla questione del carcere preventivo nello Stato liberale, parlavo de *La giustizia per i galantuomini*[42] per porre l'attenzione sull'aporia originaria del pensiero e della pratica liberale determinati dal campo di tensione ordine/libertà, tra il garantismo retorico della legge e i meccanismi di effettivo funzionamento del sistema penale incentrati su alcune relazioni funzionali. Il sistema è tutt'altro che compatto e unitario. Il principio di legalità – al di là di alcune mitologie della purezza – non può non risentire del conflitto concretissimo tra libertà ed uguaglianza che è il principale legato delle rivoluzioni costituzionali. A ben vedere, il nostro orizzonte ideologico e culturale è ancora ben piantato in quella aporia originaria. La legalità penale *astratta* ha come punto di riferimento, per tutto il XIX secolo, la figura del "galantuomo", soggetto di diritto, razionale, libero, autonomo, Ma la legalità penale *concreta* è segnata, inevitabilmente, da differenziazioni e quindi da "livelli" tanto più ci si allontana dalla figura prototipale e ci si inoltra nel terreno di chi non è proprietario, non è "indipendente", appartiene alle classi subalterne e potenzialmente "pericolose". Il diritto penale liberale cerca

and Theory in the modern age, Macerata, Edizioni Università di Macerata – eum, 2011, pp. 13-14.

41. Carrara trae questa espressione dalla cultura politica e costituzionale del liberalismo francese: ho sottolineato le assonanze tra il pensiero liberale di Carrara e la cultura politica dei dottrinari in L. Lacchè, *La penalistica costituzionale e il «liberalismo giuridico»*, cit., p. 690.

42. L. Lacchè, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (18651913)*, Milano, Giuffrè, 1990.

di blindare nel codice lo spirito progressivo della tutela giuridica che sta a cuore ad un liberale autentico come Francesco Carrara, ma il dato di realtà è quello della differenziazione. Se eccezione ci deve essere, che stia "fuori", non "inquini" il *codice governante*. Ciò porta ad "accettare" che il codice rispecchi la "penalistica civile" e che il *diritto penale speciale* rimanga "fuori" dall'ordine.

Questa consapevolezza, in realtà, prende atto della trasformazione (anche economica) dei sistemi penali nella crisi dell'ordine giuridico della tradizione dello *ius commune*. Qui tocchiamo con mano un altro problema cruciale che si può infatti comprendere solo guardando all'indietro, ovvero alle logiche di funzionamento dell'ordine penale *antico* che proprio la "posa" dell'architrave (anzitutto a livello ideologico) – il principio di legalità, appunto – ha trasformato in negativo – sottoposto «all'alta corte di giustizia della ragione…»[43] – cioè in paradigma *escludente* dell'eccezione.

La legalità è, come si diceva sopra, "soluzione" rispetto al cambio di paradigma (legalità vs. arbitrario) ma anche un potenziale problema (legalità vs. regimi speciali). La legalità moderna presuppone il primato del politico che concepisce l'eccezione come decisione sulle regole. E' stato osservato che nei sistemi di antico regime la coppia *ordinario/straordinario* produce, insieme, organicamente, quindi secondo una logica sistemica di compatibilità e di *inclusione*, un complessivo *ordine giuridico*. Non di rado lo spazio dell'*extraordinarium* dà vita ad un "laboratorio", legittimo e fecondo, utile per elaborare nuove categorie e cercare di risolvere questioni nuove che la peculiarissima *antropologia* di quell'*ordo* fa sorgere.[44]

L'ingresso nel regno della legge cambia il rapporto *ordo/extra-ordinem*. Il principio di legalità forma l'architrave del nuovo edificio proprio allo scopo di escludere l'*extra-ordinem* che, come l'araba fenice, risorgerà sotto altra forma, come luogo del diritto/non-diritto, zona strutturalmente "grigia" sottoposta alle logiche dell'emergenza, dei "fatti occasionali", di decisioni congiunturali e transitorie. Il principio di legalità è naturalmente rigido e perciò ogni territorio

43. R. Koselleck, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, cit., p. 12.

44. Su questo tema rinvio a M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998; Id., *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, in *Quaderni storici*, 44, 2009, 2, pp. 501 ss.; Id., *Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento. Una comparazione tra Italia e Francia*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata, eum – edizioni università di Macerata, 2011, pp. 465-475.

che non può essere governato dal codice diventa *zona di eccezione* e ambito per un penale che, spesso, non è "legale" perché è soprattutto provvedimento, misura.[45] Con un "paradosso" importante: il "governo" dell'eccezione, della deroga, del sistema differenziato e strutturato per livelli "serve" (avrei la tentazione di far dire a Carrara) per "salvare" la ragione giuridica e lo spazio legalitario del codice. Si chiede al "nemico" di "salvare" l'ordine penale liberale, di tenere fuori dalla cittadella i "barbari" che avanzano. L'esito sta nella pluralizzazione di *regimi* differenziati del governo penale, con effetti di retroazione e di "stabilizzazione" sul sistema complessivamente inteso. Il binomio regola/eccezione è, per necessità, destinato a diventare un "carattere permanente". E' così che il "sistema" ritrova quei margini di *flessibilizzazione* che la *rigidità* del regno della legge voleva addirittura cancellare. Il graduale processo di eterogeneizzazione della società monoclasse di stampo borghese mette in crisi l'*ordine penale liberale* sempre più costruito attorno a valori e interessi privilegiati che nel paradigma dell'*ordine pubblico* trovano il naturale approdo.

6. Eccezione, leggi speciali, diritto penale "amministrativo"

Ogni volta che non si può investire l'*ordine penale liberale* (il *codice che governa)*, si deve ricorrere a *rimedi* "occasionali" destinati a diventare "regola dell'eccezione"[46] (laddove il "codice regna" soltanto). In questa sede non è certo possibile affrontare la casistica, ma sono noti e ben studiati alcuni di questi fenomeni: la legge Pica e le misure per la repressione del brigantaggio post-unitario; il contrasto, dalla metà degli anni '70 dell'Ottocento, a molteplici situazioni di dissenso politico; le vicende legate alla cd. "crisi di fine secolo", con un vero e proprio dispositivo di repressione contro le forme di lotta politica e socio-economica.

Si dirà che questi fenomeni sono "governati" da leggi speciali e che quindi il rispetto del principio di legalità formale è fatto salvo. Non bisogna però dimenticare che è nel regime dei pieni poteri e attraverso il ricorso allo stato d'assedio fittizio o politico che si inquadrano molte delle vicende sopra accennate.

45. Nello Stato di polizia l'ambito del regolamentare opera però in un sistema, nel quale «non esiste alcuna differenza di natura, di origine, di validità, e di conseguenza, neppure alcuna differenza di effetti tra le prescrizioni generali e permanenti della potenza pubblica – ciò che in generale potremmo chiamare la legge…» e i provvedimenti occasionali e specifici (M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 142).

46. Su queste dinamiche v. *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Macerata, eum – edizioni Università di Macerata, 2011.

Negli ultimi anni i temi dell'emergenza, della necessità e dell'eccezione – al centro del dibattito politico mondiale e in un privilegiato corpo a corpo con Carl Schmitt – sono stati oggetto di studi e controversie,[47] non sempre giovando all'analisi storica dei fenomeni.[48] Ciò che interessa, alla luce delle considerazioni di Carrara e più in generale del diritto penale, è la risemantizzazione dei regimi d'eccezione nella logica dell'ordine giuridico liberale. I giuristi cercano di reindirizzare ogni situazione potenzialmente anomica verso la strada del "diritto". Tale attività – anche se di mera legittimazione *ex-post* – contiene sempre una qualche dimensione utopica che consenta di guardare al non-diritto *ex parte iuris*.

Un primo "capitolo" di cui qui si può solo offrire il "titolo" evoca il tema della "costituzionalità" dello stato d'assedio politico o fittizio in Italia. Tra le due situazioni "pure", la condizione di pace e lo stato di guerra, si viene a creare una situazione giuridica originale, lo stato d'assedio politico o fittizio fondato, appunto, sul "come se". Grazie alla finzione giuridica vediamo sorgere istituti di origine militare ripensati e adattati alla sfera civile. E' proprio un diritto-soglia – il diritto militare (tradizionalmente negletto) – a diventare una matrice fondamentale per ri-pensare il diritto in tempo di eccezione.[49]

Nella storia dello Stato liberale il problema della divaricazione tra sistema costituzionale e sotto-sistema penale ordinario è segnato dalle fragilità dello Statuto albertino e del più generale impianto costituzionale che si riverbera sui principi di stretta legalità e di stretta giurisdizionalità. Il *codice penale regna ma non governa* in tutti quelle situazioni e "zone" nelle quali prevale la regola – così ben còlta da Santi Romano[50] al principio del nuovo secolo – *Necessitas non habet legem*. La legge formale potrà anche "sanare" il *vulnus* al principio

47. Penso, per esempio, alle opere di G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, Einaudi, 2003; D. Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, 2006; F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, 2001. Cfr. D. Saunders, *Antisecurity Personae: from David Dyzenhaus's Human Rights Lawyer to Giorgio Agamben's Illuminato*, in A. Yeatman, M. Zolkos, *State, Security, and Subject Formation*, London, Bloomsbury Publishing, 2010, pp. 61-74.

48. Da segnalare invece F. Benigno, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, cit.

49. V. il bel lavoro di A. Simonin, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité, 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008. Cfr. G. Calafat, *Droit pénal et états d'exception. Entretien avec Anne Simonin*, in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 20, 1, 2011, *Politiques de l'exception*, pp. 177-197.

50. S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, I, ora in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 287-310.

di legalità ma il rapporto tra penale ordinario e penale eccezionale non segna solo la misura della crisi perché è esso stesso, per qualità del fenomeno, densità politica, ripetizione nel tempo, un elemento strutturale del sistema penale *tout court*. Tanto da far pensare che qui la *crisi* non è sinonimo di un momento specifico e delimitato di rottura di equilibri ma è piuttosto una dimensione organica, di sistema, volta a "salvare" formalmente l'impianto del sistema codicistico operando al contempo sul lato della *flessibilizzazione* della risposta repressiva e preventiva.

Questo rapporto si trascina dietro anche alcuni paradigmi di prevenzione *praeter delictum* basati sulla pericolosità del soggetto e su presupposti di mero sospetto contribuendo alla progressiva costruzione della figura dell'*homo criminalis*, ancora prima della riflessione condotta dalla Scuola positiva che ne amplierà fondamenti e orizzonti.[51] La governamentalità liberale – nella tipica forma del doppio livello di legalità – ha trovato qui uno degli spazi di maggiore radicamento e di intervento operativo.

In questo contesto possiamo "isolare", solo per "titoli", alcuni tratti tipizzanti.[52] Il primo, strutturale, si basa – per motivi di "economia", funzionalità e relativa efficacia – su strategie e pratiche di aggiramento del principio di stretta legalità. I poteri di polizia e le misure di prevenzione seguono, attraverso le leggi di pubblica sicurezza o altre disposizioni speciali, filiere di "amministrativizzazione"[53] (con blandi controlli giurisdizionali) che, tra infrazione e implementazione, conducono, rapidamente, all'irrogazione di sanzioni penali o "para-penali".[54] Un secondo tratto definisce una sorta di "regola generale" che consiste nella "regolarizzazione" o "standardizzazione" di misure e provvedimenti in origine "provvisori" e *ad hoc* (l'eccezione diventa regola al ripetersi di determinate condizioni). Le violazioni delle leggi di pubblica sicurezza e dei relativi provvedimenti amministrativi producono spazi nei quali

51. D. Petrini, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, cit., pp. 906-908.

52. Per una ricostruzione sintetica v. L. Martone, *Le forme giuridiche dell'emergenza penale nelle scelte dei governi del Regno d'Italia*, in Id., *Aspetti del sistema penale liberale e fascista tra leggi speciali e garanzie processuali*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 3 ss.

53. «… ed il potere preventivo di stampo assolutista potè varcare i cancelli dello Stato liberale ed esservi accolto come potestà amministrativa» (G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 225).

54. Su questa filiera v. M. Pifferi, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, 2007, t. I, pp. 743-799.

la prevenzione dell'allarme sociale e della pericolosità sfumano, superando la retorica della riserva di legge. E, come è stato giustamente osservato,[55] il confine tra il diritto penale "classico" e il diritto penale amministrativo diventa problematico[56] e lasco.

Un altro tratto da evidenziare descrive la seguente dinamica: gli istituti preventivi fanno il loro ingresso nel sistema penale italiano avendo come "movente" una situazione emergenziale, quantomeno provvisoria. Tale meccanismo, inoltre, si porta dietro anche la tecnica dell'estensione da una ad un'altra categoria di soggetti pericolosi e sospettati, dal criminale comune al politico o viceversa.[57] La legge Galvagno del 1852 è prototipale nel prevenire e reprimere lo status e le attività di vagabondi, oziosi e sospetti per il furto campestre. La legge del 1 febbraio 1854 e la legge di pubblica sicurezza Rattazzi del 1859 (poi modello per quella del 1865) stabilizzano e in parte modificano le misure preventive. Il domicilio coatto – collegato al reato di brigantaggio – fu introdotto formalmente nel 1863 (benché non fosse sconosciuto, con altri nomi, agli stati preunitari[58]), in via temporanea, dalla Legge Pica per poi diventare «il modello delle misure di prevenzione del regno d'Italia…» applicabile a oziosi e vagabondi, manutengoli, camorristi, "sospetti" per furti di campagna, pascolo abusivo ecc..[59] La legge 4 maggio

55. *Idem*.

56. T. Padovani, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 421 ss.

57. D. Petrini, *Il sistema di prevenzione personale*, cit., p. 902.

58. In realtà è da sottolineare come i sistemi di prevenzione personale dell'Ottocento hanno i loro antesignani in un percorso storico di lungo periodo che muove dall'età moderna. Alcune considerazioni in D. Petrini, *Il sistema di prevenzione personale*, cit., pp. 894-898.

59. L. Martone, *Le forme giuridiche dell'emergenza penale*, cit., p. 6; G. Amato, *Individuo e autorità*, cit., pp. 237 ss.; P. Barile (a cura di), *La pubblica* sicurezza, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1967; I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, in AAVV., *Le misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 197-212; G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 269 ss.; J. A. Davis, *Legge e ordine. Autorità e conflitti dal 1790 al 1900*, Milano, F. Angeli, 1989; J.R. Bach, *Liberty and Order. The Theory and Practice of Italian Public Security Policy.1848 to the Crisis of 1890s*, London, Garland Publishing, 1991; C. Guarnieri, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, Donzelli, 1995, pp. 373 ss.; A. Fiori, *Mendicanti, oziosi e vagabondi nella legislazione italiana (1859-1915)*, in *Clio*, XXXIII, n.1, 1997,

del 1866 applica la misura del domicilio coatto a coloro che minacciano l'Unità italiana. La legge del 6 luglio 1871 estende tale misura anche ai diffamati per crimini o delitti contro le persone o la proprietà. La legge 3 luglio 1875 n. 294, rivolta alla criminalità mafiosa e con durata annuale, potenzia i poteri per l'ammonizione (che avevano avuto un ampio sviluppo nel regno sabaudo), la perquisizione e l'arresto di soggetti falsi e reticenti, attribuendo al ministro degli Interni la competenza per l'invio al domicilio coatto, finendo col «rendere – come ebbe a dire Francesco Crispi critico verso Giuseppe Pisanelli – amministrativo un provvedimento che alcune Corti di cassazione ritengono essere giudiziario, e tutti sanno che i provvedimenti amministrativi mancano non solo di garanzia, ma di quei rimedi legali, che possono temperare la durezza della pena».[60] Ma il Crispi del 1875 è lo stesso uomo politico che, come Presidente del Consiglio, vorrà (insieme al Parlamento) difendere e rafforzare con molta forza nel 1888 misure, già sperimentate, destinate a diventare permanenti e a trovare definitiva sistematizzazione nella legge di pubblica sicurezza.[61]

Lo Stato amministrativo di polizia del XIX secolo riesce a perpetuare, pur in un contesto diverso, dimensioni governamentali che vengono da più lontano, diventando la struttura *forte* della concezione statalistica dei diritti individuali (diritti pubblici subiettivi).[62] Certe torsioni dello statualismo liberale potenziano il polo dell'assoggettamento dell'individuo allo Stato/amministrazione. La dimensione del conflitto sociale che attraversa l'Italia (e altri paesi europei) tra Otto e Novecento e il problema del disciplinamento delle dinamiche pluralistiche enfatizza il problema. La tutela dell'ordine, l'amministrativizzazione delle libertà, le zone grigie che ne derivano (tanto più con il ricorso a strumenti come lo stato d'assedio e a provvedimenti di emergenza) aprono varchi importanti e l'argine dell'autolimitazione non è

---

p. 128. Sulla proroga e sulla legge Peruzzi del 1864 cfr. P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, Jovene, 2001, pp. 119 ss. Per una sintesi efficace D. Petrini, *Il sistema di prevenzione personale*, cit., pp. 904-905.

60. Cit. da L. Martone, *Le forme giuridiche dell'emergenza penale*, cit., p. 14.

61. Per una approfondita disamina v. L. Martone, *La difesa dell'Ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in Id., *Aspetti del sistema penale liberale e fascista*, cit., pp. 31-112.

62. Per una prospettiva di analisi comparata v. P. Costa, D. Zola (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

sempre in grado di tenere il sistema in equilibrio e di garantire le libertà come autentico dominio dell'individuo.[63]

La crisi di fine secolo[64] con le leggi "antianarchiche" del 1894 (che estendono ulteriormente l'uso delle misure preventive verso coloro che minacciavano gli ordinamenti statali), il ricorso allo stato d'assedio e alla giustizia militare, l'intervento di pubblica sicurezza sulle libertà costituzionali fu un vero tornante della storia italiana. Nel febbraio 1899 il tenente generale e senatore del Regno Luigi Pelloux[65] presentò un disegno di legge contenente quelli che Umberto Levra ha chiamato i «provvedimenti cosacchi»,[66] ovvero un ulteriore *corpus* di interventi repressivi[67] che "codificavano", rendendole "permanenti", le misure emergenziali che in maniera più o meno "temporanea", erano stati adottate, sin dal 1894,[68] da Crispi, Di Rudinì[69] e dallo stesso Pelloux (con validità sino al 30 giugno 1899) per contrastare le gravi "emergenze" dell'ordine pubblico: le proteste sociali, lo spettro del sovversivismo, l'anarchia, l'antagonismo politicosindacale. Le più importanti libertà pubbliche (stampa, riunione, associazione) e i diritti dei lavoratori in alcuni settori strategici (ferrovie, poste, telegrafi) venivano fortemente limitati e ricondotti prevalentemente

63. Sul punto L. Lacchè, *Il nome della "libertà". Tre dimensioni nel secolo della Costituzione*, in *Un secolo per la Costituzione (18481948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura di F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 29-50.

64. Sulle diverse interpretazioni e sulla complessiva discussione storiografica più recente rinvio a G. Guazzaloca, *Fine secolo. Gli intellettuali italiani e inglesi e la crisi tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 94 ss.

65. Cfr. U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia, 1896/1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 233 ss.

66. U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia*, cit., p. 299; Id., *Il Parlamento nella crisi di fine secolo*, in *Storia d'Italia*, Annali 17, *Il Parlamento*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 2001, p. 181.

67. F. Colao, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra «giustizia penale eccezionale» e «repressione necessaria e legale…nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale»*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, t. I, pp. 699-742.

68. A. Boldetti, *La repressione in Italia: il caso del 1894*, in *Rivista di storia contemporanea*, VI, 1977, pp. 496-513; G. Berti, *La sovversione anarchica in Italia e la risposta giudiziaria dello Stato (1874-1900)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38, 2009, I, pp. 594 e ss.

69. M. Belardinelli, *Un esperimento liberalconservatore: i governi di Rudinì (18961898)*, Roma, Editrice Elia, 1976.

alla discrezionalità dell'esecutivo. Con questo intervento Pelloux modificava ulteriormente le basi programmatiche del suo governo e ritornava sulla strada più marcatamente "repressiva".[70]

Il progetto di legge tenne a battesimo il fenomeno dell'ostruzionismo parlamentare.[71] Per superare tali resistenze il governo ricorse al decreto-legge liberticida del 22 giugno – in vigore dal 20 luglio – che sarà l'oggetto della celebre sentenza della prima sezione della Corte di cassazione emessa il 20 febbraio 1900. Era una sentenza che "declassava" il decreto del 22 giugno a mero disegno di legge non discusso né approvato dal Parlamento, decaduto inesorabilmente dopo la chiusura anticipata della sessione, privo pertanto di efficacia giuridica e illegittimo nella sua applicazione dopo il 20 luglio 1899.[72] Studi recenti[73] hanno confermato l'importanza di questa sentenza per l'esito della crisi: risultato non improvvisato nato da una comunanza di intenti tra alcuni alti magistrati di Cassazione (Tancredi Canonico, Luigi Lucchini) legati a Giolitti e Zanardelli e la politica, non certo esente da errori e contraddizioni, della Sinistra costituzionale per una difesa dei principi liberali legati alle libertà pubbliche e alle garanzie giuridiche.[74]

---

70. U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia*, cit., pp. 237 ss. e soprattutto M. Doglio, *Pelloux, il ministero dell'interno e la crisi di fine secolo*, in *Nuova rivista storica*, LXI, 3-4, 1977, pp. 307-332.

71. Rinvio a L. Lacchè, *La* lotta per il regolamento*: libertà politiche, forma di governo e ostruzionismo parlamentare. Dalle riforme Bonghi al regolamento Villa del 1900*, in *I regolamenti parlamentari nei momenti di "svolta" della storia costituzionale italiana*, numero monografico del *Giornale di storia costituzionale*, 15, I, 2008, pp. 31-51.

72. M. Meccarelli, *La questione dei decretilegge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al R.D. 22 giugno 1899 n. 227*, in *Historia constituciónal*, revista electrónica, [www.historiaconstitutcional.com], 6, 2005, pp. 263-283; Id., *Fuori dalla società*, cit., pp. 468 ss.

73. R. Cambria, *Alle origini del Ministero ZanardelliGiolitti. L'ordine e la libertà*, in *Nuova Rivista Storica*, LXXIII, 1-2, 1989, I parte, pp. 67132; LXXIII, 5-6, 1989, II parte, pp. 609-656; LXXIV, 1-2, 1990, III parte, pp. 25-100; M. Malatesta, *Introduzione*, a *La morte del re e la crisi di fine secolo*, in *Cheiron*, a. XVIII, n. 35-36, 2001, pp. 43-83; P. Carusi, *I governi Pelloux, Sonnino e le elezioni del giugno 1900*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, XC, 3, 2003, pp. 415-441.

74. M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. II, pp. 848 ss.; Id., *Il diritto penale liberale. La "Rivista penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)*, ivi, pp. 932 ss., 973-980 (sulla sentenza della Cassazione, pp. 939-940); Id., *Il problema penale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. I, pp. 671-677.

Di fronte a tutto questo non si può certo dire che la penalistica liberale, nelle sue diverse articolazioni, restasse a guardare. La revoca del decreto sulla pubblica sicurezza e sulla stampa sembrò poter chiudere la "crisi di fine secolo" e aprire una nuova duratura stagione di cambiamenti capaci di affermare in Italia un regime più solido di diritti e di libertà.

7. Oltre la "governamentalità liberale": alcuni spunti sul sistema penale nello Stato fascista

Ma, come sappiamo, le cose non andarono in questo modo. La crisi dello Stato liberale, dopo la prima Guerra mondiale, e l'avvento del fascismo diedero un altro orientamento al corso della storia italiana. Fu tra il 1924 e il 1925 – dopo la crisi innescata dal rapimento e dall'assassinio del deputato socialista Giacomo Matteotti – che il fascismo oltrepassò la "linea" della dialettica libertà/autorità su cui aveva sostanzialmente poggiato l'ordine politico liberale. Mussolini aprì la fase della dittatura a "viso aperto".[75] Nel suo celebre discorso del 3 gennaio 1925 alla Camera dei deputati, il capo del governo assunse la responsabilità politica e morale per l'omicidio Matteotti. Una delle conseguenze fu, sul piano istituzionale, l'emanazione dell'insieme delle *Leggi fascistissime* che rafforzarono in maniera decisiva le politiche volte a contrastare e reprimere ogni forma di opposizione al regime. Subito dopo la dichiarazione di decadenza, nel novembre 1926, di 124 deputati appartenenti a tutte le "opposizioni", la Camera fascista approvò gli otto articoli della legge n. 2008, *Provvedimenti per la difesa dello Stato*. Con questa normativa veniva istituito il Tribunale speciale per la Difesa dello Stato, composto da ufficiali dell'Esercito e della milizia volontaria.[76] La Corte doveva applicare la procedura penale per il tempo di guerra e le sue sentenze non erano soggette né ad appello né alla cassazione. La stessa legge reintrodusse in Italia la pena di morte per una serie di reati politici; il semplice tentativo veniva equiparato al delitto consumato per colpire ad ampio raggio ogni forma di dissenso. La pena capitale doveva avere finalità intimidatorie ma anche

75. A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, cap. 2.

76. Sulla Milizia volontaria per la sicurezza nazionale, C. Poesio, *Reprimere le idee abusare del potere. La milizia e l'instaurazione del regime fascista*, Rome, Aracne, 2010. Un decreto del dicembre 1926 intervenne subito per specificare alcune disposizioni: R. D. 12 dicembre 1926, n. 2062, *Norme per l'attuazione della legge 25 novembre 1926, n. 2008 sui provvedimenti per la difesa dello* Stato. Decreto poi ulteriormente modificato nel 1928 dal R.D. n. 380.

rivestire un'importante funzione simbolica.[77] Al contrario del "debole" Stato liberale del codice Zanardelli,[78] il fascismo voleva riaffermare la piena e sicura "autorità" dello Stato.

La procedura davanti al Tribunale speciale stabiliva regole speciali. Il presidente della corte, per esempio, poteva escludere gli avvocati di parte o negare la possibilità di consultare i documenti raccolti nella fase istruttoria. Tutti i più gravi reati contro la personalità dello Stato ricadevano nella competenza del nuovo tribunale. Gli imputati non potevano godere della libertà provvisoria e i procedimenti potevano essere riaperti al manifestarsi di nuove prove.[79] Nel novembre 1925, dopo una serie di attentati contro il Duce, le risposte principali furono quindi la nuova legge di pubblica sicurezza (n. 1848, 6 novembre) e il Tribunale speciale. La prevenzione e la repressione erano due facce della stessa medaglia.[80] Nella sua relazione al parlamento, il Guardasigilli Alfredo Rocco – *deus ex machina* dell'operazione – sottolineava che la legislazione allora vigente era inadeguata per prevenire i reati e dare la giusta risposta all'opinione pubblica «con una ragionevole e severa punizione dei reati commessi (...)».[81] L'opinione pubblica, nella narrazione di Rocco, chiedeva misure straordinarie. «Il regime, attaccato in ciò che ha di più sacro, difende se stesso», commentava il deputato Manaresi presentando alla Camera il testo di legge.[82] Nel novembre 1926 Mussolini portava a compimento il suo *18 Brumaio*[83] e instaurava definitivamente il regime fascista.

---

77. S. Skinner, *Tainted law? The Italian Penal Code, Fascism and democracy*, in «International Journal of Law in context», 7, 4, 2011, p. 429. Vedi C. Schwarzenberg, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano, Mursia, 1977, pp. 88 ss.

78. L. Lacchè, *Un code pénal pour l'Unité italienne: le code Zanardelli (1889). La genèse, le débat, le projet juridique,* in *Le pénal dans tous ses états. Justice, Etats et Sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*, a cura di R. Levy, X. Rousseaux, Bruxelles, Publications de l'Université Saint-Louis, 1997, pp. 303-319.

79. Cfr. C. Longhitano, *Il Tribunale di Mussolini (Storia del Tribunale Speciale 1926-1943)*, Quaderni dell'Anppia, s.l. s. a., pp. 75 ss.

80. A. Aquarone, *L'organizzazione*, cit., pp. 95-101. V. anche W. Eder, *Das italienische Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato und der deutsche Volksgerichtshof*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, pp. 65 ss.

81. Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXVII, prima sessione, Discussioni, 9 Novembre 1926, vol. VII, 6380.

82. Ivi, 6389.

83. Così R. De Felice, *Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato fascista, 1925-1929*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 220-221.

Questo passaggio è di rilievo per almeno due questioni: il rapporto con la teoria e la pratica dello Stato liberale, la "natura" del fascismo come regime totalitario. Sono innegabili alcuni tratti di continuità tra il fascismo e l'età liberale considerata nei suoi elementi più "autoritari". Il nuovo regime consolidò tecniche e strumenti preventivi e repressivi già elaborati e sperimentati. Ma, come detto, mentre l'ordine politico liberale riconosceva, per statuto, la dialettica libertà/autorità, l'ordine politico fascista, dopo il 192526, superò tale visione. Ora non c'era più spazio per il dissenso *lato sensu* politico: si doveva soggezione al regime o almeno un atteggiamento di conformità.[84] Lo "Stato totalitario" ricomprendeva un ampio e complesso campo semantico.[85] Nel 1923 Giorgio Amendola si riferì per primo allo spirito totalitario del fascismo. Era giunto il tempo, disse Mussolini nel 1925, di "fascistizzare" la nazione italiana.[86]

In questo contesto variegato di politiche di prevenzione e di repressione,[87] la "legalità fascista" incorporò l'emergenza nel suo modo di essere.[88] L'istituzione di un Tribunale speciale – sebbene per un periodo di cinque anni – rifletteva una diversa idea di giustizia politica. Nel 1931 la corte fu prorogata per altri cinque anni, con importanti modifiche. Ora essa dipendeva (come era già di fatto) direttamente dal capo del governo, che ne nominava i giudici, e non più dal ministro della guerra. Il nuovo codice penale assorbiva inoltre i reati previsti dalla legge del 1926. In questo modo il Tribunale speciale ne diventava il suo giudice "naturale". La corte aveva funzionato anche come spazio di "sperimentazione" di tecniche e di strumenti che trovarono poi una più organica sistemazione nella struttura dei codici Rocco.

Nel maggio 1931, durante il dibattito parlamentare sulla proroga temporale del tribunale, il deputato Caprino chiese che esso diventasse permanente,

84. Sul discorso fascista v. S. Skinner, *Violence in Fascist Criminal Law Discourse: War, Repression and AntiDemocracy*, in «International Journal of Semiotic Law», 2012, DOI 10.1007/s11196-012-9296-3.

85. P. Costa, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, 1999, I, pp. 61-174.

86. Per una sintesi S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 25-32.

87. Cfr. G. Neppi Modona, M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo,* in *Storia d'Italia. Annali 12: La criminalità*, cit., pp. 757-847; M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. II, pp. 1001 ss.

88. E. Fraenkel, *The Dual State. A contribution to the theory of dictatorship*, Oxford, Oxford University Press, 1941.

nella convinzione che solo un potere giudiziario pienamente politico potesse giudicare i delitti politici.[89] Nel 1934 il Presidente del tribunale Guido Cristini ne propose a Mussolini la trasformazione come corte ordinaria per tutti i più gravi crimini, politici ma anche comuni. Cristini riteneva che le corti di assise non fossero efficaci. Il *duce* non accolse la richiesta[90] e la corte speciale fu soppressa solo il 29 luglio 1943, dopo la caduta del fascismo.[91] Nel 1935 il tribunale veniva rappresentato come un «organo rivoluzionario» chiamato a contrastare l'antifascismo. La corte sarebbe dovuta restare come «istituzione normale e permanente del Regime».[92] Fernando Verna proponeva di eliminare gli attributi di tribunale "speciale" e "temporaneo" per farlo diventare semplicemente il Tribunale per la difesa dello Stato, il solo in grado di centralizzare la lotta contro ogni tipo di opposizione. Nello stesso anno Silvio Longhi[93] parlò di una corte speciale *permanente*, sebbene formalmente dovesse la sua esistenza a proroghe di cinque anni.

Il Tribunale speciale fu un elemento importante nella strategia volta a combattere e sradicare il dissenso politico che operava in Italia e all'estero.[94] La creazione di una prima rete di polizia segreta (la "Ceka") e poi il consolidamento di due organismi, Polpol (Polizia politica) e OVRA (Organizzazione per il controllo e la repressione dell'antifascismo),[95]

89. Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXVII, prima sessione, Discussioni, 20 maggio 1931, pp. 4809 ss.

90. A. Aquarone, *L'organizzazione*, cit., pp. 102-103.

91. Fu poi reintrodotta nella Repubblica Sociale Italiana e operò sino all'aprile 1945 nei territori occupati dai nazisti.

92. F. Verna, *Difendere lo Stato*, in *Rivista Penale*, VI, 1935, p. 459.

93. S. Longhi, *Tribunale speciale permanente*, ibidem, pp. 817-819.

94. F. Colao, «Hanno perduto il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia». *I 'fuorusciti' nel Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38, 2009, I, pp. 653-699.

95. M. Canali, *Crime and Repression*, in *The Oxford Handbook of Fascism*, ed. By R. J. B. Bosworth, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 221-238. Cfr. anche A. Aquarone, *L'organizzazione*, cit., pp. 105-110; P. Carucci, *L'organizzazione dei servizi di polizia dopo l'approvazione del testo unico delle Leggi di pubblica sicurezza nel 1926,* in *Rassegna degli Archivi di Stato*, 1, 1976, pp. 82-114; F. Fucci, *Le polizie di Mussolini. La repressione dell'antifascismo nel "Ventennio"*, Milano, Mursia, 1985; G. Tosatti, *La repressione del dissenso politico tra l'età liberale e il fascismo. L'organizzazione della polizia*, in *Studi storici*, 1, 1997, pp. 232 ss.; M. Franzinelli, *I tentacoli dell'OVRA. Agenti, collaboratori e vittime della polizia politica fascista*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000; M. Giannetto, «Conoscenza e controllo»: la faticosa elaborazione dell'istituto

rafforzarono la dimensione totalitaria del regime. Dal 1926 gli antifascisti divennero formalmente nemici della nazione italiana. Gli esiliati e i fuorusciti per ragioni politiche perdevano la cittadinanza italiana. La politica criminale del fascismo ruppe definitivamente i ponti con ciò che restava della tradizione liberale che aveva riconosciuto al delitto politico un status "privilegiato".

L'istituzione del Tribunale speciale ha fatto pensare che il regime non controllasse a fondo il potere giudiziario.[96] In realtà, il fascismo aveva seguito le tracce dello stato liberale affinando l'esistente modello. Interventi mirati di epurazione, una più accentuata gerarchizzazione e accorti "avanzamenti" aprirono la strada alla progressiva fascistizzazione del giudiziario. Il regime poteva avere dubbi su singoli magistrati ma aveva gli strumenti necessari per tenere sotto controllo il potere giudiziario. Rivolgendosi alla Camera dei Deputati, il ministro Rocco poteva celebrare nel 1929 la forte presenza dello "spirito fascista" nella magistratura.[97]

L'istituzione della Corte speciale nel 1926 suggerisce ulteriori spiegazioni. Il regime colse l'occasione degli attentati portati contro Mussolini per creare un tribunale *ad modum belli*[98] dalla dichiarata natura politica. Nel 1944, dopo la caduta del fascismo, Mario Berlinguer evidenziava la natura settaria e repressiva del tribunale ma riconosceva anche alcuni profili di "moderazione" nel suo operato.[99] Bisogna osservare che il tribunale era un tassello della più complessiva macchina repressiva del regime. Più di 12.000 persone furono

---

di polizia politica, in *Giornale di storia contemporanea*, 1, 2002, pp. 50 ss.; M. Canali, *Le spie del regime*, Bologna, Il Mulino, 2004.

96. Cfr. D. Zucàro, a cura di, *Il processone*, Roma, Editori Riuniti, 1961, pp. 13 ss.

97. V. i lavori di G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino, Einaudi 1973, pp. 143 ss.; *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, eum, 2007, pp. 373378; *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, II, pp. 9831005. Per una lettura recente A. L. Klinkhammer, *Was there a fascist revolution? The function of penal law in fascist Italy and in Nazi Germany*, in *Journal of Modern Italian Studies*, 15, 3, 2010, pp. 391-393; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 145 ss.

98. I giudici applicavano il codice penale militare per il tempo di guerra. L'art. 441 assegnava al presidente grandi poteri e durante il dibattimento poteva compiere ogni atto che ritenesse utile per scoprire la verità. La procedura era rapida e limitava i diritti della difesa.

99. M. Berlinguer, *La crisi della giustizia nel regime fascista*, Roma, Migliaresi, 1944, p. 11.

sottoposte al confino di polizia, l'«arma silenziosa» del regime.[100] Questa misura amministrativa, insieme ad un uso politico dell'ammonizione e della sorveglianza speciale, applicati a circa160.000 soggetti, rappresentava il *day by day* della politica fascista.[101] Certo, se compariamo le nove sentenze a morte fatte eseguire dal Tribunale speciale in tempo di pace con le circa 5.200 esecuzioni capitali del *Volksgerichtshof,* la corte del popolo, introdotta da Hitler dopo che il processo di "rottura"[102] contro i presunti incendiari del *Reichstag* si era rivelato un fallimento,[103] il confronto non può che colpire.

Lutz Klinkhammer ha recentemente osservato che il Tribunale speciale «in effect, it was a showcase that was used for the conviction of defendants or deeds interpreted as particularly dangerous and/or important in order to scare the public and deter imitation».[104] La nascita del tribunale – al di là degli effetti concreti – incideva fortemente sull'assetto complessivo dell'ordinamento repressivo e instaurava un *ordine costituzionale di giustizia politica*. Il Tribunale divenne un "hub" strategico.[105] La commissione istruttoria della corte, da un punto centrale del sistema, poteva far processare, rilasciare gli imputati ma anche "inviarli" alla giurisdizione dei tribunali ordinari. La nuova corte poteva così "razionalizzare" e graduare la repressione, a seconda delle necessità, degli

100. A. Dal Pont, S. Carolini, a cura di, *L'Italia al confino. Le ordinanze di assegnazione al confino emesse dalle Commissioni provinciali dal novembre 1926 al luglio 1943*, Milano, La Pietra, 1983, 4 vol; D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, Jovene, 1996; P. Carucci, *Confino, soggiorno obbligato, internamento, sviluppo della normativa,* in *I campi di concentramento in Italia: dall'internamento alla deportazione 1940-1945*, a cura di C. Di Sante, Milano, F. Angeli, 2001, pp. 5-20; L. Klinkhammer, *Was there a fascist revolution?*, cit., pp. 399402; e soprattutto C. Poesio, *Il confino fascista. L'arma silenziosa del regime*, Roma-Bari, Laterza, 2011; Id., *Il confino di polizia. La "Schutzhaft" e la progressiva erosione dello Stato di diritto*, in *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di L. Lacchè, Roma, Donzelli, 2015, pp. 95-113.

101. Sul tema della pericolosità nella legislazione e nella dottrina durante il fascismo v. E. de Cristofaro, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, t. II, pp. 1044 ss.

102. J. Vergès, *De la stratégie judiciaire*, Paris, Les Editions de Minuit 1968.

103. W. Eder, *Das italienische Tribunale*, cit., pp. 85 ss.

104. L. Klinkhammer, *Was there a fascist revolution?*, cit., p. 395.

105. Per più ampi riferimenti v. L. Lacchè, *The Shadow of the Law: the Special Tribunal for the Defence of the State between Justice and Politics in the Italian Fascist Period*, in *Fascism and Criminal Law. History, Theory, Continuity*, a cura di S. Skinner, Hart Publishing, Oxford-Portland 2015, pp. 15-33.

orientamenti, degli *input* provenienti dal regime. In questo senso il Tribunale non era solo una "vetrina": era, piuttosto, una "cabina di regia". Apice della piramide del sistema di giustizia politica, la sua esistenza non lasciava indenne l'ordinamento repressivo. Strumento centralizzato ma flessibile (poteva operare come una sorta di corte "itinerante"), solo un terzo dei denunciati furono giudicati dal Tribunale e dei 5.619 accusati, l'80% (4.596) subì condanne.[106] Insomma, i numeri contano ma non dicono tutto. Dal 1925-1926 il regime volle non solo togliere di mezzo i suoi oppositori: intese anche sancire e dichiarare un autentico cambiamento. Il rapporto causa-effetto tra gli attentati al duce e l'istituzione del Tribunale speciale è evidente. Ma, guardando più in profondità, la corte era uno strumento strategico, capace di mettere in luce la *natura politica* e *rivoluzionaria* del regime.[107] Si può dire che il Tribunale possedeva una spiccata *rilevanza costituzionale*. Se esso doveva combattere il dissenso, non bisogna però sottovalutare l'aspetto "simbolico". Usare procedure legali per scopi politici afferma l'idea secondo la quale la giustizia (ma anche il suo contrario, la non-giustizia) è parte di una strategia di rappresentazione del regime.

La nuova giustizia del regime fascista non teme di affermare e mostrare la sua natura politica. Un potere assoluto può facilmente eliminare i suoi nemici per via amministrativa ma ha bisogno di costruire legami con le masse e proporre narrazioni. Lo scopo di questi processi è di promuovere e costruire verità attorno ad azioni più o meno pericolose per il regime. La sentenza è importante ma solo se arriva dopo il processo, cioè dopo che l'azione ha assunto una "forma giudiziaria". La "giustizia" è parte integrante dell'«esperimento totalitario».[108] «Per concludere, – osserverà nel 1939 Giuseppe Maggiore – diremo che il senso ultimo dello Stato totalitario è la totalitarietà della *politica*».[109] Non è un ossimoro dire che i nemici hanno "diritti". La giustizia come azione politica è

106. G. De Luna, *Tribunale speciale per la difesa dello stato,* in *Dizionario del fascismo*, a cura di S. Luzzatto, V. De Grazia, Torino, Einaudi, 2002, II, pp. 738-741.

107. P. A. Cavaliere, *Il diritto penale politico in Italia dallo Stato liberale allo Stato totalitario. Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Roma, Aracne, 2008, p. 438.

108. E. Gentile, *Fascism in power: the totalitarian experiment,* in *Liberal and fascist Italy*, ed. by A. Lyttelton, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 139-174. Cfr. R. J. B. Bosworth, *The italian Dictatorship. Problems and perspectives in the interpretation of Mussolini and Fascism*, London, Arnold, 1998, pp. 9-10.

109. G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 11, 1939, pp. 140 ss., poi in C. Schwarzenberg, *Diritto e giustizia nell'Italia*

uno spazio importante per affermare la "verità" del regime. Diversamente dallo Stato liberale, il Nuovo Ordine istituisce un Tribunale speciale per affermare il primato del politico nel campo della giustizia.

Gli studi più recenti,[110] supportati anche da nuove importanti fonti documentarie, sui processi del Tribunale speciale – a cominciare dal cd. "Processone" contro i capi comunisti[111] – mostrano quanto sia comunque importante la "forma giudiziaria".[112] La gestione del processo contro Gramsci, Terracini e gli altri leader svela i meccanismi di questo tipo di giustizia dichiaratamente politica. Essa rappresenta una forma "giudiziaria" di relazione contraddittoria ma produttiva tra politica e giustizia, tra potere e diritto, specialmente nei momenti di "transizione".

8. Il lascito di una legalità inquietante

Durante il fascismo Piero Calamandrei – siamo nei primi anni 1940 – iniziò un confronto difficile con quello che era stato il tema della sua vita di studioso, la legalità.[113] Il suo, come per altri, fu un itinerario inevitabilmente

fascista, cit., p. 279. Sul "diritto penale totale" v. ora B. Bushart, *Il diritto penale totale. "Sistema di valori" o mera repressione?*, in *Il diritto del duce*, cit., pp. 115-125.

110. L. P. d'Alessandro, *I dirigenti comunisti davanti al tribunale speciale*, in *Studi storici*, 2, 2009, p. 485. Sulle fonti, anche per una lettura più approfondita delle famose lettere di Ruggero Grieco ai leader in carcere, cfr. G Vacca, *Vita e pensieri di Antonio Gramsci 1926-1937*, Torino, Einaudi, 2012, pp. 63-74, 93; L. Canfora, *Gramsci in carcere e il fascismo*, Roma, Salerno, 2012, pp. 5055. Sul punto v. L. Lacché, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista. Introduzione*, in *Il diritto del duce*, cit., pp. XX-XXVIII e i saggi, nello stesso volume, di L. P. d'Alessandro, *Per una storia del Tribunale speciale: linee di ricerca tra vecchie e nuove acquisizioni*, pp. 151-173; A. Bassani, A. Cantoni, *Il segreto politico nella giurisprudenza del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, pp. 175-206; M. Petracci, *La follia nei processi del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, pp. 207-234.

111. D. Zucàro, *Il processone*, cit.; A. Dal Pont, S. Carolini, a cura di, *L'Italia dissidente e antifascista. Le Ordinanze, le Sentenze istruttorie e le Sentenze in Camera di consiglio emesse dal Tribunale speciale fascista contro gli imputati di antifascismo dall'anno 1927 al 1943*, Milano, La Pietra, 1980, vol. II.

112. Su questo tema v. L. Lacchè, *Sulla forma giudiziaria. Dimensione costituzionale della giustizia e paradigmi del processo politico tra Otto e Novecento*, in *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, a cura di F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 3-28.

113. P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 142; Id., *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, Giuffrè, 2014, p. 37.

tormentato,[114] ben testimoniato dagli scritti di quel periodo,[115] rimasti poi in parte inediti o impiegati frammentariamente all'interno di altri lavori.[116] La «travagliata apologia della legge» di Calamandrei poggiava ancora su una salda "fede nel diritto" che doveva fare i conti con l'allontanamento – basti solo pensare alle orribili leggi razziali – della legge "uguale per tutti", dai canoni di giustizia e di razionalità. Nonostante tutto però il diritto formale sembrava essere l'unico baluardo, pur così indebolito, contro il regno dell'arbitrio e della tirannia.

Nel gennaio del 1940, pochi giorni dopo aver tenuto presso la Federazione universitaria cattolica italiana di Firenze la conferenza *Fede nel diritto*, annotava nel suo Diario, non senza inquietudine, alcune domande: «Ma siamo poi nel vero a difender la legalità? E' proprio vero che per poter riprendere il cammino verso la "giustizia sociale" occorre prima ricostruire lo strumento della legalità e della libertà? Siamo noi i precursori dell'avvenire, o siamo i conservatori di un passato in dissoluzione?».[117] I dubbi affiorano,[118] si vedono le prime crepe ma il principio di legalità e la certezza del diritto vengono passati al vaglio della rigida ideologia giuridica post-illuministica con esito ancora formalistico. Nella entusiastica recensione del 1942 al fortunato libro di Flavio Lopez de Oñate, il giurista fiorentino esalta quel «qualcosa di inviolabile e di sacro»[119] che le leggi hanno in sé. La certezza della legge, razionale, generale, astratta,

114. Ben còlto, nella sua complessità, da A. Galante Garrone, *Introduzione* a P. Calamandrei, *Diario 1939-1945*, a cura di G. Agosti, Firenze, La Nuova Italia, 1982, vol. I, 1939-1941, 27 gennaio 1940, pp. CXXIV ss. «Nel suo pensiero il concetto stesso di legalità era venuto modificandosi, si era arricchito e complicato di altri elementi, non senza qualche oscillazione di giudizio, e aveva finito per cedere il passo ad altri problemi, come quello della giustizia sostanziale delle leggi. Ma è significativo che il tema della legalità, della certezza del diritto come garanzia di libertà, fosse ancora uno dei problemi che più lo assillavano nelle meditazioni di Colcello» (p. CXXXIX).

115. La conferenza *Fede nel diritto* è stata pubblicata nel 2008 a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelsky, Roma-Bari, Laterza.

116. V. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, in *Fede nel diritto*, cit., pp. 4-5.

117. P. Calamandrei, *Diario 1939-1945*, cit., vol. I, 1939-1941, 27 gennaio 1940, p. 129.

118. Cfr. anche. S. Luzzatto, *Introduzione* a P. Calamandrei, *Uomini e città della Resistenza*, prefazione di C. A. Ciampi, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. XIII ss.

119. *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, Morano, 1968, vol. I, p. 508. Basta leggere, in contrappunto, solo la conferenza messicana del 1952 su *Giustizia e politica: sentenza e*

prevedibile, è il baluardo contro l'arbitrio e il giurista ha il compito di difenderne l'alto messaggio. Di fronte alla legge che ripugna il giurista non può attuare un "sabotaggio". «Questa azione sovvertitrice delle leggi, che può avere la sua moralità e la sua funzione storica, non è la moralità del giurista; il quale, anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell'ideale di uguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l'apparente rigidezza del sistema della legalità».[120] Ma le leggi razziali del 1938 – comunque le si volesse definire – erano lì e ponevano gravissimi interrogativi.

Tra l'ottobre del 1943 e il giugno 1944, nel rifugio di Colcello in Umbria, Calamandrei progetta di scrivere un libro sulla legalità. L'opera non vedrà la luce, ma in *La crisi della legalità*, pubblicato nel dicembre del 1944,[121] il giurista fiorentino mette a confronto nazionalsocialismo e fascismo di fronte alla comune distruzione dei meccanismi dello Stato rappresentativo sottolineando che «… i metodi sono stati diversi: il nazismo, con aperta e conseguenziaria improntitudine, ha distrutto la legalità; il fascismo, nella sua pacchiana pretesa di machiavellismo, ha preferito *falsificarla*».[122] Il regime fascista, "falsificatore della legalità", è stato dunque un regime a doppio fondo, un regime dell'*illegalismo di Stato*.[123] Nel 1944 Calamandrei, già nominato Rettore nel luglio del 1943, riprenderà a Firenze l'attività didattica con un

sentimento, *Ibidem*, pp. 646 ss., per cogliere la profonda trasformazione del paradigma "sillogistico" nel pensiero di Calamandrei.

120. *Ibidem*, p. 511.

121. Nel settimanale di politica e letteratura *La nuova Europa* diretto da Guido de Ruggiero e Luigi Salvatorelli, 4, 31 dicembre 1944, ora in *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, con un saggio introduttivo di P. Barile, Firenze, Vallecchi, 1995, pp. 15--27. Calamandrei tornò sul tema anche nel 1945 in una conversazione alla Radio di Firenze, trascritta e pubblicata in P. Calamandrei, *Questo era il fascismo*, venti conferenze alla Radio di Firenze, Firenze, L'Impronta, 1945, pp. 35-40. Un passo è citato in P. Calamandrei, *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Firenze, La Nuova Italia, 1996, p. 3.

122. P. Calamandrei, *La crisi della legalità*, in *Costruire la democrazia*, cit., p. 20. Riprenderà questa distinzione nel 1948: L*a funzione parlamentare sotto il fascismo*, in Scritti e discorsi politici, vol. II. *Discorsi parlamentari e di politica costituzionale*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, in particolare pp. 327-332.

123. Il citato Fraenkel introdusse nel 1941 (*The dual State*) la teoria, riferita però alla Germania nazionalsocialista, del doppio Stato: *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, Einaudi, 1983.

corso di diritto costituzionale, partendo proprio dagli *Appunti sul concetto di legalità*.[124]

Una parte ulteriore di questi materiali, inediti, è stata pubblicata nel 2013.[125] Nella sezione intitolata *Libertà e legalità*[126] il professore fiorentino pone come strategico il tema della rigidità costituzionale per svelare l'inadeguatezza della legge suprema e per non ricadere, scrive, in «(...) quello che, attraverso la Costituzione flessibile, è avvenuto in Italia durante il fascismo: dalla marcia su Roma fino alle leggi razziali, si sono avute nel periodo fascista una serie di leggi che gradualmente hanno soppresso i diritti di libertà e l'uguaglianza dei cittadini. I costituzionalisti di tutto questo non hanno potuto scandalizzarsi, perché hanno insegnato costantemente che nel nostro sistema lo Statuto è una legge come tutte le altre, che si può modificare come qualsiasi altra legge…».[127] *L'illegalità come regime* lo porta ora a dire che «Durante il ventennio fascista la legalità non è stata rispettata né nel primo senso né nel secondo. Il regime si può qualificare come il regime dell'illegalismo, sia in quanto i modi con cui sono state formulate le leggi sono stati tali da screditare ogni serietà e da far venire meno ogni consenso, sia in quanto le leggi nella loro applicazione sono state trasgredite, beffate, raggirate. Il ventennio fascista segna in maniera paradigmatica questo progressivo indebolirsi, sgretolarsi, fiaccarsi del senso di legalità, dell'autorità della legge».[128]

Il bersaglio è dunque la legislazione. Come è noto, la scienza penale italiana dal principio del Novecento aveva progressivamente aderito al metodo tecnico-giuridico.[129] Nel dopoguerra prevalse l'idea del necessario recupero

124. In *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1968, vol. III, pp. 51-126.

125. P. Calamandrei, *Non c'è libertà senza legalità*, Nota editoriale di S. Calamandrei, Roma -Bari, Laterza, 2013.

126. Ora pubblicate *Ibidem*.

127. *Ibidem*, p. 30.

128. *Ibidem*, p. 46.

129. Cfr. in particolare a G. Neppi Modona, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democrazia e diritto*, 17, 1977, n. 4, pp. 661684; P. Piasenza, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, X, n. 3, 1979, p. 261; G. Neppi Modona, M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 843-847; M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 845 ss.: «Quel metodo, come tutti i metodi, non ha operato in costanza assoluta di effetti. Ha prodotto esiti diversi a seconda delle situazioni, delle fasi storiche, degli oggetti a cui si applicò,

di una *scienza costruttrice, ordinante*, custode di una autonoma razionalità.[130] Secondo la prevalente ricostruzione di allora, proprio grazie al valore e alla solidità della teoria penale sarebbero sostanzialmente sopravvissuti i principi di base del diritto penale liberale non seguendo le "sirene" della "via tedesca".[131] Il rapporto giuridico-penale tra Stato e cittadino; l'irretroattività e la tassatività della legge penale; la concezione del reato come violazione di un bene o interesse giuridico restarono alla base della logica "formale" del sistema. Paradigmatico il giudizio di Giovanni Leone: «(…) i penalisti italiani, nel ventennio fascista, hanno resistito, con lo spirito della più coraggiosa indipendenza a qualsiasi tentativo d'infiltrazione del dato politico nel tradizionale sistema penale, il quale, per effetto di questo atteggiamento, è rimasto per lo meno nelle grandi linee, salvo da ogni contaminazione politica».[132]

---

dei livelli di sviluppo e progressione della scienza penale, dei contesti politici con i quali interagì… E nelle tre distinte fasi in cui è riconoscibile una sua diversa presenza, sembra si possa dire che abbia svolto una funzione risanatrice nella fase prefascista, una funzione di freno (in ipotesi) positivo durante il fascismo, una funzione di freno certamente negativo dopo la sua caduta» (p. 846). Sul metodo tecnico-giuridico nella penalistica italiana, a patire dalla prolusione di Arturo Rocco del 1910, v. i saggi contenuti in Th. Vormbaum (Hg.), *Arturo Rocco un der Rechtstechnizismus im italienischen Strafrecht*, Berlin, Lit Verlag, 2013. Per una riflessione recente v. M. N. Miletti, *Giustizia penale e identità nazionale* (A proposito di *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di L. Lacchè, Roma, Donzelli, 2015), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 45, 2016, pp. 693 ss.

130. Cfr. C. Carissimi, *Ideologie penali e tecnicismo giuridico nel dibattito alla Costituente*, in U. de Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica, II. Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 483.

131. E. De Cristofaro, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008.

132. G. Leone, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Archivio penale*, vol. I, parte I, 1945, p. 28. «Dalla premessa soggettivistica alla creazione della figura del tipo di autore *Tätertypus* il passo fu facile. I giuristi italiani, che hanno seguito queste ignobili costruzioni naziste col più profondo disgusto (taluno commettendo l'errore di prendere in considerazione concezioni che andavano respinte senza esame), sanno a quale apice d'impudenza è giunta la dottrina penale nazista, pervasa dal desiderio servile di apprestare un corpo di dottrine, principi e regole giuridiche che, sostituendo l'augusto sistema tradizionale, valesse a consolidare la dittatura anche sul terreno giuridico» (*Ibidem*). «Il codice fu dunque fatto da giuristi. E principali artefici ne furono proprio gli esponenti della Scuola tecnicogiuridica,

Secondo questa lettura, la *politica del fascismo* riguardava più la *facciata* propagandistica che la realtà della monumentale riforma del sistema penale avvenuta nel 1930. E' come se il regime avesse voluto stendere una patina di «spirito fascista»[133] sui codici, celebrando come fasciste riforme che avevano invece radici "liberali". Bastava quindi *epurare* i codici e la legislazione speciale[134] per eliminare gli elementi incompatibili con il nuovo ordinamento democratico in via di edificazione. Prevalse così il *discorso* della *continuità* e della teoria del *freno*: il diritto penale "fascista" era stato in realtà l'opera di grandi giuristi di formazione liberale (Arturo Rocco, Vincenzo Manzini…) che, attraverso la *forza della scienza*, erano riusciti a veicolare, nel segno del progresso tecnico, le principali conquiste della penalistica italiana. La *sanior pars* dei penalisti italiani aveva così evitato di finire schiacciata sotto il peso propagandistico della *politica fascista*, riuscendo anche a svolgere una funzione di *freno* verso le derive irrazionalistiche che avevano invece scardinato i principî della scienza tedesca.[135]

---

il Manzini, il Massari ed il Rocco; quest'ultimo, poi, ebbe nella compilazione del codice una parte preminente. Essi furono chiamati alla compilazione del codice nella pienezza della loro maturità scientifica, raggiunta già in epoca molto anteriore al fascismo: basta ricordare che l'opera di Arturo Rocco, che è fondamentale ai fini dello svolgimento e della classificazione delle scienze del diritto penale e rappresenta quasi la carta di fondazione della Scuola tecnicogiuridica, fu pubblicata nel 1910, circa un ventennio prima che si iniziassero i lavori preparatori del codice. Era logico perciò che i compilatori della legge penale non potessero rinunciare a quei canoni fondamentali imparati ed insegnati per lunghi anni, e che la loro schietta mentalità giuridica reagisse impedendo che i nuovi principi politici soprafacessero i principi giuridici tradizionali. Non per niente la principale delle accuse che si sono mosse all'indirizzo tecnico giuridico è stata proprio quella che esso vuol risolvere il diritto col diritto, trascurando l'elemento politico e quello sociale» (T. Delogu, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Archivio penale*, vol. I, parte I, 1946, pp. 194, 195).

133. T. Delogu, *L'elemento politico nel codice penale*, cit., pp. 161, 169.

134. «Occorre, a questo proposito, notare che il troppo ed il vano sono facilmente identificabili e sono rappresentati da zeppe, che qua e là s'inserivano nei codici quando l'opera del tecnico era compiuta, per la smania di dare ad intendere che la dottrina fascista nuove conquiste avesse raggiunte in un clima rivoluzionario sempre operante…» (E. Casati, *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in *Archivio giuridico*, vol. I, parte I, 1945, pp. 45-46).

135. Anche nel dibattito in sede costituente questo tema fu richiamato da Bettiol (AC, A, 26.3.1947, p. 2498) e da Leone (AC, A, 27.3.1947, pp. 2558-2559). Cit. da C. Carissimi, *Ideologie penali e tecnicismo giuridico nel dibattito alla Costituente*, cit., p. 473.

Nei primi anni Quaranta la visione di Calamandrei[136] – e con lui di altri liberali – è reattiva verso le più gravi derive della giustizia sovietica e nazista, ma essa lo è meno – segnata com'è ancora dalla cultura del formalismo legalistico – nei confronti del *vizio occulto* del principio di legalità che il fascismo aveva ricevuto, come utile eredità, dallo Stato liberale.

Questo atteggiamento di fondo contribuì a non affrontare, se non parzialmente, i temi *strutturali* che avevano caratterizzato, nel bene e nel male, la storia italiana dallo Stato liberale allo Stato fascista. Proprio questo passaggio non veniva messo sotto la lente di ingrandimento[137] e l'enfatizzazione del fascismo come regime del raggiro, dell'illegalismo, delle leggi a doppio fondo mostrava i fenomeni più pronunciati, pacchiani, ma non l'intero quadro.

Talune questioni legate alla governamentalità liberale, ai livelli di legalità, alle zone grigie, agli ambiti di differenziazione del sistema penale, alle emergenze, all'inconscio inquisitorio, non sarebbero infatti cadute, da sole, con la fine del fascismo. Una parte di questa eredità vischiosa sarebbe passata – come "tratto permanente"[138] – alla nuova fase democratica e costituzionale dello Stato italiano e malgrado il progressivo innalzamento dell'architrave al livello della Costituzione e lo sforzo pluridecennale dei "costruttori", la legalità penale non avrebbe allontanato da sé il tema della crisi.

Per una sintesi del dibattito in Germania v. P. Troncone, *Controllo penale e teoria del doppio Stato*, Napoli, ESI, 2006.

136. Destinata poi a mutare P. Grossi, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, cit., pp. 43 ss.; V. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, cit., pp. 20-23.

137. Su questo aspetto rinvio a M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., t. II, pp. 1001-1034; L. Lacchè, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». Gli anni della "costituzione provvisoria": alle origini del* discorso *sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in L. Garlati (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 271-304; F. Colao, *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 19-24.

138. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., t. I, pp. 649 ss.; Id., *Il problema penale*, ibidem, pp. 695 ss.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A justiça penal na Itália: crise da legalidade e suplência judiciária, de Fausto Giunta – *RT* 791/447-455 (DTR\2001\601);
- Reconhecimento das minorias como substrato para o multiculturalismo, de Mirian Andrade Santos – *RDCI* 87/183-210 (DTR\2014\3637); e
- Tutela da liberdade pessoal e exigências processuais na jurisprudência da corte constitucional italiana, de Giulio Illuminati – *RBCCrim* 25/92-105 (DTR\1999\9).

Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo

The improper omissive crimes as duty violation crime in the national socialism

Marcelo Almeida Ruivo

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pesquisador convidado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg, Alemanha) em 2009, 2011-2012, 2014, 2016 e 2017.
marceloaruivo@gmail.com

Recebido em: 15.12.2016
Aprovado em: 08.02.2017
Última versão autor: 23.02.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: A influência do direito penal do nacional-socialismo no pensamento penal posterior é um tema insuficientemente estudado na teoria penal e na história do direito penal. O conceito de crime como violação de dever em oposição ao de crime como violação ao bem jurídico significou uma política-criminal de redução da liberdade do cidadão. A teoria do crime omissivo impróprio como mera violação de dever é exemplo de tópico que retorna em diferente contexto cultural.

Palavras-chave: Crimes omissivos impróprios – Crimes de violação de dever – Direito penal nacional-socialista – Bem jurídico

Abstract: The influence of the national socialist criminal law in the subsequent criminal thinking is insufficient studied on the criminal theory and the history of criminal law. The concept of crime as a duty violation in opposition to the concept of crime as a legal good violation meant a criminal policy to reduce the freedom of the citizen. The theory of improper omissive crime as simple duty violation is an example of a topic that returns in different cultural context.

Keywords: Improper omissive crimes – Duty violation crimes – National socialist criminal law – Legal good

Sumário: 1. A justificação do estudo do tema. 2. Noções breves sobre a ciência penal no nacional-socialismo. 3. O crime como violação de dever e a crítica ao conceito de bem jurídico. 4. A omissão imprópria entre os delitos de violação de dever no nacional-socialismo. 4.1. Friedrich Schaffstein. 4.2. Friedrich Stucke. 4.3. George Dahm. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

Ruivo, Marcelo Almeida. Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 223-247. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

1. A JUSTIFICAÇÃO DO ESTUDO DO TEMA

Manuel da Costa Andrade[1] dedicou larga reflexão sobre a "história doutrinal do objeto do crime" e "do bem jurídico" na sua tese doutoral.[2] Nela alertou que o conceito de bem jurídico "longe de obedecer a um processo evolutivo linear, marcado por eventos irreversíveis, segue antes um curso em espiral".[3] Tal curso em espiral é descrito como sendo uma história de afirmação categorial na qual os "tópicos que fizeram escola numa época dada acabam, não raro, por voltar a emergir em contextos e horizontes histórico-culturalmente renovados".[4] Essa observação sobre a dinâmica de reaparecimento de idéias jurídicas possui capacidade compreensiva para além da específica história do bem jurídico.

Particularmente, a noção de crimes omissivos como delitos de mera violação de dever é uma dessas ideias jurídicas, que parece ressurgir em diferentes contextos, sem que necessariamente sejam apontados claramente alguns elementos do seu histórico.

Nas últimas décadas, observa-se o interesse em fazer a omissão regressar ao domínio hegemônico da doutrina dos deveres. Essa foi a explicação normativa vigente antes da exigência da causalidade penal também para os crimes omissivos impróprios, na primeira metade do século XIX.[5] Atualmente, algumas pro-

1. Este artigo foi escrito originariamente para integrar o livro em homenagem ao 70º aniversário do Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade. Gostaria de manifestar a minha profuda admiração pela obra jurídica e pela pessoa do Senhor Doutor Costa Andrade, assim como a minha gratidão pelo acolhimento, intelectual e humano, e pelos ensinamentos acadêmicos recebidos, desde o curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico e Europeu, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2005.
2. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 61.
3. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 61. No mesmo sentido, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 39 e 94-95.
4. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 61.
5. Assim consta, por exemplo, em Ernst Westphal (WESTPHAL, Ernst Westphal. *Criminalrecht (Nachdruck der Ausgabe Leipzig: Weygand, 1785)*. Goldbach: Keip, 1996. § 2º, p. 13), Christoph Stübel (STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber den Thatbestand der Ver-*

postas defendem a total ou parcial substituição do conteúdo fundamental do ilícito criminalpara assunção do crime como mera violação de deveres,[6] o que é perceptível em específicos âmbitos de intervenção penal.[7] Um antecedente histórico da doutrina do crime como violação de dever– em oposição à clássica doutrina do crime como violação ao bem jurídico — embora sabidamente com outra visão de mundo e intenção político-criminal, encontra-se manifesto em determinadas orientações do direito penal do período nacional-socialista, mais precisamente, na chamada Escola de Kiel.[8]

O estudo do tema contempla o propósito de homenagem não só em razão do direito penal do bem jurídico ser uma diretriz fundante no conjunto da obra do Professor Doutor Costa Andrade,[9] mas também por ele ter ensinado

---

brechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Ruecksicht der Toedtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursaechsischen Rechten. Wittenberg: Zimmermann, 1805. §§43º e. 44°, p. 55-56, e STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze*. Dresden: Hilscher, 1828. §37º, p. 61), Anselm v. Feuerbach, (v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 3. ed. Giessen: Heyer, 1805. §24º, p. 24-25) e Albert Berner (BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*. 16. ed. Leipzig: Tauchnitz, 1891. §63º p. 113).

6. Apenas a título de exemplo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión y injerencia en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 31 e 61.
7. Por exemplo, observando a ocorrência no direito penal secundário, DIAS, Augusto Silva. Delicta in se *e* Delicta mere prohibita*, uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 21 e 545; e D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 105 e 107.
8. Sobre a Escola de Kiel, como exemplo da penetração da ideologia nacional-socialista na ciência em contrariedade ao liberalismo do pensamento da República de Weimar, e sobre a Faculdade de direito como "faculdade tropa de choque" (*Stoßtruppfakultät*), RÜTHERS, Bernd. *Entartestes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Beck, 1988. p. 42-43, HARTL, Benedikt. *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin: Weißensee-Verlag, 2000. p. 103; FELDMÜLLER-BÄUERLE, *Die strafrechtliche Kieler Schule*. Hamburg: Kovač, 2010. p. 27, 29-30 e 31.
9. Por exemplo, as repercurssões da definição do bem jurídico no acertamento da tecnica de tutela do ilícito, ANDRADE, Manuel da Costa. A fraude fiscal – dez anos depois, ainda um "crime de resultado cortado"? In: *Direito penal económico e europeu:* textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 269-270 e 276-277; a função liberal do conceito de bem jurídico como conteúdo de tutela do ilícito, ANDRADE,

sobre o fenômeno cultural da reimersão de "tópicos" jurídicos em "contextos e horizontes histórico-culturalmente renovados".

2. Noções breves sobre a ciência penal no nacional-socialismo

O direito penal do nacional-socialismo é um campo de investigação com rico valor dogmático, jurídico-filosófico e bibliográfico para os estudiosos das ciências criminais, sobretudo diante do fato de nem sempre ocorrer o diagnóstico da influência contemporânea dos enunciados daquela época.[10] Foi um período marcado por significativo esforço da Escola de Kiel na superação de categorias penais democráticas ou iluministas[11] – entendidas como liberais individualistas[12] – e na construção de uma instrumentalidade jurídica capaz de concretizar os ideais político-criminais antiliberais.[13] Seguindo uma retórica

Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 40, 51, 127; os novos bens-jurídicos pessoais e a "estrura axiológico-material" dos bens jurídicos, ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal, uma perspectiva jurídico-penal,* 1996. p. 13-16, 18, 157, 182; a tutela dos bens jurídicos privacidade e inviolabilidade do domicílio no processo penal, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 187.

10. VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. p. 2 e 36; HOYER, Andreas. Ciencia del derecho penal y nacionalsocialismo. *Revista Penal*. Huelva – Espanha, n. 23. 2009. p. 42. Uma tentativa de diagnóstico encontra-se em HARTL, Benedikt. *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin: Weißensee-Verlag, 2000. p. 337 e ss.

11. Assim, em um escrito ainda não assumidadamente nacional-socialista, DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*. Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 3 e, posteriormente, com toda a expressividade, SCHAFFSTEIN, Friedrich. Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935. p. 97.

12. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*. Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 3-4, 11; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 5 e 7; SCHAFFSTEIN, Friedrich. Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935, p. 97.

13. Sobre a construção de um Estado "total ou autoritário" a partir do ataque ao direito penal liberal, ver MARXEN, Klaus. *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975. p. 20 e 66-67.

combativa,[14] defendeu-se a ultrapassagem de uma "crise cultural" por meio da desconstrução do "pensamento racional-individualista", que teria se desenvolvido sem oposição no direito penal.[15]

Supostamente, o Estado nacional-socialista superaria as noções e as "finalidades individualistas", que seriam ponto de acordo entre o liberalismo e o socialismo, haja vista que o "Estado liberal deve garantir antes de tudo a liberdade" e o "socialista" proteger a "'igual liberdade' dos seus cidadãos".[16] Justamente por isso, o Estado Revolucionário alemão de 1918 é atacado por Dahm e Schaffstein, pois "sem eliminar o pensamento de liberdade, introduziu o pensamento de bem-estar".[17] Para a Escola de Kiel, o Estado é visto não apenas como "um instrumento de poder do partido", mas, sim, a "encarnação da idéia de moralidade" ligada a uma noção de direito supra-pessoal.[18]

Três temas capitais passaram a ser discutidos na época: o "deslocamento" dos "interesses protegidos" (bens jurídicos) pelo direito penal,[19] o "rompimento do princípio da separação de poderes"[20] e a mudança na "determinação da finalidade da pena".[21] Este estudo atém-se aos limites dispostos pelo primeiro tema, mas não sem apontar algumas breves diretrizes metodológicas essenciais.

---

14. A propósito, é notável o número de vezes que palavra luta (*Kampf*) aparece em DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*. Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 3. O direito penal da vontade como "direito da guerra" (*Kampfrecht*), HARTL, Benedikt. *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin: Weißensee-Verlag, 2000. p. 96-97.
15. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*, Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 3-4.
16. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*. Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 11.
17. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*. Hamburg: Hanseatische Verlag,1933. p. 11.
18. RÜTHERS, Bernd. *Entartestes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Beck, 1988. p. 43.
19. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*, Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 12; KOCH, Otto Klaus. *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts – oder Pflichtverletzung?* Emsdetten: Heinrich & Lenchte, 1937. p. 12 e. ss.
20. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*, Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 12.
21. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 7; KOCH, Otto Klaus. *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts – oder Pflichtverletzung?* Emsdetten: Heinrich & Lenchte, 1937. p. 31-34.

A chamada Escola de Kiel significou igualmente uma proposta crítica e pretensamente superadora dos enunciados de base racional-positivista[22] na história da dogmática penal alemã. Na metodologia penal, propôs a ultrapassagem dos limites estabelecidos na garantia da legalidade, concretizada na noção de código penal como "magna charta do criminoso"[23] e lastreada nos princípios da "separação dos poderes" e da "independência e inamovibilidade do juiz".[24] Acreditou-se que o "método jurídico de interpretação das leis", até então, era "rigidamente lógico-formal" e demasiadamente fundado no "relativismo e positivismo", em afastamento das finalidades das normas, do "direito naturalizado" (*das natürliche Recht*)[25] e da "justiça material".[26]

Há críticos que chegam mesmo a falar em um eventual irracionalismo dogmático das propostas desse período.[27] Ao contrário da ênfase no rigor lógico-analítico dos conceitos teóricos do direito penal, alguns autores queriam legitimar e atribuir "valor decisivo" à intuição jurídica e a "forças irracionais de conhecimento"[28]Nesse período, encontra-se ampla irresignação contra o método analítico de avaliação do direito penal, a lógica cognitiva de estudo e a verificação dos elementos da teoria geral do delito em níveis, ou seja, ação, tipo,

22. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*, Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 9; STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 1. Sobre o afastamento do positivismo jurídico na doutrina do direito desse período, RÜTHERS, Bernd. *Entartestes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Beck, 1988. p. 27.

23. v. LISZT, Franz. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. Strafrechtliche. In: *Aufsätze und Vorträge (1892-1904)*. Berlim: J. Guttentag, 1905. p. 80.

24. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*, Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 9.

25. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*, Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 9.

26. FREISLAR, Roland. Schutz des Volkes oder des Rechtsverbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters? Einiges über das zweckmäßige Maß der Bindung des Richters an gesetzliche Straftatbestände. In: *Deutsches Strafrecht*, *Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935. p. 11-12.

27. BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia – o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*. Lisboa, n. 2, 1983, p. 18.

28. CORREIA, Eduardo. *A Teoria do Concurso em Direito Criminal, unidade e pluralidade de infrações*. Coimbra: Livraria Atlântica, 1945. p. 78-79.

ilícito e culpa.[29] Em substituição aos elementos analíticos de compreensão do crime, propunha-se um método de visão total e de consideração intuitiva das categorias,[30] bem como de ultrapassagem da clássica divisão entre direito e moral e entre valores morais e valores penais.[31] Não é por menos que os penalistas do nacional-socialismo recorreram a elementos intuitivos e imprecisos como "senso dogmático e político-filosófico correto",[32] "senso natural",[33] "senso popular saudável",[34] "princípio da justiça popular",[35] "visão popular saudável"[36]

29. Especificamente contra a acentuada diferenciação entre ilícito e culpa, SCHAFFSTEIN, Friedrich. Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? *Deutsches Strafrecht*, *Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935. p. 98 e 102; KOCH, Otto Klaus. *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts – oder Pflichtverletzung?* Emsdetten: Heinrich & Lechte, 1937. p. 1-2; DAHM, Georg. Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1940. p. 183. Por outro lado, a favor da analítica do crime, NAGLER, Johannes. Die problematik der Begehung durch Unterlassung. *Gerichtssaal*. Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1938. p. 44. Em crítica ao pensamento da época, CORREIA, Eduardo. *A Teoria do Concurso em Direito Criminal, unidade e pluralidade de infrações*. Coimbra: Livraria Atlântica, 1945, p. 79; ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. 2. ed. Heidelberg: Winter, 1968. p. 144-145.

30. CORREIA, Eduardo. *A Teoria do Concurso em Direito Criminal, unidade e pluralidade de infrações*. Coimbra: Livraria Atlântica, 1945, p. 79.

31. SCHAFFSTEIN, Friedrich. Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? *Deutsches Strafrecht*, *Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935, p. 100-101.

32. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 39, nota 34.

33. FREISLAR, Roland. Schutz des Volkes oder des Rechtsverbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters? Einiges über das zweckmäßige Maß der Bindung des Richters an gesetzliche Straftatbestände. In: *Deutsches Strafrecht*, *Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935. p. 12.

34. SCHAFFSTEIN, Friedrich. Die unechten Unterlassungsdlikte im System des neuen Strafrechts. In: DAHM, Georg. *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von W. Gleispach*. Berlin: de Gruyter, 1936. p. 71 e 95; DAHM, Georg. Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 1940. p. 135. A noção de "senso popular saudável" constou na proposta de texto §13 relativo à omissão imprópria do projeto autoritário de Código Penal alemão de 1936 (*Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung*. Berlin-Tegel: Strafgefängnis, 1936. p. 4). Sobre esse conceito em outros ramos do direito, RÜTHERS, Bernd. *Entartestes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Beck, 1988. p. 28.

35. KOCH, Otto Klaus. *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts – oder Pflichtverletzung?* Emsdetten: Heinrich & Lechte, 1937. p. 34.

36. MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. p. 8;

e "povo alemão".[37] Houve o empenho para afirmar que o conceito de "povo alemão" não era "produto de fantasia poética", mas, sim, uma categoria jurídica determinante para a ilicitude penal material.[38] Isto é, a ação materialmente ilícita seria aquela "contrária à visão de mundo nacional-socialista alemã".[39] A noção jurídica de povo alemão basear-se-ia em três elementos: a história do povo alemão, a "comunidade de destino no passado e presente" (sangue e solo, raça e paisagem) e o "planejamento do futuro".[40] Decorreria desses elementos a "formação da vontade" e a "vontade cultural" alemã, sendo particularmente decisiva a formação da vontade na determinação do conteúdo do direito material e do ilícito.[41]

Igualmente, a "visão popular saudável" seria a "fonte principal de todos os direitos no Estado nacional-socialista", capaz de indicar o conteúdo material das leis e das prescrições jurídicas, assim como diferenciar o lícito do ilícito.[42] A imprecisão do sentido dessas noções é ainda maior, caso se considere que havia a intenção de constituir o direito penal e o ilícito priorizando os elementos subjetivos.[43] Contraditoriamente, Friedrich Schaffstein apontou a rejeição de

---

STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 45-46, 75 e 111.

37. MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. p. 9.
38. MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. p. 9.
39. MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. p. 9.
40. MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. p. 9 e, semelhante, KOCH, Otto Klaus. *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts – oder Pflichtverletzung?* Emsdetten: Heinrich & Lechte, 1937. p. 1. Mezger explica que a delimitação do sentido de "povo alemão" ocorreria por meio da "pureza do sentimento e do pensamento da raça alemã", da "particularidade do solo alemão" e da "paisagem alemã" (MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. p. 9).
41. MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. p. 9.
42. MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. p. 8.
43. DAHM, Georg, *Der Tätertyp im Strafrecht,* Leipzig: Theodor Weicher,1940. p. 4; SCHAFFSTEIN, Friedrich. Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? *Deutsches Strafrecht*, *Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935, p. 105.

conceitos gerais abstratos como uma "característica essencial" e um pressuposto, ou "condição necessária", para a "renovação jurídica nacional-socialista".[44]

É preciso observar que essa tendência compreensiva da teoria do crime não deixou de ser criticada – mesmo durante a regência do nacional-socialismo – por Johannes Nagler. O autor dirigiu-se especialmente contra a "chamada nova ciência" da Escola de Kiel para contestar a "reflexão 'holística', 'essencial', 'vital' e 'concreta'", que pretenderia substituir a analítica do crime por uma visão reduzida ao "tipo de autor".[45] Nagler aponta que o procedimento jurídico-analítico do crime dividido em categorias não acarreta a perda do entendimento integral do conceito criminal.[46] A ciência penal apenas analisaria a "unidade do todo" do fenômeno criminal – sem desnaturar o objeto analisado e se reduzir à pura formalidade lógica –, até mesmo porque nenhuma ciência conseguiria destruir a "unidade natural" ontológica "por meio de construções teóricas".[47]

3. O crime como violação de dever e a crítica ao conceito de bem jurídico

A pretensão de substituição do conteúdo de tutela do direito penal surgiu por meio da crescente insatisfação com a suposta "degradação de valores", entendida como decorrente do "colapso geral da ética tradicional" e da "relativização do ordenamento jurídico garantidor de valores culturais".[48] Schaffstein desejava a superação da "divisão individualista e atomista do iluminismo" e do

44. SCHAFFSTEIN, Friedrich. Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? *Deutsches Strafrecht*, *Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935. p. 97.

45. NAGLER, Johannes. Die problematik der Begehung durch Unterlassung. *Gerichtssaal*. Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1938. p. 44-45. No mesmo sentido, anteriormente, KLEE, Karl. Das Verbrechen als Rechtsguts– und als Pflichtverletzung. Ein kritischer Beitrag zur geschichte des Verbrechensbegriffs. *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1936. v. 3, p. 1. Sobre a noção de "tipo de autor", DAHM, Georg, *Der Tätertyp im Strafrecht,* Leipzig: Theodor Weicher, 1940, *passim*.

46. NAGLER, Johannes. Die problematik der Begehung durch Unterlassung. *Gerichtssaal*. Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1938. p. 48-49. Já no período de redemocratização alemão, citando Nagler, ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. 2. ed. Heidelberg: Winter, 1968. p. 141-145.

47. NAGLER, Johannes. Die problematik der Begehung durch Unterlassung. *Gerichtssaal*. Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1938. p. 49.

48. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*. Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 24.

suposto "domínio do indivíduo no direito" mediante a "priorização de valores coletivos".[49] É o momento de destaque do princípio da coletividade, que rejeita a concepção de homem como indivíduo isolado e afirma a de homem como necessariamente "membro da comunidade".[50]

Com isso, Schaffstein propõe o que acreditava ser a "completa revolução da estrutura interna" e do "mundo conceitual" da ciência penal para construir uma "unidade entre o direito e ordenamento moral popular".[51] Revolução que se opera por meio da destruição do chamado sistema penal individualista e pela ascensão dos conceitos morais de "honra, confiança e dever" à condição de conceitos jurídicos com operacionalidade prática.[52] A nova ordem nacional-socialista deveria alterar a principal tarefa do direito penal, que não seria mais a "proteção da esfera individual do indivíduo",[53] em nome de pretensões morais e fins coletivos, pois o cidadão não poderia ter uma igualdade de direitos em relação ao Estado.[54]

O valor categorial do bem jurídico é questionado por meio da dita "absolutização da função dos bens jurídicos" na "determinação do conteúdo material do ilícito" penal.[55] Para atender à noção de coletividade, Schaffstein indica que melhor seria constituir um "direito penal do modo de pensar" (*Gesinnungsstrafrecht*) ou de um "direito penal dos deveres" (*Pflichtenstrafrecht*).[56] O crime

49. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 5. Semelhante, KOCH, Otto Klaus. *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts – oder Pflichtverletzung?* Emsdetten: Heinrich & Lechte, 1937. p. 1 e 34.

50. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 6.

51. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 7.

52. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 7; STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937 p. 50 e 55; KOCH, Otto Klaus. *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts – oder Pflichtverletzung?* Emsdetten: Heinrich & Lechte, 1937. p. 1.

53. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 51.

54. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 51.

55. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 7.

56. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 7.

estaria mais próximo da "manifestação de um modo de pensar reprovável", ou da "violação de um dever", que da causação da lesão de um bem jurídico.[57]

A partir de uma suposta "teleologia do código penal" e da influência da noção de "visão popular saudável", a doutrina do bem jurídico deveria ceder espaço a outras formas de determinação do ilícito criminal.[58] As características essenciais do direito penal nacional-socialista, fundadas no "direito penal da vontade" e em "alta medida em valores subjetivos", impediriam a renúncia completa do bem, mas imporiam a sua complementação.[59] Stucke propôs categorias adicionais para o entendimento dos crimes – *v.g.*lesão ao dever, traição, pertencimento ao tipo de autor, motivo do autor –, de modo que, além dos crimes de violação do bem jurídico, houvesse também, por exemplo, os "crimes de traição".[60] Em Schaffstein, o bem jurídico recebe a subalternidade categorial,[61] sendo a violação do dever a chamada "pedra de toque do conceito de crime".[62]

A proposta de alteração do conteúdoprotegido no ilícito, do bem jurídicopara a noção de dever, não passou livre das críticasde juristas de outras faculdades, contemporâneos a Schaffstein e a Dahm. Agora, isso não quer dizer que a compreensão dos defensores do bem jurídico naquela época encontre os mesmos fundamentos e limites conceituais dos dias de hoje.

Erich Schwinge, aparentemente não menos envolvido com a visão de mundo nacional-socialista, foi um deles.[63] Schwinge reputou a noção de dever uti-

57. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 7; DAHM, Georg, *Der Tätertyp im Strafrecht,* Leipzig: Theodor Weicher, 1940., p. 6 e 32.

58. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 49.

59. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 49.

60. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 50 e 55.

61. Já antes, apontando essa condição, MARXEN, Klaus. *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975. p. 186; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 98.

62. SCHAFFSTEIN, Friedrich. Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? *Deutsches Strafrecht*, *Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935. p. 98, 101-102 e 105.

63. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 68,

lizada na ciência penal alemã como algo que "apenas repete o conceito geral de crime" e acaba sem contribuir com algo mais.[64] Antes disso, Schwinge e Zimmerl haviam conjuntamente defendido a doutrina do bem jurídico, rejeitando por completo a interpretação de Schaffstein de que a categoria seria uma concretização do espírito do iluminismo.[65] Os autores contradizem o que entendem ser uma tentativa de desacreditar o bem jurídico, por meio da aplicação do rótulo de "liberal" e "iluminista".[66] Tentativa essa que fora qualificada como infundada por Friedrich Oetker com a seguinte conclusão: o uso de rótulos é feito "por quem o precisa".[67] Schwinge e Zimmerl sublinharam as transformações do conceito de bem jurídico para defender a sua doutrina diante da proposta superadora, apontando que deveria ser ultrapassada apenas a "mentalidade individualista" que anteriormente dera uma "falsa direção" ao conceito.[68]

A fundamentalidade do bem jurídico diria respeito à necessidade de orientar "a interpretação e aplicação do direito" para o "sentido e fim dos singulares tipos penais", servindo o bem jurídico para o "alinhamento do direito segundo o pensamento da comunidade" e para a penetração do espírito do nacional-socialismo na jurisprudência.[69] Schwinge e Zimmerl criticam igualmente o entendimento de que o bem jurídico não teria espaço, ou teria espaço total-

---

nota 86. Pode ser lida, em Schwinge, tanto uma avaliação racista da incapacidade de reflexão lógica do povo russo, quanto um juízo de superioridade do contributo científico alemão que culmina com a presunção de que "ser alemão significa ser claro" (SCHWINGE, Erich. *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*. Bonn: Röhrscheid, 1938. p. 35 e 69).

64. SCHWINGE, Erich. *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*. Bonn: Röhrscheid, 1938. p. 65.

65. SCHWINGE, Erich; ZIMMERL, Leopold. *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. Bonn: Roehrscheid, 1937. p. 63.

66. SCHWINGE, Erich; ZIMMERL, Leopold. *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. Bonn: Roehrscheid, 1937. p. 64-65. A denunciação

67. OETKER, Friedrich. Alternative Schuldfeststellungen *Der Gerichtssaal*. Erlangen, Verlag von Ferdinand Enke, 1935. p. 412, nota 5.

68. SCHWINGE, Erich; ZIMMERL, Leopold. *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. Bonn: Roehrscheid, 1937. p. 64-65. Sobre as transformações da doutrina do bem jurídico, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 68, nota 86.

69. SCHWINGE, Erich; ZIMMERL, Leopold. *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. Bonn: Roehrscheid, 1937. p. 64.

mente subordinado na sistematização do conceito de crime conforme a doutrina dos deveres.[70] Os autores afirmam enfaticamente que a visão histórica da dogmática penal mostra que a conceituação do crime violação do dever não está ligada necessariamente à recusa do conceito de bem jurídico.[71] Exemplo paradigmático da relação entre o dever e o valor seria identificado na noção de desobediência normativa em Karl Binding. A desobediência traz no seu núcleo a violação do bem jurídico, porque a obediência normativa seria um "meio para a conservação do bem jurídico na sua integridade".[72]

Karl Klee, Professor em Berlim, argumenta que o "direito penal do perigo" e o "direito penal da vontade" são apenas diferentes na perspectiva, a partir do qual "ambos buscam o mesmo objetivo" de proteção do "mundo do bem jurídico no espaço de vida alemão (*Lebensraum*)".[73]Ainda mais intensa é a oposição de Baldur von Pestalozza, apresentada em um breve artigo publicado em 1938, igualmente na revista *Deutsches Strafrecht,*[74] dirigida por Roland Freisler.[75] Pestalozza compara os supostos ganhos da proposta de Schaffstein com os resultados obtidos pela doutrina do bem jurídico, a respeito da tentativa, do consentimento e do estado de necessidade.[76] Conclui que o "dogma da lesão do dever" é "pouco frutífero para as necessidades da prática" jurídico-penal[77]

70. SCHWINGE, Erich; ZIMMERL, Leopold. *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. Bonn: Roehrscheid, 1937. p. 66-67.
71. SCHWINGE, Erich; ZIMMERL, Leopold. *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. Bonn: Roehrscheid, 1937. p. 67.
72. SCHWINGE, Erich; ZIMMERL, Leopold. *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. Bonn: Roehrscheid, 1937. p. 67.
73. KLEE, Karl. Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens. In: *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1934. p. 113.
74. PESTALOZZA, Baldur v. Rechtsgutsverletzung oder Pflichtverletzung? *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*, Berlin: v. Decker, 1938, v. 3-4, p. 107-111.
75. Sobre a importancia de Roland Freisler como presidente do Tribunal Popular alemão, ver GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, Processo penal, Estado de Exceção e o Volksgerichthof: o tribunal do povo na alemana nazista, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 127, p. 213-216.
76. PESTALOZZA, Baldur v., Rechtsgutsverletzung oder Pflichtverletzung?, *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*, Berlin: v. Decker, 1938, v. 3-4, p. 110.
77. PESTALOZZA, Baldur v., Rechtsgutsverletzung oder Pflichtverletzung?, *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*, Berlin: v. Decker, 1938, v. 3-4, p. 110-111.

e acarreta a desnecessária perda do referencial dado pelo objeto de tutela determinado. Em uma frase derradeira, Pestalozza sintetiza que a "doutrina da lesão do dever é abstração, mas o dogma da lesão ao bem jurídico, 'concreto pensamento ordenador'".[78]

4. A omissão imprópria entre os delitos de violação de dever no nacional-socialismo

4.1. Friedrich Schaffstein

Friedrich Schaffstein entende que os desafios dogmáticos inerentes à omissão imprópria seriam adequados para demonstrar como a doutrina do bem jurídico e da causalidade poderiam obstruir uma solução juridicamente correta aos problemas penais.[79] Em 1935, afirmou que a doutrina do conteúdo do ilícito, fundada na violação do bem jurídico, estaria estruturada "sem consideração aos crimes omissivos".[80] Schaffstein opõe-se ao reconhecimento de deveres do cidadão muito excepcionalmente, pois parte de uma noção ampla de deveres penais, de modo a contemplar não apenas a obrigação de afastamento ativo de lesões, mas também os indefinidos "deveres positivos de tornar-se ativo no interesse da coletividade".[81]

Exemplifica com o caso do salvamento de um alpinista diante do perigo de morte, no qual as pessoas teriam deveres de diferentes qualidades e intensidades em relação à proteção do bem jurídico.[82] É correta a avaliação de Schaffstein de que não faz sentido aceitar a verificação da causação do resultado morte, quando há o dever penal, e negar a causação do resultado, quando não há o dever.[83] Realmente, entre alguns defensores da causalidade eminentemen-

78. PESTALOZZA, Baldur v., Rechtsgutsverletzung oder Pflichtverletzung?, *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*, Berlin: v. Decker, 1938. v. 3-4, p. 111.

79. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 36-38.

80. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 37.

81. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 37.

82. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 38.

83. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 37-38.

te jurídica da omissão, a aceitação da doutrina do dever jurídico de evitar a causação do resultado aparece como um recurso para fundamentar a causação da lesão do bem jurídico.[84] Schaffstein propõe a resolução da questão dogmática orientada, primeiramente, na fundação do conteúdo do ilícito omissivo na "violação do dever em si mesmo" e na "tipificação de modo de pensar".[85] Mais adiante, retoma a questão a fim de afirmar categoricamente que o problema da omissão imprópria não seria um problema de causalidade ou de ilicitude, senão antes de autoria.[86] Inclusive, amplia, de modo significativamente preocupante, os deveres penais, a fim de igualar a lesão de um dever moral à lesão do dever jurídico.[87]

4.2. Friedrich Stucke

Stucke segue o pensamento nacional-socialista na sua tese de doutorado defendida em Kiel com orientação de Georg Dahm em 1937. No delimitado campo dos crimes omissivos, almeja demostrar os efeitos que uma nova "ciência política ou, ainda melhor, popular" pode praticar na substituição do direito penal do resultado pelo direito penal da vontade.[88] O código penal deveria ser um "meio" de "levantar novamente" a "moral popular", a partir da atribuição de força normativa à noção indeterminada de "visão popular saudável".[89] Pretende encontrar alguma concretização do conceito de povo recorrendo à

84. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 39.

85. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 39.

86. SCHAFFSTEIN, "Die unechten Unterlassungsdlikte im System des neuen Strafrechts", 1936, p. 71 e 94-95.

87. SCHAFFSTEIN, Friedrich. Die unechten Unterlassungsdlikte im System des neuen Strafrechts. In: DAHM, Georg. *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von W. Gleispach*. Berlin: de Gruyter, 1936. p. 71. Posteriormente, DAHM, Georg. Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 1940. p. 165-166.

88. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 1. A noção da ciência penal como uma "ciência política-popular" que deve lutar pela "propagação" da "nossa raça e nosso povo" aparece em KOCH, Otto Klaus. *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts – oder Pflichtverletzung?* Emsdetten: Heinrich & Lechte, 1937. p. 1 e 31.

89. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 46.

outra noção igualmente indeterminada que é a de raça. Para Stucke, o "povo é a raça",[90] que complementa, citando Freislar, que o povo é "um organismo racial e cultural permanentemente vivo desde o passado, sobre o presente, que entra no futuro".[91]

O ponto central é a construção do conceito material de ilicitude em sentido crítico à doutrina do crime como lesão ao bem jurídico. Primeiro tenta refutar o juízo de que tal proposta acarretaria o subjetivismo "diante do objetivismo cultural" do direito penal,[92] mas depois admite que o parâmetro objetivo do bem jurídico precisaria ser reduzido em benefício da visão subjetiva do direito penal.[93] O fundamento prévio do direito penal nacional-socialista encontra-se no ideal do direito penal do autor, por isso o ponto de gravidade migra da "objetiva realização do fato" para a "subjetiva vontade do autor".[94]

Stucke toma o conceito de bem jurídico de Honig como sendo a "síntese categorial" do pensamento jurídico sobre o sentido e a finalidade de uma específica proibição penal,[95] cuja capacidade cumpre as funções metodológica[96] e sistemática, mas inviabiliza a função crítica do direito positivo. Se toda vontade político-criminal concretizada na proibição penal de uma conduta– independentemente da efetiva existência prévia do valor social – tutelará sempre um bem jurídico, a categoria perde o seu potencial orientador e crítico do direito. Por essa razão, está correto Stucke quando afirma que essa forma de entender

90. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 46. Sobre o conceito de povo MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. p. 9.

91. FREISLER, Roland, "Nationalsozialistisches Strafrecht", *Deutsche Justiz*, 1934, p. 471 apud STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 46.

92. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 47.

93. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 52.

94. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 52.

95. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 51.

96. Sobre o conceito metodológico-sistemático do bem jurídico, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 367.

o direito penal acabaria por criar bens jurídicos, por meio de "abstrações e construções de conceitos sem senso prático".[97] Igualmente é verdade que renunciar ao dever de concretude do bem jurídico e querer encontrar um bem para legitimar qualquer vontade incriminadora significa a "total espiritualização e esvaziamento do conceito de bem jurídico" e a alta "abstração" jurídica.[98]

É nesse contexto que observa a dogmática dos crimes omissivos para dizer que a orientação necessariamente objetiva do bem jurídico pouco contribui à explicação dos crimes omissivos impróprios.[99] Se a violação ao bem jurídico não é essencial à fundamentação do ilícito omissivo impróprio, da mesma forma a verificação da causação da lesão ao bem jurídico não é fundamental.[100] Mais importante seria observar que o legislador justifica a criminalização recorrendo a "tipos de autor", segundo os quais a omissão somente será punida se o imputado figurar entre o "autor ou partícipe do crime".[101] Nesse entendimento, haveria casos em que o imputado estaria incluído em determinado tipo de autor e, mesmo assim, a punição da conduta não exigiria que o "objeto de proteção seja violado ou colocado em perigo".[102] Aliás, a lesão ou perigo ao bem jurídico indiciam "o modo de pensar, os processos mentais", as condições exteriores e outras circunstâncias que perfazem o tipo de autor.[103]

A diferenciação entre a conduta ativa e omissiva dependeria pouco da observação da violação do bem jurídico e mais da "diversidade de emprego da energia" criminal na "diversidade de vontade criminosa".[104] Igualmente a diferenciação entre a omissão própria e imprópria situar-se-ia na intensidade da

97. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 50.
98. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 51.
99. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 52.
100. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 52.
101. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 52, 107 e 109.
102. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 52.
103. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 109.
104. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 53.

violação do dever e não propriamente na causação da violação ao bem jurídico.[105] A "concreta posição do autor na coletividade" seria essencial para determinar a relevância penal da violação do dever.[106]

Como já se afirmou, é correto que somente a verificação do nexo causal entre determinada conduta omissiva e o resultado ofensivo não é suficiente para a punição do autor da conduta, sendo necessário perquirir a existência do dever jurídico de agir. Agora, isso não quer dizer que o mandamento de agir possa ser imposto sem levar em consideração uma série de experiências anteriores de cursos causais ofensivos e da efetiva capacidade protetiva do eventual omitente no momento do fato. Ao fim, esses dois elementos dependem da análise do curso causal, o que indica que a legitimidade do mandamento de agir requer a base ontológica da causalidade. E, portanto, não se pode aceitar a simples punição da conduta pela suposta violação do dever sem a verificação da existência de um bem jurídico em perigo e da efetiva capacidade salvadora.

4.3. George Dahm

George Dahm é um dos maiores expoentes da Escola de Kiel,[107] com uma obra sobre diversos pontos da dogmática penal. É coautor com Schaffstein do livro que colocou as bases para a crítica da dogmática do direito penal clássico anterior ao nacional-socialismo.[108] Três anos após a publicação da tese do seu orientando, Stucke, dedicou-se especificamente ao problema da omissão.

Parte de um juízo amplamente disseminado de que a dogmática dos crimes omissivos seria o ponto de encontro dos maiores problemas penais.[109] Dahm defende a renúncia do que entende ser a "simples concepção de direito penal do resultado e direito penal da causação" – sem assumir manifestamente a promoção do direito penal do autor –, em benefício de uma concepção mais

105. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 53.

106. STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937. p. 53.

107. Além de Professor, Dahm foi reitor da universidade entre 1935 e 1937 (RÜTHERS, Bernd. *Entartestes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Beck, 1988. p. 42).

108. DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*. Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933.

109. DAHM, Georg. Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlinm, De Gruyter, 1940. p. 133.

voltada a caraterísticas pessoais do autor.[110] O juiz deveria atentar ao "tipo de autor" que o legislador previu em cada tipo penal específico,[111] o que impõe uma solução fragmentadora à doutrina da omissão e do crime em geral.

No mesmo sentido de Schaffstein, apoia a elevação dos deveres morais ao patamar de deveres jurídico-penais, de modo que os "deveres coletivos populares são próprios deveres jurídicos".[112] Dahm argumenta que várias decisões judiciais já haviam expressado deveres populares por meio da suposta fundamentação no direito positivo.[113] É verdade que a fragilização da analítica e crítica jurisprudencial por parte da doutrina permite a preocupante introdução de conteúdos na lei penal, como se fossem deveres jurídicos. Agora, ainda mais preocupante para a proteção da legalidade penal é a legitimação científica do tratamento de qualquer dever moral como penalmente relevante.

5. Conclusões

1. Noções breves sobre a ciência penal. Parcela significativa da ciência penal no nacional-socialismo caracterizou-se pela pretensão de oferecer instrumentalidade dogmática à compreensão política de preponderância dos interesses do coletivo sobre os do indivíduo.[114] Especialmente, a Escola de Kiel manifestou insatisfação com o modelo analítico do crime e com os conceitos clássicos garantidores das liberdades, considerando-os iluminista e individualista. Foi um período de proposição de conceitos indeterminados de apelo popular e intuitivo – *v.g.* "senso e visão populares saudáveis" –, em contrariedade ao racionalismo jurídico.

2. A crítica ao limite dado pelo bem jurídico. Particularmente, a força prático-teórica do conceito de bem jurídico foi intensamente testada no período

110. DAHM, Georg, *Der Tätertyp im Strafrecht,* Leipzig: Theodor Weicher, 1940. p. 4, 6-7 e 32; DAHM, Georg. Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1940. p. 135-136.

111. DAHM, Georg. Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1940. p. 135 e 137.

112. DAHM, Georg. Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1940. p. 165-166.

113. DAHM, Georg. Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1940. p. 165-167.

114. RÜTHERS, Bernd. *Entartestes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich.* München: Beck, 1988. p. 43; HARTL, Benedikt. *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin: Weißensee-Verlag, 2000. p. 36.

nacional-socialista.[115] O objeto da oposição nazista situava-se, sobretudo, na função crítica e hermenêutica do conceito de bem jurídico, de modo a tentar viabilizar a ampliação e moralização do direito penal, bem como a interpretação mais ampla dos ilícitos já existentes. O argumento inicial favorável à substituição do conteúdo do ilícito era a incapacidade de atender à moralidade popular e evitar a degradação dos valores culturais da ética tradicional. Segundo esse entendimento, seria aconselhado forjar um "direito penal dos deveres", "da vontade" ou "do modo de pensar", porque o crime estaria melhor descrito como a manifestação de um modo de pensar reprovável, do que como a causação da ofensa ao bem jurídico.[116] Vale notar que a proposta de substituição do valor, ou bem jurídico tutelado, por deveres ocorreu em nome da proteção de supostos valores culturais, o que só faz sentido em razão do interesse em proteger valores insuscetíveis de acolhimento pelo conceito de bem jurídico-penal.

O debate entre a tutela de deveres ou de bens jurídicos pode acabar com significado reduzido, dependendo da abrangência da categoria bem jurídico-penal. Caso o conceito de bem jurídico-penal abranja além de valores, também as funções e os interesses,[117] acaba com as suas dimensões tão alargadas que se aproxima da amplitude e menor precisão próprias dos deveres e das funções. Em realidade, os deveres, as funções e os interesses possuem relevância axiológica somente quando trazem no seu núcleo valores reconhecidos comunitaria-

115. MARXEN, Klaus. *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975. p. 185; ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 44-45; CADOPPI, Alberto. *Il reato omissivo próprio, Profili dogmatici, comparatistici e de legge ferenda*. Padova: Cedam, 1988. p. 221-220; HARTL, Benedikt. *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin: Weißensee-Verlag, 2000. p. 103-105; VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. p. 74; Costa Andrade destaca que houve a rejeição da concepção individualista, como a de Birbaum e v. Liszt, e o acolhimento da concepção de caráter supra-individual como a de Binding (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 68, nota 86).

116. HARTL, Benedikt. *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin: Weißensee-Verlag, 2000. p. 37.

117. Sobre a tutela de interesses na forma proposta por Kessler, ver ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 84-95.

mente.[118] Em última instância, não faz sentido avaliar o merecimento de tutela penal de deveres ou de funções negativos ou axiologicamente neutros.

3. A omissão imprópria como mera violação de dever. A noção de omissão como violação de dever, depois de ter recebido ênfase no século XIX – antes da doutrina da causalidade da omissão –[119] retornou no período do nacional-socialismo. Do final do século XVIII e até as primeiras quatro décadas do século XIX, o fundamento encontrado era a existência de um dever jurídico especial de agir – diverso de deveres morais –[120] que justificava a aplicação da comissão por omissão. No nacional-socialismo, o fundamento encontrava-se no interesse de proteger penalmente uma série de deveres do cidadão para com a coletividade, de acordo com o modelo de Estado autoritário vigente à época.[121] A igualação entre deveres morais e jurídico-penais veio a se concretizar no §13 do projeto autoritário de Código Penal alemão de 1936. Na fundamentação do projeto consta que a violação de qualquer dever que "obriga um compatriota da comunidade alemã conforme a sensibilidade moral do povo" é suficiente para a configuração da omissão imprópria.[122]

No final do séc. XVII, o sentido da convocação da doutrina do dever especial de agir era de limitação e racionalização do poder punitivo, uma vez que não havia melhor doutrina para a questão.[123] Já, no nacional-socialismo, o

118. Assim, especificamente sobre a relação entre deveres e valores, em contrariedade à Escola de Kiel, KLEE, Karl. Das Verbrechen als Rechtsguts– und als Pflichtverletzung. Ein kritischer Beitrag zur geschichte des Verbrechensbegriffs. *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1936. v. 3, p. 2.

119. RUIVO, Marcelo. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria.* 2016. 440p. Tese (Doutorado em Ciência Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.nov.2016. p. 73-75.

120. HARTL, Benedikt. *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin: Weißensee-Verlag, 2000. p. 139-140.

121. Sobre o crime omissivo em geral, por exemplo, CADOPPI, Alberto. *Il reato omissivo próprio, Profili dogmatici, comparatistici e de legge ferenda.* Padova: Cedam, 1988. p. 218-221.

122. *Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung*. Berlin-Tegel: Strafgefängnis, 1936. p. 21. Para mais detalhes, RUIVO, Marcelo. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria.* 2016. 440p. Tese (Doutorado em Ciência Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.nov.2016. p. 299 e ss.

123. RUIVO, Marcelo. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria.* 2016. 440p. Tese (Doutorado emCiência Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.nov.2016. p. 75.

sentido político-criminal era de ampliação do poder punitivo para atingir condutas anteriormente irrelevantes penalmente e superar as exigências impostas pelo nexo de causalidade. Em ambos os períodos, a ciência penal enfrentou as limitadas capacidades categoriais da doutrina dos deveres em comparação à doutrina do bem jurídico-penal, nomeadamente a menor orientação dos interesses político-criminais incriminadores, a menor analítica compreensiva do fenômeno omissivo e a menor aptidão hermenêutica do ilícito omissivo.

A promoção do conceito de crime omissivo como mera violação de dever levou ao enfraquecimento das doutrinas do bem jurídico e do nexo causal entre o omitir e o resultado no nacional-socialismo. Justamente esse enfraquecimento causou o perigo de polarização excessiva do direito penal na conduta e nos tipos de autores responsáveis pelos deveres, em detrimento do direito penal do resultado.

O entendimento da omissão como mera violação de dever – alternativo à noção de ofensa ao valor – significa o reconhecimento parcial do fenômeno omissivo. A suposta oposição entre valor e dever não permite uma solução excludente no direito penal, pois são planos complementares de análise do fenômeno social e da incriminação. O dever é o mandamento da norma e o bem jurídico é o conteúdo de tutela do mandamento. A compreensão do fenômeno omissivo exige o entendimento desses dois planos: o valor tutelado e a norma instituidora do mandamento de agir em proteção do valor. Daí advém duas consequências: (1) não existe dever penalmente relevante sem a proteção de um bem jurídico merecedor e carecedor de tutela penal e (2) não se pode punir a ausência de conduta, em razão da mera violação de um dever, quando a conduta ausente não seria capaz de proteger o bem jurídico.

Em verdade, o fenômeno causal existe previamente à criação da norma penal incriminadora de uma conduta ativa ou conduta omissiva. Para a existência de uma conduta omissiva causadora da ofensa ao bem jurídico não é imprescindível a existência da norma penal, mas, sim, do mandamento de agir social, que, posteriormente, poderá ser reconhecido pelo direito penal como protetor do valor social (bem jurídico).

6. Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa. A fraude fiscal – dez anos depois, ainda um "crime de resultado cortado"? In: *Direito penal económico e europeu:* textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal, uma perspectiva jurídico-penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983.

BARATTA, Alessandro. Dogmática penal e criminologia – o passado e o futuro do modelo integral de ciência do direito penal. Trad. Teresa Pizarro Beleza. *Revista Jurídica*. Lisboa, n. 2, p. 11-43.1983.

BERNER, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*. 16. ed. Leipzig: Tauchnitz, 1891.

CADOPPI, Alberto. *Il reato omissivo próprio, Profili dogmatici, comparatistici e de legge ferenda*. Padova: Cedam, 1988. v.1.

CORREIA, Eduardo. *A Teoria do Concurso em Direito Criminal, unidade e pluralidade de infrações*. Coimbra: Livraria Atlântica, 1945.

DAHM, Georg. Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, v. 59 p. 133-183, 1940.

DAHM, Georg, *Der Tätertyp im Strafrecht,* Leipzig: Theodor Weicher, 1940.

DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritaeres Strafrecht*. Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

DIAS, Augusto Silva. Delicta in se *e* Delicta mere prohibita*, uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión y injerencia en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. 2. ed. Heidelberg: Winter, 1968.

Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung. Berlin-Tegel: Strafgefängnis, 1936.

FELDMÜLLER-BÄUERLE, Berit. *Die strafrechtliche Kieler Schule*. Hamburg: Kovač, 2010.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 3. ed. Giessen: Heyer, 1805.

FREISLAR, Roland. Schutz des Volkes oder des Rechtsverbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters? Einiges über das zweckmäßige Maß der Bindung des Richters an gesetzliche Straftatbestände. *Deutsches Strafrecht*, *Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935. v. 2 p. 1-32.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, Processo penal, Estado de Exceção e o Volksgerichthof: o tribunal do povo na alemana nazista, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 127, p. 201-223.

HARTL, Benedikt. *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin: Weißensee-Verlag, 2000.

HOYER, Andreas. Ciencia del derecho penal y nacionalsocialismo. *Revista penal*. Huelva – Espanha, n. 23, p. 41-51, 2009.

KLEE, Karl. Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens. *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1934. v. 1.

KLEE, Karl. Das Verbrechen als Rechtsguts– und als Pflichtverletzung. Ein kritischer Beitrag zur geschichte des Verbrechensbegriffs. *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1936. v. 3, p. 1-16.

KOCH, Otto Klaus. *Ist das Wesen des Verbrechens Rechtsguts – oder Pflichtverletzung?* Emsdetten: Heinrich & Lechte, 1937.

LISZT, Franz. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. Strafrechtliche. In: *Aufsätze und Vorträge (1892-1904)*. Berlim: J. Guttentag, 1905. v. 2, p. 75-93.

MARXEN, Klaus. *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter, 1936. n. 55. p. 1-17.

NAGLER, Johannes. Die problematik der Begehung durch Unterlassung. *Gerichtssaal*. Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, v. 111, p. 1-121, 1938.

OETKER, Friedrich. Alternative Schuldfeststellungen. *Der Gerichtssaal*. Erlangen, Verlag von Ferdinand Enke, v. 106, p. 401-431, 1935.

PESTALOZZA, Baldur v. Rechtsgutsverletzung oder Pflichtverletzung? *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1938. v. 3-4.

RUIVO, Marcelo. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria*. 2016. 440 p.. Tese (Doutorado em Ciência Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.nov.2016.

RÜTHERS, Bernd. *Entartestes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Beck, 1988.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1935.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? *Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß*. Berlin: v. Decker, 1935. v. 2, p. 97-105.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. Die unechten Unterlassungsdlikte im System des neuen Strafrechts. In: DAHM, Georg. *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von W. Gleispach*. Berlin: de Gruyter, 1936. p. 70-114.

SCHWINGE, Erich; ZIMMERL, Leopold. *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. Bonn: Roehrscheid, 1937.

SCHWINGE, Erich. *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*. Bonn: Röhrscheid, 1938.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Ruecksicht der Toedtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursaechsischen Rechten*. Wittenberg: Zimmermann, 1805.

STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze*. Dresden: Hilscher, 1828.

STUCKE, Friedrich. *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*. Kiel: Universität Dissertation, 1937.

VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.

WESTPHAL, Ernst Christian. *Criminalrecht (Nachdruck der Ausgabe Leipzig: Weygand, 1785)*. Goldbach: Keip, 1996.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A superação jurídico-penal das injustiças e dos atos antijurídicos nacional-socialistas e real-socialistas na Alemanha, de Kai Ambos e Nils Meyer-Abich – *RBCCrim* 93/183-223 (DTR\2011\5350); e
- Legalidad y justificación en los delitos impropios de omisión, de José Milton Peralta – *RBCCrim* 111/37-58 (DTR\2015\250).

Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal

Beccaria or the emergence of order. The philosopher, the jurists, and the rise of the criminal problem

Mario Sbriccoli

Professor de História do Direito Medieval e Moderno na Università degli studi di Macerata – Itália (1941-2005). *In memoriam*.

Traduzido por Ricardo Sontag

Professor de História do Direito na Universidade Federal de Minas Gerais
ricardosontag@yahoo.com.br

Áreas do Direito: Penal; Filosofia; Fundamentos do Direito

Riassunto: Questo saggio cerca di comprendere il difficile rapporto tra le idee filosofiche di riforma penale di Cesare Beccaria e la dimensione giuridica, più specificamente intesa come "traduzioni dogmatiche" in dispositivi penali. Si parte allora dalla concezione di ordine beccariana, fondata nella razionalità utilitaristica e che vuole promuovere la riforma della società e dello Stato nella direzione del superamento dell'"arbitrio" e della vecchia "società di ordini". Un programma di riforme nel quale il problema penale è centrale, cioè, ogni conquista di civiltà richiederebbe una qualche modifica nel diritto o nella procedura penale. Però, "la spinta riformatrice andrebbe a pezzi nell'incontro con le resistenze del sistema giuridico tradizionale, tranne se andasse a patti con i giuristi vincolati ad esso", e, attraverso l'esempio della *Leopoldina*, è possibile capire come "il precipitato tecnico del riformismo beccariano viene elaborato in modo a tollerare una interpretazione *secundum ius commune*".

Abstract: This essay seeks to interpret the difficult relationship between the Cesare Beccaria's philosophical ideas regarding penal reforms, and their legal dimensions, more specifically understood as "dogmatic translations" in criminal statutes. It begins, therefore, with the conception of Beccarian order, rooted in an utilitarian rationale which seeks to reform society and the state in the sense of overcoming "arbitrarity" and the old "society of orders". An agenda of reforms in which the key problems are criminal, in other words, all the advancements of civilization would come via changes in criminal law or in criminal procedure. However, this transforming impulse was bound to fall apart against the resistance of the traditional legal system, unless it was willing to come to terms with the jurists bound to that system. The example of the Leopoldine Code shows how Beccaria's reforming ideas were precipitated, and left room for the accommodation of interpretations accepted by medieval common law (*secundum ius commune*).

Sbriccoli, Mario. Traduzido por Ricardo Sontag. Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 249-261. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

Parole chiavi: Storia del diritto penale – Illuminismo – Cesare Beccaria – Leopoldina.

Keywords: Criminal Law history – Enlightenment – Cesare Beccaria – Leopoldine Code.

Sumário: 1. A ordem. 2. O lugar central do penal. 3. A mediação dos juristas tradicionais. 4. A Leopoldina.

1. A ordem

Sabe-se* bem que o objetivo de Beccaria é, principalmente, introduzir no domínio penal (notadamente na legislação) o critério dominante da racionalidade utilitarista. A utilidade representa um dos mais eficazes vetores da ordem. A generalidade e a clareza das normas, a racionalidade dos procedimentos, a brandura das penas proporcionais (mas também a infalibilidade e rapidez delas) representam, assim, as condições de eficácia do mecanismo punitivo, mesmo sendo apresentadas em termos de "civilização" e de humanitarismo. Ou seja, a ordem proposta por Beccaria é corrosiva em relação à desordem/arbítrio dos sistemas penais do Antigo Regime. De fato, as suas ideias em matéria de reforma penal dão sentido a um projeto de uma sociedade organizada de uma maneira diferente, a ser construída sobre princípios políticos inéditos. Criticando a penalidade tradicional e propondo um sistema punitivo transformado, ele traça as linhas de uma organização política que pressupõe a superação da "sociedade de ordens" e o estabelecimento de um poder racional, inerente ao processo de *centralização absolutista*. Resultado de um absolutismo racional, esta centralização ordenada e judiciosa corresponde a formas de governo, a regimes políticos ou a métodos de gestão das relações entre poder e sujeitos, que podem anular todo o arbítrio destruidor.[1] Adjetivar o arbítrio equivale a

* Publicado originalmente em SBRICCOLI, Mario. Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergeance de la question pénale. *In*: PORRET, Michel (org.). *Beccaria et la culture juridique des Lumières*. Genève: Droz, 1997. p. 177-187. Republicado em SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi e inediti. Milano: Giuffrè, 2010. v. I. Tradução da língua francesa, resumo e palavras-chave por Ricardo Sontag, professor de História do Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (ricardosontag@yahoo.com.br). Revisão do resumo e das palavras-chave por Luigi Lacchè, professor de História do Direito Medieval e Moderno na *Università degli Studi di Macerata*.

1. A expressão "*arbitrario distruttore*" é utilizada por Beccaria na *Prolusione letta il giorno 9 gennaio 1769 nell'apertura della nuova Cattedra di scienze camerali nelle Scuole Palatine di Milano*. *Opere,* ed. di S. Romagnoli, Sansoni, Firenze, 1958, I, p. 376.

interpretá-lo: é possível sustentar que o arbítrio – que é oposto e antagonista em relação à ordem, segundo Beccaria – deveria ser identificado com o arbítrio destrutivo que nasce do interesse particular, armado com o poder do privilégio.[2]

De fato, não se pode ignorar que os regimes penais antigos conheciam, também, outra noção de arbítrio, regulada à sua maneira e funcional, provido de uma lógica interna, bem como de vários elementos de equidade e de racionalidade; um *arbítrio construtivo*, às vezes eficaz e aceito, fundado principalmente na interpretação (das leis, mas também das relações e das circunstâncias), capaz de fornecer um critério razoável para as escolhas da administração ou para as decisões do juiz. Tal arbítrio corresponde a um parâmetro de justiça. De fato, é preciso admitir que, na justiça penal, de acordo com os princípios da doutrina, o arbítrio do juiz em matéria de incriminação e de pena representa um fator de moderação, às vezes um elemento de racionalização e modernização do sistema punitivo. Em face do sistema penal da Europa moderna, importa repetir que não podemos nos contentar em fazer um processo ideológico contra ele a partir das razões lançadas pelos *pamphlétaires* do século XVIII ou das categorias críticas da ciência penal liberal do século XIX.

Efetivamente, a concepção beccariana de crime é uma concepção inteiramente estatalista e laica,[3] a partir da qual ele determina os valores e bens dignos de salvaguarda ou proteção. Sem querer repetir o que é bem conhecido acerca das teses penais de Beccaria e da inspiração filosófica delas, basta sublinhar o quanto elas eram opostas à ordem tradicional, notadamente na vontade de relacionar o penal e a sociedade. Estatalista e utilitarista, o projeto beccariano de eficácia punitiva, visando a certeza penal, era fundamentalmente igualitário.

A propósito de Beccaria, frequentemente se afirma: uma teoria da justiça, ou, ainda, da liberdade. Podemos acrescentar: um panfleto sobre a igualdade. Em suma, em *Dei delitti e delle pene*, Beccaria formula uma crítica radical da sociedade do seu tempo. Esse processo é acompanhado da proposição, às vezes implícita, de uma nova organização civil e política, expressa no questionamento do sistema penal do seu tempo que ele pretende fundar segundo critérios de classificação novos. Mesmo sem extrair as consequências teóricas, nem explorando os efeitos da sua análise, Beccaria percebe que o sistema penal

2. Cf. A. BURGIO, "Introduzione", a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene,* ed. A. Burgio, prefácio de S. Rodotà, Feltrinelli, Milano, 1991, p. 27.

3. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna,* I. *Assolutismo e codificazione del diritto,* Il Mulino, Bologna, 1976, p. 465.

reflete a organização política; munido dessa intuição, ele trata a questão penal como o meio de abordar, de uma maneira mais geral, a reforma da sociedade e do Estado.

2. O lugar central do penal[NdT]

O maior mérito histórico de Beccaria reside no fato de ter colocado a questão penal no coração dos processos de transformação e de racionalização da sociedade do século XVIII. Deste fato, ele relaciona de maneira indissolúvel a condição e a "qualidade" do penal aos graus de civilização da sociedade moderna em geral. Em seu livro, essa conexão é evidente e incontestável, ainda que, no século XX, ela seja reconsiderada, notadamente a partir da ideia de um direito penal técnico, instrumental e neutro, de natureza exclusivamente dogmática. Essa modernidade de Beccaria ensejou ao menos três consequências maiores.

A primeira concerne o estabelecimento do penal como *terreno*, antes do que como *objeto*, do conflito político entre autoridade e liberdade. Arbitrário/racional, escuro/claro, ideológico/laico: novos pares conceituais tornam-se, assim, os marcos do debate penal. Entre os juristas, este combate sobre o penal *como objeto* nasceu do conflito entre visões diferentes da relação entre direito e sociedade, principalmente no plano da legislação criminal. Políticas ou civilizatórias, as escolhas atravessam soluções técnicas que, pouco a pouco, integrarão nas leis – ou na jurisprudência – os princípios dos reformadores do Iluminismo.

No entanto é no penal *como terreno* de conflito entre autoridade e liberdade que o lugar central do penal, colocado por Beccaria, tornar-se-á particularmen-

---

Ndt Mario Sbriccoli frequentemente substantiva a palavra "penal", o que soa estranho tanto em italiano quanto em português ("il penale", "o penal"), mas ele o faz de maneira absolutamente proposital. Nas palavras de Sbriccoli, "refiro-me à história penal como a um campo que compreende a história do direito penal, mas que não se exaure nele, porque no penal não há somente o direito. Existem as normas, que são algo diferente (talvez muito diferente), existem as conexões com a sociedade, os valores, os interesses, as razões de alarme, as relações com o Estado, a relação entre ordem e garantia. Existe o controle social, que não é direito nem legislação, não é sanção, nem sancionado, mas tem uma importância extraordinária. Além disso, malgrado tenhamos sido habituados a pensar a partir do pressuposto segundo o qual o penal é algo unidimensional, determinado por sua derivação integralmente estatal, a história do penal é, na verdade, a história de uma pluralidade articulada". (SBRICCOLI, Mario. "Storia del diritto italiano": articolazioni disciplinari vecchie e nuove [1993]. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè, 2009. v. 2. p. 1.181).

te visível. Atravessando toda a reflexão sobre o penal no século XIX, o conflito entre ordem e liberdade é emblemático das potencialidades, às vezes contraditórias, e do desenvolvimento dos princípios contidos na obra de Beccaria. Opõe-se um *bem político* – a segurança dos cidadãos, a segurança pública – ao inalienável *direito do indivíduo* e à sua liberdade inviolável. A prioridade do primeiro nas práticas de controle social (em especial as policiais) e as contínuas tentativas de resgate do segundo, ocupará por decênios os debates dos juristas, bem como dos parlamentos. A partida que se joga é entre prevenção e repressão, entre códigos penais liberais e leis de polícia autoritárias, entre normas "garantistas" e práticas ilegais. Suspeito, presunção de periculosidade, polícia preventiva, prisão antes do julgamento, violação tolerada dos direitos dos mais frágeis: entre outros, estes elementos repressivos reforçaram o lado securitário para garantir-lhe a vitória.

Mas o paradoxo da liberdade tocaria outros aspectos da vida social, reclamando a reflexão dos criminalistas sobre os próprios limites do poder punitivo. Perigoso *vs* laborioso, proprietários *vs* não proprietários: o conflito entre ordem e liberdade evoca um conflito entre classes sociais. A discussão sobre os limites da ação punitiva parece encerrar-se no interior da ideologia burguesa e individualista. Trata-se, de fato, de um problema de incriminação, bloqueado entre uma exigência de laicização do direito (que cada um pode fazer a seu modo, *ubi alterum non laedat*), e um apelo, plenamente burguês, à moralidade pública e privada. Depois da abolição do contencioso dos crimes de lesa-majestade pelas legislações marcadas pelo reformismo beccariano, a questão se colocou para os crimes políticos, investidos pela tensão que opõe a liberdade dos cidadãos à segurança do Estado. Uma contradição comparável entre ordem e liberdade pesa na motivação das penas que protegem o prestígio das autoridades, bem como na qualificação dos delitos (contra a religião, a moral, a família), as condutas "escandalosas", ou, ainda, nas incriminações que concernem comportamentos garantidos pelos princípios de liberdade cada vez que eles ameacem a ordem, a ideologia ou a moral da sociedade.

Sobre esse conflito entre ordem e liberdade considerado como uma das manifestações do antagonismo social, repousa uma ambiguidade que atravessa a obra de Beccaria e dos seus continuadores penalistas que, no século XIX, levaram a cabo a batalha pela humanização e pelo triunfo das garantias individuais do sistema penal. De fato, nos deparamos com dois níveis de garantias, marcados pela discriminação social, econômica, cultural e política, que não se deixam ver a não ser em situações-limite. Essa discriminante *de poder*, visível, especialmente, nos casos de erros judiciários na medida em que concernem os membros da classe dirigente, ou, ainda, no caso de prisão antes do julgamento

Sbriccoli, Mario. Traduzido por Ricardo Sontag. Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 249-261. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

de notáveis ou de indivíduos pertencentes ao *establishment*. Além disso, a tese beccariana, segundo a qual o chicote para a gente de condição (aristocratas, burgueses, cidadãos) é injusto porque a pena é moral e corporal ao mesmo tempo, enquanto a fustigação de um "cocheiro" seria somente física, e, portanto, fundada,[4] não abandonará jamais a filosofia do reformismo penal dos séculos XIX e XX.

A segunda consequência do lugar central do penal é o crescimento progressivo da concepção de *ciência jurídica integrada*, acompanhada pelo advento de uma nova figura de penalista. Jurista, "filósofo", ele é também um intelectual de formação complexa, de competências largas: economia, ciências sociais e políticas, filosofia e moral. Já que a questão penal adquiria uma centralidade crescente na construção da sociedade, o penalista torna-se o ponto de apoio natural da vasta problemática da relação entre instituição, sistema punitivo e sociedade. Assim, a ciência penal e a criminologia se impõem como ciências sociais decisivas e cruciais na modernidade do século XIX: Jeremy Bentham, Giandomenico Romagnosi, Pellegrino Rossi, são intelectuais que, ao lado da obra de penalistas, publicam trabalhos importantes em matéria de economia política e de direito constitucional. Assim como Beccaria, é difícil qualificá-los como simples criminalistas. Certamente, *homo unius libri* no que tange o direito penal, esse jurista novo, estudioso, encarna a figura do intelectual, politizado no melhor sentido do termo, e cujo horizonte conceitual é vasto. Atraído pelas ciências sociais, ele continua convencido de que é necessário abordar o estudo da relação entre Estado e sociedade através dos delitos, das penas, e dos dispositivos penais.

A terceira consequência do lugar central e novo do penal incide sobre o retorno (*feedback*) entre a legitimação do governo e o seu programa no terreno do direito criminal. Complexa, essa dinâmica está sendo pensada em um momento de emergência que crescia desde o início do século XIX. Em outras palavras, não se pode mais conceber um problema em matéria de desenvolvi-

4. C. BECCARIA, *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene, per ciò che riguarda i delitti politici* (1791): "Ma nei delitti politici, che non suppongono malizia, ma danno volontario recato, e che non tendono direttamente a distruggere la società, né offendono il diritto naturale, che sono mere colpe e non doli; che, per parlare secondo i termini del Gius Romano, non sono *Maleficia,* ma *quasi Maleficia,* si deve avere moltissimo riguardo alla condizione delle persone, perché il bastone che può correggere un facchino, avvilisce ed annienta un nobile, un onesto negoziante e qualunque civile persona, e involge tutta la loro famiglia nella più luttuosa ignominia" em *Opere, cit*., TI, p. 71. Acrescentemos que este tipo de raciocínio não se encontra no § XXI *(Pene dei nobili)* do *Dei delitti e delle pene* (ed. de G. Francioni, Mediobanca, Milan, 1984, p. 73-75).

mento civil, de liberdade política, de justiça social, ou, ainda, de "progresso", para usar a palavra-chave do Iluminismo, que não tenha um ponto de apoio no sistema penal. Toda vez que fosse necessário fundar ou garantir a menor das liberdades, dever-se-ia reformular ou apagar uma norma penal, uma interdição, um delito. Processo particular ou o conjunto do sistema de incriminação: o penal torna-se, assim, a medida universal da qualidade política do governo e da própria natureza do Estado.

O catálogo dos delitos e das penas era infinito. Da querela sobre a abolição, conservação ou limitação da pena capital passa-se ao problema penitenciário, à medida das penas, à desejável proporção com os delitos. A escala das sanções legais torna-se, consequentemente, o indicador e a medida da humanidade e da eficácia da ordem jurídica de uma sociedade ou de um Estado. Além disso, na discussão sobre o processo (acusatório e oral *vs* inquisitório e escrito), aborda-se o problema do júri, assim como o do valor que convém dar às provas, e, por via de consequência, à convicção do juiz. Além desse aspecto processual acrescentam-se as inúmeras questões relativas àquilo que o direito penal contemporâneo chama de "parte geral", notadamente a tentativa, a cumplicidade, a reincidência. A resolução dos problemas ligados a estas categorias condicionava a modernização do aparelho penal. Herdada do *jus romanum*, a problemática delicada da responsabilidade penal, enriquecida pelas reflexões filosófico-morais do Iluminismo sobre a figura do *homo criminalis* e atravessada pelos novos saberes científicos que emergem desde o início do século XIX (psiquiatria, medicina e medicina legal, psicologia, sociologia), tornava-se, assim, cada vez mais importante.

Em relação à criminalização primária, as questões abertas eram enormes, e se focalizavam, principalmente, em torno do paradoxo da liberdade. Associações livres, liberdade de imprensa e de opinião: todos valores do liberalismo que poderiam voltar-se contra o governo, ou seja, ameaçar o Estado. Como definir, então, um crime político? O que fazer com ele? Tratava-se de desmantelar a questão tradicional dos crimes de lesa-majestade, ou simplesmente atualizá-lo segundo as normas democráticas do Estado moderno? Até que ponto era possível deixar correr livre o dissenso? Pilar constitucional do Estado moderno, a liberdade pode tornar-se o seu princípio destruidor. E esta contradição entre liberdade e ordem não se apresentava somente no registro da salvaguarda das instituições.

3. A mediação dos juristas tradicionais

A passagem da proposição de uma nova ordem a ser introduzida na sociedade através da reforma penal à emersão de uma nova experiência da ciência

Sbriccoli, Mario. Traduzido por Ricardo Sontag. Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 249-261. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

penal é marcada por uma resistência, às vezes furiosa e surda, levada a cabo pelos técnicos do direito penal, ou, melhor dizendo, pelos criminalistas profissionais vinculados à tradição do direito comum. Este movimento de ideias e de práticas, que podemos qualificar de *mediação jurídica*, talvez tenha sido subestimada na história do direito penal, isto é, quase totalmente ignorada na consideração do "destino" da obra reformadora dos filósofos em relação às legislações do século das Luzes, aos códigos penais do século XIX. Não sendo um técnico do direito, Beccaria "não se interessou senão pelas ideias gerais, e ele permanece distante da realidade técnica e cotidiana".[5] Ora, essa mediação dos criminalistas profissionais (professores, juízes de grau elevado, conselheiros de príncipes) é fundamental no que tange à transposição dos grandes princípios para as leis e códigos. Se, frequentemente, ela foi ocasião de um importante conflito entre juristas profissionais e os "ideólogos" como Beccaria, ela representou, ao mesmo tempo, a passagem obrigatória para completar o caminho que conduziu do reformismo do Iluminismo ao novo direito penal e à nova legislação. Nesse debate sobre o penal, Beccaria contribuirá para estabelecer um duplo registro de discussão: filosófico no sentido amplo, e jurídico no sentido estrito. De fato, a estratégia dos princípios é colocada em relação dialética com o direito possível e praticado; além disso, o "direito penal filosófico" é separado do direito penal real, pois o espírito das leis não expressa as mesmas verdades que a sua realidade. Desta maneira, as doutrinas penais dos ideólogos transformam-se em outra coisa, que é a teoria do direito penal dos juristas. Impõe-se, então, uma separação epistemológica entre teoria e prática desconhecida dos usos do direito comum, que se funda, ao contrário, na unidade que rege doutrina e tradição, direito e lei, interpretação jurídica e direito real. Essa separação gerará uma dialética fecunda: ela permitirá o nascimento do novo tipo de jurista, evocado acima, que persistirá, e depois caracterizará a experiência jurídica moderna e contemporânea. Ideologia e técnicas: esse duplo registro constituirá a feliz premissa de onde brotará o direito penal integrado, constituído pela dogmática jurídica e pela sensibilidade político-cultural, emblemática do século XIX, que eu chamei, em outro lugar, de *penalistica civile*.[6]

Mas, na atitude de Beccaria, nota-se mais do que uma falta de cuidado diante da tecnicidade do direito penal. De fato, constata-se na sua perspectiva uma verdadeira subestimação da dimensão jurídica, ou, mais precisamente, do per-

5. J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales,* Paris, P.U.F., 1989, p. 25.

6. M. SBRICCOLI, "La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita". *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica,* Bari, Laterza, 1990, p. 147-232.

Sbriccoli, Mario. Traduzido por Ricardo Sontag. Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 131. ano 25. p. 249-261. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

fil "dogmático" do direito penal, dos seus métodos de construção, das suas tecnicidades e da sua ordem. Acrescente-se a isso a propensão geral dos juristas do Iluminismo que, frequentemente, estão inclinados a identificar o direito com a legislação: essa confusão enfraquece as ideias reformistas no momento da sua aplicação. Não se aproximando dos aspectos técnicos concernentes à aplicação e interpretação da norma penal, este desprezo demonstrado para o lado jurídico do penal conduziu Beccaria a uma forma de injustiça em relação aos juristas profissionais do direito real, estes "caóticos volumes de privados e obscuros intérpretes".[7] Os mais refinados e os mais sensíveis destes homens da lei tinham insuflado um certo reformismo jurídico no interior do aparelho de justiça do seu tempo: mitigação das penas, racionalização das instituições penais, moderação das práticas procedimentais (tortura, informação judiciária etc.), garantias individuais. Mesmo se Beccaria ignorou essa realidade de uma modernidade penal anterior, esses magistrados tradicionalistas trabalhavam por uma adaptação interpretativa das leis a uma ideia de civilização jurídica que era sempre mais avançada do que a do tempo deles. Alessandro Manzoni perceberá isso na *Storia della colonna infame,*[8] esta obra "beccariana" escrita no mesmo espírito que tinha inspirado seu avô.

Essa negligência do "jurídico" conduziu Beccaria a um erro estratégico na sua tomada de posição sobre a função dos juízes e do seu papel no interior do aparelho de justiça. Errando na sua avaliação sobre a possibilidade de a lei ser aplicada sem procedimentos interpretativos, ele não pôde compreender que os juízes – intérpretes necessários da lei – tornar-se-iam os guardiões naturais da legalidade, ao ponto que ele não pôde reivindicar a independência deles para exercer uma função de tutela e garantia.

O mundo dos penalistas profissionais, moderados ou conservadores, oporá uma resistência significativa à filosofia beccariana. Particularmente sensíveis à política penal, juristas eruditos como Filippo Renazzi ou Alberto de Simoni, nem conservadores nem hostis no plano ideológico, criticarão imediatamente, do ponto de vista dogmático, certas teses e formulações beccarianas.[9] Hos-

7. Cf. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (*op. cit.*), "A chi legge", notadamente p. 17; trata-se provavelmente, de uma expressão atribuível à Pietro Verri, escrita em ocasião da polêmica contra Ferdinando Facchinei.

8. Ver a reedição, com uma *Nota* de L. Sciascia, publicada pela editora Sellerio, Palermo, 1981.

9. Notadamente: a função dos juízes, a estrutura e o objetivo do processo, o papel da interpretação jurídica, a imputabilidade; se acrescentam, de uma maneira mais ampla, a dimensão jurídica da experiência penal, bem como o valor do direito romano

til, também, o meio dos juristas que aconselhavam o príncipe (magistrados influentes, advogados, notáveis, professores de universidades nomeados pelo soberano etc.), que, durante as últimas décadas do século XVIII, se engajará na elaboração da nova legislação.

4. A *Leopoldina*

A refutação da mediação jurídica e a crítica radical sobre os princípios que um sistema penal moderno não poderia abdicar (por exemplo, a interpretação das leis) ensejarão um conflito no momento das primeiras aplicações legislativas da reforma beccariana. O exemplo mais importante desta distorção provém da *Riforma della legislazione criminale toscana* publicada em 1786, conhecida sob o nome de lei Leopoldina.[10] No contexto do absolutismo esclarecido e reformador do Grão Duque Leopoldo da Toscana, esse texto traduziu, como sabemos, o primeiro exemplo de uma legislação penal inspirada em Beccaria. Antes de iniciar o processo de reforma, Leopoldo submete um texto preparado por ele mesmo ao juiz Cercignani. Depois do relatório conclusivo desse jurista de prestígio que trabalhava em Pisa, ao qual se juntaram as conclusões dos *auditori* Giuliano Tosi e Antonio Caciotti Bianchi, bem como do presidente do *Buon Governo* Giuseppe Giusti, uma equipe de juristas profissionais é formada. De grau menor no cenáculo jurídico toscano do final do século XVIII,[11] estes técnicos do direito (juízes, funcionários, conselheiros jurídicos do Príncipe, advogados) conheciam a obra de Beccaria. Se eles apreciavam a filosofia, eles tinham, sobretudo, o intuito de criar uma lei que não subvertesse o sistema jurídico no qual eles tinham se formado. Filtradas, as ideias jurídicas de Beccaria são adaptadas a uma cultura jurídica que poderia aceitar o espírito delas numa formulação literal que permitisse um largo espaço de aplicações. O precipitado técnico do reformismo beccariano é elaborado de modo a poder tolerar uma interpretação *secundum ius commune*.

---

e de sua tradição. Sobre esses pontos, R. PASTA, "Beccaria tra giuristi e filosofi: aspetti della sua fortuna in Toscana e nell'Italia centrosettentrionale". *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa* (Colóquio de Milano, 1988), Cariplo-Laterza, Bari, 1990, p. 512-533.

10. Leremos a *Leopoldina* entre os documentos que publica Franco Venturi em C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene,* Einaudi, Torino, 1970, p. 258-300; sobre a formação, o teor e o valor histórico desta lei, cf. M. DA PASSANO, *Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone (1786-1807),* Giuffrè, Milano, 1988.

11. Citamos os nomes esquecidos de Tosi, Caciotti, Giusti, Urbani, Ciani, Brichieri e Biondi.

Lei processual, ausência de racionalidade e de ordem sistemática, espírito legalista consagrado à mediação dos juízes: a *Leopoldina* é um texto emblemático do Antigo Regime, mesmo sendo atravessada e marcada por elementos estranhos, nos quais é reconhecível o reformismo beccariano. Não mais o selo direto do filósofo, mas o espírito dos tempos para cuja construção ele tinha contribuído, tal qual pode ser percebido na Toscana de 1786.

Abolição da pena capital, supressão da tortura, mitigação geral das penas, criação de uma escala penal fundada no princípio da proporcionalidade entre crime e sanção: os melhoramentos introduzidos por essa lei são conhecidos. Sobre esses pontos, os juristas não tinham nenhuma razão para opor-se ao reformismo de Beccaria. Desde há muito, os mais esclarecidos e os mais atentos ao bom funcionamento do aparelho de justiça sustentavam tais princípios de modernidade penal: a abolição da tortura era sustentada, mais ou menos abertamente, há 150 anos, enquanto o princípio da proporcionalidade já era formulado desde o século XV.

Ao contrário, a resistência é mais forte em se tratando de novos princípios processuais e de mecanismos tradicionais do direito comum. Por exemplo, a figura do juiz-intérprete é largamente preservada: ele deve integrar as normas da *Leopoldina* com as outras normas ainda em vigor na Toscana. Esta latitude deixada ao juiz mantém em vigor o sistema interpretativo, as categorias e as definições gerais do direito comum, bem como os princípios jurisprudenciais dos mais importantes tribunais do Estado. A compatibilidade entre as normas herdadas do antigo direito com a nova lei penal sintetiza o próprio espírito da *Leopoldina*: é ao juiz, de fato, que compete identificá-las, confrontá-las e avaliá-las tendo em vista a concretização da modernização jurídica.

Por exemplo, no que diz respeito à apreciação das provas, os juristas freiam a reforma. O sistema de provas legal é substituído por um sistema misto que valoriza, ao mesmo tempo, a certeza e a justiça. A prova possui um valor formal, mas o juiz pode, dentro de certa medida, apoiar-se na sua convicção íntima. Além disso, o juiz arbitra o compromisso introduzido em matéria de proporção das penas: ele dispõe de poderes extensos para determinar a quantidade, mas também a qualidade da pena. Sobre este aspecto da motivação, os juristas de Leopoldo realizam um trabalhoso compromisso: de um lado, eles ab-rogam o conjunto das penas corporais e infamantes, bem como aquelas que atingem "os inocentes" (confisco geral dos bens); de outro, eles conservam alguns vestígios da antiga penalidade aflitiva, notadamente o pelourinho, a fustigação pública, o açoite.

É possível generalizar a partir desse exemplo de reforma penal? No final do século XVIII ela claramente não é isolada: poder-se-ia evocar, ainda, a gestação

Sbriccoli, Mario. Traduzido por Ricardo Sontag. Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 249-261. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

do *Projeto de Código Penal para a Lombardia austríaca* (1791-92).[12] Elaborado graças à iniciativa do mesmo soberano, que se tornara, então, Imperador da Áustria, esse código é redigido por uma comissão de juristas profissionais, tradicionalistas e práticos, da qual participava também Beccaria. Estes técnicos do direito penal acabarão por impor a própria visão em relação a do filósofo, bem como em relação a dos juristas mais esclarecidos (Paolo Risi, Francesco Gallarati Scotti), partidários do radicalismo beccariano.

Para concluir, podemos afirmar que o impulso reformador estava destinado a esfacelar-se contra as resistências do sistema jurídico tradicional, a não ser que pactuasse com os juristas vinculados a ele. Pouco equipado do ponto de vista técnico, desprovido de um projeto de "tradução" das suas ideias políticas na linguagem penal, a reforma devia, portanto, compor com a "tradição de opiniões que em uma grande parte da Europa carrega, todavia, o nome de leis".[13] Os obstáculos à reforma são quase insuperáveis: de fato, a organização jurídico-institucional e a cultura jurídica dos magistrados, advogados, funcionários e juristas são profundamente enraizadas na tradição do direito comum. À reforma se opõe, então, a coerência de uma cultura jurídica que Beccaria, no seu élan modernista, compreendeu e julgou de maneira errônea, pois ele nega a importância histórica dela. Esta recusa corresponde a uma subvalorização, talvez culpável, do peso político desta tradição cultural do direito comum. Finalmente, Beccaria parece inconsciente diante da mediação jurídica. Ela é imperativa na medida em que se trata de passar de programas reformistas às regras funcionais, das ideias às leis, da filosofia à prática penal. Para mensurar as primeiras realizações legislativas verdadeiramente inspiradas nas teses beccarianas, será preciso aguardar o século XIX com o advento do penal como ciência jurídica integrada, e com a emersão de uma nova figura de penalista: um jurista tecnicamente preparado, mas sensível, ao mesmo tempo, às exigências de reforma e do progresso social. Neste momento, a lição de Beccaria terá penetrado, na Itália, na legislação e na cultura jurídica dos magistrados.

---

12. Código estudado por A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde,* Giuffrè, Milano, 1975.

13. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene, op. cit.,* "A chi legge", notadamente p. 17.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Beccaria e o pensamento jurídico-criminal, de Guilherme Costa Câmara – *RBCCrim* 44/301-335 (DTR\2003\316);
- Introdução ao racionalismo e positivismo criminológicos, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 828/503-515 (DTR\2004\654); e
- La urgencia (y los horizontes) de una política criminal humanista, de Mariano Hernán Gutiérrez – *RBCCrim* 92/175-218 (DTR\2011\4641).

Sbriccoli, Mario. Traduzido por Ricardo Sontag. Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 249-261. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

Os crimes políticos na doutrina penal brasileira da Primeira República (1889-1930)

Political crimes in the Brazilian criminal law doctrine of the First Republic (1889-1930)

Raquel Razente Sirotti

Doutoranda na IMPRS-REMEP (International Max-Planck Research School on Retaliation, Mediation and Punishment). Mestre em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Atualmente trabalha como pesquisadora no Instituto Max-Planck para História do Direito Europeu (Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte) em Frankfurt am Main, Alemanha.
raquelsirotti@hotmail.com

Recebido em: 02.01.2017
Aprovado em: 08.02.2017
Última versão da autora: 19.02.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: Neste artigo explorarei as noções de uma categoria jurídico-penal expressamente vinculada à proteção das instituições e estruturas estatais – os crimes políticos –, tal como apresentadas por alguns dos principais juristas brasileiros atuantes durante a Primeira República. Para tanto, analisarei trechos de alguns códigos penais comentados, tratados, manuais e dicionários de direito penal reunidos sob a denominação restritiva de "doutrina penal". Mais que o mapeamento da posição de cada autor, buscarei situá-las dentro de uma rede de agenciamentos mais ampla, que englobará o formato dos livros jurídico-penais, as tentativas de reformar o Código Penal de 1890, os autores e "escolas" estrangeiras citados como referência, e as diferentes tensões políticas vividas no Brasil durante esse período. Esse exercício contribuirá para que, ao final, seja possível enxergar uma relação de complementaridade estabelecida entre as

Abstract: In this paper I intend to explore a category of crimes closely related to the structures and institutions of the State – the so-called political crimes – presented by some of the leading Brazilian jurists acting during the First Republic (1889-1930). Therefore, I will analyze excerpts of some commented criminal codes, criminal law treatises, manuals and dictionaries, which I will gather under the expression "criminal law doctrine". More than just mapping each author's position, I will seek to locate them into a broader net that encompasses the format of the criminal law books, the attempts to reform the penal code of 1890, the foreign authors and "schools" quoted as reference, and the political tensions experienced in Brazil over this period. This will enable the readers to detect a complementary relationship between the definitions of political crimes launched by the studied authors, and the ideals of protection

definições de crimes políticos lançadas pelos juristas estudados e os ideais de proteção e consolidação da República recém-proclamada.

Palavras-chave: Crimes políticos – Primeira República – Doutrina penal – Defesa do Estado.

and consolidation of the newly proclaimed Republic.

Keywords: Political crimes – Brazilian First Republic – Criminal law doctrine – State defense.

Sumário: 1. Introdução. 2. "Anotadores do Código Penal"? Uma introdução à "bibliografia jurídico-penal" da Primeira República. 3. Um ilustre desconhecido ou do que se falava quando se falava em crimes políticos. 4. Um peso, duas medidas: os crimes políticos na doutrina penal brasileira da Primeira República. 5. Considerações finais. 6. Fontes. 7. Referências bibliográficas. 8. Legislação.

1. Introdução

15 de novembro de 1889. Uma junta militar formada por membros do Exército, da Marinha e por filiados do Partido Republicano destituía o chamado "gabinete Ouro Preto", anunciando a substituição do sistema monárquico parlamentar, que vigorara no Brasil por mais de sessenta anos, por um governo provisório inspirado no republicanismo, a ser presidido pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca:

> Concidadãos! O povo, o exército e a armada nacional, em perfeita communhão de sentimentos com os nossos concidadãos residentes nas provincias, acabam de decretar a deposição da dynastia imperial e consequentemente a extincção do systema monarchico representativo (...) Concidadãos! O governo provisorio, simples agente temporario da soberania nacional, é o governo da paz, da liberdade, da fraternidade e da ordem (...) (Diário de Notícias, 1889. p. 1).[1]

1. Embora esse trecho do manifesto tenha sido retirado do número de 16 de novembro de 1889 do jornal carioca *Diário de notícias* (cujo editor-chefe era Rui Barbosa), ele é facilmente encontrável em quase todos os outros grandes jornais da época, que comemoravam, igualmente, o sucesso do golpe militar de 1889. Até mesmo o *Jornal do Commercio*, velho aliado dos setores monarquistas, publicou o manifesto em sua primeira página, acompanhado de um artigo declarando que a interpretação dos "fatos de 15 de novembro, para justo e imparcial julgamento, exigem a calma da reflexão". Como lembra Carla Siqueira (1994), para além das tensões entre linhas editoriais, esses jornais funcionavam ao longo da Primeira República como importantes agenciadores da memória e da tradição nacionais no processo de construção de um "imaginário", que seria aproveitado, afinal, em benefício das elites sociais. A linguagem pretensamente objetiva, o nacionalismo inflado, a crença em uma história

23 de dezembro de 1889. Preâmbulo do Decreto 85-A, que determinava a criação de uma comissão militar para o julgamento dos crimes de conspiração contra a República e seu governo, aplicando-lhes as penas militares de sedição:

> (...) Em circumstancias taes, o maior de todos os deveres impostos ao Governo é a firmeza absoluta e a mais inexoravel severidade nas medidas tendentes á preservação da paz e á manutenção dos interesses fundados na segurança da propriedade (...) estando eliminadas todas as possibilidades de reconstituição do antigo estado de causas, e não nos restando outra alternativa sinão a Republica ou a anarchia, qualquer tentativa contra a solidez da situação actual seria simplesmente um acto de desordem, destinado a explorar o medo (BRASIL, 1889. p. 1).

Em 15 de novembro, comunhão de sentimentos, paz, fraternidade e liberdade. Em 23 de dezembro do mesmo ano, firmeza absoluta, inexorável severidade, manutenção dos interesses fundados na segurança da propriedade, receio da anarquia, medo da desordem. Pouco mais de trinta dias separam o manifesto entusiasmado e conciliador que proclamava a República e anunciava os mais novos membros do governo provisório, do decreto – promulgado, vale lembrar, por essa mesma junta – que literalmente declarava guerra àqueles que ousassem contestar a autoridade do regime político recém-instituído.

Por um lado, essa mudança radical no tom com que se articulava a imposição do novo sistema republicano poderia ser interpretada como mera adaptação ao formato discursivo: não há dúvidas de que um manifesto propagandístico demandava eufemismos plenamente dispensáveis em um canal de comunicação cuja tarefa era, sobretudo, legitimar o exercício da força. Mas, sob outro ponto de vista – que é, para este caso, o que parece soar mais estimulante –, ela não deixa de compor uma espécie de prelúdio àquilo que viria a se transformar em rotina ao longo de toda a chamada Primeira República: os conflitos de natureza política. Revolta da Chibata, Revolta da Vacina, Revoltas da Armada, Guerra de Canudos, Revolta Federalista, Guerra do Contestado, Revoltas Tenentistas: esses são apenas alguns dos muitos conflitos que o governo brasileiro teve que administrar durante esse período. E a eles ainda somavam-se outras tantas tensões sociais latentes, como os movimentos operários e sindicais, e a explosão

com sentido e direção unívocos: mesmo quando assumiam uma postura de neutralidade ou até mesmo de discordância em relação à agenda política republicana, esses canais de comunicação em massa contribuíam, segundo ela, para o aprofundamento do abismo entre políticas governamentais e demandas populares.

de periódicos militantes que veiculavam ideais revolucionários matizados por doutrinas anarquistas e comunistas.

Em tal cenário, é de se deduzir que o Direito tenha passado por modificações e, por isso, tenha sido adaptado, eficientemente, às ameaças que rondavam a consolidação do governo recém-anunciado. Uma rápida análise da produção legislativa do período (NUNES, 2014) comprova essa hipótese e, ao mesmo tempo, indica que o dissenso político ensejou uma infinidade de respostas legais durante a Primeira República – especialmente se consideramos as esferas administrativa e policial.

Mas, e quanto ao "saber jurídico"? A Primeira República é, também, período conhecido por ter albergado mudanças significativas no campo da chamada doutrina penal.[2] Isso se deveu tanto à intensa ingerência do ideário do positivismo criminológico e da antropologia criminal inspirado em países como Itália e França na produção de alguns intelectuais brasileiros (SCHWARCZ, 1993; VAREJÃO, 2005) quanto à percepção cultural de que, aos poucos, consolidava-se uma doutrina penal cada vez mais "brasileira" (SONTAG, 2014). Uma geração de bacharéis formados em Universidades paulistas, cariocas ou recifenses – em vez de coimbrãs ou lisboetas – esforçava-se para transformar suas reflexões sobre temas como legislação, princípios e/ou práticas jurídicas em um conjunto de escritos "orgânico" e "sistemático" (ou, para usar um tempo mais alinhado com o vocabulário da época, "científico"), que pudesse ser tomado como referência por seus pares (FONSECA, 2006). Surgiam os nossos primeiros "penalistas", no sentido mais estrito do termo – ou seja, juristas cuja atuação prática e produção escrita voltavam-se, majoritariamente, para temas de interesse penal ou processual penal.

Ao combinar a sucessão de revoltas, greves, levantes e rebeliões que tiveram lugar ao longo da Primeira República, com esse protagonismo assumido pela doutrina penal na mesma época, temos as bases dos argumentos que pretendo desenvolver neste artigo. Nele, tratarei da mediação de tensões políticas sob a perspectiva do pensamento jurídico-penal brasileiro. Investigarei, mais especificamente, como alguns autores representantes do que chamarei de "doutrina

2. Usarei a expressão "doutrina penal" para sinalizar o conjunto de opiniões, interpretações e definições relacionadas à legislação ou a problemas que de alguma forma remetem ao direito penal, geralmente escritas por juristas, e publicadas no formato de livros ou artigos. Tratarei esses textos sempre como produtos culturais de um determinado período histórico, e não – conforme a etimologia da palavra "doutrina" poderia vir a denotar – como alguma espécie de "verdade absoluta" revelada por intermédio de "estudiosos do direito".

da Primeira República" agenciavam uma categoria intimamente relacionada com o ideal de proteção dos agentes, estruturas e instituições estatais: os crimes políticos. Partindo desse referencial, buscarei oferecer elementos para responder, essencialmente, a duas perguntas: (i) quais eram os princípios, as referências e os tipos penais que informavam as definições de crimes políticos dos juristas brasileiros da Primeira República?; (ii) é possível traçar uma relação de complementaridade entre essas construções teóricas e a defesa do Estado, ou elas eram concebidas como parte de uma estratégia de defesa do indivíduo contra os arbítrios estatais?

Começarei apontando quem eram os principais representantes da doutrina penal que almejo explorar e discorrendo sobre quais eram os elementos que caracterizavam os livros que eles escreveram. Logo em seguida estabelecerei algumas balizas quanto ao que esses juristas costumavam entender por crimes políticos. Veremos que, apesar do adjetivo "políticos", por si só, já dar algumas pistas quanto aos elementos constitutivos desses tipos penais, sua elucidação torna-se mais complicada – e interessante – por conta dessa expressão não aparecer grafada, literalmente, em nenhum título, seção ou artigo do Código Penal de 1890. Por fim, analisarei trechos de três códigos penais comentados, um tratado, um manual e um dicionário de direito penal em busca de definições e exemplos que remetam à noção de crimes políticos.[3] Relacionarei essas informações com o modelo de Estado inaugurado pela Proclamação da República, a fim de sugerir um alto grau de proximidade entre a forma como os crimes políticos vinham trabalhados na doutrina penal e a proteção de um projeto específico de Estado.

2. "Anotadores do Código Penal"? Uma introdução à "bibliografia jurídico-penal" da Primeira República

Nos primeiros anos da década de 40 do século XX, já sob o efeito da atmosfera getulista, Nelson Hungria publicava um pequeno ensaio intitulado "A evolução do Direito Penal brasileiro", no qual apresentava um balanço histórico que apontava os "progressos" conquistados pelo Direito Penal brasileiro "nos últimos 25 anos" (HUNGRIA, 1942). Além de comentários sobre congressos e conferências, projetos de codificação e outras alterações legislativas, o texto

3. Discorrerei sobre os critérios que determinaram a escolha desses seis exemplares mais à frente. Por ora, destaco que os gêneros literários "manual", "tratado", "código comentado" e "dicionário" preencherão a noção de "doutrina penal" que adotarei neste artigo – por motivos que, também, explicarei logo adiante.

contava com uma breve seção dedicada à "bibliografia jurídico-penal", em que podemos encontrar informações valiosas a respeito do perfil – ou melhor, a respeito de como foi construído um perfil – das principais obras dedicadas ao direito penal ao longo do Império e de boa parte da Primeira República.

"A nossa bibliografia jurídico-penal era escassa, enfezada e carrasquenha. Apenas arranhava a epiderme da lídima ciência penal, cujo estudo, por isso mesmo, tornara-se desinteressante e tedioso. Foi a época dos anotadores do antigo Código (...)" (HUNGRIA, 1942. p. 13) – assim começava o relato do jurista mineiro. O tom de ironia e reprovação era endereçado, na sequência, à suposta falta de originalidade dos autores dessas obras, que não fariam nada além de reproduzir teorias importadas, transcrever decisões de tribunais e oferecer comentários ensossos ao Código Penal: "Apanham aqui e recortam alí as lições de uns juristas e as decisões de uns tribunais. Reúnem e colam tudo isso e metem depois num livro, que fazem publicar. Põem na lombada o seu nome de *autor*, e nesse nome circula e é citado o livro" (HUNGRIA, 1942. p. 13). Superficiais, medíocres, enfadonhos; até 1924, quando Galdino Siqueira teria iluminado, com seu Tratado, o vale das trevas em que se encontrava a bibliografia jurídico-penal brasileira,[4] Nelson Hungria via na produção de seus predecessores um mero exercício de bricolagem, tratando-os como se não estivessem maduros para nada além da mera repetição.

Mas, ainda que não tivesse atributos suficientes para adentrar o panteão da "ciência penal", seria possível afirmar, com base nessas considerações, que a "bibliografia jurídico-penal" – situada no limite da década de 1930, não nos esqueçamos – de que falava Nelson Hungria contava com algumas características bem marcadas. Para ele, essa doutrina seria composta, majoritariamente, de livros,[5] escritos por autores experienciados na prática jurídica, organiza-

4. "GALDINO SIQUEIRA teve o mérito de formular, dentro de linhas precisas, a teoria do direito penal nacional, tornando possível que a ela se ajustasse a prática forense, até então assistemática e dispersiva. Deu-nos um *corpo de doutrina* que nos ligou ao pensamento jurídico-penal da época e rasgou amplos horizontes aos nossos olhos inexpertos. Não era, pois, de admirar que, para os oficiantes da justiça penal, o novo livro passasse a ser, daí por diante, missal rezado com escrúpulos de padre noviço (...)" (HUNGRIA, 1942, p. 14).

5. Ao usar o adjetivo "escassa" e acionar a alcunha "anotadores do antigo Código", Hungria parece eliminar, por tabela, o espaço que as monografias e os artigos publicados em revistas jurídicas poderiam ocupar nesse universo da "bibliografia jurídico-penal". Isso porque, considerando que desde a década de 80 do século XIX já contávamos com pelo menos uma dezena de periódicos jurídicos (FORMIGA, 2010), e que em boa parte deles eram publicados artigos tratando de assuntos "jurídico-penais", a expres-

dos segundo as categorias das legislações penais: cada título, seção e artigo da lei seria, também, um título, uma seção e um artigo da obra em questão. Esses livros, por sua vez, estariam preenchidos por comentários muito breves e concisos, que poderiam vir acompanhados, eventualmente, de decisões de tribunais relacionadas aos assuntos. Por fim, nos entremeios dessas anotações e julgados, não sobraria espaço para explicações fundamentadas ou interpretações sistematizadas – ou seja, para nada que se aproximasse de uma verdadeira "ciência do direito penal".

Muitos outros juristas engrossaram o coro liderado por Hungria, contribuindo para que o período mais ou menos anterior à década de 30 do século XX fosse encarado como uma espécie de idade das trevas na "ciência do Direito Penal" (BANDEIRA *in* SIQUEIRA, 1921; MARQUES, 1966; BRUNO, 1956), e para que a imagem geral da bibliografia a ele correspondente se enquadrasse nos limites que descrevi logo acima. Entretanto, apesar de sobrarem descrições pejorativas e adjetivos desqualificadores, o que parece faltar em boa parte dessas narrativas são referências aos nomes e aos livros escritos pelos tais "anotadores de Código". Quem eram esses autores? Quais obras escreveram? Por que seus códigos penais anotados e comentados diferiam tanto daqueles publicados poucos anos depois (sendo um dos principais deles, inclusive, escrito pelo próprio Nelson Hungria)?[6]

Embora essas perguntas surjam como questionamentos válidos para boa parte da literatura jurídico-penal anterior à segunda metade da década de 1920, suas respostas são especialmente importantes para (outra) compreensão da chamada doutrina penal da Primeira República. Se Galdino Siqueira teria aparecido para inaugurar a "teoria do direito penal nacional" em 1924, lembremos que, mesmo assim, se dependesse de Hungria e seus adeptos, uma boa parte da penalística republicana estaria relegada ao limbo dos "anotadores do código".

Ao adotarmos os mesmos critérios mais gerais utilizados por Hungria – a dizer: (i) livros; (ii) escritos por autores familiarizados com a prática jurídica;

---

são "escassez" dificilmente serviria para descrever esse gênero literário. Além disso, o apelido pejorativo com que Hungria trata seus antecessores insinua que eles eram autores de Códigos Penais comentados ou anotados, ou seja, de obras que, embora o jurista mineiro desprezasse, contavam com um número significativo de páginas.

6. Uma das obras mais conhecidas de Nelson Hungria é *Comentários ao Código Penal* (HUNGRIA, 1948). Publicada alguns anos após a promulgação do Código Penal de 1940, ela foi dividida em oito volumes (atualizados, posteriormente, por Heleno Cláudio Fragoso) e estruturada segundo o mesmo esquema que Hungria usou para descrever os livros de seus antecessores.

(iii) estruturados segundo as categorias presentes na legislação penal – para uma busca por livros jurídico-penais[7] em algumas das principais bibliotecas jurídicas do país,[8] o resultado para os anos compreendidos entre 1889 e 1930 é um conjunto bastante amplo e articulado de informações. Contrariando as expectativas que uma bibliografia jurídico-penal "escassa, enfezada e carrasquenha" poderia vir a despertar, o cruzamento das bases de dados[9] indica mais de 20 entradas, distribuídas entre códigos comentados ou anotados, comentários legislativos, dicionários, manuais e tratados. E, caso o critério fosse estendido de modo a englobar, também, tópicos de processo penal, medicina legal, sociologia, filosofia e antropologia criminal, bem como monografias e coletâneas de artigos temáticos sobre temas específicos do código penal, o número de registros pularia para algo em torno de 150 livros.

De fato, devemos reconhecer – retornando aos limites hungrianos – que boa parte dessas obras seguia o esquema da reprodução literal do Código Penal de 1890, acrescida de comentários muito breves, que geralmente sucediam a transcrição de decisões dos tribunais. Algumas delas, inclusive, prescindiam

7. Por uma questão de equilíbrio comparativo, optei por empregar, também nesse levantamento bibliográfico, uma definição de "livros jurídico-penais" muito semelhante àquela lançada por Nelson Hungria no texto sobre a evolução do Direito Penal no Brasil. Sem perder de vista os elementos corporativos que ela traz consigo, considerei essa opção como a estratégia mais adequada para questionar a validade dos postulados que Hungria utiliza para erigir seu "mito fundador" da ciência penal brasileira.

8. Os livros foram consultados nos acervos das bibliotecas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo) e do Instituto dos Advogados Brasileiros (Rio de Janeiro). Muito embora outras faculdades de Direito tenham sido criadas durante a Primeira República (VENÂNCIO FILHO, 1977), as bibliotecas da FDUSP foram escolhidas por ainda representarem uma das principais instituições de ensino jurídico daquela época. A biblioteca do IAB, por sua vez, vincula-se a uma importante instituição representativa de classe, já que a criação da Ordem dos Advogados do Brasil se deu apenas em 1930. Além disso, todas elas contam, atualmente, com um acervo bastante completo e preservado de livros de direito penal.

