85342

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 120 • maio.-jun. / 2016

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 120 • maio.-jun. / 2016

Presidência
Andre Pires de Andrade Kehdi

Coordenação
Marina Pinhão Coelho Araújo

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Marina Pinhão Coelho Araújo

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Heloisa Estellita, Pedro Augusto Simões da Conceição, Vinicius Gomes de Vasconcellos e Yuri Corrêa da Luz.

CONSELHO EDITORIAL – Adriana Borghi, Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Bizzotto, Alexandre Wunderlich, Alexey Choi Caruncho, Alexis Couto de Brito, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Américo Bedê Freire Junior, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Cláudia Bastos de Pinho, Ana Cláudia Cifali, Ana Gabriela Mendes Braga, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, André Giamberardino, André Machado Maya, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, Antonio Carlos Tovo Loureiro, Artur de Brito Gueiros Souza, Augusto Jobim do Amaral, Aury Lopes Jr., Bartira Macedo Miranda Santos, Bruna Angotti, Brunna Laporte Cazabonnet, Bruno Shimizu, Bruno Tadeu Buonicore, Caíque Ribeiro Galícia, Carina Quito, Carolina de Freitas Paladino, Caroline Machado de Oliveira Azeredo, Celso Eduardo Faria Coracini, Christiano Falk Fragoso, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Daniel Leonhardt, Daniel Silva Achutti, Danyelle da Silva Galvão, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Décio Franco David, Deise Helena Krantz Lora, Denise Provasi Vaz, Diego Alan Schöfer Albrecht, Diogo Alan Schöfer Albrecht, Diogo Malan, Eduardo Augusto Paglione, Eduardo Reale Ferrari, Elmir Duclerc, Eloisa de Sousa Arruda, Emília Merlini Giuliani, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Érika Mendes de Carvalho, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fábio Roberto D'Avila, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Felipe Caldeira, Felipe da Costa De-Lorenzi, Fernanda Carolina Ifanger, Fernanda Emy Matsuda, Fernanda Regina Vilares, Francis Rafael Beck, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Flávio Antônio da Cruz, Florence Haret, Francisco Monteiro Rocha Jr., Frederico Gomes de Almeida Horta, Frederico Valdez Pereira, Gabriel Antinolfi Divan, Geraldo Prado, Giovani Agostini Saavedra, Guilherme Francisco Ceolin, Gustavo Mesquita Batista, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Gustavo Noronha de Ávila, Helena Regina Lobo da Costa, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Iván Navas Mondaca, Ivo Anselmo Hohn Junior, Jéssica Oníria de Freitas, João Daniel Rassi, João Florêncio de Salles Gomes Junior, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Juan Pablo Montiel, Karyna Sposato, Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya, Klelia Canabrava Aleixo, Lander de Miranda Bossois, Leonardo Costa de Paula, Leonardo Massud, Leonardo Schmitt de Bem, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Carlos Valois Coelho, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Luíz Gustavo Gonçavels Ribeiro, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, Maíra Rocha Machado, Marcelo Almeida Ruivo, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marco Aurélio Nunes da Silveira, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Maria Nazareth Vasques Mota, Mariana de Assis Brasil e Weigert, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Tomé Lopes, Marina Pinhão Coelho Araújo, Marta Machado, Marta Saad, Matheus Felipe de Castro, Maurício Stegemann Dieter, Máximo Sozzo, Miguel Tedesco Wedy, Nereu José Giacomolli, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Ney de Barros Bello Filho, Ney Fayet Jr., Oliveiros Guanais de Aguiar Filho, Paulo César Busato, Pedro Vieira Abramovay, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Raquel Lima Scalcon, Renato de Mello Jorge Silveira, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Riccardo Cappi, Ricardo Sontag, Roberto Augusto de Carvalho Campos, Roberto Delmanto

Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Duque Estrada Roig Soares, Rodrigo Sánchez Rios, Rogério Fernando Taffarello, Romulo Rhemo Braga, Rubens Roberto Rebello Casara, Salah Khaled Jr., Selma Pereira de Santana, Serio Graziano Sobrinho, Sérgio Salomão Shecaira, Susana Aires de Sousa, Tarsis Barreto, Thamara Duarte Cunha Medeiros, Thayara S. Castelo Branco, Thiago Bottino, Thiago M. Minagé, Vanessa Pedroso, Vinicius Gomes de Vasconcellos e Yuri Corrêa da Luz.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Ana Messuti, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 120 • maio.-jun. / 2016

Coordenação
Marina Pinhão Coelho Araújo

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 120 • maio.-jun. / 2016

Presidência
ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI

Coordenação
MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

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

THOMSON REUTERS ProView
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

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

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

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

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

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

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [06-2016]
Profissional
Fechamento desta edição: [20.05.2016]

EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2015/2016

Diretoria Executiva

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente
Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário
Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária
Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira
Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira
Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas
Ivan Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Sérgio Mazina Martins

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
Andrea Cristina D'Angelo
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho
Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Diogo Rudge Malan
Biblioteca
Bruno Salles Pereira Ribeiro
Boletim
José Carlos Abissamra Filho
Comunicação e Marketing
Rogério Fernando Taffarello
Convênios
Matheus Pupo
Cursos
Paulo Sérgio de Oliveira
Estudos e Projetos Legislativos
Renato Stanziola Vieira
Iniciação Científica
Alexis Couto de Brito
Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo
Monografias
Fábio Roberto D'Avila

Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti
Relações Internacionais
Helena Regina Lobo da Costa
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Revista Liberdades
Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal
Juliana Garcia Belloque
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito
Infância e Juventude
Giancarlo Silkunas Vay
Justiça e Segurança
Humberto Barrionuevo Fabretti
Política Nacional de Drogas
Cristiano Avila Maronna
Sistema Prisional
Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

22.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira
20.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Fábio Roberto D'Avila
Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC
Renato Watanabe de Morais
Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico
Eleonora Rangel Nacif

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Beatriz Dias Rizzo
Secretário-geral
Rafael de Souza Lira

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 120 • maio.-jun. / 2016

Equipe editorial do IBCCRIM
ADRIANO GALVÃO, EDUARDO CARVALHO E WILLIANS MENESES

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza e Marcella Pâmela da Costa Silva

Produção Editorial
Coordenação
DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Jordão Magalhães, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriel Henrique Zeledon Salas, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim, Rafaella Araujo Akiyama e Thiago César Gonçalves de Souza

Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

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

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco e Mayara Crispim Freitas

Equipe de Jurisprudência
Analistas Editoriais: Felipe Augusto da Costa Souza, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael Brito

SUMÁRIO

TEORIA GERAL

Culpabilidade, sistema progressivo e unificação de penas: uma análise da unificação de penas segundo as bases do Direito Penal de Günther Jakobs

Culpability, the system of prison regime alteration and sentence unification: an analysis of sentence unification according to the grounds of Günther Jakobs Criminal Law

ALEXANDRE GONÇALVES KASSAMA 17

Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias

Culpability by vulnerability: an introduction towards its premises, fundaments and controversies

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ 41

Subjetivismo judicial

Judicial subjectivism

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO 75

O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito penal do ambiente

The obligation to cooperate and the nemo tenetur se ipsum accusare *principle and the role of criminal law in the protection of the environment*

MARINA DE ALMEIDA GALVÃO 95

Contribuição para o estudo do estado de necessidade, com destaque para o caso dos miseráveis

A contributions towards the study of the condition of poverty, with a focus on the case of those living in situations of extreme poverty

ORLANDO FACCINI NETO 125

Justiça penal internacional: do relativismo ao universalismo de valores?

International criminal justice: from the relativism to the universalism of values?

TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO E FERNANDA FIGUEIRA TONETTO 159

PROCESSO PENAL

Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual

The legal validity of evidences taken from online dating websites in the context of the criminal procedure and the infiltration of police officers in the virtual space

DANNI SALES SILVA 203

Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória

The chain of custody, an evidentiary traceability

CARLOS EDINGER 237

PARTE ESPECIAL

Julgamentos de crimes de tortura e proteção deficiente de direitos fundamentais: análise qualitativa de casos colhidos da jurisprudência de Tribunais de Justiça brasileiros