9. As bases de dados das bibliotecas da Faculdade de Direito da USP podem ser acessadas on-line através do seguinte link: [http://dedalus.usp.br/F/QHCEISNH74QSH7U-PMPCSPCK35H55L31V1FQ9APVJSV67V12L7I-16187?&pds_handle=GUEST]. Muito embora haja livros localizáveis no acervo físico que não estão registrados no sistema, e outros que, apesar de registrados, não podem ser consultados pelo público, o catálogo virtual (sobretudo da biblioteca setorial de Direito Penal e Medicina Legal, em que estão localizados boa parte dos livros presentes nesse levantamento) é bastante fiel ao acervo físico. Quanto à biblioteca do IAB, o catálogo não se encontra disponível para consulta virtual.

das anotações: limitavam-se à reunião de uma ou duas decisões jurisprudenciais e de recomendações lacônicas sobre a dosimetria da pena. Serviam, como os próprios autores faziam questão de ressaltar,[10] como "guias" ou "manuais de bolso" para que o "público" pudesse realizar consultas rápidas e eficientes. Contudo, se olharmos mais de perto para os comentários escritos por autores como João Vieira de Araújo, Oscar de Macedo Soares, Filinto Bastos, Antônio Bento de Faria – além do já citado Galdino Siqueira –, ou para o *Diccionario de direito penal* de João Romeiro, encontraremos modelos que se aproximam muito mais da "ciência penal" tecnicista propagandeada por Hungria (entendida como "o estudo sistemático, a exposição rigorosamente técnica do direito penal deduzido da legislação do Estado" (HUNGRIA, 1940, p. 57)), do que dessa suposta tradição laudatória de "anotadores do Código" que ele tanto desprezava.

No caso de João Vieira de Araújo, por exemplo, temos um jurista (também atuante como Deputado Federal, Deputado constituinte e Presidente da Província de Alagoas) que concentrou boa parte de sua produção bibliográfica em temas relacionados ao Direito Penal, e cujos livros mais conhecidos – o *Código Penal commentado theorica e praticamente* (1896) e o *Código Penal interpretado* (1901) – oferecem comentários técnicos bastante sofisticados tanto à legislação penal em vigor àquela época quanto às reformas ao Código Penal de 1890 ensaiadas logo após sua promulgação (SONTAG, 2014; VAREJÃO, 2005).[11] O mesmo é válido para Antônio Bento de Faria e Oscar de Macedo Soares, que,

10. No aviso ao leitor, José Tavares Bastos citava a clareza e a praticidade como os principais atrativos de seu Código Penal comentado: "O nacional ou estrangeiro terá, assim, a fonte segura das leis penaes necessárias ao seu conhecimento, com simplicidade e clareza, sendo facilitada a consulta, tornando-se mesmo rápida, com o minuscioso *Indice alphabetico*. Procuramos, pois, ser útil a todo aquelle que desejar ou precisar saber de prompto o que o Codigo Penal estabelece para os crimes, orientando com inteligencia, si o artigo consultado está em vigor e qual a verdadeira interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal" (TAVARES BASTOS, 1918, p. VI).

11. João Vieira foi, inclusive, o principal artífice dessas primeiras tentativas de reforma. Presidiu uma comissão de revisão já em 1891, cujo projeto, apresentado em 1893, foi modificado por outra comissão em 1896, e depois substituído em 1897. Embora nenhuma dessas tentativas de reforma tenha vingado (como bem sabemos, o Código Penal de 1890 ainda demoraria 50 anos para ser substituído, em 1940), João Vieira ficou conhecido como um dos principais críticos do Código – considerado "clássico demais" para um simpatizante do positivismo criminológico –, juntamente com autores como Aureliano Leal, Raymundo Nina Rodrigues e Esmeraldino Bandeira. Para informações bastante detalhadas sobre a obra de João Vieira de Araújo e sobre as tentativas de reformar o Código Penal de 1890, consultar: SONTAG, 2014.

embora não tenham alcançado a mesma projeção acadêmica conquistada por João Vieira, protagonizaram uma trajetória muito semelhante à dele: foram donos de uma carreira política proeminente, envolveram-se nos debates em torno da reforma do Código Penal e escreveram livros (*Annotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil* (1920) e *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil* (1910), respectivamente) que se tornaram referência para o ensino e a prática do Direito Penal no Brasil daquele tempo.[12]

O que falta mencionar – e que, talvez, seja a característica que mais incomodava Hungria – são as referências teóricas que justificavam os argumentos e povoavam as notas de rodapé de boa parte desses livros. A alternar os comentários técnicos, os pressupostos das chamadas "escola clássica" e "escola positiva"[13] frequentemente serviam como artifícios de explicações e interpretações. Autores como Francesco Carrara, Enrico Ferri, Luigi Lucchini, Rafaele Garofalo, Cesare Lombroso, Giovanni Carmignani e Fernando Puglia eram citados frequentemente, fosse para sinalizar adesão a uma determinada teoria do delito (que poderia remeter a um "ente jurídico abstrato" ou, ao contrário, a causas naturais, determinantes, das quais o indivíduo não poderia escapar), fosse para reforçar a legitimidade de uma dada explicação. Não raro representantes de flancos "opostos" – como Carrara e Lombroso, ou Garofalo e Lucchini – dividiam espaço em uma mesma página, ou uma mesma seção, sem que parecesse haver alguma forma de contradição muito comprometedora.

O mesmo Macedo Soares que, por exemplo, batia de frente com João Vieira de Araújo para defender a teoria "fechada" ou "objetiva" de agravantes e atenuantes adotada pelo Código de 1890 – que, segundo aquele último, seria uma "herança maldita" da forma abstrata (e ingênua) com a qual os representantes da "escola clássica" modelavam a aplicação das penas[14] – era quem rasgava elogios aos progressos trazidos pelos "criminalistas italianos", que teriam feito surgir:

12. O livro de Oscar de Macedo Soares foi reeditado quatro vezes, e segundo o que o próprio autor dizia na introdução à segundo edição, seu livro havia sido adotado "como compendio, em diversas Academias de Direito" (SOARES, 1910, p. XI). No caso de Bento de Faria, suas anotações teórico-práticas ao Código Penal de 1890 contaram com pelo menos quatro edições publicadas entre os anos de 1904 e 1929.

13. Para uma contextualização histórica mais refinada sobre a dinâmica de relacionamento entre os referenciais "clássicos" e "positivos" na penalística italiana, ver: SBRICCOLI, 1990.

14. Soares começa citando o Código comentado de João Viera, para, logo em seguida, questionar a validade de sua opinião: "João Vieira, Cod. Pen. comm., v. II, p. 44 e segs, collocando-se no ponto de vista positivo, principalmente dos autores italianos,

> (...) uma nova escola de direito penal, que rompendo inteiramente com as ideias e os princípios absolutos, até aqui admittidos, busca assegurar a sociedade, defendendo-a fortemente de seus inimigos, destruindo as causas productoras da criminalidade. Adoptando como methodo o experimental e de observação, as estatisticas como preciosos instrumentos de analyses para firmar leis e tirar conclusões, e com os dados fornecidos pela pyscho-physiologia e pela anthropologia, a nova escola apresenta resultados admiraveis em beneficio da sociedade (SOARES, 1910. p. 135).

No caso do próprio João Vieira de Araújo, Ricardo Sontag (2014) demonstra como o jurista pernambucano, apenas citado por Macedo Soares como defensor do modelo "aberto" de agravantes e atenuantes, defendia, em um de seus primeiros livros[15] (publicado em uma fase, deve-se reconhecer, em que seus "gestos de adesão" ao positivismo ainda eram muito tímidos), a opinião exatamente oposta:

> O código brasileiro, segundo João Vieira, adotava o sistema das circunstâncias codificadas, fechadas, diferente do exemplo francês. Contra o sistema francês havia a voz de Francesco Carrara, que pensava que seria preferível o

não acceita a theoria dos nossos Codigos, porque, diz elle: '(…) A pena para ella (escola clássica) é uma panacéa em cuja formula entram, como ingredientes modificadores indispensáveis, as circumstancias aggravantes e attenuantes: para determinarem, se ella deve ser applicada no máximo, médio ou minimo. A nova escola já tem assentado e comprovado um certo numero de verdades que constituem a negação formal do systema de calculo e applicação de penas praticado actualmente. Deante destas verdades é nullo o valor de circumstancias aggravantes e atlenuantes, como dellas se serve a escola clássica. Si para nossos adversários a pena é a conseqüência do crime, mas este só pode ser punido quando pode ser imputado como acção voluntária ao indivíduo normal; para nós nenhuma anormalidade psychica pode servir de excusa áquelle que praticou um crime e em conseqüência uma pena egual a algumas que os códigos actuaes edictam, outra do gênero adequado e que seja efficaz, deve sempre e em todo caso ser applicada ao delinqüente.'" (ARAÚJO apud SOARES, 1910, p. 96) Ao que, rebate Soares: "Não ha duvida que o critério scientifíco da nova escola penal traria incontestaveis vantagens se fosse adoptado nos códigos penaes. Mas para isso seria necessária a reforma da legislação substantiva e adjectiva e também da própria organisação judiciaria (…) A theoria das aggravantes e attenuantes é uma das mais complexas do Direito criminal, e salvas pequenas variantes, que não alteram a substancia, ella é consagrada nos códigos modernos, inclusive em os nossos, de accordo com os principies geralmente acceitos. Não se pode dizer que estes principies são exclusivos da escola clássica" (SOARES, 1910, p. 96).

15. Trata-se do livro *Ensaio de direito penal ou repetições escriptas sobre o Código Criminal do Império do Brazil*, de 1884.

> sistema de circunstâncias legais e fechadas por ser um antídoto contra o arbítrio judicial, desde que não fossem utilizadas "definições materiais", conforme a teoria desenvolvida em seu *'Lineamenti di pratica legislativa penale'* (1874). E é justamente a teoria de Carrara que João Vieira considera a mais adequada; e, consequentemente, o código brasileiro também era adequado (SONTAG, 2014. p. 48).

Então, sob uma certa perspectiva, Nelson Hungria não estava errado ao enfatizar a "tendência à reprodução" observável em alguns de seus predecessores, e também ao salientar que os escritos deles não incorporavam uma "ciência penal" uniforme, coesa e, muito menos, estritamente técnica. Mas não podemos perder de vista que essa segregação acionada como estratégia para promover as vantagens do "método científico" do qual ele se autoproclamava defensor – nomeadamente o "método técnico-jurídico"[16] –, além de negar credibilidade a inúmeros livros e autores, contribui para que especificidades históricas relevantes se percam no mar sombrio da "pré-cientificidade".

O fato de o Brasil ser, desde 1830, um dos poucos países ocidentais a contar com um Código Penal aplicável a todo o território nacional, antes mesmo que países como Itália e Alemanha sequer tivessem concluído seus processos de unificação nacional, certamente contribuiu para que a forma código fosse uma referência muito forte para os autores que escreviam livros de Direito Penal. Também, as potenciais vantagens que o "debate das escolas penais" teria, imediatamente, a oferecer para juristas interessados em demonstrar conhecimento (e pertencimento) dos filões teóricos europeus considerados como mais "avançados" à época, ou, mais mediatamente, para a sustentação de um projeto nacional cujo sucesso dependia de um nível elevado de segregação social e racial, são variáveis importantes, que acabam completamente desprezadas pelo tipo de crítica que Hungria incorpora. No caso da Primeira República, uma avaliação que não coloque esses elementos em relação com os padrões de formatação e conteúdo da bibliografia jurídico-penal, tende, mesmo, a desconsiderar sua participação no processo de formação de uma doutrina penal "genuinamente nacional".

Não pretendo, com essa afirmação, cobrar rigor historiográfico de uma personagem cujos interesses, muito provavelmente, passavam longe do ofício especulativo do historiador, nem deslocar o "mito fundador da penalística brasileira" para a pena de João Vieira de Araújo ou para a de qualquer outro

16. Sobre as concepções do saber jurídico e da lei ostentadas por Hungria, especialmente no que tange ao tribunal do júri, consultar: SONTAG, 2009.

jurista daquela época. Parece-me, entretanto, que os marcos evolutivos estabelecidos por Hungria servem como gatilho para transportar para essa discussão a mesma crítica feita por Lilia Schwarcz quanto à forma como alguns teóricos tendem a tratar da recepção das teorias raciais no Brasil entre finais do século XIX e início do XX, enxergando nesse movimento uma mera "cópia mal feita" de discussões originalmente europeias:

> (...) chamar tais modelos de pré-científicos significa cair em certo reducionismo, deixando de lado a atuação de intelectuais reconhecidos na época, e mesmo desconhecer a importância de um momento em que a correlação entre produção científica e movimento social aparece de forma bastante evidenciada (SCHWARCZ, 1993. p. 23).

Embora centrados nas categorias do Código Penal e fortemente atravessados pela reprodução de conceitos, modelos e tendências teóricas estrangeiras, os livros jurídico-penais da Primeira República (somados, é claro, a seus respectivos autores) não deixam de oferecer pistas que nos levam a perceber como questões sociais de interesse criminal eram abordadas e respondidas por uma elite cultural cada vez mais articulada e comprometida com a produção de um "conhecimento scientifico". Os temas mais debatidos, os temas desprezados, os assuntos em que os comentários exegéticos superavam as análises teóricas (e vice-versa), os assuntos em que essas duas abordagens conviviam equilibradamente, os assuntos em que predominavam as citações estrangeiras, a forma como essas citações eram concatenadas: tudo isso contribui para que se possa compreender a rede de agenciamentos que sustentava a doutrina penal daquela época. Como isso se dava no caso específico dos crimes políticos? É a essa pergunta que procurarei me endereçar nas próximas seções.

3. Um ilustre desconhecido ou do que se falava quando se falava em crimes políticos

Ao longo de toda a Primeira República, a expressão "crimes políticos" poderia facilmente passar despercebida pelos olhos de um observador que se dedicasse à leitura da legislação em vigor. Literalmente, ela aparece em quatro incisos e um parágrafo de três diferentes diplomas legais – que, a propósito, não eram os mesmos em que estava elencada boa parte dos crimes e suas punições (ou seja, o Código Penal). Trata-se, em primeiro lugar, do artigo 60 da Constituição Federal de 1891, que delimitava a competência da então recém-criada Justiça Federal. Além de causas relacionadas ao Governo da União, à Fazenda Nacional, às ações judiciais envolvendo estrangeiros e outros temas correlatos,

a alínea *h* desse artigo dispunha que cabia aos juízes e Tribunais Federais processar e julgar "os crimes políticos"[17] (BRASIL, 1891).

Com o objetivo de complementar essa previsão constitucional, surgiam as outras menções expressas a essa tipologia, que aparecem no Decreto 848, de 1890, e na Lei 221, de 20.11.1894. Nesse primeiro decreto (que organizava a Justiça Federal), o artigo 15, alínea *i*, reproduzia a mesma norma presente na Constituição Federal – qual seja, a de que o processo e julgamento dos crimes políticos ficaria a cargo da Justiça Federal – com um acréscimo importante: o de que eles seriam aqueles "classificados pelo Codigo Penal, no livro 2º, titulo 1º e seus capitulos, e titulo 2º, capitulo 1º" (BRASIL, 1890). No § 1º desse mesmo artigo 15, bem como na alínea *a d*o artigo 52, há disposições mais gerais, que dizem respeito à delimitação territorial e ao processamento dos crimes políticos.[18]

Já no art. 83 da Lei 221, de 1894 (que completava a organização da Justiça Federal), estabeleciam-se algumas restrições à competência para o julgamento dos crimes políticos pelos juízos federais. Apenas os delitos políticos que não tivessem relação com a ordem, a segurança ou as autoridades dos Estados federados seriam enviados para a Justiça da União; todos os outros (a não ser que provocassem alguma forma de intervenção armada por parte do governo central) deveriam ser processados e julgados pelas autoridades locais.

Por fim, na Lei 2.416, de 28.07.1911, responsável por regulamentar a extradição de nacionais e estrangeiros no Brasil, há uma pequena referência à noção de crimes políticos (que, nesse caso, aparecem sob a denominação mais geral de "infrações políticas") quando se delimitam os casos em que a extradição

17. É interessante notar que esse deslocamento de competência, que tende a parecer ao olhar contemporâneo como uma questão meramente instrumental, compõe, na verdade, uma estratégia de administração dos conflitos políticos que ameaçavam a integridade da República recém-proclamada: "Nos primeiros tempos do nosso regimen republicano, que foi um período de phases de agitação e revoltas, embora parciaes quanto ao território em que se moviam e muita vez sem relação com o governo da União, entendeu-se que todos os crimes políticos eram da competência da justiça federal, embora dirigidas unicamente contra um Estado (...)" (ARAÚJO, 1901, p. 18).

18. "Art. 15. Compete aos juizes de secção processar e julgar (...) § 1º Os crimes commettidos em alto mar a bordo de navios nacionaes, os commettidos nos rios e lagos que dividem dous ou mais Estados, nos portos, nas ilhas que pertençam á União, e, em geral, nos logares de absoluta jurisdicção do Governo Federal, serão, entretanto, julgados pelas justiças locaes, desde que não revistam o caracter de crimes politicos (...) Art. 52. A denuncia compete aos procuradores da Republica e a qualquer do povo: a) nos crimes politicos (...)" (BRASIL, 1890).

não poderia ser concedida pelo governo brasileiro. No artigo 2º, inciso V, alínea *d*, determinava-se que a extradição seria vedada nos casos de "infrações políticas" (BRASIL, 1911). Logo em seguida, impunha-se uma espécie de exceção à exceção: "A allegação de fim ou motivo politico não impedirá a extradição, quando o facto constituir principalmente uma infracção commum da lei penal" (BRASIL, 1911).

Não há, entretanto, sinal desses crimes nas leis que tratam mais exclusivamente de matérias penais. Seja no Código Penal, no Código de Processo Penal, no Código Penal da Armada, ou na Legislação Penal Especial e nos decretos do Poder Executivo, o caso é que, por mais que esses fossem, aos menos teoricamente, os repositórios normativos mais compatíveis para uma categoria que classifica tipos penais, em nenhum deles parece ser possível encontrar referências expressas aos crimes ou infrações políticas. Se, como sugeri mais acima, boa parte dos juristas da Primeira República espelhava a organização de seus escritos no Código e na Legislação Penal Especial, como então situar o crime político nos livros jurídico-penais daquela época?

Para responder a essa pergunta, voltemos a considerar a força exercida pela forma código e pelas referências estrangeiras que atravessavam essas obras. Uma primeira questão diz respeito às inúmeras críticas negativas que o Código Penal de 1890 recebeu já nos primeiros momentos que sucederam à sua promulgação, o que desencadeou uma verdadeira campanha em prol de sua reforma ou substituição. Elaborado às pressas por um jurista pouco conhecido dentro da comunidade jurídica brasileira pela participação em debates envolvendo temas de interesse criminal – João Baptista Pereira –, o Código foi atacado, sobretudo, por demonstrar pouca adequação às estratégias legislativas propagandeadas pelo positivismo criminológico (ALVAREZ *et al.*, 2003; SONTAG, 2014; BATISTA, *et al.*, 2007). Uns diziam que ele era "péssimo e incongruente";[19] outros autores, mais próximos do discurso da defesa social,

19. Esses adjetivos aparecem em um dos artigos de uma série toda dedicada à análise do Código Penal de 1890, escritos por Eduardo Teixeira Carvalho Durão (que os assinava sob o pseudônimo de Solus) e publicados na revista *O Direito*, em 1891. Minucioso e, por vezes, altamente irônico, Carvalho Durão não economizava críticas – inclusive ao próprio autor do Código, João Baptista Pereira: "Este Codigo é realmente tão péssimo (deixem-me dizer assim como João de Barros) que quasi me dispenso de entrar em arduas e debatidas questões de direito criminal, pois que tenho à vista e á mão os erros sem nome e as incongruências que o aleijão e servem de toque para se aferir quão pouco habilitado era o seo A. para occupar-se de problemas elevados que requerem estudo, talento e muita circunspecção" (CARVALHO DURÃO [SOLUS], 1891, p. 533).

alegavam que suas lacunas "incentivavam a propagação do crime";[20] outros, ainda, classificavam-no como "atrasado" e "sem método".[21] Em outras palavras, a impressão eternizada por João Monteiro com a frase "o peior código de todos os tempos" (MONTEIRO *et al.*, 1894, p. 10) confirmava-se, em certa medida, pela sucessão de projetos de revisão e reforma cuja proposição se tornou rotina no Congresso Nacional, sobretudo entre os anos de 1893 e 1913, quando ao menos três diferentes versões foram elaboradas.[22]

Toda essa movimentação não passava incólume pelo conteúdo e organização da bibliografia jurídico-penal. A disputa em torno da credibilidade do Código de 1890 traduzia-se em comentários, críticas, e até mesmo na reestruturação do critério sistemático de apresentação dos assuntos em alguns livros. No prefácio à quinta edição de seu *Código Penal comentado*, Macedo Soares demonstrava-se entusiasmado com a perspectiva de aprovação do projeto e deixava transparecer até certa impaciência pelo reiterado atraso em sua votação.[23]

---

20. Esse argumento aparece em um dos livros de estreia do carioca Aureliano d'Araujo Leal, que ao tratar dos supostos "germens do crime", associava as deficiências "técnicas" do Direito Penal Positivo vigente àquele período às "várias oportunidades" que um delinquente teria de escapar da punição: "A lei penal, que não deve admittir a lata interpretação dos seus dispositivos, mesmo para evitar perigos de qualquer natureza, mas que nenhuma outra, precisa ser dictada de accôrdo com o estudo dos phenomenos sociaes, tendo todo o escrupulo, o maximo cuidado, em crear instituições que favoreção os criminosos e que fação, portanto, augmentar a criminalidade (...) O nosso legislador adoptou no nosso direito penal positivo institutos que são verdadeiros auxilios da criminalidade, espessas capas em que se embuçam os malfeitores para fugirem à punição legal" (LEAL, 1896, p. 18).
21. "Sem methodo scientifico, quer na distribuição geral das figuras delictuosas, quer na coordenação destas entre si, sem technica rigorosa, lacunoso em muitos pontos, parco daquillo que já tem tido entrada no direito positivo de povos cultos, e resultado das elocubrações scientificas, da observação attenta, com penalidade inefficaz, em geral, para protecção dos interesses individuaes e sociaes, o que encerra de bom é, as mais das vezes, reproducção do anterior código ou de leis especiaes, e isto mesmo quando não modifica ou altera" (SIQUEIRA, 1921, p. 12).
22. Trata-se das versões propostas por João Vieira de Araújo em 1893, pela Câmara dos Deputados em 1899 (com base em revisões do projeto Vieira de Araújo) e da versão formulada por Galdino Siqueira em 1913 – esta, entretanto, não tendo chegado à apreciação legislativa. Para uma cronologia dos eventos relacionados à reforma do Código de 1890 entre os anos de 1891 e 1899, consultar: SONTAG, *op. cit.*, p. 361-365. Para um panorama sobre as tentativas de reforma articuladas entre 1893 e 1927, ver: COSTA E SILVA, 1930, p. III.
23. "Mas, se formos esperar a ultima palavra em matéria da legislação dos povos mais adiantados, ou das idéas e theorias conseqüentes do progresso das sciencias e das

João Vieira de Araújo anunciava a parte especial de seu tratado como "um commentario antecipado do futuro código" (ARAÚJO, 1901. p. IV) – que, nesse caso, tratava-se daquela versão da Câmara dos deputados de 1899. Filinto Bastos, por sua vez, adotava a mesma estratégia de João Vieira, dizendo que "à proporção que formos estudando as matérias que constituem a parte especial do Codigo, faremos um estudo comparativo deste e do Projecto, externando a nossa opinião" (BASTOS, 1933. p. 11).

A questão é que nesse mesmo "Projecto", cuja aprovação aparentava ser aguardada com tanta ansiedade por um número considerável de juristas, o primeiro título do primeiro livro da parte especial chamava-se "crimes políticos". A dizer: um dos fragmentos geograficamente mais importantes do Código Penal – falamos, afinal, do carro-chefe da relação dos crimes e suas punições – passava a ser apresentado sob uma denominação inédita, que era reiteradamente negligenciada pelas legislações penais anteriores. Em termos substanciais, as mudanças não eram assim tão bruscas: os crimes que compunham o título equivalente no Código de 1890, nomeado "crimes contra a existência política da República", permaneciam praticamente iguais. A maior novidade, portanto, era mesmo a transformação dessa categoria – os "antigos" crimes contra a existência política da República – em uma espécie de definição de crimes políticos, da qual se excluía tipos penais como sedição e ajuntamento ilícito e resistência. E que transformava, vale lembrar, o delito de conspiração e o de provocação por escritos (que no Código de 1890 apareciam como crimes contra a segurança interna da República nos arts. 115 e 126, respectivamente) em disposições comuns ao título dos crimes políticos, que poderiam ser aplicadas sempre que houvesse "a resolução, concertada e concluida entre varias pessoas, de commeter algum dos crimes indicados na disposição" (ARAÚJO, 1901, p. 53).

Seguindo por esse caminho, faria, então, todo sentido que os crimes políticos não passassem despercebidos pelos olhos de nossos juristas. Em um contexto no qual a reforma do Código Penal de 1890 prometia trazer algumas alterações

> ultimas conquistas da civilisação, afim de que a nossa codificação civil e penal seja o transumpto dessas civilisações, tão cedo não teremos os nossos Códigos promulgados. É melhor que continuem a nos reger as brumações do Reino, esperando que um dia possamos attingir esse momento histórico, em que estaremos adiante das mais avançadas nações civilisadas (...) O anno de 1909 já passou. O projecto da reforma do Código Penal continua na pasta da Commissão especial. A sessão do corrente anno de 1910 vai ser de debates políticos. No próximo, termina o triennio da legislatura, é o anno das eleições. Quando teremos votado o novo Código Penal nas duas casas do Congresso?" (SOARES, 1910, p. IX).

significativas, que eram amplamente citadas, questionadas e discutidas nas revistas e nos livros jurídicos, os modelos – ou, em último caso, o próprio vocabulário – adotados pelo "código futuro" tornavam-se parâmetros muito presentes na atmosfera sob a qual esses autores escreviam. Ainda que discordassem de mudanças específicas, ou que desejassem outras tantas alterações não contempladas, é difícil negar que durante certo tempo o texto da proposta apareceria, para eles, como uma referência tão forte quanto o próprio texto codificado.

Não se trata, contudo, de sugerir que o uso da rubrica "crimes políticos" se deva exclusivamente à sua existência no projeto de 1899, tampouco de insinuar que todos os manuais, cursos e códigos comentados daquela época fossem o que João Vieira chamava de "comentários antecipados" ao código vindouro. Como vimos mais acima, embora não estivessem presentes no Código Penal de 1890, os crimes políticos apareciam em outras partes do ordenamento jurídico brasileiro – o que certamente não era ignorado pelos autores desses livros. Além disso, a opção feita por João Vieira e Filinto Bastos de organizar seus livros segundo o texto do projeto parece ter representado uma exceção dentro do quadro mais geral dos livros jurídico-penais daquele período. Mas, em todo caso, o que não deixa de ser evidente é que, em maior ou menor escala, em comentários breves ou explicações mais articuladas, a reforma da codificação penal era uma referência intermitente, cujos rastros podem, sim, apontar para uma aproximação entre o conteúdo dos livros jurídico-penais da Primeira República e uma noção específica de crimes políticos.

"Referência", a propósito, é uma boa palavra para introduzir uma segunda hipótese sobre a eventual projeção dos crimes políticos nessas obras. Como sugeri mais acima, fosse pela voga do positivismo criminológico, fosse pela reverência mais difusa à "pátria dos jurisconsultos natos" (BASTOS, 1911, p. 3), os conceitos, debates e referências legislativas vindos da penalística italiana eram largamente explorados por muitos juristas brasileiros que escreviam sobre Direito Penal na Primeira República. Sem querer discutir se e em que casos essa alusão constante poderia, de fato, ser definida como uma relação de influência, o ponto que nos interessa explorar um pouco melhor é o espaço ocupado pela temática dos crimes políticos no pensamento jurídico-penal italiano desse mesmo período.[24]

24. Neste artigo, não pretendo (nem poderia) realizar uma análise exaustiva do pensamento jurídico-penal italiano desse período. A intenção é apenas apresentar brevemente o conjunto de fatores que levou o crime político a se tornar um debate relevante para os penalistas italianos daquele período. Para um aprofundamento sobre os traços constitutivos do pensamento e da cultura jurídico-penais na Itália entre os séculos XIX e XX, consultar, dentre outros: SBRICCOLI, *op. cit.*; LACCHE', 2014; MECCARELLI, 2009.

Os anos compreendidos entre as décadas de 60 e 90 do século XIX foram marcados, na Itália, por exercícios de arquitetura jurídica e institucional bastante intensos. Em março de 1861, anunciava-se o surgimento do Reino da Itália, que, após um longo processo de unificação nacional, reunira os antigos Reinos da Sardenha, Lombardia, Vêneto e Duas Sicílias, os Ducados de Módena e Reggio, da Toscana, de Parma e os Estados Pontifícios sob o governo de um único monarca, Vittorio Emanuele II. Logo nos primeiros anos de implementação desse novo formato administrativo, mobilizavam a atenção de legisladores e juristas três pautas que tocam diretamente os assuntos discutidos até aqui. A primeira delas era a estruturação de um ordenamento jurídico fundado nos princípios do liberalismo iluminista, que fosse capaz de demarcar uma ruptura clara com os resquícios da tradição pessoalizada, descentralizada e informal típica da "ordem jurídica medieval" europeia.[25] A segunda diz respeito à *forma* como essa ruptura seria levada a cabo, especialmente no tocante ao direito penal; um novo ordenamento jurídico-penal, que se pretendesse regido pelos auspícios do liberalismo iluminista, não poderia, naturalmente, prescindir de um Código Penal unificado. A terceira pauta, por fim, envolve as duas primeiras, na medida em que visa proteger a integridade do projeto estatal que sustentava esse paradigma jurídico, e consiste na elaboração de um desenho legislativo funcional à repressão daqueles que desejassem atacá-lo ou destruí-lo.

Nesse cenário, os crimes políticos despontaram como uma espécie de símbolo da tensão entre "Estado liberal" e a proteção exacerbada das instituições e da ordem social constituída (COLAO, 1986; MARCONI, 1984; SBRICCOLI, 1974). Pelo lado da codificação penal, eles encarnavam uma demanda difícil de conciliar com a agenda da vertente penal do liberalismo iluminista: a proteção das instituições, não raro, fugia ao controle da previsibilidade legalista e esbarrava na salvaguarda da liberdade de ação e expressão individuais. Como compatibilizar essas tensões dentro de um Código Penal, que, sobretudo naquela época, era um instrumento a ser pensado, como diria Carrara, como o "catequismo da consciência cívica" (CARRARA, 1869, p. 226) para resistir às contingências políticas e sociais?

Sob um ponto de vista mais teórico, esse tema também ajudava a alimentar um debate em torno da diferenciação entre *crimes comuns* e *crimes políticos* (ou *crimes políticos* e *não políticos*), que se tornou referência constante dentre os penalistas europeus no pós-Revolução Francesa (DAL RI Jr., 2006). Essa fragmentação surgia do transplante, para o direito penal, de uma retórica revo-

25. Para mais informações sobre as características dessa ordem jurídica medieval, consultar: GROSSI, 1996.

lucionária romantizada, segundo a qual o criminoso político seria uma espécie de herói abnegado disposto a sacrificar sua própria integridade física pela liberdade do país. Em termos técnicos, isso se materializava, sobretudo, em um tratamento processual diferenciado, que envolvia a proibição da aplicação da pena de morte, a criação dos princípios do asilo político e da não extradição; a adoção do Tribunal do Júri no processo de julgamento dos crimes e, por fim, o tratamento penitenciário mais favorável aos condenados pelo cometimento de crimes políticos. Era, em outras palavras, o que Floriana Colao chama de "custódia honesta para uma delinquência honesta" (COLAO, 1986, p. 4).

O problema é que, confrontados com fenômenos como o *brigantaggio*, o anarquismo ou os movimentos operários, essa lógica aparecia, para autores menos entusiastas dessa visão liberal do Direito Penal, como uma ferramenta jurídica de proteção contra indivíduos que representavam uma ameaça à ordem social constituída – e que, por isso, não deveriam receber qualquer espécie de tratamento mais benéfico. Eles defendiam, portanto, que os "privilégios" da proibição da extradição, do asilo, do tratamento carcerário mais benigno e do recurso processual do júri fossem afastados para algumas condutas que costumavam ser definidas como crimes políticos. Ainda, o cerceamento da liberdade de opinião através da regulamentação da imprensa, a extrema abertura na conceituação dos tipos legais e o incentivo ao uso de medidas de caráter administrativo e policial eram presença recorrente nos escritos dos defensores dessa vertente.[26]

De todo modo, o polêmico capítulo em que Francesco Carrara (1871) se negou a tratar dos crimes políticos em seu *Programma*, pois, segundo ele, seriam delitos "incompatíveis com um sistema de Direito Penal filosófico"; os dois volumosos tratados escritos por Cesare Lombroso (1890; 1894) – um primeiro dedicado aos delitos políticos, e o outro aos anarquistas – ou a analítica seção sobre os crimes contra a segurança do Estado escrita por Gabriele Napodano na enciclopédia de Enrico Pessina (1909), são testemunhos da posição estratégica ocupada por esse assunto no quadro mais geral da doutrina penal italiana daquela época.[27]

26. Certamente essas posições não eram assim tão polarizadas. Muitos autores vacilavam entre as duas alternativas e se apropriaram de elementos tributáveis a uma ou outra tradição. De qualquer modo, elas detectam tendências gerais quanto à imagem e às ideias que orientavam suas reflexões sobre os crimes políticos. Para um aprofundamento sobre essas representações da criminalidade política e sobre a forma como alguns desses autores italianos endereçaram a questão em seus escritos, consultar: SIROTTI, 2016.

27. Para informações mais detalhadas sobre a centralidade do debate sobre o crime político, e sobre outros autores que dele fizeram parte, ver: SBRICCOLI, 1974; 1990.

Portanto, conscientes ou não da dimensão assumida por esse debate, a questão é que os autores brasileiros importavam referências vindas de um universo em que a expressão "crimes políticos" era constantemente polemizada, pois representava um dos "nós górdios" do Direito Penal contemporâneo. Mais uma vez, parece haver motivos suficientes para que essa categoria aparecesse como portadora de significados relevantes para os representantes da nossa doutrina penal, e para que fosse utilizada mesmo sem que houvesse um vínculo expresso com a legislação penal nacional.

Constituição, lei de organização da Justiça Federal, lei de extradição, polêmicas em torno do Código de 1890, projeto de reforma, debate das "escolas penais", penalística italiana. Quando falavam em "crimes políticos", os autores da bibliografia jurídico-penal da Primeira República poderiam estar agenciando referências bastante variadas – ou, quem sabe, usando todas elas indistintamente e ao mesmo tempo. Para, enfim, chegar a possíveis conclusões sobre como essa noção aparecia na doutrina penal daquela época, e sobre como isso se relacionava, mais amplamente, com a conjuntura política e social, olharei mais de perto para seis exemplares da doutrina penal a que tenho me referido até aqui. São eles: *Breves lições de Direito Penal*, de Filinto Bastos (1933 [1900]); *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, de Oscar de Macedo Soares (1910 [1902]); *Diccionario de Direito Penal*, de João Marcondes de Moura Romeiro (1905); *Direito Penal Brazileiro*, de Galdino Siqueira (1932 [1924]); *O código penal interpretado*, de João Vieira de Araújo (1901); e *Annotações theorico-praticas ao Codigo Penal do Brasil*, de Antonio Bento de Faria (1920 [1904]).

A seleção naturalmente não é exaustiva. Como sugeri mais acima, há uma grande quantidade de livros amplamente classificáveis como "jurídico-penais" publicados ao longo da Primeira República. Procurei, então, escolher aqueles que mais se aproximaram da definição de bibliografia jurídico-penal lançada por Nelson Hungria, seja pelo critério restritivo que ela representa, seja para reforçar a hipótese de que havia, sim, um grupo de juristas atuantes ao longo da Primeira República, cuja produção poderia ser reunida sob a denominação de doutrina penal.

4. Um peso, duas medidas: os crimes políticos na doutrina penal brasileira da Primeira República

Toda essa problematização sobre a multiplicidade de sentidos comportados pela expressão "crimes políticos" se deve, na verdade, ao fato de que sua aparição era bem comum na doutrina penal da Primeira República. Talvez não em um volume comparável aos vários artigos, capítulos e livros que os penalistas italianos dedicaram ao assunto, mas, ainda assim, bem comum. Embora boa

parte dos autores brasileiros divergisse quanto à extensão legislativa dessa tipologia – uns seguiam a lei de organização da Justiça Federal (SOARES, 1910), outros endossavam a divisão do projeto de 1899 (BASTOS, 1933; ARAÚJO, 1901), outros falavam que "políticos" seriam todos os crimes contra a segurança interna e externa da República (FARIA, 1929; ROMEIRO, 1905), ou, ainda, que seriam todos os crimes contra o Estado (SIQUEIRA, 1932) – as menções aos crimes políticos eram muitas, e começavam a aparecer logo nas primeiras linhas dos comentários sobre o título I ("Crimes contra a existência política da República") do livro II do Código Penal de 1890.

Em certa medida, o próprio fio condutor dessa associação entre crimes políticos e ofensas contra a existência política da República já estimulava uma proximidade entre Direito Penal e defesa do Estado. Para a maioria desses juristas, o uso da expressão "crimes políticos" vinculava-se, principalmente, à sua utilidade para traduzir a essência por trás da criminalização das condutas previstas nos primeiros títulos do Código Penal de 1890: a lesão ou ameaça de lesão ao modelo de ordem política acordado pela "maioria" dos membros de uma determinada sociedade.[28] As condições desse acordo, por sua vez, seriam encarnadas por um sujeito abstrato chamado "Estado", cujas leis, instituições e princípios deveriam ser protegidos pelas leis penais. Assim, por mais que variassem as teorias de base que informavam essas noções de ordem política, Estado, nação e sociedade, os crimes políticos apareciam como delitos cuja principal função era evitar que um determinado formato de ordenação política (ou seja, um determinado Estado) fosse ameaçado pelas reivindicações de "grupos minoritários":

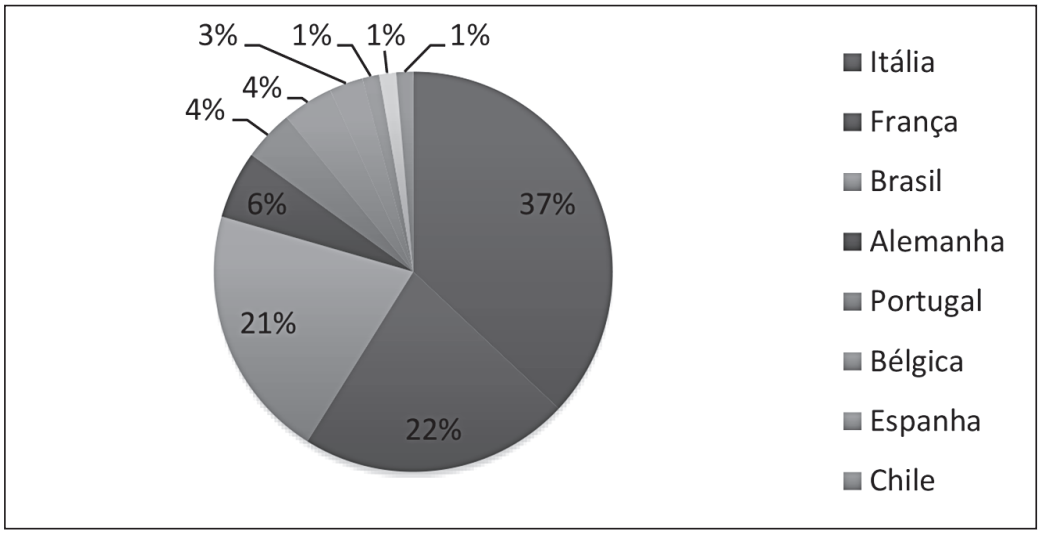
> O princípio de *sociabilidade* determina a formação das famílias, que levadas por essa mesma tendência natural, approximam-se, unem-se formando novas e mais extensas aggregações (...) Daqui resulta a necessidade de sua organisação políticia, do Estado, que se pode definir "a pessoa da nação politicamente organisada em um território determinado" (...) Assim considerado o Estado, pode acontecer, e muitas vezes acontece, revoltarem-se os indivíduos contra a pessoa do mesmo, atacando directamente sua soberania e promovendo por tal forma a sua desorganisação, a sua dissolução, o

28. Em um vocabulário mais técnico, seria possível dizer que a regra dentre esses autores era o uso de "teorias objetivas" para definição dos crimes políticos, da qual a única exceção parece ser Filinto Bastos (1933, p. 15), que mistura critérios objetivos e subjetivos – ou seja, natureza do bem jurídico e vontade do agente – em sua definição. Para mais informações sobre a diferença entre "teorias objetivas" e "teorias subjetivas" na conceituação dos crimes políticos, consultar: CARVALHO & PRADO, 2000.

> seu aniquilamento. Esses ataques directos á pessoa do Estado, as violações de seus direitos de soberania constituem o que chamamos crimes politicos (ROMEIRO, 1905, p. 95).

Mas a predominância desse ideal de proteção do Estado não anulava a possibilidade de se conferir um tratamento penal mais atenuado ao criminoso político. "A criminalidade política não pode ser assimilada á do malfeitor de direito commum: tendo diversa immoralidade, aquella é, ao contrário da criminalidade commum, puramente relativa (...) inspirada muitas vezes em sentimentos nobres, em intuitos desinteressados" (FARIA, 1920, p. 185). Representando uma ideia que, sob configurações variadas, atravessa todos os livros analisados, essa afirmação de Bento de Faria indica que a noção mais geral de crime político era filtrada por aquela imagem romantizada típica do liberalismo penal, que, ao que tudo indica, vinha importada da penalística italiana e francesa. Um levantamento das referências citadas nos trechos em que esses autores comentavam aquilo que entendiam por crimes políticos aponta, de fato, para uma predominância considerável dos franceses e italianos, cujos nomes acompanhavam tanto as explicações sobre a "natureza" da criminalidade política, quanto a definição de condutas mais específicas.

Gráfico 1: Proveniência das referências citadas[29]



29. O gráfico foi elaborado com base nas mesmas obras que citei como norte para essa seção sobre os crimes políticos na doutrina penal brasileira da Primeira República (nomeadamente, os códigos penais comentados de Antônio Bento de Faria, João Vieira de Araújo e Oscar de Macedo Soares; o dicionário de João Marcondes de Moura

Temos, então, algo que se assemelha a uma definição de crimes políticos para os nossos autores: eram ações que ofendiam a ordem política vigente, mas cuja punição poderia ser atenuada pela "nobreza" implícita na intenção dos agentes. Crimes graves, que quando cometidos sob determinadas condições, ou quando apoiados por uma "ampla maioria", poderiam ser até despenalizados.

A questão é que assim, enxutas, essas informações não destoam muito do esquema adotado em boa parte dos livros estrangeiros que aparecem no gráfico acima, ou nos próprios comentários ao código criminal brasileiro de 1830. Nas suas *Annotações teóricas e práticas ao código criminal*, por exemplo, Thomaz Alves Júnior se apropria desse mesmo esquema para classificar como políticos boa parte dos crimes previstos nos título I, II, III da parte segunda do código criminal de 1830. Citando o francês Joseph Ortolan como precursor da fragmentação entre delitos políticos e não políticos, ele considerava essa categorização "importantissima, porque (...) nasce da diferença de natureza de um e outro crime, do caracter do individuo que nelle toma parte (...) como punir esse delinquente com a pena que se aplica áquelle que despreza o ideal do justo, da verdade e do bem, tornando-se um assassino ou salteador?" (ALVES JÚNIOR, 1870, p. 15-8).

Mas essas explicações vão se tornando mais heterogêneas na medida em que acrescentamos referências ao contexto político do Brasil na Primeira República, ou quando pensamos em como elas se combinavam com algumas relações ideológicas e político-partidárias mantidas pelos representantes da doutrina penal daquela época.

Comecemos pelos exemplos que eles mencionavam quando desejavam justificar o tratamento penal diferenciado dos crimes políticos. De uma forma geral, havia nesses comentários uma divisão bipartida – importada, muito provavelmente, do modelo adotado pelo Código Penal francês de 1810 – entre as ofensas que atacavam a segurança externa e interna da República. Do lado das ameaças à segurança externa, entravam os crimes previstos no capítulo I do título I ("Dos crimes contra a existência política da República"), do livro II, do CP de 1890. Já no que concerne à segurança interna, os delitos presentes nos capítulos II e III do título I, bem como os crimes reunidos no título II do

Romeiro; o manual de Filinto Bastos e o tratado de Galdino Siqueira). Detectei o critério que cada jurista utilizou para definir os crimes políticos (que, conforme também já sugeri mais acima, variava de autor para autor), para então computar o número de vezes e a nacionalidade dos autores a que eles referenciavam. Para informações mais detalhadas sobre quem eram esses autores, e sobre o volume de referências, consultar o Anexo A.

mesmo livro ("Dos crimes contra a segurança interna da República") eram os elementos que geralmente compunham o esquema classificatório. Por mais que todos fossem difusamente considerados crimes políticos (lembremos, contudo, que a delimitação legislativa poderia variar de autor para autor), aquele pacote de "benefícios" que remetia ao liberalismo penal era de pronto excluído dos crimes que botassem a perigo a segurança externa da nação:

> Máo é sem duvida attentar interiormente contra a fôrma do próprio Estado. Máo é attentar contra a sua Constituição. Máo é dirigir-se contra a pessoa collocada no solio que personifica sua unidade e seus interesses geraes. Graves e severos castigos se devem edictar contra os que se levantam contra taes objectos. Mas, sem embargo, ainda nesses factos mesmos pôde não faltar o amor e o reconhecimento da pátria e obrar-se em razão antes de um extravio do que por uma perversidade imperdoável. Mais oito que o rei, a constituição, todas as fôrmas de governo social, está a pátria mesma; e não quer dizer que se peque de intenção contra ella, quando são aquelles sós os termos da acção criminosa. Mas o que delinque contra a segurança exterior do Estado, destróe a existência da pátria mesma; e lacera não os accidentes, sim a essência, o seio da sociedade que o viu nascer. Attentando contra sua independência é um parricidio publico que commette, para o que difficilmente encontrará, não diremos, justificação, ou attenuação, mas uma explicação qualquer que salve seu propósito ou sua honra (ARAÚJO, 1901, p. 29-30).

Portanto, uma boa parte dos tipos penais codificados virtualmente associáveis à criminalidade política seria, segundo essa lógica, "inescusável" – ou melhor: deveria receber o mesmo tratamento processual que qualquer outro crime comum previsto no Código Penal. Para os juristas mais entusiasmados com a ordem política e constitucional inaugurada pela República recém-proclamada – como era o caso mais explícito do "herói" republicano Bento de Faria,[30] mas que também perpassa os escritos de João Vieira, Filinto Bastos, João Romeiro, Macedo Soares ou Galdino Siqueira – essas ofensas à segurança externa apareciam como ameaças especialmente daninhas para uma nação em

30. Ainda graduando na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, Antonio Bento de Faria aderiu às tropas governistas na chamada "Primeira Revolta da Armada", tendo recebido, por conta de sua atuação exemplar, as honras do posto de alferes do Exército, concedidas por Floriano Peixoto em 1894. Atuou como ministro do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1925 e 1945, além de procurador-geral da República entre 1931 e 1934. Para mais informações sobre a biografia de Bento de Faria, consultar: [www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/antonio-bento-de-faria].

vias de consolidação. Eram crimes que, além de estimular um clima de "revolução permanente, que paralysa as forças da nação e mantém os animos em perturbação perenne" (ROMEIRO, 1905, p. 97), escancaravam a fragilidade do próprio modelo de Estado nacional no qual o governo republicano desejava se apoiar (CARVALHO, 2011; 2012). E, se a estabilidade do Estado-nação que se queria construir era o que estava em jogo, então não faria mesmo sentido oferecer ferramentas hermenêuticas para que os crimes que contra ele atentassem fossem "facilmente desculpados".

No caso dos crimes contra a segurança interna da República, o cenário não era muito diferente. Como já sugeri mais acima, se nos orientarmos pelos crimes previstos no título II do livro II do Código Penal de 1890, vários autores nem sequer consideravam a possibilidade de tomá-los como crimes políticos. Lembremos que o projeto de reforma do Código Penal de 1890 excluía do título que tratava dos crimes políticos a sedição e o ajuntamento ilícito, o desacato, a tirada ou fugida de presos e, de certa forma, até a própria conspiração, que passava de conduta típica a disposição comum. Os crimes contra a segurança interna, nesse caso, eram tratados como delitos contra a ordem pública – que, como dizia João Vieira, "nada tem que ver com os políticos" (ARAÚJO, 1901, p. 52). Já a lei de organização da Justiça Federal abarcava apenas o primeiro tipo penal dos crimes contra a segurança interna da República – a conspiração – em sua definição de crimes políticos.

Mas, para aqueles que, a despeito do corte legislativo, classificavam alguns crimes que não faziam parte do título II do livro II do CP de 1890 (como era o caso dos crimes contra a constituição da República e forma de seu governo, dos crimes contra o livre exercício dos poderes políticos e de alguns crimes eleitorais) como ofensas à segurança interna da República, surgia mais uma divisão bipartida que passava pela régua da integridade do Estado nacional republicano. Dessa vez, o que determinava a fronteira era o grau de proximidade com a nova ordem política instituída. Todas as condutas que, embora ilegais, tendiam ao reforço da ordem política e constitucional inaugurada pela proclamação da República poderiam desfrutar dos "benefícios" que acompanhavam o tratamento processual dos crimes políticos, ou até mesmo serem despenalizadas. Todas as ofensas que, embora politicamente motivadas, questionassem a legitimidade interna do projeto republicano perdiam o condão do heroísmo – e, por conseguinte, da legitimidade ou da punição atenuada. De um lado, os movimentos insurgentes que contavam com o que alguns autores chamavam de "amplo apoio popular"; de outro, as investidas "setoriais", ou "minoritárias", que acabavam enquadradas como "crimes contra a ordem social", ou como outras tipologias de crimes comuns.

Vejamos como Oscar de Macedo Soares, deputado constituinte em 1891, tratou da destituição do governador do Maranhão (também em 1891) por um "movimento popular, filiado à revolução de 23 de novembro contra o golpe de Estado do Marechal Deodoro" (SOARES, p. 238). Citando o Barão de Sobral – que era, àquela época, procurador-geral da República –, ele defendia que:

> O movimento popular do Maranhão, que foi objecto da denuncia, está fíliado á revolução de 23 de Novembro. O povo insurgio-se contra o governo do Estado, porque este approvára o acto dictatorial contra o Congresso e a Constituição. Não se pode invocar a Constituição para criminar os cidadãos que se levantaram contra os autores ou sustentadores do golpe de Estado violador da Constituição, quando toda a União, cada um dos Estados, tem condemnado esse acto dictatorial, e approvado a renuncia ou a deposição dos governadores que o apoiaram. Parece que não era caso de proceder a formação de culpa para verificar a justificativa do mal menor com o fim de evitar o maior; pois o consentimento nacional justifica, legitima os actos e a revolução vencedora não pode ser submettida a proceso criminal (SOARES, p. 239).

A "revolução de 23 de novembro" é o que a historiografia costuma chamar de primeira Revolta da Armada, encabeçada por Almirantes da Marinha que ameaçavam atacar a cidade do Rio de Janeiro caso o então presidente Deodoro da Fonseca (responsável pelo fechamento do Congresso Nacional em 1891) não renunciasse. Tendo a renúncia de fato ocorrido em 23 de novembro de 1891, o movimento de destituição transformava-se, segundo Macedo Soares, em uma ação legítima e popular, voltada à garantia da ordem política e constitucional acordada na Assembleia Constituinte. Aqui temos uma típica situação em que a defesa da despenalização de um crime político contra a segurança interna da República (ou, mais precisamente, um crime contra a forma de governo) se dá sob um argumento que acaba por reforçar os postulados da nova ordem republicana. A "condenação do acto ditatorial", o "consentimento nacional", a "defesa da constituição" e, acima de tudo, os "intuitos de ordem política elevada", eram as chaves para que o movimento revoltoso se tornasse vitorioso – e, por tabela, legítimo.

Agora contrastemos o tom conciliador adotado por Macedo Soares ao falar da "revolução" de 23 de novembro, com a forma como Galdino Siqueira avaliava a ação dos adeptos do movimento anarquista nas primeiras décadas do século XX:

> O anarchismo activo é a manifestação de um estado de delinqüência permanente que se objectiva mesmo na phase dos actos preparatórios de um delicio apparentemente politico ou commum (...)São infracções que ao mesmo

> tempo que visam de modo mediato a substituição integral da organização da sociedade, a começar pela familia, offendem, de modo immediato, ora a incolumidade pública, ora a segurança individual e o patrimônio, ora a ordem econômica e a liberdade do trabalho, ora institutos políticos do Estado. Formam uma classe especial de delíctos, cujo conceito jurídico foi com precisão definido pelo Instituto de Direito Internacional, reunido em Genebra, em 1892, quando, distinguíndo-os, pelo seu objecto e pelo seu fim, dos crimes políticos, considerou-os como "fáctos criminosos dirigidos contra as bases de toda a organização social e não contra tal estado ou tal forma de governo (SIQUEIRA, p. 132).

Enquanto os militantes que ameaçaram atacar a baía da Guanabara e que destituíram o governador do Maranhão em 1891 estavam salvando o Brasil do julgo ditatorial, os anarquistas que editavam jornais atacando autoridades governamentais e que se reuniam para agitar greves por melhores condições laborais eram um câncer que maculava todo o "corpo social". Ainda que o que Galdino Siqueira chamava de "anarchismo activo" tenha se manifestado, no Brasil, sobretudo por meio de ações que poderiam ser enquadradas nos crimes contra a segurança interna da República previstos nos arts. 118 (sedição e ajuntamento ilícito) ou 126 (provocação por escritos) do Código Penal de 1890,[31] a incompatibilidade entre as pautas anarquistas e a ordem política e constitucional republicana bloqueava a aplicação dos crimes políticos para esses casos. Em sentido oposto, acionava-se a noção de delitos sociais para marcar a diferença entre como atuavam os criminosos políticos e o que faziam os delinquentes anarquistas. E que servia, também, para evitar que aquela representação nobre e heroica que autorizava o tratamento processual diferenciado dos crimes políticos fosse projetada sobre os "delitos anarchicos".

Uma restrição peremptória – *nenhum* crime contra a segurança externa merecia ser tratado como político – coexistia com muitas limitações relativas – *alguns* crimes contra a segurança interna *poderiam* ser admitidos como políticos. De ressalva em ressalva, esses autores acabaram por criar uma espécie de área cinzenta no esquema de classificação dos crimes políticos. Poucos eram os crimes e as situações fáticas que se encaixavam na definição emprestada dos modelos doutrinários italianos e franceses. Enquanto isso, dezenas de condutas típicas que ofendiam a ordem política, mas que, pelas arestas ideológicas que determinavam o discurso técnico desses juristas, não poderiam ser tidas

31. Para mais informações sobre as particularidades do movimento anarquista brasileiro em comparação com sua variável europeia, e sobre quais foram as respostas legais utilizadas, por aqui, para reprimi-lo, consultar: GUERRA, 2011; LEAL, 2006.

como nobres ou heroicas, permaneciam no vácuo situado em algum lugar entre criminalidade política e criminalidade comum.

Dessa forma, aquela definição de crimes políticos que remetia ao liberalismo penal tornava-se um argumento retórico útil à justificação de movimentos políticos de elite como a Revolta da Armada, ou, até mesmo, a proclamação da República, mas que não servia para explicar conflitos contramajoritários, como as revoltas separatistas regionais ou os movimentos anarquista e operário. Do que se infere que, para esses autores, a compreensão doutrinária do crime político tinha menos a ver com a natureza do bem jurídico ofendido do que com o nível de institucionalização que o movimento insurgente era capaz de atingir. Quanto mais próximo estivesse das pautas governamentais, ou de assumir a titularidade do próprio governo, maiores seriam as chances de que as ofensas políticas cometidas por seus titulares fossem apaziguadas pela "custódia honesta" descrita por Floriana Colao. Quanto mais afastado, via-se crescer a probabilidade de que eles fossem transformados em verdadeiros inimigos da nação.

5. Considerações finais

Em um cenário dominado por conflitos políticos e sociais latentes, os crimes políticos despontaram como um assunto que pôde fornecer algumas pistas sobre qual era o papel ocupado por uma doutrina penal em vias de consolidação na manutenção da ordem vigente. Aquela tradição de juristas que Nelson Hungria apelidou pejorativamente de "anotadores do antigo código", além de ter produzido uma bibliografia jurídico-penal mais ampla e variada do que ele descrevia, revelou fazer um uso bastante frequente – e específico – da noção de crimes políticos.

Isso porque, apesar de pouco mencionada na legislação ordinária ou especial, e de inexistente no Código Penal de 1890, a expressão "crimes políticos" era presença constante na doutrina penal da Primeira República. Fosse por sua aparição nos projetos de substituição do criticado Código Penal de 1890, pela centralidade que assumiu nos debates travados pelos penalistas italianos, seja pelo simples fato de que a lei de organização da Justiça Federal elencava um "rol" de crimes políticos, a questão que mais nos interessou explorar foi como os juristas brasileiros instrumentalizavam essa noção em benefício da defesa do modelo de Estado inaugurado pela Proclamação da República.

Mas, a princípio, essa característica não pareceu assim tão evidente. A retórica liberal importada dos referenciais italianos e franceses determinava a formação de um conceito de crimes políticos que soava mais favorável à proteção do direito individual de resistência que à defesa do Estado. A ideia de que boa

parte dos criminosos políticos eram "homens da mais recta e pura tempera de animo" (BASTOS, 1933, p. 13), que não deveriam ser tratados com o mesmo rigor investido na punição de outros "tipos" de criminosos, contribuía para atenuar a gravidade de eventuais lesões à ordem política.

Uma análise mais detida das categorias, subdivisões e dos exemplos citados para explicar os crimes políticos sugeriu, entretanto, que a utilização dessa licença heroica tinha uma extensão bem reduzida. Aos crimes contra a segurança externa da República não era sequer concedido o benefício da dúvida: eram "sempre objecto de execração universal, porque o perigo é identico sob qualquer governo e em todos os paizes juridicamente constituidos" (FARIA, 1929, p. 184). Para os crimes contra a segurança interna, a decisão se daria caso a caso, a depender do grau de apoio popular e da "nobreza das intenções" do conflito político em questão.

Na verdade, por mais que vários fossem os crimes classificáveis sob a alcunha de políticos, poucos eram os que poderiam desfrutar dos benefícios ensejados pela estratégia de salvação da delinquência honesta. E, dentre esses poucos, estavam justamente aquelas situações em que havia um reforço da ordem política republicana. No caso das "revoluções não vitoriosas" – ou melhor, dos movimentos que denunciavam o caráter patrimonialista, elitista e excludente da República recém-proclamada – a abordagem deveria ser a mesma dos crimes comuns, ou (pior) dos delitos sociais, cuja definição autorizava um tratamento jurídico exatamente oposto ao dedicado aos crimes políticos.

Formava-se, assim, uma cadeia de exemplos, justificativas e argumentos – bastante sutil, é bom que se lembre – funcional à proteção do Estado, bem no seio do que esses autores gostavam de apresentar como comentários objetivos e "scientificos" à legislação nacional. A República recém-proclamada ganhava aliados articulados e influentes, já que essas considerações sobre os crimes políticos na doutrina penal parecem ter reforçado a hipótese de que "esses juristas, enquanto "homens de sciencia", se sentiam responsáveis por essa nação ainda em processo de formação" (SCHWARCZ, 1993, p. 220). Se essa rede de interpretações foi ou não utilizada por advogados, juízes e promotores para garantir a repressão de determinadas formas de dissenso político, apenas um estudo dos processos judiciais relacionados aos principais conflitos políticos ocorridos naquela época poderia nos dizer. De todo modo, pelo menos no que diz respeito ao pensamento jurídico, é possível dizer que já temos um bom ponto de partida.

6. Fontes

ALVEZ JÚNIOR, Thomaz. *Annotações theoricas e praticas ao codigo criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & Comp. a, 1870.

ARAÚJO, João Vieira de. *O Código Penal Interpretado*. Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1901. v. 2.

ARAÚJO, João Vieira de. *Código penal commentado theorica e praticamente*. Rio de Janeiro e São Paulo: Laemmert, 1896. v. 1.

ARAÚJO, João Vieira de. *Ensaio de direito penal ou repetições escriptas sobre o Código Criminal do Império do Brazil*. Pernambuco: Typographia do Jornal do Recife, 1884.

BASTOS, Filinto. *Breves Lições de Direito Penal*. Bahia: Lytographia Almeida, 1933. v. 2.

BASTOS, Filinto. *Estudos de Direito Penal*. Bahia: Joaquim Ribeiro & Co, 1911.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal* – Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda., 1956.

CARRARA, Francesco. Codicizzazione. *Opuscoli di Diritto Criminale*. v. V. Lucca: Tipografia Giusti, 1869.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto Criminale*. Parte Speciale. Lucca: Tipografia Giusti, 1871. v. VII.

CARVALHO DURÃO, Eduardo Teixeira [Solus]. O novo código penal. *O Direito* – revista de legislação, doutrina e jurisprudência. v. 55. maio-ago. 1891.

COSTA E SILVA, Antonio José da. *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia editora nacional, 1930. v. I.

FARIA, Antonio Bento de. *Annotações theorico-praticas ao Codigo penal do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1920. v. 2.

HUNGRIA, Nelson. A evolução do direito penal brasileiro. *Justitia.* São Paulo, 1942. v. 5.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. v. I. t. I.

HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico-penal. *In*: HUNGRIA, Nelson. *Questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940.

LEAL, Aureliano D'Araujo. *Germens do Crime*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

LOMBROSO, Cesare; LASCHI, Rodolfo. *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto all'antropologia criminale ed alla scienza di governo*. Torino: Fratelli Bocca, 1890.

LOMBROSO, Cesare. *Gli anarchici*. Torino: Fratelli Bocca, 1894.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. I.

MONTEIRO, João *et al.* Parecer da congregação da faculdade de Direito de São Paulo (projecto João Vieira de Araújo n. 250/1893). *Revista da faculdade de Direito de São Paulo*. v. II, 1894.

NAPODANO, Gabriele. I delitti contro la sicurezza dello Stato. *In*: PESSINA, Enrico (org.) *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*. Milano: Società Editrice Libraria, 1909. v. VI.

ROMEIRO, João Marcondes de Moura. *Diccionario de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brazileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932. v. I.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Rio de Janeiro: Garnier, 1910.

TAVARES BASTOS, José. *Codigo penal brazileiro*. São Paulo: C. Teixeira & C., 1918.

7. Referências bibliográficas

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro* – v. I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais da Primeira República. *Justiça & História.* Porto Alegre. v. 4. n. 8. p. 173-199, 2004.

CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Luiz Régis. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 771. n.2. p. 421-447, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas*: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

COLAO, Floriana. *Il delitto politico tra ottocento e novecento*: da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato". Milano: Giuffrè, 1986.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos:* a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Milano. v. XXXV. t. I. p. 963-983, 2006.

FORMIGA, Armando Soares de Castro. *Periodismo Jurídico no Brasil do século XIX* – História em jornais e revistas. Curitiba: Juruá, 2010.

GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GUERRA, Maria Pia dos Santos Lima. *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros* – A construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2011.

LACCHE', Luigi. Un code pénal pour l'Unité italienne: le code Zanardelli (1889). La genèse, le débat, le projet juridique. *Revista Sequência*. n. 68. Florianópolis: Fundação José Boiteux. p. 37-57, 2014.

LEAL, Claudia Feierabend Baeta. *Pensiero e Dinamite* – Anarquismo e Repressão em São Paulo nos anos 1890. 2006, 302 p. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 2006.

MARCONI, Guglielmo. *I delitti contro la personalità dello stato*. Profili storico sistematici. Milano: Giuffrè, 1984.

MECCARELLI, Massimo. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica. *Quarderni Storici*. n. 131. v. 2. p. 493-521, 2009.

NUNES, Diego. *Le "Irrequietas Leis de Segurança Nacional"* – Sistema Penale e repressione del Dissenso Politico nel Brasile dell'Estado Novo (1937-1945). Tesi di Dottorato di Ricerca presso l' Università degli Studi di Macerata, Dipartamento di Giurisprudenza, Macerata, 2014.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. *In*: SCHIAVONE, Aldo. (org). *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unita alla Repubblica*. Roma-Bari: Laterza, 1990.

SBRICCOLI, Mario. *Crimen laesae maiestatis*. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna. Milano: Giuffre, 1974.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças* – Cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SIQUEIRA, Carla. A imprensa comemora a República: memórias em luta no 15 de novembro de 1890. *Estudos Históricos*. Rio de Janeiro. v. 7. n. 14. p. 161-181, 1994.

SIROTTI, Raquel Razente. *Ciência penal e defesa do Estado*: as representações da criminalidade política na doutrina penal brasileira da Primeira República (1889-1930). 2016, 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de ciências jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

SONTAG, Ricardo. *"Código criminológico"?* – Ciência jurídica e codificação penal no Brasil, 1888-1899. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

SONTAG, Ricardo. *Código e técnica* – A reforma penal brasileiro de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. 2009, 163 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

VAREJÃO, Marcela. *Il positivismo dall'Italia al Brasile* – Sociologia del diritto, giuristi e legislazione (1822 – 1935). Milano: Giuffre, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo* – 150 anos de ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Editora Perspectiva, 1977.

8. Legislação

Brasil. *Decreto 85-A, de 23 de dezembro de 1889*. Crêa uma commissão militar para o julgamento dos crimes de conspiração contra a Republica e seu governo,

applicando-lhe as penas militares de sedição. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-85-a-23-dezembro-1889-543749-publicacaooriginal-54307-pe.html]. Acesso em: 30.12.2016.

Brasil. *Decreto 848, de 11 de outubro de 1890*. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm]. Acesso em: 30.12.2016.

Brasil. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Decretada e promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte, em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html]. Acesso em: 30.12.2016.

Brasil. *Lei 221, de 20 de novembro de 1894*. Completa a organisação da Justiça Federal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm]. Acesso em: 30.12.2016.

Brasil. *Lei 2.416, de 28 de junho de 1911*. Regula a extradição de nacionaes e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fóra do paiz, perpetrarem algum dos crimes mencionados nesta lei. Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=37897&norma=53605]. Acesso em: 30.12.2016.

Anexo A

Tabela 1 – Referências citadas nos trechos sobre crimes políticos dos códigos comentados, manuais, dicionários e tratados de direito penal analisados

Autores	Citações
Vincenzo Manzini	52
Eugenio Florian	42
Alberto Borciani	22
Enrico Pessina	22
René Garraud	22
Fernando Puglia	19
Franz Von Liszt	16
Lafayette Rodrigues Pereira	15
Pasquale Tuozzi	15
Luigi Majno	14
Thomaz Alvez Junior	14
João Vieira de Araújo	12
Michele Longo	12
Francesco Carrara	11
Adolphe Chaveau e Faustin Helie	10

Autores	Citações
Le Comte	8
Oliveira de Freitas	8
Pietro Cogliolo	8
Antonio Bento de Faria	7
Pietro Nocito	6
Don Joaquin Francisco Pacheco	5
Esmeraldino Bandeira	5
Jacques-Joseph Haus	5
João Barbalho	5
Eugenio Pincherli	4
Filinto Bastos	4
Johann Ludwig Klüber	4
Luigi Carelli	4
Polydore Fabreguettes	4
Robustiano Vera	4
Cesare Lombroso e Rodolfo Laschi	3
Giulio Crivellari	3
Giuseppe Zanardelli	3
Jacques Frédéric Rauter	3
Joseph Ortolan	3
Oscar de Macedo Soares	3
R. Crespolani	3
Rodolfo Rivarola	3
Adolphe Prins	2
Albert Friedrich Berner	2
Caeiro da Matta	2
François Nicolas Bavoux	2
Gian Paolo Tolomei	2
José Hygino	2
Joseph-Édouard Boitard	2
Pio Barsanti	2
Rafaelle Garofalo	2
Viveiros de Castro	2
A. Laborde	1
A. Morin	1
Adolf Lenz	1

Autores	Citações
Blanche & Dutrue	1
Candido de Oliveira	1
Carlo Giachetti	1
Evaristo de Moraes	1
Ferreira Borges	1
Georges Vidal	1
Giovani Battista Impallomeni	1
Giuseppe Natale	1
João Baptista Pereira	1
João Marcondes de Moura Romeiro	1
Joseph François Claude Carnot	1
Levy Jordão	1
Louis Proal	1
Ludovie Beauchet	1
Luigi Lucchini	1
Pelegrino Rossi	1
Pirre Joseph Destriveaux	1
Salvador Viada y Vilaseca	1
Seymour Harris	1
Silvio Longhi	1
Victor Molinier e Georges Vidal	1
Vincenzo Lanza	1

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O crime político e a Justiça Federal, de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho – *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 2/1335-1348 (DTR\2012\744); e
- O Supremo Tribunal Federal e a opção, na década de 40, pela defesa da ordem social na caracterização do crime político, de Fernando Joaquim Ferreira Maia – *RT* 922/53-91 (DTR\2012\450354).

"Verbalismo de jornal". Ensino do direito penal, ciência e lei em Roberto Lyra

"Verbalismo de jornal". Criminal law teaching, science and statutory law in Roberto Lyra

Ricardo Sontag

Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (Itália). Professor de História do Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador do Studium Iuris – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFMG).
ricardosontag@yahoo.com.br

Recebido em: 02.01.2017
Aprovado em: 08.02.2017
Última versão do autor: 09.02.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O objetivo deste artigo é compreender, no âmbito de uma história do pensamento jurídico, a concepção de ensino do direito penal de Roberto Lyra. Como Lyra lidava com a tradição bachaleresca oitocentista fortemente enciclopédica e retórica? Muito embora já exista historiografia jurídica sobre vários temas correlatos àquele aqui proposto (bacharelismo, ciência jurídico-penal no Brasil etc.), ainda existe uma lacuna no que diz respeito à história das ideias daquele que, provavelmente, para o período em questão (aproximadamente dos anos 1930 até os anos 1950), foi um dos juristas que mais escreveu sobre ensino do direito penal. Partindo dos textos mais importantes de Lyra sobre o assunto (e correlatos), bem como daqueles dos seus principais interlocutores (como Nelson Hungria), e da distinção entre saber científico e saber escolar proveniente da didática e da historiografia da educação, foi possível surpreender, no pensamento lyriano, um embate, no plano do saber escolar, contra a tradição retórica e enciclopédica

Abstract: This paper aims to analyze, inside a history of legal thought, Roberto Lyra's conception of criminal law teaching. How did Lyra deal with the 19th century "bachareilismo" tradition, very rethorical and encyclopedic? Even though there already is some historiography regarding correlate topics from those here ("bacharelismo", Brazilian criminal law science, etc.), there is still a gap in the history of ideas of the one who is probably, for this lapse of time (c. 1930's to 1950's), one of the legal scholars who wrote the most about the teaching of criminal law. Beginnig with Lyra's most important texts on the topic (and correlates), as well as those of its discussants (such as Nelson Hungria), and the distinction between scientific knowledge and school knowledge (as used in some didatics theories and education historiography), it was possible to identify, in lyrian thought, a clash, at school knowledge level, against "bacharelismo"'s rethoric and enciclopedical tradition, in the name of ideas similar of those defended by

do bacharelismo em nome de ideias semelhantes àquelas propugnadas pela concepção de ciência jurídico-penal tecnicista, mas com a consequência de libertar a ciência jurídico-penal das amarras legais desse mesmo tecnicismo, que tendia a ver na ciência jurídica um mero aporte para a aplicação das leis estatais.

Palavras-chave: História do direito penal – Bacharelismo – Dogmática jurídica – Ensino jurídico – Roberto Lyra.

tecnicist conception of criminal law science, but having as consequence the liberation of criminal law science from the statutory law of the same tecnicist conception, which tended to see the legal science as a simple aide in application of state statutes.

Keywords: Criminal law history – Bacharelismo – Legal dogmatics – Law teaching – Roberto Lyra.

Sumário: 1. Introdução. 2. O tecnicismo e a lei. 3. O ensino e a lei. 4. A "seiva sociológica" e a ciência. 5. O saber científico e o saber ensinado. 6. Considerações finais e *post scriptum*. 7. Referências.

1. Introdução

Fechamento em um "dogmatismo rígido", redução da ciência do direito penal ao estudo do código e a consequente marginalização da filosofia, da criminologia e afins: enfatizando esses aspectos, o penalista Aníbal Bruno criticava, em 1943, a postura de uma parte da ciência jurídico-penal brasileira diante do novo Código Penal, que tinha sido promulgado poucos anos antes, em 1940.[1] Código apresentado ao governo por uma comissão revisora composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e pelo protagonista da nossa história, Roberto Lyra. Mas a crítica de Aníbal Bruno dirigia-se ao tecnicismo vigorosamente defendido por Nelson Hungria. Roberto Lyra, por sua vez, era herdeiro de uma tradição jurídico-penal epistemologicamente mais aberta (ao menos em comparação com o tecnicismo), isto é, o positivismo criminológico. A princípio, Aníbal Bruno e Roberto Lyra, pelas suas ascendências teóricas,

1. "Não é possível (...) isolar o direito penal dentro de um dogmatismo rígido, sem aberturas para o perpétuo suceder que assinala a vida das sociedades, sem comunicação com os fatos e as idéias que as ciências do homem e da sociedade e ainda a filosofia do direito coordenam e interpretam em referência ao fenômeno do crime. Em contrário a essa verdade, porém, tem-se insistido nos últimos tempos, em certa corrente do tecnicismo jurídico italiano e mesmo em algum setor do pensamento jurídico-penal brasileiro, na pretensão de reduzir a ciência do direito penal ao estudo do código e ver neste a expressão total e exclusiva da ciência penal, e na tendência a menosprezar, como inválidas para o penalista, a filosofia do direito penal e as chamadas ciências criminológicas" (BRUNO, 1943, p. 13).

compartilhariam a crítica contra a postura tecnicista diante da lei: para Lyra, o tecnicismo – cujo principal representante no Brasil era exatamente Nelson Hungria – produzia um indesejável "fetichismo das taboas".

As diferenças teóricas entre Lyra e Hungria ficaram fortemente impressas na memória do direito penal brasileiro. Apesar dessa memória agonística dos embates entre esses dois penalistas, que costuma colocá-los em binários opostos perfeitamente simétricos,[2] Roberto Lyra opera com uma duplicação do saber jurídico – o científico *versus* aquele a ser ensinado nas faculdades de Direit –, e, no plano desse *saber a ser ensinado*, a concepção lyriana traz em si várias semelhanças com a concepção de ciência jurídico-penal de tecnicistas como Nelson Hungria.

Nas poucas passagens em que Hungria referiu-se explicitamente ao ensino do direito penal, a linha de argumentação aponta sempre para a necessidade de adequar o ensino à concepção de ciência jurídica tecnicista. Na medida em que as indicações explícitas de Hungria sobre o ensino são muito escassas, é possível levantar uma hipótese paradoxal: nesse momento de surgimento e florescimento do tecnicismo no Brasil, é no pensamento do antitecnicista Roberto Lyra onde encontramos o maior número de indicações sobre uma concepção de ensino do direito penal tecnicista.

Entre as publicações de Lyra sobre o assunto, encontramos, na década de 1930, o opúsculo "Ensino do direito penal e a doutrina contemporânea", e, em 1959 o "Ensino do direito penal", publicado pelo Ministério da Educação e Cultura. Mas o principal livro de Roberto Lyra sobre o ensino é o volumoso "Guia do ensino e do estudo de direito penal" de 1956, para onde confluíram vários trechos do opúsculo de 1930, e de onde saiu quase todo o novo opúsculo de 1959. O "Guia" é, também, um livro bastante memorialístico, já que aborda, em vários momentos, as próprias experiências concretas de Lyra como professor universitário, carreira que se iniciou em 1933 na faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Em 1933, Lyra já tinha exercido outras atividades, como o jornalismo e a promotoria na Procuradoria de Justiça da capital federal.[3] Em 1956, com 54 anos de idade, Lyra já contava 33 anos de experiência no magistério superior.

2. Serra (2008), inclusive, documentou tal diferença na memória da cultura jurídica brasileira através de entrevistas com personagens que conviveram com Lyra e com Hungria. O resultado, esquematicamente, foi: Hungria como penalista por excelência; Lyra como criminólogo por excelência (SERRA, 2008, p. 65 e p. 111).

3. "[Roberto Lyra] trabalhou como jornalista e professor a partir de 1918 e, em 1920, concluiu o curso de direito. Em 1924 foi nomeado adjunto de promotor de justiça

Os personagens deste capítulo da história da dogmática jurídico-penal no Brasil são bastante conhecidos. Não por acaso, eles já foram saudados por vários textos memorialísticos; textos, porém, pouco atentos às regras da arte da historiografia e tendentes à monumentalização.[4] Análises do ponto de vista da história do pensamento jurídico já são mais raras,[5] de modo que partir de um problema inscrito em tal perspectiva pode ser um bom caminho. Utilizar como porta de entrada o ensino é uma forma de abordar a história da dogmática jurídica não somente a partir dela mesma, mas, também, levando em consideração o modo como ela deveria funcionar, para os agentes da época, em relação a um dos seus principais contextos: os bancos das faculdades de direito. Levar em consideração, ainda, o modo como ensino e ciência eram concebidos

da capital federal, iniciando a carreira na Procuradoria de Justiça. (...) Ingressou no magistério superior em 1933, mediante concurso de títulos e provas públicas, na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (...)." (ABREU *et al*, 2001, p. 3.242).

4. Para ficar somente em dois exemplos, os capítulos de René Ariel Dotti (2003) e de Edilson Bonfim (2003) sobre Nelson Hungria e Roberto Lyra, respectivamente, no volume 1 do livro *Grandes juristas brasileiros*. "[Â]nsia pelo monumental", é a expressão utilizada na resenha de Fernandes (2006, p. 346) em sentido – pejorativo – nietzschiano para qualificar o segundo volume do referido livro, mas que se aplica perfeitamente ao primeiro, no qual se encontram os capítulos sobre os nossos dois personagens. Talvez seja até melhor promover um giro completo na análise desse tipo de texto: considerá-los um gênero literário próprio. Um gênero que eventualmente pode informar, esclarecer ou fornecer ao historiador interpretações dignas de avaliação, mas que, necessariamente, nos fornece indícios preciosos sobre modelos de jurista circulantes e sobre as características históricas da *laudatio* do momento em que foi escrito. Toda uma parte, inclusive, da *laudatio* de Bonfim (2003, p. 329-334) se intitula "Lyra e o ensino jurídico", mas nela só encontramos, essencialmente, o elogio do eloquente, contagiante e dedicado professor Roberto Lyra.

5. No âmbito da história do pensamento jurídico, tocando em maior ou menor grau, as obras de Nelson Hungria e de Roberto Lyra, cf. o segundo capítulo do livro de Queiroz (2007); Serra (2008), que é focado especificamente no pensamento de Hungria e de Lyra, mas que parte de uma compreensão pouco clara de dogmática jurídica, ao ponto de afirmar, comentando o famoso texto de Hungria sobre a "criminalidade dos homens de cor", que "[a] defesa por uma pedagogia corretiva (...) representa um forte indício de uma visão ainda permeada com acento dogmático" (SERRA, 2008, p. 101) (o que não é clara é a relação entre a adoção de uma ideia de pedagogia corretiva e a noção de dogmática), dentre várias outras passagens obscuras e passíveis de divergência; Sontag (2009), especialmente no capítulo 3; e Prando (2013). Todas as obras mencionadas esclarecem aspectos importantes das concepções de ciência jurídico-penal de Lyra e de Hungria, mas não aprofundam especificamente a relação historicamente construída entre ensino do direito, ciência e lei no pensamento lyriano.

em relação à lei, significa trazer à baila outro contexto importante: a legislação estatal. Eis, portanto, o cruzamento constitutivo do problema que nos interessa analisar no plano da história do pensamento jurídico: ensino, ciência e lei.

Como veremos, a velha retórica e o velho enciclopedismo do chamado modelo bachaleresco oitocentista de jurista se colocavam como algo a ser superado para a maneira tecnicista de conceber a referida tríade ensino, ciência e lei. Dessa forma, procuraremos abordar historicamente o pensamento de Roberto Lyra tendo em vista a maneira como ele se colocava diante de alguns de seus contextos.

2. O tecnicismo e a lei

Pouco depois da outorga do Código Penal de 1940, Nelson Hungria proferiu uma conferência – publicada, depois, em várias revistas e, também, como uma grande nota de rodapé nos seus "Comentários ao Código Penal" da década de 1950 – para defender o novo texto legislativo. A partir do modo como Hungria faz essa defesa, é possível identificar a postura tecnicista diante da lei. Para ele, o sucesso do novo Código Penal não estava vinculado somente ao acerto dos dispositivos legais em si, mas da atitude que a doutrina e os operadores jurídicos adotariam diante dele. O júri, segundo ele, seria por excelência um espaço de deturpação mesmo do melhor dos códigos.[6] O ensino jurídico congenial a um sistema fortemente vinculado ao júri era criticado veementemente (HUNGRIA, 1943, p. 14):

> [n]as academias o estudante era doutrinado, de preferência, na desabrida crítica ao direito penal constituído e na inconciliável polêmica das "escolas" sobre o que devia ser, mais ou menos utopicamente, o novo direito penal. Nem era de exigir-se diversa orientação de ensino para formar bacharéis destinados a embasbacar juízes leigos. Aos advogados criminais nada mais era preciso que cultivar o gênero patético ou o estilo condoreiro e imprimir a marca de ciência exata às lucubrações do nihilismo penal, cuja bandeira vermelha fora desfraldada por César Lombroso.

Vamos nos deter por um instante nessa passagem de Hungria.

A "polêmica das escolas": Hungria está se referindo ao debate, iniciado na Itália do século XIX, entre "escola clássica" e "escola positiva". Certamente, esse esquema binário é uma representação extremamente reducionista da penalística do século XIX,[7] além disso, mereceria uma análise mais acurada a

6. Para mais detalhes sobre a questão do júri em Nelson Hungria, cf. Sontag (2009).

7. "Il nome 'scuola classica' fu un'invenzione derisoria di Enrico Ferri, caposcuola della corrente positivista, che ebbe fortuna tra i contemporanei. Tra i posteri il binomio

sua transposição para o caso brasileiro,[8] mas, para os objetivos desse trabalho, bastará acenar para o problema da relação dessa penalística com a lei positiva estatal. O tecnicismo seria uma corrente com a pretensão de superar o "debate das escolas". Na crítica de Aníbal Bruno (1943, p. 13) contra o tecnicismo, o aspecto sublinhado é a semelhança dessa nova corrente com a "escola da exegese" da França oitocentista, nascida da tentativa de redução do direito à lei positiva estatal logo depois da codificação civil napoleônica:[9]

> [n]ão é este um fenômeno singular na história do pensamento jurídico. Podemos dizer mesmo que movimentos desta ordem acompanham, em geral, toda criação legislativa importante. É sabido o exclusivismo com que os primeiros intérpretes do código napoleônico, os da corrente dogmática ou exegética, reduziram a elaboração do pensamento jurídico ao texto da lei.