THE TRIAL OF CRIMES OF TORTURE AND THE DEFICIENT PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A QUALITATIVE ANALYSIS OF CASES TAKEN FROM THE PRECEDENTS OF BRAZILIAN COURTS

ELIEZER GOMES DA SILVA E DIRCÉIA MOREIRA 261

CRIME E SOCIEDADE

Jeremy Bentham penitenciarista

On Jeremy Bentham and his penitentiary system

LÍVIA MARIA SILVA MACÊDO 299

O combatente inimigo no debate sobre a condução da guerra dos Estados Unidos contra o terrorismo

The enemy combatant in a debate related to how the United States conducts the war on terrorism

RENATA R. V. K. NAGAMINE E JOÃO HENRIQUE RIBEIRO RORIZ 329

Criminologia crítica e Lei Maria da Penha: uma relação (in)conciliável?

Critical criminology and "Maria da Penha" Law: an (in)compatible relation?

VICTOR SUGAMOSTO ROMFELD 379

Competição violenta e controle territorial: quadrilhas prisionais e conflito armado no mercado de drogas da grande Salvador
Violent rivalry and territorial control: prison gangs and the armed conflict in the drug market of greater Salvador
ANTONIO DOS SANTOS LIMA 409

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 433

TEMAS 435

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 441

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 451

853/16

Culpabilidade, sistema progressivo e unificação de penas: uma análise da unificação de penas segundo as bases do Direito Penal de Günther Jakobs

Culpability, the system of prison regime alteration and sentence unification: an analysis of sentence unification according to the grounds of Günther Jakobs Criminal Law

Alexandre Gonçalves Kassama
Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.
Defensor Público do Estado do Paraná em Curitiba.
alexandrekassama@yahoo.com.br

Área do Direito: Penal; Filosofia

Resumo: O texto visa criticar a posição jurisprudencial pacífica a respeito da alteração da data-base para a obtenção de nova progressão de regime na execução penal quando da unificação de penas. Segundo a posição criticada, sobrevindo nova condenação o condenado deve cumprir nova fração de sua pena, contabilizada agora a partir do trânsito em julgado da última condenação, sendo considerado o período até então cumprido apenas como detração da pena total imposta. Tal posicionamento, que acaba por realizar uma contagem do tempo desfavorável ao preso, expressa um malefício sem comunicação de censura, violando a culpabilidade segundo os moldes dados pelo sistema de Direito Penal de Günther Jakobs, e, no limite, o próprio sistema progressivo de execução de penas.

Palavras-chave: Execução penal – Unificação de penas – Data-base – Culpabilidade – Funcionalismo radical – Sistema progressivo.

Abstract: The text aims to question the uncontested jurisprudential understanding concerning the modification of the base date to achieve the progression to a less strict regime in the criminal execution at the time of the penalties' unification. According to the criticized understanding, after a new conviction, the convicted must go through a new fraction of his penalty to be able to have a less strict regime. This new fraction is now counted from the last conviction res judicata, being the time of imprisonment until then deducted only in what concerns the total length of the summed penalties. Such understanding damages de prisoner once the time is counted in a harmful way without a censure communication, violating the culpability, according to the patterns given by Günther Jakobs' system of criminal law. In the end, this understand violates even the progressive penal system.

Keywords: Criminal execution – Penalties' unification – Base date – Culpability – Radical functionalism – Progressive penal system.

Kassama, Alexandre Gonçalves. Culpabilidade, sistema progressivo e unificação de penas: uma análise da unificação de penas segundo as bases do Direito Penal de Günther Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 120. ano 24. p. 17-39. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Culpabilidade e os pressupostos de imputação no Direito Penal de Günther Jakobs – 2. A data-base na unificação das penas – 3. Do sistema progressivo – 4. A unificação e a data-base. – 5. "Fora trânsito em julgado! Data-base na data da prisão!" – 6. Conclusão – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa abordar um tema corrente no processo de execução das penas a partir da perspectiva dos pressupostos do sistema penal de Günther Jakobs e do sistema progressivo de cumprimento de pena.

Trata-se da questão da alteração da chamada "data-base" quando da unificação de diversas decisões criminais a serem executadas pelo mesmo apenado no mesmo processo de execução.

Conforme se verá, a corrente jurisprudencial pacífica nos tribunais superiores adota posicionamento contrário à própria natureza progressiva e regressiva do sistema de execução da pena privativa de liberdade, o qual, conforme lição primordial,[1] através do sistema de *marks and bônus*,[2] premia o mérito e sanciona o demérito do apenado, tornando-o o grande responsável por sua situação executória.

A partir da dogmática delineada por Günther Jakobs, tal característica de responsabilização – e, para já se aproximar da perspectiva proposta, de imputação – se torna ainda mais acentuada, o que permite uma consideração crítica do entendimento dominante.

Essa perspectiva crítica é reforçada a partir da experiência dos próprios apenados frente a suas situações executórias e processos criminais em trâmite.

1. V. PITOMBO, S. M. de M. Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico. In: Nucci, G. de S.; Moura, M. T. R. de A. (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Processo Penal:* vol. 6. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 1205, em que, comentando o então projeto de reforma de Parte Geral do Código Penal e projeto de Lei de Execução Penal, aduz que "as penas privativas de liberdade só guardam cabência dotadas de movimento (...) o motor do movimento acha-se em seu mérito ou demérito".
2. V. JUNQUEIRA, G. O. D.; FULLER, P. H. de A. *Legislação penal especial:* vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51.

1. CULPABILIDADE E OS PRESSUPOSTOS DE IMPUTAÇÃO NO DIREITO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS[3]

O sistema de Direito Penal elaborado por Jakobs é eminentemente um sistema de imputação.[4]

Dentro dessa perspectiva, a sociedade não é vista como um aglomerado de homens, nem como um conjunto de bens, mas, antes, como um contexto comunicativo.[5] Nesse passo, o fato criminoso não pode ser interpretado enquanto mera causação de lesão ao bem jurídico material ou como ligação do dano com a vontade transgressora da norma: para além do quanto ocorrido externa ou psicologicamente, o fato criminoso só poderá ser entendido em um contexto genuinamente social se interpretado de acordo com o seu significado comunicativo.

As implicações de tal concepção como se verá, vão longe o suficiente para já desde logo poder se vislumbrar, por exemplo, a "normativização" do bem jurídico penal. De fato, não é necessário recorrer aos bens jurídicos mais complexos e polêmicos, como o meio-ambiente ou a confiabilidade da economia: uma vez que se interprete a sociedade como comunicação – e os atos que nela ocorrem apenas a partir de seu significado comunicativo – torna-se claro que, por exemplo, a morte de um homem pelas mãos de outro, não tem aporte comunicacional enquanto destruição de um sistema psicofísico orgânico, mas

3. O presente tópico não deve ser lido como uma análise exauriente dos pressupostos do pensamento penal de Jakobs, o qual é utilizado apenas a partir de pontos principais dirigidos para a crítica da questão em comento. Sabe-se que qualquer texto que faça uma aproximação não tão profunda do pensamento de Jakobs corre o risco de ser extremamente mal interpretado e recebido, entretanto, a análise pormenorizada foge ao escopo do presente artigo, devendo ficar a cargo de obras de maior fôlego.

4. "Com Jakobs, a ideia de uma teoria do delito composta por conceitos construídos a partir de dados ontológicos é substituída por uma teoria da imputação na qual as decisões são tomadas de acordo com a função do sistema penal na sociedade definida como estabilização das normas essenciais e identitárias de uma sociedade" (MACHADO, M. R. DE A. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. 2007. Tese (Doutorado em Direito), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 115.

5. "Partindo dessa concepção, não se entende a sociedade, diferentemente do que acreditou a filosofia – entroncada com Descartes – desde Hobbes até Kant, adotando-se o ponto de vista da consciência individual, como um sistema que pode compor-se de sujeitos que concluem contratos, produzem imperativos categóricos ou se expandem de modo similar (...) *A exposição mais esclarecedora da diferenciação entre sistemas sociais e psíquicos, que tem consequências para o sistema jurídico, ainda que com uma enorme distância em relação ao Direito Penal, encontra-se na atualidade na teoria dos sistemas de Luhmann*" (JAKOBS, G. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 1-2 – Grifo nosso).

apenas enquanto interpretação de tal ato como comunicação contrária à comunicação dominante no seio da sociedade.