Essa crítica de Aníbal Bruno é possível justamente porque ele fala de um lugar onde essa redução não tinha acontecido: o positivismo criminológico. Sem querer aprofundar as características do positivismo criminológico,[10] basta lem-

---

scuola classica/scuola positiva, ha tralatiziamente circolato grazie alla nonchalance dei penalisti, che lo trovarono comodo, e alla pigrizia degli storici, che invece di andare a controllare, lo presero per buono" (SBRICCOLI, [2002] 2009, p. 35-36, nota 21).

8. Dentre a historiografia que utiliza esse esquema para o caso brasileiro de maneira advertida, isto é, não por mero comodismo, vale destacar o inteligente e bem documentado trabalho de Queiroz (2007). No fundo, o uso do esquema escola clássica *versus* escola positiva evoca difíceis questões historiográficas. Para uma discussão teórico-metodológica a esse respeito, em diálogo com a perspectiva de Queiroz, cf. Sontag (2014, p. 97-100 nota 1). Algumas poucas tentativas de descrever a história da ciência jurídico-penal brasileira para além da categorização escola clássica *versus* escola positiva já vêm sendo feitas. Cf., por exemplo, Sontag (2009); Camila Prando (2013); e Rebeca Dias (2015).

9. "A experiência do século XIX francês deveria ser uma advertência. A ciência reduz-se à exegese, uma corte de laboriosíssimos e fecundíssimos operadores que trabalhavam na sombra da codificação." (GROSSI, 2007, p. 111) No sentido de diferenciar a exegese moderna da velha interpretação que fundava o trabalho dos juristas do *ius commune*, podemos assumir tal síntese de Paolo Grossi. Porém, é preciso levar em consideração que a cultura jurídica francesa oitocentista não era tão homogênea assim, e que, talvez, a própria noção de "escola" seja inadequada, como alertaram Audren e Halpérin (2013). De qualquer forma, os mesmos Audren e Halpérin também confirmaram que existe efetivamente, na França da primeira metade do século XIX, um processo cujo objetivo é vincular de maneira estrita o trabalho do jurista ao Estado.

10. Da mesma forma, não poderemos nos deter nas peculiaridades da versão de Aníbal Bruno de tais ideias, que seria tema para um estudo específico.

brar, muito esquematicamente, que se tratava de uma corrente que considerava essencial para a ciência jurídico-penal o estudo empírico da criminalidade e do delinquente. Tratava-se, portanto, de uma concepção de ciência jurídica muito aberta em comparação com o tecnicismo. Essa abertura seria importantíssima para preservar a centralidade do papel da ciência jurídica de orientar o legislador na fase de produção do direito[11] – e é esse âmbito de reflexão e atuação que Nelson Hungria desqualifica como sendo um estéril debate sobre o utópico futuro direito penal (muito embora ele próprio tenha participado ativamente de reformas penais, a começar pelo Código Penal de 1940[12]). O tecnicismo, ao contrário, deveria enfatizar o papel da ciência jurídica como uma simples colaboradora dos agentes de aplicação da lei já pronta. Correntes como o positivismo criminológico – nesse ponto em sintonia com a sua quase-imaginária inimiga, a chamada "escola clássica" – preservaram um espaço de reflexão para além da lei positiva estatal.[13]

O fragmento de Nelson Hungria ainda tratava da relação que existiria entre o saber jurídico-penal e o júri. Quando ele criticava uma "formação destinada

11. Nesse ponto, um dos mais exaltados positivistas italianos, Enrico Ferri, na crítica aos tecnicistas, encontrava-se de acordo com o "clássico" Francesco Carrara. Segundo Ferri (1928, p. 64), a redução da ciência do direito penal ao estudo das leis positivas era uma automutilação intelectual, um "abbandono delle gloriose tradizioni della stessa Scuola Classica italiana ed è una diserzione dall'obbligo che il criminalista ha di indicare allo stesso legislatore la via da seguire per migliorare (...) gli ordinamenti ed i provvedimenti della giustizia penale".
12. Sobre esse aparente paradoxo, cf. Sontag (2009, em especial p. 87-91). Conclusões semelhantes, mas por vias diferentes, encontramos no recente artigo de Mariana de Moraes Silveira (2016, p. 456), que mostra como, durante o Estado Novo, "mais que um declínio da presença dos juristas na cena pública, o que talvez tenha ocorrido foi uma transformação de seu papel, a partir da busca por substituir o 'bacharel polígrafo pluripotente' do século XIX pela figura, tida como mais moderna, do 'técnico da legalidade'." Aprofundando em perspectiva comparada com o Código Penal italiano de 1930 a questão da visão negativa dos parlamentos enquanto produtores de normas jurídicas, que é um ponto-chave mencionado pelos dois trabalhos citados, cf. Diego Nunes (2016).
13. Um espaço de reflexão, provavelmente, inclusive, mais congenial a autores considerados "clássicos", pois este espaço "para além do direito positivo estatal" no caso de Francesco Carrara, por exemplo, baseava-se numa forte convicção jusnaturalista. Um modo de pensar que teve incidência, inclusive, na concepção de código carrariana, no sentido que pretendia fundá-la na historicidade da ciência e da tradição. Sobre essa concepção de código carrariana, que se pretendia radicalmente contrária ao "modelo francês", cf. Cappellini (2011). Evidentemente, outro problema é o princípio da legalidade como limitador do arbítrio judicial.

a embasbacar juízes leigos", o que estava sendo colocado em xeque era o chamado "bacharelismo" do século XIX. O "bacharelismo" – que não será descrito aqui em minúcias em função da existência de várias outras pesquisas a esse respeito[14] – é, substancialmente, um modo de produção do saber jurídico bastante fundado na oralidade e no enciclopedismo.

Por essa razão, é possível uma aproximação entre o bacharelismo brasileiro e o chamado "paradigma eloquente" (ou "oratório-forense"),[15] identificado por alguns historiadores do direito em países europeus como Itália e Espanha no século XIX. Aldo Mazzacane (1994a, p. 9; 1994b) identificou em Napoli, na primeira metade do século XIX, um modelo de ensino e de jurista em que a advocacia, e também a "argumentação eloquente e persuasiva", eram muito importantes. Muito diferente do professor alemão oitocentista, essencialmente um "cientista", o jurista napolitano frequentemente era professor, advogado e parlamentar. Na segunda metade do século XIX, na Itália, Pasquale Beneduce (1996, p. 16-17) verifica o embate entre um paradigma em que a profissão de advogado era fundante (o paradigma "eloquente") e aquele fundado na imagem do professor universitário, que "progressivamente subordina a si qualquer outra imagem possível do trabalho jurídico".[16] O *ius dicere,* no sentido de eloquência cuja origem está nas performances orais, segundo Carlos Petit (2000, p. 11), é o baricentro do "paradigma oratório-forense" que ele também encontra na Espanha oitocentista:

> [a]dmitamos por un momento la paradoja de colocar en el siglo XIX – el siglo de difusión social de las letras, el siglo de la linotipia y las revistas; sì, el siglo de la ley escrita y del Estado un remoto entendimiento que todavía agota en la tarea del ius dicere el momento decisivo de la creación jurídica.

O positivismo criminológico (ou, pelo menos, uma boa parte dele), desde o final do século XIX, faz parte das forças que lutavam contra o estilo "oratório-forense".

No caso brasileiro, o embate se dava em torno do "bacharelismo" imperial. Um exemplo: o entusiasmado divulgador das ideias positivistas, Viveiros de

14. Seria difícil mencionar todos os trabalhos que existem sobre assunto, então, limito-me a mencionar um dos mais bem documentados, ainda uma referência para os estudos a respeito, que é o de Sérgio Adorno (1988) e a revisita ao tema de Fonseca (2006), que colocou as conclusões de Adorno em binários teórico-metodológicos menos anacrônicos.

15. Para essa aproximação, cf. o já mencionado Fonseca (2006).

16. No original, em italiano: "che progressivamente subordina a sé ogni altra possibile immagine del lavoro giuridico."

Castro. Já nas primeiras páginas do seu livro de propaganda sobre a "Nova Escola Penal" (que abarcava o que estamos chamando, aqui, esquematicamente, de positivismo criminológico), ele afirmava que o Brasil tinha uma geração de juristas "corroída até a medula pela rhetorica, pelo gosto do palavriado inane, balofo, frívolo. A sciencia moderna positiva, exacta, fria, irrita-lhe os nervos" (CASTRO, 1913, p. 9). O positivismo criminológico empunhava a bandeira daquilo que seria a verdadeira "ciência" contra o bacharelismo.[17]

Voltando ao nosso Roberto Lyra (1956, p. 62), ele teorizava a necessidade de superar o bacharelismo, resquício do Império, do ponto de vista do positivismo criminológico: "[e]m vez do verbalismo peremptório, fátuo e pedante, que faz do jurista o pior dos leguleios, a compostura severa e cautelosa, mas substanciosa e progressista da ciência". Vale sublinhar que o argumento de Lyra contra o "verbalismo", justamente pelo fato de provir do positivismo criminológico, é feito muito mais em nome da *ciência*, enquanto o escudo contra o "verbalismo" de Nelson Hungria deveria ser muito mais a *lei*, já que a ciência do "debate das escolas penais" também teria degenerado, na opinião do tecnicismo hungriano, em mais um capítulo de retórica vazia. Para o tecnicismo, a centralidade da lei positiva estatal na construção do saber jurídico-penal é que garantiria a superação do bacharelismo.

Portanto, tanto Roberto Lyra quanto Nelson Hungria estão lutando uma batalha semelhante. Mas, do ponto de vista da metodologia da ciência do direito, diferenças importantes os separam.

17. Para mais detalhes sobre esse embate com foco no âmbito jurídico-penal. cf. Sontag (2008). Camila Prando (2013) criticou as abordagens que vêm se utilizando desses esquemas na historiografia jurídica brasileira argumentando, em síntese, que o padrão discursivo, mesmo dos juristas que criticavam o velho bacharelismo, continuou bastante bachaleresco. Tais resquícios são inegáveis, a começar pelo fato de que pouquíssimos juristas brasileiros que se declaravam adeptos da "escola positiva" praticaram o que seria um dos principais antídotos contra a retórica e o enciclopedismo: a pesquisa empírica – uma "falta" que já tinha sido observada por Marcos Alvarez (2003). Porém, a existência de um "padrão retórico" mesmo em um discurso "cientificista" não exclui o embate contra o "bacharelismo", que opera em outro nível, que é o da história das autorrepresentações da ciência jurídica, isso sem contar a existência de um longo processo que modificou certos padrões da cultura jurídico-penal brasileira entre os últimos anos do século XIX e a primeira metade do século XX, algo que, de resto, a pesquisa de Prando em nenhum momento pretendeu negar. Em suma, permanece bastante seguro, historiograficamente, que o "bacharelismo" veio se tornando uma presença incômoda para partes significativas da ciência jurídico-penal (e não só) desde a primeira metade do século XX no Brasil, ou mesmo das últimas décadas do século XIX.

O grande problema estava na definição do objeto da ciência do direito penal. Para o tecnicismo jurídico-penal de Hungria, o trabalho do jurista começaria pela exegese da norma positiva; passaria, depois, pela sistematização dos resultados da exegese das normas em um sistema harmônico, que seria a fase dogmática em sentido estrito; e, por último, a fase de crítica. Última fase eventual, muito menos central do que a segunda, e bastante ignorada, aliás, por Nelson Hungria (1940, 1942) em seus textos metodológicos, muito embora presente em outros (por exemplo, nos artigos em que se discutia alguma reforma penal em curso).

Além da centralidade da lei positiva estatal, é importante sublinhar a terceira fase. Na fase da crítica, a ciência jurídico-penal poderia tentar alçar-se para além das leis positivas estatais. Mas a operação de encaixotá-la em uma terceira (e menos importante) fase da construção do saber jurídico-penal não era ingênua: tratava-se de *domesticar* esse elemento que, em grande parte da penalística "alta" do século XIX, era constituinte, isto é, permeava todo o saber jurídico-penal, sem qualquer hierarquia com outras operações, e que era fundamental para a sua legitimidade, já que se tratava de uma ciência que tinha absorvido uma responsabilidade "civilizatória" em relação à própria produção das normas penais, de controle de razoabilidade da legislação, por mais que a ciência não fosse mais considerada a produtora direta da ordem jurídico-penal.[18]

Com o tecnicismo, até mesmo esse papel residual da ciência jurídica na produção do direito é reduzido em favor do compromisso com a eficácia das normas já postas, isto é, em nome da colaboração com a aplicação das leis, com a manutenção da ordem jurídica. Por essa razão, Nelson Hungria aproximou, na citação que usamos como ponto de partida, o positivismo às ideologias políticas consideradas, na época, subversivas e perigosas – a "bandeira vermelha" (do socialismo e do comunismo).[19]

Já Roberto Lyra (1946a, p. 58), embora sem questionar frontalmente as três fases do saber jurídico-penal do esquema tecnicista, repudiava o esvaziamento do momento crítico:

18. Todas essas são afirmações vinculadas àquilo que Mario Sbriccoli ([1990] 2009) chamou de "empenho cívico" da penalística italiana da segunda metade do XIX; "empenho cívico" que era constitutivo dessa penalística.

19. A historiografia sobre a imagem negativa do comunista e do socialista no imaginário social brasileiro da primeira metade do século XX é vasta, mas, para uma abordagem desse problema no interior das estratégias jurídicas de construção de um aparato de repressão política cf. Dal Ri Júnior (2006, em particular o Capítulo 4.5).

> (...) quem parte dos textos em si, condena-se à irremediável abstração, por mais que procure objetivar, concretizar em torno do que há de menos objetivo e concreto: o apriorismo exegético e o formalismo dogmático. A própria crítica das leis vigentes é cerceada, ainda inconscientemente, pelo fetichismo das taboas, a que se emprestam imanências melindrosas.

No caso do tecnicismo, a autonomia da ciência jurídico-penal fundava-se em uma batalha ampla contra toda e qualquer abordagem que não fosse estudo aplicacionista da lei positiva estatal.[20] A "especialização" tecnicista reduzia radicalmente, portanto, o papel da filosofia e da sociologia na formação e no trabalho do jurista em nome da "purificação" da ciência do direito penal. Por mais que todos aceitassem que essas ciências tinham o seu lugar, em comparação com experiências anteriores, esse lugar não era muito mais do que uma prisão celular. Roberto Lyra, fazendo jus às suas ascendências positivistas, concordava com a necessidade de limitar a incidência da filosofia, da biologia e da medicina, mas bradava a favor da sociologia que seria o "habitat natural" dos penalistas. Somente dessa forma os penalistas estariam imunes ao risco de se tornarem "escafandristas do vazio":

> [n]ão se explica o direito pelo próprio direito, e muito menos retornando às alturas em que os filósofos se perderam (...). Os juristas puros são escafandristas do vazio; os filósofos puros são comensais das nuvens. É na sociologia que o direito penal tem lugar certo e sabido (LYRA, 1946b, p. 382).

Um embate que se inscreve na história da afirmação dos "especialismos" que veio se desenhando ao longo do final do século XIX e primeira metade do século XX.[21]

---

20. Para ficarmos somente com um exemplo, eis um fragmento eloquente de Hungria (1942, p. 5): "Se nos limitarmos (...) ao ponto de vista jurídico, que é o que especificamente nos interessa, a nós, cultores do direito, não podemos falar senão numa ciência penal: a ciência do direito penal constituído, isto é, o estudo da lei penal em sentido lato ou do complexo de normas jurídicas mediante as quais o Estado manifesta o seu propósito de coibir a delinqüência (...). A ciência penal, sub *specie juris*, não admite outros conceitos e critérios além daqueles que lastreiam e informam as normas legais vigentes (...). Os postulados ou conclusões de outras ciências, pré-ciências ou pseudo-ciências que se propõem à margem do *jus conditum* (...) nada tem a ver com a ciência do direito penal propriamente dito (...)."
21. Não por acaso, a proliferação, no Brasil, de revistas especializadas em determinadas áreas do Direito é um fenômeno da primeira metade do século XX (SILVEIRA, 2014). Na Itália, o enciclopedismo entendido como introduções genéricas ao estudo do Direito entra em crise exatamente no momento da afirmação dos especialismos (BENEDUCE, 1990, p. 154).

3. O ensino e a lei

Apesar da preeminência da sociologia criminal para a concepção de ciência do direito de Roberto Lyra, o tom é significativamente diferente quando se tratava de ensino do direito, isto é, a ênfase passa a recair no estudo da lei: "(...) os bacharéis irão filosofar no curso de doutorado. Os primeiranistas de Direito Penal deixarão ao professor a escalada peripatética. Na aula, não! O tempo não chega, sequer, para viver o mínimo" (LYRA, 1956, p. 13).

Muito embora Lyra não quisesse abrir mão de uma introdução que seria um "sobrevoo panorâmico":

> (...) depois da excursão nas alturas, procuro o chão para a incursão técnico-jurídica (parte geral e parte especial). A cadeira não é Sociologia Criminal ou Criminologia, mas Direito Penal. A fé científica aponta o alto, o fundo, o longe. O dever de professor, no entanto, prende-me ao chão da lei e do Direito.

A estrutura de ensino pressuposta por Roberto Lyra, isto é, o doutorado com objetivos claramente diferenciados do bacharelado em Direito, remonta, não por acaso, ao projeto de reforma do ensino superior do ministro tecnicista Francisco Campos.

O projeto de Campos (1931, p. 393) era dividido em três partes: uma que se referia à organização das universidades brasileiras, outra sobre a reorganização da Universidade do Rio de Janeiro e de todo o ensino superior, e a terceira sobre o Conselho Nacional de Educação. No segundo ponto, um dos temas tratados é o ensino do Direito.[22] A estratégia inicial foi desdobrar o curso de Direito em dois: o bacharelado e o doutorado, e, assim, atribuir a cada um deles funções diferentes. Segundo o ministro Campos (1931, p. 401-402):

> (...) [o] curso de direito foi desdobrado em dois: um de bacharelado e outro de doutorado. O curso de bacharelado foi organizado attendendo-se a que elle se destina à finalidade de ordem puramente profissional, isto é, que o seu objectivo é a formação de práticos do direito.

Já o curso de doutorado, "separado do curso de bacharelado (...), se destina especialmente á formação dos futuros professores do direito, na qual é imprescindível abrir logar aos estudos de alta cultura, dispensáveis áquelles que se destinam apenas á prática do direito".[23]

22. Trata-se do Decreto 19.852 de 11.04.1931. Os dispositivos que nos interessam mais de perto são os da parte sobre o "ensino do direito", que vai do art. 26 a 39.

23. Na concepção de Francisco Campos, uma universidade deveria ser constituída por quatro institutos: direito, medicina, engenharia e educação, ciências e letras; nos três

É possível perceber com mais nitidez o significado dessa profissionalização encampada por Campos na sua argumentação pela supressão da cadeira de Direito Romano no curso de bacharelado. Para Campos, se o argumento pela manutenção do estudo Direito Romano era a sua importância para a compreensão do direito atual, seria melhor destinar mais tempo ao estudo das leis vigentes e deixar o direito romano para o doutorado. Com essa mudança, seria possível acrescentar um ano ao estudo do direito civil, pois, "no tempo que lhe é actualmente destinado, o estudo do direito civil não chega a abranger o dos institutos vigentes" (CAMPOS, 1931, p. 402). Bem se percebe, assim, como o direito positivo era o ponto central desse tipo de profissionalização que se pretendia atribuir ao curso de Direito. O conceito pressuposto de *prática* era sinônimo de aplicação da lei positiva estatal vigente: uma redução significativa dos escopos práticos da formação em Direito; redução que ainda pesa nas faculdades atuais como herança do tecnicismo e sobre a qual é preciso refletir criticamente.

Havia, ainda, o nó da filosofia do direito. É bastante conhecida a polêmica do tecnicismo jurídico-penal contra a filosofia e outras matérias que eram consideradas não especificamente jurídicas (como a criminologia), que seriam relegadas a um plano secundário na estrutura e dinâmica do saber jurídico-penal tecnicizado. No esquema tecnicista, conforme já visto na primeira parte, o trabalho do jurista começaria com a exegese da lei positiva estatal, conclusões que deveriam levar a uma ressistematização da ordem jurídica em institutos, construindo a ordem e harmonia global do sistema – que é a parte central, chamada de dogmática – para então, depois, se chegar à crítica, que seriam (meras) sugestões ao legislador, e onde os saberes dessas áreas auxiliares poderiam ter algum papel – um papel, porém, reduzido e secundário, deslocado para um momento não central da atividade do jurista. Com isso, a criminologia, a filosofia do direito e outras "ciências auxiliares" eram domesticadas em nome da estabilidade da ordem jurídica constituída.

O suporte para esse tipo de saber deveria ser dado por um ensino construído a sua imagem e semelhança. Não é à toa, portanto, que o projeto Francisco Campos (1931, p. 401) parece considerar a Filosofia do Direito uma disciplina mais adequada ao curso de doutorado – onde se poderia cultivar a "ciência desinteressada" –, enquanto no curso de bacharelado essa matéria deveria ser

primeiros, a ênfase seria a formação profissional, enquanto no último, a "investigação desinteressada" (ROTHEN, 2008, p. 151). Ou seja, existe uma dupla cisão: entre diferentes cursos e no próprio instituto de Direito, em que "a formação do bacharel seria prioritariamente profissional, e a formação cultural ocorreria apenas em estudos avançados realizados no doutorado" (ROTHEN, 2008, p. 152).

substituída pela "Introducção á Sciencia do Direito", "colocada no primeiro anno como indispensável propedêutica ao ensino dos diversos ramos do direito (...) fornecendo as noções básicas e geraes indispensáveis à compreensão dos systemas jurídicos". O que se percebe, mais uma vez, é a centralidade do direito positivo e a autonomia do estudo filosófico do direito reduzidas a uma propedêutica à dogmática dos sistemas jurídicos positivo-estatais.

A concepção de Roberto Lyra sobre ensino jurídico não era muito distante daquela do projeto Francisco Campos. Para Lyra (1956, p. 36), "[o] curso jurídico – bem ou mal, certo ou errado – destina-se à preparação para exercício profissional (...) e não para láureas *dat Justinianum honorem*". É preciso sublinhar, porém, que estamos diante de um redimensionamento do significado das funções atribuídas ao bacharel em Direito. A prática, para Roberto Lyra, Francisco Campos ou Nelson Hungria, é, basicamente, a atividade vinculada aos tribunais, a aplicação da lei. Roberto Lyra considerava que era esse o giro daquele momento histórico. Ao criticar o enciclopedismo dos velhos programas de ensino de direito penal – outro elemento que podemos considerar "resquício" do bacharelismo imperial – Lyra (1956, p. 8) fazia exatamente a comparação entre os objetivos do ensino dos dois momentos históricos, interpretando esse processo, evidentemente, em termos de "evolução":

> (...) não há razão administrativa [para conservar o cunho enciclopédico dos programas em geral], porque a organização universitária evolui, em todas as instâncias e através de todos os seus instrumentos, no sentido de contemplar as culminâncias, profundezas e as promessas científicas em cursos de extensão e especialização. (...) Não há, finalmente, razão prática para o enciclopedismo dos programas (...) porque o diploma destina-se ao exercício profissional (...). A Faculdade de Direito já não prepara privilegiados para a política e a administração pública. Na monarquia, os bacharéis eram os representantes letrados dos senhores.

Prescindindo do julgamento evolutivo, o que importa aqui, em verdade, é o corte entre duas concepções de ensino do direito penal distintas: uma onde a atividade dos tribunais aparecia diluída no interior de tantas outras atividades – "a política e a administração pública", por exemplo, – consideradas igualmente atividades por excelência de juristas, e outra onde as funções vinculadas à aplicação da lei deveriam tornar-se o centro de gravidade exclusivo da formação jurídica. Em suma, Lyra deixa muito claro o embate contra o chamado bacharelismo e esposa, de certa forma, algumas das concepções que Francisco Campos já encampava na década de 1930. Concepções que podemos chamar de tecnicistas caracterizadas pela ênfase em um ensino do direito muito mais profissionalizante, entendendo a atividade profissional como

aquelas vinculadas à aplicação da lei (na maioria das vezes, especificamente a aplicação tribunícia). Por essa razão, era importantíssimo, para juristas como Francisco Campos, Nelson Hungria e, também, para Roberto Lyra, expurgar do curso de bacharelado os elementos que pudessem macular esses objetivos. Um ensino jurídico profissionalizante, portanto, pretendia opor-se ao ensino jurídico bachaleresco.

No plano do ensino do direito penal, o embate de Roberto Lyra contra o bacharelismo se dá não tanto em nome da ciência, do estudo científico do crime e do criminoso como fatos sociais, como seria de se esperar em função do seu positivismo criminológico, mas sim em nome da lei. É aqui que Lyra se aproxima da argumentação mais caracteristicamente tecnicista, que, em Nelson Hungria, tinha servido, inclusive, para atacar o próprio positivismo criminológico.

Se Lyra, (1956, p. 44) na metodologia jurídico-penal, considerava um erro "partir dos textos [legislativos] em si", já no ensino do direito penal, é pela lei que deve começar o estudo jurídico do Direito Penal: "(...) tal necessidade, além de técnica, é cívica. (...) A ignorância das previsões dos ilícitos, por exemplo, da parte dos órgãos dinâmicos da Justiça penal – as autoridades policiais e os promotores públicos – importa virtual revogação pelo desuso". E ele ainda completa: "(...) manter a autoridade da lei é aplicá-la. E aplicá-la não pode ser revogá-la acintosamente, pelo repúdio" (LYRA, 1956, p. 47). Não é difícil, a partir dessas passagens, lembrar-se das críticas de Hungria aos advogados do júri que, segundo ele, teriam descurado tanto do texto do Código Penal de 1890 a ponto de tê-lo transformado em um "espantalho ridiculamente desacreditado", em "letra morta".[24]

Ainda defendendo o estudo centrado nas leis estatais, Lyra (1956, p. 111) dizia que "o sistema legal contém, em si, um mundo de coisas. Os porquês estão

24. Segundo Hungria, os oradores do júri só se preocupavam com os "êxitos tribunícios", "para cujo triunfo se torcia e retorcia o direito positivo [...], reduzido a letra morta pelo soberano arbítrio e lógica de sentimento do tribunal popular. O caluniado código de 90 fôra metamorfoseado, pela espetacular e profusa oratória criminal, desorientadora da justiça ministrada pelos juízes de fato, num espantalho ridiculamente desacreditado. Foi o período áureo do passionalismo sanguinário, que andava à solta, licenciado sob a estapafúrdia rubrica de 'privação dos sentidos'. As teorias revolucionarias da chamada 'nova escola penal', difundidas à *la diable*, mal compreendidas ou tendenciosamente utilizadas, era a moeda que, embora sem autorização legal, mas sob o pretexto de deplorável atraso da nossa lei escrita, livremente circulava nos recintos do tribunal dos jurados. A literatura psiquiátrica, a lobrigar o patologismo nas mais fugidias discordâncias de conduta, era piamente acreditada e abria a porta da prisão a uma privilegiada chusma de sicários e rapinantes" (HUNGRIA, 1943, p. 13-14).

nele mesmo, e as principais perguntas encontram nele a única resposta autêntica. A teoria oficial nasce da lei, de suas soluções, certas ou erradas, mas vigentes e imperiosas". Muito embora Lyra não fosse tão radicalmente contrário à chamada "interpretação judicial evolutiva", essa passagem não pode senão lembrar, mais uma vez, das críticas de Hungria ao influxo nos tribunais de teorias doutrinárias não explicitamente positivadas para compensar os "atrasos da lei escrita".

A obsessão com o código, com o texto legislativo, era tamanha, e, ao mesmo tempo tão em construção, que Lyra (1956, p. 239) conta que ele se preocupava em atualizar, no último dia de aula, "o exemplar do Código de cada aluno". Além disso, dizia ele, "ensino como mantê-lo em dia, conservando aquele mesmo volume como lembrança evocativa e exemplar" (LYRA, 1956, p. 239). Para garantir essa centralidade da lei positiva no ensino do direito penal, Lyra (1956, p. 55-58) conta algumas das estratégias que ele chegou a utilizar na sua trajetória como professor universitário:

> (...) [v]enho utilizando vários meios para estimular os alunos à leitura atenta e inteligente do Código Penal. Por exemplo, instituo prêmios para os que indicarem todos os dispositivos (assim hão de extremar o cuidado da pesquisa) relativos à família, ao sexo, à idade, ao estado civil, ao sentimento, à condição econômica, à capacidade eleitoral, etc.

A mesma estratégia era utilizada, ainda, no estudo da parte especial, onde o professor faria uma consolidação, ao final dos exercícios, cuja consequência seria expor e ilustrar "a magnitude histórica e técnica da Parte Especial" (LYRA, 1956, p. 99). Ainda acerca da Parte Especial, na introdução aos seus esquemas de aula, Lyra (1956, p. 131) enfatiza que eles deveriam ser capazes de "excitar a memória" (para as passagens da lei) e estimular o "apuro técnico". A ênfase na memória também era uma característica central da formação bachaleresca, porém, de uma maneira diferente. Aqui, a memória é, essencialmente, um vínculo com o texto legislativo, a capacidade de conhecer a lei positiva e aplicá-la adequadamente.

O estudo da jurisprudência, bem como da própria doutrina, poderiam transformar-se em graves riscos para a centralidade da lei no ensino do direito penal. Segundo Lyra (1956, p. 101), seria:

> (...) antipedagógico, como no cases system, rebuscar exceções tormentosas até para os doutos ou curiosidades anômalas, atípicas, assistemáticas que, por isso mesmo, conduzem ao arbítrio. (...) Jurisprudência e doutrina não são a lei e, muito menos, o Direito.

O uso de casos no ensino, então, seria inadequado por representar um perigo contra a centralidade do texto legislativo na conformação do saber

jurídico-penal escolar. O fantasma do "polemismo" – atribuído à indesejada tradição bachaleresca do século XIX e que se aproximava da imagem negativa que os tecnicistas tinham do "debate das escolas" – também aparecia quando se falava do uso do método dos casos. Segundo Lyra (1956, p. 102), estudando a partir dos casos, "as aulas são discussões, a pretexto de que se destinam à formação de advogados. O professor levanta uma infinidade de dúvidas, perguntando sempre mais do que respondendo, se é que responde, e obriga todos os alunos à participação no debate". Apesar desses defeitos, Lyra (1956, p. 104) aponta também uma vantagem no uso dos casos: a ênfase na "aptidão profissional", que seria "propiciada ao máximo". Por essa razão, ele defende o uso de acórdãos (e não casos inteiros), bem como a seleção de "decisões características e representativas" para evitar as controvérsias que os casos difíceis trariam à tona (LYRA, 1956, p. 104). Ainda não dispomos de uma reconstrução exaustiva do debate brasileiro acerca da adoção do *case system*, porém, é interessante notar que o trecho de Lyra sobre o qual estamos nos debruçando é de 1956, um ano depois de uma famosa conferência do jurista San Tiago Dantas em que ele defendia uma nova didática para o ensino jurídico, da qual o *case system* seria uma peça fundamental (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 315).

No texto de Roberto Lyra, na questão da "polêmica", apareciam os fantasmas da formação bachaleresca, da centralidade da retórica. Mais uma vez invocando a diferença entre os cursos de bacharelado e de doutorado, entre a ciência jurídico-penal e o saber jurídico-penal a ser ensinado, Lyra (1956, p. 52) afirmava que "aquele curso [de bacharelado] não forma jurisconsultos. Caminhemos, inicialmente, pela calçada da lei, que é a firme e reta, fugindo o mais possível, ao meio da rua das polêmicas, entre veículos, rixas e correrias". Não sem uma boa dose de confiança (ingênua?), Lyra aposta na lei como baluarte de certeza não só para a aplicação da norma pelos juízes, mas, também, para a conformação do saber jurídico-penal escolar. Para a formação do bacharelando em Direito, o importante seria conhecer as orientações positivadas na lei:

> "quem aprofunda a mecânica das controvérsias desdenha o primarismo, da impropriedade e da inconseqüência das indagações respondidas, às vezes, com resoluta e obstinada inocência, sobre as teorias por que teria optado o legislador" (LYRA, 1956, p. 63).

Quanto ao modo de elaborar os exames, colocava-se o mesmo problema, para Roberto Lyra (1956, p. 73), de evitar a profusão da retórica: "o principal é evitar o derramamento e a dispersão verbais, o esconderijo e fuga da ignorância da matéria ou do ponto". Para tanto, seria necessário que as perguntas fossem mais fechadas de modo a desestimular "o *verbalismo de jornal*, a excitação panfletária, o improviso profano" (LYRA, 1956, p. 115, destaque meu).

"Verbalismo de jornal": uma expressão que evoca, depreciativamente, características da velha formação bachaleresca do século XIX. Além do termo "verbalismo" que parece remeter, pejorativamente, à profusão da palavra (muitas vezes oral) do bacharelismo, a continuação – "de jornal" – também remete a um aspecto importante da velha formação oitocentista: a centralidade da atividade jornalística. Sérgio Adorno (1988), no seu estudo seminal, verificou essa presença do jornalismo na trajetória dos professores da faculdade de Direito do Largo São Francisco durante o Império. Indícios do envolvimento sistemático dos bacharelandos em Direito com o jornalismo também são verificáveis para o caso da outra faculdade oficial do Império em Recife.[25] Mais recentemente, a pesquisa de Giordano Bruno Soares Roberto (2016) também reiterou como era comum o jornalismo na trajetória de professores das faculdades jurídicas imperiais em geral. Vale lembrar que esse tipo de atividade, embora aparentemente pouco jurídica, estava estreitamente vinculada àquilo que se considerava, na época, a figura do jurista: o bacharel em direito deveria dominar a retórica e ser capaz de discutir questões públicas, seja nas tribunas judiciárias ou nas assembleias políticas. A atividade jornalística exercida pelo próprio Roberto Lyra teria sido um resquício de uma prática que chegou a estar estreitamente vinculada à formação jurídica que ele mesmo tanto depreciava? Talvez sim. Mas teremos que deixar esse aspecto em suspenso na medida em que exigiria um estudo mais detalhado das trajetórias profissionais dos bacharéis em Direito.

Voltando ao vínculo entre polêmica e retórica no pensamento de Roberto Lyra, resta analisar como ele resolvia o problema do júri. Em regra, o positivismo criminológico é profundamente contrário à instituição do júri. No Brasil, um representante dessa tendência é o já mencionado Viveiros de Castro (1913). Mas Lyra era um positivista que defendia o tribunal popular. Como salvar o júri das acusações – como aquelas de Nelson Hungria – segundo as quais ele estimularia um ensino do direito penal retórico, emocional, pouco comprometido com as leis positivas? Apesar de defender a instituição do júri, o Lyra (1956, p. 238) professor confessava que estava "cada vez mais descrente quanto aos júris simulados (e quantos realizei!), porque, sem rendimento pedagógico, atiça a vaidade sem autocrítica e o eleitoralismo interno". Em nome do ensino profissionalizante, porém, nem toda simulação deveria ser rejeitada:

25. Um exemplo poderia ser a trajetória de Tobias Barreto, um dos principais personagens da faculdade de Direito do Recife. Cf. Barreto (BARRETO, Luiz Antonio. Tobias Barreto: uma bio-bibliografia. In: *Tobias Barreto (1839-1889)*. Bibliografia e estudos críticos. Centro de documentação do pensamento brasileiro. Disponível em: [www.cdpb.org.br/]. Acesso em: 05/04/2012, p. 3-4).

> (...) a simbolização do clima forense, a simulação da atmosfera profissional (policial e judiciária) que, desde logo, envolve o aluno, dinamicamente, com sua terminologia e seu estilo, com suas questões concretas, aprofunda, adensa, inflama e especializa o interesse por elas, habilita a colocá-las e resolvê-las, prepara, instrui, aplica o senso jurídico e a sensibilidade técnica (LYRA, 1956, p. 37).

Sem entrar em todos os argumentos de Roberto Lyra sobre o júri,[26] importa sublinhar que qualquer simulação deveria suscitar a "sensibilidade técnica", pois, "sem a base legal de que valeriam a imaginação, o tato, a eloqüência, a combatividade, a operosidade (...). Mesmo perante o júri, depois dos rugidos oratórios e dos golpes emocionais, é o quesito formulado de acordo com a lei que arrancará o *veredictum*" (LYRA, 1956, p. 49). Em suma, Lyra confia e aposta no júri. Em um júri "blindado" contra as mazelas da eloquência (isto é, do bacharelismo do século XIX) no círculo virtuoso entre um ensino fundado nas exigências da adequada aplicação da lei e um tribunal popular protegido da retórica que distorcia a técnica.

4. A "seiva sociológica" e a ciência

A identificação entre o *saber jurídico-penal a ser ensinado* de Roberto Lyra e o *saber jurídico-penal* do tecnicismo não é, porém, absolutamente completa.

As críticas de um tecnicista como Nelson Hungria ao "debate das escolas", se levada às últimas consequências, colocariam em xeque a própria utilidade de uma introdução "extralegislativa" ao estudo do direito penal. Aníbal Bruno (1943) percebeu o problema e se posicionou a favor de uma introdução propedêutica com as "escolas penais". Da mesma forma, Roberto Lyra reconhecia essa necessidade. Com uma comparação forte, Lyra (1956, p. 4) afirmava: "[a]quela advertência esculpida no friso da Academia de Platão – 'aqui não entra quem não for geômetra' – sugere para o pórtico das faculdades de Direito esta inscrição: aqui não entra quem não for sociólogo". Nesses pontos, a polêmica com a aplicação pura e simples do esquema tecnicista aparece: embora a concepção de direito penal a ser ensinado lyriana aproxime-se da concepção geral de ciência do direito penal do tecnicismo hungriano, Lyra faz coro aos autores que ainda defendem a necessidade de uma introdução (meramente "panorâmica", sublinhe-se), antes de entrar na técnica jurídica propriamente dita e no estudo das leis em particular. Depois dessa introdução, segundo Lyra (1956, p. 20), "o aluno estará em condições de receber os ônus técnicos da Parte Ge-

26. Para mais detalhes sobre esse assunto, cf. Sontag (2014).

ral". A introdução à parte geral é mantida somente com a finalidade de definir claramente a matéria a estudar:

> (...) a introdução – o próprio nome está a gritar – apresenta o quadro geral, sem o qual não se define a matéria a estudar (...). Mas, ao penetrar na economia interna do Direito, impõe-se o apêgo ao normativo e ao institucional. (...) O curso, insistamos, é de Direito Penal e não de Sociologia Criminal ou Criminologia. Indispensável, pois, aterrissar para a exploração da superfície jurídica (LYRA, 1956, p. 28).

Reproduzindo uma polêmica que Lyra (1956, p. 31) travava no âmbito dos fundamentos do direito penal contra o tecnicismo, deveria haver uma limitação dos exageros da dogmática técnico-jurídica, e, no lugar dessas "sobras", deveria entrar a "seiva sociológica":

> (...) [a] Parte Geral impõe a adoção, não do método técnico-jurídico, mas de método jurídico. (...) a técnica prescinde dos valores lógicos, visando a fim prático. Por isso mesmo, podo-lhe as vegetações dogmáticas e enxerto-lhe a seiva sociológica utilizável amanhã na provocação profissional do arbítrio individualizador e das soluções que a própria lei confiou à elaboração jurisprudencial.

Isso tudo no seu principal livro sobre o assunto, o "Guia" de 1956. Em um opúsculo de 1935, a ênfase de Roberto Lyra quanto aos conteúdos a serem ministrados é muito mais inclusiva do que exclusiva. As exclusões são poucas e a principal delas refere-se aos elementos de medicina, que reflete a preocupação de evitar a "medecinização do direito". Tal preocupação é uma atitude típica da corrente positivista sociológica a qual Lyra era simpático, em oposição às correntes positivistas que enfatizavam mais o dado biológico no estudo do criminoso e da criminalidade. Além disso, as referências à centralidade da lei nesse texto da década de 1930 são quase inexistentes. Não é possível dizer que houve uma radical mudança de opinião, mas a ênfase, em comparação com o "Guia" de 1956, é claramente diferente.[27] Restaram as ressalvas, isto é, a necessidade

27. Outro livro muito particular de 1936 mereceria a atenção para reconstruir as possíveis variações do pensamento de Roberto Lyra: trata-se do *Compêndio de direito penal*. Este livro é muito particular por dois motivos: o primeiro porque demonstra que existia uma relação acadêmica entre Hungria e Lyra. O primeiro volume (parte geral) foi escrito por Roberto Lyra e o segundo (parte especial) por Nelson Hungria. O segundo motivo residiria na análise da construção do saber jurídico-penal a ser ensinado de Roberto Lyra, isto é, na seguinte verificação: se a construção deste saber na concretude de um livro didático estava mais vinculada à ênfase inclusiva ou exclusiva. No mesmo sentido, seria importante o livro *Expressão mais simples do direito penal* de 1953. Ambos ficaram fora neste primeiro momento porque o objetivo central deste artigo é compreender o

de uma dose (devidamente controlada) de sociologia no curso de direito penal. Com esse enquadramento, podemos compreender que não há exatamente uma contradição quando, em outro pequeno livro de 1959, justamente na parte sobre a necessidade da sociologia, Lyra (1959, p. 7-8) afirma que:

> (...) [q]uer considerando a Sociologia Criminal ou a Criminologia ciência geral (...), quer considerando-as auxiliares, o certo é que, no curso de bacharelado, o Direito penal estuda juridicamente (não só legalmente) as infrações e as sanções, o que não exclui os pressupostos, os fundamentos, as reações diante de cada instituto e mesmo de cada norma.

"Não só legalmente": certamente, aprofundar as sugestões de Lyra desse fragmento de 1959 poderia levar a resultados extraordinários para o ensino do direito penal, mas somente deslocando-o do seu contexto, isto é, somente deslocando-o de toda a preocupação de Lyra com o ensino centrado na lei é que isso seria possível.

De qualquer forma, os embates contra o tecnicismo têm uma incidência menor no âmbito do saber jurídico-penal escolar, pois, nos pontos básicos, isto é, na centralidade da lei na constituição desse saber, na profissionalização entendida especialmente como aplicação da lei nos tribunais, e, mesmo na limitação dos saberes sociológicos, criminológicos, antropológicos e médicos, a semelhança com a concepção tecnicista de ciência jurídico-penal é grande. Ou seja, no plano tido como mais "baixo" do ensino, as tensões entre essas correntes teóricas tendem a ser menores, pois Roberto Lyra duplica o saber jurídico-penal – saber escolar (bacharelado) e saber científico (doutorado) – e as dissensões ficam mais reservadas a esse plano dito mais "alto", que deveria manter uma distância segura do ensino dos cursos de bacharelado das faculdades de Direito.

Ainda quanto às exceções ao meramente técnico no âmbito do saber jurídico-penal escolar, restava a parte da adaptação das sanções na execução penal, onde, para Roberto Lyra (1956, p. 29), "cabem as luzes antropológicas", já que o tecnicismo teria relegado esse campo para o meramente administrativo, e, sobre esse aspecto, Lyra (1946b, p. 167) também os criticava.

Mas na sequência desta exceção levantada no "Guia" de 1956, Lyra (p. 29) adverte: "mas, concentro-me no sistema legal, em estudo invencivelmente, irresistivelmente jurídico". Continua sempre muito clara, de qualquer forma, a necessidade de "não confundir o método de ensino com o método da ciência que se ensina" (LYRA, 1956, p. 40). Para tanto, Lyra (1956, p. 59) reorganiza a

pensamento de Roberto Lyra sobre o saber jurídico a ser ensinado, e, nesse campo, a sua reflexão definitiva e mais ampla encontra-se no "Guia" de 1956.

ordem do saber penal: "no ensino, sobretudo a infantes na matéria, primeiro, o conhecimento da lei em si; segundo, o entendimento da lei para aplicação e interpretação judicial; terceiro, a interpretação, aí sim, evolutiva, livre, pura e crítica".

Compreendamos bem, então, essa passagem de Roberto Lyra, que tanto se parece com o esquema do saber jurídico-penal tecnicista. Encontramos nesse trecho: i) a mesma centralidade tecnicista da aplicação judicial da norma, isto é, a aplicação judicial da lei positiva estatal como baricentro do saber jurídico-penal; ii) a mesma ordem tecnicista do saber jurídico-penal dividido em simples exegese, complementada pela sistematização dos princípios inscritos no sistema positivo estatal, e a posterior e eventual crítica de institutos específicos para futuras reformas. Da mesma forma que a crítica é domesticada pelo esquema tecnicista quando colocada nessa terceira fase, e não mais como uma marca do trabalho do penalista enquanto tal, na concepção lyriana (LYRA, 1956, p. 61), a terceira fase, da interpretação livre, só deveria aparecer em "luzes episódicas" no ensino do direito penal.

Se continuarmos com a comparação, a verdade é que Lyra desdobra aquilo que seria a segunda fase do esquema tecnicista (da sistematização ou dogmática propriamente dita). O segundo degrau do saber jurídico escolar é constituído pela interpretação judicial das normas, porém, "o estudo da lei implica sempre o da doutrina... da lei ou da doutrina resultante da interpretação judicial autorizada" (LYRA, 1956, p. 69). A "doutrina da lei" ou a "doutrina da interpretação judicial autorizada", e não a "doutrina em si". Com isso, ficaria garantida a ênfase na profissionalização característica do bacharelado em Direito.

Por outro lado, com essa operação, Lyra consegue "liberar" a "doutrina em si" das amarras legais, diferentemente do tecnicismo onde o segundo degrau do saber jurídico-penal (o mais importante deles, lembremos) está completamente submetido às leis positivas estatais. Para Lyra (1956, p. 59), "a chamada dogmática desempenha outra tarefa, submetendo a lei, e não submetendo a ela (...)".

Nem mesmo a sistematização seria central no saber jurídico escolar. Segundo Lyra (1956, p. 60), "os postulantes e os auxiliares da Justiça não hão de perder-se num ideal discutível, numa tradição, sem sequer a paz e a ordem dos cemitérios, numa herança de sistematização de objeto assistemático por excelência. A lei é o veículo" (LYRA, 1956, p. 60). Tudo o que escapasse disso, poderia ser objeto dos cursos de doutorado, lugar de formação da elite científica: "depois do curso é que a elite propriamente dita, selecionada e depurada, tendo aprendido a estudar e a caminhar por si, passará à cultura superior de verdade" (LYRA, 1956, p. 60).

Em suma, parte do que seria a dogmática e toda a chamada "crítica" são deslocadas para o saber jurídico-penal no sentido mais "elevado" – objeto do curso de doutorado, mas não do bacharelado. No "teto" da casa jurídica (para usar as metáforas do próprio Roberto Lyra), depois dos "alicerces" da lei e das "paredes" exegéticas, "a crítica compensará o misoneísmo com o jato estuante das reformas" (LYRA, 1956, p. 61). Porém, tal qual o tecnicismo de Nelson Hungria, Lyra (1956, p. 72) defendia que "a crítica, como operação do chamado método jurídico, há de ser desidratada", e, no campo do saber jurídico-penal escolar, "o estudante da lei (...) não pode criticar a lei como técnico".

5. O saber científico e o saber ensinado

A duplicação de saberes jurídicos para os cursos de bacharelado *versus* saberes jurídicos para o doutorado faz lembrar a distinção muito comum em história da educação e na didática entre "saber sapiencial" ou "científico" ("*savoir savant*") e "saber ensinado" ou escolar ("*savoir enseigné*"). Segundo o didático Yves Chevallard (1991, p. 15), "o saber tal-qual-é-ensinado, o saber ensinado, é necessariamente outro em relação ao saber-inicialmente-designado-para-ser-ensinado, o saber a ensinar".[28] Entre o saber sapiencial e o saber ensinado, interpõe-se a "transposição didática",[29] que testemunha, justamente, a distância que os separa e garante a própria viabilidade epistemológica da didática como campo de pesquisa autônomo:

> [o] conceito de transposição de didática, naquilo em que ele somente remete à passagem do saber sapiencial [savoir savant] ao saber ensinado [savoir enseigné], portanto, ao eventual, e à obrigatória distância que os separa, testemunha este questionamento necessário, ao mesmo tempo em que é o seu instrumento primordial. (...) [a transposição didática] é um dos instrumentos da ruptura que a didática deve operar para constituir-se em seu domínio próprio (CHEVALLARD, 1991, p. 15).

Muito embora sejam categorias pensadas inicialmente para o contexto do ensino básico (e não universitário), a evocação não parece de todo impertinente. Apesar da tendência à identificação do saber científico e do saber es-

28. No original, em francês: "Le savoir-tel-qu'il-est-enseigné, le savoir enseigné, est nécessairement autre que le savoir-initialement-désigné-comme-devant-etre-enseigné, le savoir à enseigner."

29. A "paternidade" do conceito costuma ser atribuída a Michel Verret (1975), mas, para os fins deste artigo, não precisamos adentrar nesse tipo de questionamento, quase sempre envoltos em intransponíveis dificuldades.

colar no ambiente universitário, apontada por André Chervel (1988, p. 72), a universidade também é feita daquilo que Chevallard (1991, p. 14) chamou de "sistema didático", isto é, a relação entre professor, aluno e saber. Portanto, a mesma advertência segundo a qual a "escola não se define por uma função de transmissão de saberes" (CHERVEL, 1988, p. 66)[30] aplica-se, ao menos em parte, ao ensino universitário.

Por que a duplicação de Roberto Lyra lembra essa distinção entre "saber científico" e "saber ensinado"? Porque também para Lyra existe a inevitável distância entre a ciência jurídica e aquilo que os estudantes de direito deveriam aprender no curso de bacharelado. Como dizia Yves Chevallard, o conceito de transposição didática remete, em primeiro lugar, à distância que separa o saber sapiencial e o saber ensinado.

Mas é possível ir um pouco mais adiante nessas sendas. É bem verdade que podemos considerar errado, em uma pesquisa de história da educação, pensar em termos "transmissionistas" a relação entre a ciência e aquilo que é ensinado, aquilo que constitui uma disciplina escolar. Essa perspectiva reduziria, de fato, a história das disciplinas escolares a um subproduto da história daquilo que seria a sua "ciência de referência" (CHERVEL, 1988). O fato de operarmos no plano da história do pensamento coloca, porém, uma questão ulterior. Segundo Chevallard, o saber tal qual é ensinado não se identifica com o saber inicialmente designado para ser ensinado. O saber inicialmente designado para ser ensinado seria o próprio saber científico? O saber a ser ensinado que identificamos em Roberto Lyra já é algo diferente do saber científico (a ciência jurídico-penal). Teríamos, nesse caso, que acrescentar uma terceira categoria entre o saber sapiencial e o saber ensinado de Yves Chevallard? Evitemos, no entanto, complicar desnecessariamente o esquema de Chevallard. A aparente necessidade de considerar uma terceira categoria advém da linguagem prescritiva usada por Lyra ao falar daquilo que haveria de ser ensinado nas aulas de direito penal. Logo, tais prescrições não poderiam ser confundidas com o que realmente ocorreu – para o caso das descrições memorialísticas de Lyra – naquelas aulas de direito penal. Ressalvado que estamos sempre no plano da história do pensamento, é verdade também que Lyra não é somente prescritivo. O "Guia para o ensino e estudo do direito penal" (1956) recorda fatos que teriam acontecido no cotidiano da sala de aula. Mantendo em suspenso eventuais avaliações sobre o grau de precisão da memória de Lyra, no plano

30. No original, em francês: "l'école ne se définit pas par une fonction de transmission des savoirs".

da história do pensamento, a diferença entre as prescrições e o que aconteceu ficam mais esfumadas. Da mesma forma, a diferenciação de Chevallard entre o saber científico e o saber ensinado não se refere a um programa que não necessariamente se completa na prática. O esquema de Chevallard foi pensado para pesquisas concretas em didática que tratassem da relação saber – professor – aluno, e, portanto, não tinha no seu horizonte especificamente a história do pensamento. Porém, a espessura própria do saber ensinado pode muito bem comportar o pensamento dos atores envolvidos no campo delimitado como objeto de pesquisa a respeito de determinado saber escolar.

De qualquer forma, quando Yves Chevallard (1991, p. 39-40) aborda a diferença entre a transposição didática em sentido estrito e em sentido lato, e determina melhor o modo de operar desta última, podemos encontrar um lugar mais preciso para o objeto que identificamos aqui: "o estudo científico do processo de transposição didática (…) supõe que se leve em consideração a transposição didática em sentido lato, representada pelo esquema: objeto do saber – objeto a ensinar – objeto de ensino" (CHEVALLARD, 1991, p. 39).[31] A concepção de saber jurídico-penal a ser ensinado, em Roberto Lyra, portanto, se enquadra naquilo que é, na terminologia de Chevallard, o processo de elaboração do "objeto a ensinar".

Nada disso quer dizer que Roberto Lyra seja um "Chevallard *avant-la-lettre*". Isso pressuporia defender uma identidade (mais ou menos perfeita) entre eles, isto é, colocá-los em um mesmo plano de comparação. Chevallard, aqui, serviu simplesmente como porta de entrada para mais uma leitura do texto de Lyra: o objetivo não era propriamente compará-los. Além disso, quando Lyra passa da memória de fatos ao discurso prescritivo (que estão em contínua circularidade), seria possível ainda enquadrar o discurso lyriano dentro daquilo que Chevallard chamaria de concepção "transmissionista". Assim como toda pretensão de "transmissão" é angustiante por ser sempre incompleta e falha, da mesma forma Lyra traz as marcas da angústia da passagem do saber científico ao escolar. Do saber criminológico – que Lyra tanto defendia contra o formalismo tecnicista – ao saber jurídico-penal a ser ensinado, a descrição faz-se com a metáfora da descida: "quando desço ao imediatismo técnico, hei de deixar, com saudade, o telescópio pelo microscópio. Trago, no entanto, o espírito e o coração cheios do que observei na culminância" (LYRA, 1956, p. 30). A distância entre os dois saberes, em Lyra, portanto, é hierarquizada, exatamente como

31. No original, em francês: "l'étude scientifique du processus de transposition didactique (…) suppose la prise en compte de la transposition didactique sensu lato, représentée par le schéma – objet de savoir – objet à enseigner – objet d'enseignement".

nas concepções transmissionistas. A qualificação do saber escolar como mera simplificação também aparece:

> (...) o que o professor sabe não é para a aula elementar. O seu cuidado principal deve ser conter a tentação de ascender, aprofundar, adensar, quando deve ficar nas noções, nos prolegômenos. (...) O professor há de regular suas torneiras de modo a evitar o ímpeto dos jorros desmedidos, afogando a memória do aluno com a massa líquida de nomes, datas, fatos, idéias, críticas, em incessante criação, em intermináveis desdobramentos (LYRA, 1956, p. 266).

A metáfora da simplificação, porém, ilumina muito parcialmente o que Lyra pensava a respeito do ensino do direito penal. A distância entre o saber jurídico-penal e o saber a ser ensinado é, para ele, não só inevitável e necessária, mas, também, vinculada aos diferentes objetivos de cada um deles. Nesse âmbito, o saber escolar não pode se furtar às exigências daquilo que era pensado como o campo profissional específico do operador jurídico. Em uma concepção transmissionista (tomando-a como modelo ideal), essa distância não pode ser outra coisa senão um eterno problema, já que a transmissão perfeita é a redução ao grau zero da diferença entre o saber ensinado e o saber científico.

O problema da "heterogênese" de alguns saberes escolares colocado por André Chervel (1988) e indicado por Yves Chevallard[32] também merece um instante de atenção. Se, em Roberto Lyra, a distância entre o saber escolar e o saber científico tende a operar, também, como um dique de contenção em relação às deletérias penetrações dos debates científicos no ambiente de formação profissional que deveria ser o bacharelado em Direito, e se, com isso, ele inverte completamente a ênfase do objeto do saber, saindo do crime e do criminoso em geral como fato social (no nível da ciência), passando para a lei positiva (no saber escolar), não haveria, também, nesse caso, um "desvio" em relação ao poder de conformação da "ciência de referência"? Não haveria, portanto, a heterogênese?

André Chervel, nas suas pesquisas, parte dessa chave para casos em que a disciplina escolar é, além de tudo, anterior à "ciência de referência". Esses desvios e esses diques de Roberto Lyra contra a "doutrina" (em nome da lei), não

32. "Une autre direction de recherche consiste à prendre acte de la spécificité du projet de construction didactique des savoirs, de son hétérogénéité a priori avec les pratiques savantes des savoirs, de son irréductibilité immédiate aux genèses socio-historiques correspondantes" (CHEVALLARD, 1991, p. 48). Essa parece ter sido, exatamente, a via das pesquisas de André Chervel (1977).

chegam a esse ponto, e, além disso, o sistema legal positivo é, em si mesmo, concebido, também, como uma construção da ciência jurídica (mesmo que não existisse necessariamente uma pretensão de relativizar a discricionariedade legislativa e a autoridade política do Estado que cria o direito). O sistema legislativo positivo, portanto, serve como critério de seleção, como filtro de uma ciência que, ao contrário do que pensava Nelson Hungria, não deveria ser tão domesticada na origem.

6. Considerações finais e *post scriptum*

A duplicação do saber jurídico-penal operada por Roberto Lyra produz, em suma, um campo de relação mais complexo com o tecnicismo do que poderia fazer imaginar a recorrente memória das famosas polêmicas entre ele e Nelson Hungria. O saber tido como "escolar" por Lyra guarda fortes semelhanças com a concepção de saber jurídico-penal dos tecnicistas, e, com isso, as polêmicas e tensões epistemológicas ficariam reservadas ao plano tido como mais "alto" do saber científico, isto é, fora da rotina dos cursos de bacharelado em Direito.

Não era difícil deduzir que Roberto Lyra compartilhava das críticas levadas a cabo por autores vinculados ao positivismo criminológico, desde as últimas décadas do século XIX, contra o ensino jurídico "bachaleresco", afinal, ele também era positivista. Não era difícil supor que encontraríamos na obra de Lyra críticas ao "verbalismo" do bacharelismo herdado do período monárquico. Porém, no plano do saber escolar, Lyra leva a cabo essas críticas à moda tecnicista: invocando a *lei* contra o *verbo*. E era essa justamente a maior semelhança entre o tecnicismo e a concepção de saber jurídico-penal escolar lyriana.

As noções de saber ensinado e saber sapiencial, bem como o conceito de transposição didática de Yves Chevallard, foram úteis aqui para a compreensão dessa distância entre o saber jurídico-penal científico e o saber jurídico-penal a ser ensinado. É preciso levar em consideração, porém, que essa distância foi medida em relação àquilo que o próprio Lyra imaginava ser a ciência jurídico-penal.

A proposta epistemológica da ciência didática, por sua vez, é ainda mais radical na medida em que propõe perscrutar essa distância, a operação de transposição (e não de simples transmissão) tantas vezes trascurada, mesmo nos casos em que a semelhança entre o saber ensinado e o saber científico pode parecer bastante evidente. De fato, analisando contextos concretos de ensino (relação aluno, professor e saber, para usar a formulação de Yves Chevallard), essa distância em suas diversas formas há de aparecer sempre, e é de grande valor do ponto de vista pedagógico.

Outro aspecto da análise aqui proposta, porém, nos coloca numa direção perfeitamente inversa. Yves Chevallard (1991, p. 20 e 43) chama a identificação entre saber científico e saber ensinado de "ficção de identidade/unidade" ou "ilusão de transparência". Para a análise dos "sistemas didáticos", é bem verdade que essa identificação pode ser bastante deturpadora, por isso é justificado o uso dos termos "ilusão" ou "ficção". Do ponto de vista de uma história do pensamento, seja quando encontramos bem elaborada a distância entre saber científico e saber ensinado, seja quando estamos diante de uma concepção que tende a identificá-los, são todos objetos dignos de atenção como acontecimentos dessa história.

É por essa via que foi possível surpreender as semelhanças entre o saber a ser ensinado de Roberto Lyra e a concepção de ciência jurídico-penal do tecnicismo hungriano. No entanto existem as ressalvas: uma delas é a tentativa de Lyra de fazer penetrar – muito controladamente – alguns elementos da sua concepção de sociologia criminal no ensino do direito penal; outra muito relevante é a função liberatória que o fechamento do ensino do direito penal nas rígidas fronteiras da lei deveria ter para a ciência jurídico-penal "alta". Uma duplicação de planos que serviu, portanto, para tentar preservar a ciência jurídico-penal "alta" das reduções propostas pelo tecnicismo. A "desidratação" da crítica no âmbito do saber jurídico-penal escolar era compensada pela "hidratação" da ciência jurídico-penal "alta". O calcanhar de Aquiles, aqui, é o fato de Lyra ter aceitado operar, por assim dizer, com a quantidade de água determinada pelos padrões tecnicistas.

Essa segunda ressalva é particularmente importante porque o *distanciamento crítico* – tão típico da operação historiográfica – que se pretende propor aqui envolve não só um determinado ensino do direito, mas também uma determinada concepção de ciência do direito. O alerta de concepções como a de Yves Chevallard é de que será insuficiente levar a cabo essa reflexão sem levar em conta que saber científico e saber ensinado serão sempre dois regimes discursivos diferentes, muito embora vinculados.

Ainda é Yves Chevallard (1991, p. 47) quem aponta que está presente na transposição didática a exigência de "procurar (…) saberes correspondentes às demandas didáticas da sociedade".[33] No caso de Roberto Lyra, essa demanda seria constituída pelas exigências de profissionalização, isto é, de capacitação para a aplicação e "bom uso" da lei, principalmente nos tribunais. Uma re-

33. No original, em francês: "l'exigence de rechercher (…) des savoirs correspondant aux demandes didactiques de la société".

dução em relação às demandas sociais que o ensino jurídico do século XIX procurava responder (abstraindo, é claro, a clivagem de classe dessas demandas, muito embora ela também possa ser identificada mesmo quando a técnica dificulta a visibilidade). Uma concepção muito restrita de prática que estava em relação inversa com a capacidade de bloquear "demandas didáticas [no nosso caso, didático-jurídicas] da sociedade". Demandas que não encontram nem mediação nem reflexão adequada. Torná-las pensáveis, portanto, é o primeiríssimo passo.

Aqui a reflexão histórica aproxima-se das suas fronteiras, mas, talvez, excedendo um pouco, vale a pena trazer ao menos um exemplo para concretizar melhor o que venho dizendo: como não considerar um tema relevante para o ensino do direito os fenômenos de "incomunicabilidade" entre advogados e clientes? O exemplo é significativo porque, de um lado, nem alarga muito o conceito tradicional de prática (tido como critério fundamental para a organização dos currículos e programas das faculdades de Direito), mas, ao mesmo tempo, coloca em xeque frontalmente o próprio ensino tecnicizado fundado substancialmente na aplicação judicial da lei na medida em que, muitas vezes, é o próprio apego à técnica (com a sua cultura, a sua linguagem, o seu modo de reconstruir a realidade e os conflitos etc.) que está no coração do problema.

A reflexão histórica retorna ao proscênio, porém, ao sublinhar que a centralidade atribuída ao texto legislativo no ensino do direito deve ser compreendida no seio de embates historicamente localizados. No caso de Roberto Lyra, no contexto histórico brasileiro, esses embates giravam em torno do bacharelismo oitocentista. O atual ensino do direito herdou muito dos resultados das críticas tecnicistas: basta pensar nas tantas "aulas de Código" que ainda encontramos nas faculdades jurídicas brasileira. Julgar o lugar que o texto legislativo deve ter no ensino do direito não é tarefa específica do historiador do direito, porém, o caráter eminentemente desnaturalizador do saber histórico-jurídico pode apontar que o modo tecnicista de dar conta desse problema não é um dado óbvio, nem natural, nem imanente a qualquer disciplina especificamente jurídica em qualquer momento histórico, porque as fronteiras do *jurídico* não são historicamente fixas e universalmente definíveis.

Oswald de Andrade, no seu Manifesto da Poesia Pau-Brasil de 1924, exclamava:

> (...) [o] lado doutor, o lado citações, o lado autores conhecidos. Comovente. Rui Barbosa: uma cartola na Senegâmbia. (...) Falar difícil. O lado doutor. (...) O bacharel. Não podemos deixar de ser doutos. Doutores. País de dores anônimas, de doutores anônimos. O Império foi assim. Eruditamos tudo. Esquecemos o gavião de penacho. (…) Mas houve um estouro nos apren-

> dimentos. Os homens que sabiam tudo se deformaram como borrachas sopradas. Rebentaram. A volta à especialização. Filósofos fazendo filosofia, críticos, crítica, donas-de-casa tratando de cozinha. A Poesia para os poetas. Alegria dos que não sabem e descobrem.

O "estouro nos aprendimentos" e a "volta à especialização" que Oswald de Andrade identificava é a transformação testemunhada (e construída) também por juristas como Francisco Campos, Nelson Hungria e pelo nosso Roberto Lyra. Mas, certamente, a inquietude e a "impureza" antropofágica de Oswald de Andrade não caberiam nos estreitos limites do conceito de especialização tecnicista. Se o jato do tecnicismo atingiu o nosso Roberto Lyra, é bem verdade que algumas "impurezas" permaneceram.

7. Referências

ABREU, Alzira Alves de *et al*. Lira, Roberto [verbete]. *In*: ABREU, Alzira Alves de (coord.). *Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora FGV; CPDOC, 2001. v. III.

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas*: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

AUDREN, Frédéric; HALPÉRIN, Jean-Louis. *La culture juridique française*. Entre mythes et réalités (XIXe – XXe siècles). Paris: CNRS Editions, 2013.

BARRETO, Luiz Antonio. Tobias Barreto: uma bio-bibliografia. *Tobias Barreto (1839-1889)*. Bibliografia e estudos críticos. Centro de documentação do pensamento brasileiro. Disponível em: [www.cdpb.org.br/tobias_barreto.pdf]. Acesso em: 05.04.2012.

BENEDUCE, Pasquale. *Il corpo eloquente*: identificazione del giurista nell'Italia liberale. Bologna: Il Mulino, 1996.

BENEDUCE, Pasquale. L'ordine dell'esposizione. Introduzioni alla giurisprudenza e regole dell'enciclopedismo in Italia nel secondo Ottocento. *In*: MAZZACANE, Aldo; SCHIERA, Pierangelo (a cura di). *Enciclopedia e sapere scientifico*. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana. Bologna: Il Mulino, 1990.

BONFIM, Edilson Mougenot. Roberto Lyra, entre dois parágrafos da História (com quem rivaliza o profundo de minhas aspirações). *In*: RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADOS, Jaques de Camargo (org.). *Grandes juristas brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. I.

Brasil. Decreto 19.852 de 11.04.1931. *Dispõe sobre a organização da Universidade do Rio de Janeiro*. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19852-11-abril-1931-510363-republicacao-85622-pe.html]. Acesso em: 27.12.2016.

BRUNO, Aníbal. Criminologia e direito penal. *Archivo Judiciario* (supplemento), 05.10.1943. p. 13-15.

CAMPOS, Francisco. A reforma do ensino superior no Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1931.

CAPPELLINI, Paolo. Francesco Carrara e o problema da codificação do direito. *In*: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CASTRO, Viveiros de. *A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1913.

CHERVEL, André. L'histoire des disciplines scolaires: réflexions sur un domaine de recherche. *Histoire de l'education*, n. 38, mai. 1988.

CHEVALLARD, Yves. *La transposition didactique*: du savoir savant au savoir enseigné. Paris: Le pensée sauvage éditions, 1991.

DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIAS, Rebeca Fernandes. *O pensamento criminológico na Primeira República*: o Brasil em defesa da sociedade. 2015. 441 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015.

DOTTI, René Ariel. Nélson Hungria. O passageiro da divina comédia. *In*: RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADOS, Jaques de Camargo (org.). *Grandes juristas brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. I.

GROSSI, Paolo. Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro. *In*: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. revisada e ampliada. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

FERNANDES, Pádua. Resenha de "Grandes juristas brasileiros: livro II" de Almir Gasquez Rufino e Jaques de Camargo Penteado (org.). *Prisma Jurídico*, v. 5, 2006.

FERRI, Enrico. *Principii di diritto criminale*. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927. Torino: Unione Tipografica Torinese, 1928.

FONSECA, Ricardo M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXV, 2006.

HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico-penal. *In*: HUNGRIA, Nelson. *Questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940.

HUNGRIA, Nelson. Introdução à ciência penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, out. 1942.

HUNGRIA, Nelson. A evolução do direito penal brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul. 1943.

HUNGRIA, Nelson. Os pandectistas do direito penal [1949]. *In*: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, t. II.

LYRA, Roberto. *O ensino do direito penal e a doutrina contemporânea* (aula inaugural). Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1935.

LYRA, Roberto. *Introdução ao estudo do direito criminal*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1946a.

LYRA, Roberto. Método jurídico e direito penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, fev. 1946b.

LYRA, Roberto. *Guia do Ensino e do Estudo de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

LYRA, Roberto. *Ensino do direito penal*. Novo sistema para a introdução. Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1959.

LYRA, Roberto. *Direito penal normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

MAZZACANE, Aldo. Secolo dell'università – secolo delle professioni: le ragioni di un incontro. *In*: MAZZACANE, Aldo; VANO, Cristina (a cura di). *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*. Napoli: Jovene, 1994a.

MAZZACANE, Aldo. Pratica e insegnamento: l'istruzione giuridica a Napoli nel primo Ottocento. *In*: MAZZACANE, Aldo; VANO, Cristina (a cura di). *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*. Napoli: Jovene, 1994b.

NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em Estados autoritários; uma análise comparada entre os códigos penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. *Sequência*, vol. 37, n. 74, 2016. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177--7055.2016v37n74p153/33125]. Acesso em: 22.12.2016.

PETIT, Carlos. *Discurso sobre el Discurso*. Oralidad y Escritura en la Cultura Jurídica de la España Liberal. Huelva: Universidad de Huelva, 2000.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *História do direito civil brasileiro*: ensino e produção bibliográfica nas academias jurídicas do Império. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Rivista di diritto e procedura penale*, v. I, parte 1, 1910.

ROTHEN, José Carlos. A universidade brasileira na Reforma Francisco Campos de 1931. *Revista Brasileira de História da Educação*, n. 17, maio-ago. 2008. Dis-

ponível em: [www.rbhe.sbhe.org.br/index.php/rbhe/article/view/100/110]. Acesso em: 27.12.2016.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita [1990]. *In*: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2009.

SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale [2002]. *In*: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. v. I. Milano: Giuffrè, 2009.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar. *Criminologia e direito penal em Roberto Lyra e Nélson Hungria*: uma proposta indisciplinada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. Direito, ciência do social: o lugar dos juristas nos debates dos anos 1930 e 1940. *Estudos Históricos*, v. 29, n. 58, maio-ago. 2016. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/eh/v29n58/0103-2186-eh-29-58-0441.pdf]. Acesso em: 22.12.2016.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. Revistas jurídicas brasileiras: "cartografia histórica" de um gênero de impressos (anos 1840 – 1940). *Cadernos de Informação Jurídica*, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: [www.cajur.com.br/index.php/cajur/article/view/7/17]. Acesso em: 22.12.2016.

SONTAG, Ricardo. *"Código criminológico"?* Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

SONTAG, Ricardo. "A eloquência farfalhante da tribuna do júri": o tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. *História* (São Paulo), v. 28, n. 2, 2009. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742009000200010]. Acesso em: 17.12.2016.

SONTAG, Ricardo. "Triatoma baccalaureatus": sobre a crise do bacharelismo na Primeira República. *Espaço Jurídico*, v. 9, n. 1, jan.-jun. 2008.

SONTAG, Ricardo. *Código e técnica*. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. 2009. 163 f. Dissertação (Mestrado em Teoria e Filosofia do Direito) – Programa de pós-graduação em direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Disponível em: [www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0931-D.pdf]. Acesso em: 22.12.2016.

SONTAG, Ricardo. "O farol do bom senso": júri e ciência do direito penal em Roberto Lyra. *Sequência* (Florianópolis), n. 68, jun. 2014. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/seq/n68/10.pdf]. Acesso em: 17.12.2016.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2. ed. 2. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A ética do ensino jurídico: entre a criticidade e o tecnicismo, de Plínio Antônio Britto Gentil – *RT* 892/87-104 (DTR\2010\118);
- Beccaria e o pensamento jurídico-criminal, de Guilherme Costa Câmara – *RBCCrim* 44/301-335 (DTR\2003\316);
- Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI, de Salo de Carvalho – *RBC-Crim* 69/237-278 (DTR\2007\671); e
- Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil, de Nilo Batista – *Ciências Penais* 1/113-133 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/357-379 (DTR\2004\364).

Desconstruindo o dogma do Enunciado de Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça

Deconstructing the dogma of Enunciation of Precedent 231 of the Superior Court of Justice

Antonio Carlos Moni de Oliveira

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Mestrado em Direito (PPGDI) da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis (FADIR), da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).
Bacharel em Direito pela UNIFEB – Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos.
Defensor Público Criminal e das Execuções Penais no Estado de Minas Gerais.
Coordenador da Câmara de Estudos da Execução Penal da Defensoria Pública de Minas Gerais. Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
antonio.moni@defensoria.mg.def.br

Recebido em: 18.02.2016
Aprovado em: 07.07.2016
Última versão do autor: 17.11.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: No final da década de 90, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado de Súmula 231, representativo da jurisprudência daquele sodalício, segundo o qual é vedado ao magistrado, quando da dosimetria da pena, na segunda fase, reduzir a pena para *quantum* inferior ao cominado no preceito secundário do delito. Os argumentos foram, basicamente, o princípio da legalidade e o da individualização legislativa da pena. Contudo, existe a premente necessidade de revisão deste posicionamento, por vários motivos. Dentre eles, a própria evolução da saber jurídico, tanto no campo do Direito Penal como no campo do Direito Constitucional. Assim, é importante que tal entendimento passe por análise detida, verificando se, nos termos postos, ele é compatível com o sistema normativo nacional e internacional. E, com base nesta apreciação, uma vez constatada a sua inadequação como Direito Penal Democrático e equivocidade de seus pressupostos, reconstruir a própria individualização da pena.

Abstract: At the end of the 90s, the Superior Court of Justice issued the Enunciation of Precedent No. 231, representative of tribunal jurisprudence, whereby it is forbidden to the judge, as regards the dosimetry sanction, in the second phase, to reduce the punishment to quantum less than the foreseen by the secondary precept of crime. The arguments were the legality and the legislative punishment individualization principles. However, there is an imperious need to review this position, for several reasons. Among them, the evolution of the juridical knowledge, both in the field of criminal law as in the field of constitutional law. It is therefore important that such understanding being subjected to a detailed analysis, verifying its compatibility with the system. And, based on this analysis, rebuild the sanction individualization.

Oliveira, Antonio Carlos Moni de. Desconstruindo o dogma do Enunciado de Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 131. ano 25. p. 335-363. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

Palavras-chave: Dosimetria – Individualização – Pena – Atenuantes – Mínimo – Legalidade – Superação – Precedente.

Keywords: Dosimetry – Individualization – Punishment – Mitigating – Minimum – Legality – Overcoming – Precedent.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dosimetria penal e individualização da pena. 3. Dos precedentes e seus fundamentos. 4. Desconstruindo. 4.1. Princípio da individualização da pena. 4.2. Princípio da legalidade. 5. Reconstruindo a individualização da pena. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

"Mesmo que em todos os lugares do mundo os homens costumassem construir sobre areia as fundações de suas causas, daí não seria possível inferir que é assim que deve ser feito".[1]

No ano de 1999 a Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 231. Nela consignou o seguinte: "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".[2] Desde então nossos Tribunais vêm aplicado inadvertidamente e acriticamente este enunciado, sem qualquer apego ao seu conteúdo, ao seu significante, aos seus fundamentos.

Já é passada a hora de uma releitura e consequente abandono desse entendimento.

A doutrina, que antes parecia encampar o posicionamento da jurisprudência, vem revendo essa postura, numa interpretação mais consentânea aos novos rumos do fenômeno do Constitucionalismo, que permeia toda a dogmática penal. Fenômeno este que, a par de dizer o óbvio – princípios tem força normativa –, enchem de conteúdo axiológico os ditames constitucionais e, consequentemente, os outros ramos do direito que dele defluem. Não seria diferente com o Direito Penal.

Se a legalidade e a individualização da pena sempre sustentaram o entendimento jurisprudencial de que seria defeso ao Magistrado reduzir a pena abaixo do mínimo legal, é com base nesses mesmos signos que fica evidenciada a irracionalidade deste discurso.

1. HOBBES, T. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret. 2002 [1651], p. 157.
2. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do STJ*. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=341]. Acesso em: 26.07.2016.

A premissa é equivocada. E isso por um simples motivo: direitos e garantias fundamentais servem ao homem frente ao Leviatã e não o contrário (supressão de uma vírgula que está depois de Leviatã). Ou seja, não é o Estado que deve se valer da individualização da pena e da legalidade para aplicar a sanção penal, pautado em argumentos positivistas de Defesa Social. Mas o homem que deles se vale para se proteger da sanha punitiva e estigmatizadora do Estado.

É irascível que princípios Constitucionais desta estirpe ocasionem um recrudescimento da sanção penal.

(Supressão da conjunção aditiva "e") A coesão racional, uma necessidade do sistema, deixa de existir quando institutos que foram concebidos com uma finalidade são deturpados dando azo à sua utilização como alicerce a condutas que contrariam esta mesma finalidade.

É um fato que o precedente vem ganhando força na construção da regra jurídica aplicável ao caso concreto. E esse movimento, impulsionado fortemente pelo Novo Código de Processo Civil trás consigo a seguinte pergunta: Por que aplicar a Súmula 231?

Assim, já passa da hora de superação do entendimento jurisprudencial constante nesta súmula, trazendo de volta o óbvio: princípios são para o homem e não para o direito. Pois, só o homem é um fim em si mesmo. E com base nesta apreciação, uma vez constatada a sua inadequação como Direito Penal Democrático e equivocidade de seus pressupostos, reconstruir a própria individualização da pena.

O presente texto tem como objetivo, portanto, demonstrar que o ordenamento não impede a redução da pena para baixo do mínimo cominado no preceito secundário, ao contrário: determina a redução. Assim, caminhando entre as ideias fundamentais do entendimento ilustrado na aludida súmula e aquelas oriundas do neoconstitucionalismo e das premissas teóricas, ainda que clássicas, ignoradas, que permeiam os direitos e garantias fundamentais, influenciados pelo que se tem chamado neoconstitucionalismo, chegamos à conclusão de que o enunciado não se sustenta, além é claro, da própria mudança cultural que o Sistema Jurisdicional brasileiro vem sofrendo, saindo de uma característica, basicamente, de direito codificado para uma cultura pautada no precedente.

"Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio".[3]

3. KANT, I. *Fundamentos da metafisica do costume*. Trad. G. A. de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial/Barcarolla, 2009 [1785], p. 421.

2. Dosimetria penal e individualização da pena

O termo individualizar está estritamente ligado à singularidade, especificidade, mas não é só isso. No caso, quando utilizamos o termo individualização da pena, estamos nos referindo à adequação da pena à singularidade, às particularidades do indivíduo. Portanto, mais do que repartir ou isolar metodologicamente, o que é ato típico das ciências naturais, o processo de individualização da pena tem por propósito estabelecer a singularidade, irrepetível, de um fenômeno particular.[4]

"Individualizar a pena significa assim tomar individual uma situação, algo ou alguém, isto é, particularizar o que antes era geral, a evitar a estandardização".[5]

A individualização da pena, tal como é entendida nos tempos atuais remonta, tem como gérmen a escola correcionalista e é contemporânea ao próprio surgimento da criminologia, tendo influenciado todo conhecimento do Direito Penal no final século XIX.

Entendia-se que a pena deveria ser adaptada não ao fato, mas o indivíduo. O delito é só uma consequência, um desaguar da personalidade do criminoso (concepção sintomática do crime). Desta feita, adequar a pena ao fato criminoso seria tratar o sintoma e não o doente, o que, de acordo com a concepção correcionalista seria um equívoco.

> La pena tiene como razón jurídica inmediata "la arbitrariedade inmoral de un hombre, manifestada exteriormente y dirigida de un modo indudable a la pertubación del orden social del Derecho", y como inmediato fin jurídico, "el restablecimiento radical, por todos los medios adecuados y justos, de esa voluntad pervertida, manifestada en el hecho y según el género y grado de maldad que revela.[6]

Portanto, com base na doutrina do correcionalismo, a pena, para lograr seu intento e recuperar a vontade "pervertida" do criminoso, manifestada através do delito, não poderia partir do homem "médio", aquele geral e abstrato. Mas sim do "ser" do "*indivíduo*", uno, indivisível, com suas particularidades, pois só assim seria possível que o Magistrado, bem como a Administração da execução penal pudesse trabalhar a pena em sua exata medida.

---

4. GUZMÁN DÁLBORA, J.L. La "individualización" de la pena: contenido, trayectoria histórica y crítica del concepto. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 35, p. 66-78, abr./mai. 2010, p. 67.
5. QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*, 4ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 318.
6. GUZMÁN DÁLBORA, J.L, *loc. cit*.

A busca da pena na "exata medida", portanto, tem como pressuposto o conhecimento do criminoso pelo julgador.

Podemos ver aqui, inclusive, uma manifestação da teoria kantiana do objeto, pois a base do correcionalismo tinha como ideia central a de que "nunca hombre alguno puede merecer la pérdida de todo su derecho y convertirse en mera cosa", na clara intenção de salvar a "regra de ouro",[7] aplicando a pena estritamente necessária para correcionar o delinquente.

É inegável que o correcionalismo está tomado de boas intenções. Contudo, de boas intenções o inferno está cheio. Ora, como todas correntes criminológicas oitocentistas, o correcionalismo ignora a própria construção do delito. Passa ao largo da insofismável assertiva de que o crime precede o criminoso e tratar o crime como uma manifestação da personalidade viciada do criminoso é ignorar que a própria criação do delito deflui do homem, e de um homem que, talvez, seja criminoso. Portanto, a criação do delito, assim, poderia ser sintoma da patologia que o correcionalismo procura tratar.

A ideia do correcionalismo desagua até os dias atuais. Ora, tratar a individualização da pena como uma forma de corrigir o condenado? Ou o crime como uma manifestação da vontade transviada do delinquente? Passado? Não. O próprio artigo 59 do Código Penal faz coro à corrente correcionalista ao inserir como circunstância judicial a "personalidade do agente".