Destarte, há uma concepção da sociedade enquanto conformação sistêmica com um elemento específico, não encontrado em outros sistemas, elemento esse identificado na comunicação.[6]

Essa primeira seleção acarreta uma segunda, a qual se traduz em um corte transversal sobre os elementos pertencentes ao Direito Penal: retira-se a gama de necessidades e complexidades reais do indivíduo, enquanto aparato orgânico e da consciência, enquanto sistema psíquico, dos temas do Direito Penal. Tal gama só será considerada seletivamente, e apenas segundo critérios construídos pelo próprio sistema do direito: eis as bases para a construção do conceito funcional-sistêmico de culpabilidade.[7]

Sobretudo ao tratar das descobertas recentes da neurociência, Jakobs deixa claro como os desenvolvimentos do sistema orgânico e da consciência são indiferentes ao Direito Penal, senão quando este último sistema, por categorias próprias – e comunicativas –, as apreenda: "a posição dos representantes da neurociência seria muito limitada. Conhecimentos sobre os cursos causais no

6. "Do mesmo modo que a consciência segue suas próprias regras, também o faz a comunicação" (JAKOBS, G. *Sociedade, norma e pessoa*... cit., p. 2).

7. "O sistema psicofísico é tratado pois como uma *black box*, na qual se encontra sempre disponível um quantum suficiente de disposição para o seguimento da norma (...) como é sabido, o resistir ante um vício inveterado de fazer algo proibido supõe um esforço imenso. Porém essa prestação não interessa no momento de realizar a imputação jurídico-penal, posto que o Direito Penal não trata de maneira diferente quem vence com enormes esforços uma inclinação ao delito, de quem de todo modo não se vê interessado por tal delito: ambos cumprem com seu dever" (JAKOBS, G. *A imputação penal da ação e da omissão*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 31-32. Ainda, "el contenido de la culpabilidad es altamente controvertido; (...) Pero en todas las controversias las versiones presentan algo común: por medio de la culpabilidad, de todas las condiciones del hecho que produce la defraudación se aisla una, en concreto un defecto de motivación, como única jurídico-penalmente relevante, al mismo tiempo que se excluye la cuestión acerca de la causa de ese defecto de motivación. Lo defectuoso no es la situación en que se ha dado el hecho, sino la motivación del autor, y las causas del defecto de la motivación sólo incumben al autor (...) y por cierto, de tal suerte que en la cuestión decisiva – la consecución de la observancia de la norma – se supone un poder autónomo del subsistema frente a las condiciones externa a dicho subsistema" (JAKOBS, G. Culpabilidad y prevención. In: JAKOBS, G. *Estudios de Derecho Penal*. Tradução ao Castelhano e estudo preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 1997. p. 81.

cérebro permitem a orientação, mas de outra forma não há menos orientação. E isso não deixa de ser evidenciado por tais pesquisadores; como demonstram, no entanto, as representações da consciência, da vivência, esta outra orientação é tomada por eles como uma redução. A realidade deve ser indicada nas bases materiais, nos 'acontecimentos neurobiológicos e corpóreos', mas não na superestrutura: 'o que nós (...) vivenciamos na realização do arbítrio de um desejo não passa de uma réplica consciente e reduzida da diversidade dos acontecimentos neurobiológicos e corpóreos'. *Mas como se comportaria quando esta 'base' for mero ambiente de um sistema, por certo um ambiente necessário, e a superestrutura um sistema útil para orientações de relevância? (...) Por conseguinte, a tarefa que nos apresenta se delimita assim: nem no campo das determinações físico-causais nem mesmo naquelas psíquico-causais é possível fundamentar a responsabilidade*".[8]

Ora, ao se entender a sociedade enquanto contexto comunicativo e a emergência do sistema do direito – enquanto subsistema social – frente a outros sistemas não comunicativos como o orgânico e o psíquico, tem-se que o sistema penal somente pode ser caracterizado enquanto "um contexto consistente de declarações jurídicas",[9] no qual o ato é interpretado como comunicação não aceita pela comunicação dominante a qual, justamente por não aceitá-la, dirige a tal comunicação não aceita a contracomunicação expressa pelo juízo de reprovação da pena.