É inegável que o maior mérito da doutrina correcionalista foi, sem dúvida, abandonar a ideia do homem médio. Ora, o homem médio não existe. O homem médio daquele que julga é o seu próprio espelho, é ele mesmo.

Seguindo a escada da evolução histórica da individualização, mais adiante, o positivismo criminológico, nas palavras de Dálbora, no artigo nunca assaz citado, busca, embasado em argumentos próprios de defesa social, implantar "la regla de hierro", no lugar do imperativo categórico kantiano (regra de ouro), imprimindo, de fato, um utilitarismo com a pena. A pena deve ser, antes de qualquer coisa, útil. Há um verdadeiro giro de análise. Abandona-se a ideia de indivíduo, de modo que deixa de pautar-se, quanto da quantificação da pena, no ser e passa-se a analisar a utilidade social da pena ser aplicada. A análise do autor é muito bem representada no seguinte trecho:

"En efecto, la dureza inherente a este sistema proveine de una concepcíon orgânica de la sociedade y una explicación del delito cual sintoma de la patologia de uno de sus membros".[8]

7. RÖDER, *Las doctrinas*, p. 239, *apud in* GUZMÁN DÁLBORA, J.L, *op. cit*, p. 71.

8. *Ibidem*, p. 72.

Particularmente, diria que o crime, de acordo com esta corrente, seria mais que uma patologia do indivíduo, mas uma patologia do próprio grupo social orgânico. De modo que busca-se "inocular" a própria doença, retirando-a do organismo – é assepsia. Doutro lado, não abandonando as metáforas, a pena deveria funcionar como uma vacina, um mecanismo de defesa do grupo social; seriam os glóbulos brancos. Aqui ganha relevo, ainda, o grau de periculosidade, quantificado de acordo com o mal que o ser doente pode acarretar à sociedade.

Dentre as contribuições do positivismo, a de maior relevo foi trazer para a dogmática moderna, no que se refere às teorias justificadoras da pena, a prevenção especial.

Sim, a pena deve ser imposta de modo que o delinquente seja, de um lado, tratado (prevenção especial positiva) e, de outro, seja "*aislado*" e impedido de cometer novos delitos.

Também nesta linha de pensamento, a Escola alemã moderna, liderada pelo próprio Von Liszt, reconhecidamente, um dos mais importantes penalistas do século XX, segundo o qual individualizar a pena seria, indubitavelmente, castigar não o fato, mas o autor; a pena seria utilizada como instrumento intimidatório, corretivo e inocuizante, segundo o estabelecido pelo tipo de crime; a proporcionalidade entre o delito e a pena deveria ser abandonada para que a segunda fosse ajustada à vontade interna do delinquente.

Os limites máximos e mínimos da pena perderiam qualquer função, de modo que um conselho de execução deveria decidir quem é posto em liberdade. O autor prega a total inutilidade da individualização legal, pois a lei seria abstrata por demais para prever o tratamento do delinquente.

No final do século XIX vem a lume importante tratado sobre a individualização da pena escrito por Sailelles, que condensou as inspirações da prevenção especial, de raiz eminentemente naturalista. Nele o autor equipara o crime a uma doença, sendo que ao juiz cabe analisar e medicar o criminoso, assim como o médico analisa a doença. A individualização nada mais é do que a apropriação dos meios repressivos com a finalidade de eliminar a criminalidade, seja através da reforma moral do criminoso, seja por sua neutralização. A originalidade de Sailelles está em que ele foi o primeiro a tratar acerca das três fases na individualização da pena: legal, judicial e administrativa.

Atualmente, podemos dizer que o "tornar a pena individual" deve se pautar nos princípios Constitucionais estabelecidos, expressos e implícitos, que lhe são inerentes, como o da humanidade das penas, da legalidade e ofensividade, pois a pena imposta deve ser a menos injusta possível – a pena é sempre injus-

ta. Além, é claro, do dever de respeito à própria regra da proporcionalidade. Ora, o respeito ao indivíduo que está em situação de extrema desvantagem com relação ao Estado é uma das finalidades do direito penal. Isso fica muito claro em Ferrajoli:[9]

> (...) El derecho penal ha sido en efecto el terreno en el cual el paradigma del estado de derecho fue pensado y construído como sistema de limites legales a la violência: como sistema de limites a la violência y a la liberdad salvaje de los asosiados, mediante la prohbición, la constatación y la punición como delito de las violaciones a los derechos de los demás o a otros bienes ou intereses definidos como fundamentales; y como sistema de limites a la violencia e a la postestad punitiva del Estado, mediante las garantias penales e procesales, que impiden la prohbición de las acciones inofensivas o no delictivas sin una adecuada contactación.

Neste mote, a atividade de individualizar a pena se trata, em verdade, de concretizar a pena, tirá-la do mundo deôntico, trazendo-a para o mundo ôntico, ou seja, aplicá-la, vivificá-la, impedindo o emprego de violência desmedida e ilegítima por parte do Estado.

> Um importantíssimo capítulo do direito penal é o da quantificação ou individualização da pena, que se encontra bastante descuidado pela doutrina, pelo menos nestes últimos anos, resultado que é do exagerado desenvolvimento que envolveu a teoria do delito, em detrimento deste capítulo, e que, lamentavelmente, compromete tanto as garantias individuais como a segurança jurídica. Um deficiente desenvolvimento da teoria do delito, sem princípios claros, leva invariavelmente ao campo da arbitrariedade, quando as "margens penais" apresentam exagerada amplitude e convertem o arbítrio judicial em verdadeira arbitrariedade.[10]

O nosso ordenamento adota divisão feita, e parcialmente criticada, por Sailelles, atualmente, pois a individualização da pena passa, efetivamente, por três "momentos", ou etapas.

O primeiro deles é o da tipificação formal das condutas, realizada pelo Legislador que, ao exercer sua atividade criativa, de inovação na ordem jurídica, descreve determinado proceder humano, erigindo-o à categoria de crime e, pa-

9. FERRAJOLI, L. *Derecho penal y estado de derecho*. Espacio abierto: revista del Ciej-Afju, Montevideo, n. 9, p. 17-26, nov. 2008, p. 17.

10. ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H.. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1:* parte geral, 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 706.

ralelamente, estipula o *quantum* de pena, mínimo e máximo, a que se submete aquele indivíduo cuja conduta se amolda ao tipo previsto (*Strafbemessung*). Ou seja, o Legislador cria duas balizas: pena mínima e pena máxima, através daquilo que se convencionou chamar de preceito secundário da norma penal criminalizadora, a que fica sujeito o criminoso. A pena mínima funciona como um ponto de partida. Um número certo que serve de parâmetro para a incidência dos outros momentos de individualização. Doutro lado, a pena máxima serve como um limite para as outras fases.

Sailelles criticou veementemente esta fase da individualização. Ora, se a pena deve ser aplicada ao criminoso como um antídoto, impossível sua predeterminação. Quem aplica a pena, quem é o cognoscente, é o magistrado; ele é quem prescreve o remédio, administrado pela Administração Penitenciária. Deste modo, a individualização legal seria um simulacro de individualização.

No segundo momento a individualização da pena é feita pelo magistrado que, dentro de uma discricionariedade mitigada (se é que existe alguma que não o seja), com base no que dispõe a lei, entendida em sentido amplo, fixa e impõe a pena ao agente, já que o "arbitrio de los Tribunales debe estar *juridicamente vinculado*, isto es, debe ser ejercido com arreglo a principios jurídicos"[11] (*Strafzummessung*). Parte, portanto, da pena mínima fixada no preceito secundário. Tem, a partir dali, um ponto no qual fará incidir seus critérios legais que aumentam e diminuem a pena. É, segundo Saleilles, o diagnóstico.

Por fim, tendo em vista a adoção, pelo nosso ordenamento, de acordo com a expressão literal do artigo 33, § 2º, do Código de Penal[12] e do artigo 112, da Lei de Execuções Penais (LEP),[13] do sistema progressivo, a individualização ocorre no próprio executar da pena, onde existe a possibilidade de que ela alcance seu objetivo, ao menos nos termos do discurso de justificação: a emenda

11. CHOCLÁN, J. A. M.. Individualización judicial de la pena. *Revista Canaria de Ciencias Penales, Las Palmas de Gran Canaria*, n. 3, p. 101-124, jul. 1999, p. 100.
12. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm]. Acesso em: 27.07.2016.
13. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm]. Acesso em: 27.07.2016.

e recuperação social do condenado. Funcionaria como a concessão de uma recompensa ao apenado, de modo que se ele se comporta bem, progride, já que demonstra que está se adaptando ao convívio social. Nos termos de Saleilles é o próprio tratamento.[14]

Conforme pontua Domingos Barroso da Costa, citando Ferrajoli,[15] quando se refere à individualização da pena, a concretização da pena é, em suma, a concretização do princípio da proporcionalidade,

"(...) que orienta e se reflete em todo o ordenamento, mas tem especial importância no que diz do Direito Penal, especificamente no que concerne à aplicação de penas que, para serem justas, não devem superar o *mínimo necessário*".

Esse mínimo necessário é pautado naquilo que ROIG chama de "teoria redutora de danos",[16] que deve fundamentar toda atividade do intérprete, de modo que o Direito Penal e, consequentemente, as três fases da individualização, atue de modo que seja o menos lesivo possível ao cidadão estigmatizado, de modo que o "preso" continue responsável, ao menos teoricamente, por seu próprio destino.[17]

É, portanto, certo que a busca pela redução de danos e pela concretização dos princípios acima carreados deve permear as três fases da individualização da pena. Contudo, uma delas ganha especial realce, pelo menos para o presen-

14. Se o autor entende que o crime é uma doença, que a individualização legislativa não deve existir, porque não passa de arremedo que desconhece a unicidade da pessoa; que a individualização judicial é o diagnóstico, que prescreve o remédio e; por fim, que a fase administrativa é o tratamento, que deve curar ou, ao menos, neutralizar o delinquente, a consequência lógica disso é que ele admite a indeterminabilidade da pena.

15. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2010. p. 362-366, *apud in* COSTA, D. B. *Um pouco mais sobre as atenuantes e a possibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4816-Um-pouco-mais-sobre-as-atenuantes-e-a-possibilidade-de-fixao-da-pena-aqum-do-mnimo-legal]. Boletim IBCCRIM, Fevereiro de 2013. Acesso em: 25.11.2015.

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

17. A referência é uma alusão à frase de David Brion Davis: "para aqueles contrários à escravidão (...) não era a subordinação do escravo ou a falta de mobilidade que contrariava a natureza. Era, em vez disso, a inexistência de uma moeda de troca que tornasse o trabalhador responsável, ao menos teoricamente, por seu próprio destino". *In*: PATEMAN, C. *O contrato Sexual*: Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 63.

te trabalho: a individualização jurisdicional. Isso porque, a par de critérios que são estabelecidos legalmente (individualização legislativa), a atuação jurisdicional, quando faz a dosimetria e aplica a pena, goza de certa discricionariedade, já que no nosso ordenamento só na terceira fase do sistema trifásico de Hungria é que existe uma fração estipulada pelo legislador. E essa discricionariedade, mitigada, repita-se, acaba por conferir um dever-poder ao magistrado, que nem sempre é utilizado com a parcimônia devida.

Em *Aplicação das Penas: limites, princípios e novos parâmetros*, Roig, com precisão cirúrgica, assevera que:

> Na jurisprudência e em parte da doutrina brasileira ainda se encontra enraizada a concepção de que o processo de aplicação da pena privativa de liberdade consiste de urna tarefa procedimental-subjetiva do juiz, sem que haja a necessidade de reflexão quanto a própria legitimidade do sistema penal. Ignorando a deslegitimacão do sistema penal, em regra os intérpretes e aplicadores do Direito procuram atribuir algum sentido a esta tarefa, comumente fazendo uso de discursos positivistas, retribucionistas ou periculosistas, muitos deles se apegando – outros simplesmente desistindo de conferir algum significado – as aclamadas funções da pena. [18]

Ocorre que,

> (...) La segunda fracción del siglo XX repite el error com el auge de la prevención especial. Esta vez entran a tallar el positivismo larvado de la nueva defensa social, que basa su propoesta medular del tratamento resocializador en la investigación de la personalidade del delincuente, y, por cierto, los fragmentos del Derecho Penal de autor que aún quedan en los ordenamientos de nuestros días, como los conceptos de la habitualidade y profesionalidad, la agravación penal para el reincidente y la estimación de la conducta anterior y posterior al delito en el quantum de la pena. [19]

É certo que a individualização, principalmente na forma que aplicada pela jurisprudência brasileira, é impregnada desse ideal da criminologia positivista, principalmente quanto aos critérios relacionados aos conceitos de habitualidade e profissionalidade, signos geralmente traduzidos, em sentenças hodiernas, por frases compostas, muito presentes em nosso dia a dia forense, como "alto grau de culpabilidade", "contumaz violador do ordenamento jurídico", "o acusado demonstra descaso para com o direito", "o réu é perigoso"...

18. *Ibidem*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17.
19. DALBORA, *op. cit.*, p. 77.

3. Dos precedentes e seus fundamentos

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

(Terceira Seção, D.J. 22.09.1999, d.p. 15.10.1999)

De suma importância a análise minuciosa dos precedentes que deram origem ao enunciado aqui questionado. Mais do que isso, a análise dos fundamentos constantes nos precedentes é indispensável, pois para desconstruir algo antes é preciso analisar a construção e os materiais que lhe deram suporte. Qual seu alicerce?

Nessa senda, no sítio do Superior Tribunal de Justiça é possível notar que a edição do enunciado de súmula 231 teve como precedentes cinco Recursos Especiais: o REsp7287/PR,[20] o REsp 15691/PR,[21] o REsp 32344/PR,[22] o REsp 46182/DF,[23] o REsp 49500/SP[24] e o REsp 146056/RS.[25]

No primeiro, o Relator Ministro William Patterson consigna, citando Damásio Evangelista de Jesus, que

"Demonstrou o recorrente que em momento algum de nossa história legislativa foi permitido estabelecer-se pena inferior ou superior ao mínimo legal, em razão de sistemas de aplicabilidade".

Pelo que se dessume do julgado, portanto, a tese vencedora teve como fundamento a ausência de previsão legal, ou seja: o princípio da legalidade. Pois, já que a lei (ordenamento) não previa essa possibilidade, o julgador não poderia reduzir a pena abaixo do mínimo legal. O Código Penal não permite.

No segundo julgado acima citado, por maioria de votos, os Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel entenderam que a redução não pode

20. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100004812&dt_publicacao=06/05/1991]. Acesso em: 27.07.2016.
21. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100212121&dt_publicacao=03/05/1993]. Acesso em: 27.07.2016.
22. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199300046675&dt_publicacao=17/05/1993]. Acesso em: 27.07.2016.
23. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400088477&dt_publicacao=16/05/1994]. Acesso em: 27.07.2016.
24. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400166222&dt_publicacao=15/08/1994]. Acesso em: 27.07.2016.
25. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700604985&dt_publicacao=10/11/1997]. Acesso em: 27.07.2016.

ficar abaixo do mínimo legal, pois isso corresponderia a macular o próprio princípio da individualização da pena, na primeira fase acima citada, ou seja, na fase legislativa. Ao trazer a pena para aquém daquele limite mínimo, o julgador estaria embrenhando na seara legislativa. Neste julgado, os eminentes Ministros não deixam de fazer alusão à violação ao princípio constitucional da legalidade. Por fim, ressaltam que isso seria equiparar as atenuantes e agravantes às causas de aumento e diminuição de pena.

Os outros julgados nada acrescentaram, limitando-se a repetir as conclusões anteriores. Apenas no REsp 146056 o Ministro Relator chega a questionar a fixação do limite mínimo acaso fosse possível transpor sua barreira

> A alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de concurso de agentes em que dois dos réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, data vênia, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de 'competição' entre réus delinquentes.
>
> (...)
>
> *Por último*, a expressão "sempre atenuam" não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, *desde que a pena base não esteja no mínimo*, diga-se, *até ai, reprovação mínima do tipo*. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as agravantes ("que sempre agravam a pena") pudesse levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da ampla indeterminação) (destaque no original).

Assim, podemos notar dois macrofundamentos para o reconhecimento jurisprudencial da Súmula 231: o princípio da legalidade e da individualização da pena. Os outros argumentos são decorrência destes *topoi*.

Podemos extrair até aqui que os julgados se valem de duas garantias constitucionais de máxima grandeza para justificar a impossibilidade de aplicação da lei e da personalização da pena. A dicotomia é flagrante.

4. Desconstruindo

"Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem *valore* e *bens* constitucionais (...)".[26]

26. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.

Tanto o princípio da individualização da pena como o da legalidade são, sobretudo, garantias individuais,[27] e coletivas, nos termos da Constituição. São mandamentos nucleares com enorme carga valorativa que devem permear toda, repita-se, *toda*, conduta Estatal, de modo que qualquer ato derivado do Estado que contraste esse mandamento está eivado de inconstitucionalidade.

Mais adiante, pontua Silva que são, também e antes de tudo, direitos individuais

> (...) *direitos fundamentais do homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Por isso, a doutrina (francesa, especialmente) costuma englobá-los na concepção de *liberdade-autonomia*.[28] (destaque do original)

E, como direitos fundamentais que são, existem para que a dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CR) possa ser exercida em sua plenitude.

Correndo o risco de ser acaciano: direitos fundamentais, garantias fundamentais, Constitucionais, são para o homem[29] em face do Estado. Não o contrário: do Estado em face do homem. De modo que qualquer interpretação que deles se extraia ou que deles se utilize deve ter como fundamento essa premissa. Para isso nasceram, para isso se desenvolveram e para isso devem servir.

> A expressão *direitos fundamentais* (*droitsfondamentaux*) surgiu na França (1770) no movimento político e cultural que deu origem à *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. Apesar da inexistência de um consenso acerca da diferença em relação aos *direitos humanos*, a distinção mais usual é no sentido de que ambos contemplam, em planos distintos, direitos relacionados à liberdade e à igualdade *criados com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*. [30] (destaque no original).

Adiante-se que mais à frente os mesmos argumentos utilizados para sustentar a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal serão

27. A referência à "garantia constitucional" neste ponto foi feita de forma técnica, ou seja, com o conteúdo de ferramenta destinada a resguardar e possibilitar o exercício de direitos. Contudo, no transcorrer deste trabalho pede-se vênia para utilizar o termo em seu sentido lato, ou seja, sem apego a diferenciação entre garantia e direito, já que todo direito configura uma garantia e toda garantia configura um direito.
28. *Idem*.
29. Como todo o resto.
30. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 351-352.

utilizados para sustentar a possibilidade de redução. Ora, o que diferencia uma interpretação da outra é justamente esse fator: os direitos e garantias fundamentais servem para o homem e não para o Estado.

É equivocada a interpretação que, embasada nesses dois princípios, esqueça essa premissa básica.

Portanto, é nesse mote que estes princípios devem conduzir a concreção daquilo que Barroso chama de "Dignidade como valor intrínseco da pessoa humana":

> Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro anti-autoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.[31]

4.1. Princípio da individualização da pena

Primeiramente tratemos do princípio da individualização da pena.

Conforme acima pontuado, o princípio da individualização da pena se traduz na necessidade de adequar a sanção ao fato criminalizado. Ou melhor, consiste em adequar a pena ao fato delituoso. É o exercício de função jurisdicional na qual o magistrado dá concretude à individualização legislativa.

Para ROIG, o

> (...) princípio da individualização parte do pressuposto de que a vagueza presente no art. 59 do CP e nas demais normas de aplicação de pena é atentatória ao princípio da legalidade, urna vez que não pode haver pena, nem seu incremento, sem lei estrita. Essa constatação, atrelada ao dever constitucional de minimização da afetação individual, conduz a conclusão de que a individualização da pena, especialmente veiculada através do art. 59 do CP, somente se mostra constitucional quando operada em sentido redutor. De forma mais objetiva, é possível afirmar que a individualização da pena representa urna excepcionalização do princípio da legalidade, e como tal não pode ser empregada de modo contrário ao acusado, seja pelo aplicador ou pelo intérprete da norma.[32]

---

31. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf]. Acesso em: 12.12.2015. p. 28.

32. *Op. cit.*, p. 109.

Portanto, neste momento, o Magistrado, levando em consideração as balizas legais, fixa a pena.

Veja que aludido princípio em nenhum momento coloca limites outros que não a dignidade da pessoa humana, o que, em verdade é inerente a todos os princípios. O que a Constituição impõe é: o juiz deve fixar a pena menos injusta.

Trata-se, é verdade, da falsa conclusão de que o Magistrado, ao fixar a pena, deva respeitar os limites mínimos e máximos impostos pelo legislador. Ora, se é verdade que a individualização da pena possui uma "fase" legislativa, que deve pautar a atuação do magistrado, de outro é verdade, também, que não existe mandamento normativo que imponha ao magistrado a mantença da pena dentro dos limites mínimos e máximos previstos no preceito secundário. Ao contrário: se o legislador dispôs que "são circunstâncias que sempre atenuam a pena", o Magistrado estará desrespeitando a individualização legislativa se não levar essas circunstâncias em consideração.

Não é nem um pouco eloquente asseverar que o Magistrado deve respeitar as balizas do preceito secundário e doutro dizer que o magistrado não tem que respeitar o "sempre" imposto pela mesma fonte.

Portanto, é exatamente quando o magistrado não aplica a pena abaixo do mínimo legal, existindo circunstância que acarrete a tanto que ele desrespeita o princípio da individualização, tanto por desrespeitar o mandamento do legislador, quanto por deixar de concretizar a pena, com todas as características do fato delituoso praticado.

A colaboração entre legislador e juiz na dosimetria penal está diretamente submetida à Constituição, e só quando realizada dentro de seus parâmetros pode ser considerada legítima, pois, a lesão ao princípio da individualização ocorre, sendo mais uma vez acaciano (o que vem sendo mais necessário ultimamente), quando o magistrado não individualiza.

A individualização do macrocosmo punitivo ao microcosmo indivíduo há de ser feito de modo que, literalmente, a menor pena seja aplicada. Particularizar a reprimenda às circunstâncias fáticas do delito é instrumento da própria concretização da dignidade da pessoa humana.

4.2. Princípio da legalidade

Não prospera também a alegação de violação ao princípio da legalidade.

Sem querer aprofundar muito no tema, o princípio da legalidade, é daqueles signos que, filologicamente falando é mais fácil compreender do que descre-

ver. No âmbito do direito penal, por muitos é chamado de princípio da estrita legalidade, por outros, princípio da reserva legal, e há ainda os que falam em reserva qualificada e os que diferenciam os termos, valendo-se de cada um para uma situação específica. Enfim, aqui o termo está sendo utilizado como significante do mandamento Constitucional-Democrático que consigna que somente a lei (estrita, certa, prévia e escrita) pode criar crime e impor sanção. Do contrário, inexistindo lei, violado o princípio. Ou seja, a sanção penal depende de lei, em sentido estrito, sendo vedada qualquer outra forma jurídica de criação e, também, que aumente determinada pena, cominada a determinado delito. E ninguém duvida que a imposição de barreiras à diminuição de pena configura uma hipótese de seu agravamento.

A vedação de redução da pena abaixo do mínimo legal quando presente circunstância atenuante é que viola a legalidade e não o contrário. Quando o Estado-juiz cria hipótese na qual é vedado reduzir uma pena, ele está, via direta, conduzindo ao agravamento de uma pena.

Repare que num dos julgados utilizados como precedente da súmula, o Relator para o acórdão chega a justificar a não aplicação da atenuante, consignando que, apesar de a lei dizer "sempre atenua", existem hipóteses nas quais sua incidência não acarretará a redução, dentre elas quando a atenuação acarrete o rompimento da barreira mínima do preceito secundário.

É, no mínimo, estranho justificar a legalidade com a ilegalidade. Vira jogo de dados quando passamos a escolher, sem qualquer critério claro, qual lei devemos vilipendiar.

É por isso que devemos aplicar o princípio da legalidade que, aliado ao princípio da motivação, tem o condão de fundamentar as decisões jurisdicionais.

> La jurisdicción – a diferencia de todas las otras atividades jurídicas preceptuadas, como las leyes, los reglamentos, los actos administrativos, los negocios privados, cuya validez non tienen nada que ver con la verdad o con la falsedad, dependen sólo de la norma superior – es una actividad teorética más que práctica prescriptiva, teniendo por justificación o *motivación*, una actividad cognoscitiva eh hecho e en derecho, que se expresa em afirmaciones: cuya verdade – por supuesto, no absoluta sino relativa, remite a la verificación empírica, sujeta a prueba e contrapueba, abierta a la negación o a la confirmación mediante el contradictorio – condiociona la validez o legitimidad de los actos motivados por ella. Esta específica naturaliza cognotiva y no simplesmente decisória de la jurisdiccion, depende también de la estricta legalidade o taxatividad de la fattispecie penal, cuya determinación

> empírica representa una condición semántica dependiente de la veracidade y de la falsedad de las motivaciones judiciales.[33]

Em verdade, a interpretação doutrinária, que não consta dos julgados que serviram de precedentes, de que a atenuante não pode acarretar a redução aquém do mínimo cominado teve como fundamento inicial a interpretação analógica do parágrafo único do artigo 48, da redação primeva do Código Penal de 1940, *in literis*:

> Circunstâncias atenuantes
>
> Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
>
> (...)
>
> Atenuação especial da pena
>
> Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.[34]

Ocorre que, nem mesmo o dispositivo acima citado estende a previsão para as outras circunstâncias atenuantes, fazendo referência à atenuação especial da pena. Ademais, se o legislador especificou, dizendo que apenas naquele caso a "atenuação especial" não poderia conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal foi porque, inegavelmente, era possível a redução em casos outros. Pois, bastaria ao legislador dizer que o reconhecimento da atenuante não poderia acarretar a redução que, ao menos no plano infraconstitucional, estaríamos livres de dúvidas.

A utilização de citado dispositivo como fundamento da Súmula 231 seria de todo despropositada, é de todo despropositada. Veja o entender de Bitencourt:

> Na verdade, equipararam-se coisas distintas, dispositivos legais diferentes, ou seja, artigo revogado (art. 48, parágrafo único) e artigo em vigor (art. 65); aquele se referia a uma causa de diminuição específica; este, às circunstâncias atenuantes genéricas, que são coisas absolutamente inconfundíveis; impossível, consequentemente, aplicar-se qualquer dos dois institutos, tanto da analogia quanto da interpretação analógica. A finalidade da interpretação é encontrar a 'vontade' da lei, ao passo que o objetivo da analogia, contra-

33. FERRAJOLI, L. Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal. Capítulo Criminológico: *Revista de las Disciplinas del Control Social*, Maracaibo, v. 16, p. 1-12, 1988.

34. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm]. Acesso em: 27.07.2016.

> riamente, é suprir essa 'vontade', o que, convenhamos, só pode ocorrer em circunstâncias carentes de tal vontade. [35]

O que os Ministros fizeram foi grave, não se atentaram para os fundamentos do entendimento doutrinário ao editarem a súmula.

Em tempos de Novo Código Civil que encampa, ainda que parcialmente, o sistema de precedentes, a edição da súmula questionada foi, no mínimo, leviana, em que pese a sua não vinculação.

Ora, buscando evitar essas situações, o Novel diploma processual civil que terá inúmeras consequências no processo penal e no direito penal mesmo, se debruça sobre o tema em seu artigo 489, § 1°, inciso V:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;[36]

Ou seja, o julgador deve, no mínimo, identificar os fundamentos determinantes do precedente ou da súmula e demonstrar que o julgamento se ajusta aos fundamentos invocados. A indagação aqui é quais seriam os fundamentos da Súmula 231.

Pois, a utilização do princípio da legalidade para justificar a impossibilidade de fixar apenas abaixo do mínimo cominado pelo preceito secundário acarreta uma dicotomia impossível de ser resolvida. É a utilização da doença como remédio.

Ao contrário, quando temos como suporte a premissa de que direitos e garantias fundamentais servem para proteger o homem contra o poder do Estado, fica muito mais fácil chegar a uma conclusão lógica e racional.

5. Reconstruindo a individualização da pena

Ora, ainda no século XVIII, Cesare Bonesansa, o Marquês de Beccaria, em seu clássico *Dos Delitos e das Penas*, ao concluir sua obra, Beccaria afirma que,

35. BITENCOURT, C. R.. *Limites da pena-base e a equivocada Súmula (231) do STJ*. [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5184-Limites-da-pena-base-e-a-equivocada-Smula-231-do-STJ]. Boletim IBCCRIM 262, Setembro de 2014. Acesso em: 25.11.2015.

36. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm]. Acesso em: 27.07.2016.

"É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada pelo delito e determinada pela Lei".[37]

Partindo dessa premissa de que o Estado deve aplicar a menor pena possível, ou seja, a menos injusta, Ferrajoli,[38] em seu artigo *Derecho penal y estado de derecho*, com extrema felicidade e invulgar clareza, extrai duas conclusões, ou premissas menores.

A primeira, que ele chama de *paradigma meta-teórico*, na tradução em espanhol, aduz que o direito penal só se justifica se for capaz de alcançar suas finalidades, quais sejam: reduzir as violações à bens e direitos fundamentais e prevenir sanções arbitrárias. Ou seja, o direito penal deve ser instrumento de redução da violência e da arbitrariedade que sua ausência produziria.

A outra premissa menor, *paradigma normativo*, é a de que a mesma formula deve designar o sistema de garantias penais e processuais penais idôneos para satisfazer os dois objetivos através dos quais as proibições, penas e processos dirigidos à proteção das duas classes de bens e direitos fundamentais.

O direito penal, sem com isso dizer que esta tarefa é sua exclusividade, é polivalente, de modo que ele deve dum lado coibir e proibir condutas violadoras de direitos pelo indivíduo e de, outro lado, impedir que o Estado pratique condutas violadoras de direitos fundamentais do indivíduo.

Assim, o próprio direito penal, como objeto cognocente, não pode ser desvinculado de uma de suas finalidades primordiais, ou seja, prevenir sanções arbitrárias, o que a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acaba por permitir, pois impedir a aplicação de circunstância atenuante acarreta para a pessoa na aplicação de uma pena que não corresponde com aquela minimamente aplicável, com a pena menos injusta.

Ao impedir a aplicação de penas diversas para pessoas que estão em situações diversas, o que ocorre é aplicação de pena injusta, uma discriminação negativa.

Alguns desavisados poderiam questionar: Para que raio serve então o mínimo legal? A resposta é simples: é ponto de partida. É a premissa da qual parte do magistrado na fixação da pena concreta.

Não existisse a pena mínima, o magistrado não teria como realizar individualização, não teria como quantificar a pena. Na primeira fase, notando que

37. BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998 [1764], p. 107.

38. *Op. cit*.

o indivíduo possui antecedentes (ou não possui), como deve proceder o juiz? Levando em consideração, principalmente, que, no Brasil, adotamos o critério do aumento por frações? Um sexto de zero, quanto é?

Portanto, seria inviável a inexistência de uma pena mínima, que serve para isso, e não para limitar a atuação do Magistrado durante a fixação da pena.

Domingos Barroso aduz que:

> A interpretação do *sistema* de definição de penas a partir de um critério trifásico conduz a esta conclusão – tal como previsto no Código Penal –, indicando que o mínimo legalmente estabelecido serve de parâmetros para a fixação da pena-base sem, contudo, limitar a consideração das atenuantes e sua efetiva aplicação em benefício dos acusados em processo penal, pela razão de se tratar de circunstâncias que *sempre* atenuam a pena, como se extrai do art. 65 do CP.[39]

Por isso, é de todo despropositada a utilização da analogia *juris* da interpretação a que se chegou sobre a necessidade de uma pena máxima no preceito secundário. Ou melhor, ouso dizer que a interpretação da analogia *juris*[40] aqui seria até válida, não nos termos da Súmula 231, mas em outro, qual seja: o preceito máximo é ponto de chegada. O que torna até questionável a possibilidade da majorante conduzir uma pena para além do máximo legalmente cominado.

Veja Domingos Barroso Costa, tratando de causas atenuantes:

> (...) antes que se cogite a possibilidade de simetria do raciocínio, oportuno frisar que, embora a incidência de atenuantes possa determinar a fixação da pena aquém do mínimo legalmente estabelecido, o mesmo não se aplica às agravantes em relação ao máximo da pena – já que não previstas em números certos, como as causas de aumento. Seguindo o sentido indicado pela coerência dos princípios (garantias) que orientam a interpretação das leis penais, há de se concluir que, enquanto a pena mínima abstratamente

39. COSTA, D. B. *Um pouco mais sobre as atenuantes e a possibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4816-Um-pouco-mais-sobre-as-atenuantes-e-a-possibilidade-de-fixao-da-pena-aqum-do-mnimo-legal]. Boletim IBCCRIM, Fevereiro de 2013. Acesso em: 25.11.2015.

40. Segundo Bitencourt "a não aplicação do art. 65 do CP, para evitar que a pena fique aquém do mínimo cominado, não configura, como se imagina, *interpretação analógica*, mas verdadeira *analogia* – vedada em Direito Penal – para suprimir um Direito Público subjetivo, qual seja a *obrigatória* (circunstância que sempre atenua a pena) atenuação de pena" (Limites da pena-base e a equivocada Súmula (231) do STJ. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5184-Limites-da-pena-base-e-a-equivocada-Smula-231-do-STJ]. Boletim IBCCRIM 262, Setembro de 2014).

> cominada serve de parâmetro exclusivamente no que concerne à fixação da pena-base, a pena máxima prevista põe-se como limite insuperável pelo Juiz – no que tange à incidência de agravantes –, justamente por ser o máximo definido pela lei, a impedir arbítrios que, aí sim, violem o princípio da legalidade, em sua condição de garantia contra os excessos que se podem verificar no exercício do poder punitivo.[41]

A Lei – e isso é insofismável – não prevê a impossibilidade de redução aquém do mínimo legal. Mas, daí a se reconhecer a existência de uma vedação é mais difícil, muito mais difícil, do que sustentar a ausência de vedação. Ora, já nos primeiros anos de faculdade de direito se aprende que o que a lei não veda, não proíbe. Ainda mais se tratando de matéria penal. É mais fácil acreditar em gigantes do que em moinhos de vento...

Sobre o tema, pontua Bitencourt:

> (...) Ademais, o texto atual do Código Penal (Lei 7.209/1984) não apresenta qualquer empecilho que impossibilite o reconhecimento de qualquer atenuante, ainda que isso possa significar uma pena (base, provisória ou definitiva) inferior ao mínimo cominado no tipo penal.[42]

Veja as críticas de Paulo Queiroz:

"De acordo com a doutrina e jurisprudência (majoritárias), o juiz não poderia fixar pena abaixo do mínimo legal, porque, se o fizesse, violar-se-ia o princípio da legalidade das penas (...)."

"Não estamos de acordo com isso. E mais: temos que, mesmo não existindo circunstâncias atenuantes em favor do réu, o juiz pode fixar pena abaixo do mínimo legal."

> Primeiro, porque a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal não implica violação ao princípio da legalidade; segundo, porque aplicar a pena justa, não importando se no mínimo legal, aquém ou além dele, é uma exigência de proporcionalidade; terceiro, porque o compromisso fundamental do juiz não é com a pena mínima, mas com a pena proporcional. [43]

Mais adiante continua o autor:

41. *Op. cit*.
42. BITENCOURT, *op. cit*.
43. QUEIROZ, P. *Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 329-330.

> (...) o princípio da legalidade, como de resto todos os princípios penais, constitui, como se vem de demonstrar, autentica garantia política que existe e se justifica, histórica e constitucionalmente, para proteger o cidadão contra os excessos do Estado e não para pretextar ações arbitrárias contra o réu. (...)[44]

Corrobora o autor o que foi dito acima, ou seja, a finalidade dos direitos e garantias fundamentais, como são o princípio da legalidade e o da individualização da pena, serve ao homem e para o homem e nunca ao Estado, ou para o Estado. Isso, independentemente da desculpa utilizada: vedação da insuficiência, defesa social, impunidade ou vingança e ressentimento mesmo.

Aduz, ainda, Queiroz (2011), com a eloquência que lhe é própria:

"Além disso, se o juiz pode o mais – absolver, em razão da insignificância da ação, por exemplo –, pode o menos, evidentemente: aplicar a pena aquém do mínimo legal".[45]

Ora, não podemos nunca nos olvidar que o Direito Penal, se de um lado busca, de acordo mesmo com as teorias legitimadoras da pena, prevenir infrações, de outro busca prevenir penas informais ou "*excessivas, es decir de las injustas puniciones*".[46]

No mesmo artigo acima citado, mais à frente Bitencourt ainda pontua:

> Acompanhamos no passado a corrente tradicional, segundo a qual as atenuantes e as agravantes não podiam levar a pena para aquém ou para além dos limites estabelecidos no tipo penal infringido, sob pena de violar o primeiro momento da individualização da pena, que é legislativo, privativo de outro poder, e é realizada por meio de outros critérios e com outros parâmetros, além de infringir os princípios da reserva legal e da pena determinada (art. 5.º, XXXIX e XLVI, da CF), recebendo a pecha de inconstitucional, por aplicar pena não cominada. Quando a pena-base, segundo esse entendimento, estivesse fixada no mínimo, impediria sua diminuição, ainda que se constatasse in concreto a presença de uma ou mais atenuantes, sem que isso caracterizasse prejuízo ao réu, que já teria recebido o mínimo possível.
>
> Já há algum tempo revisamos nosso entendimento, acompanhando a melhor orientação doutrinária (e parte da jurisprudência), voltada para os postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito, que não transige com

44. *Ibidem*, p. 330.

45. *Idem*.

46. FERRAJOLI, L. *Derecho penal y estado de derecho. Espacio abierto: revista del Ciej-Afju*, Montevideo, n. 9, p. 24, nov. 2008.

> responsabilidade penal objetiva e tampouco com interpretações analógicas in malam partem; assim, acompanhamos o entendimento que sustenta a possibilidade de as circunstâncias atenuantes poderem trazer a pena aplicada para aquém do mínimo legal, especialmente quando, in concreto, existam causas de aumento.

Encerrando, com pena de ouro, o consagrado autor:

> Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a diminuição da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal. Seria igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento de atenuante, previamente conhecida do julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica.
>
> Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do STJ, venia concessa, carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita.[47]

Veja o que Domingos Barroso da Costa (2013) pensa sobre o assunto:

> "Jurisprudencialismo *normatizado, produzido em série*".[48] Não haveria expressão melhor para ilustrar a *cristalização* de entendimentos confortavel-

47. BITENCOURT, *op. cit*.

48. O autor faz alusão à Ovídio Batista que, em seu artigo *Da função à estrutura*, publicado em 2008, o jurista gaúcho alfinetou:"(...) Atualmente, raras são as petições forenses e as sentenças que invoquem lições de doutrina. Elas vêm recheadas de acórdãos catados na internet. Praticamos um jurisprudencialismo normatizado, produzido em série, mas, de qualquer modo, jurisprudência livremente produzida, sem que o legislador interfira.

> mente encampados e que, com o tempo, terminam por se converter em *conhecimento pronto*, *saber dado*que se automultiplica devido ao grande número de julgados em igual sentido, imune a maiores críticas, próprio dos tempos atuais de produção jurídica em massa. Bom exemplo a ser analisado nesse contexto expressa-se pelo enunciado da Súmula 231 do STJ, segundo o qual *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir* à *redução da pena abaixo do mínimo legal*.[49]

Doutro ponto, como antes asseverado, alguns alegam que a redução aquém do mínimo legal contrariaria o princípio da legalidade. Tal argumento é inválido e não resiste ao menor embate crítico. Se não é possível a fixação da pena abaixo do mínimo previsto no caso da atenuante, por que o seria no caso das minorantes? A Lei também não prevê a possibilidade de a minorante conduzir a uma fixação da pena abaixo do mínimo legal.

A estabilização de determinados entendimentos jurisprudenciais não é um mal, por si só. Tem vários pontos positivos, dentre eles, e mais importante, reputo, temos a concretização do princípio da isonomia. Contudo, talvez pela nossa cultura, pouco afeta ao manejo do sistema de precedente, a fossilização dos entendimentos gera efeitos que contrariam o próprio Estado Democrático de Direito. Se, por um lado, é certo que o precedente tem o condão de, ao menos, funcionar como diretiva à atividade dos jurisdicionados, dentre os quais incluo o próprio juiz, doutro lado, existem mecanismos que permitem ou a superação do precedente ou a demonstração de que este precedente não serve como diretiva para o caso concreto. No primeiro caso temos o *overruling* e no segundo o *distinguishing*.

O que de fato nos interessa aqui é o *overruling,* que nada mais representa do que a própria superação do precedente. Não temos a ousadia de querer aprofundar no tema, mas temos que um dos requisitos necessários à superação do precedente, sem com isso lesar os interesses que são protegidos pelo emprego de seu sistema (isonomia, segurança jurídica etc.), é a demonstração de argumento novo.

Ou seja, o Tribunal que fará a superação deve decidir pautado em novo argumento. Mas isso parece ser pouco utilizado por nossos Tribunais que, sem

---

> Insisto na tônica desta proposição: jurisprudência livremente utilizada, ao sabor das circunstâncias e das inclinações pessoais do magistrado, que dela se vale supondo-se dispensado de explicitar os fundamentos pelos quais escolheu – dentre as várias soluções aceitas pela jurisprudência – aquela que lhe pareceu adequada ao caso concreto".

49. COSTA, D. B. *op. cit*.

analisar os fundamentos que buscam a superação, sem realizar o real cotejamento entre os fundamentos de sua jurisprudência, ou dos enunciados sumulados que materializam essa jurisprudência, aplicam-na sem qualquer critério diretivo, o que deve mudar com o Novo Código de Processo Civil, principalmente em decorrência do artigo acima citado.

No caso da Súmula 231 temos um exemplo claro disso. Os Tribunais Extraordinários decidem pela sua aplicação sem, ao menos, analisar se os fundamentos que deram causa à sua edição foram cotejados com novos argumentos, com os novos *topói*.

Portanto, é possível e necessária a superação deste precedente.

Segundo Bitencourt (2012):

A fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o *ius accusationis* e, *principalmente*, frauda o princípio constitucional da *individualização* da pena, que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece, isto é, necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime.[50]

Conclui-se, portanto, que os fundamentos que deram origem à Súmula 231 são inválidos e não resistem ao menor embate racional. Racionalidade entendida como necessidade de coerência interna do discurso jurídico penal; e ao seu valor de verdade quanto à nova operabilidade social.

Importante aqui ressaltar que o entendimento que deu ensejo à Súmula é contraditório formalmente em seus termos e não possui fundamentação antropológica básica.

Existe apenas o mandamento: a pena deverá ser individualizada, singularizada. O constituinte originário poderia, muito bem, ter dito: "a individualização da pena obedecerá e estes limites...". Não o fez.

6. Conclusão

Em sua definição mais clássica e sucinta, interpretar a norma é, antes de tudo, extrair o seu sentido. É retirar daquele texto, daquele enunciado normativo, signos linguísticos: o conteúdo correto, a verdade.

Discutiu-se muito, e ainda se discute, qual seria, em verdade, a função do intérprete: extrair a *mens legis* ou a *mens legislatores*. Ou seja, o espírito da Lei ou o espírito (vontade) dos legisladores.

50. BITENCOURT, C. R. *op. cit*.

As duas premissas são equivocadas.

Primeiro, palavras e textos possuem conteúdo, não espírito. E conteúdo, na grande maioria das vezes, para não dizer todas, são poliédricos, ou seja, variados. Atribuir uma vontade a algo inanimado ultrapassa as raias da metafísica, de modo que o espírito da lei será aquilo que o intérprete quiser que seja. O outro ponto: tenho muito medo da vontade do legislador. Mas meu medo não é argumento jurídico, é metafísico. Mas o problema aqui é ainda um pouco mais grave. Quando o intérprete declara aquilo que ele entende que seja a vontade do legislador, ele comete uma espécie de falsidade ideológica, pois fala por outro, sem ter qualquer legitimidade para tanto. Afinal, quem é o legislador?

Não, não há que se falar nem em *mens legis* nem em *mens legislatores*.

Ora, interpretar "é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido (Sinngebung)" .[51]

Contudo, esse "produzir sentido" deve obedecer a parâmetros que, se não são tão seguros a ponto de gerar a unicidade de interpretações, são, ao menos, capazes de excluir interpretações equivocadas, que extrapolam o sentido possível. E, conforme consta do presente artigo, foi exatamente o que produziu o Superior Tribunal de Justiça: uma súmula, com poder persuasório tremendo sabe-se lá porque, que não está compreendida dentro dos possíveis sentidos dos textos legais.

Tergiversa ao utilizar parâmetros e direitos constitucionalmente consagrados como suporte à violação desses mesmos direitos. Tergiversação que é ressoada, de forma acrítica, pela quase unanimidade dos órgãos jurisdicionais.

Quantificação da pena é tema que vem sendo tratado desde os primórdios da humanidade, se a compreendermos como uma forma de relacionar, proporcionalmente, o crime à expiação, ainda que só modernamente se possa falar em individualização da pena propriamente dita.

Atualmente, contudo, essa individualização deve buscar, em consonância ao Estado Democrático, a aplicação do mínimo de dor possível ao homem, acarretando a redução dos malefícios provocados pela sanção penal.

Ora, o discurso jurídico só se justifica quando justificado (novamente sou pego sendo acaciano, mas, às vezes, é necessário). Com o atual estágio de nosso "Direito", que vem sendo bombardeado, para o bem e para o mal, com teorias e legislações que fortalecem o precedente, a necessidade da construção

51. STRECK, L.L. *Hermenêutica Jurídica e(em) crise*: Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 198.

fundamentada de um entendimento – legislação específica do caso concreto – vai a reboque.

Nisso falha a construção da súmula: ela não foi fundamentada, assim como parece constituir, como o texto do presente artigo aponta: um dogma. Um dogma maior que a própria Lei. Não que o direito, diferentemente da zetética, seja desvinculado do dogma, mas esse dogma é a Lei (em sentido lato).

Por isso a súmula não se sustenta, seus fundamentos são inválidos, quando não inexistentes.

Princípios constitucionais não são ferramentas voltadas ao recrudescimento do sofrimento e da dor. São, diversamente, voltados à imposição do mínimo de sofrimento possível, buscam a restrição da violência praticada pelo Estado. Não é diferente com princípio da individualização da pena, muito menos com princípio da legalidade.

Existe a necessidade de um verdadeiro giro de observação para que estes princípios sejam, de fato, aplicados, de acordo com suas raízes fundantes.

O permear da cultura dos precedentes deve funcionar como um "empurrão" para que isso ocorra. É insofismável a importância que o precedente vem ganhando na última década. De diretriz, de vetor interpretativo e persuasório à vinculação. E nada mais importante para o precedente do que sinceridade teórica, do que coesão.

Nesta senda, demonstrada a falta de coesão teórica da Súmula 231, nada mais certo do que a recondução da quantificação da pena ao patamar de agente limitador da violência estatal.

A consequência disso é a menos injusta aplicação de reprimenda. Doutro lado, a busca hipócrita da emenda e recuperação do segregado. Que dentre o males é o menor.

7. Referências bibliográficas

BARROSO, L. R. *A* Dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critériosde aplicação. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf]. Acesso em: 12.12.2015.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998 [1764].

BITENCOURT, C. R. *Limites da pena-base e a equivocada Súmula (231) do STJ*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5184-Limites-da-pena-base-e-a-equivocada-Smula-231-do-STJ]. Boletim IBCCRIM 262, Setembro de 2014. Acesso em: 25.11.2015.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 9. ed., São Paulo Saraiva: 2004.

CHOCLÁN, J. A. M. Individualización judicial de la pena. *Revista Canaria de Ciencias Penales, Las Palmas de Gran Canaria.* n. 3, p. 101-124, jul. 1999.

COSTA, D. B. *Um pouco mais sobre as atenuantes e a possibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4816-Um-pouco-mais-sobre-as-atenuantes-e-a-possibilidade-de-fixao-da-pena-aqum-do-mnimo-legal]. Boletim IBCCRIM, Fevereiro de 2013. Acesso em: 25.11.2015.

FERRAJOLI, L. Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal. Capítulo Criminológico: *Revista de las Disciplinas del Control Social*. Maracaibo, v. 16, p. 1-12, 1988.

FERRAJOLI, L. *Derecho penal y estado de derecho. Espacio abierto: revista del Ciej-Afju*. Montevideo, n. 9, p. 17-26, nov. 2008.

GUZMÁN DÁLBORA, J. L. La "individualización" de la pena: contenido, trayectoria histórica y crítica del concepto. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 6, n. 35, p. 66-78, abr.-maio 2010.

NOVELINO, M. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio e Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PADILHA, R. C. *Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PATEMAN, C. *O contrato Sexual*: Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

QUEIROZ, P. *Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

ROIG, R. D. E. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/191-Artigos#_ftnref2]. Acesso em: 16.09.2015.

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

ROIG, R. D. E. *Aplicação das Penas:* limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, L.L. *Hermenêutica Jurídica e(em) crise:* Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H.. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1:* parte geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Critérios para cálculo da pena-base: "ponto de partida", "termo médio" e regras de quantificação, de Salo de Carvalho – *RT* 978/173-194 (DTR\2017\625);
- Entre a lei e o juiz: os processos decisórios na definição de penas, de Maira Rocha Machado – *RBCCrim* 126/181-222 (DTR\2016\24552);
- 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); e
- O princípio da individualização da pena como expressão da dignidade da pessoa humana, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 871/459-469 (DTR\2008\318).

Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil?

Custody hearing: is this procedure act juridically acceptable and useful?

Rafael Osvaldo Machado Moura

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na linha de pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos. Ex-procurador do Município de São Paulo. Promotor de Justiça no Ministério Público do Paraná.
rafa.osmoura@gmail.com

Marcela Busnardo dos Santos

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.
marcelabsantos23@gmail.com

Recebido em: 01.08.2016
Aprovado em: 17.10.2016
Última versão autores: 19.10.2016

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar a denominada audiência de custódia, também conhecida como audiência de apresentação, tanto no tocante aos seus aspectos jurídicos, como em relação aos seus efeitos práticos à luz da sua efetiva utilidade. O referencial teórico do artigo passa pelo constitucionalismo regional transformador de Flavia Piovesan – a respeito da discussão sobre a juridicidade do ato – e pelos conceitos da Escola *Law and Economics* – quanto aos seus efeitos e em vista de seu custo-benefício. Com vistas a diminuir os alarmantes índices de ilicitudes e desmandos, em especial de tortura policial, vistos durante as prisões em flagrante, bem como para atenuar o alto número de prisões provisórias desnecessárias, no Brasil, foi implementada, por meio de atos administrativos celebrados entre o Conselho Nacional de Justiça e os

Abstract: This work aims to analyze the so-called custody hearing with regard to its legal aspects and in relation to its practical effects. The theoretical framework of the article through the transformational regional constitutionalism, according to Flavia Piovesan – with regard to the legality –, and the concepts of the law and economics, and in its effects, in light of its cost-effectiveness. In order to reduce the alarming rates of illicit acts by cops, especially of police torture during arrests when people were caught in the act, and to mitigate the high number of unnecessary temporary prisons in Brazil, through administrative acts agreed upon between the National Council of Justice and the state and federal courts from the provisions of the American Convention on Human Rights, custody hearings have been implemented, ensuring that all those

Moura, Rafael Osvaldo Machado; Santos, Marcela Busnardo dos. Audiência de custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 367-399. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

tribunais estaduais e federais a partir de norma da Convenção Americana de Direitos Humanos, a audiência de custódia, garantindo a todo preso a oportunidade de ser entrevistado logo após sua detenção por um juiz de Direito, um promotor de Justiça e um defensor público ou defensor constituído. O artigo enfrenta dois pontos principais: o primeiro sobre o exame da juridicidade, sem lei federal em sentido estrito, da implementação da audiência de custódia perante o sistema de justiça brasileiro e o segundo a respeito da utilidade e eficiência da audiência de apresentação, tendo em vista os resultados que produz.

Palavras-chave: Audiência de custódia – Convenção Americana de Direitos Humanos – Constitucionalismo regional transformador – Análise econômica do direito.

who have been arrested have the opportunity to be interviewed shortly after the arrest by a judge, a prosecutor, and a public defender or private legal counsel. This article intends to address the following: In the light of Brazilian law, is it legally acceptable because it is not a federal law in the strict sense, but rather an international law, to implement a custody hearing before a Brazilian judge, so it is a useful and efficient audience presentation in view of the purposes for which it is intended?

Keywords: Custody hearing – American Convention on Human Rights –Transformational regional constitutionalism – Law and economics.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Internacional dos Direitos Humanos (didh). 2.1. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). 2.2. Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). 2.3. Vinculatividade da Convenção Americana (CADH) e dos precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). 3. Fundamentos jurídicos a amparar a audiência de custódia (ac) no sistema doméstico de justiça. 3.1. Previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH e finalidades da audiência de apresentação. 3.2. Possíveis caminhos interpretativos da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH. 3.3. Hipóteses interpretativas mais adequadas. 4. A audiência de custódia (AC) sob as lentes da efetividade e eficiência – à luz da análise econômica do direito (AED). 4.1. Da necessidade de avaliar-se a eficiência da audiência de custódia (AC) em seus resultados. 4.2. Efeitos da audiência de apresentação. 4.3. Possibilidades de se atingir mesma proteção sem a audiência de custódia (AC). 4.4. Cotejamento crítico entre os resultados e custos da audiência de apresentação – à luz da eficiência do ato. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo, qualitativamente, compreender e explicar a juridicidade – isto é, a necessidade normativa – da audiência de custódia (de agora em diante AC) e a sua eficiência, ou não, quanto aos resultados oriundos de sua aplicação pelo sistema doméstico de justiça brasileiro, valendo-se os autores do arcabouço normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (de agora em diante DIDH) e do instrumental teórico da Análise Econômica do Direito (de agora em diante AED). Dito de outra forma: visa este trabalho a responder a dois questionamentos: a AC detém base jurídica? E é eficiente quanto aos resultados que tem alcançado?

O DIDH compõe novo ramo jurídico, formado por tratados internacionais em sentido amplo que versam sobre direitos humanos, cujo objetivo principal é o de fixar um patamar mínimo de cuidados a serem destinados a todas as pessoas, o que se impõe, até mesmo, aos estados-nacionais, até então senhores absolutos (soberanos) da proteção a direitos fundamentais. Inseriu, assim, o DIDH a pessoa humana como sujeito de direito internacional.

Já a AC passou a ser praticada em solo brasileiro por influência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (de agora em diante SIDH), mercê de que no primeiro capítulo será traçado um perfil do que vem a ser esse conjunto de órgãos de proteção de direitos humanos e arcabouço de normas regionais.

No segundo capítulo, serão traçados as origens jurídicas e os fundamentos normativos da AC e trabalhadas as possibilidades interpretativas do conteúdo normativo que oportunizou a adoção por parte do judiciário brasileiro do mencionado ato processual, buscando-se destacar aquelas que se revelam mais consentâneas com integridade no direito (DWORKIN, 2011, p. 21), em vista do constitucionalismo regional transformador, ou seja, dos parâmetros, dos *standarts*, que surgem a partir de novos diálogos com o SIDH, permitindo a emergência de um novo olhar e novos paradigmas protetivos de direitos fundamentais. Aqui, serão desenvolvidas possíveis controvérsias a se levantarem com o amadurecimento da AA, todas versantes a respeito do alcance desta e de como deve se desenvolver diante de algumas situações peculiares.

À frente, serão abordados os resultados que exsurgem do empreendimento da AC, bem como se aqueles estão de fato sendo produzidos com a efetivação do ato, além de buscar avaliar se tais consectários poderiam ser obtidos de outra maneira – isto é, sem a adoção do ato judicial. Nesse ponto, o objeto do presente trabalho, pois, passa a analisar como está ocorrendo a execução da AA, utilizando-se o referencial teórico da AED, por intermédio do qual o estudo jurídico deve ser realizado à luz da eficiência e da concretude da norma jurídica quanto aos seus consectários (benefícios), isto é, em relação aos seus custos e benefícios, tanto custos de transação como externalidades, utilizando de alguns postulados da microeconomia.

2. Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)

2.1. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)

O SIDH iniciou-se em 1948, por intermédio da Carta de Bogotá, com a criação da Organização dos Estados Americanos (de agora em diante OEA). Na mesma data, concebeu-se a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (de agora em diante DADDH), documento anterior, até mesmo, à De-

claração Universal dos Direitos Humanos (de agora em diante DUDH), datada de dezembro do mesmo ano.

Anos depois, outros tratados de efeito vinculante – convenções, pactos e protocolos –, versando sobre direitos humanos, passaram a ser discutidos e aprovados no âmbito da OEA, iniciando-se esta nova fase pela Convenção Americana de Direitos Humanos (de agora em diante CADH) de 1969.

2.2. Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)

A CADH trata-se de verdadeiro código de direitos humanos, promovendo um constitucionalismo regional nas Américas, servindo como paradigma normativo a partir do qual os órgãos de monitoramento regional e doméstico irão funcionar.

Como leciona Flávia Piovesan, o sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um "código interamericano de direitos humanos", tendo sido acolhido por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção (PIOVESAN, 2012, p. 67-93). A CADH, portanto, é instrumento de ampliação do conceito de cidadania, pois não só garante a todos mais direitos, como confere maior tessitura jurídica aos direitos já consagrados na esfera doméstica, além de fornecer maior instrumental de garantias para a tutela de direitos.

Em 12 de fevereiro de 1969, os países componentes da OEA aprovaram a CADH: um tratado multilateral, com força jurídica internacional, apelidado de *Pacto de San Jose da Costa Rica*, visto que a conferência que o criou se realizou nesse país. A Convenção só passou a vigorar em 1978, por ocasião da ratificação do décimo primeiro país, tendo como seu objetivo primordial a instituição de órgãos com competência para supervisionar a atuação dos países integrantes em relação aos direitos humanos. O Brasil, a seu turno, apenas ratificou a CADH em 1992, muito tempo após a sua entrada em vigor, o que só ocorreu por ocasião e em razão de sua redemocratização.

Na CADH, na sua Parte II, disciplinou-se o SIDH, composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (de agora em diante CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (de agora em diante Corte IDH), ambos órgãos da OEA, fixando-lhes suas atribuições. Os órgãos têm em comum a função de supervisionar o cumprimento pelos Estados-membros da OEA das obrigações assumidas com a assinatura da CADH.

2.3. Vinculatividade da Convenção Americana (CADH) e dos precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)

No plano externo, à luz dos termos da Convenção de Viena sobre Tratados, o Brasil deve cumprir de boa-fé suas obrigações diante da CADH, não podendo

invocar disposições do direito interno como justificativa para eventual inobservância de seus compromissos internacionais (TAMAYO, 2011).

No plano interno, é lugar-comum dizer que os integrantes do sistema de justiça nacional têm por missão resguardar os direitos humanos internacionais. Até mesmo sob as lentes da dogmática jurídica há motivos jurídicos de sobra para fazê-lo. No contexto do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser interpretado o disposto no art. 5º, § 2º,[1] do texto constitucional, emprestando aos direitos humanos, ao menos, hierarquia constitucional, de modo que, no plano doméstico, a norma internacional respectiva também é vinculante (PIOVESAN, 2014, p. 62). Dúvidas inexistem quanto à competência da jurisdição brasileira para proteção dos direitos humanos e para promover o respeito aos tratados internacionais, tudo nos termos do que ordenam os arts. 4º, II; 5º, §§ 2º e 3º e 4º; 49, I; 84, VIII; 102, III, *b*; 105, III, *a*; e 109, III, V e V-A, todos da Constituição brasileira.

Nessa estação, em que se patenteia a obrigatoriedade interna dos tratados internacionais, importante definir-se a extensão do valor jurídico estimado aos tratados internacionais de direitos humanos, visto que, caso seja reduzido ao *status* de normas meramente legais, restaria prejudicada a utilização dos documentos internacionais como parâmetros de controle da legislação infraconstitucional. Isso permitiria ao Estado-parte desobedecer, sem maiores dificuldades, os comandos das convenções internacionais às quais se submeteu, com argumentação meramente interna.

Há muito era corrente o entendimento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil ostentavam *status* de lei ordinária, de modo que sempre, sob as lentes jurídico-positivistas, a observância de tais normas, no direito interno, era vinculante. Havia o problema, contudo, de ceder o direito internacional – hierarquicamente falando – a leis mais recentes e à Constituição da República. Porém, desde 2008, mais precisamente a partir do julgamento do *leading case* Recurso Extraordinário 466.343/2008, no âmbito da Corte Suprema brasileira, surgiram mais motivos para que se respeitem os tratados internacionais de direitos humanos com maior atenção e prioridade no âmbito interno, porquanto passaram a ostentar, no mínimo, valor hierárquico supralegal – acima das leis, mas ainda abaixo da Constituição. Isto mesmo quando não ratificados no procedimento de emenda à Constituição, o que se consagrou com a Emenda Constitucional 45/2004. Prevaleceu, na ocasião, no âmbito do

1. Direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

STF, o voto do ministro Gilmar Mendes, para quem os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico (STF, Recurso Extraordinário 466.343-1, 2009). Assim, mesmo sendo adotada a posição conservadora do STF, dúvidas não há de que a CADH é norma supralegal, de sorte que seus comandos hão de ser observados por todos os brasileiros, mormente pelos atores do sistema de justiça doméstico.

Mas não é só isso. Não apenas a CADH deve ser observada e aplicada por todos, como também os precedentes da Corte IDH. A aplicação direta dos tratados internacionais de direitos humanos e o respectivo controle de convencionalidade, por parte do sistema doméstico de justiça, devem ser empreendidos não mediante interpretação meramente nacionalista, mas, sim, tendo em vista as decisões dos órgãos internacionais legitimados a fixar o alcance das normas internacionais.

Por não terem os tribunais internacionais jurisdição obrigatória sem a anuência dos Estados, o Brasil reconheceu expressamente a competência da Corte IDH, conforme os termos do artigo 62.1 da CADH, de modo que, por coerência, agora os integrantes do sistema doméstico de justiça devem admitir e levar em consideração os entendimentos de tais órgãos em relação à interpretação a ser adotada, incrementando suas decisões pelos parâmetros lá estabelecidos. Nesse sentido, conferindo valor às manifestações interpretativas dos órgãos internacionais, preciosas são as lições de Roberto Luis Silva, segundo as quais as manifestações dos órgãos internacionais produzem *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, bem como *soft-law,* que emerge das várias decisões judiciais e pareceres consultivos, que apesar de não serem formalmente vinculantes além das partes do caso concreto, constituem interpretações do direito que não podem ser facilmente desconsideradas (SILVA, 2007, p. 85). Ainda nesse ponto, relembre-se da doutrina de André Carvalho Ramos, a criticar os Estados que estão a violar os tratados e compromissos internacionais aos quais se vincularam, sob o pretexto de que estariam a cumpri-los sob sua ótica peculiar. Portanto, é evidente que, para o satisfatório cumprimento das disposições jurídicas de um compromisso internacional, ao qual o Estado aderiu, torna-se imprescindível que se adote uma postura internacionalista, admitindo-se como válida a interpretação conferida pelos órgãos internacionais aos tratados supranacionais.

Assim, o controle de convencionalidade tem sido efetuado por órgãos internacionais com função jurisdicional, como a Corte IDH, de modo que o bloco

de convencionalidade (ALCALÁ, 2010, p. 131) – aqui, entendam-se os parâmetros para a realização do controle de convencionalidade –, nos termos da jurisprudência da Corte IDH, é formado não apenas pela CADH, como também por outros pactos de direitos humanos e por seus próprios precedentes (SAGUES, 2009, p. 1-3). Valério Mazzuoli sustenta o dever de o Poder Judiciário "levar em conta não somente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também a interpretação que dela faz a Corte IDH, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José" (2010, p. 183). Assim, tem-se a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 68-59), emanadas pela Corte IDH (HITTERS, 2008, p. 131-155).

Mesmo entre os que entendem não ser vinculante a jurisprudência da Corte IDH sobre o judiciário doméstico – tese com a qual divergem estes autores e a própria Corte IDH –, é sustentado o entendimento de que os precedentes daquela constituem, no mínimo, ônus argumentativos ou persuasivos ao sistema de justiça local, de modo que deve o juiz interno considerar as decisões do órgão internacional (MAIA, 2014, p. 14-99).

Em 2006, no caso Almonacid Arellano y outros *vs.* Chile, a Corte IDH novamente enfatizou a força obrigatória das suas decisões ao lembrar que, quando um Estado ratifica um tratado, os seus juízes também estão submetidos a ele (OEA). Conforme demonstra Luiz Guilherme Marinoni, os Tribunais Constitucionais da Bolívia e da Argentina, entre outros, já estão a admitir que se vinculam aos precedentes da Corte IDH (MARINONI, 2013, p. 58-59). Ainda, conforme Manuel Ventura Robles, há tribunais constitucionais de países latino-americanos a reconhecer "o caráter vinculante das sentenças da Corte IDH. Têm assim procedido tribunais da Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, México, Panamá, Perú e República Dominicana" (2013, p. 202).

Em vista do que se apresentou, em resumo, tanto as interpretações da Corte IDH, como os dispositivos da CADH devem ser levados em consideração pelos agentes jurídicos brasileiros.

3. Fundamentos jurídicos a amparar a audiência de custódia (AC) no sistema doméstico de justiça

Como cediço, inexiste fundamento normativo estritamente interno e primário, no direito brasileiro, a amparar a necessidade da adoção da AC. Nem a Constituição da República nem as leis federais consagram o figurino jurídico da AA, a ocorrer logo após a detenção. Ao preso em flagrante, o Código de Processo Penal (a partir de agora CPP), em seus arts. 304, 306 e 309, garante:

a) direito de ser apresentado imediatamente à autoridade competente – no mais das vezes, ao delegado de Polícia –, que realizará colheita preliminar de provas, com oitiva de testemunhas e interrogatório do flagrado sobre a imputação que lhe é feita, lavrará o auto de prisão em flagrante e, ao final, se entender existir fundada suspeita contra o conduzido, mandará recolhê-lo à prisão, exceto se o caso recomendar que se conceda a liberdade ao agente e/ou se lhe fixe fiança; b) direito de que sua detenção seja comunicada ao juiz competente, ao Ministério Público (a partir de agora MP) e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; e c) em até 24 horas após a realização da prisão, direito de que o auto de prisão em flagrante seja encaminhado ao juiz competente, para que decida pelo relaxamento da prisão ilegal, pela conversão da prisão em flagrante em preventiva ou pela concessão de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão.

Portanto, à luz apenas das leis federais em sentido estrito, produzidas pelo legislativo doméstico brasileiro, não se localizam normas a garantir o direito do preso a ser apresentado a um juiz de Direito em prazo exíguo. Todavia, como visto no capítulo retro, as normas internacionais de direitos humanos, caso internalizadas, tais como a CADH, geram efeitos vinculantes aos agentes domésticos, bem como os precedentes dos órgãos de defesa de direitos humanos, a cuja jurisdição o Brasil se submeteu, como a Corte IDH, também devem ser respeitados.

Assim, já de plano e sem a necessidade de outros muitos arrazoados, já se derruba a opinião de quem entende que a mera ausência de norma nacional tornaria prescindível a AA.

Portanto, é oportuno pesquisar o que o direito produzido no âmbito do SIDH diz a respeito da AC.

3.1. Previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH e finalidades da audiência de apresentação

De início, gize-se que os autores deste artigo não desconhecem que há comando normativo exigindo a apresentação sem demora de preso a juiz, inserido no art. 9º, 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque. Todavia, nada obstante a ciência de tal relevantíssimo documento internacional, engendrado no âmbito do Sistema Global de proteção de direitos humanos, optou-se, neste artigo, por trabalhar-se tão só com o conteúdo previsto no SIDH, que tem exercido maior influência no direito interno do Brasil, uma vez que possui mecanismos judiciais de controle sobre os Estados-membros, exercidos pela CIDH e Corte IDH, o que lhe fornece maior robus-

tez e efetividade. Portanto, as discussões jurídicas correrão em torno do que determina a CADH, que, em seu art. 7º, 5, preceitua que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais".

Portanto, o dispositivo da CADH concede a todo preso o direito de ser imediatamente apresentado a juiz ou a servidor que tenha poderes (funções judiciais) para decidir sobre sua liberdade. A partir da leitura de tal garantia, no Brasil, foi implementada a AC, por meio de atos administrativos celebrados entre o Conselho Nacional de Justiça (de agora em diante CNJ) e os tribunais estaduais e federais, destacando-se a Resolução 213, de 2015, do CNJ.

O ato judicial em comento possui basicamente duas finalidades: a) diminuir os índices de ilicitudes e desmandos, em especial de tortura policial, vistos durante as prisões em flagrante; e b) atenuar o alto número de prisões provisórias desnecessárias no Brasil. Esses objetivos foram explicitados nos documentos jurídicos que disciplinaram o ato, tais como a Resolução 213/2015 do CNJ. Outros não são os propósitos inscritos: a) no Projeto de Lei 554, de 2011, que visa a implementação da AC, para o qual o ato "versará exclusivamente sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado"; e b) no Relatório da Comissão da Verdade, mais especificamente das Recomendações 25 e 44.

A Corte IDH, igualmente, tem diversos pronunciamentos a corroborar quais são as finalidades da AC, o que se pode comprovar facilmente nos julgados do caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador (OEA, 2007), segundo o qual "o controle judicial imediato é uma medida destinada a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções".

3.2. Possíveis caminhos interpretativos da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH

Diante do comando normativo previsto na CADH e dos objetivos assinalados da AA, alguns pontos de eventuais discordâncias já se abrem, nada obstante ser recente a adoção, no âmbito do Brasil, do ato processual em comento.

a) De início, com vistas a responder a uma das perguntas feitas na epígrafe deste artigo, importa perscrutar-se se para o devido cumprimento do artigo 7.5 da CADH, é imprescindível a apresentação do detido a um juiz – o que tornaria necessária a AC – ou se é possível cumprir-se os termos do Pacto de São José apenas com o interrogatório (contato com o detido) conduzido pela autoridade policial, tal como se encontra determinado pelo CPP e há muito se realiza no Brasil. Em outras palavras: é aceitável juridicamente a AC?

b) O segundo quesito que pode despertar certo debate diz respeito à quantidade de tempo em que se deve apresentar o detido ao juiz. Aqui, discute-se sobre como proceder quando o flagrado se encontrar hospitalizado e não puder comparecer à entrevista com o juiz.

c) Outro ponto, que pode implicar questionamentos, versa sobre a necessidade da AC nos casos de cumprimento de mandados de prisão provisória (preventiva ou temporária), de prisão definitiva e de prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia.

d) Ainda, atente-se para possível dissenso a respeito da implementação da AC em prol de adolescente apreendido em flagrante pela prática de ato infracional.

e) A possibilidade de realizar-se a AC por sistema de videoconferência pode gerar controvérsias também.

f) A juridicidade da realização do ato por carta precatória é outro tema a ser enfrentado.

g) É interessante, igualmente, debater se a AC poderá ser utilizada como meio de prova em processo penal futuro.

3.3. Hipóteses interpretativas mais adequadas

Para não estender por demais o presente trabalho, este trecho apenas cuidará dos pontos já apontados no subitem anterior, tecendo os autores considerações a respeito dos melhores caminhos a serem seguidos nos meandros da AC, em cada um dos quesitos de solução mais intrincada.

No tocante à necessidade de, em âmbito brasileiro, conduzir o detido à presença de juiz em sentido estrito (letra "a"), de modo que a sua mera apresentação a delegado de polícia não seria juridicamente suficiente para cumprir os termos da CADH, cabem algumas considerações.

Repita-se, uma vez mais, que este item tem relação com a própria razão de ser da AC em terras brasileiras, porquanto, se forem atendidos os comandos da CADH tão só com a apresentação a delegado de polícia, tornar-se-ia inócuo juridicamente o ato instituído em território nacional recentemente (AC). Neste tópico, portanto, contesta-se a pergunta: é a AC ato juridicamente aceitável no direito brasileiro?

Ruchester Marreiros Barbosa (2015) perfilha o entendimento de que é o delegado de Polícia o órgão autorizado por lei a colocar em liberdade a pessoa, caso sua detenção seja ilegal ou arbitrária, de modo que, para ele, teria sido a AC implementada como resultado de uma interpretação distorcida do alcance

atribuído ao artigo 7.5 da CADH. Como fundamento, menciona a decisão da Corte IDH adotada no caso Jesus Vélez Loor *vs.* Panamá (OEA, 2010). Para o autor, a AA, inclusive, representaria "a desvalorização e uma inutilização de um dos atores do sistema penal, o Delegado de Polícia, e o pior de tudo, ao argumento de que se protegem direitos humanos" (BARBOSA, 2015). Em outro artigo, contudo, o mesmo autor admite que a autoridade policial pode ser o primeiro filtro antes da AC sem excluir esta, de maneira que "a primeira cautelaridade, sem limitações, e aqui reside a democraticidade, é realizada pelo delegado e a segunda cautelaridade pelo magistrado, ambos em 24 horas" (BARBOSA, 2016). No mesmo sentido, converge o texto de Gustavo Assis Garcia (2015), de acordo com o qual "a Corte IDH em nenhum momento decidiu que este direito a ser ouvido somente deva ser exercido em sede judicial e que a liberdade seja uma função estritamente jurisdicional", tendo citado o mesmo caso acima indicado (caso Jesus Vélez Loor *vs.* Panamá). Conclui pela absoluta desnecessidade da "instituição de outro ato processual para a apresentação do preso ao juiz". Por meio de argumentação diferente, há ainda não poucos julgados do sistema doméstico brasileiro de jurisdição a perfilhar a percepção de que a norma prevista na CADH careceria de regulamentação interna para gerar efeitos, tendo em vista a prevalência do direito interno sobre o internacional, a soberania nacional e a não vinculatividade das normas oriundas diretamente dos tratados internacionais. Há também decisões a sustentar que seria inconstitucional o ato de apresentação do preso a juiz, à luz da proporcionalidade, bem como seria mais protetivo o conteúdo de garantias previsto no CPP do que os inscritos na CADH (MOURA, 2016, p. 108). Todos esses julgados propugnam pela manutenção da apresentação do detido apenas ao delegado de polícia.

De modo antagônico, para Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2016), a intervenção da autoridade policial não satisfaz as exigências do artigo 7.5 da CADH, a demandar a participação ou de juiz ou de "outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais". Justificam que "o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem propriamente 'funções judiciais'", além de que a própria Corte IDH já teria decidido, em vários casos, pela necessidade da atuação de juiz à luz do artigo 8.1 da CADH.

Em vista do constitucionalismo regional transformador, considerando-se os paradigmas apresentados pelo SIDH, não há dúvidas a respeito da necessidade da AA, no ordenamento jurídico pátrio, a ser realizada perante juiz, para que se cumpra a normativa da CADH. Primeiro, porque o próprio artigo 7.5 da CADH concede a todo cidadão preso o direito de ser, sem demora, apresentado a "juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais". Sabe-se

que, no sistema normativo brasileiro, a autoridade administrativa, no mais das vezes o delegado de polícia, não detém a integralidade das funções judiciais. Possui-as apenas parcialmente para reconhecer a ilegalidade da prisão em flagrante – e assim liberar imediatamente o custodiado – ou, nos casos de crimes com pena de até 4 anos de prisão – mesmo aqueles apenados com reclusão –, liberar o agente mediante imposição de fiança (art. 322 do CPP). Não pode a autoridade policial liberar o agente detido, concedendo-lhe liberdade provisória, com ou sem fiança, nos crimes graves, bem assim nas hipóteses do art. 324 do CPP também está vedada a liberação do detido pela mesma autoridade, por mais que esta entenda não estarem configurados os pressupostos para a decretação de prisão preventiva. Assim, não possui a plenitude dos poderes judiciais quanto à liberdade do agente. Considerando-se que garante a CADH o direito de o preso ser levado à presença da autoridade que poderá lhe conceder liberdade em qualquer caso, não é possível admitir-se que a apresentação do preso ao delegado de polícia supra as exigências dos tratados internacionais. No caso Tibi *vs.* Ecuador (OEA, 2004), a Corte IDH, legítima intérprete da CADH, reconheceu que a mera remessa dos autos a juiz, bem como a apresentação do detido a promotor, não cumpre os requisitos do artigo 7.5 da CADH, tendo em vista que "el agente fiscal no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima". Reconheceu a necessidade de que a autoridade não judicial tenha poder total para determinar, se for o caso, a imediata liberdade do custodiado. Assim, não há dúvidas de que, no atual desenho das instituições brasileiras de persecução penal, o delegado de polícia não é autoridade a exercer poderes judiciais para fins do artigo 7.5 da CADH. Por segundo, registre-se que, historicamente, a supervisão da autoridade policial não tem sido eficaz para controlar os abusos policiais, não sendo isolados casos de tortura no interior de unidades policiais. Relatório da Human Rights Watch indica que dos 5.431 casos formalmente registrados de tortura no Brasil, no período compreendido entre janeiro de 2012 a junho de 2014, 84% (oitenta e quatro por cento) deles referem-se a práticas em presos sob a tutela do Estado, no interior de unidades prisionais e de internação de jovens (HRW, 2015).

A respeito de eventual discussão sobre o prazo em que deve ser realizada a AC (letra "b" do subitem 3.2), bem como das consequências jurídicas da não observância do prazo, há que se traçar as seguintes considerações.

Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr. (2016) entendem que o prazo a ser observado deve ser de 24 horas, tendo em vista a Resolução 213/2015 do CNJ e que a Corte IDH "já reconheceu a violação dessa garantia quando o detido foi apresentado quatro dias após a prisão (caso Chaparro Alvarez *vs.* Ecuador) ou cinco dias após (caso Cabrera Garcia y Montiel Flores *vs.* México)".

O art. 13 da Resolução 213/2015 do CNJ preconiza que a apresentação à autoridade judicial deverá ocorrer no prazo de 24 horas, contados a partir do recebimento da notificação da prisão. Também, há o Projeto de Lei 554/2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, que objetiva alterar o CPP para estabelecer o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a apresentação física do preso à autoridade judicial, após efetivada a sua prisão em flagrante. Na Nota Técnica 6/2015, o Conselho Nacional do Ministério Público (de agora em diante CNPM) criticou o prazo de 24 horas para a realização da apresentação do preso à autoridade judicial. Reconhece o CNMP que "esse exíguo prazo de 24 horas para a apresentação do preso não é expressamente exigido pelas convenções internacionais", bem como "não encontra paralelo em outros países (por exemplo, em Portugal, França e Itália o prazo é de 48 horas após a prisão)". No projeto de AC em São Paulo, engendrado em parceria com o CNJ, o art. 3º determina que "a autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia", bem como que "o auto de prisão em flagrante será encaminhado, na forma do artigo 306, § 1º, do CPP, juntamente com a pessoa detida". Como visto, tanto nos regulamentos dos órgãos internos do Poder Judiciário brasileiro, como no projeto de lei mencionado, o prazo para que se leve o preso para entrevista com um juiz é de até 24 horas, com alguma divergência no tocante ao início de sua contagem.

Interessante o apontamento do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (a partir de agora IDDD), feito com base em pesquisa empírica sobre a AC no município de São Paulo, o qual mostra que a tentativa de cumprir o prazo de 24 horas fez nascer as chamadas "audiências fantasmas" (IDDD, 2016), que são as realizadas sem a apresentação do detido que "estava internado por ter sido baleado ou ter se machucado de forma grave durante a prisão". Tal iniciativa afigura-se adequada, uma vez que a AC, para além de emprestar maiores subsídios ao julgador para decidir sobre a necessidade de dar continuidade à prisão, tem o condão de obrigar o juiz a realizar procedimento em contraditório antes de sua decisão, compromisso que seria atendido com as "audiências fantasmas". Por óbvio, após a recuperação do detido, nada impede a sua imediata condução ao juiz para que este o entreviste.

De acordo com a Resolução 213/2015 do CNJ, em casos devidamente justificados, em que reste indicada a impossibilidade de pronta e imediata realização da audiência, tanto por motivos de saúde do custodiado ou por outra circunstância excepcional, será possível atender-se ao comando do item 7.5 da CADH ou com a realização do ato no local em que se encontre o detido (mediante videoconferência ou deslocamento do juiz, promotor e defensor)

ou com a sua apresentação logo após o restabelecimento das condições que impediam a efetivação do ato. Na segunda hipótese, seria relativizado o prazo de 24 horas, desde que obviamente justificado.

Outro problema ainda dentro do mesmo ponto assenta-se na ausência intencional de prazos definidos pelo CNJ para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido de 24 horas. Mesmo diante de tal indefinição, é possível desde já defender a hipótese de validade da AC realizada no primeiro dia útil à comunicação da prisão em flagrante feita em dia de não funcionamento normal da justiça (fim de semana ou feriado), desde que concretamente justificada a impossibilidade de sua realização em 24 horas. A relativização em questão evidencia-se em casos de prisões em comarcas do interior, que contam com pouquíssima estrutura policial. Não raro, há localidades em que funcionam no plantão apenas um ou dois policiais militares e um ou dois policiais civis, conforme vem ocorrendo no Estado do Rio Grande do Sul, a título exemplificativo.[2] Assim, o empecilho que se impõe consiste em como realizar o transporte do custodiado ao fórum, em tais casos, se é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a AC (art. 4º, parágrafo único, da Resolução 213/2015 do CNJ). Daí a importância em se aguardar a mudança da equipe policial para que seja possível a realização do ato com diferentes agentes policiais, concedendo-se ao preso mínimas possibilidades de dar sua versão a respeito de eventuais torturas. É nessa direção que segue o Tribunal de Justiça do Paraná, que, na Instrução Normativa 3/2016, não sendo possível a realização nos feriados e fins de semana, permite que as referidas audiências sejam efetivadas no primeiro dia útil seguinte, desde que realize dupla análise da legalidade da prisão em flagrante: a primeira a ser feita, aos fins de semana, pelo juiz plantonista, e a segunda, no primeiro dia útil seguinte, pelo juiz condutor da AC.

De todo modo, mesmo sem se fixar prazo de modo peremptório, é interessante analisar as decisões da Corte IDH a respeito, que jogam alguma luz no que seria a demora excessiva à apresentação do detido a um juiz. No caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México (OEA, 2010), verifica-se que a Corte IDH não precisou exatamente qual era o prazo a ser observado para que o detido fosse apresentado ao juiz, apenas esclarecendo que "los señores Cabrera y

2. Disponível em: [http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/05/cidades-do-interior-tem-apenas-um-policial-militar-4762170.html]. Acesso em: 27.07.2016.

Montiel debieron ser llevados ante el juez lo más pronto posible y, en este caso, ello no ocurrió sino hasta casi 5 días después de su detención". Ressalte-se que, nesse caso, a CIDH argumentou que o Estado mexicano não apresentou razões suficientes que justificassem o atraso na apresentação, o que autoriza a conclusão, por via oblíqua, de que a CIDH admitiu que, em determinadas circunstâncias devidamente justificadas, seria possível atrasar a apresentação do detido a autoridade judiciária. De qualquer modo, é importante visualizar que a censura feita pela Corte IDH à tardança injustificada em apresentar os detidos do caso em análise deu-se em procedimento policial/judicial acompanhado de muitas outras gravíssimas ilicitudes, que tornaram o feito mais reprovável juridicamente, tais como: i) nem ao menos o MP teve acesso ao caso no prazo de cinco dias da detenção; ii) os custodiados foram detidos de modo ilegal, sem que estivessem cometendo qualquer delito ou houvesse ordem de prisão contra eles; iii) a detenção se deu como represália contra os presos por sua atuação em defesa da floresta, com uso excessivo de força para obrigá-los a confessar falsamente; e iv) a prisão se deu em área civil em que os agentes militares não detinham autorização para atuar, segundo as leis mexicanas. Assim, há que se ter em mente, sim, que a Corte IDH considerou ilícita a apresentação do preso no prazo de cinco dias, sem, porém, ignorar todas as circunstâncias do caso que motivou o precedente. Vale também comentar o caso Chaparro Alvarez *vs.* Ecuador (OEA, 2007), em que os detidos "prestaram um primeiro depoimento perante um promotor em 19 de novembro de 1997, isto é, quatro dias depois de sua detenção, e um depoimento perante a Juíza em 11 de dezembro de 1997, 26 dias depois de serem detidos". Já no caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú (OEA, 1999), a Corte fez interessante remissão ao Sistema Europeu de Direitos Humanos, que entende que o vocábulo imediatamente[3] deve ser interpretado em conformidade com as características especiais de cada caso, não sendo possível que se prolongue indefinidamente a apresentação referida. Aqui, portanto, abriu margem para que o prazo fosse adaptado a circunstâncias concretas de cada evento.

Ainda sobre a temática do prazo a ser realizada a entrevista com o juiz, é interessante o alerta feito pelo CNMP de que "em diversos Estados haveria liberação generalizada de agressores de mulheres e outras violações de normas previstas na Lei n. 11.340/2006", de modo que "os plantões judiciários têm liberado de forma generalizada agressores de violência doméstica contra a mulher, mesmo em casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência, ou da prática de crimes graves que já denotam, concretamente, que as medidas

3. Na CADH, há a expressão "sem demora".

protetivas de urgência não serão suficientes à proteção da vítima". Assim, restaria não atingida a correta compatibilização entre o determinado no artigo 7.5 da CIDH e o conteúdo normativo estabelecido no art. 7º, alínea "f", da Convenção Interamericana de Belém do Pará (Decreto 1.973/1996).

Portanto, em resumo, o prazo de 24 horas para a efetivação do ato deve ser respeitado, havendo, contudo, casos excepcionais em que o limite temporal não poderá ser observado, que poderão ser aceitos desde que prévia e devidamente justificados pela autoridade judicial.

Avançando, sobre a necessidade de AC nos casos de prisão provisória (preventiva ou temporária), levadas a cabo a partir de decisão judicial prévia, que considerou a necessidade absoluta de prisão cautelar, bem como diante de casos de sentença judicial transitada em julgado ou de prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia (letra "c" do subitem 3.2), cabem as seguintes considerações. Em tais casos, a AC não se prestaria a avaliar, pela primeira vez, a necessidade de determinar-se, ou não, a prisão, o que já se fez. Mas seria interessante sua realização, para a concessão de contraditório diferido à defesa que, no mais das vezes, não contou com a oportunidade de se manifestar previamente à decisão que optou pela prisão preventiva. Também, a entrevista com o juiz e membro do MP permitirá a esses agentes, que já se manifestaram pela necessidade da custódia cautelar, reavaliar a necessidade da prisão processual à luz de elementos concretos obtidos com o contato pessoal com o preso. Também, o ato faz-se imprescindível para a garantia de que não ocorra tortura ou outra grave ilegalidade durante a execução do mandado de prisão, seja qual for a sua origem, servindo de meio de controle judicial e ministerial da atividade policial. Nesse sentido caminha o Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, da lavra da CIDH (2013), a sustentar que "a aplicação da prisão preventiva deverá ser decidida em audiência oral, com a intervenção de todas as partes, incluindo as vítimas, garantindo os princípios do contraditório, imediatidade, publicidade e celeridade". Como a necessidade da prisão cautelar não foi discutida previamente em audiência entre as partes, mas sim por pedido do MP acolhido pela Justiça, sem contraditório prévio, o que colocaria em risco o cumprimento da medida restritiva de liberdade, a AC mostra-se interessante a fazer valer o contraditório e a ampla defesa de modo mais intenso. A Resolução do CNJ 213/2015 reconheceu a necessidade de realizar-se a AC não apenas nos casos de prisão em flagrante, como também nos decorrentes de mandados de prisão cautelar ou definitiva, não restringindo a sua espécie. Assim, mostra-se imprescindível a AC em casos de prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia.

No tocante à necessidade, ou não, de realizar-se o ato (letra "d" do subitem 3.2), em casos de apreensão de adolescente flagrado na prática de ato infracional, os autores entendem ser necessária a AA, que, contudo, ocorrerá em número consideravelmente menor do que no âmbito criminal, tendo em vista as peculiaridades do Estatuto da Criança e do Adolescente (a partir de agora ECA), que permitem amplos poderes ao MP para decidir sobre a liberdade do adolescente apreendido. No sistema judicial brasileiro, possui o MP, a princípio, todos os "poderes judiciais" sobre a liberdade do adolescente, de sorte que pode decidir pela ilegalidade do procedimento de apreensão em flagrante ou – em todos os casos – pela imediata liberação do flagrado, bem como tem totais condições de averiguar a ocorrência de tortura ou pressões sobre o adolescente, porventura praticadas por agentes de polícia. Vejam-se os arts. 126, 173 a 175, 180, inciso II, 201, inciso VII, todos do ECA. Se o adolescente não for liberado pela autoridade policial que atender o flagrante, será ele apresentado ao MP no mesmo dia para a realização da oitiva informal, ocasião em que poderá ser resolvida a situação do adolescente apreendido independentemente de processo judicial, mediante a concessão de remissão extrajudicial, instituto de atribuição do MP. Assim, caso o adolescente seja liberado, todos os requisitos da CADH serão preenchidos, não se mostrando necessário realizar-se AC. Porém, caso seja necessária a internação provisória do adolescente, aí, sim, mostrar-se-á absolutamente imprescindível a AA. Isso se dá porque, mesmo sendo o promotor de Justiça, nesses casos, detentor de poderes sobre a liberdade do agente, a mera apresentação do adolescente ao MP não cumpre os requisitos relativos ao contraditório, sobretudo porque não é realizada, sempre, na presença de defensor técnico. Em síntese: não faria sentido cumprir a CADH, concedendo ao adulto, imputável criminalmente, uma audiência, com contraditório e defesa técnica, e ao adolescente apenas o comparecimento a um membro do MP, de modo que a população infantojuvenil – obviamente mais vulnerável que a adulta – gozaria de menor proteção. Nessa quadra, não se esqueça do Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, da lavra da CIDH (2013), a indicar que "a aplicação da prisão preventiva deverá ser decidida em audiência oral, com a intervenção de todas as partes, incluindo as vítimas, garantindo os princípios do contraditório, imediatidade, publicidade e celeridade". Assim, acertadamente a Resolução 213/2015 do CNJ prevê a realização de AC em benefício de adolescente, ao mencionar o termo "apreensão" nos seus arts. 1º e 8º, inciso V.

A respeito da possibilidade de realizar-se a AC por sistema de videoconferência (letra "e" do subitem 3.2), tecem-se algumas considerações. Sobre a substituição da condução do acusado a juiz pela realização do ato por intermédio

de videoconferência, Carlo Velho Masi posiciona-se contrariamente, porque tal mudança "retira o caráter antropológico, humanitário do ato (...)" (2015), enquanto Aury Lopes Jr. e Caio Paiva acrescentam que "os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao *outro* aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário" (2015). O Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas (2013) defende que "Em determinadas condições este requisito poderá ser satisfeito com o uso de sistema de videoconferência adequado". Assim, não se pode negar que, de fato, a realização do ato à distância, valendo-se de sistemas eletrônicos, diminuirá em certa medida a sua eficácia quanto às suas duas finalidades já retromencionadas. O contato pessoal entre juiz, promotor, defensor e custodiado é elemento vital a conceder maiores subsídios para verificação de abusos policiais e para a decisão quanto à imprescindibilidade da prisão preventiva. Essa interação permite que se constate, sem intermediários, a real situação do detido e, portanto, possa-se decidir a sua situação processual de modo mais justo. Todavia, em casos concretamente excepcionais, em que não seja possível a realização do ato de modo presencial, é possível cogitar-se do manejo da AC por videoconferência, que não terá a mesma eficácia da audiência presencial, mas se afigura muito melhor aos direitos do custodiado do que o seu não encaminhamento ao controle jurisdicional, exercido em audiência telepresencial. Porém, alguns cuidados deverão ser observados, com vistas a atingir-se maior eficácia do ato, tais como: i) se possível, realizar-se a audiência em ambiente diverso das unidades policiais, a fim de que o detido tenha melhores condições de expressar o que de fato ocorreu durante sua prisão; ii) não sendo possível, é necessário sempre o acompanhamento de advogado junto ao detido, para que este tenha oportunidade de contato prévio com o advogado e para evitar que este sofra coação psicológica no ambiente policial; e iii) sem a presença dos policias que realizaram a prisão ou que participarão da investigação, de acordo com o art. 4º, parágrafo único, da Resolução 213/2015 do CNJ, o que pode se mostrar inviável em algumas comarcas.

Em casos de prisões em comarcas diversas da do juiz competente para processar e julgar o feito (letra "f" do subitem 3.2), é cabível, sim, a AC feita mediante carta precatória, obviamente apenas nos casos em que o detido não puder ser levado ao juiz competente (juízo preferencial). Aqui, a peculiaridade a ser respeitada é a possibilidade ampla de o juízo deprecado decidir pela liberdade do agente, a fim de que seja respeitada a garantia, segundo a qual o detido tem direito a ser levado a juiz ou autoridade com poderes amplos para deliberar sobre sua liberdade.

Por fim, quanto à discussão acerca da possibilidade de utilização futura, em processo penal, do conteúdo probatório produzido em AC (letra "g" do subi-

tem 3.2), devem ser feitas as seguintes considerações. De início, relembre-se que não se encontra entre os objetivos – que são dois – da AC a produção de provas a respeito do fato ou a concessão de oportunidade para que o custodiado apresente sua versão a respeito dos fatos criminosos que lhe são inicial e provisoriamente imputados. Assim o é porque, nesse primeiro momento, ainda não há acusação deduzida em juízo pelo MP, de modo que não faz sentido que lhe seja concedida oportunidade para promover sua autodefesa. Portanto, chega a ser lugar-comum afirmar que não se destina a AC a produzir provas a respeito do mérito dos fatos, sobretudo em desfavor do detido que venha a ser réu à frente. Também, tenha-se em mente que o juiz deve apenas efetuar perguntas a respeito das circunstâncias objetivas da prisão e do tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência (arts. 1º e 8º, V, da Resolução 213/2015 do CNJ), bem como indeferir perguntas das partes relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação (art. 8º, § 1º, da Resolução 213/2015 do CNJ). Assim, em regra, o conteúdo da entrevista realizada pelo juiz, promotor e defensor não será relevante em futuro processo penal, pois não representará prova a respeito dos fatos (autoria e materialidade, principalmente), de maneira que não se fará necessária a juntada aos autos da ação judicial, por ser irrelevante. Nesse sentido, a Resolução 213/2015 do CNJ dispõe que a oitiva da pessoa presa, registrada em mídia, ficará arquivada na unidade responsável pela AC e que apenas cópia ata da audiência, contendo resumidamente a deliberação fundamentada quanto à legalidade e manutenção da prisão, será apensada ao inquérito ou ação penal (arts. 8º, § 4º, e 12). Entretanto, duas situações dissemelhantes poderão sobrevir: i) o custodiado, por iniciativa própria,[4] resolver confessar, total ou parcialmente, e, própria ou impropriamente, negar a ocorrência dos fatos ou a autoria ou alegar outra causa de defesa, de modo que durante a instrução do processo a defesa técnica, com vistas a apoiar tese defensiva, resolva instruir os autos com o conteúdo da AC; e ii) o surgimento em processo penal de controvérsia sobre circunstâncias relativas à prisão, que excepcionalmente tenham potencial de interferir no mérito da causa criminal, por via lateral.

Na primeira hipótese, não se vislumbra impedimento à juntada da mídia contendo a entrevista do então detido, considerando-se que não faz sentido impor-se tais limitações, que foram criadas em proteção do cidadão detido, com vistas a garantir a sua presunção de inocência. Assim, é admissível elaborar-se conjuntura em que o promotor de Justiça utilize o conteúdo produzido

4. Isso porque até mesmo a defesa está proibida de lançar perguntas a respeito do mérito dos fatos.

na AC para arquivar o procedimento investigativo ou para requerer a absolvição do agente. Já no item "ii", diante de situação em que a defesa aponte a nulidade do procedimento policial, em razão de ilicitudes supervisionadas na AA, sobre as quais o preso falara diante do juiz, logo após os fatos, não se afigura desarrazoado utilizar-se a mídia com a fala do custodiado, para um elemento a mais para aferir a correção da ação policial, sendo este um dos objetivos da AA. Apenas nesse caso, quando a realidade factual a ser apurada em AC (a legalidade da prisão em flagrante e do procedimento policial) tornar-se ponto controverso em audiência judicial, será possível utilizar-se do conteúdo produzido até mesmo contra os interesses do réu. Ora, não se afigura admissível levar a efeito a AC para constatar, por exemplo, eventual ocorrência de tortura policial e, ainda assim, não poder utilizar a manifestação do detido quanto à possível violência policial, feita logo após a sua prisão. É importante tal prova para que se qualifique o debate no processo judicial. Tal admissão não fere o princípio da não culpabilidade, porque não se estaria a inserir declaração do réu, feita antes do início do processo, a respeito dos fatos delituosos e do mérito da acusação, mas sim esclarecimentos sobre eventuais ilicitudes da prisão, o que se mostra em harmonia com os propósitos da AC e não é vedado pelo SIDH. Respeitadas tais condições, seria possível valer-se da mídia produzida durante a entrevista com o juiz, promotor e defensor em processos judiciais.

4. A audiência de custódia (AC) sob as lentes da efetividade e eficiência – à luz da análise econômica do direito (AED)

4.1. Da necessidade de avaliar-se a eficiência da audiência de custódia (AC) em seus resultados

Antes de efetivar-se análise de alguns dos relevantes efeitos irradiados pela AA, há que se demonstrar a importância em realizar tal análise, valendo-se do instrumental teórico fornecido pela AED, à luz do princípio da eficiência (COASE, 1960).

A lei, em sentido amplo – aqui sendo consideradas normas de tratados internacionais e resoluções que a disciplinem no plano doméstico –, pode acarretar elevados custos relacionados à manutenção do aparelho institucional e coercitivo, que acabam por tornar a sua implantação algo irrazoável, sem, por outro lado, irradiar efeitos práticos razoáveis, conforme sustenta Christian Fernandes Gomes da Rosa (2008, p. 45). Stephen Holmes, Cass Sunstein (1999, p. 6) e Flávia Piovesan (2013, p. 188) perfilham o entendimento de que todos os direitos humanos, não apenas os sociais ou de segunda dimensão/geração, implicam custos, exigindo do Estado proteção e medidas de implementação de

direitos, que despendem recursos públicos. Portanto, até mesmo para o efetivo respeito dos direitos de primeira dimensão, protetores de bens jurídicos como a liberdade e integridade física – ambos tutelados pela AC –, é necessário que o Estado adote ações custosas, mas que devem ser medidas de acordo com o seu grau de eficiência.

Nessa perspectiva, para aquilatar se o procedimento desenhado para a apresentação de detido a juiz é mero mecanismo burocrático com baixos índices de atingimento das finalidades preconizadas, impõe-se verificar se a sua execução está a funcionar eficientemente (PEREIRA, 2009, p. 4). Um bom meio pelo qual se pode aferir, de certo modo, a eficiência da AC em relação aos seus objetivos é comparar os resultados obtidos com ela e os gerados pela mera aplicação do CPP. É o que será feito a seguir.

Anote-se, à derradeira, que a AED é composta de diversas linhas e sublinhas doutrinárias, as quais aqui não serão detalhadas por escaparem do foco deste artigo. Todas elas, porém, sustentam a necessidade que se priorizem diretrizes de eficiência nos processos decisórios na área do Direito (ROSA, 2008, p. 20).

4.2. Efeitos da audiência de apresentação

Os consectários da AC são vários, sendo detalhados a seguir alguns deles.

a) O primeiro deles é a concessão de papel de protagonismo ao juiz, ao promotor e ao defensor, num dos momentos mais importantes da persecução penal, a saber, por ocasião da consumação da detenção ou prisão. A relevância do ato de prisão em flagrante e da decisão que mantém, ou não, o custodiado no cárcere é tanta que, por vezes, chega a implicar mais prejuízos ao réu que a própria sentença condenatória: não são raras, no dia a dia forense, as situações de pessoas que aguardaram presas por seu julgamento e, posteriormente, foram condenadas a pena diversa da prisão ou, até mesmo, absolvidas. Diante de tal cenário, a AC passou a tratar com maior zelo esse momento vital da persecução penal, pondo os operadores do Direito para dialogar de modo presencial sobre temas jurídicos ligados à liberdade, exigindo deles, sem terceirizações, ciência do que se passa e pronta e concreta fundamentação em suas manifestações.

b) Igualmente, a AC tem atuado como instrumento hábil a viabilizar a apreciação da juridicidade do flagrante de maneira mais vicinal (em relação à pessoa detida), uma vez que retira do "plano virtual" – papéis e/ou processo eletrônico – a apreciação do flagrante, de modo a aproximar o contato do privado de sua liberdade com juízes, promotores e defensores, tornando mais humanizado, ágil e célere o provimento jurisdicional do Estado. O encontro

não só das partes e juiz, mas também do preso, que ocorreria tão somente durante a instrução processual, meses (ou até mesmo anos) após a prisão, é antecipado. Portanto, faz valer não apenas os tratados internacionais de direitos humanos, como também a garantia processual da celeridade prevista no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. Com isso, são providos ao juiz e promotor maiores subsídios para que decidam[5] a respeito da legalidade da prisão e da manutenção do cidadão em cárcere. Tem a AC um papel fundamental na identificação de importantes questões pessoais que podem ter influência na decisão do juiz. No município de São Paulo, nos primeiros meses de adoção da AC, foram levantadas as seguintes circunstâncias: vício em drogas (11% dos casos); problemas de saúde (4,25% dos casos); problema de saúde mental grave (1,19% dos casos); problema de saúde de dependente, isto é, em filho menor de idade ou parente idoso (0,51% dos casos); e gravidez e amamentação (0,51% dos casos) (IDDD, 2016, p. 44). Essa postura encontra previsão na Resolução 213/2015 do CNJ, mais precisamente no inciso X do art. 8º.

c) Outro efeito que não pode ser esquecido diz respeito ao fortalecimento do princípio acusatório, de forma que a AC força o juiz a ouvir previamente as partes antes da decisão judicial acerca da prisão.

d) Também, é desdobramento do ato em análise a melhoria da qualidade da investigação policial no auto de prisão em flagrante, sobretudo no que concerne ao interrogatório e à presença do Delegado de Polícia no respectivo ato, o que poderá ser apreciado na entrevista com o preso. Isso foi verificado em pesquisa feita pela IDDD a sugerir que o "aumento no número de relaxamentos por inconsistências nos autos de prisão em flagrante pode ter provocado uma atuação mais cuidadosa da polícia nos relatos documentados" (2016, p. 55).

e) Ainda, impede a realização de atos de tortura, tratamento cruel ou degradante em procedimentos policiais, sobretudo no interrogatório levado a efeito pela autoridade policial. Mesma observação é feita por Maurício Cirino dos Santos, para quem o procedimento contribuiu para obstrução de práticas odiosas subsistentes no interior de delegacias de polícia e unidades prisionais, voltada a produzir confissões e a "solucionar" crimes complexos (2015, p. 521-544).

5. Sobretudo em procedimentos anteriores ao oferecimento da denúncia, de acordo com o princípio acusatório, a manifestação do MP contrária à continuidade de prisão provisória do agente reveste-se de verdadeira decisão, vinculante o julgado à impossibilidade de manter o detido em prisão.

f) Com o ato, em verdade, institui-se no Brasil o sistema da "tripla cautelaridade",[6] no controle do auto de prisão em flagrante, porquanto delegado, promotor e juiz podem controlar a prisão preventiva, possuindo os dois últimos poder dado pela Constituição para resguardo da liberdade em todas as hipóteses, visto que, caso o MP se manifeste pela liberdade do agente, não poderá o juiz decidir em sentido contrário, de acordo com o art. 311 do CPP.

g) Há, também, a possibilidade de concessão de maior credibilidade aos atos policiais que se mostrarem corretos durante a AC, de modo que impugnações à conduta policial feitas a destempo, sem qualquer justificativa razoável para o atraso, terão menor probabilidade de ser aceitas.

h) Em casos de AC feitas perante o juiz e membro do MP com atribuições para processamento e julgamento de eventual processo judicial decorrente da prisão em flagrante, será permitido ao membro do MP arquivar o caso quando verificar a inocorrência de fato criminoso – entendendo pela atipicidade da conduta, pela existência de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade – ou se concluir pela ausência de provas de materialidade e autoria e pela impossibilidade de produzi-las, o que poderá ser homologado pelo juiz no mesmo ato, intimando-se o agente custodiado da decisão.

i) Em situação similar à da letra "h", é possível pensar na AC como momento para o estabelecimento de acordo entre o MP e a defesa (caso esta entenda pertinente aos interesses do detido, por óbvio, e seja conduzida pela Defensoria Pública ou por advogado contratado pelo flagrado, de modo a efetivamente proteger os interesses do custodiado), tornando mais eficiente o sistema de justiça criminal e protegendo o flagrado de um futuro processo criminal, de maneira a definir sua situação jurídica desde já, caso lhe seja conveniente.

j) Outro resultado advindo da implementação da AC é a aparente diminuição das prisões preventivas decretadas, sobretudo quando da análise da necessidade de converter as detenções em flagrante em prisão cautelar.

l) Passa, também, o custodiado a receber atendimento prévio e reservado por advogado por ele constituído ou defensor público (art. 6º da Resolução 213/2015 do CNJ).

m) Um possível efeito negativo da entrevista do custodiado com o juiz seria a utilização, por parte deste, de elementos discriminatórios, tais como preconceito racial e social, colhidos do contato pessoal, para fundamentar a prisão preventiva ou tratamento mais rigoroso a populações mais vulneráveis. Tais subsídios, por óbvio, não constarão do fundamento oficial da decisão, mas po-

6. Expressão cunhada pelos autores deste artigo.

dem funcionar como fundamento do fundamento dela. Há juízes que admitem "se basear na intuição, analisando a aparência e o 'jeito' do réu" (IPEA, 2015). A provável ocorrência desse indesejável efeito decorre de estatísticas que evidenciam que a concessão de liberdade a detidos negros é bastante inferior à dos presos brancos (DPE/RJ, 2016).

n) Nada impede, também, que os operadores jurídicos recorram, na AC, à mediação penal, de sorte que, por intermédio de práticas restaurativas, não judicializem o conflito, bem como, além disso, pode o juiz optar pela aplicação de medidas de caráter assistencial ao preso, como, por exemplo, relacionadas a vícios (álcool e drogas) e até mesmo à saúde (MASI, 2015).

o) Ao fim, o ato serve como mecanismo para que se esclareça o custodiado do motivo por que foi preso.

4.3. Possibilidades de se atingir mesma proteção sem a audiência de custódia (AC)

Neste trecho, será visto se é possível produzir-se os mesmos resultados advindos da AC – alguns deles já narrados no item anterior – por intermédio de outros procedimentos, isto é, sem a realização da entrevista entre a pessoa recém-detida e o juiz. Em outras palavras, verificar-se-á se a proteção a direitos fundamentais/humanos levada a efeito pela AC pode ser atingida com a mera aplicação da legislação processual nacional.

O efeito narrado na letra "a" do subitem 4.2, advindo com o procedimento previsto à AA, não é obtido com a aplicação pura e simples do CPP, visto que inexiste previsão neste diploma legal de participação – nem ao menos por meio de arrazoados escritos – das partes antes da decretação de prisão provisória. Também, não se consegue aproximar o juiz, o promotor e o defensor técnico do detido, antes da conversão da prisão em flagrante em preventiva, senão pela AC (letra "b" do subitem 4.2). Com a mera aplicação do CPP brasileiro, juiz e promotor sempre participam do procedimento a distância, não sendo raros os casos de juízes que, de ofício, decretavam custódia cautelar sem ouvir o MP, e em que os defensores técnicos apenas atuavam se contratados pelos detidos, logo após os flagrantes – o que era pouco provável de ocorrer. Sem a audiência, não era incomum que juízes decidissem pela legalidade do flagrante e pela conversão da prisão em flagrante em preventiva à revelia do MP, desrespeitando frontalmente o disposto no art. 311 do CPP. Com isso, outrossim, abria-se a possibilidade de que o juiz soltasse pessoas que, por motivos justos, deviam permanecer presas cautelarmente, por não reparar em circunstâncias processuais de elevada importância que preconizavam a manutenção da custódia, o

que poderia ter sido evitado com a participação anterior do MP. Portanto, por nem sempre participar o MP previamente à prisão e porque muito raramente os defensores se manifestaram antes da conversão, os efeitos descritos nas letras "c", "f", "h", "i", "l" e "n" do subitem anterior não são gerados sem a AC.

Já o resultado descrito na letra "d" do subitem 42 até poderia ser alcançado com a singela aplicação do CPP, desde que juiz, promotor e defensor buscassem maiores detalhamentos sobre como foi realizado o procedimento na delegacia de polícia. Todavia, é inegável que a AC é o meio mais eficaz para melhor fiscalização da atividade policial, permitindo aos operadores do Direito medirem o trabalho policial de modo imediato e sem os filtros do tempo e da burocracia. À mesma conclusão, por idênticas razões, se chega em relação às letras "e" e "g" do subitem 4.2.

Sobre a provável diminuição das prisões preventivas decretadas, o que teria ocorrido com a AC (letra "j" do subitem 4.2), citem-se dois estudos, a título de comparação: um realizado pelo Instituto Sou da Paz (2014), que trabalhou com dados de 2012 – período em que não se lançava mão da AC –, a revelar que, naquele período, cerca de 61% das prisões em flagrante eram convertidas em prisão preventiva no município de São Paulo – assim, apenas 39% dos casos resultavam em liberdade –; e outro feito pelo IDDD (2016), que monitorou o primeiro ano de realização da AC na cidade de São Paulo, revelando que o percentual de conversão de flagrantes em prisões preventivas tem sido de aproximadamente de 53% (2016). Portanto, tem-se que efetivamente a AC serviu para diminuir os índices de prisões provisórias indevidas, o que não se realizava com a mera aplicação da legislação doméstica brasileira.

O efeito produzido pela AC descrito na letra "o" do subitem 4.2 justifica-se, visto que não são poucos os custodiados que desconhecem as razões por que são presos, apesar de terem vivenciado procedimentos realizados no interior das dependências policiais e das determinações legais já existentes. Recente pesquisa do IDDD (2016) indicou que 20% das pessoas presas em flagrante não tinham conhecimento do motivo – do crime – pelo qual foram presas. Por óbvio, nesse caso, o problema encontra-se mais na conduta prática e ilegal, a descumprir os preceitos legais, do que propriamente em ausência de normas de cunho processual. De qualquer modo, as estatísticas têm revelado que a AC tem se mostrado importante mecanismo para garantir ao detido o direito ao esclarecimento a respeito dos fatos a ele imputados e dos motivos de sua detenção.

Por fim, no tocante ao possível resultado inesperado e negativo da AC, de permitir que pessoas vulneráveis e estigmatizadas sofram preconceito de juízes, recebendo tratamento desigual e mais rigoroso, vale pontuar que a ausência do

ato provavelmente não melhoraria a situação das pessoas pertencentes a grupos discriminados, porquanto já era mais rigoroso o tratamento que o sistema de justiça criminal lhes direcionava. Ainda se afigura mais verossímil a hipótese de que julgamentos mais racionais, fundados em razões objetivas, serão adotados, diante de todos os efeitos positivos listados acima para que se conceda ao julgador melhores condições de decidir adequadamente, acessando diretamente o caso.

4.4. Cotejamento crítico entre os resultados e custos da audiência de apresentação – à luz da eficiência do ato

É possível constatar resultados gerados a partir da observância da AC, diversos daqueles obtidos com a simples implementação dos ritos, para detenções e prisões, previstos na legislação doméstica. Os consectários benéficos da AC já foram descritos nos itens 4.2 e 4.3 exaustivamente.

Tais efeitos, contudo, são alcançados após o incremento de procedimento judicial mais longo, moroso e custoso que o preconizado apenas pelo CPP e Constituição da República, uma vez que a AC implicará mais um ato judicial presencial, com membro do MP e defensor técnico, além da necessidade de participação de policiais para escoltar o detido até o fórum e de servidores. Os custos e externalidades negativas residem em tais investimentos por parte do Estado em estrutura para a efetivação da audiência em testilha. Diante de tudo isso, há benefícios (consectários positivos) e custos com a adoção da AC no Brasil. Cabe, então, ponderar criticamente se os efeitos benéficos superam os dispêndios com o ato judicial.

De plano, assinale-se que o balanceamento entre os resultados favoráveis e os custos devem ser "arredondados", em caso de "empate orçamentário" em prol daqueles, tendo em vista que os efeitos da AC militam em favor não apenas de bons resultados econômicos ao poder público, mas em prol de direitos relevantíssimos, como a liberdade e a integridade pessoal de pessoas, de modo que eventuais prejuízos devem ceder à preservação da dignidade humana, sobretudo dos mais vulneráveis, que é respeitada com os gastos gerados. Direitos fundamentais e humanos não podem ser simplesmente pesados em balancetes contábeis, como se se tratassem apenas de numerários.

Tendo-se tais parâmetros em mente, é possível avançar. O primeiro apontamento a ser feito é o de que, como visto acima, há indícios de que se está a evitar em torno de 10% de prisões preventivas desnecessárias, que se originavam de flagrantes. Assim, considerando-se que atualmente no Brasil, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (2016), que coletou dados dos Estados-membros de dezembro de 2014, existem cerca de 250 mil presos pro-

visórios – pessoas presas antes de serem julgadas em primeiro grau de jurisdição –, bem como cada preso custa mensalmente aos cofres públicos em média de R$ 3.000,00, é verossímil cravar que se está a gerar por ano uma economia de aproximadamente R$ 900.000.000,00.

Além disso, somem-se todos os bons resultados acima indicados em prol da dignidade da pessoa humana, do aperfeiçoamento da atividade policial com maiores índices de confiabilidade de sua atividade e da redução dos percentuais de tortura. Tudo isso está a gerar contenção nos cofres públicos em indenizações por prisões indevidas, maus-tratos e torturas praticadas por agentes policiais e impunidade por ausência de melhores investigações – tendo em vista a ausência de solidez de determinadas investigações calcadas apenas na "confissão espontânea" feita em delegacia, a resultar em absolvições futuras, bem como em razão de que, durante os instantes imediatamente seguintes às detenções em flagrante delito, o MP permanecia ausente e distante do caso, o que poderia prejudicar a adoção de melhores estratégias de investigação. Repita-se que todos os efeitos econômicos declinados não diminuem a importância em se respeitar mais os direitos fundamentais e humanos.

De outro lado, há os custos de tempo e dinheiro a serem despendidos com mais pessoal (policiais, servidores do Judiciário e juiz, membros do MP e defensores) e com maior estrutura física e de equipamentos – tal incremento aparentemente não se afigura de grande monta, tendo em vista que o Poder Judiciário já está equipado para a nova demanda – para a realização do novo ato jurídico. Ainda, cabe ser feita uma ressalva nesta quadra: caso prevaleça a exigência de realização da AC em 24 horas em todos os casos, não se abrindo possibilidade para a realização do ato no dia útil seguinte em locais em que não haja estrutura para a realização do ato em fins de semana e feriados, haverá significativo dispêndio econômico, principalmente no que diz respeito ao transporte do preso – por vezes intermunicipal –, somado ao custo de deixar algumas comarcas desguarnecidas de efetivo policial ou viaturas. Assim, há que se implementar a AC, a fim de garantir os direitos dos custodiados e, ao mesmo tempo, viabilizar economicamente a execução do novo rito em todos os casos.

Assim, com as ressalvas feitas, é possível cravar que a AC tem se mostrado eficiente quanto às suas finalidades, em vista dos seus custos e resultados obtidos.

5. Conclusão

O constitucionalismo regional transformador está a fazer emergir um novo modo de encarar o direito doméstico, levando-o a buscar diálogos e inteirações

com novos paradigmas e modelos jurídicos vindos do SIDH. Fruto desse novo olhar é a AC, que, de tão madura e por não ter sido colhida no tempo certo, "caiu repentinamente da árvore", chegando ao solo do direito brasileiro de modo arrebatador. É "uma ideia cujo tempo chegou", como dizia Victor Hugo.

Assim, como visto, há razões jurídicas de sobra para reconhecer-se o premente imperativo de se implementar a apresentação do detido em flagrante a juiz, como se engendrou no rito da AC. De todos os lados que se pode olhar, salta aos olhos a insuficiência da legislação brasileira no que concerne ao tratamento dado à prisão em face do que preconiza o artigo 7.5 da CADH. A ilicitude da ausência da AC acentua-se quando se tem em conta a interpretação legítima da CADH, levada a cabo pela Corte IDH. Portanto, não é apenas ato jurídico aceitável a AC, como se trata de requisito cogente à validade jurídica da prisão e do processo futuro.

Decorrência da aplicação da AC, a redução das prisões provisórias em torno de 10% revela que está havendo uma diminuição no número de presos, mas não em níveis drásticos, excessivos ou irresponsáveis, o que poderia sugerir que esta estaria a prejudicar a adoção de medidas necessárias à proteção eficiente de bens jurídicos violados por autores de delito. Tudo indica que a AC trata-se apenas de oportunidade para que o julgador amplie seus horizontes de apreciação do caso, ouvindo as partes interessadas e tendo contato com a pessoa diretamente afetada por sua decisão.

De outro lado, a AED torna possível um novo olhar para os fenômenos jurídicos, de maneira bastante diferente da visão tradicional estritamente jurídica, por demais ligada aos meios, à burocracia estatal e ao Direito, considerado como um mero conjunto de normas abstratas em busca da justiça ideal. Assim, a eficiência passa a ser vetor importante na compreensão das normas jurídicas e das decisões judiciais. Diante desse panorama, a AC mostra-se eficaz e eficiente como instrumento de incentivo do respeito aos direitos humanos da liberdade e integridade pessoal das pessoas detidas ou presas, com as ressalvas feitas acima. Isso porque tal norma está a gerar custos de transação – necessidade de criação e manutenção de maior estrutura nos órgãos de segurança pública e no sistema de Justiça –, os quais são compensados por bastantes resultados – benefícios proporcionais ao aumento de todos estes meios.

Findando, nada obstante implicar os avanços apontados neste artigo, o procedimento da AC continua sujeito a aperfeiçoamentos e melhorias, o que pode – e deve – ser feito pela via legislativa, a fim de emprestar-lhe maiores significados de proteção de direitos, a gerar melhores resultados a um processo penal democrático, e por meio de maior sensibilização dos atores jurídicos para melhor utilizar as oportunidades – potencialidades – que o ato gera.

6. Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. *Revista de Derecho da Universidad Católica del Uruguay*, v. 1, n. 10, p. 131, 2010.

BARBOSA, Ruchester Marreiro. Audiência de custódia e o sistema de dupla cautelaridade como direito humano fundamental: uma análise contextualizada com a criminologia, ciência política e sociologia, com estudo aprofundado de casos já julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a audiência de custódia. Disponível em: [http://ruchesterbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/173154765/audiencia-de-custodia-e-osistema-da-dupla-cautelaridade-como-direito-humano-fundamental]. Acesso em: 04.2016.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado pode ser primeiro filtro antes de audiências de custódia. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2016-jan-12/academia-policia-delegado-primeiro-filtro-antes-audiencias-custodia]. Acesso em: 25.07.2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 466.343-1. Tribunal Pleno. Relator: Peluso, Cezar. Brasília, 5 jun. 2009. *Lex*: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 05.06.2009.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44. Chicago: The University of Chigaco Press, oct. 1960.

COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS (CIDH). Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações. Washington, DC, 2013.

DINIZ, Débora. Audiência de custódia solta 32% mais brancos que negros. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/2942-Audiencia-de-custodia-solta-32-mais-brancos-que-negros-e-pardos]. Acesso em: 25.07.2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GARCIA, Gustavo Assis. A falácia da audiência de custódia. Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás. Disponível em: [http://esmeg.org.br/portal/wp-content/uploads/2015/06/audiencia-de-custodia_Gustavo-Assis-Garcia.pdf]. Acesso em: 25.07.2016.

GONZATTO, Marcelo. Cidades do interior têm apenas um policial militar. 2015. Disponível em: [http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/05/cidades-do-interior-tem-apenas-um-policial-militar-4762170.html]. Acesso em: 27.07.2016.

HITTERS, V. Juan Carlos. Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 10, p. 131-155, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights* – Why liberty depends on taxes. New York and London: W. M. Norton, 1999.

HUMAN RIGHTS WATCH. World Report 2016: Brasil. New York: 2016. Disponível em: [https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573]. Acesso em: 25.07.2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. (2015). A aplicação de penas e medidas alternativas: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA. 100 p. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf]. Acesso em: 27.07.2016.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. (2016). Liberdade em foco. Redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo. São Paulo: IDDD. Disponível em: [http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/RELATORIO-LIBERDADE-EM-FOCO.pdf]. Acesso em: jul. 2016.

INSTITUTO SOU DA PAZ. (2014). O impacto da Lei das Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz. Disponível em: [http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf]. Acesso em: abr. 2016.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais. Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (Parte 2). Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2]. Acesso em: jul. 2016.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. *Revista de Liberdade*, n. 17, set.-dez. 2014. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoes Exibir.php?rcon_id=209]. Acesso em: abr. 2016.

MAIA, Tércius Gondim. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violações aos direitos humanos causadas por decisões do Supremo Tribunal Federal: uma abordagem transconstitucional. 2014. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de convencionalidade*: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais On-line,* v. 960, n. 1, p. 77-120, São Paulo: Ed. RT, out. 2015. Disponível em: [http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/resultList/

document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001562f8e273504e4ebcf&docguid=I566dcd30730711e597e6010000000000&hitguid=I566dcd30730711e597e6010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=18&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 25.07.2016

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINUTA de Nota Técnica do CNMP sobre audiências de custódia em caso de violência doméstica. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/NT_-_CNMP_-_Audi%C3%AAncia_de_Cust%C3%B3dia_FINAL.pdf]. Acesso em: abr. 2016.

MOURA, Rafael Osvaldo Machado. A repercussão dos precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2016. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016.

NOTA TÉCNICA 6/2015 do CNMP. 23.09.2015. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Notas_Tecnicas/_Nota_Tecnica_n6_2015.pdf]. Acesso em: abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009]. Acesso em: 15.12.2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile. Sentença de 26.12.2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf]. Acesso em: 21.04.2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Caso Tibi *vs.* Ecuador. Sentença de 07.07.2004. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf]. Acesso em: 15.04.2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador. Sentença de 21.11.2007. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf]. Acesso em: 11.04.2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Caso Vélez Loor *vs.* Panamá. Sentença de 23.11.2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf]. Acesso em: 12.04.2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores *vs.* México. Sentença de 26.11.2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf]. Acesso em: 05.04.2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú. Sentença de 30.05.1999. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf]. Acesso em: 23.04.2016.

PEREIRA, Caleb Salomão. A insustentável leveza do capitalismo e o "foco na eficiência" do poder judiciário: simetrias de uma atuação pela violência simbólica. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1737.pdf]. Acesso em: 25.12.2014.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva. 2013.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.19, p. 67-93, São Paulo, jan.-jul. 2012.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROBLES, Manuel Ventura. El Control de Convencionalidad y el Impacto de Las Reparaciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 13, n. 13, p. 202, Fortaleza, 2013.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

SAGUÉS, Nestór Pedro. El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones Nacionales. *La ley*, ano LXXIII, n. 35, p. 1-3, 2009.

SANTOS, Maurício Cirino dos. A audiência de custódia e as funções institucionais do Ministério Público. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; MARGRAF, Alencar Frederico (org.). *Direito e justiça:* Estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público, 2016. p. 521-544. Disponível em: [http://www.femparpr.org.br/userfiles/Livro Direito e Justiça - virtual.pdf]. Acesso em: 27.07.2016.

SILVA, Roberto Luiz. A OEA enquanto organização internacional. In: OLIVEIRA, Márcio Luis de. (coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*: interface com o direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TAMAYO, Carolina Loayza. Aplicación de la normatividade protectora de los derechos humanos en el ordenamiento interno. *Doutrinas Essenciais*: Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VERONESE, Alexandre; SOARES, Fabiana de Menezes; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (coord.). *Direitos humanos e efetividade*: fundamentação e processos participativos. [Recurso eletrônico *on-line*] organização CONPEDI/ UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento, de Carlo Velho Masi – *RT* 960/77-120 (DTR\2015\13234);
- A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador, de Vinícius de Assis Romão – *RBCCrim* 128/307-345 (DTR\2017\212); e
- 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).

Poder Judiciário: segurança pública e administração penitenciária

Judiciary: public security and penitentiary administration

Cristiane Farias Rodrigues dos Santos

Doutora em Direito Penal – FADUSP. Pesquisadora: Políticas Públicas e Poder Judiciário – FADUSP. Juíza Federal.
crisfariasrodrigues@gmail.com

Recebido em: 12.04.2016
Aprovado em: 21.07.2016
Última versão autora: 17.11.2016

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente ensaio objetiva a análise da política de segurança pública na Constituição Federal, a relevância do tema para a sociedade e, de forma sucinta, como o orçamento na área de segurança pública é constituído. O tema é complexo e essa complexidade dificulta a ação dos entes públicos e do Poder Judiciário no que se refere à superlotação carcerária no Brasil, restando à população a busca de soluções na E. Suprema Corte por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347.

Palavras-chave: Constituição Federal – Estado Democrático de Direito – Segurança pública – Jurisdição constitucional – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Abstract: The present work aims to analyze the policy of public security in the Federal Constitution and how the budget for the public security is provided, as well as the relevance of the subject for the society. This issue is complex and places obstacles in the way of the public entities and the Judiciary concerning the problem of overcrowded prisons. As a consequence, the only alternative for the population is to look for solutions at the Supreme Court through claim of non-compliance with a fundamental precept – ADPF N.347.

Keywords: Federal Constitution – Democratic State of Law – Public security – Constitutional jurisdiction – Claim of non-compliance with a fundamental precept.

Sumário: 1. Introdução. 2. Constituição Federal e segurança pública. 2.1. A partilha constitucional da segurança pública. 3. Federalismo fiscal e financiamento da segurança pública. Fundos orçamentários. Dificuldades. 3.1. FUNPEN. 4. A urgência da temática penitenciária. 4.1. Análise de dados sobre a criminalidade (crimes violentos e letais). 5. Expansão do direito penal. 6. Administração da Justiça. 7. A Legitimação do Poder Judiciário na análise, controle

e correção de políticas públicas e a supremacia da Constituição. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Estado de coisas inconstitucional e ativismo judicial. 9. Consequências políticas. 10. Conclusão. 11. Referências bibliográficas.

"Uma injustiça em um lugar é uma ameaça à justiça em todo lugar".
Martin Luther King
(Birmingham, abril de 1963)

1. Introdução

Levantamento recente reproduzido pelo Latinobarômetro (2013) demonstra que a delinquência, para 24% da população, foi a principal preocupação dos habitantes da América Latina em 2013, contra 16%, que citaram o desemprego. Já no que diz respeito ao cenário brasileiro, o país foi responsável, em 2014, por 11,8% de todos os homicídios do mundo – 59.627 mil vidas perdidas .[1]

No Brasil, a violência é um dos temas que mais preocupam a população e é uma questão relevante para a sociedade[2] porque atinge todas as camadas sociais, ricos e pobres.

Nos últimos anos, a ineficiência de políticas públicas e sociais tem determinado uma proliferação de leis penais criminais e soluções jurídicas emergenciais que não solucionam o problema da violência e repercutem no aumento da população carcerária. A ineficiência da política carcerária alimenta a violência existente e contribui para o agravamento do problema social.

O ambiente instável e turbulento aumenta a percepção da sociedade de que o futuro é múltiplo e incerto para todos. O problema carcerário agrava-se a olhos vistos e não é solucionado pelos órgãos competentes, envolvidos na solução da questão debatida. A sociedade não enxerga a superlotação carcerária como problema, pois para o povo a pena é castigo e o condenado, merecedor da pena.

A questão ganhou holofotes da mídia e da sociedade com a prisão dos "mensaleiros", em 2013, e com isso o problema de violação de direitos humanos dos encarcerados desagua no Poder Judiciário, cabendo ao E. Supremo Tribunal Federal solucionar o caso. Alguns juristas questionam o protagonismo do Poder Judiciário, que é o guardião das promessas democráticas. Outros

1. Fonte IPEA.
2. HASSEMER, W. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Traducción Patricia Ziffer: Ad Hoc. 2003, p. 48-56.

acusam os juízes de prenderem demais e de contribuírem para a superlotação dos presídios, a questão é polêmica. É necessária a organização de múltiplos saberes[3] para analisar a questão carcerária dentro de um contexto humanista. No presente artigo, serão examinados a dinâmica da política de segurança pública, o federalismo fiscal, o financiamento da segurança pública, o ativismo judicial e a superlotação carcerária.

2. Constituição Federal e segurança pública

A segurança é antigo anseio da humanidade; historicamente, o Direito à segurança foi reconhecido, primeiro, pela Constituição da Filadélfia, de 1787. No Brasil, desde a Constituição de 1824 até os dias atuais, a segurança pública é monopólio do Estado. Hoje, com o estabelecimento de competências e especificidades, a segurança pública é reconhecida como um direito fundamental e uma condição para o exercício das liberdades individuais e coletivas que o Estado tem o dever de garantir.

O tema é tão relevante para a sociedade, que o constituinte o reconheceu e garantiu não apenas como direito individual, mas também como direito social. Isso permite que se aponte uma obrigação do Estado de realizar políticas públicas com o intuito de efetivar esse direito fundamental. A segurança pública garante a proteção dos direitos individuais e assegura o pleno exercício da cidadania. Nesse sentido, a segurança não se contrapõe à liberdade e é condição para o seu exercício, fazendo parte de uma das inúmeras e complexas vias por onde trafega a qualidade de vida dos cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 reconhece e garante a todos, em seu art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à segurança. O art. 6º, *caput*, elenca a segurança como direito social. Mais adiante, no título sobre a defesa do Estado e das instituições, a Constituição Federal abre um capítulo exclusivo para a segurança pública, destacando suas diretrizes básicas no art. 144.

2.1. A partilha constitucional da segurança pública

O art. 144 da Constituição Federal é pouco conhecido dos brasileiros. A doutrina pátria não lhe dedica mais do que duas páginas nos comentários à Constituição. A jurisprudência registra alguns precedentes.[4]

3. MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*: Bertrand Brasil, 1999, p. 12-19.

4. "O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar con-

A Carta Magna de 1988 reformulou a política de segurança nacional, redefinindo o papel das forças armadas e sua participação na administração pública brasileira. Atualmente, a política de segurança nacional é formulada pelo Poder Executivo, requerendo cooperação do Poder Legislativo, quanto à disponibilidade de recursos orçamentários. Esse cenário leva a duas mudanças a partir da Constituição Federal de 1988. A primeira é a participação da sociedade civil, por meio de seus representantes, e do Estado, na determinação do que simboliza segurança nacional para o Brasil e sua soberania. A segunda é o comprometimento desses dois poderes da República com os recursos necessários (financeiros, materiais e humanos) para a execução dessa política. Ao atribuir novas responsabilidades a atores distintos, a Constituição Federal redefine os parâmetros da segurança nacional, considerada, durante toda a história da República, de responsabilidade dos militares. Nos últimos trinta anos, ocorreram a redemocratização do país e a redefinição da chamada política de segurança. Contribuiu para esses fatos a inexistência de perigo iminente e a tradição política brasileira.

---

dições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo." (RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 07.06.2011, Segunda Turma, DJE de 24.06.2011.) No mesmo sentido: ARE 654.823-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 12.11.2013, Primeira Turma, DJE de 05.12.2013.

"O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/1988). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. (HC 101.300, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05.10.2010, Segunda Turma, DJE 18.11.2010).

Cada Estado brasileiro organiza seu sistema de segurança pública,[5] assim como os municípios e a própria União, nos limites determinados na Constituição Federal. As forças armadas não estão incluídas no rol de órgãos da Segurança Pública. A Constituição Federal tem um capítulo especial sobre elas.[6]

3. Federalismo fiscal e financiamento da segurança pública. Fundos orçamentários. Dificuldades

A Constituição reparte a competência com segurança pública entre todos os entes federados, denominada competência vertical.

O Estado brasileiro é uma República Federativa e sua organização político-administrativa é compreendida pela União, pelos Estados da Federação, pelo Distrito Federal e pelos municípios, sendo-lhes garantida autonomia pela Constituição de 1988. Essa autonomia refere-se ao poder de organização política, administrativa, tributária, orçamentária e institucional de cada um daqueles entes políticos, e é limitada por outras disposições legais dela decorrentes, como a Lei Complementar 101, sancionada em 04.05.2000, Lei de Responsabilidade Fiscal.[7]

A Carta Magna de 1988 ampliou a estadualização e a municipalização de deveres governamentais como saúde e educação e estabeleceu quem deveria

5. "Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. (...) Ao Instituto-Geral de Perícias, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. Violação do art. 144, c/c o art. 25 da Constituição da República." (ADI 2.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16.09.2010, Plenário, DJE de 06.04.2011.) Vide: ADI 1.182, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24.11.2005, Plenário, DJ de 10.03.2006; ADI 236, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 07.05.1992, Plenário, DJ de 01.06.2001.
6. Art. 142 e art. 143 da Constituição Federal.
7. A Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu a regulamentação das normas gerais de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal a serem observadas pelos três níveis de governo, ressaltando que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas e resultados entre receitas e despesas e a obediência aos limites e condições no que tange a renúncia da receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por participação de receita, concessão de garantia e inscrição de restos a pagar (Nota da autora).

primordialmente cuidar da segurança pública: os Estados da Federação e o Distrito Federal. Nos termos constitucionais, a política de segurança pública é estruturada sob a responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal, que concretizam as políticas de segurança por meio de suas polícias civis e militares.

Historicamente, a política de segurança nacional foi conduzida lentamente, desde a Constituição Federal de 1988. O tema foi se desenvolvendo e ganhando importância paulatinamente com o desenvolvimento social e econômico do Brasil, repercutindo nas escolhas políticas orçamentárias. Apenas a partir de 1998, com a criação da Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP,[8] é que a União passou a contribuir com a política de segurança pública, conjuntamente com os Estados. Os expoentes mais característicos dessa forma de atuação foram a elaboração do Primeiro Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), em 2000, e a criação do Fundo Nacional de Segurança Pública, Lei 10.201, de 14 de fevereiro de 2000. Não há dependência estrutural de recursos federais para a realização das políticas públicas estaduais de segurança, muito embora o dinheiro da União tenha forte capacidade indutora sobre o ciclo e a própria governança do sistema de segurança pública em nível nacional.[9]

Os Estados e o Distrito Federal são os principais implementadores de políticas de segurança pública. Dessa forma, a maior parte do orçamento para a segurança pública deve provir dos Estados e do Distrito Federal. A política pública carcerária[10] está inserida na política nacional de segurança pública, exigindo cooperação entre entes, órgãos e instituições dotados de autonomia, tornando necessária uma integração intersetorial, interinstitucional e federativa na sua concepção, organização, implementação, gestão e execução. Esperando-se dos entes federados "um indispensável senso de cooperação", como ressaltado pelo

8. A Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, tem por finalidade assessorar o Ministro de Estado da Justiça na definição e na execução da Política Nacional de Segurança Pública, em todo o território nacional, e acompanhar as atividades dos órgãos responsáveis pela segurança pública.

9. Sobre a fragilidade da Política Nacional de Segurança Pública, vide *Acórdão 1042/2014* do Tribunal de Contas da União.

10. Em nível federal, há dois órgãos que conduzem a política prisional; eles estão contidos no Ministério da Justiça: o Departamento Penitenciário e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. O primeiro é encarregado de questões práticas, como o financiamento e a construção de presídios, enquanto o segundo realiza uma política de orientação. E, mais recentemente, municípios passaram a intensificar investimentos em segurança pública, entes tradicionalmente alheios à questão da segurança. (Nota da autora)

Ministro Gilmar Mendes.[11] O próprio governo federal reconhece que "a situação carcerária é uma das questões mais complexas da realidade social brasileira (...)". O equacionamento de seus problemas exige, necessariamente, o envolvimento dos três Poderes da República, em todos os níveis da Federação, além de se relacionar diretamente com o que a sociedade espera do Estado como ator de pacificação social. Em decorrência da autonomia dos Estados, não há um padrão para combate ao crime, gerando desequilíbrio, esvaziando-se uma política única de segurança pública nacional, que é complexa no âmbito da administração pública, diante da dimensão continental do território brasileiro,[12] e, por envolver entes da Federação e a participação de todos os poderes, todos esses fatores contribuem para o agravamento da violência e da explosão carcerária.

A opção política pelo federalismo e a autonomia dos entes federados acarretam algumas dificuldades na elaboração de políticas de segurança pública em virtude de questões orçamentárias e políticas.

3.1. FUNPEN

As políticas públicas voltadas à administração penitenciária estão entre as que mais dependem de recursos públicos para serem bem sucedidas, fazendo dos instrumentos financeiros à disposição do Estado, elementos de combate aos permanentes problemas que afligem o setor, o que traz os orçamentos públicos para o centro do debate. A adequada alocação dos recursos públicos, associada à gestão eficiente, de forma cooperativa entre os entes federados e os poderes, torna-se fundamental para que se possa encontrar uma solução para a situação carcerária.

No âmbito financeiro, as políticas públicas voltadas à situação carcerária abrangem a participação de todos os entes da Federação, especialmente os Estados e o Distrito Federal, havendo aporte de recursos dos orçamentos de todos os entes federados envolvidos. Há a intersetorialidade das políticas públicas, que incluem questões de saúde pública, educação, segurança e outras, exigindo também uma coordenação de várias áreas da administração pública.[13]

11. CONTI, JM. Artigo disponível em: [www.conjur.com.br/2015-ago-25/contas-vista-solucao-situacao-carceraria-significativos-reflexos-orcamentarios]. Acesso em: 25.08.2015.
12. Para a superfície do Brasil foi mantido o valor de *8.515.767,049 km*^{2}, publicado no DOU 118, de 22.06.2016, conforme Resolução 02, de 21 de junho de 2016 (dados IBGE).
13. Cf. CONTI, artigo citado CONJUR.

O principal instrumento financeiro de aperfeiçoamento do sistema carcerário é o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, criado pela Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994, fundo de natureza contábil que integra o orçamento fiscal da União, importante fonte de recursos para as ações governamentais de grande parte dos entes federados, por meio de transferências voluntárias, via convênios,[14] e, no caso de obras públicas, por contratos de repasse. Os fundos e transferências intergovernamentais voluntários são instrumentos que permitem operacionalizar o financiamento de políticas públicas de forma mais eficiente em nosso federalismo cooperativo.

O FUNPEN é gerido pelo Departamento de Assuntos Penitenciários dos Direitos e da Cidadania. Em 1994, quando o FUNPEN foi criado, a população carcerária consistia em cerca de 130 mil presos e o déficit de vagas era de 74 mil. O novo contingente de presos no país foi divulgado no site do Ministério da Justiça. Na página do ministério na Internet, disponível em junho de 2015,[15] demonstra-se a existência de 376.669 vagas para um total de 711.463 presos, com déficit de vagas em torno de 231.062.[16]

O FUNPEN não possui gastos com folha de pagamento, o que teoricamente torna a sua dotação anual completamente disponível para suas atividades-fim, contudo o fundo citado é uma rubrica que pode ser contingenciada e por isso ela não é utilizada em sua integralidade para a finalidade para a qual foi criada. No Decreto de Contingenciamento, os órgãos, fundos e entidades do Poder Executivo sofrem restrições em seus limites de empenho e de pagamento. Algumas despesas específicas e outras que constituem obrigações constitucionais e legais da União não sofrem restrições. As limitações normalmente recaem sobre as despesas primárias discricionárias.

14. A possibilidade de execução dos orçamentos de forma descentralizada veio a ser consagrada no art. 10 do Dec.-lei 200, de 1967. A única exceção para formalização de convênios está expressa na Instrução Normativa 01, de 15.01.1997. A edição dessa Instrução Normativa representa um marco na conceituação e regulamentação do processo de convênios, pois é nela que estão expressos os conceitos e requisitos para formalização, execução e prestação de contas dos recursos utilizados sob essa modalidade (Nota da autora).

15. Repasses para construção, reforma e ampliação de presídios. Disponível em: [www.contasabertas.com.br/website/arquivos/11398]. Acesso em: 09.06.2016.

16. Dados do Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Sistema com o objetivo de unificar os dados referentes à execução de penas, prisão cautelar. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/.../2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf]. Acesso em: 09.06.2016.

Segundo o jurista Marcio Thomas Bastos,[17] o contingenciamento das verbas do FUNPEN impede que seus objetivos sejam alcançados. O controle dos recursos a serem gastos para que possa ser atingida a meta de superávit anual, é realizado por meio do Decreto de Contingenciamento dos ministérios da Fazenda e do Planejamento. Desde a sua criação até 2011, o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN arrecadou mais de R$ 3 bilhões e, em 2015, arrecadou 539.515.608,00, de acordo com atualização do FUNPEN em Números. No entanto, a média anual de repasses da União para os Estados, por meio de convênios para o aperfeiçoamento do sistema carcerário, não passa de 46 milhões; a maior parte dos valores é contingenciada.[18] No caso, constata-se que é necessário reinstaurar o debate sobre execução orçamentária em todos os níveis da federação, especialmente no âmbito federal, para que o manejo da atividade financeiro-orçamentária da União não seja feito deliberadamente no intuito de restringir o grau materialmente possível da execução de políticas públicas.[19] Ao final, observa-se que há dinheiro para investimento em políticas carcerárias, mas ele é contingenciado e a sociedade sofre com a ineficiência dessa política pública.

Em contrapartida, o Poder Executivo e o Poder Legislativo têm-se esforçado para implementar alterações legislativas almejando contribuir para a solução do problema carcerário. Para dirimir a burocracia do regime de licitações para construção e reforma de presídios, o Executivo recentemente promulgou a Lei 13.190, de 19 de novembro de 2015, possibilitando o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC — disciplinado pela Lei 12.462/11) para construção de presídios e obras de segurança pública.

Tema que ressurge, em tempos de crescimento de população carcerária e superlotação de presídios, é a discussão acerca da privatização ou terceirização de presídios. Há o Projeto de Lei 513/2011, que estabelece normas gerais para a contratação de parceria público-privada, para a construção e administração de estabelecimentos penais. O tema divide opiniões políticas e dogmáticas.[20]

17. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica...1/.../funpen_em_numeros.pdf]. Acesso em: 09.08.2016.

18. Fator que contribui para a não concretização do repasse do FUNPEN aos Estados é a dependência do governo federal de ações de governos estaduais e municipais para conseguir efetivar as políticas na área de Segurança. Os governos estaduais alegam que há muita burocracia por parte do governo federal e que não conseguem concretizar as licitações programadas para a construção e reforma dos presídios (Nota da autora).

19. PINTO, Élida Graziane. *Financiamento dos Direitos à saúde e à Educação*: Fórum Editora, 2015, p. 236.

20. O Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Pastoral Carcerária – CNBB, o Instituto Terra Trabalho e Cidadania

Não obstante os esforços do Executivo e do Legislativo para contribuir para a resolução da questão carcerária, as medidas encontradas são paliativas e não solucionam o problema. Mutirões Carcerários, organizados pelo Conselho Nacional de Justiça, relatam situações absurdas como falta de dignidade humana nos presídios do país, falta de vagas, assim como superlotação carcerária.

Segurança pública é monopólio do Estado e, no caso do sistema carcerário, fica evidente a dificuldade analítica do tema. Há corresponsabilidade de todos os envolvidos, Executivo, Judiciário e Ministério Público, e vultosos investimentos governamentais em políticas de segurança pública por ser uma demanda importante para a sociedade.

4. A urgência da temática penitenciária

A precariedade do sistema carcerário é recorrente na história brasileira, mas ela passa a ter relevância para a Nação com a prisão dos "mensaleiros" e, a partir de 2013, a superlotação prisional passa a ter magnitude para a agenda de segurança pública.

O aumento da população carcerária pode ser avaliado pelas tabelas 1, 3 e 4 e pelo gráfico 2 abaixo:

Tabela 1. Pessoas privadas de libertade no Brasil em junho de 2014

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

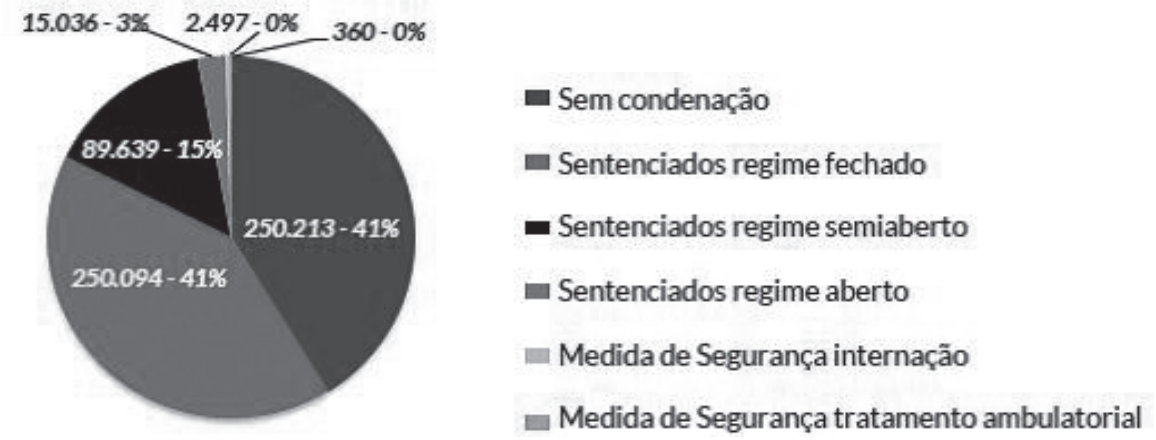
Fonte Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014

A tabela 1 apresenta um panorama geral da população carcerária brasileira. O gráfico por si só sinaliza a gravidade da questão prisional.

(ITTC) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) apresentaram *nota de* repúdio ao referido PLS 513, de 2011. Disponível em: [Nota de repúdio ao PLS 513/2011, que regulamenta a privatização do ...]. Acesso em: 30.09.2015. Cf FARIA, José Eduardo. *Privatização de Presídios e Criminalidade*: A Gestão da Violência no Capitalismo. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 16-17.

Gráfico 2

Pessoas privadas de libertade or natureza da prisão e tipo de regimes



Fonte: Infopen, junho/2014

O gráfico 2 apresenta o número de presos quanto à natureza da prisão e ao tipo de regime. Observando-se o quadro, constata-se que 41% (quarenta e um por cento) das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação,[21] a mesma proporção de pessoas em regime fechado.

Tabela 3

TABELA 10 **Presos no sistema penitenciário, vagas existentes e déficit de vagas**
Brasil e Unidades da Federação – 2012-2013

Unidades da Federação	Presos		Vagas existentes		Razão (presos/vagas)		Déficit de vagas	
	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013
BRASIL	**510.402**	**537.790**	**309.924**	**317.733**	**1,6**	**1,7**	**200.478**	**220.057**
Acre	3.820	3.817	1.902	1.858	2,0	2,1	1.918	1.959
Alagoas	3.783	4.536	1.526	1.575	2,5	2,9	2.257	2.961
Amapá (1)	2.045	2.232	850	850	2,4	2,6	1.195	1.382
Amazonas	7.270	7.407	3.076	3.291	2,4	2,3	4.194	4.116
Bahia	10.141	11.808	6.919	8.359	1,5	1,4	3.222	3.449
Ceará	17.320	18.466	10.478	11.264	1,7	1,6	6.842	7.202
Distrito Federal	11.321	12.067	6.441	6.513	1,8	1,9	4.880	5.554
Espírito Santo	14.660	14.883	13.100	11.586	1,1	1,3	1.560	3.297
Goiás	11.861	12.074	7.494	7.780	1,6	1,6	4.367	4.294
Maranhão	4.063	4.921	2.111	2.615	1,9	1,9	1.952	2.306
Mato Grosso	11.248	11.303	5.760	5.918	2,0	1,9	5.488	5.385
Minas Gerais	45.298	48.143	30.812	31.634	1,5	1,5	14.486	16.509
Pará	11.730	11.401	6.762	7.283	1,7	1,6	4.968	4.118
Paraíba	8.756	8.958	5.394	5.391	1,6	1,7	3.362	3.567
Paraná	22.645	17.150	15.162	14.913	1,5	1,2	7.483	2.237
Pernambuco	27.193	30.894	11.666	11.557	2,3	2,7	15.527	19.337
Piauí	2.975	2.955	2.218	2.238	1,3	1,3	757	717
Rio de Janeiro	31.642	32.944	25.163	25.558	1,3	1,3	6.479	7.386
Rio Grande do Norte	4.476	4.696	3.567	3.946	1,3	1,2	909	750
Rio Grande do Sul	30.068	28.743	20.560	21.425	1,5	1,3	9.508	7.318
Rondônia	8.051	7.720	4.889	4.928	1,6	1,6	3.162	2.792
Roraima	1.769	1.528	1.106	1.140	1,6	1,3	663	388
Santa Catarina	16.720	17.423	10.592	9.973	1,6	1,7	6.128	7.450
São Paulo	184.413	202.747	102.183	105.384	1,8	1,9	82.230	97.363
Sergipe	3.756	4.597	2.235	2.265	1,7	2,0	1.521	2.332
Tocantins	2.114	2.373	1.644	1.788	1,3	1,3	470	585

Fonte: Ministério da Justiça/Departamento Penitenciário Nacional – Depen; IBGE; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.
(1) Os dados de 2012 são referentes ao mês de dezembro.

21. GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS, 2005, p. 25-30.

Análise da população carcerária de São Paulo:

Tabela 4: Dados IBGE Estado de São Paulo.
População carcerária de São Paulo: 44.396.484

Capital	São Paulo
População estimada 2015	44.396.484
População 2010	41.262.199
Área (km²)	248.222,362
Densidade demográfica (hab/km²)	166,23
Rendimento nominal mensal domiciliar *per capita* da população residente 2014 (Reais)(1)	1.432
Número de Municípios	645

População carcerária de São Paulo: *44.396.484*

Analisando-se os quadros anteriores, constata-se a emergência do problema carcerário para a sociedade. O gráfico 2 apresenta o número de presos quanto à natureza da prisão e ao tipo de regime. Observando-se o quadro, constata-se que 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação, a mesma proporção de pessoas em regime fechado. A tabela 3 apresenta o déficit de vagas por unidade da federação. A tabela 4 revela o número de presos no sistema carcerário do Estado de São Paulo

Os dados revelam a complexidade da questão e a urgência na elaboração de políticas públicas eficazes para equilibrar o problema carcerário.

4.1. Análise de dados sobre a criminalidade (crimes violentos e letais)

O Brasil foi responsável, em 2014, por 11,8% de todos os homicídios do mundo, 59.627 mil vidas perdidas. Os elevados índices de violência desencadeiam entre os cidadãos uma sensação de abandono por parte do Estado.

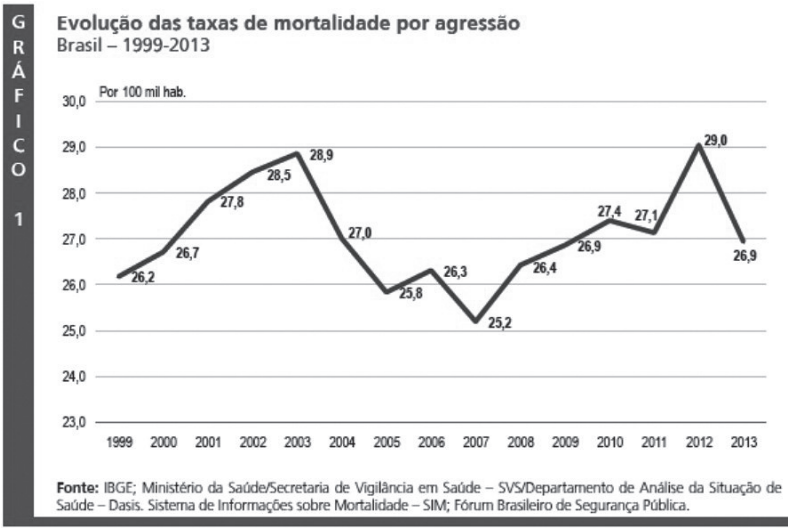
A violência social atesta a ineficiência de políticas públicas educacionais em relação à população carcerária (o gráfico 8 demonstra o baixo nível de escolaridade dos acusados apreendidos pelo sistema prisional). A explosão demográfica, o desamparo social, políticas públicas ineficazes e a desagregação das famílias contribuem para a marginalização de centenas de pessoas; esses fatos concorrem para o aumento da violência e o elevado número de encarceramento no Brasil.

Esses dados aparentemente demonstram que o conceito de homem cordial avaliado por Sérgio Buarque de Holanda, em 1936, [22] transmuta-se com a

22. "A lhaneza no trato, a hospitalidade, e generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasi-

evolução dos tempos. Naquela época, a população brasileira consistia em 45 (quarenta e cinco) milhões de pessoas, conforme dados do IBGE, época em que foi elaborado o Código Penal brasileiro[23] que ainda está em vigor. Hoje, a população brasileira é de 205 (duzentos e cinco) milhões de habitantes. O aumento da população, sem planejamento de políticas sociais e educacionais, contribui para o incremento da desigualdade e da instabilidade social, fatores que indiretamente concorrem para o agravamento da violência e dos elevados índices criminais, como demonstram os gráficos 5 e 8.

Gráfico 5: Evolução das taxas de morte por agressão



leiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal. Seria engano supor que essas virtudes possam significar boasmaneiras, civilidade. São antes de tudo expressões legítimas de um fundo emotivo extremamente rico e transbordante. Na civilidade há qualquer coisa de coercitivo – ela pode exprimir-se em mandamentos e sentenças." (HOLANDA. *Raízes do Brasil:* 1999, p. 14); HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil. Edição Crítica*: Companhia das Letras, São Paulo, 2016, p. 243-263. Jesse Souza, cientista político e Presidente do IPEA, rejeita as interpretações de Sérgio Buarque de Holanda sobre o homem brasileiro, pois compadrio, herança católica portuguesa, predomínio das relações pessoais e familiares sobre o sistema de mérito, corrupção, não são exclusividades do Brasil, para o Professor Jesse de Souza, o problema da economia e da democracia brasileiras não nasce de supostas deficiências culturais do povo, mas da incapacidade do sistema para integrar um vasto número de excluídos. Cf. SOUZA, J. *A tolice da inteligência brasileira*: Leya, 2015, fls. 23-67.

23. O Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal foi atualizado pela *Lei 7.209, de 11 de julho de 1984*. A referida atualização buscou aplicar conceitos da Escola finalista (princípio da culpabilidade).

Tabela 6

TABELA 7

Despesas declaradas na função segurança pública
Brasil, Unidades da Federação e Municípios – 2003-2013

Em reais

Anos	União	Unidades da Federação	Municípios	Total
2003	3.871.614.209,57	31.398.910.941,48	1.205.224.009,80	36.475.749.160,85
2004	4.179.770.884,04	30.183.164.269,26	1.379.992.353,20	35.742.927.506,50
2005	4.264.633.303,56	32.211.811.166,61	1.418.919.621,99	37.895.364.092,16
2006	4.678.723.652,12	37.127.994.543,72	1.655.721.140,81	43.462.439.336,65
2007	5.356.552.222,40	39.413.093.048,75	1.875.518.889,38	46.645.164.160,53
2008	6.100.452.284,92	41.547.404.492,68	2.191.082.787,63	49.838.939.565,23
2009	6.918.375.843,95	45.267.019.733,57	2.381.523.191,36	54.566.918.768,88
2010	8.199.806.838,70	42.602.316.733,20	2.651.717.522,11	53.453.841.094,01
2011	6.054.512.470,27	48.278.342.046,79	3.088.907.831,58	57.421.762.348,64
2012	7.878.515.352,99	53.225.775.347,06	3.481.845.028,88	64.586.135.728,93
2013	8.270.903.209,92	49.266.559.130,29	3.595.887.568,90	61.133.349.909,11

Fonte: Ministério da Fazenda/Secretaria do Tesouro Nacional – STN; IBGE; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

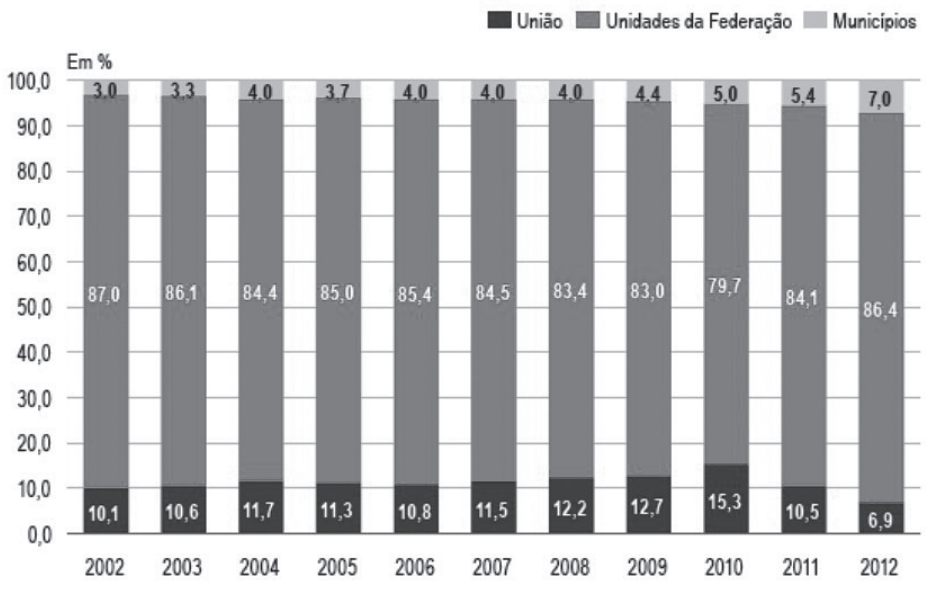
Curiosamente, analisando-se as tabelas 6 e 7, constata-se que, em termos financeiros, o Brasil gastou mais de R$ 258 bilhões, em 2013, com custos sociais da violência – que incluem estimativas com perdas de vidas, gastos com o sistema de saúde e com segurança privada – e despesas com segurança pública e prisões. Os gastos públicos indicados são equivalentes aos valores que vários países desenvolvidos gastam com a área. Entretanto, desses 258 bilhões, segundo os balanços contábeis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, sistematizados pela Secretaria do Tesouro Nacional, o Brasil gastou 61 bilhões com segurança pública, aproximadamente 1,26% do PIB nacional, ou seja, do total do custo social da violência apenas ¼ foi destinado a políticas públicas de segurança e prisional, indicando que o país pode e deve melhorar a qualidade do gasto na área.[24]

24. A dificuldade de se analisar os investimentos em segurança pública decorre da falta de clareza sobre o que pode ser classificado como investimento nesse setor, não há um padrão nacional definindo o que é gasto com segurança, como ocorre com as políticas de saúde e educação. A iluminação de uma rua escura ou o pagamento de previdência de policiais pode ser incluída no orçamento da segurança pública do ente federado ou não, dependendo da vontade do gestor. (Nota da autora)

Tabela 7

GRÁFICO 3

Participação dos entes federativos no financiamento das ações de segurança pública
Brasil – 2002-2012



Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional/Sistema Integrado de Administração Financeira – Siafi/CCONT/Geinc; Finanças do Brasil – Finbra; IBGE; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Verifica-se na tabela 7 que os municípios saltaram de um patamar de 3,0 % dos gastos públicos, em 2006, para 5,9%, em 2013. Os municípios esbarram numa séria crise financeira de suas ações na área de segurança pública, não há fontes de receitas específicas e existe uma forte competição pelos repasses da União (Fundo Nacional de Segurança Pública)[25] entre os entes municipais.

O investimento dos entes federados em segurança pública não tem reduzido os índices de violência, como demonstram as tabelas relacionadas acima. O aumento da violência é multifatorial (não é possível analisá-lo de forma adequada nesta pesquisa), no entanto, sua abordagem é importante para a constatação dos custos estatais envolvidos na temática.

Consequências da falta de planejamento e da ineficiência das políticas de segurança pública: aumento da produção legislativa, incremento de leis penais incriminadoras e extravagantes e aumento da repressão estatal.[26]

25. A partir de 2002, os municípios foram incluídos no rol de habilitados a receber recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública (Nota da autora).

26. HASSEMER, W. *Direito Penal. Fundamentos, Estrutura Política*: Sergio Antonio Fabris Editos, 2008, p. 39-40. SÁNCHEZ. Jesus Maria Silva. *La expansión del Derecho penal*: Editorial IBdeF, 2008. p. 3-23. SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do Direito Penal e Globalização*: Quartier Latin, 2007, p. 62.

5. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Diante da realidade traçada nos itens anteriores, a sociedade exige atuação do Estado para solucionar o problema da violência social, e a via eleita pelos representantes do povo é o incremento das leis penais incriminadoras. O Direito Penal converte-se numa resposta aos problemas da sociedade moderna, não *ultima ratio*, há uma crise do Direito Penal moderno, denominada expansão do Direito Penal. As teorias expansionistas básicas defendem que somente com uma atuação firme, rígida e multifacetada do Direito Penal será possível à sociedade exercer o necessário controle sobre a nova forma de criminalidade. O movimento expansionista identifica-se com o movimento de lei e de ordem, que defende um exacerbado retribucionismo, como forma político-criminal de combate à criminalidade.[27] É um fenômeno que ocorre em todos os Estados de Direito, fenômeno universal (de política criminal, dogmática e prática), resultando no aumento do encarceramento,[28] em alguns países democráticos, enquanto em outros ocorre o inverso, a redução do quadro prisional e o fechamento de presídios.[29]

Ao observarmos o sistema penal brasileiro por uma perspectiva legislativa, constatamos que as normas estabelecidas no Código Penal convivem em desarmonia com a realidade social, pois o contexto histórico e social atual é caracterizado pela transformação pós-moderna; com uma profunda mudança da dinâmica social e aumento de bens jurídicos difusos, fenômeno denominado desmaterialização do bem jurídico. O Código Penal brasileiro, elaborado nos idos de 1940, reflete o contexto histórico daquela década, com um viés causalista e preponderância de bens jurídicos materiais.

---

27. Cf. SOUZA, Luciano Anderson, *Op. cit.* p. 62. GARLAND, David. *A Cultura do Controle*. Crime e ordem social na sociedade contemporânea: Instituto Carioca de Criminologia. Editora Revan, 2008, p. 372-374.

28. Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça referentes ao primeiro semestre de 2014. Em números absolutos, o Brasil alcançou a marca de 607.700 presos, atrás apenas da Rússia (673.800), China (1,6 milhão) e dos Estados Unidos (2,2 milhões).

29. O fenômeno do fechamento de presídios tem ocorrido na Inglaterra, na Suécia e na Holanda, países que se destacam pelo alto nível educacional da população, por políticas sociais avançadas e pelo fato de não apresentarem uma relevante desigualdade social. Cf Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios. Disponível em: [institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoes-brasil-fech...]. Cf. SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar. A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*: Companhia das Letras, 2009, p. 289-317.

Em 1984, a parte geral do Código Penal foi modernizada e o princípio da culpabilidade adotado. Apesar disso, o sistema continuou a ter um viés causalista,[30] pois a parte Especial do Código Penal não foi modernizada.

O juiz, diante do fato concreto, aplica a lei vigente. Há influência da mídia sobre a temática segurança pública e ela influencia a percepção das pessoas sobre o Direito Penal, assim como a conduta dos governantes e de toda sociedade. O sistema brasileiro é positivista, legalista e não cabe ao magistrado negar-se a cumprir a lei. Isso desencadeia reflexos na temática segurança pública e no sistema carcerário nacional, uma vez que o arcabouço legislativo penal é desatualizado e paradoxal, em descompasso com a realidade social. Legislação desatualizada e aumento de normas incriminadoras são os principais fatores a contribuir para o excesso de encarcerados no sistema penal brasileiro.