Nesse passo, o que pode ser interpretado enquanto comunicação não querida será determinado pela análise comunicativa de quem é o ente apto a emitir comunicações – "culpável" – e, ainda, qual a comunicação esperada de cada ente apto a expressar comunicação – "imputação".[10]

O Direito Penal só faz sentido, para além da "sequência irracional de dois males",[11] enquanto se volte para a culpabilidade entendida como conceito normativo.

8. JAKOBS, G. Indivíduo e pessoa: Imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência. In: SAAD-DINIZ, E.; POLAINO-ORTS, M. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 26-30 – Grifo nosso).
9. JAKOBS, G. Imputação. Fundamentos e determinação da conduta não permitida. In: AMBOS, K.; BÖHM, M. L. (org.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. 15 p.
10. Inclusive "objetiva".
11. JAKOBS, G. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 41, onde revive a tradicional crítica de Hegel.

A chamada "instrumentalização/funcionalização" da culpabilidade desenvolvida por Jakobs nada mais é do que a ligação radical entre a culpabilidade, os fins do Direito Penal e a pena enquanto resposta comunicativa, de forma que não se deixa qualquer espaço para se analisar a culpabilidade fora do Direito Penal, nem para se falar em um Direito Penal, com penas, onde não houver culpabilidade. A culpabilidade operacionaliza a pena enquanto comunicação, alocando o âmbito de exercício da função última do Direito Penal dentro da sociedade através da direção da reprovação.

Trata-se, enfim, de um conceito normativo, de fechamento, fundamentação e acoplamento do sistema, que impede que se fale em "merecimento" ou "responsabilidade" penais para além do efetivo sistema de penas, bem como veicula as comunicações específicas do sistema penal na sociedade por meio de tais conceitos.

Por meio da culpabilidade se coloca o autor, enquanto sujeito passivo da pena, como ente apto a expressar comunicação não desejada, contudo, e sobretudo, coloca-se igualmente o Direito Penal como sistema responsável por tornar operável a comunicação de reprovação. O Direito Penal só existe em função da culpabilidade. E aquilo que não for culpável, a rigor, não pertence, ou não deveria pertencer ao Direito Penal. Por outra via, a pena só existe onde houver culpabilidade entendida enquanto capacidade de expressar comunicação não desejada.

Com isso fica de fora a relação meramente naturalística do fato e da pena enquanto deterioração e privação de bens para o fornecimento de segurança. A segurança a que a pena se volta é apenas a segurança da comunicação predominante.

A culpabilidade é conceito de mediação entre o individual do agente e a necessidade social de resolução do conflito a ele atribuído – que se dá mediante pena: comunicação de reprovação. O reverso da moeda da afirmação de que cada sociedade encontra o seu próprio sistema punitivo[12] é a afirmação de que cada sociedade aloca a culpabilidade a seus indivíduos conforme a sua necessidade de estabilização e segundo o padrão de conflito criado frente a expectativas normativas, tal relação ocorrendo quer a sociedade se defina como totalitária, quer se defina como liberal. Nesses termos, a relação entre culpabilidade e pena para Jakobs – relação de imputação – é tão claramente normativa, que mesmo a sociedade mais liberal teria de admitir que se trata da punição para a

12. Conforme a clássica lição de Ruche, G; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

estabilização do sistema. Somente assim pode-se, enfim, diferenciar os âmbitos de esclarecimento causal – ex: acidente imprevisível, enfermidade mental incurável – dos âmbitos de imputação – agente culpável.[13]

Ora, é justamente tal relação de imputação, que *autonomiza* o homem como único centro de imputação, que é deixado de fora pelo entendimento majoritário em relação à nova data-base para nova progressão de regime na execução penal após a unificação de penas, entendimento que, como se verá, traz ao âmbito do Direito Penal – mais especificamente, à execução penal – uma responsabilização sem comunicação de censura.

2. A DATA-BASE NA UNIFICAÇÃO DAS PENAS

Conforme entendimento sedimentado na jurisprudência, durante o processo de execução das penas, sobrevindo nova condenação, deve ser realizada a "unificação", sendo o prazo para nova progressão de regime recontado tendo como nova data-base a data do trânsito em julgado da última condenação e considerando a pena até então cumprida meramente como detração do total de penas unificado.

Referida posição se baseia em leitura específica do art. 111 da LEP e do art. 75 do CP.

Nos termos do art. 111 da LEP, "quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou a remição".

Conforme se depreende da fria leitura do artigo, as diversas sentenças criminais relativas a um único apenado devem ser, no momento da execução, unificadas, sendo então determinado o regime de cumprimento conforme a quantidade de penas e nos parâmetros do § 2.º do art. 33 do CP. Para tanto, conforme se observa do mesmo artigo, da quantidade de pena somada de cada sentença deve ser subtraído o tempo de prisão até a unificação – a "detração" –, bem como eventual remição.

13. A explicação do sistema penal de Jakobs aqui brevemente descrita deixa propositalmente de fora os desenvolvimentos ulteriores do autor a respeito do Direito Penal do inimigo, até porque, em tal fase, o próprio autor admite que já não se trata mais de Direito Penal enquanto alocador de culpabilidade como conceito mediador da comunicação. Sobre as diversas fases da teoria da pena e da culpabilidade em Jakobs v. Machado, M. R. de A. Op. cit.

O termo "unificação" aparece ainda outras duas vezes na LEP, nos arts. 66, III, *a* e 81-B, I, *d*, tratando da competência do juiz da execução para decidi-la e da atribuição da Defensoria Pública para requerê-la, respectivamente.

Não há mais nenhuma menção a tal termo na Lei de Execução Penal.

O Código Penal, por sua vez, trata do instituto no art. 75, § 2.º, onde dispõe que "sobrevindo nova condenação por fato posterior ao início de cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido".

A partir de tal preceito, tem-se que o condenado a mais de trinta anos de pena privativa de liberdade – e o art. 75, *caput*, do CP trata especificamente do tempo máximo de pena privativa de liberdade – não recebe um salvo-conduto para a prática de novos crimes, eis que, uma vez condenado por novo delito praticado após o início da execução, terá desprezado, para o limite máximo dos trinta anos, o período de pena já cumprido.

Trata-se da única menção à "unificação" em todo o Código.

A partir de tais preceitos a jurisprudência se consolidou no sentido de que, sobrevindo nova condenação, independente da eventual alteração de regime em decorrência da nova sentença ou do novo *quantum* de pena imposto, e ainda que a soma das penas não ultrapasse o limite dos trinta anos de cumprimento de pena, seja ainda a nova condenação referente a delito praticado antes ou depois do início da execução, deve ser alterada a "data-base" para nova progressão de regime para a data do trânsito em julgado da última decisão condenatória.

Nesse sentido, o STJ, no HC 95.669/RJ,[14] entendeu que "sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena – seja por crime anterior ou posterior – interrompe-se a contagem do prazo para a concessão do benefício da progressão de regime, que deverá ser novamente calculado com base na soma das penas restantes a serem cumpridas". Ainda, no voto do Ministro relator, tem-se que, a partir da análise da jurisprudência consolidada daquela Turma no sentido de que a prática de falta grave ou crime doloso – considerado falta grave nos termos do art. 52 da LEP – interrompe o prazo para nova progressão, igualmente, "no caso de superveniência de nova condenação, se, somadas as penas, não for alterado o regime carcerário do condenado, deverá ser

14. STJ, HC 95.669/RJ, 5.ª T., j. 28.05.2008, rel. Min. Felix Fischer.

interrompido o prazo para a concessão do benefício da progressão de regime, que será calculado a partir do trânsito em julgado da nova condenação".[15-16]

No mencionado julgado, é ainda citado o HC 77.765-1/PR do STF[17] em que especificamente se estabeleceu a alteração dos marcos para progressão de regime com nova condenação, ainda que ausente qualquer falta grave ou alteração do regime de cumprimento de pena, mas simplesmente pelo mero trânsito em julgado de condenação superveniente – a qual, no caso concreto, inclusive já tinha sua pena executada provisoriamente, não sendo alterada com o trânsito em julgado, que teve, como único efeito, a alteração da "data-base" para nova progressão.