A proliferação de normas incriminadoras e de leis extravagantes é uma característica do Direito Penal de nosso tempo; esse fenômeno ocorre em todos os países democráticos. No Brasil, o aumento da população carcerária decorre de outros fatores sociais próprios da sociedade brasileira: aumento da popu-

30. O estudo das escolas penais indica que um magistrado com viés causalista é propenso a aplicar penas mais severas que um magistrado com formação finalista. Podemos atualizar a legislação, mas a transformação cultural é lenta. Atualmente, entre nós, ainda há magistrados que se identificam com a escola causalista. Em contrapartida, na Alemanha, Roxin deu adeus à doutrina do finalismo, inaugurando uma nova era em seus esforços dogmáticos: a era do funcionalismo, pois o caminho correto para a dogmática penal é deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal. Os adeptos dessa linha de pensamento acreditam que a evolução do sistema penal sobre bases eminentemente positivistas, ontológicas e valorativas, contribuiu para que a ciência do Direito Penal se tornasse extremamente formalista e conservadora. Até a década de 60, os penalistas (causalistas clássicos, neokantistas ou finalistas) elaboravam suas doutrinas baseados no direito positivo, e entendiam que o Direito Penal esgotava-se na sua dogmática. Para os sectários funcionalistas, a dogmática penal deve ter por norte os princípios político-criminais relacionados diretamente às funções do direito penal, especialmente no que diz respeito à chamada teoria dos fins da pena; e, a culpabilidade, enquanto categoria do fato punível, também deverá ser entendida em termos preventivos, funcionalmente (Nota da autora). Cf. ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal:* Editora Coimbra, 1986, Vega Universidade. Direito e Ciência Jurídica, p. 141-142. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I*: Civitas, Madrid, 1997, p. 788-817. GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. *Revista Jurídica* n. 272, Ano 48, jun./2000, p. 42. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: introdução crítica. São Paulo:* Saraiva, 2001, p. 214.

lação sem planejamento social, falta de planejamento em políticas públicas e desigualdade social.[31] Os fatores indicados contribuem para a vulnerabilidade social de milhares de pessoas no Brasil, essa condição concorre para o aumento da violência social[32] (a insuficiência de políticas públicas e a ineficácia de políticas educacionais, em relação à população carcerária, pode ser constatada pelo gráfico oito).

Há ainda outra característica digna de nota, que contribui para a expansão do Direito Penal no Brasil, a ineficiência dos órgãos fiscalizadores. Essa deficiência faz com que a população busque amparo no Direito Penal e exija medidas punitivas rigorosas. Exemplos de episódios graves de ineficiência de órgãos fiscalizadores: incêndio na boate Kiss,[33] que matou mais de duzentas pessoas, ocorrido em 27.01.2013, no Rio Grande do Sul; rompimento da barragem de Fundão, no Rio Doce, em Mariana,[34] Minas Gerais, ocorrido em outubro de 2015, que desencadeou um dos maiores acidentes ambientais do mundo. No segundo caso, as empresas multadas pela Justiça não pagaram integralmente a multa aplicada e os valores foram bloqueados pela Justiça Federal.[35]

---

31. ARRETCHE, M. *et al. Trajetórias das desigualdades do Brasil.* Como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos: Editora UNESP, 2015, p. 15-91.

32. O custo da desigualdade e suas consequências são elevados para a sociedade. A questão não é de desigualdade, mas sim de extrema desigualdade. "Muitas das desigualdades extremas são criadas por leis ineficazes (...), que contribuem para o incremento e a criação da desigualdade, somando-se a isso, investimentos inadequados em educação. Portanto, o que vemos é uma série de políticas que tem (...) ferido a base da pirâmide." Cf. STIGLITZ, J. E. *Rewritng the rules of the American Economy. An Agenda for growth and shared prosperity:* W. W. Norton & Company, New York, 2016, p. 70-178.

33. No incêndio na Boate Kiss, em Santa Maria no Rio Grande do Sul, morreram 240 pessoas. As vítimas não conseguiram fugir porque a porta de incêndio era inadequada. O inquérito policial apurou que a boate não respeitou a regulamentação de segurança; no entanto, o estabelecimento obteve alvará da prefeitura para funcionamento.

34. Acidente ambiental de graves proporções, a barragem do Fundão comportava rejeitos de minérios acima de sua capacidade, no entanto, não sofreu nenhuma autuação por parte dos órgãos de fiscalização.

35. Multa preliminar à Samarco soma R$ 250 milhões. Disponível em: [www.valor.com.br/.../multa-preliminar-samarco-soma-r-250-milhoes-afi...]. A mineradora Samarco foi multada, de forma preliminar, em R$ 250 milhões pelo governo federal, mas os valores não foram pagos porque as empresas recorreram. Disponível em: [www.em.com.br/.../justica-diz-que-samarco-nao-tem-patrimonio-suficien...]. Acesso em: 12.11.2015.
A Justiça Federal de Minas Gerais determinou, em decisão liminar publicada na noite de sexta-feira (18.01.2015), o pagamento de multa, mas os valores não foram pagos porque as empresas recorreram.

Posteriormente, em março de 2016, a Empresa Samarco e suas controladoras, Vale e BHP Billiton, aceitaram proposta de acordo feita pela União,[36] para a recuperação dos municípios afetados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. O caso não está encerrado na justiça, responsabilidades civis e criminais serão apuradas e, em decorrência desse acidente, pessoas e animais morreram. Os prejuízos ambientais são incalculáveis.[37]

Alguns exemplos de normas criadas em decorrência do aumento da violência social, nos últimos anos: em 25.08.2010, foi publicada a Lei Complementar 136, a qual introduziu alterações significativas na Lei Complementar 97/99, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das forças armadas para dar suporte à polícia, em questões de segurança pública (assunto polêmico: forças armadas, ao lado de órgãos de segurança pública, art. 144, incisos I a V, da Constituição Federal); em 2011, depois do ataque de um grupo de criminalidade organizada contra o Estado de São Paulo, o governo de São Paulo criou o Regime Disciplinar Diferenciado[38] (RDD) por meio da Resolução 26/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária, como instrumento de combate ao crime organizado dentro dos presídios, prevendo a possibilidade de isolar o preso por até 360 dias, aplicando a referida regra aos líderes de facções criminosas ou portadores de comportamentos inadequados; posteriormente, em 2012, o Estado do Rio de Janeiro estabeleceu um regime análogo ao paulista, em decorrência de grave rebelião no presídio de Bangu I.

Em 11.08.2014, foi publicada a Lei 13.022, que prevê porte de arma para as Guardas Municipais, regulamentando o § 8º do artigo 144 da Constituição Federal.

Lei penal incriminadora editada recentemente foi o feminicídio, em 09.03.2015, Lei 13.104/2015. Essa norma foi comemorada por muitas organizações sociais, por causa da violência sofrida pelas mulheres no Brasil.[39]

36. Acordão Governo e Samarco. Disponível em: [www.vale.com/brasil].
37. SANTOS, Cristiane Farias Rodrigues dos. *Tipo e Tipicidade dos Crimes do Meio Ambiente*. Tese apresentada para obtenção do título de Doutorado em Direito Penal: Faculdade de Direito – USP, São Paulo, 2002, p. 165.
38. É conhecido pelo nome de *Regime Disciplinar Diferenciado ou RDD* o regime de disciplina carcerária especial, com maior grau de isolamento e restrições de contato com o mundo exterior, aplicado como sanção disciplinar ou medida de cautelar. Foi introduzido pela Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais – LEP e o Código de Processo Penal – CPP.
39. Estatísticas sobre *violência contra* as *mulheres* consideram que a *mulher* sofre mais violência dentro de casa do que em espaços públicos no *Brasil*. Disponível em: [www.compromissoeatitude.org.br/dados-e-estatisticas-sobre-violencia-contra-as-mulh...].

A legislação penal brasileira é paradoxal, ela sofre influência do fenômeno da pós-modernidade e, ao mesmo tempo, é desatualizada, pois não permite ao magistrado aplicar pena de multa ou pena alternativa fora das hipóteses contidas na lei,[40] quando o juiz constata que o acusado não apresenta periculosidade. A expansão do Direito Penal e a violência social contribuem para o excessivo encarceramento no Brasil.

O Executivo, os Governos Estaduais e o Distrito Federal estão aprimorando o sistema de segurança pública e incrementando seus gastos com segurança; mas a eficiência dessa política pública é questionada pela população diante do aumento da violência social e da explosão carcerária.

Pode-se constatar que o sistema brasileiro de segurança pública optou pelo aprimoramento da repressão penal em vez de uma política preventiva e educativa, e, nesse aspecto, a doutrina preventiva[41] tem muito a contribuir para a evolução do Direito Penal no futuro. A mudança de paradigma urge, tendo em vista a situação carcerária brasileira.

6. Administração da Justiça

Os elevados índices de violência desencadeiam entre os cidadãos uma sensação de desamparo.

A insuficiência de políticas públicas e a ineficácia de políticas educacionais, em relação à população carcerária, concorrem para a violência social.

O gráfico 8 abaixo comprova a falência de políticas públicas[42] educacionais em relação aos encarcerados:

Sobre a temática, interessante análise de Wilson e Kelling citados por: YOUNG, J. *Op. cit*. p. 201-203: (...) "volta das janelas quebradas", (...) o efeito cumulativo de incivilidades menores representa um problema tão importante quanto a própria criminalidade. (...).

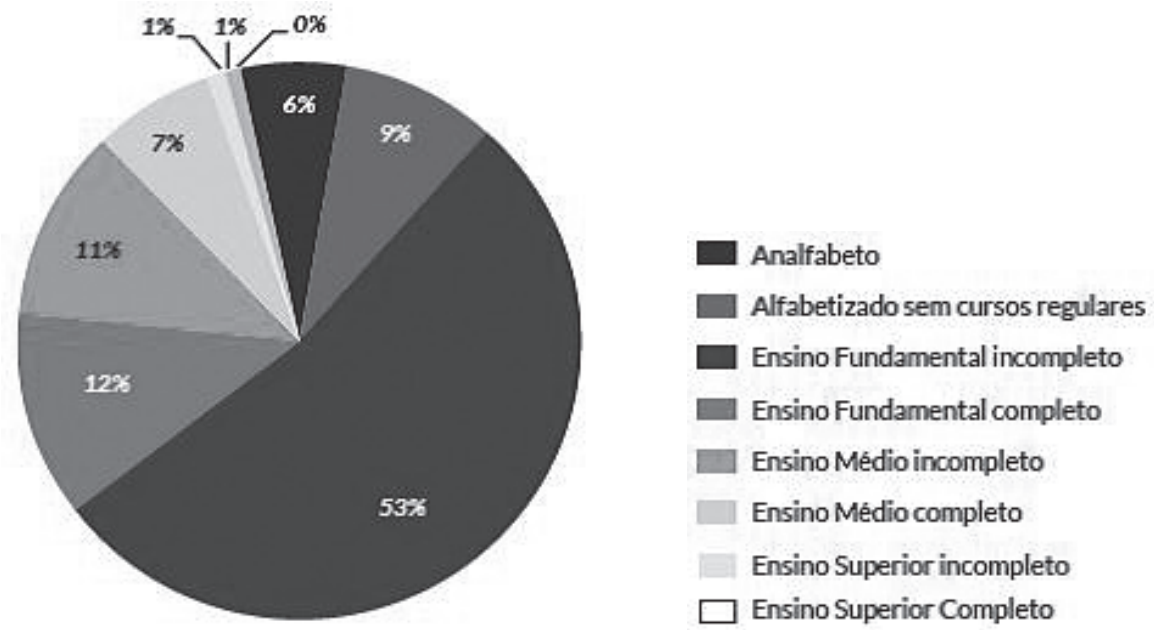
40. CAMARGO, Antônio Luís Chaves Camargo. *Sistema de penas e dogmática jurídico-penal e política criminal*: Cultural Paulista, 2002, p. 183 e ss.

41. Expressão de Alaor Leite, em referência ao papel fundamental da doutrina penal na realização de propostas de alteração legislativa, na oportunidade da reforma do Código Penal brasileiro. *Revista Liberdade, edição especial sobre a reforma do Código Penal*. IBCCRIM, p. 61.

42. Cf. HASSEMER, *Op. cit*. *Direito Penal. Fundamentos, Estrutura Política,* p. 209-336.

Gráfico 8:

Escolaridade da população prisional



Fonte: Infopen, junho/2014

Analisando-se o gráfico 8, constata-se que o grau de escolaridade da população prisional é baixo. Aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou não o completaram é de 50%. Ao passo que 32% da população em geral finalizou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu.[43] Quanto mais elevados os índices educacionais de um povo, menor o número de crimes violentos e de corrupção cometidos pela população avaliada. Em vários estudos comparativos, comprova-se que um dos investimentos de maior impacto em relação à delinquência é a educação.[44]

O baixo grau de escolaridade[45] dos encarcerados revela as consequências perniciosas da desigualdade social[46] e a ineficácia das políticas educacionais

43. Dados IBGE, referentes ao censo de 2010, que se referem à população brasileira acima de dez anos.

44. SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *Op. cit.* p. 289-317.

45. A educação é o passo inicial para a redução dos homicídios. Para cada 1% a mais de jovens entre 15 e 17 anos nas escolas, há uma diminuição de 2% na taxa de assassinatos nos municípios. Essa foi a principal conclusão da Nota Técnica "Indicadores

dos últimos vinte anos.[47] Ressalta-se que a questão de excessivo número de encarcerados não é exclusividade nacional, mas a baixa escolaridade é fato corriqueiro entre as populações mais desfavorecidas, consequência da desigualdade social,[48] fato que é comprovado empiricamente pela tabela 8. Essa constatação é essencial para o planejamento e a implementação de políticas públicas no futuro,[49] com perspectivas de longo prazo. Em relação à questão social, é necessário investimentos em educação e cultura para aperfeiçoar a condição socioeconômica e cultural da população.[50] Como ressalta Hassemer, política social é a melhor forma de Política criminal.[51]

No entanto, diante do quadro de aumento da violência, assustada com a insegurança pública e detentora de protagonismo político, a população tem

---

Multidimensionais de Educação e Homicídios nos Territórios Focalizados pelo Pacto Nacional pela Redução de Homicídios", apresentada no dia 11 de maio de 2016, no Ministério da Justiça, por Daniel Cerqueira, técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto – IPEA. O estudo mapeou as condições educacionais nos territórios prioritários para focalização no âmbito do Pacto Nacional pela Redução de Homicídios (PNRH).

46. Não obstante o avanço econômico e social dos últimos anos, o problema social subsiste. Os juizados de pequenas causas fizeram com que a demanda reprimida decorrente da desigualdade social, despontasse, por causa da facilidade de acesso à justiça. *Apud* BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre Tribunais e Democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Série Monografias do CEJ: 2013, p. 243-249.

47. Cf. MENEZES FILHO, Naercio A.; OLIVEIRA, Alison Pablo de. *A contribuição da educação para a queda na desigualdade de renda* per capta *no Brasil*: Policy Papers – INSPER. A desigualdade social continua extremamente elevada entre as famílias brasileiras, mas houve uma significativa melhora no período de 1992 a 2009. (...). Ao olharmos para o mercado de trabalho, mais de 40% da redução do índice Gini, entre 2001 e 2009, é explicada pela educação. Disponível em: [www.valor.com.br/brasil/4419634/desigualdade-persiste-apesar-de-avancos-na-educacao].

48. ARRETCHE M, *et alii*. *Op. cit*., p 15-91.

49. Cf. *Op. cit*. HASSEMER, p. 307: "(...) Dizer que uma política social é a melhor forma de Política criminal não é apenas retórica, é muito mais uma exortação urgente de se estabelecer perspectivas de longo prazo, providas de conteúdo, longo prazo significa que não se deve querer resultados imediatos a partir de sua efetivação."

50. LANDES, David S. *A Riqueza e a Pobreza das Nações*. Por que algumas são tão ricas e outras são tão pobres: Campus, 1998, p. 584-585.

51. Cf. *Op. cit., loc. cit*. HASSEMER, p. 307. OLIVEIRA, Ana Carolina de. *Hassemer e o Direito Penal brasileiro. Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2013, p. 132-133.

exigido de seus representantes uma resposta contra a violência social.[52] A resposta habitualmente é a proliferação de novas leis penais incriminadoras.[53] A consequência de uma legislação penal desatualizada e a proliferação de leis penais incriminadoras,[54] no Brasil, é um processo de excessivo encarceramento.

Portanto, a superlotação carcerária envolve diferentes atores e corresponsabilidade de todos os Poderes da República. O Poder Executivo deve estabelecer políticas públicas prioritárias e é responsável pela construção e aperfeiçoamento do sistema carcerário. O Poder Legislativo contribui com a edição de novos projetos de leis sobre a temática penal e processual, que direta ou indiretamente auxiliam o aprimoramento do sistema criminal. O Poder Judiciário e o Ministério Público posicionam-se no centro do debate sobre a questão carcerária por causa da sistemática da legislação penal e processual, e, especialmente, por causa da Lei de Execução Penal que estabelece ao juiz garantir e preservar a dignidade da pessoa condenada[55] assim como ao Ministério Público zelar e fiscalizar o fiel cumprimento da lei.[56] Cada Estado organiza seu sistema de justiça

52. Art. 1º, Constituição Federal.

53. Uma das leis incriminadoras mais notórias: lei dos crimes hediondos. Nos anos 80 a criminalidade avançava a olhos vistos, em grandes centros urbanos como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, dentre outros, sendo obrigados a conviver com altos índices de homicídios qualificados, latrocínios, estupros e roubos a banco. A sociedade brasileira esperava providências importantes no sentido de coibir o crime. O legislador pátrio de 1990, autorizado pelo constituinte de 1988, Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, definiu os delitos considerados hediondos, Lei 8.072/90 com redação determinada pela Lei 8.930/94. A Lei foi alterada em 1994, por meio da Lei 8.930/1994. A alteração consistiu em incluir o homicídio qualificado na Lei dos Crimes Hediondos. Essa lei teve grande repercussão na mídia. A lei penal incriminadora editada recentemente foi o feminicídio, em 09.03.2015, Lei 13.104/2015 (Nota da Autora).

54. Peter – Alexis Albrecht ressalta que alterações da legislação penal decorrem de elementos abrangentes da realidade social: o Direito Penal contemporâneo seria o produto de um contexto de incremento de situações sociais problemáticas e individuais, com a consequente retração da atividade política, em resposta a uma sociedade marcada pela quebra de laços de solidariedade. ALBRECHT, Peter – Alexis. *El derecho penal em la intervención de la política populista.* Montevideo: B de F, 2008, p. 362.

55. Interpretação sistemática dos seguintes artigos: 5º, XLVII, XLVII, XLXL e XLIX e L. da Constituição Federal; 38 do Código Penal; e 3º da Lei de Execução Penal.

56. A segurança pública é monopólio do Estado e a Lei de Execução Penal brasileira, promulgada em 1985, é considerada lei avançada. De fato, suas disposições refletem as recomendações mínimas da ONU para o tema (Nota da autora).

criminal, mas deve aderir às mesmas leis e princípios constitucionais básicos.[57] Há uma plêiade de garantias constitucionais e leis (Lei de Execução Penal e Código de Processo Penal). Todas as leis indicadas são modernas e tutelam os encarcerados. A Lei de Execução Penal é contemporânea, mas as leis não conseguem concretizar as promessas democráticas insculpidas na Constituição.

O sistema brasileiro optou pela condução da pena pelo magistrado, buscando a humanização da execução da pena.[58] Porém, a gestão, a administração, a modernização e a construção dos presídios ficam a cargo do Poder Executivo Estadual e do Distrito Federal, o que gera confusão entre os condutores do processo de execução penal. Essas complexidades constituem dificuldades práticas na solução do problema. A Lei de Execução Penal, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, é um diploma com raízes fincadas nas recomendações mínimas da Organização das Nações Unidas, ignorando dados inerentes à realidade brasileira, fatores que contribuíram para a ineficácia da citada lei.

O problema apresentado não é apenas de Direito Penal ou de segurança pública, é também social. É a realidade impondo-se aos operadores do Direito.

7. A Legitimação do Poder Judiciário na análise, controle e correção de políticas públicas e a supremacia da Constituição

Diante do quadro apresentado, de reiteradas violações a direitos humanos dos condenados, a única solução para a sociedade foi o acesso ao Poder Judiciário. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 decidida em 27.08.2015, avaliou a questão da superlotação dos presídios e a violação de garantias fundamentais dos encarcerados, numa clara demonstração de ativismo judicial.[59]

Alguns doutrinadores manifestam-se contra o ativismo judicial mesmo diante da evolução sistêmica e da amplificação da responsabilidade dos juízes

57. A maioria dos presídios brasileiros é de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal, com algumas exceções no âmbito federal. Há atualmente quatro presídios federais no Brasil (Nota da autora).

58. Interpretação sistemática dos seguintes artigos: 5º, XLVII, XLVII, XLXL e XLIX e L. da Constituição Federal; 38 do Código Penal; e 3º da Lei de Execução Penal.

59. Cf. BARROSO, Luís Roberto. "*Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*": "Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...)."

em decorrência das exigências do estado social. Muitos estudiosos consideram uma ideia particularmente ruim a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas. A principal crítica contra a atuação judicial é a violação ao princípio de separação de poderes. Os críticos questionam a existência dos direitos sociais e indagam sua introdução nas Constituições de pós-guerra.

Stephen Holmes e Cass R. Sustein,[60] no livro *The cost of rights*, asseveram que todos os direitos, inclusive a liberdade dos cidadãos, direito considerado de cunho negativo, no sentido de que o Estado deve adotar uma postura abstencionista a fim de não agredi-lo, devem ser protegidos, gerando um custo a ser suportado por todos os cidadãos por meio da tributação.

Lenio Streck ressalta que, por mais que os direitos positivos demandem uma atuação proativa por parte do Estado, assim como as necessidades da sociedade, há que se levar em conta a escassez dos recursos existentes, recursos esses voltados à garantia de vários outros direitos igualmente indispensáveis, sejam eles de feição negativa ou de cunho positivo, de modo que, nesse sentido, todos os direitos devem ser considerados positivos.[61] O referido professor cita Habermas em sua obra sobre hermenêutica, mas, em seus artigos, demonstra seguir uma corrente positivista utilitarista própria; para ele, juízes devem ser submissos à lei e à jurisprudência; a livre convicção deve ser extinta. Lenio criticou a decisão do E. Supremo Tribunal Federal sobre o tema debatido neste trabalho.

Em relação à questão do ativismo judicial e políticas públicas, Habermas assevera que a sociedade deve encontrar consensos, o Poder Judiciário não pode substituir a responsabilidade dos cidadãos. Habermas e Garapon ates-

60. Um caso de ativismo judicial muito famoso no Direito Internacional: Grootboom *versus* República da África do Sul. De acordo com o que consta do Acórdão (Disponível em: [www.constitutionalcourt.org.za/uht-bin/hyperion-image/S-CCT11-00]. Acesso em: 27.10.2015), figuravam no polo ativo 390 adultos e 510 crianças. O caso é comentado por SUSTEIN, Cass. *Designing democracy, 2001*, p. 242-244. *Sustein* elogiou o julgado como uma decisão extraordinária que pela primeira vez na história do mundo podia demonstrar àqueles que se opõe à imposição judicial de direitos sociais e econômicos que é possível aos Tribunais tutelarem de forma significativa os membros menos privilegiados de uma sociedade, sem assumir uma função político-administrativa inadmissível. Sustein mudou seu posicionamento anterior sobre a questão ao analisar o referido julgado. (SUSTEIN, Cass. *Designing Democracy*, p. 221-222 *apud* FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2. ed., 2015, p. 301-303).

61. STRECK, L. *Hermenêutica e argumentação jurídica*. Disponível em: [www.passeidireto.com/.../livro-hermeneutica-juridica-em-crise– streck-lenio]. Acesso em: 15.10.2014.

tam que o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois o indivíduo, enquanto sujeito de direitos, ficaria totalmente dependente do Estado, tornando-se um cidadão-cliente e o Judiciário, seu fornecedor de serviço.[62] Nessa linha de pensamento, Tercio Ferraz adverte-nos sobre o perigo da sociedade de consumo e do próprio direito transformar-se em consumo.[63]

As ponderações dos mestres são pertinentes, os valores constitucionais devem ser preservados sob pena de se perder a essência democrática e devem se harmonizar com o paradigma da justiça. As transformações sociais ocorrem em todo o mundo; estamos vivendo uma era de transições; a adaptação aos novos tempos é o grande desafio do Poder Judiciário nos dias de hoje.

Na teoria, os argumentos contra o reconhecimento de direitos sociais e econômicos pelo Poder Judiciário são sólidos e sérios. Na prática, as referidas teses não têm sido acolhidas pelas Cortes Constitucionais modernas, observando-se o fenômeno do ativismo judicial em todas as Cortes Democráticas.[64]

Os Tribunais constitucionais, em face do seu dever de zelar pela aplicação das normas constitucionais, nos sistemas democráticos, são fundamentais para a concretização do ideal de Estado Democrático de Direito.[65] Além de os Tribunais serem responsáveis pela concretização do princípio de Estado Democrático de Direito, eles devem zelar pela supremacia da Constituição.

---

62. SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista Cidadania e Justiça*, n. 12, p. 138-152, 2º Semestre de 2002. RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao Desenvolvimento. Antecedentes, Significados e Consequências:* Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007, p. 466.

63. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Disponível em: [www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf]. Acesso em: 16.10.2015. p. 21.

64. HABERMAS, J. *Era das Transições*: Tempo brasileiro, 2003, p. 177-220.

65. HABERMAS, W. *Between facts and Norms*, p. 107. *Apud* BEATTY, David M. *A essência do Estado de Direito*. WMF. 2014. p. 39-40: "(...) nem todos que endossam um modelo processual de controle judicial de constitucionalidade são avessos a refletir sobre ela de maneira abstrata e em termos propriamente filosóficos. Jürgen Habermas escreveu um livro imenso e altamente teórico, Between facts and Norms, em que defende majestosamente a concepção democrática de controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Segundo ele, essa concepção é neutra (...) e é a única capaz de justificar os poderes coercitivos do Estado (...)". Habermas atribui ao Judiciário a responsabilidade de garantir a legitimidade do direito positivo, livrando os processos democráticos de suas iniquidades e arbitrariedades.

Em decorrência dos novos desafios sociais, a jurisdição constitucional não atua de modo uniforme nas diversas democracias constitucionais. Em alguns países há apenas uma moderada interferência dos Tribunais Constitucionais sobre a atuação dos demais poderes constituídos. Em outros, por outro lado, verifica-se um comportamento mais expansivo e afirmativo desses Tribunais, ou seja, constata-se o comportamento chamado de ativismo judicial.[66]

Um *leading case* do Direito Internacional que merece ser mencionado por sua peculiaridade com a questão debatida neste trabalho é o Caso Brown *versus* Plata,[67] decisão da Suprema Corte Americana, que determinou a soltura de centenas de presos na Califórnia. A Suprema Corte dos Estados Unidos deu razão a dois prisioneiros que se queixaram das condições de vida dentro das superpovoadas prisões da Califórnia (oeste),[68] ordenando a libertação de presos. Trinta mil presos de menor periculosidade foram libertos, após um litígio que perdurou mais de duas décadas nos Tribunais americanos. Para a Suprema Corte Americana, a manutenção desses presos num sistema superlotado e sem as devidas condições sanitárias configuraria a imposição de pena cruel e pouco usual, fato que não é aceitável no sistema constitucional americano.

Em uma disputada decisão de cinco votos a quatro, a máxima instância judicial americana solucionou uma situação excepcional na qual os prisionei-

66. O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez, em 1947, nos Estados Unidos, com a denominação de *judicial activism*. O primeiro jurista a estudar o assunto foi Arthur Shlesinger Jr. O Jurista descrevia, em seu estudo, as linhas de atuação da Suprema Corte americana sob a vigência do *New Deal*, com o objetivo de explanar o porquê de entendimentos tão diversos entre os membros do tribunal. *In:* ARANHA FILHO, Adalberto Jose Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 22, n. 86, p. 306-325, jan.-mar. 2014.

67. Os Estados Unidos possuem a *maior população carcerária do mundo*, com mais de dois milhões de pessoas encarceradas. Nos Estados Unidos, os fatores que contribuem para o elevado número de encarcerados relaciona-se à expansão do Direito Penal, ao sistema penal e processual americano (*common law*), à eficiência da polícia e à aplicação do positivismo utilitarista no sistema jurídico penal e processual americano. Outro fator digno de nota é a importância que a sociedade americana atribui ao Direito Penal. Nos Estados Unidos, a independência do Poder Judiciário não é questionada. (Nota da Autora) Cf. GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e* Common law *em uma perspectiva* comparada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008, p. 14-51.

68. População carcerária dos Estados Unidos (2,2 milhões).

ros sofriam devido à superlotação.[69] A Suprema Corte citou vários exemplos acompanhados de fotografias, algo excepcional em uma decisão da máxima instância judicial. As imagens de ginásios cheios de prisioneiros tentando abrir caminho entre centenas de beliches impactaram a opinião pública dos Estados Unidos em 2006.

Esse caso, assim como tantos outros casos paradigmáticos,[70] demonstra que o protagonismo do Poder Judiciário é um fenômeno mundial. Os grandes debates nacionais são questionados em Cortes Superiores;[71] o Brasil tem acompanhado essa tendência mundial. O E. Supremo Tribunal Federal tem analisado e julgado a conformidade de políticas públicas com as determinações constitucionais;[72] essas hipóteses demonstram a modernidade da Corte na condução de suas decisões, todas tendentes a tutelar a Constituição.[73] Essa é a tendência das democracias modernas e do Brasil.

8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Estado de coisas inconstitucional e ativismo judicial

A realidade social coloca à prova a capacidade de o Estado fazer valer a Constituição, pois situações degradantes foram demonstradas pelos Mutirões

69. "Com 156.000 presos nas 33 prisões previstas para abrigar 80.000, a Califórnia mantém um recorde nos Estados Unidos. O problema da superpopulação e sua regulação pelo governo federal envolvem todos os estados de um país onde quase oito em cada 1.000 habitantes são presos". (...) "Por falta de camas, os internos suicidas podem passar longos períodos em uma jaula do tamanho de uma cabine telefônica", afirmou a Suprema Corte em sua sentença, citando o caso de um prisioneiro "que ficou quase 24 horas nadando na própria urina." Disponível em: [g1.globo.com/.../eua-suprema-corte-ordena-libertacao-de-milhares-de-presos-na-calif...]. Acesso em: 21.09.2015.
70. Um caso de ativismo judicial muito famoso no Direito Internacional: *Grootboom versus República da África do Sul*. De acordo com o que consta do Acórdão. Disponível em: [www.constitutionalcourt.org.za/uht-bin/hyperion-image/S-CCT11-00]. Acesso em: 27.10.2015.
71. FALCÃO, Joaquim. O *Supremo. Compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil*: Edições Janeiro. FGV Direito Rio. 2015, p. 37-38.
72. Veja o julgamento da ADIN 4048 e a ADPF 45.
73. BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf]. Acesso em: 02.06.2014.

carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, nos presídios brasileiros.

O encarcerado está sob a custódia do Estado, que é integralmente responsável por fazer valer os direitos fundamentais previstos na Constituição. A Constituição estabelece que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (Constituição, artigo 5º, XLIX), além de impedir penas cruéis (artigo 5º, XLVII) e estabelecer que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a periculosidade do agente, a idade e o sexo do apenado (artigo 5º, XLVIII), entre outros direitos.

O direito fundamental de estabelecer que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a periculosidade do agente, a idade e o sexo do apenado, tem dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições normativas (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e fáticas (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros), necessárias à efetividade do citado direito fundamental.

A questão da superlotação dos presídios e da constante violação dos direitos humanos dos condenados ganhou espaço na mídia e impactou a opinião pública. O Brasil foi denunciado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA) por causa das péssimas condições carcerárias.[74]

E, no Brasil, as acusações apresentadas na inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 são graves:[75]

74. Em abril de 2012, representantes do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea-RS), do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (Cremers) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) vistoriaram a casa prisional de Porto Alegre e denunciaram à OEA as péssimas condições do local. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA), solicitou uma série de medidas no Presídio Central, considerado a maior cadeia do Rio Grande do Sul e apontada como a "pior do país" pela CPI do Sistema Carcerário no Congresso Nacional, em 2008. No documento, o tribunal pede providências "para garantir a vida e a integridade pessoal dos detentos e assegurar-lhes condições de higiene e tratamentos médicos adequados" (Nota da autora).

75. *ADPF 347*, julgada em 27.08.2015. Ação residual porque não há requisitos para interposição de ADIN ou ADECON.

A primeira delas é a superlotação, conforme dados do Ministério da Justiça; são mais de 711.463 mil presos para 350 mil vagas. Há um déficit de mais de 200 mil vagas. A segunda reclamação é a quantidade desproporcional de presos provisórios; 41% da população carcerária é composta por pessoas aguardando julgamento, fato que, segundo a inicial, simboliza um limitado acesso à defesa, bem como falta de cuidado dos juízes na decretação dessas prisões.

A inicial da ação alega, ainda, que as condições nos presídios são degradantes, insalubres e desumanas. Essas condições foram detectadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Prisional, pelo Subcomitê contra a Tortura da Organização das Nações Unidas e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Diante das inúmeras ilegalidades indicadas, o autor da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 fez diversos pedidos ao E. Supremo Tribunal Federal.

O problema da superlotação prisional demonstra a seletividade do Direito Penal brasileiro e a indiferença da sociedade para com a temática. Alguns prisioneiros enquadram-se perfeitamente na categoria do *homo sacer*, para usar uma figura do Direito Romano retomada por Hannah Arendt, Giorgio Agamben, Zygmunt Bauman e Slavoj Zizek, seres humanos sem qualquer lugar na sociedade, plenamente excluídos de todos os benefícios sociais e direitos,[76] fato que coloca o Brasil na contramão do mundo, pois a história do Direito Penal é a história da humanização da pena .[77]

A situação dos presídios sempre foi caótica, mas a população nunca se sensibilizou com o tema. A superlotação carcerária é uma questão recorrente na história do Brasil. A Lei de Execução Penal e o FUNPEN surgiram como consequências políticas de Comissões Parlamentares de Inquérito, que constataram a época, 1973 e 1980, a precariedade dos presídios brasileiros. A questão prisional chamou atenção da mídia por causa da condenação dos "mensaleiros", em 2013. Constata-se que as decisões da Corte Americana sobre o tema foram prolatadas em 2011. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 foi protocolada em maio de 2015 e a liminar, proferida em 27.08.2015.

---

76. NEVES, Marcelo. Artigo CONJUR. Disponível em: [www.conjur.com.br/.../observatorio-constitucional-cnj-trocou-melhoria-ges]. Acesso em: 02.12.2015.

77. SANTOS, Cristiane Farias Rodrigues. *A questão dos transportadores de drogas entre países, "mulas"*, a aplicação da pena prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006 e a função da pena no Direito Penal moderno. *In:* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge et alii (Coord.). *Direito Penal na Pós-Modernidade: Quartier Latin, 2015*, p. 123-132.

As normas existentes e a Constituição da República possuem uma plêiade de garantias para tutelar os presos, mas a existência de leis protetivas e avançadas no sistema jurídico pátrio não garantiu sua efetividade. Há uma indiferença da sociedade com a temática que não se importa com a questão carcerária porque enxerga a pena como castigo. No caso, há corresponsabilidade de todos, sociedade e agentes políticos.

Há inação do Ministério Público e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que não atuaram eficientemente para solucionar o problema carcerário. Por isso, o problema da superlotação foi judicializado no E. Supremo Tribunal Federal.

O objetivo da Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF 347 não é obter a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato jurídico específico. A meta da referida ação é ver superada uma situação de sistemática afronta a preceitos fundamentais, no âmbito do sistema carcerário brasileiro, um estado inconstitucional de coisas.

Ações semelhantes foram propostas em países como Argentina, Colômbia, África do Sul, Itália e Estados Unidos.

Ao analisar a liminar o Ministro Marco Aurélio Mello reportou-se ao excessivo número de prisões provisórias, o que deveria ser excepcional, mas virou regra. Os indivíduos ficam meses ou anos detidos, provisoriamente, sem exame adequado das razões da prisão. "Banaliza-se o instituto,[78] olvida-se o princípio constitucional da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII) e contribui-se para o problema da superlotação carcerária", nas palavras do Ministro. O segundo pleito diz respeito à audiência de custódia, instrumento ao qual o ministro Ricardo Lewandowski, como Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tem dado especial atenção, buscando torná-lo realidade concreta, no Judiciário, em diferentes unidades federativas e combatendo a cultura do encarceramento.

A liminar estendeu a imposição da realização de audiências de custódia a todo o Poder Judiciário do país. A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, fato que lhes confere hierarquia legal. A providência conduzirá, segundo o Ministro, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia

78. Fonte INFOPEN 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/.../080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf]. Acesso em: 02.12.2015.

cautelar – o custo médio mensal individual seria, aproximadamente, de dois mil reais.[79]

> Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto. Indeferidos esses pleitos, o mesmo deve ser feito, por prejuízo, relativamente ao que envolve a atuação do Conselho Nacional de Justiça visando o implemento das medidas.

E, por último, a liminar avaliou a questão orçamentária, determinando a imediata liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e a proibição de a União realizar novos contingenciamentos. Segundo a liminar,

> os valores não utilizados deixam de custear não somente reformas dos presídios ou a construção de novos, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo no cárcere. No mais, é de todo duvidosa a possibilidade de limitar despesas dessa natureza ante o disposto no § 2º do artigo 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000: Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. (...)§ 2º. Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias. A cabeça do dispositivo trata da situação em que o Governo deixa de executar, parcialmente, o orçamento, vindo a contingenciar os valores ordenados a despesas, ao passo que, no § 2º, consta exceção consideradas obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais. Tratando o FUNPEN de recursos com destinação legal específica, é inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento: atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos (artigo 5º, inciso III, alínea "b", da Lei Complementar nº 101, de 2000) e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. A gestão desses recursos cabe ao Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

79. CNJ – País pode economizar R$ 4,3 bi com Audiência de Custódia. Disponível em: [www.cnj.jus.br]. Acesso em: 28.01.2016.

A liminar analisada acima é um exemplo de ativismo judicial forte, pois avaliou a eficiência da política pública carcerária e a utilização do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN para a solução do problema da superlotação dos presídios. No caso, o E. Supremo Tribunal Federal exerceu sua função de guardião das promessas democráticas.[80]

A superlotação carcerária é multifatorial; ela representa uma combinação de políticas públicas ineficientes (educacional social e de segurança pública). Constata-se que a aplicação de penas severas e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas, enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceito, infelizmente. A repressão possibilita a ilusão de segurança, encobrindo os sintomas da doença social.[81]

Os gráficos apresentados neste trabalho demonstram a dimensão do problema. Pesquisas conduzidas pelo IPEA sobre o tema constatam que a crise econômica e social impulsiona a violência e, consequentemente, incrementa o número de prisões, contribuindo para a superlotação do sistema carcerário.[82]

Legislação penal desatualizada é outro elemento que converge para a superlotação carcerária, eis que ela não permite ao magistrado aplicar pena de multa ou pena alternativa fora das hipóteses contidas na lei,[83] quando o juiz constata que o acusado não apresenta periculosidade. A expansão do Direito Penal (elaboração de novas leis extravagantes e novos tipos penais) é outro elemento que favorece o problema. Uma nova política criminal e a edição de um novo Código Penal (Direito Penal Mínimo para crimes comuns e a elaboração de um Direito Administrativo sancionador) são opções que poderão ser avaliadas no futuro.

---

80. GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia:* Instituto Piaget, 1996, p. 282-289.

81. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*: Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 2004, p. 282.

82. Estudo do IPEA aponta outros fatores contribuem para a violência e a superlotação carcerária: a predominância de jovens na população, a desigualdade social elevada e o fácil acesso a armas de fogo, assim como a relação entre o aumento da violência e o uso de drogas; indicando a necessidade de políticas públicas emergenciais para reduzir a vulnerabilidade social dos jovens, fortalecer o controle de armas de fogo e redirecionar a política antidrogas para desestimular a demanda. (*Violência e Segurança Pública em 2023: Cenários exploratórios e planejamento prospectivo*. A obra completa encontra-se disponível para download em: [www.ipea.gov.br]).

83. CAMARGO, Antônio Luís Chaves Camargo. *Op. cit.*, p. 183 e ss.

É necessário que os órgãos públicos e a sociedade acompanhem a execução das medidas indicadas pelo E. Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 e exijam, no futuro, o aperfeiçoamento do sistema penal.

O Brasil é um país de dimensão continental e cabe a todos, sociedade, governo, Ministério Público e Juízes da Execução Penal, acompanhar a evolução do tema.

9. Consequências políticas

Após a apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, pelo E. Supremo Tribunal Federal, o Conselho de Estado da Itália, última instância da justiça administrativa daquele país, decidiu extraditar o ex-diretor de Marketing do Banco do Brasil, Henrique Pizzolato, condenado no processo do mensalão. A Justiça italiana entendeu que Henrique Pizzolato deve cumprir a pena no Brasil. Dessa decisão, o ex-diretor do Banco do Brasil apresentou recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, na França, que rejeitou o pedido. A Corte Europeia analisou novos documentos e vídeos entregues pelo Brasil comprovando que o país tem presídios em condições de respeitar os direitos fundamentais dos presos. A defesa de Pizzolato usava como argumento contra a extradição as más condições das cadeias brasileiras.

A liminar do E. Supremo Tribunal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 foi essencial para que o Conselho de Estado da Itália e a Corte Europeia de Direitos Humanos admitissem a extradição do ex-diretor de Marketing do Banco do Brasil, Henrique Pizzolato, para o Brasil.

Em dezembro de 2015, após a decisão prolatada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, o Ministério da Justiça anunciou que o Brasil investirá cento e doze milhões de reais na ampliação de programas penitenciários, por meio de convênios com os Estados. Os recursos sairão do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, 63% (sessenta e três por cento) em 2015 e o restante em 2016. Parte dos valores do referido fundo serão investidos no sistema carcerário e em projetos de ressocialização dentro dos presídios, visando à humanização do sistema carcerário.

Em 29 de junho de 2016, o E. Supremo Tribunal editou a Súmula Vinculante 56 asseverando que a falta de vagas no sistema prisional não autoriza a manutenção do condenado em regime mais rigoroso. A pena, segundo os Ministros, pode ser cumprida em regime mais brando. A súmula foi aprovada por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio Mello. Com a edição da refe-

rida súmula todos os tribunais do país são obrigados a seguir o entendimento referendado. O tema é relevante diante do quadro prisional brasileiro, que permanece exigindo especial atenção da sociedade.

O Tribunal de Contas da União (TCU) estabeleceu prazo, até o início de outubro de 2016, para que o Ministro da Justiça apresentasse plano de ação nacional para redução de homicídios (Programa Nacional de Redução de Homicídios. Em tempos de ajuste fiscal e arrecadação em queda, a definição de um plano nacional, com regras, prioridades e atribuições para cada ente federativo é fundamental para garantir que os investimentos em segurança pública sejam eficientes). Entretanto, até o momento de finalização deste artigo, o referido pacto não foi finalizado. No mesmo período, em decorrência da grave crise fiscal, constatou-se que os recursos do Fundo Penitenciário Nacional não foram repassados aos Estados pelo Governo, não obstante a liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347; aguarda-se a questão fiscal equalizar-se para que a decisão seja cumprida. Diante disso, a urgência do problema carcerário subsiste.

10. Conclusão

1. A Carta Magna de 1988 reformulou a política de segurança nacional, redefinindo o papel das forças armadas e sua participação na administração pública brasileira. Atualmente, a política de segurança nacional é formulada pelo Poder Executivo, requerendo cooperação do Poder Legislativo, quanto à disponibilidade de recursos orçamentários. Esse cenário leva a duas mudanças a partir da Constituição Federal de 1988. A primeira é a participação da sociedade civil, por meio de seus representantes, e do Estado, na determinação do que simboliza a segurança nacional para o Brasil e sua soberania. A segunda é o comprometimento desses dois poderes da República com os recursos necessários (financeiros, materiais e humanos) para a execução dessa política. Ao atribuir novas responsabilidades a atores distintos, a Constituição Federal redefine os parâmetros da segurança nacional, considerada, durante toda a história da República, de responsabilidade dos militares.

2. Nos termos constitucionais, a política de segurança pública é estruturada sob a responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal, especialmente, que concretizam as políticas de segurança por meio de suas polícias civis e militares. Os Estados e o Distrito Federal são os principais implementadores de políticas penitenciária e socioeducativa. Dessa forma, a maior parte do orçamento para a segurança pública deve provir dos Estados e do Distrito Federal.

3. A superlotação carcerária envolve diferentes atores e corresponsabilidade de todos os Poderes da República. O Poder Executivo deve estabelecer políti-

cas públicas prioritárias e é responsável pela construção e aperfeiçoamento do sistema carcerário. O Poder Legislativo contribui com a edição de novos projetos de leis sobre a temática penal e processual, que direta ou indiretamente contribuem para o aprimoramento do sistema criminal. O Poder Judiciário e o Ministério Público posicionam-se no centro do debate sobre a questão carcerária por causa da sistemática da legislação penal e processual, e, especialmente, por causa da Lei de Execução Penal que estabelece ao juiz garantir e preservar a dignidade da pessoa condenada assim, como ao Ministério Público, zelar e fiscalizar o fiel cumprimento da lei.

4. Em decorrência da autonomia dos Estados, não há um padrão para combate ao crime, gerando desequilíbrio e esvaziando uma política única de segurança pública nacional, que é complexa no âmbito da administração pública, por envolver entes da Federação e a participação de todos os poderes. Esses fatores contribuem para o agravamento da violência e para a explosão carcerária.

5. As políticas públicas voltadas à administração penitenciária estão entre as que mais dependem de recursos públicos para ser bem-sucedidas; fazendo dos instrumentos financeiros à disposição do Estado elemento de combate aos permanentes problemas que afligem o setor, fato que traz os orçamentos públicos para o centro do debate. A adequada alocação dos recursos públicos, associada à gestão eficiente, de forma cooperativa entre os entes federados e os poderes, torna-se fundamental para que se possa encontrar uma solução para a situação carcerária.

6. Todos os entes federados estão envolvidos com políticas de segurança pública e muito dinheiro público é investido nessas políticas públicas. No entanto, paradoxalmente, há o incremento da violência social e dos índices de criminalidade, resultando no aumento exponencial da população carcerária.

7. O FUNPEN completou mais de vinte anos, desde a sua criação em 1994, e não cumpriu seu papel primordial de aperfeiçoamento do sistema prisional. Desde a sua criação até 2011, o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN arrecadou mais de R$ 3 bilhões. De acordo com atualização do FUNPEN em Números, o Ministério da Justiça reconhece o contingenciamento de grande parte dos valores, esclarecendo que os repasses do fundo são classificados como transferências voluntárias; o contingenciamento das verbas do fundo impede que o objetivo de aperfeiçoamento do sistema carcerário seja alcançado.

8. A superlotação carcerária é um problema recorrente. A Lei 7.210, de 11 de junho de 1984, Lei de Execução Penal, e o FUNPEN, fundo instituído pela Lei Complementar 79, de 07 de janeiro de 1994, surgiram como consequências políticas de Comissões Parlamentares de Inquérito que, em 1973 e 1980,

constataram a precariedade dos presídios. O sistema jurídico pátrio apresenta uma plêiade de garantias que tutelam os presos e, apesar da existência de leis protetivas e avançadas, o Ministério Público e os Poderes públicos não concretizam os ditames legais.

9. A crise do Direito Penal moderno é um fenômeno que ocorre em todos os países democráticos e uma das consequências dessa crise, no Brasil, é o excessivo encarceramento. A superlotação carcerária é multifatorial, apresentando características específicas, próprias da realidade social brasileira.

10. O direito fundamental de estabelecer que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a periculosidade do agente, a idade e o sexo do apenado, tem dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições normativas (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e fáticas (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros), necessárias à efetividade do citado direito fundamental. Portanto, a pena deve ser cumprida nos termos estabelecidos na Constituição Federal (artigo 5º, XLVIII).

11. A execução da pena em presídios distintos, de acordo com a gravidade do delito e a periculosidade do condenado, é um importante elemento de reintegração do condenado e de humanização da pena, uma forma de se evitar o desenvolvimento de organização criminosa dentro dos presídios.

12. É necessário que os órgãos públicos e a sociedade exijam a regular execução da liminar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. O Brasil é um país de dimensão continental e cabe a todos, sociedade, governo, advogados, Ministério Público e Juízes de Execução Penal, exigir a regular execução de medidas para o aperfeiçoamento do sistema carcerário. Com a decisão liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, o Poder Judiciário concretizou sua missão institucional, de guardião das promessas democráticas; no entanto, é necessário o julgamento de mérito da referia ação, para finalizar seu mister.

13. A questão da superlotação carcerária não será resolvida integralmente pela decisão da Corte Suprema. Políticas públicas complexas e de longo prazo deverão ser conduzidas no futuro, pelos agentes políticos, para a equalização da demanda social. Uma nova política criminal e a edição de um novo Código Penal (Direito Penal Mínimo e a elaboração de um Direito Administrativo sancionador) são opções que poderão ser avaliadas no futuro.

14. A história do Direito Penal é a história da humanização da pena. No entanto, a sociedade brasileira não se sensibiliza com a superlotação dos presídios porque enxerga a pena como castigo, não se importando com o problema da superlotação carcerária. É necessária a desvinculação da pena como castigo. Para o Direito Penal moderno a função da pena é a prevenção do crime.

15. Criminalidade e intolerância ocorrem quando a cidadania é obstada; suas causas estão na injustiça, que consequentemente desencadeia mais injustiça e violação da cidadania. A solução deve ser encontrada não na ressurreição de ideias antiquadas, baseadas na nostalgia de um mundo que jamais retornará, mas numa nova cidadania, uma modernidade reflexiva capaz de manejar os problemas da justiça e da comunidade, da recompensa e do individualismo, que habitam o coração da democracia.

16. Não obstante a liminar proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN não tem sido repassado aos Estados e ao Distrito Federal, a urgência do problema carcerário subsiste. É certo que a dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e que esse fundamento atrai para si o conteúdo de todos os direitos fundamentais contidos na Constituição de 1988. Mas, em momentos de desequilíbrio fiscal, direitos essenciais enfrentam problemas de financiamento. O enfrentamento dos desequilíbrios financeiros do setor público via contenção dos gastos sociais deixa de lado discussões importantes como a definição de prioridades do gasto público em momentos de restrição de despesas. Infelizmente, o impacto de medidas restritivas para a economia ou para a população prejudica a plenitude e a concretização do Estado Democrático de Direito.

17. O debate sobre execução orçamentária em todos os níveis da federação é essencial para o aprimoramento de políticas públicas, em especial da política de segurança pública. A questão orçamentária deve ser democrática e transparente, com participação da sociedade, especialmente, no âmbito federal, para que o manejo da atividade financeiro-orçamentária da União não seja feito deliberadamente no intuito de restringir o grau materialmente possível da execução de políticas carcerárias; políticas sociais esvaziadas prejudicam a plenitude e a concretização do Estado Democrático de Direito.

11. Referências bibliográficas

ALBRECHT, Peter Alexis. *El derecho penal em la intervención de la política populista*. Montevideo: B de F, 2008.

ARRETCHE, M. *et alii*. *Trajetórias das desigualdades do Brasil*. Como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos: Editora UNESP, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo*, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf]. Acesso em: 02.06.2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial* e Legitimidade Democrática. Disponível em: [www.oab.org.br/editora/revista/users/.../123506667 0174218181901.pdf]. Acesso em: 12.10.2015.

BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre Tribunais e Democracia por meio do acesso aos direitos e* à *justiça*: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Série Monografias do CEJ: 2013.

BEATTY, David M. *A Essência do Estado de Direito*: Editora Martins Fontes, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BROWN v. PLATA: *prison overcrowding in California*. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/23233477]. Acesso em: 10.10.2015.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves Camargo. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*: Cultural Paulista, 2002.

CONTI, José Maurício. *Direito Financeiro na Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveiro Mendes Ed., 1998. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015--ago-25/contas-vista-solucao-situacao-carceraria-significativos-reflexos-orcamentarios]. Acesso em: 25.08.2015.

PINTO. Élida Graziane. *Financiamento dos Direitos* à *saúde e* à *Educação*: Fórum Editora, 2015.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*: Fundação Calouste Gubelkian, Lisboa, 1987.

FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. Compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil: Edições Janeiro, FGV Direito Rio, 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O judiciário frente* à *divisão dos poderes*: um princípio em decadência? Disponível em: [www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf]. Acesso em: 15.10.2015.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2. ed., 2015.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia*: Instituto Piaget, 1996.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Cultura Jurídica Francesa e *Common law* em uma perspectiva comparada. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2008.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle*. Crime e ordem social na sociedade contemporânea: Instituto Carioca de Criminologia. Editora Revan, 2008.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS, 2005.

GIRARD, Augustin. *Cultural development*: experience and policies. Paris: UNESCO, 1972.

GOMES, Luiz Flávio. *Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios*. Disponível em: [http://institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoes-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios/]. Acesso em: 12.12.2015.

GONÇALVES, Antônio Carlos da Cunha. *O orçamento público brasileiro*. Suas origens, princípios norteadores e forma de execução. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2523, 29.05.2010. Acesso em: 26.06.2012.

GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. *Revista Jurídica* n. 272, ano 48, jun./2000.

GROSSI, Bruno C. e COSTA, Arthur. Relações intergovernamentais e segurança pública: uma análise do fundo nacional de segurança pública. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. Ano 1, Edição 1, 2007.

GUIDDENS A., BECK U.; LASH, S. *Modernização Reflexiva*: Editora UNESP– 1995.

HABERMAS, J, *Era das Transições*: Tempo brasileiro, 2003.

HASSEMER. W. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Traducción Patricia Ziffer: Ad Hoc. 2003.

HASSEMER. W. *Direito Penal. Fundamentos, Estrutura Política*: Sergio Antonio Fabris, 2014.

HASSEMER. W. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, ano I, n. 1, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*: Companhia das Letras. 1999. Disponível em: [www.usp.br/cje/anexos/.../holanda_sergio_buarque_raizes_do_brasil.pdf]. Acesso em: 02.12.2015.

HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*. Edição Crítica: Companhia das Letras. São Paulo, 2016.

INFOPEN 2014. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – CNJ. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/.../080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf]. Acesso em: 18.11.2015.

LANDES, David S. *A Riqueza e a Pobreza das Nações*. Por que algumas são tão ricas e outras são tão pobres: Campus, 1998.

LÁZARO, Márcio Vinícius Lima. Orçamento Público Federal e Segurança Pública no Brasil – 2004-2011. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento. Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro.

LEITE, Alaor. *Revista Liberdade, edição especial sobre a reforma do Código Penal. IBCCRIM*: Setembro de 2012.

MENDES, Gilmar Mendes e outros. *Curso de Direito Constitucional*, 5. ed. Saraiva, 2010.

MENEZES FILHO, Naercio A. e Alison Pablo de Oliveira. *A contribuição da educação para a queda na desigualdade de renda per capta no Brasil*: Policy Papers – INSPER.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Relatório sobre a situação carcerária*. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 01.10.2015.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*: Bertrand Brasil, 1999.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF, 2013.

OLIVEIRA, Ana Carolina de. *Hassemer e o Direito Penal brasileiro. Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: introdução crítica. São Paulo*: Saraiva, 2001, p. 214.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao Desenvolvimento. Antecedentes, Significados e Consequências*: Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*: Editora Coimbra, Vega Universidade. Direito e Ciência Jurídica, 1986.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General* – t. I. Madrid: Civitas, 1997.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER Otto. *Punição e Estrutura Social*: Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 2004.

SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 5. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponíveis/2/2136/tde-17022009-16022009-160214/]. Acesso em: 12.03.2016.

SANTOS, Cristiane Farias Rodrigues dos. *Tipo e Tipicidade dos Crimes do Meio Ambiente*. Tese apresentada para obtenção do título de Doutorado em Direito Penal: Faculdade de Direito – USP, São Paulo.

SANTOS, Cristiane Farias Rodrigues dos. A questão dos transportadores de drogas entre países, "mulas", a aplicação da pena prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006 e a função da pena no Direito Penal moderno. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge *et alii* (Coord.). *Direito Penal na Pós-Modernidade*: Quartier Latin, 2013.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista Cidadania e Justiça*, n. 12, p. 138-152, 2º Semestre de 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. BRASIL. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: [www.stf.jus.br/.../artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_...de IW Sarlet]. Acesso em: 01.10.2015.

SÁNCHEZ. Jesus Maria Silva. La expansión del Derecho penal: Editorial: IBdeF, 2008.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar. A* ética *do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*: Companhia das Letras, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge *et alii. Direito Penal na Pós-Modernidade*: Quartier Latin, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do Direito Penal e Globalização*: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Jesse. *A tolice da inteligência brasileira: Leya,* 2015.

STIGLITZ. J. E. *O preço da desigualdade:* Bertrand Editora, Lisboa, 2013.

STIGLITZ. J. E. *Rewriting the rules of the American Economy. An Agenda for growth and shared prosperity*: W. W. Norton & Company. New York, 2016.

STRECK. L. *Hermenêutica e argumentação jurídica.* Disponível em: [www.passeidireto.com/.../livro-hermeneutica-juridica-em-crise-streck-lenio]. Acesso em: 15.10.2014.

STRECK. L. *Um caso de ativismo judicial famoso no Direito Internacional*: Grootboom *versus* República da África do Sul. De acordo com o que consta do Acórdão. Disponível em: [www.constitutionalcourt.org.za/uht-bin/hyperion-image/S-CCT11-00]. Acesso em: 27.10.2015. Disponível em: [www.valor.com.br/brasil/4419634/desigualdade-persiste-apesar-de-avancos-na-educacao]. Acesso em: 27.10.2015.

VIEIRA. O Vilhena. Folha de São Paulo. *Nova modalidade de litígio estrutural*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2015/05/1635714-litigio-estrutural.shtml]. Acesso em: 27.10.2015.

VIOLÊNCIA E SEGURANÇA PÚBLICA EM 2023: Cenários exploratórios e planejamento prospectivo. Editos, 2008. Disponível em: [www.ipea.gov.br]. Acesso em: 30.10.2015.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente*. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente: Instituto Carioca de Criminologia. Editora Revan, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil, de André Ribeiro Giamberardino – *RBCCrim* 115/221-253 (DTR\2015\11453);
- Desmilitarização das polícias: considerações sobre a PEC-51 e a reforma do sistema de segurança pública brasileiro, de Almir Valente Felitte – *RBCCrim* 130/23-45 (DTR\2017\658);
- Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil, de Cristina Zackseski, Bruno Amaral Machado e Gabriela Azevedo – *RBCCrim* 126/291-331 (DTR\2016\24555);
- Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana, de Ronny Peterson Nunes dos Santos – *RBCCrim* 129/375-405 (DTR\2017\387); e
- Segurança pública no Brasil e no sistema interamericano de direitos humanos, de Luciana de Oliveira Bueno – *RDCI* 85/203-221 (DTR\2013\10236).

Os significados da punição nas penas alternativas

The meanings of punishment within the alternative sanctions

Marcelo Berdet

Doutor em Sociologia pela Universidade de *Brasília (2015)*. Mestre em pesquisa social pela Goldsmith University of London (2008). Especialista em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996). Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande *do Sul (1993)*. Pesquisador do Núcleo de Estudos Sobre Violência e Segurança, Departamento de Sociologia/ Universidade de Brasília.
mberdet@yahoo.com.br

Recebido em: 25.08.2016
Aprovado em: 27.09.2016
Última versão autor: 26.10.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo encerra uma tríade de trabalhos que abordou a execução das penas alternativas (ou alternativas penais) no âmbito da justiça criminal brasileira; *Penas alternativas ou o governo das pessoas pela punição?* e *Penas alternativas e a estratificação da punição*, ambos publicados nesta revista. A escolha por uma tríade de artigos para condução de uma análise sociológica sobre as penas alternativas por meio da punição consiste na escolha de abordar os diferentes aspectos e dinâmicas implicados. Assim, a tríade funciona como uma espécie de transitividade das generalidades e especificidades entre os estudos realizados. Desse modo, este trabalho teórico se relaciona com os anteriores. Contudo, sua organização permite que este seja lido individualmente a partir das substanciais implicações teóricas que suscitam as relações entre o exercício da punição e a execução das penas alternativas. As penas alternativas demonstram uma ambiguidade com relação aos seus significados e funções sociais. Por um lado, apresentam-se como uma nova tecnologia penal para

Abstract: This article concludes a triad of studies that addressed the enforcement of alternative sanctions within the Brazilian criminal justice, specifically two previous works: *Alternative sanctions or the government of people by punishment?* and *Alternative sanctions and the stratification of punishment*, both published in this journal. The choice of a triad of articles to carry out a sociological analysis of the alternative sanctions through punishment consists in to address the different aspects and dynamics of such penalty. Thus, the triad acts as a kind of transitivity of generalities and specifics across studies. Hence, this theoretical work is related to the previous ones. However, its organization allows it to be read individually considering the substantial theoretical implications, which concerns the relations between the exercise of punishment and the enforcement of alternative sanctions.The alternative sanctions have shown an ambiguity with respect to their meanings and social functions. On the one hand, the alternative sanctions appear as a new penal technology for

o exercício da punição e, por outro lado, apresentam-se como uma política de inclusão social e promotora da cidadania. Assim, a combinação dessas dualidades constitutivas tem como resultado uma força política que desafia a legitimidade da prisão e, simultaneamente, uma ação da justiça criminal para aumentar sua dimensão punitiva. Para compreensão das penas alternativas como uma construção político-penal, é preciso reconhecer a punição como um elemento central na sua constituição como resposta penal. Portanto, as penas alternativas não representam uma política integralmente contrapunitiva. As dualidades que constituem as penas alternativas são características do seu projeto político-penal abolicionista. Nesse sentido, as penas alternativas são construídas socialmente pela interação entre os seus dissonantes significados.

Palavras-chave: Penas alternativas – Punição – Significados – Dualidades – Justiça criminal.

the enforcement of punishment and, on the other hand, are presented as a sort of social policy of inclusion and promoting citizenship. Thus, the combination of these composing dualities has as development; a political force that challenges the legitimacy of the prison and, at the same time an action within the criminal justice to increase its punitive scope. To understand the alternative sanctions as a political-penal construct, one must recognises punishment as central element in their constitution as penal response. Therefore, the alternative sanctions are not a fully penal policy against punitiveness. The dualities which constitute the alternative sanctions are features of their abolitionist project. In this sense, the alternative sanctions are socially constructed by the interaction between their dissonant meanings.

Keywords: Alternative sanctions – Punishment – Meanings – Dualities – Criminal justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Agência punitiva das penas alternativas. 3. O viés punitivo-correcional das penas alternativas. 4. O governo das pessoas: a normalização de indivíduos e grupos sociais pela punição. 5. Considerações finais: a construção político-social do significado da punição nas penas alternativas. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O discurso das penas alternativas, teoricamente, repousa na proposição do direito penal mínimo (ZAFFARONI, 1991; BARATTA, 1987, 2002), cujo objetivo pode ser resumido pela limitação do alcance e intensidade do direito penal. Politicamente, as penas alternativas configuram-se como um movimento e resposta à superlotação da população carcerária, como alternativa à prisão e adequada resposta penal pelo uso da reparação, das responsabilidades e obrigações do infrator para com a comunidade.

As penas alternativas carregam consigo uma ambiguidade com relação aos seus significados e funções sociais. Por um lado, apresentam-se como uma nova tecnologia penal para o exercício da punição pela justiça criminal e, por outro lado, apresentam-se como uma política de inclusão social por meio da oferta de serviços e programas que preconizam a garantia da cidadania. Enfim, uma

nova gramática de inclusão social[1] que faz uso da punição como veículo para "entregar" direitos e cidadania a grupos sociais vulneráveis e marginalizados.

Dessa forma, é razoável dizer que o que está em jogo na execução das penas alternativas é o significado social atribuído à punição.

Nessa perspectiva, pode-se assumir a dissuasão e a reabilitação[2] como os mais recorrentes pressupostos para punição pelas penas alternativas, bem como para sua justificação. Assim, o objetivo fundamental da punição por essa modalidade penal está em reformar o comportamento dos indivíduos que estão sendo punidos e comunicar que a reprodução de tal comportamento por outros indivíduos será punida. A retribuição não seria a sua absoluta justificativa, no entanto, é a violação da lei a causalidade da resposta penal. De qualquer forma, a punição é um ato moralmente problemático, que deriva da imposição de intervir na vontade do outro. Com isso, o pêndulo da orientação política das penas alternativas oscila entre seu ideário reabilitador e seu grau de persuasão como resposta penal imposta pela justiça criminal.

Punir não é apenas infligir dor ou prejuízo a alguém, também é fazer valer a agência de qualquer sociedade na resolução de problemas por normas e dinâmicas específicas. A punição não é o ato isolado de um indivíduo, mas a execução de um sistema de normas promulgadas. Assim sendo, punir é uma ação coercitiva de uma autoridade política, e as leis, a justiça criminal e o sistema penal servem às necessidades de determinada estrutura social. Nesse sentido, a punição é uma instituição da esfera política que envolve normas e procedimentos para afirmação de um processo para decisões impositivas de sanções e uma medida de poder sobre as pessoas. Portanto, a execução das penas alternativas alarga o sistema punitivo enquanto um dispositivo do sistema penal.

1. A desigualdade social enquanto uma categoria analítica e explicativa – e também política – funciona como uma espécie de "coringa" para o desenvolvimento de interpretações ou explicações das disposições e relações sociais no Brasil. Por meio da desigualdade, pode-se erigir construtos sociológicos acerca da expectativa de vida da população, acesso à saúde e educação, mobilidade social, concentrações urbanas e imobiliárias (TRAVASSOS *et. al.*, 2002; GUIMARÃES, 2004; ZIONI, 2006; FERREIRA *et. al.*, 2006; RIBEIRO; LAGO, 2001; BERDET, 2016a). Assim, não é surpreendente que o movimento político das penas alternativas recorra a um discurso de inclusão social para sua legitimidade enquanto um agente de transformação, seja na sociedade ou dentro da justiça criminal.
2. Para fins deste trabalho, toma-se reabilitação como um modelo penal fundado na crença na reforma e ressocialização, que é operado por meio de áreas de conhecimento e especialistas na organização, gestão, diagnóstico, tratamento e avaliação individualizada ao infrator.

As formas de punir servem a determinados fins políticos do Estado – ou qualquer organização social –, uma entidade real com os seus próprios direitos e obrigações distintos dos direitos e obrigações dos indivíduos. Tal proposição vai ao encontro da noção hobbesiana sobre a punição, que essa serviria para impor aos cidadãos a obediência à autoridade política. A lei deve ser obedecida, seja conscientemente ou por medo do castigo. Assim sendo, a pena nos lembra da necessidade do contrato, que pode ser quebrado, e a autoridade violada ou subvertida (HOBBES, 2008[1651]). Para Newman (1978, p. 271), paradoxalmente, é a desobediência que confere à punição sua função primária, que é garantir a obediência e consequentemente instituir uma ordem político-social. Assim, a punição compele o indivíduo a agir de acordo com as normas promulgadas, o que implica uma relação política e social entre aquele que pune e aquele que é punido, uma relação que presume um tratamento desigual dispensado ao punido.

As penas alternativas como substitutos da prisão têm servido as estratégias de descentralização da intervenção penal pela justiça criminal, como parte de um sistema polimórfico de controle social na comunidade. Dentro desse sistema polimórfico, as penas alternativas desempenham um papel simbólico, pois, como qualquer dispositivo penal, elas expressam o exercício do poder punitivo estatal e a lei como poder político. Ainda, as penas alternativas colocam e exercem sua punição sobre o infrator e não sobre a infração, mesmo que se constituindo como uma classe particular de penas que permitam o prosseguimento da vida social. Aqui está o efeito paradoxal das "alternativas", ao deslegitimarem o sistema prisional em favor de sua legitimação como resposta penal, elas ampliam o direito de punir do sistema penal. O seu discurso valeu-se e foi elaborado como um discurso jurídico-penal e, assim, legitimador da agência punitiva.

A operacionalidade concreta das penas alternativas não deixa de configurar-se como o exercício da punição e produto da coerção social, que serve para evitar danos materiais e morais à sociedade, e aos interesses de indivíduos ou grupos sociais politicamente constituídos sob a forma de direitos. Por esse ângulo, os significados sociais e finalidades das "alternativas" enquanto práticas punitivas devem ser projetados e interpretados como ações e processos; a quem punir, por que, como, quando e onde. Assim, não haveria um significado único ou unitário da punição, mas uma síntese de significados. Dentre os quais, destaca-se: a manifestação do poder da autoridade política e como uma expressão e fusão das disposições sociais, culturais e morais para o controle social da população. Desse modo, o significado social primário da punição atribuído às penas alternativas permanece sendo a constituição e conservação

das relações de poder na sociedade, bem como eliminar as ameaças à ordem político-social corrente.

Portanto, assume-se a punição pelas penas alternativas como o exercício da autoridade política e um mecanismo de controle social que atua com o propósito da resolução dos conflitos entre indivíduos ou grupos sociais e como resposta penal às violações à ordem. Com isso, enquanto resolução dos conflitos, as penas alternativas reforçam a autoridade do Estado e consolidam as leis e o direito penal como meios resolutivos – uma arbitragem política –, e a punição é usada como um meio de persuasão consentido e legítimo. O direito de punir é usado como a obrigação de proteger os direitos, a segurança do cidadão e da própria sociedade.

Nesse sentido, a punição pode ser entendida como uma relação social de troca que comunica valores, informações, sensibilidades, aprovação e desaprovação. Trata-se de uma relação simbólica de troca, a punição é o elemento interveniente agindo sobre o infrator para produção de comportamentos e atitudes positivas. Punir envolve uma série de interações sociais que gera obrigações e contingências sobre a vontade de uma pessoa. Além disso, é o resultado de interações sociais entre indivíduos e grupos sociais que se relacionam de forma dependente e desigual. A propensão de ser punido está relacionada com a posição ocupada na estrutura social e as imagens de atitudes e comportamentos configuradas como inadequadas por essa estrutura (CROPANZANO; MITCHELL, 2005; MOLM, 1994; COOK *et al*., 1983).

As penas alternativas, particularmente a prestação de serviço à comunidade, como demonstrado por Barreto *et al.* (2009), Vasconcelos (2011) e Berdet (2016b), alcançam os mesmos grupos sociais penalizados com a pena privativa de liberdade. A diferença está na execução e supervisão da pena como um controle penal que tem como foco a intervenção e organização do tempo pessoal do sentenciado no espaço da sua convivência comunitária. Com isso, pode-se afirmar que as penas alternativas representam o aumento dos dispositivos punitivos, apresentando-se como uma resposta racional e dissuasiva ao crime.

Assim, é razoável admitir que as penas alternativas atendem às necessidades de controle social para com os grupos sociais classificados como "disfuncionais" por meio de um controle penal-atuarial – a folha de frequência – operado pela justiça criminal. Nesse sentido, as penas alternativas não se desprendem das disposições sociais e culturais constitutivas da sociedade brasileira, uma vez que expandem o controle penal para a comunidade como uma forma de gestão de certa parcela da população. Dessa forma, as penas alternativas alargam o processo de controle penal pelo destaque dado à utilidade política da

obediência à lei e à imperatividade da punição como meios para comunicar as disposições da ordem político-social.

2. Agência punitiva das penas alternativas

O viés punitivo das penas alternativas, além de refletir, acaba por reproduzir relações assimétricas forjadas nas disposições sociais e culturais de dominação e subordinação de indivíduos e grupos sociais caracterizados como inerentemente desiguais. Particularmente, no Brasil, a desigualdade enquanto uma instituição social tem atuado no sentido de caracterizar as pessoas segundo raça/cor e condição social, estabelecendo interações sociais marcadas pela submissão como solução e não como um problema. Nesse contexto, a punição pelas penas alternativas não deixa de ser o exercício de uma submissão ritualizada, que expõe a posição vulnerável das pessoas que foram punidas. A punição faz um indivíduo parecer menor que o outro, ela mostra a agência da hierarquia e do controle político e social sobre o outro. Assim, a fusão da punição e da desigualdade assume uma função instrumental para coibir a ação social de certos indivíduos ou mesmo grupos sociais (SOLTAN, 1998).

Então, pode-se dizer que as penas alternativas, enquanto modalidade punitiva, estão imbricadas com as crenças e estratégias para transformar valores societários em resultados. Assim, as penas alternativas têm uma razão instrumental voltada para o melhor controle social, não reconhecidas pelos seus "ativistas", na conservação dos padrões de longa duração segundo os quais a sociedade brasileira funciona como sociedade. Isso ajuda a entender como as penas alternativas foram incorporadas pela justiça criminal e pelo sistema penal, adaptando-as a uma estrutura de valores, resultado de conflitos sociais passados, para resolução dos problemas sociais contemporâneos.

Contudo, deve-se compreender a punição não somente como uma relação social coercitiva, mas também como uma interação social diádica de conflito e troca. A vida social implica o desenvolvimento de expectativas estáveis sobre o comportamento humano, que impõe custos, benefícios e perdas aos indivíduos. O conflito é estabelecido pela estrutura social que determina e atribui características a um indivíduo ou parcela da população e conforma as relações sociais segundo esses atributos. A relação de troca está baseada e depende dos interesses e significados sociais atribuídos à punição e também da causalidade da resposta penal. Nesse sentido, o processo social da punição implica retirar um valor positivo daquele que é punido e atribuir um valor negativo para a restauração do equilíbrio das relações sociais. Trata-se de uma transação bidirecional, algo precisa ser trocado, ganho ou perdido ou retornado.

Assim, pode-se afirmar que a agência punitiva das penas alternativas contribui para constituição e a afirmação das disposições sociais e culturais como uma ação política, que está voltada para internalização de normas que atendam à sociedade ou circunstâncias particulares a certos grupos sociais. Com isso, é pertinente assumir que punir envolve tanto a conservação quanto a subversão de um padrão social. A punição implica a especificação de relações sociais concretas, entre indivíduos e grupos sociais, no que diz respeito ao compartilhamento de valores e características de uma sociedade a fim de criar ou restringir sociabilidades da vida social. Assim sendo, punir é o exercício do controle social àqueles que não se comportam como exigido, não significando somente uma força opressora, mas também, de certa forma, uma força legitimadora de novos interesses, necessidades e direitos (CROTHERS, 2002).

Por exemplo, os apelos por dispositivos punitivos ao racismo, na década de 1980, que atendessem à realidade discriminatória e segregadora no Brasil lograram a sua criminalização – imprescritível e insuscetível de fiança. Porém, mesmo com a criminalização do racismo pela Lei 7.716/89, que tipificava condutas de discriminação ao acesso cujo escopo foi alterado pelas Leis 8.081/90, 8.882/94 e 9.459/97, os grupos sociais negros organizados queixam-se da falta de punição aos infratores. Então, pode-se dizer que essa "nova sensibilidade" toma o direito de punir como uma ação política na afirmação de interesses e direitos de determinados grupos sociais e, por meio do direito penal, a reivindicação da igualdade e respeito racial (SILVEIRA, 2007; SILVÉRIO, 2003; PIRES, 2013). Inclusive, para parte dos grupos organizados, as penas alternativas não seriam a apropriada resposta penal. Para Machado, Neris e Ferreira (2015, p. 88), embora as penas alternativas afirmem o ilícito penal e reprovem a conduta, a comunicação do ilícito e reprovação podem passar despercebidas "diante do senso comum punitivista compartilhado pela sociedade brasileira".

O exame da agência punitiva das penas alternativas permite um olhar sobre a variabilidade e mutabilidade das sociabilidades na vida social. Sociologicamente, são as disposições sociais, políticas e culturais que determinam o que punir e as formas de punir pela justiça criminal. Pelo conteúdo das normas jurídicas, pode-se compreender quais são os valores compartilhados e como as convenções normativas da vida social constituem-se em elementos da política criminal e penal. Com isso, é razoável dizer que a promulgação da Lei Maria da Penha seria uma resposta às mudanças nas disposições sociais e culturais de gênero no país. Na perspectiva durkheimiana, essas mudanças são promovidas e sustentadas por sentimentos e juízos morais na sociedade brasileira, ou "novas sensibilidades", que reafirmam e reforçam o direito penal como a objetivação do ultraje coletivo. Assim, a punição penal para homens que come-

tem violência de gênero representa uma conquista política de um determinado grupo social, que alcançou certa medida de equilíbrio com relação a interações sociais específicas. Assim, em termos sociológicos, a punição é uma agência com papel crucial, seja no reforço ou na subversão das relações sociais (MIETHE; LU, 2005; GARLAND, 1991).

Assim, é razoável dizer que a produção e a reprodução de uma ordem político-social pressupõem interesses, motivações e preferências de certas relações estruturais. Nesse sentido, a punição não somente expressa os padrões culturais da ordem, também atua como uma ferramenta cognitiva na internalização de valores-orientações na consecução de expectativas por relações sociais ideativas. É preciso destacar que as dimensões ideativas da sociedade podem se configurar como a conservação ou a transformação dos padrões culturais, assim os mecanismos de punição podem servir tanto como resposta à ordem político-social estabelecida quanto como reivindicações de grupos sociais sobre os efeitos estruturais a que são submetidos. Isso pode se aplicar à Lei Maria da Penha e à Lei 7.716/89, no Brasil, que definem a punição e os crimes resultantes da discriminação de raça ou cor e violência doméstica. Portanto, por meio de uma agência punitiva, procura-se subverter as condições culturais e os mecanismos estruturais que consagram a desigualdade e a diferenciação racial ou de gênero como institutos cognitivos caracterizantes da estrutura social.

Então, assume-se aqui a punição como um mecanismo de controle social tal como sustentado por Garland (2005) e Foucault (1987), uma forma de controle de comportamentos, e também como ação social orientada por certas disposições sociais e culturais a fim de manter a coesão social e fazer a gestão das relações sociais entre os indivíduos e grupos sociais.

Assim sendo, as penas alternativas configuram-se como um controle social que interage política e culturalmente com as complexas e recíprocas interações sociais, mediadas por interesses e conflitos entre grupos sociais. Nesse sentido, as "alternativas" são tomadas pela justiça criminal como uma correção, cuja principal distinção é a sua execução na comunidade por corpos burocráticos especializados.

De fato, a punição, a justiça criminal e o sistema penal podem ser compreendidos como funcionalidades para o controle social, cujo propósito mais amplo é configurar formas de comportamento e garantir os padrões de sociabilidade segundo os quais a sociedade funciona. Nesse sentido, assume-se o controle social como um sistema de restrições e regulações sobre os indivíduos. A decisão sobre quais regulações devem estar incluídas para garantir a sociabilidade pode mudar ao longo do tempo, pois depende dos recursos culturais e políticos das forças sociais para o alargamento ou restrição do controle pela autoridade legal.

3. O viés punitivo-correcional das penas alternativas

As penas alternativas, no cenário brasileiro, enquanto um projeto político engendrado por operadores da justiça criminal e o abolicionismo acadêmico, têm na superação da prisão a condição para a implosão do sistema penal e o surgimento de novos modos de resolução de conflitos. Para isso, a ação institucional das penas alternativas tem buscado demarcar interna e externamente para a justiça criminal o seu contorno como uma penalidade distinta e autônoma à prisão. As mensagens comunicadas pelas penas alternativas procuram informar novos significados às práticas penais, de maneira a quebrar com os padrões estabelecidos e expectativas convencionais sobre a punição. Portanto, as penas alternativas compreendem e representam um projeto político, dinâmicas, ideologias e percepções profissionais dentro e fora da justiça criminal, tudo isso imbricado na emergência e divulgação das alternativas à prisão como uma nova agência punitiva no país (GATRELL, 1994; MILLER, 2000; PRATT, 2000; GARLAND, 2005; MARQUES JÚNIOR, 2007; BARRETO, 2010; LEMGRUBER, 2002; ANDRADE, 2006; DMITRUK, 2006; BERDET, 2016a).

A combinação dos discursos de superação da prisão e a crítica ao sistema penal constitui-se como força político-discursiva das penas alternativas. Ainda, tal discurso destaca o controle penal como "a exteriorização de uma ordem simbólica marcadamente liberal" (PASTANA, 2007, p. 211) operada por um Estado Penal, tal como colocado por Wacquant[3] (2001a, 2001b). Contudo, a mudança penal preconizada pelas penas alternativas é comunicada por meio dos mesmos enunciados do discurso penal "liberal" das duas últimas décadas

3. A abordagem da expansão do controle penal provocada pelas transformações de um Estado de Bem-Estar para um Estado Penal, tal como proposto por Wacquant, mostra-se frágil no Brasil. As contribuições de Santos (1979) e Carvalho (2002) indicam que as instituições de poder no país originariamente tiveram a combinação da subserviência e da diferenciação social como estratégia de dominação, inclusive na determinação de políticas públicas. Com isso, o desenvolvimento da legislação social brasileira foi marcado por tímidos avanços, mais formais que fáticos, e por um longo período não se constituindo numa garantia real para a maioria da população. Temporalmente, pode-se tomar a década de 1960 para o estabelecimento do que podemos classificar como um Estado de bem-estar brasileiro fundado nos direitos sociais, com sua contínua expansão a partir da constituição de 1988. Então, atribuir ao "Estado Mínimo" a expansão do controle penal no Brasil contemporâneo não parece a abordagem mais adequada. A explicação mais plausível parece ser a ressonância global de uma onda punitivo-conservadora, presente hegemonicamente nos discursos populares e políticos (MELLOSI, 1993; GARLAND, 1990; FEELEY e SIMON, 1992; PASTANA, 2007).

do século XX nos países anglo-saxões do Atlântico Norte: a proteção da ordem pública combinada com o respeito aos direitos individuais, que os infratores devem assumir maior responsabilidade pelo seu comportamento; a ênfase na prevenção e apoio às vítimas da criminalidade; a percepção da comunidade como o cenário ideal para reabilitação com o desenvolvimento de ferramentas de acompanhamento e avaliação da execução penal (McARA, 2005).

De qualquer forma, as penas alternativas mobilizam forças sociais e políticas na disputa pela conservação ou mudança na cultura penal brasileira. E com isso, as motivações e interesses das penas alternativas convergem para produzir discursos jurídicos e políticos que reforçam suas práticas como um controle penal para o *"governo das pessoas"* (BERDET, 2016a, p. 337-339). Desse modo, as penas alternativas assumem uma função instrumental na (re)organização e legitimação do controle penal, mesmo que refutem discursivamente valores culturais e percepções políticas e sociais da punitividade (GARLAND, 2005; BERDET, 2016a).

Então, pode-se dizer que as penas alternativas se constituem numa faca de dois gumes. Por um lado, como uma força política que desafia a legitimidade da prisão como única escolha e, por outro, como uma (re)ação institucional da justiça criminal orientada para aumentar sua dimensão punitiva. As penas alternativas estão dentro do escopo de autoridade da justiça criminal e como um modelo correcional extramuros. Nesse sentido, a legitimidade das penas alternativas dentro da justiça criminal está condicionada a sua afirmação como correção, e também à legitimidade das instituições que aplicam a pena e da própria pena que impõe. Assim, o viés punitivo-correcional das penas alternativas é expresso pelo seu exercício como um direito e uma obrigação para punir conferido pela lei.

Portanto, as penas alternativas constituem-se como uma coerção legal e retributiva, cuja causalidade é a culpabilidade pelo cometimento de uma infração. Trata-se de uma correção penal que efetivamente inflige ao infrator algum grau de desconforto e submissão de sua vontade a uma autoridade legal. A legitimidade das penas alternativas dentro da justiça criminal repousa no seu reconhecimento como modalidade punitiva, que está acoplada à função da pena como a imposição de um ato político para a governança da população.

A concepção das penas alternativas como dispositivos penais a serviço do *governo das pessoas* – no sentido de uma regulação diretiva e normativa – compreende o infrator e o comportamento desviante como governáveis pelas e nas atividades da vida cotidiana, por meio de uma intervenção penal do Estado. As penas alternativas conservam a centralidade da punição como modo de

correção, seja pela ênfase na reabilitação, na prevenção ou como retribuição ao mal causado. E, apesar de suas invocações reabilitadoras, as penas alternativas conservam a intervenção penal como premissa para expiar o passado e evitar futuras infrações. Dentro dessa perspectiva, as penas alternativas tornam-se mais um mecanismo de controle penal, voltado para mudança de comportamento dos sujeitos e como regulação das situações do cotidiano e suas relações sociais. Por essa abordagem, a punição pelas penas alternativas é um meio de constranger as motivações – vontades ou vícios – de indivíduos e grupos sociais em nome de expectativas e responsabilidades enquanto membros da comunidade (GARLAND, 1985; SIMON, 1997; FOUCAULT, 1987; SHEARING, 2001).

É razoável afirmar que as penas alternativas expressam um modo punição que não se desprende de uma ética neoconservadora, tal como colocado por Wacquant (2001a, 2001b), uma vez que seletivamente associam as infrações de menor potencial ofensivo com populações consideradas "de risco". Ainda, precisa ser destacado o importante papel da responsabilidade individual atribuído ao infrator. Apesar do caráter progressista das penas alternativas como medidas penais, é preciso reconhecer que sua perspectiva reabilitadora tem ênfase na responsabilidade individual do infrator e da família no cumprimento da pena e conserva o caráter retributivo da punição. As penas alternativas não se descolam da referência aos princípios correcionais do regime prisional, embora esses sejam redimensionados por meio de tecnologias de disciplina e controle extramuros. Com isso, pode-se dizer que as penas alternativas de certa maneira promovem a afirmação do pressuposto "neoliberal" de preencher vácuos sociais e políticos deixados pelo Estado (COHEN, 1985; GARLAND, 1996, 1997).

Para compreensão das penas alternativas como uma construção político-penal, é preciso reconhecer a punição como elemento central na sua constituição como resposta penal e nos seus apelos argumentativos. A punição não deixa de ser referida como retribuição ao mal causado. No entanto, a ênfase é conferida ao papel dissuasivo da punição para prevenção do crime, combinado com o apoio incondicional de programas sociais. Contudo, a gestão dos referidos programas sociais é atravessada pela lógica do "cumprimento da pena" (BERDET, 2016a, p. 343-345), ou seja, uma orientação punitivo-correcional toma o espaço de pressupostos reabilitadores. A exigência do cumprimento da pena justifica o controle penal dos cumpridores de penas alternativas. Nesse sentido, a punição pelas penas alternativas, seja como controle da criminalidade ou controle social, deve ser entendida como uma prática política contínua e efetiva de *governo das pessoas*. Com isso, as penas alternativas configuram-se

como uma resposta atuarial-gerencial ao crime e aos problemas de ordem pública, sustentada por uma abordagem de custo-benefício. Trata-se de um modo pragmático de governança do Estado a partir de uma perspectiva progressista, em vez do temor da punição, destaca-se uma ação estatal reguladora e intervencionista para resolução de problemas sociais e melhora das condições sociais de indivíduos e grupos sociais (FEELEY; SIMON, 1992; GARLAND, 2005; BARKER, 2006).

As penas alternativas são apresentadas como uma política penal efetivamente reabilitadora, cujo viés e retórica punitivo-correcional são traduzidos e rearranjados por meio de ações terapêuticas e pelo princípio da manutenção do vínculo com a comunidade. Assim, as penas alternativas seriam uma expressão da reinvenção da reabilitação no sistema penal contemporâneo, que, segundo Robinson (2008, p. 430), é marcada por uma narrativa "utilitária, gerencial e expressiva".

A dimensão *utilitarista* das penas alternativas está na noção de que a reabilitação do infrator atende aos interesses coletivos da sociedade – comunidade e potenciais vitimas – e é responsabilidade do Estado na intenção de reduzir os efeitos estigmatizantes da punição. Assim, na execução das penas alternativas, a reabilitação é tomada como uma ação defensiva – prevenção – cujo objetivo penal é a gestão e o controle do infrator, classificado como "menor potencial ofensivo", do qual a custódia é desnecessária ou financeiramente cara. O *gerencialismo* serve para classificar os infratores em grupos, de acordo com seus perfis para aplicação das intervenções, a reabilitação é um meio efetivo de gestão e não somente um fim. Finalmente, as penas alternativas *expressam* a responsabilização e a condenação moral do infrator pelo mal causado, e o papel da punição mesmo que reabilitadora na comunicação, transmissão e reforço das normas de convivência para vida social (FEELEY; SIMON, 1992; GARLAND, 1985, 1990, 2005; ROBINSON, 2008).

Portanto, pode-se argumentar que as penas alternativas não representam uma política integralmente contrapunitiva. Embora a reabilitação tenha papel instrumental na racionalidade e legitimidade punitiva das penas alternativas, é como resposta penal que elas se afirmam na justiça criminal. Isso acaba criando uma identidade dual, isto é, a inclusão social, o reconhecimento e a garantia da cidadania necessariamente passariam pela aplicação de uma pena, pela execução de intervenções penais e pela operação de programas e serviços correcionais. As penas alternativas são sanções e intervenções penais executadas por meio de uma abordagem reabilitadora, porém a sua legitimidade dentro da justiça criminal é construída por uma aliança discursiva que combina punição e uma *nova gramática de inclusão social*.

4. O governo das pessoas: a normalização de indivíduos e grupos sociais pela punição

Os estudos de Berdet (2016a, 2016b) mostram as penas alternativas como catalizadoras do gerencialismo, no âmbito do direito penal, pelo desenvolvimento de formas atuariais de controle penal. Tomando como exemplo a execução da prestação de serviço à comunidade, os valores e objetivos buscados pelas penas alternativas no âmbito da justiça criminal são; a provisão de programas e serviços, uma proporcionalidade retributiva, o cumprimento da pena e a proteção da ordem pública. Para Fionda (2000, p. 110), "no final do século XX a racionalidade do sistema de justiça criminal como um todo é transformada por princípios 'gerencialistas'", um esmorecimento de uma abordagem exclusivamente custodial da punição para o surgimento de uma abordagem terapêutica de longo prazo. E é a execução penal na comunidade o símbolo de tal mudança, percebida como o espaço social do compromisso, da responsabilidade, da cidadania, da imposição de limites e reabilitação do infrator. Nesse contexto, a punição pelas penas alternativas é uma espécie de ação correcional-terapêutica, ao mesmo tempo em que reabilita, também preserva a ordem legal e a autoridade em que a justiça criminal está fundada.

Assim, enquanto uma modalidade punitiva executada no âmbito da justiça criminal, as penas alternativas podem ser caracterizadas pela sua dualidade, como uma prática punitiva e também como ações terapêuticas com propósito de reformar e garantir a cidadania do infrator. Por um lado, é a imposição de uma merecida punição a fim de garantir a regularidade e a coerência do direito penal como tal, compreendido como uma instituição que universaliza os valores de certa sociedade. Contudo, a ausência de direitos de parcela da população impede o apropriado uso da punição como reabilitação. Então, por outro lado, as penas alternativas buscam constituir-se como uma forma de inclusão social pela oferta de programas sociais e serviços terapêuticos que, objetiva e subjetivamente, comunicam que é preciso ser punido para ter a cidadania reconhecida e a garantia dos direitos fundamentais assegurada.

A punição é o motor, e o sistema penal é o espaço institucional e veículo para ações voltadas para inclusão social. Objetivamente, trata-se de uma maneira de lidar legalmente com os conflitos e promover a inclusão social das pessoas – os infratores –, por meio de serviços e programas, e garantir sua obediência pela judicialização, intervenção penal e controle das suas relações sociais. Nesse sentido, é razoável afirmar que as penas alternativas constituem-se numa forma de governança dos indivíduos e grupos sociais ao nível das relações interpessoais. A aplicação da punição, em termos retributivistas,

continua a ser prioridade, só que por um rearranjo que destaca a prevenção e a reabilitação como maneiras de evitar os conflitos. A mensagem é simples, valores sociais e fronteiras morais devem ser respeitados, e a sociedade responderá ao comportamento considerado problemático, inadequado ou ameaçador (SIMON, 1997; PASTANA, 2007; COHEN, 1985).

Na consecução do seu projeto de inclusão social, as penas alternativas adotam uma abordagem disciplinar e de controle para alcançar a reabilitação, um modelo de tratamento penal a favor da mudança comportamental. Esse modelo comportamental já foi analisado por Cohen (1985, p. 144-151) e compreendido como um esforço técnico e prático de reabilitação apresentado como "economicamente viável, intenso e administrativamente eficiente" para conformar os cidadãos no "exercício de suas funções". Nesse processo, novos espaços de governança são criados e novas pessoas e grupos sociais necessitam ser governados, enfim, um novo e expandido aparato de controle social para gestão da pobreza, dos disfuncionais ou desajustados.

Para o maior alcance das intervenções cognitivo-comportamentais, o infrator deve ser um agente ativo – responsável – a fim de se beneficiar do "tratamento terapêutico". Além disso, essas intervenções procuram envolver os infratores não apenas como sujeitos ativos, mas também como sujeitos morais com a capacidade para reavaliar suas infrações e de fazer escolhas pró-sociais. Nesse sentido, a pena atua como uma persuasão imperativa, pois comunica a censura, enquadra o infrator dentro dos serviços e programas correcional-terapêuticos e o incentiva a pensar responsavelmente. Assim, as penas alternativas se constituem numa forma de *governo das pessoas* e grupos sociais, ressonando o discurso "neoliberal" que enfatiza a responsabilidade pessoal pela infração. A responsabilização é a resposta esperada do infrator e uma estratégia penal para manter a ordem e a obediência à lei.

A premissa da responsabilização do infrator é operacionalizada e sustentada nas penas alternativas como uma estratégia de intervenção e controle da criminalidade, que visa incentivar os infratores a assumir as suas próprias responsabilidades e tomar atitudes positivas na comunidade. Ainda, coloca-se ao infrator a responsabilidade de administrar as situações crimonógenas que porventura possa experienciar. Assim, enquanto um mecanismo de controle penal, as penas alternativas *governam* a distância, no espaço da comunidade diferentemente da prisão. O infrator é o problema, maior que a infração, pela sua disfuncionalidade com relação aos valores sociais e morais de convivência social. O controle penal das penas alternativas tem como um pressuposto a ideia de intervenções cognitivo-comportamentais na comunidade, porém conservando uma supervisão do infrator por uma abordagem correcional que en-

fatiza a observância de certas regras para o cumprimento da pena (GARLAND, 1996, 2005; BERDET, 2016a).

Portanto, as penas alternativas, mesmo que representem a adição ao sistema penal de um repertório de medidas penais inovadoras, são instituídas como punição, controle e disciplina, e orientadas por um modelo de autorregulação do comportamento. Dessa forma, as penas alternativas encontram-se num movimento contraditório, apesar de preconizar a despenalização de condutas somam-se a discursos morais de punibilidade e correção. A direção tomada pelas penas alternativas deve ser compreendida como uma amarração da obra penal modernista – regimes e temporalidades do modelo prisional-correcional – como uma resposta política à inclusão daqueles permanentemente excluídos, de uma forma ou outra, e para quem a correção pode ser considerada útil (FEELEY; SIMON, 1994; O'MALLEY, 1992).

Dessa forma, as penas alternativas como modalidade punitiva e imposição da lei, além de controlar o crime, também servem para regular as relações sociais, familiares e comunicar uma moralidade. Além disso, as penas alternativas não descartam o princípio da prevenção do crime com um elemento fundador e substantivo da sua natureza, pois elas organizam, impõem, proíbem, regulam e punem em nome da defesa social. O princípio da prevenção é operado pela perspectiva da contramotivação da infração e, ainda, como uma ressignificação sociopsicológica da infração ou desvio por aquele que o cometeu. A ideia de prevenção passa pela função da pena para um resultado futuro, para a coletividade e para o indivíduo. Como uma política penal, as penas alternativas comportam valores de liberdade e medo da punição, de prevenção e reabilitação e de proteção da sociedade sem desconsiderar as necessidades daquele que descumpriu a lei (HAYES, 1994; DURKHEIM, 1999[1893]).

Pode-se assumir que as penas alternativas, pela prevenção e reabilitação, promovem o *governo das pessoas*. Por meio da extensão do controle penal à comunidade – vigilância e disciplina –, o Estado reforça suas ações de regulação e "normalização"[4] de condutas e relações sociais. A centralidade da intervenção penal recai sobre os infratores, de certa maneira replicando o paradigma prisional em diagnosticar, tratar e disciplinar. Assim, as penas alternativas não

4. A ideia de "normalização" usada neste estudo remete ao termo formulado por Foucault (1987) como uma forma idealizada de conduta ou comportamento, promovida e sustentada por tecnologias de disciplina e vigilância. Para Foucault, a punição como o exercício do controle social é compreendida como um processo social que inculca formas de pensar e disposições sociais nos indivíduos, assim, estruturando e organizando as interações sociais no cotidiano das pessoas.

deixam de proceder a um exame ritual no qual um infrator é comparado com os outros, culminando na objetivação e submissão do sujeito. O pressuposto subjacente é de que a violação da lei é o resultado de más escolhas por indivíduos falhos que precisam ser (re)educados, tratados, treinados, qualificados e, inclusive, coagidos a uma melhor gestão de suas vidas (GARLAND, 1990; FOUCAULT, 1987; PATERNEK, 1987).

Assim, é razoável dizer que a abordagem preventivo-reabilitadora das penas alternativas transforma a comunidade numa espécie de "instituição penal". É pela interação do infrator com a comunidade que a pena alternativa – particularmente, a prestação de serviço à comunidade – é "ativada" enquanto resposta e medida penal. E a responsabilização e a "normalização" do infrator são um processo de interação social orientado por uma abordagem correcional-comportamental. A comunidade é concebida como um ambiente rico em oportunidades interacionais que impulsionariam uma efetiva mudança do comportamento do infrator pelo exercício do controle social informal reforçado por um controle penal. A percepção do infrator, como um agente racional e individualizado, e a presunção da sua responsabilização, como potencializadores da autorregulação do seu comportamento, aproximam as penas alternativas dos valores "neoliberais" que o abolicionismo denuncia. Ainda, reforça o uso do controle penal como um mecanismo para o *governo das pessoas* (HORNE, 2000; HERBERT; BROWN, 2006).

O "controle na comunidade" (COHEN, 1979, p. 343), enquanto uma intensiva intervenção por meio de programas e serviços, objetivamente, se constitui na execução penal das penas alternativas a partir dos pressupostos da dissuasão, prevenção e reabilitação. A presunção é de que as penas alternativas, enquanto um modelo penal extramuros que contém o envolvimento da família, escola, amigos e vizinhos, ofereçam mais oportunidades para "normalização" dos infratores. O sentido de "normalizar" está em aumentar o grau de controle social – e autorregulação – sobre o infrator pela sua inclusão societária e, consequentemente, mais situações interativas com organizações do Estado e sociedade civil. Ainda, as penas alternativas presumem que, por meio de sua dissuasão punitiva e uma abordagem reabilitadora, os infratores serão "normalizados" pelo controle de parte do seu tempo pessoal e pela vigilância – a distância – das relações e interações sociais – nos espaços comunitários de cumprimento da pena (GRAY, 2007).

Então, é razoável assumir o modelo penal extramuros das penas alternativas como uma tecnologia que promove e testa o comportamento responsável, concebido para motivar os cumpridores a adotar um comportamento dentro dos limites socialmente aceitáveis. E o atendimento psicossocial do cumpridor é

um híbrido do diagnóstico e da avaliação dos riscos e necessidades do cumpridor, portanto, ainda parte de uma lógica correcional. Um aspecto importante do atendimento psicossocial está no fato de que é uma forma de "normatizar", identificar e controlar as fontes de risco que possam produzir um comportamento infrator. O atendimento tem como propósito a responsabilização do cumpridor que não se baseia exclusivamente nas ideias de causa ou de culpa, mas na motivação em valores sociais e psicológicos relacionados ao indivíduo: iniciativa pessoal, participação individual. A tecnologia disciplinar não é mais uma anatomia política do corpo, mas o imperativo para uma autonomia, cujo pressuposto é o compartilhamento dos objetivos dos programas e especialistas (O'MALLEY, 1992, 1996; BERDET; SILVA, 2011; BERDET, 2013).

Na operação das penas alternativas como uma execução penal reabilitadora e uma espécie de contenção preventiva, as intervenções penais são anunciadas como uma tecnologia que promove ou inculca habilidades cognitivas e comportamentais necessárias para inclusão social do infrator. Apesar do significado positivo atribuído à punição pelas penas alternativas, como uma política de "inclusão pela reabilitação penal", permanece uma assimetria entre as suas inferências políticas e sociais. Pois, a punição é conservada como força propulsora de um modelo correcional para mudança de comportamento e "normalização" dos infratores.

Considerando as penas alternativas como uma tecnologia de controle penal com o propósito de "normalização" de infratores e desviantes, elas tornam-se um mecanismo de controle social que busca promover a conformidade das pessoas. Nesse sentido, as penas alternativas atuam como um agente do controle social na promoção do "bom comportamento", alcançado pela presunção da certeza dos efeitos dissuasivos da punição, em caso de violação da lei. Dessa forma, como um mecanismo de controle social, as penas alternativas se valem de três dispositivos inibidores do comportamento infracional ou desviante: a internalização das normas sociais de convivência – "normalização" –, a interação social na comunidade como um controle informal e a punição legal – a imperatividade do cumprimento da pena.

Portanto, pode-se assumir as penas alternativas como uma tecnologia de controle penal para inibição dos comportamentos classificados como infracional ou desviante, uma tecnologia de *governo das pessoas* pela internalização de normas sociais que, mais do que regular, agem no sentido de constituir a vida social. Nesse sentido, pode-se compreender a "normalização" dos infratores como o comprometimento moral para com as normas sociais de convivência, que são comunicadas na aplicação da lei. A "normalização" é operada no atendimento e acompanhamento psicossocial das penas alternativas, que, por meio

de intervenções cognitivo-comportamentais, informam as ações de conformidade esperadas dos infratores. Trata-se de um *governo das pessoas* cuja função é normatizar, organizar, gerenciar e controlar o comportamento individualizado do infrator, conformando-o ao do corpo social em geral.

Apesar da sua abordagem reabilitadora e ênfase na inclusão social para a resolução de conflitos, as penas alternativas ainda têm o controle penal como seu propósito primordial. Sua execução como uma tecnologia penal extramuros, de disciplina e vigilância sobre indivíduos e grupos sociais, ganha um território mais amplo – a comunidade – e não apenas o espaço social dos gabinetes. O controle penal das penas alternativas é distinto do modelo prisional, pois não age somente sobre o corpo e mente do infrator, mas também sobre o ambiente social. As penas alternativas buscam tomar para si a função, as formas de poder, o objetivo do encarceramento, os mecanismos de vigilância e controle, e a ressocialização. O que pertencia exclusivamente à prisão hoje é transmutado em favor de tecnologia penal aplicada na comunidade.

Foucault (2009, p. 18) argumenta que as "alternativas" são variações do poder punitivo, pois têm os fundamentos e os procedimentos pensados a partir do encarceramento como punição moderna; a exigência da aplicação da lei quando alguém comete uma infração, o controle sobre o indivíduo e sua vigilância, o trabalho como ressocialização e a prescrição de esquemas comportamentais. Assim, as penas alternativas seriam "formas de repetição da prisão, formas de difusão da prisão, e não a sua substituição".

Portanto, pode-se assumir as penas alternativas como uma política penal que responde à violação da lei, por consequência punitiva, e voltada para a regulação e o controle social de condutas e comportamentos. O funcionamento das penas alternativas dentro da justiça criminal atribui a elas uma funcionalidade penal que serve para conservação da ordem legal e como gestão e controle de uma população espacialmente dispersa na comunidade. É dessa maneira que as penas alternativas reproduzem as funções da prisão sem os impedimentos políticos ou filosóficos abolicionistas.

5. Considerações finais: a construção político-social do significado da punição nas penas alternativas

A contraposição ao encarceramento pelas alternativas à prisão mostra-se efetivamente como uma ação política para consolidação das penas alternativas na justiça criminal, e como resultado adverso temos sua expansão enquanto prática punitiva no sistema penal. Portanto, a afirmação política das penas alternativas oscila entre o abolicionismo penal ou redução do uso da prisão.

Assim, há várias questões inter-relacionadas a respeito das penas alternativas que o projeto político-penal das "alternativas" não aborda diretamente ou suficientemente. Se a pena substitutiva à prisão permanece no âmbito da justiça criminal e no domínio do direito penal, como lutar contra o controle penal que exerce? O objetivo seria extinguir toda e qualquer coerção punitiva no ordenamento da vida social? Ou em alguns casos – além dos crimes contra vida – a punição é uma medida útil? Deste modo, tratar-se-ia de um abolicionismo penal ou abolição da prisão? O que distinguiria substantivamente as penas alternativas, enquanto modalidade punitiva, da prisão? Com essa linha de perguntas a intenção é mapear os parâmetros e embates na construção social do significado da punição nas penas alternativas. Enfim, o que está em jogo na utilização das penas alternativas como uma estratégia, para o movimento e para os ativistas abolicionistas, são suas percepções sobre a punição, seus custos e/ou benefícios.

A discussão sobre o uso das penas alternativas no sistema penal brasileiro tem sido conduzida com relação aos altos níveis de encarceramento e o esgotamento do sistema prisional, e assim, invocando-as como a melhor ferramenta penal para reduzir a população carcerária no Brasil. No entanto, a prisão permanece como a sanção penal mais aplicada para a maioria dos infratores no sistema de justiça criminal. Dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Cidadania (DEPEN/MJC) informam que em dezembro de 2003 a população prisional brasileira era de 240.203 presos e, em dezembro de 2014 era de 622.202[5] (Brasil, 2014). Ainda, segundo o DEPEN/MJC, em 2002 havia 30 estruturas para execução de penas alternativas no país – entre varas, centrais ou núcleos para acompanhamento e monitoramento – com a aplicação de 21.560 penas; no ano de 2009, o número de estruturas saltou para 409 acompanhado da aplicação de 126.273 penas.[6] Com isso, pode-se perceber que as penas alternativas não alcançaram êxito na superação da prisão.

Mesmo o estabelecimento de uma política nacional para fomentar as penas alternativas, por meio de programas e serviços criados pela Central Nacional

5. Foram considerados somente aqueles dentro do sistema prisional, não foram incluídos aqueles em cadeias públicas ou delegacias.

6. Aqui foram computadas somente as "penas", desconsiderando as "medidas" alternativas. O número total de "penas e medidas alternativas", em 2002, foi de 102.404 e, em 2009, foi de 671.078. Deve-se destacar que o quadro informativo sobre o número de estruturas de execução e o número das penas e medidas alternativas aplicadas no país não encontra-se mais disponível no website do MJC, assim, não foi possível a atualização dos dados.

de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (Cenapa), e posteriormente a Coordenação-Geral de Fomento às Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), com recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), não alcançou o objetivo proclamado – a redução da população carcerária. De acordo com os registros do FUNPEN, as penas alternativas são financiadas desde 1997, o que permitiu o funcionamento de uma estrutura mínima em vários estados, a fim de garantir o cumprimento da sua execução. Em 2008, dentre os convênios financiados pela CGPMA 40% foram com Defensorias Públicas para a implantação de serviços especializados a prisão provisória, como uma estratégia para reduzir a superlotação carcerária. Em 2014 o número de presos provisórios (249.668) representava 40% da população carcerária.

Assim, os críticos das penas alternativas argumentam que elas não oferecem quaisquer soluções ao encarceramento em massa. Comumente, a crítica mais ouvida é a indagação a respeito de quais respostas não punitivas poderiam restaurar a harmonia e promover a defesa social quando uma infração é cometida. Inclusive, abolicionistas penais (CARVALHO, 2010; KARAM, 2004, 2006) têm apontado que as alternativas ao encarceramento não funcionam realmente como um sistema autônomo de justiça, mas como exercício e alargamento do direito de punir. Embora as pessoas não sejam enviadas para prisões, estão agora sob o domínio de novos sistemas de controle que reproduzem em termos de classe a prisão. Assim, as "alternativas" permanecem como respostas punitivas discriminatórias e coercitivas.

Portanto, as penas alternativas não promoveram a despenalização de condutas e a superação do sistema penal como o principal mecanismo para resolução de conflitos. E como prática punitiva as penas alternativas não substituíram a prisão. Uma presunção é que as penas alternativas não seriam consideradas uma pena clara e inequívoca como a prisão, seja pela sociedade e/ou por parte da justiça criminal. Em documento produzido pelo Grupo de Trabalho de Apoio às Alternativas Penais[7] – CGPMA/DEPEN/MJ –, é destacado o enfrentamento da cultura do encarceramento como estratégia para fundar e implementar as "alternativas penais" como novas práticas de justiça, sem significar a ampliação do controle penal.

Outra presunção seria que o significado positivo atribuído à punição pelas "alternativas penais" na promoção e garantia de direitos não seria compreendi-

7. "O Grupo de Trabalho de Apoio às Alternativas Penais foi instituído em 10 de junho de 2011 pela Portaria DEPEN no 226, tendo por objetivo reunir especialistas na temática de alternativas penais para auxiliar o debate e o desenho da política pela Coordenadoria Geral de Penas e Medidas Alternativas – CGPMA/DEPEN/MJ." (Brasil, 2013).

do como uma efetiva punição ou a negação das condutas infracionais. Mesmo considerando que as "alternativas penais" não se autorreferem como práticas punitivas ou mesmo usem a palavra punição. No documento produzido pelo Grupo de Trabalho de Apoio às Alternativas Penais (Brasil, 2013, p. 8), as "alternativas penais" são apresentadas como uma "política de Segurança Pública e de Justiça, que busca promover a qualidade de vida de todos os cidadãos e que, além de ser dever do Estado, é também responsabilidade de todos e deve ser pensada e consolidada em conjunto com a sociedade civil".[8]

Embora as "alternativas penais" não façam nenhuma referência à punição, elas delimitam a sua ação no âmbito da justiça criminal e no escopo do sistema penal, na medida em que abrangem desde a justiça restaurativa às penas alternativas.[9] Ainda, a sua proposta de intervenção não privativa de liberdade deve ocorrer "*a partir do momento da existência da infração penal*", com o propósito da prevenção criminal e a reconstrução das relações sociais. Trata-se de uma "*responsabilização do autor da infração penal com liberdade*", como um dispositivo penal que privilegia a "*autodeterminação*" e o diálogo entre o Estado, o infrator e a comunidade. As "alternativas penais" apresentam-se como uma política pública para além da execução penal, porém não deixam de se autorreferenciar como uma intervenção penal. Trata-se de uma intervenção penal com a expectativa de efeitos positivos na realidade de indivíduos e grupos sociais, "ainda que desnecessária a condenação criminal". Com isso é razoável dizer que as "alternativas penais" têm como objetivo a abolição da prisão e não do sistema penal (Brasil, 2013).

Entre a obrigação legal de aplicar a lei e a sua pretensão enquanto uma política social inclusiva, a mais visível mudança provocada pelas "alternativas", no cenário penológico brasileiro, é a distinção e de alguma maneira a hierar-

8. Em documento anterior a CGPMA refere-se a uma "política criminal alternativa à prisão é uma política de Segurança Pública e de Justiça entendida como *política social*, que garanta em primeiro lugar a qualidade de vida de todos os cidadãos e que, além de ser dever do Estado, é também responsabilidade de todos e deve ser pensada e consolidada em conjunto com a sociedade civil." (Brasil, 2012, grifo nosso).

9. "a) os mecanismos extrajudiciais ou informais de intervenção existentes para enfrentar uma infração penal, como a mediação e a justiça restaurativa; b) conciliações, mediações e programas de justiça restaurativa realizados por meio dos órgãos do sistema de justiça; c) medidas cautelares diversas da prisão, exceto a prevista no inciso IX do artigo 319, do Código de Processo Penal Brasileiro; d) medidas protetivas de urgência; e) transações penais; f) suspensões condicionais do processo; g) condenações criminais em que a pena é suspensa ou substituída por restritivas de direito" (Brasil, 2012).

quização das infrações e dos infratores pelo dispositivo do "menor potencial ofensivo". O que suscita uma discussão latente sobre o significado da punição, sua utilidade e seu apropriado grau de severidade. Com isso, é justo assumir que o significado positivo atribuído à punição pelas "alternativas", reabilitação e inclusão social, não representaria uma visão hegemônica dentro da justiça criminal. Institucionalmente, a execução das penas alternativas é comunicada como uma modalidade punitiva e substitutiva à prisão e, ainda, à manifestação da lei. Assim, autorizada para suceder a prisão como medida penal. Dessa forma, as penas alternativas são pragmaticamente tomadas pela justiça criminal como um adendo ao sistema penal e uma tentativa para aliviar a superpopulação carcerária e sem o aumento das despesas públicas. E ao mesmo tempo promove e garante a obediência à autoridade legal.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a construção político-social das penas alternativas dentro da justiça criminal está orientada para punição. As penas alternativas, diferentemente das expectativas de um incubado projeto político abolicionista, não se desprendem do domínio da punição como elemento normativo e fundador da justiça criminal. No entanto, a construção político-social das penas alternativas não deve ser compreendida como uma unidade monolítica quanto aos propósitos e filosofias atribuídas a punição. Pelo contrário, o desenvolvimento das penas alternativas tem sido marcado pela dualidade dos significados que anuncia e comunica; comunidade e prisão, retribuição e reabilitação, inclusão ou estigma, expiação ou oportunidade, punição ou política pública.

Assim, são essas dualidades que constituem as penas alternativas e precisam ser entendidas como heranças – e características – do projeto político-penal abolicionista, e que permanecem presentes na sua execução enquanto uma tecnologia de controle penal pela e na justiça criminal. Nesse sentido, as penas alternativas são construídas socialmente pela interação entre os seus dissonantes significados e institucionalmente como uma resposta penal. Em outras palavras, a execução das penas alternativas pela justiça criminal não implica na persecução do pressuposto abolicionista de superação da prisão, mas sim na adesão legal e organizacional das "alternativas" como punição e intervenção penal.

A construção político-social das penas alternativas está estreitamente relacionada à ideia de punição, seja como dissuasão ou reabilitação, como parte da argumentação a favor ou contra a distinção entre as "alternativas" e a prisão. Parte dos operadores da justiça criminal tende a considerar as penas alternativas mais como reparações ou benefícios do que como punição, uma vez que essas não se constituiriam como efetiva prevenção. A outra parte entende as

penas alternativas como uma forma diferente de punir, uma pena que deve ser aceita em vez de imposta (MARTIN; MEYVIS, 1997).

Portanto, as penas alternativas constituem-se e avançam nos domínios da justiça criminal e sistema penal pela aderência a uma orientação punitiva, e que não se desprendem das disposições da matriz punitiva brasileira. Em outras palavras, as penas alternativas reproduzem por meio de considerações avaliativas e qualificativas acerca de indivíduos e grupos sociais as disposições sociais e culturais que marcam a sociedade brasileira. Assim, a construção político-social das penas alternativas é atravessada por um paradoxo: por um lado, é o exercício da punição pela autoridade legal; por outro lado, é uma oportunidade de inclusão social e resgate da cidadania dos infratores. De fato, as penas alternativas aumentam o número de indivíduos ou grupos sociais cujo comportamento é regulado e controlado pelo Estado, e transferem a autoridade e competência da intervenção estatal para a comunidade. Ainda, o seu descumprimento tem como resultado a prisão. Dessa forma, pode-se assumir as penas alternativas como uma resposta punitiva-correcional que política e culturalmente assume a função de coadjuvante do sistema prisional pela aplicação compulsória da lei e como recurso jurídico-legal no alargamento do controle social.

Toda a convivência social exige alguma forma de controle social que reflete a eficácia do processo de socialização com respeito aos padrões dominantes de uma cultura. O desafio está no fato de que as pessoas muitas vezes recebem mensagens concorrentes sobre como se comportar. E o problema está quando o controle social é exercido de cima para baixo, de caráter repressivo, dominador e estritamente punitivo. E estas são características específicas do controle penal, veículo de transmissão da natureza de determinada ordem político-social. A execução das penas alternativas não deixa de expressar a ordem político-social brasileira, conservando a função de distinguir e dirigir interações sociais marcadas pela desigualdade e hierarquia social entre indivíduos e grupos sociais. Então, este é o desafio colocado ao projeto político das "alternativas", atuar como um controle social a fim de garantir uma sociedade de direitos e obrigações para o benefício de todos usando como ferramenta o controle penal. Assim, pode-se afirmar que as penas alternativas, política e culturalmente, disputam os significados e os propósitos da punição dentro da justiça criminal. Dessa forma, a tarefa política das "alternativas" é encontrar um ponto de equilíbrio, político e institucional, sobre qual o significado da punição lhes é atribuído.

Como argumentado anteriormente, o curso da construção político-social das penas alternativas é guiado por uma orientação punitiva-correcional, e que

mantém a prisão como medida de parametrização. Assim sendo, pode-se inferir que as "alternativas" assumem a punição como um *continuum* e, assim, certa medida de punição pode ser substituída por outra. Nesse sentido, os seus pressupostos abolicionistas são dirimidos a favor de uma intervenção penal voltada para gestão do infrator e o cumprimento da pena. Assim, deve ser reforçado que o significado da punição na execução das penas alternativas balança pendularmente: de um lado está a retribuição e a dissuasão; e do outro, a reabilitação. Penologicamente, o pêndulo do modelo reabilitador das "alternativas" sensivelmente balança a favor do caráter dissuasivo e corretivo atribuído a pena. Embora as penas alternativas não assumam a sua abordagem correcional, elas presumem que a reabilitação seja uma contingência da punição pelo efetivo cumprimento da pena (STEINER, 2005).

Então, após mais de uma década de expansão, é razoável afirmar que as penas alternativas não conseguiram comunicar com clareza seu significado para punição e suas funções penológicas. Isto é, o equilíbrio entre as diferenças qualitativas e quantitativas – grau de severidade – para apropriada punição de um ato particular. Dentro de um contexto mais geral, as penas alternativas não se mostraram capazes de transformar a teia de relações sociais e significados culturais atribuídos a punição na sociedade brasileira. Isso pode ser atribuído à ausência de legitimidade das penas alternativas tanto no campo penal quanto na sociedade, pois faltariam componentes simbólicos para o reconhecimento das "alternativas" como uma punição aceitável e justa. Assim, o significado da punição pelas penas alternativas, se entendidas como apropriadas, deve ter um valor na sociedade recíproco à "medida" de sua punitividade. Também, deve-se destacar que a execução das penas alternativas deixa turva a distinção entre infrações e situações-problema[10] (GARLAND, 1990; PIRÈS, 2006; ANDRADE, 2006; DOOB; MARINOS, 1995).

Dessa forma, é razoável dizer que para as penas alternativas alcançarem maior legitimidade na sociedade e justiça criminal depende, basicamente, de comunicar com clareza sua função penológica; simplesmente uma escolha

10. O relatório final da pesquisa *Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), oferece um exemplo ilustrativo do que pode ser definido como situação-problema. Um problema familiar, dívida entre o acusado e a cunhada, uma situação para esfera cível acaba sendo para esfera criminal. "Cansado de cobrar sem receber a dívida, o acusado resolveu ir até a casa da cunhada para pegar um objeto de valor que pagasse a dívida. Quando tirava a TV da tomada, tropeçou e caiu, quebrando a TV, conduta apontada como crime de 'dano' quando da lavratura do Boletim de Ocorrência (BO), dando ensejo ao processo." (Brasil, 2015, p. 24).

para evitar o uso da prisão ou constituir-se num controle penal a partir de uma visão atomista da proteção da sociedade e da afirmação das normas sociais. Resumidamente, pode-se afirmar que a legitimidade, seja institucional ou social, das penas alternativas necessariamente passa pela significação da punição que impõem. Para isso as penas alternativas, enquanto uma "instituição social", precisam superar a dual e inquieta relação entre punição e a promoção de direitos comunicada pela e na sua execução penal. Ou seja, é punindo que garantimos direitos fundamentais e cidadania às pessoas? Considerando as penas alternativas como uma *nova gramática de inclusão social,* a compensação cívica e a busca de valores igualitários, inclusivos e de bem-estar justificariam a punição. Portanto, a legitimidade das penas alternativas inevitavelmente está imbricada com o seu reconhecimento como uma medida penal e punitiva, que em vez de contrapor o sistema penal promove o seu alargamento. Assim, para amplificar e consolidar a sua execução, as penas alternativas precisariam negar seu pressuposto abolicionista penal, e assumir-se como um abolicionismo restrito a superação da prisão.

Trata-se de atribuir uma validade cognitiva aos significados objetivos da punição nas penas alternativas, isto é, a punição é promotora de imperativos práticos e normativos que definem ações "aceitáveis" e ações "não aceitáveis". As penas alternativas não deixam de usar a punição para comunicar as coisas como são ou como deveriam ser. Ainda, apesar de sua abordagem reabilitadora, o significado da pena está em conformar o comportamento humano objetivamente e subjetivamente em acordo com a ordem político-social. Entre abolicionismos e minimalismos, as penas alternativas tornaram-se para a justiça criminal uma adequada solução em tempos de encarceramento em massa.

Sociologicamente, o maior desafio das penas alternativas está em significar sua punitividade como a regulação de comportamentos e condutas pela ação sancionadora da norma, porém não reduzida a simples coerção da lei, mas como expressão ideativa da vida social. Por exemplo, como um dispositivo penal não privativo de liberdade que assegura o reconhecimento de direitos, formas de sociabilidade ou "novas sensibilidades", como é o caso da sua execução pela lei Maria da Penha. Assim, as penas alternativas precisam ser definidas não somente por suas características ônticas, mas, sobretudo, por seu sentido e significado para sociedade e para o sujeito que é punido. A partir dessa proposição, a punição pelas penas alternativas constituir-se-ia como um mecanismo normativo e diretivo dentro do sistema social com a função de construir expectativas para interações sociais e inibir ações transgressoras que violassem direitos de indivíduos ou grupos sociais (WEBER, 1978; LUHMANN, 1985, 1992).

Com isso, pode-se dizer que a sociedade deliberadamente não renuncia ao direito de punir como uma resposta e mensagem àqueles que cometem alguma infração. Então, a questão colocada ao projeto político-penal das "alternativas" é: existe uma dimensão positiva que possa ser atribuída à punição? Por exemplo, propostas para a criminalização da homofobia e sua consequente punibilidade implicam em sentimentos e significados atribuídos à punição como resposta e condenação moral, responsabilização pessoal e uma tentativa de remover uma ameaça a indivíduos e grupos sociais. Também os movimentos pelo reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos comumente pedem medidas punitivas mais severas para os maus-tratos aos animais. Assim, o grande dilema para o projeto político-penal das "alternativas" está em assumir sua dimensão punitiva e coercitiva dentro do sistema penal, mesmo que com a pretensão de constituir-se como uma tecnologia de controle social que promova mudanças de valores culturais e a autodeterminação dos sujeitos e suas comunidades. Pois a punição, mesmo que pelos substitutivos à prisão, atua como uma terceira parte na relação social entre vítima e infrator ou sociedade e infrator para determinar e fazer cumprir as condições da vida social e expressar de forma ritualizada os valores sociais correntes.

Portanto, pode-se dizer que o impasse que o projeto político-penal abolicionista das "alternativas" precisa enfrentar está em promover o reconhecimento das penas alternativas como uma condenação legal e moral. A mensagem reprovatória é clara na execução penal da privação de liberdade, no entanto, o mesmo não acontece na execução da prestação de serviço à comunidade, pois envolve situações que comumente conferem respeito e admiração ao sujeito que cumpre a pena. Dedicar quatro ou seis horas de trabalho pessoal a creches, asilos, escolas ou abrigos no fim de semana é uma ação social comumente valorizada na sociedade, sem nenhuma conotação de condenação moral. Para Durkheim (1999[1893]), a punição significa e transmite sentimentos da coletividade e para Hegel, (2001[1820]) a anulação do mal causado pela infração. As duas abordagens teóricas assumem a punição como condenação legal e moral, que no contexto das normas sociais significa e expressa nossos propósitos e objetivos enquanto sociedade.

O significado político-social atribuído à punição nas penas alternativas deve ser ubíquo, portanto é razoável dizer que a incapacidade das penas alternativas em substituir a prisão está intrincada na sua significação mais como uma política social do que como uma condenação legal pela justiça criminal e moral dentro da sociedade. A superação dessa ambiguidade passa pelo reconhecimento da pena alternativa como uma punição retributivista e uma manifestação da lei, e compreendida como um agente moralizador e diretivo da vida social.

Considerando que as proibições associadas ao direito penal também compreendem um sistema moral de impedimentos destinados a regulação de comportamento, e a punição é uma prática socialmente padronizada não só em relação ao campo da justiça criminal, mas também concepções e significados compartilhados, sustentados e propagados entre aqueles que a exercem e aqueles que a sofrem, pode-se dizer que os objetivos, propósitos e efeitos da penas alternativas precisam estar significados nas relações e interações sociais, constituindo-se como disposições cognitivas e normativas para o estabelecimento e distribuição de direitos e deveres dentro de uma ordem político-social. Enfim, as penas alternativas podem servir politicamente não somente para regulação, mas também para comunicação e proteção legal de novas sociabilidades ou distintos grupos sociais a fim de assegurar sua proteção social. A expectativa está em saber como as penas alternativas podem reconfigurar o controle penal para promover mudanças culturais, um novo padrão de mentalidades, interesses e sensibilidades no conjunto da sociedade.

De maneira geral, o debate provocado pelas penas alternativas dentro do sistema penal tem sido conduzido por duas distintas abordagens, o abolicionismo e o minimalismo penal. No entanto, as diferenças dessas abordagens são mais em termos estratégicos do que distintas posições teóricas para formulação de alternativas à prisão, ou seja, tratar-se-ia da abolição das prisões como um ideal ou o objetivo prático de redução da população carcerária. Mathiesen (1986) argumenta que as "alternativas" reforçariam o domínio da prisão se executadas como medidas substitutas em vez da extinção do aparato custodial (ANDRADE, 2006; MATHIESEN, 1986; HULSMAN; CELIS, 1993; BARATTA, 1987; MATTHEWS, 1992).

Assim, entre os abolicionismos e os minimalismos, as penas alternativas competem com a prisão pelo seu reconhecimento como uma sanção penal equivalente e mais apropriada que a privação de liberdade. O desafio às penas alternativas está em apresentar-se à sociedade como uma medida punitiva equivalente à prisão, porém menos intrusiva e opressiva. E uma vez que as penas alternativas constituem-se como medidas legais e penais, o projeto político-penal das "alternativas" necessita apresentar sua ideia de punição. Seja como educação moral pela reabilitação ou pelo reconhecimento do papel da intervenção penal e da justiça criminal na configuração da vida social.

As penas alternativas não se afastam da ideia da pena como dissuasão e consequentemente da prevenção de futuras infrações ou violações morais e como resposta retributivista e restauração da justiça. O que implica uma culpabilidade legal e moral de modo que o infrator mereça ser punido. Dessa forma, as

penas alternativas atribuem um significado positivo à punição como um meio de restabelecer e afirmar os valores sociais e morais violados. Ainda, as penas alternativas assumem a punição como uma relação social entre o infrator e a comunidade, marcada por uma cooperação para a reconfiguração de uma identidade positiva do infrator. Com isso, as penas alternativas necessitam assumir seu caráter punitivo, seja como controle social ou expressão de valores sociais e morais que constituem a vida social.

Por fim, as penas alternativas necessitam de uma maior clareza na comunicação do seu conteúdo punitivo e tomar uma posição sobre suas intenções imediatas dentro da justiça criminal: substituir a prisão ou reduzir a população carcerária. E política e teoricamente, assumir sua institucionalidade e organicidade dentro da justiça criminal e sistema penal, como mais uma forma de controle social e não a "destruturação[11]" do aparato punitivo-correcional, pois correm o risco de inevitavelmente repetir os mesmos erros atribuídos à prisão ao tentar resolver os problemas sociais por meio da política criminal, uma vez que a exigência legal do cumprimento da pena não tem como efeito a transformação de padrões culturais de desigualdade, discriminação e submissão (COHEN, 1985; POLK, 1987).

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência,* Florianópolis, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

BARATTA, Alessandro. Princípios del Derecho penal mínimo (para una teoria de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 447-457, 1987.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARKER, Vanessa. The politics of punishing Building a state governance theory of American imprisonment variation. *Punishment & Society*, v. 8, n. 1, p. 5-32, jan. 2006.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira *et al. Roubo e furto no Distrito Federal:* avaliação da efetividade das sanções não-privativas de liberdade. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. v. 1.

11. Cohen (1985, p. 43) define "destruturação" como um amplo movimento cujos objetivos são "a diminuição do tamanho, do escopo e intensidade do sistema formal de controle". Política e teoricamente, a desestruturação é "abolicionista, destrutivista ou pelo menos reducionista".

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas. *Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas*, 2010, Brasília. Dez anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas. Brasília/DF: Ministério da Justiça, 2010.

BERDET, Marcelo; SILVA, Patrícia Regina da Matta. O monitoramento psicossocial nas Penas e Medidas Alternativas (PMAs): uma tecnologia disciplinar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 313-342, jul./ago. 2011.

BERDET, Marcelo. Are the alternative sanctions an effective civil remedy to overcrowding prison population in Brazil? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 103, p. 383-407, 2013.

BERDET, Marcelo. Penas alternativas ou o *governo das pessoas* pela punição? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, Ano 24, 2016a, p. 327-356.

BERDET, Marcelo. Penas alternativas e a estratificação da punição. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 124, 2016b, (No Prelo).

Brasil. Ministério da Justiça. Política criminal alternativa à prisão: a concepção de uma política de segurança pública e de justiça. Brasília: Minstério da Justiça, 2012, p. 1-8.

Brasil. Ministério da Justiça. Alternativas penais: bases e ações prioritárias de uma nova política de segurança pública e justiça. Relatório Final (Documento produzido pelo Grupo de Trabalho de Apoio às Alternativas Penais). Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 1-24.

Brasil. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias nacionais INFOPEN* – Dezembro 2014. Brasília: Minstério da Justiça, 2014, p. 1-79.

Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. A aplicação das Penas e Medidas Alternativas. Relatório Final. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2015.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* O longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2010.

COHEN, Stanley A. *Visions of social control*: Crime, punishment and classification. Cambridge: Polity Press, 1985.

COHEN, Stanley A. The punitive city: notes on the dispersal of social control. *Crime, law and social change,* v. 3, n. 4, p. 339-363, 1979.

COOK, Karen S. *et al.* The distribution of power in exchange networks: theory and experimental results. *The American Journal of Sociology*, v. 89, n. 2, p. 275-305, 1983.

CROPANZANO, Russel; MITCHELL, Marie S. Social exchange theory: an interdisciplinary review. *Journal of Management*, v. 31, n. 6, p. 874-900, 2005.

CROTHERS, Charles. History of social structural analysis. *In*: CHEW, Sing C.; KNOTTNERUS, J. David (eds.). *Structure, culture, and history*: recent issues in social theory. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002.

DMITRUK, Erika Juliana. O que é abolicionismo Penal. *Revista Jurídica da Unifil, Londrina,* ano III, n. 3, p. 59-65, 2006.

DOOB, Anthony N.; MARINOS, Voula. Reconceptualizing punishment: understanding the limitations on the use of intermediate punishments. *The University of Chicago Law School Roundtable*, v. 2, p. 413-433, 1995.

DURKHEIM, Emile. *Da divisão social do trabalho*. São Paulo: Martins Fontes, 1999[1893].

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, v. 30, n. 449, p. 449-474, 1992.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. Actuarial justice: the emerging new criminal law. *In*: NELKEN, David. *The futures of criminology*. London: Sage, 1994.

FERREIRA, Francisco H. G *et al*. Ascensão e queda da desigualdade de renda no Brasil. *Econômica*, v. 8, n. 1, p. 147-169, 2006.

FIONDA, Julia. New managerialism, credibility and the sanitisation of criminal justice. *In*: GREEN, Penny; RUTHERFORD, Andrew (eds.). *Criminal policy in transition*. Portland: Hart Publishing, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. Alternatives to the prison dissemination or decline of social control? *Theory, Culture & Society*, v. 26, n. 6, p. 12-24, 2009.

GARLAND, David. *Punishment and welfare*. Aldershot: Gower, 1985.

GARLAND, David. Sociological perspectives on punishment. *Crime and Justice*, v. 14, p. 115-165, 1991.

GARLAND, David. *Punishment and modern society*: a study in social theory. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

GARLAND, David. The limits of the Sovereign State. *British Journal of Criminology,* v. 36, n. 4, p. 445-471, 1996.

GARLAND, David. Governmentality and the problem of crime. *Theoretical Criminology,* v. 1, n. 2, 1997, p. 173-215.

GARLAND, David. *La cultura del control:* crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.

GATRELL, Vic A. C. *The hanging tree:* execution and the english people, 1770-1868. Oxford: Oxford University Press, 1994.

GRAY, Dana Moore. A behavior intervention plan through foucault's lens. *Journal of philosophy and history of education*, v. 57, p. 70-84, 2007.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Preconceito e discriminação:* queixas de ofensas e tratamento desigual dos negros no Brasil. São Paulo: Editora 34, 2004.

HAYES, Martin. *The New Right in Britain*. London: Pluto Press, 1994.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Philosophy of right*. Kitchener: Batoche Books, 2001 [1820].

HERBERT, Steve; BROWN, Elizabeth. Conceptions of space and crime in the punitive neoliberal city. *Antipode*, v. 38, n. 4, p. 755-777, 2006.

HOBBES, T. *Leviatã*. São Paulo: Martins Editora, 2008 [1651].

HORNE, Christine. Community and the State the relationship between normative and legal controls. *European Sociological Review*, v. 16, n. 3, p. 225-243, 2000.

HULSMAN, Louk; CELIS, Bernat J de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais*: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do direito*, v. 3, n. 5, p. 95-113, 2006.

LEMGRUBER, Julita. Controle da criminalidade: mitos e fatos. *In*: OLIVEIRA, Nilson Vieira (org.). *Insegurança pública:* reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

LUHMANN, Niklas. *A sociological theory of law*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1985.

LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, v. 13, 1992.

MACHADO, Marta; NERIS, Nathália; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Legislação antirracista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelos tribunais de justiça brasileiros. *Revista de Estudos Empíricos em Direito/ Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 60-92, jan. 2015.

MARQUES JÚNIOR, Ayrton Vidolin. A participação da comunidade na execução penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.544, 23.09.2007. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/10447]. Acesso em: 27.11.2012.

MARTIN, Daniel; MEYVIS, Wilfried. *Mesures et peines alternatives*. Liège: UGA, v. I, 1997.

MATTHEWS, Roger. Developing a realist approach to penal reform. *In*: LOWMAN, John.; MACLEAN, Brian. D. (eds.). *Realist criminology:* crime control and policing in the 1990s. Toronto: University of Toronto Press, 1992.

MATHIESEN, Thomas. The politics of abolition. *Contemporary Crises*, v. 10, n. 1, p. 81-94, 1986.

McARA, Lesley. Modelling penal transformation. *Punishment & Society*, v. 7, n. 3, p. 277-302, 2005.

MIETHE, Terance D.; LU, Hong. *Punishment: a comparative historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MILLER, William I. Clint Eastwood and equity: the virtues of revenge. *In*: SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. (eds.). *Law in the domains of culture*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, p. 161-202, 2000.

MOLM, Linda D. Is punishment effective? Coercive strategies in social exchange. *Social Psychology Quarterly*, v. 57, n.2, p. 75-94, 1994.

NEWMAN, Graeme R. *The punishment response*. New Jersey: Transaction Publishers, 1978.

O'MALLEY, Pat. Risk, power and crime prevention. *Economy and society*, v. 21, n. 3, p. 252-275, 1992.

O'MALLEY, Pat. Risk and responsibility. *In*: BARRY, Andrew; OSBORNE, Thomas; ROSE, Nikolas (eds.). *Foucault and political reason:* Liberalism, neo-liberalism and rationalities of government. Chicago: University of Chicago Press, p. 189-207, 1996.

PASTANA, Debora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. *Perspectivas*, São Paulo, v. 31, p. 29-46, jan./jun. 2007.

PATERNEK, Margaret A. Norms and normalization: Michel Foucault's overextended panoptic machine. *Human Studies*, v. 10, n. 1, p. 97-121, 1987.

PIRÈS Alvaro P. Tomber dans un piège? Responsabilisation et justice des mineurs. *In*: DIGNEFFE, Françoise; MOREAU, Thierry (eds.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*. Bruxelles: Larcier, Perspectives criminologiques, p. 217-246, 2006.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre a política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. 2013. 323 fls. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

POLK, Kenneth. When less means more: An analysis of destructuring in criminal justice. *Crime & Delinquency*, v. 33, n. 3, p. 358-378, 1987.

PRATT, John. Emotive and ostentatious punishment. *Punishment & Society*, v. 2, n. 4, p. 417-39, 2000.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; LAGO, Luciana Corrêa. A oposição favela-bairro no espaço social do Rio de Janeiro. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 144-154, 2001.

ROBINSON, Gwen. Late-modern rehabilitation: the evolution of a penal strategy. *Punishment & Society*, v. 10, n. 4, p. 429-445, 2008.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1979.

SHEARING, Clifford. Punishment and the changing face of the governance. *Punishment & Society*, v. 3, n. 2, p. 203-220, 2001.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo*: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação afirmativa: percepção da "Casa Grande" e da "Senzala". *Perspectivas*: Revista de Ciências Sociais, v. 26, n. 1, p. 57-79, 2003.

SIMON, Jonathan. Governing through crime. *In*: FRIEDMAN, L.; FISHER, G. (eds.). *The crime conundrum*: essays on criminal justice. Boulder, Colorado: Westview Press, p. 171-190, 1997.

SOLTAN, Karol Edward. Institutions as product of politics. *In*: SOLTAN, Karol Edward; USLANER, Eric M.; HAUFLER, Virginia (eds.). *Institutions and social order*. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 45-66, 1998.

STEINER, Benjamin *et al*. The correctional orientation of community corrections: Legislative changes in the legally prescribed functions of community corrections 1992-2002. *American Journal of Criminal Justice*, v. 29, n. 2, p. 141-159, 2005.

TRAVASSOS, Cláudia *et al*. Utilização dos serviços de saúde no Brasil: gênero, características familiares e condição social. *Rev Panam Salud Publica*, v. 11, n. 5-6, p. 365-373, 2002.

VASCONCELOS, Wilson Santos. Penas alternativas: um estudo acerca da execução das penas restritivas de direito no Rio de Janeiro (1994-2009). 135 fls. Dissertação (Mestrado) Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE/ Escola Nacional de Ciências Estatísticas, Rio de Janeiro, 2011.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001a.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos EUA. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2001b.

WEBER, Max. Sociology of law. *Economy and Society*. v. 2. Berkeley: University of California Press, 1978.

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

ZIONI, Fabiola. Exclusão social: noção ou conceito. *Saúde e Sociedade*, v. 15, n. 3, p. 15-29, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Are alternative sanctions an effective civil remedy to overcrowding prison population in Brazil? São as penas alternativas um remédio civil eficaz à superpopulação carcerária no Brasil?, de Marcelo Berdet – *RBCCrim* 103/383-407 (DTR\2013\7213);
- O monitoramento psicossocial nas penas e medidas alternativas (pmas): uma tecnologia disciplinar, de Marcelo Berdet e Patrícia Regina da Matta Silva – *RBCCrim* 91/313-342 (DTR\2011\2343);
- Penas alternativas e a estratificação da punição, de Marcelo Berdet – *RBCCrim* 124/323-354 (DTR\2016\24301); e
- Penas alternativas ou o governo das pessoas pela punição?, de Marcelo Berdet – *RBCCrim* 119/327-356 (DTR\2016\4879).

Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em Direito Penal, de Fábio Guaragni e Marion Bach

Frederico Horta

Doutor em Direito pela UFMG (2013); Mestre em Ciências Penais pela UFMG (2006). Professor Adjunto de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da UFMG. Associado do IBCCrim. Conselheiro do ICP (MG).
fredericohorta@dir.grad.ufmg.br

Recebido em: 01.11.2016
Aprovada em: 03.11.2016

Dados bibliográficos: Guaragni, Fábio André; Bach, Marion. *Normas penais em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, 245 p.

Sumário: 1. Panorama geral da obra. 2. Conceituação e classes das leis penais em branco. 3. Condições de validade das leis penais em branco em face do princípio da legalidade. 4. Sucessão de normas complementares e aplicabilidade das leis penais em branco. 5. Considerações finais.

1. Panorama geral da obra

As leis penais em branco, ao lado dos tipos abertos, dos elementos normativos do tipo e das remissões a atos administrativos concretos são evidentes pontos de tensão na relação entre a tipicidade e a legalidade. Essa tensão, nesses casos determinada pelas remissões da lei a outras fontes normativas para a conformação dos tipos penais, é o mote do livro "Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal", de Fábio André Guaragni e Marion Bach.

A obra resulta da reunião de dois trabalhos individuais: "Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos", de Fábio André Guaragni;[1] e "Leis penais em branco e prin-

1. GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos: O panorama político-cri-

cípio da legalidade", de Marion Bach.[2] O primeiro (Parte I) é produto de pesquisa realizada por Guaragni, em temporada de estudos pós-doutorais na Universidade de Milão. O segundo (Parte II) é a dissertação de mestrado de Bach.

Ambos enfrentam o problema da constitucionalidade da remissão a outras fontes normativas, pela lei penal, na definição dos crimes, em face do princípio legalidade. Guaragni o aborda numa perspectiva geral, apresentando um panorama das condições de validade e eficácia das incriminações determinadas por "normas penais em branco",[3] tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos, em face da garantia de que os fatos puníveis sejam definidos por lei escrita, prévia e taxativa. Já no trabalho de Bach, a lente objetiva se fecha para uma investigação específica das leis penais em branco, orientada à compreensão das suas razões de ser, à avaliação da sua legitimidade e à fixação de coordenadas dogmáticas para sua interpretação e aplicação.

Os trabalhos reunidos no livro não são apenas conexos, mas em boa medida sobrepostos quanto à temática. Convém, portanto, apresentar e comentar simultaneamente algumas das principais conclusões de ambos. Destacar-se-á especialmente aquelas relacionadas às leis penais em branco. Não por acaso, mas porque este é o eixo temático que conecta as duas partes da obra, em torno do qual os dois textos se articulam, e que mereceu a maior atenção dos autores, mesmo na perspectiva mais ampla de Guaragni.

2. Conceituação e classes das leis penais em branco

As duas partes da obra trazem confrontos entre diferentes técnicas de reenvio a outras normas na definição legislativa dos crimes, notadamente entre leis

---

minal comum, as distinções e consequências relativas ao princípio da reserva legal. *In*: GUARAGNI; BACH. *Normas penais em branco*..., p. 13-82.

2. BACH, Marion. Leis penais em branco e princípio da legalidade penal: análise à luz da sociedade contemporânea. *In*: GUARAGNI; BACH. *Normas penais em branco*..., p. 83-242.

3. Guaragni utiliza a nomenclatura "norma penal em branco", que acabou prevalecendo no título do livro. Prefere-se, contudo, falar em "lei penal em branco", assim como também o faz Bach. Esta expressão parece mais adequada, pois faz jus à distinção entre lei e norma, deixando claro que a incompletude, o "branco", está na lei, e não na norma penal. Esta, que é o preceito imposto sob ameaça de pena, surge da integração da lei penal em branco pela disposição que a complementa. Afinal, ou se tem um comando pleno de sentido, ou não existe comando nenhum. E sendo assim, a norma propriamente dita nunca está em branco. Por isso, em diante se utilizará a expressão "lei penal em branco", a bem da clareza, coerência e uniformidade, mesmo ao analisar o texto Guaragni, que não a emprega.

penais em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos. (p. 21 *et seq.*; p. 138 *et seq.*).

A propriedade essencial das leis penais em branco transparece na obra quando do confronto com os elementos normativo do tipo. Pois como esclarece Guaragni, os elementos normativos, como signos linguísticos que são, integram o tipo por meio de seu significante. Eles só se destacam em relação aos demais elementos do tipo, os descritivos, porque têm significado definido por outra norma, ou por um conjunto de normas (p. 28). Diversamente, o tipo correspondente às leis penais em branco "não contém, como elemento, signo definido noutra norma", mas invoca a integração de um espaço por meio de outra norma, procedente de diversas fontes. "A outra fonte normativa é *que passa a funcionar como elementar, e não o que ela dota de significado*" (p. 29).

No mesmo sentido é a distinção acolhida por Bach, segundo a qual "enquanto os elementos normativos desempenham uma função interpretativa, a lei penal em branco completa ou conforma o tipo". Enquanto "leis penais em branco buscam complementação para exercer uma função integrativa ou constitutiva da lei penal, os elementos normativos do tipo buscam complementação para exercer uma função interpretativa ou de compreensão da lei penal" (p. 146).

Estamos de acordo com tal proposta, quanto ao essencial, apenas com algumas ressalvas terminológicas. Com efeito, esse confronto se estabelece mais precisamente entre os elementos normativos do tipo e os elementos em branco da lei penal, que são justamente as referências, na lei penal em branco, à norma complementadora do seu preceito.[4] E a diferença entre essas categorias – elemento normativo e elemento em branco – parte do reconhecimento de que as leis (disposições) penais incriminadoras em branco não se confundem com o tipo penal que lhes corresponde. Leis penais em branco são as que definem

4. Guaragni reconhece que leis penais em branco e elementos normativos do tipo não são categorias do mesmo gênero, já que de um lado se tem uma disposição normativa de preceito primário incompleto (lei penal em branco), e de outro um elemento do tipo (elemento normativo). Mas tampouco ignora a importância do confronto entre elas, para evitar que se caracterize equivocadamente como lei penal em branco um dispositivo legal incriminador, simplesmente porque definido em função de um elemento normativo jurídico, como os que tem por sujeito ativo um "funcionário público" (nota 57). Todavia, a apontada disparidade de gênero se dissipa quando, em vez de confrontar o elemento normativo do tipo com a lei penal em branco, confrontamo-lo com o "elemento em branco da lei penal", isto é; com a referência da lei à norma que a complementa.

um tipo de injusto em função da infração de deveres extrapenais, previstos em outra parte do ordenamento.[5] Por isso não se pode extrair delas, isoladamente, o conteúdo da proibição (justamente o tipo) que lhes corresponde. A incriminação só toma forma a partir da norma complementar, pelo preenchimento do "branco" legislativo. Assim os elementos em branco, ao contrário dos elementos normativos do tipo, não são dotados de um significado que contribua para a determinação da conduta incriminada. E justamente por isso os elementos em branco, diferentemente dos elementos normativos do tipo, integram apenas a lei (a proposição normativa legal), mas não o tipo penal. O tipo, por definição, não comporta as variáveis ou incógnitas da lei penal em branco, mas apenas o conteúdo da norma complementar, que as preenche.[6]

Dos confrontos conceituais destacados na obra ainda se extrai que as leis penais em branco são apenas aquelas que remetem a normas complementares gerais. Pois nas remissões da lei penal a atos administrativos individuais – como autorizações, licenças e permissões do Poder Público –, Guaragni reconhece verdadeiros elementos negativos do tipo (p. 30), e Bach meras "causas de exclusão da tipicidade ou da ilicitude", que de todo modo não comprometem a determinação legal da matéria de proibição (p. 140).

O conceito de lei penal em branco mereceu especial atenção de Bach, que defende uma versão restritiva da classe. Seu esforço de delimitação conceitual parte da tese de que leis penais em branco não são todas as leis penais incompletas, que realizam uma remissão normativa, mas apenas aquelas idôneas a cumprir as funções que justificam tais características. Essas funções, são para ela justamente as de conferir à previsão legal dos crimes certa flexibilidade, atualização e abertura aos sistemas peritos (p. 130).[7] Considerando essas funções, Bach opera diversas restrições ao conceito de lei penal em branco, limitando a classe: quanto ao conteúdo, às disposições penais que estabelecem crimes e demandam complementação precisamente para a determinação do preceito (p. 130-131); quanto à forma da remissão, às de remissão dinâmica, que não mencionam a norma complementar (p. 134 e 148); quanto à fonte do complemento, apenas as disposições que remetem à norma de instância distin-

5. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 114.

6. *Ibidem*, p. 93-94.

7. Por "sistemas peritos", conceito extraído de Anthony Giddens, ambos autores se referem aos conhecimentos técnicos cada vez mais profundos e especializados que orientam os diferentes setores da vida econômica nas sociedades pós-industriais.

ta, inferior e não legislativa (p. 137-138). Dessa forma, Bach não considera leis penais em branco propriamente ditas, as chamadas leis penais em branco ao revés, que carecem apenas de determinação da sanção; as de remissão estática, que indicam expressamente a norma de complementação; nem tampouco as homogêneas, complementadas por outra lei federal.

Finalmente, quanto à amplitude da remissão, Bach só considera leis penais em branco aquelas que prevêem pelo menos uma parte do preceito, e não as que delegam integralmente a definição da conduta proibida à norma complementar, sem determinar sequer o verbo nuclear do tipo. Conforme argumenta, se o poder de prever crimes e cominar penas não pode ser outorgado pelo legislador, a abertura da lei penal à complementação de normas provenientes de fonte diversa só é legítima na estrita medida do necessário para cumprir as aludidas finalidades da remissão (p. 131-132).

Por tamanha restrição conceitual, Bach se afasta de Guaragni, estabelecendo com o trabalho dele, neste tema, os principais pontos de contraste. Com efeito, Guaragni considera leis penais em branco não apenas aquelas genéricas quanto à norma de complementação, mas também as que a identificam ou especificam (p. 23); e não apenas as complementadas por norma de fonte diversa, hierarquicamente inferiores, mas também as que remetem à outras leis federais, embora ressalve que apenas as primeiras são leis penais em branco em sentido estrito (p. 23 e 25). Ademais, Guaragni reconhece como lei penal em branco toda "aquela cujo preceito primário é complementado por outra norma no todo ou em parte" (p. 23). Ele não exclui do conceito, portanto, as chamadas leis penais em branco gerais,[8] que delegam a integral determinação do preceito incriminador à norma complementar.

Nessas divergências conceituais parece que Guaragni seguiu melhor caminho, pois as propostas defendidas por Bach, de restringir o conceito de lei penal em branco em função da amplitude do complemento e também segundo a fonte deste, embora bem relacionadas à funcionalidade político-criminal das leis penais em branco, se mostram metodologicamente acertadas e nem dogmaticamente convenientes.

Ao propor uma restrição do conceito de lei penal em branco em função do que considera serem as suas condições de validade ou legitimidade, Bach confunde a apreciação descritiva da categoria em si, com a sua análise deontológica, isto é, com a avaliação de sua conformidade ou contrariedade ao princípio

8. VEGA, Dulce María Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 29.

da legalidade. Tal procedimento ignora que o problema conceitual deve ser preliminar, e como tal, independente do problema da validade das leis penais em branco. A valoração de um objeto pressupõe, e não precede a determinação desse objeto. Uma lei penal é inconstitucional porque é totalmente em branco, ou porque não atende às funções político-criminais que justificam a sua incompletude, e não o contrário.[9]

Tampouco se pode perder de vista que os conceitos dogmáticos se prestam à ciência que os elabora. Então, não é a funcionalidade político-criminal das leis penais em branco que deve determinar-lhes o conceito, mas as suas repercussões dogmáticas. Ora, se por um lado, somente as leis penais em branco em sentido estrito acarretam problemas de validade, em face do imperativo constitucional da reserva legal, os conflitos com os imperativos da taxatividade e anterioridade se estabelecem em face de toda lei penal cujo preceito venha a ser determinado, em qualquer medida, por ato normativo diverso. Esses conflitos independem da fonte da norma complementar, da amplitude ou da forma genérica ou especificada da remissão. E vale aqui lembrar, de passagem, os problemas igualmente comuns envolvendo o erro sobre o dever extrapenal, estabelecido pela norma complementar.

É, pois, intuitivo concluir que em nada contribuiria para a análise desses problemas, excluir do gênero das leis penais em branco aquelas que delegam integralmente a determinação do preceito ao complemento, as leis complementadas por normas de mesma fonte ou as leis que identificam a norma complementar. Mas como a solução de um ou outro problema pode variar em função de tais características, mais vale diferenciá-las como espécies de leis penais em branco, designando-as por meio de adjetivos, respectivamente como gerais, homogêneas ou estáticas.

3. Condições de validade das leis penais em branco em face do princípio da legalidade

Da parte central dos trabalhos de Guaragni e Bach, destacam-se as análises e soluções propostas para os problemas comuns das condições de validade das leis penais em branco, em face do princípio da legalidade, bem como da

9. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Sobre o conceito e as classes das leis penais em branco e dos elementos em branco das leis penais. *In*: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (Orgs.). et al. *Limites ao poder punitivo*: diálogos na ciência penal contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016, p. 31.

aplicabilidade delas em casos de conflito entre sucessivas normas complementares.

Ambos reconhecem que o emprego das leis penais em branco em sentido estrito não é inconciliável com o princípio da legalidade, e que a definição do fato punível, embora seja um poder exclusivo do Parlamento, pode ser desempenhado em cooperação com outras instâncias normativas. A validade desse expediente, contudo, não é para eles uma regra, mas antes uma possibilidade, sujeita a rigorosas condições.

A razão de ser, justificante das leis penais em branco, tanto para Guaragni quanto para Bach, é a funcionalidade delas de conferir às normas legais incriminadoras flexibilidade, atualização e abertura para conhecimentos técnicos especiais. Pois um e outro consideram tais predicados necessários para a adequada tutela penal de bens jurídicos complexos, dinâmicos e altamente formalizados, como são em geral os bens jurídicos coletivos, especialmente a ordem econômica e o meio ambiente, no marco de uma sociedade pós-industrial (p. 24, 32 e 160).

Quanto ao conteúdo das leis penais em branco, Bach defende que elas prevejam sempre a sanção e "o máximo do núcleo essencial da proibição", com fulcro na garantia da reserva legal (p. 160). Mas é Guaragni quem apresenta limites mais precisos para a amplitude e o conteúdo do reenvio legislativo a outras fontes normativas, na determinação da conduta proibida.

Partindo da premissa de que a lei penal em branco não pode transferir ao poder regulamentar apreciações, valorações ou escolhas de caráter político criminal,[10] Guaragni defende que o verbo nuclear do tipo e os sujeitos destinatários da norma constituem o conteúdo mínimo da lei penal, e como tal não podem ser objeto de reenvio. Ademais, o elemento do tipo (objeto material, circunstância de tempo etc.) a ser definido pela norma complementar deve estar especificado na lei, por uma remissão clara quanto aos seus limites e justificada pelo conteúdo eminentemente técnico da matéria remetida à definição das instâncias diversas (p. 34-35).

Já como condicionante formal à validade das leis penais em branco, Guaragni ainda extrai da garantia da reserva legal o requisito de que as normas complementares sejam provenientes de instâncias dotadas de atribuição *in genere* para regular a matéria referida pela incriminação (p. 35-38). Pois dessa

10. Cf. Mario Romano (*Repressione dela Condotta Antisindacale. Profili Penali*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 171) e Giorgio Marinucci com Emilio Dolcini (*Corso di Diritto Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 104), citados por Guaragni às fls.35 .

forma se assegura que os tipos de delito serão integrados pela atividade de instâncias normativas "conectadas de antemão com a área da vida" a ser penalmente tutelada, e por isso dotadas de legitimidade institucional e autoridade técnica para completar o preceito incriminador.

Entre as instâncias legítimas de complementação das leis penais em branco em sentido estrito, Guaragni inclui os poderes legislativos estaduais e municipais, por sua atribuição constitucional de dispor sobre matérias sensíveis às peculiaridades locais, como o direito urbanístico e ambiental, por exemplo (p. 36-37). Neste ponto também diverge de Bach, para quem a remissão às leis estaduais ou municipais não atenderia às funções legitimantes das leis penais em branco e ainda violaria a orientação constitucional de unidade federal do direito punitivo (p. 136-137).

Não se adere a esta oposição de Bach. Primeiramente, porque a remissão às leis estaduais ou municipais tem sim, como bem demonstrou Guaragni, a legítima funcionalidade de adaptar o conteúdo das incriminações às especificidades normativas da região dos fatos, legitimadas pelo exercício democrático -representativo do poder local, muitas vezes conformadoras do bem jurídico e determinantes da ofensividade da conduta. Esta foi, aliás, a primeira razão de ser atribuída às leis penais em branco, na análise seminal de Binding sobre o tema.[11] Depois, porque a competência exclusiva atribuída à União para legislar em matéria penal (art. 22, I, da CR/88) diz respeito apenas à edição da lei punitiva, que deve estabelecer a sanção e ao menos os traços essenciais da proibição. Tal exigência constitucional não nos parece vincular também as normas complementares, encarregadas de estabelecer certos pressupostos técnicos de configuração do injusto, especialmente quando estes variam em função de peculiaridades geográficas, econômicas, demográficas etc., relevantes.

Outros requisitos formais de validade das leis penais em branco são defendidos por Bach com base na garantia da anterioridade da lei penal (*lege praevia*),

11. Os dispositivos penais assim caracterizados por Binding em *Die Normen und Ihre Übertretung* (As normas e sua infração), de 1872, e por ele designados como "leis penais em branco" (*Blankettstrafgesetze*), conciliavam no então recente Código Penal do Império Alemão, de 1871, a competência constitucional exclusiva da Federação (Bund) para legislar em matéria penal, com a necessidade prática de apenar a infração de normas locais. Por meio deles, a lei penal do Império delegava aos Estados (Länder), e por vezes até aos Municípios, a determinação do pressuposto fático correspondente a um determinado tipo de delito, para o qual estabelecia tão somente à pena (Cf. VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 2000, p. 15; VARGAS, José Cirilo de. Instituições de direito penal. Belo Horizonte: Del Rey, t. 1, 1997, p. 77).

ligada à sua função de advertência, que assegura a previsibilidade e a segurança dos seus destinatários quanto aos limites da sua aplicação (p. 162-163). Assim, para que essas finalidades não fiquem comprometidas pelo emprego de leis penais em branco, Bach condiciona a validade destas ao caráter explícito das remissões, que devem funcionar como um "convite à informação" para o destinatário da norma (p. 165-167); defende que as normas complementares indiquem a lei penal que integram, por meio das chamadas "cláusulas de remissão inversa" (p. 167-168); bem como a publicação conjunta da norma complementar e da correspondente lei penal em branco, no Diário Oficial (p. 168-169). Além disso, com escólio adicional na garantia da taxatividade da lei penal (*lege certa*), Bach reputa inconstitucionais as remissões sucessivas, que caracterizam as leis penais em branco de segundo grau, pela extraordinária dificuldade que impõem ao destinatário, de conhecer o preciso conteúdo da proibição (p. 169).

As apontadas condições de validade das leis penais em branco encontram, em sua maioria e fundamentalmente, consagração na jurisprudência constitucional comparada. Elas constituem respostas para um problema dos mais intrincados, que ainda demanda amplo debate, especialmente na doutrina e jurisprudência nacionais. Ao admitir a constitucionalidade das leis penais em branco, sob determinadas condições, Guaragni e Bach procuram formas de conciliar pautas político-criminais consolidadas na sociedade contemporânea, com a conquista iluminista que refundou o poder punitivo, no seio dos Estados de Direito. E ao fazê-lo, indicam pautas razoáveis, capazes de conferir efetividade às máximas do princípio da legalidade, mesmo em contexto sócio-político tão diverso ao das suas origens históricas.

4. Sucessão de normas complementares e aplicabilidade das leis penais em branco

Não menos importantes são as considerações, tecidas pelos dois trabalhos irmanados, a respeito da eficácia retroativa da alteração da norma complementar de uma lei penal em branco. Ambos partem da premissa de que o complemento da lei penal em branco integra a norma de direito punitivo e como tal se sujeita à regra geral da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL da CR/88). Por isso concordam que a edição ou alteração do complemento extrapenal não tem eficácia retroativa em prejuízo do imputado.

O problema que um e outro identificam e enfrentam nesta matéria é o da eficácia retroativa da alteração do complemento, quando essa alteração venha restringir o alcance da incriminação, beneficiar ou abrandar a posição do imputado (p. 41 e 171). Pois eles admitem que a regra da retroatividade da

lei penal mais benéfica não vale integral e automaticamente para esses casos, quando a alteração não é propriamente da lei, mas sim da norma extrapenal que a complementa.

Segundo Guaragni, a alteração benéfica do complemento da lei penal em branco não tem eficácia retroativa em dois grupos de casos: quando se deva à superação ou edição de uma norma extrapenal excepcional ou temporária, e quando a alteração do complemento não modifique o alcance da norma penal, sem repercussão sobre o desvalor da ação ou do resultado típico pretérito (p. 42).

No primeiro grupo estão principalmente os casos de revogação ou modificação de uma norma complementar extrapenal de caráter temporário ou excepcional, como é a exclusão de uma doença do rol das de notificação compulsória. Ocorre que se o complemento alterado tinha caráter excepcional ou temporário, sua modificação não importa, por si só, em revisão do desvalor ético-social do fato anteriormente praticado. Antes, esse juízo resistirá à reforma extrapenal, quando a ofensividade do fato ao bem jurídico, invariavelmente protegido pela lei penal em branco, estiver relacionada às circunstâncias extraordinárias em que tenha sido praticado (p. 42).

Em casos assim o postulado da isonomia já não fundamenta a retroatividade da norma penal mais benigna (p. 43). Pois se a alteração do ato complementar extrapenal se deveu a uma relevante alteração do contexto, a aplicação retroativa do novo complemento significaria tratar de modo igual, situações diferentes. Com efeito, se a dispensa da notificação de uma doença se deu em virtude do fim da epidemia, essa notificação era importante para o controle epidemiológico enquanto a crise sanitária perdurou, e a omissão de promovê-la naquele tempo, consequentemente, terá sido prejudicial à saúde coletiva (ou à gestão dela). Bach avaliza essa posição e demonstra a consagração dela na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (p. 173-175).

Reputa-se correta essa orientação, aparentemente dominante, embora ela ainda careça de importantes detalhamentos, como o das condições que determinam ou excluem o caráter excepcional de um complemento extrapenal superado. Não obstante, discorda-se de Guaragni quando nega, sem ressalvas, efeitos retroativos à alteração benéfica do complemento também quando a norma extrapenal nova (e não a anterior, alterada) seja excepcional ou temporária. Ilustrando essa posição, Guaragni afirma que se houvesse um abrandamento das regras de exploração de madeira de lei, motivado por súbita e excepcional necessidade da sua utilização para a reconstrução de casas atingidas por uma

enchente, esse novo regramento extrapenal não aproveitaria quem tivesse contrariado as normas anteriores, revogadas.

Não se adere a esta conclusão, primeiramente, porque a exceção prevista no artigo 3º do CP, à regra da retroatividade benéfica, impõe precisamente a ultratividade da norma excepcional ou temporária mais gravosa; mas não veda a retroatividade da norma excepcional ou temporária benéfica. E depois, porque essa retroatividade não contraria necessariamente o postulado da isonomia, pelo menos não no caso invocado por Guaragni. A isonomia só não autoriza a retroatividade benéfica de uma liberalidade que limite o alcance da lei penal em branco, se a permissão extrapenal tiver sido concebida em função de alguma vicissitude do próprio bem jurídico protegido pela lei penal em referência. Isto é, quando a liberalidade se justifique em função da mais adequada proteção do bem jurídico penal, em circunstâncias excepcionais. Assim, por exemplo, não deve retroagir uma permissão excepcional ou temporária do IBAMA para caçar certa espécie da fauna silvestre nacional, quando motivada por um agudo crescimento de sua população, que demande a eliminação de espécimes a bem de um ecossistema.

Já quando o Estado por qualquer razão, ainda que passageira, decide restringir a tutela penal de determinado bem jurídico, autorizando ofensas que antes eram criminalizadas, impõe-se o "ônus" da "abolitio criminis" (art. 2º do CP), por força do princípio da isonomia, sim. Pois uma ofensa à flora, por exemplo, como o corte de madeira de lei, ainda que excepcionalmente permitida por razões de emergência social – a reconstrução de casas abaladas por uma enchente – não é menor que as outras que se tenham praticado quando não havia especial interesse público na obtenção da madeira.

Por fim, no segundo grupo de casos, nos quais a alteração do complemento da lei penal em branco não modifica o alcance da norma incriminadora, Guaragni cita o exemplo da alteração da mão de direção, que não retroage em benefício de quem, ao infringi-la, tenha praticado um crime de trânsito (p. 44-45). Bach soma a este, o exemplo da alteração na tabela de preços, que não prejudica a punição de quem as tenha infringido anteriormente, pelo crime do art. 2º, VI, da Lei 1521/51 (p. 171-172).

Embora ela não os separe em um grupo distinto de casos, como o faz Guaragni, Bach identifica muito bem a razão pela qual alterações como essas, do complemento de leis penais em branco, não tem efeito retroativo. É que a despeito da alteração do complemento, em um e outro caso a conduta punível permanece a mesma: respectivamente, trafegar na contramão (segundo uma norma penal hipotética, inexistente no direito brasileiro) ou transgredir tabela oficial de mercadoria (p. 172).

5. Considerações finais

Esses são alguns dos pontos de interesse da obra objeto desta resenha, os quais, contudo, dão conta da relevância da obra, pelo caráter central dos problemas dogmáticos que enfrenta e pela relevância prática de suas conclusões. "Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal" contribui efetivamente para a divulgação, consolidação e desenvolvimento da doutrina da lei e da norma penal no Brasil. A obra apresenta um estudo sistemático a respeito de integração normativa em matéria penal, que investe na consolidação dos seus pressupostos conceituais, apresenta e relaciona as variáveis dogmática e político criminal da matéria e bem demonstra a importância dos estudos e debates neste âmbito, para assegurar efetividade à garantia constitucional da legalidade no direito penal contemporâneo.

Horta, Frederico. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em Direito Penal, de Fábio Guaragni e Marion Bach. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. p. 483-494. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.