Esse vem a ser então o entendimento igualmente pacífico do STF, por exemplo, no HC 100.499/RS de relatoria do Min. Marco Aurélio em que se assentou: "Pena – Cumprimento – Superveniência de nova condenação. Uma vez preclusa no campo da recorribilidade a nova decisão condenatória, dá-se o somatório das penas impostas com as consequências próprias, ou seja, não só para haver a observância do limite da custódia – art. 75 do CP – como também para sopesarem-se os parâmetros da progressão de regime de cumprimento da pena, surgindo, então, outro termo inicial para a contagem do tempo".

No corpo do acórdão mencionado, o Ministro relator dissertou: "há somatório de penas e, então, desprezado o período cumprido na anterior, surge novo quadro fático a nortear a progressão, podendo ocorrer, até mesmo, conforme previsto expressamente no inc. II do art. 118 da LEP, regressão para regime mais rigoroso. Está-se diante de consequência lógica do fato de ser formalizado, contra aquele que vem cumprindo a pena em certo regime, novo título judicial condenatório, chegando-se ao somatório de penas não só para beneficiá-lo – tempo máximo de permanência preso (trinta anos, art. 75 do CP) – como também para implementar-se o regime próprio à totalidade de anos em que deva o condenado ficar recluso e, logicamente, não se poderá, no

15. Esse também o entendimento esposado em outro acórdão paradigmático do STJ exarado no bojo do REsp 989.835/RS, 5.ª T., j. 01.10.2008, rel. Min. Jane Silva, em que, inclusive, se utilizou exatamente a mesma passagem do voto do habeas corpus supra citado.

16. Essa a jurisprudência ainda pacífica no STJ conforme: AgRg no REsp 1.258.206/SP. 5.ª T., j. 07.04.2015, rel. Min. Jorge Mussi; AgRg no RHC 36946/RN, 6.ª T., j. 17.03.2015, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

17. STF, HC 77.765-1/PR, 2.ª T., j. 06.10.1998, rel. Min. Nelson Jobim.

tocante à pena retratada no título seguinte, considerar a passagem do tempo relativamente àquela imposta na condenação anterior".[18]

Ora, todo esse remansoso repositório jurisprudencial das cortes superiores, que jamais admitiu um único entendimento em sentido diverso, acaba por contrariar a própria responsabilidade do apenado pela sua situação executória, sendo frontalmente contrária aos pressupostos de imputação citados e, no limite, ao próprio sistema progressivo de cumprimento de penas, produzindo gravame à situação executória do condenado sem que haja qualquer censura.[19]

---

18. Essa continua a ser a orientação do STF, conforme os recentes RHC 116.528/RS. 1.ª T., j. 11.02.2014, rel. Min. Luiz Fux e RHC 121.849/MG, 1.ª T., j. 22.04.2014, rel. Min. Dias Toffoli.

19. Em rápida passagem, tal entendimento é também criticado por Rodrigo Duque Estrada Roig, em sentido muito similar ao aqui defendido, aduzindo que: "é majoritária a posição de que, em caso de superveniência de nova condenação, independente se o crime foi praticado antes ou depois do início da execução da pena, interrompe-se a contagem do prazo para a concessão de novos direitos, e o marco interruptivo corresponde à data do trânsito em julgado da última condenação (STJ, HC 240.569/MT, 5.ª T., j. 13.08.2013; STF, HC 100.499/RS, 1.ª T., j. 26.10.2010; HC 102.492/RS, 2.ª T., j. 05.10.2010). Nessa linha a contagem do prazo para a concessão de eventuais direitos da execução passaria a ter por parâmetro a soma das penas restantes a serem executadas, desprezando-se, assim o período já cumprido. *Merece crítica o posicionamento de que o marco interruptivo corresponde à data do trânsito em julgado da última condenação, medida esta causadora de insegurança jurídica (pois deixa o condenado à mercê da morosidade estatal) e evidentemente prejudicial ao condenado. Na verdade, nem mesmo deveria ocorrer a interrupção, tendo em vista o eixo interpretativo de que pena cumprida deve ser assim considerada para todos os efeitos. Nessa perspectiva, a data-base continuaria a ser acertadamente a data do início do cumprimento da pena originária. Mas ainda que reconhecida a possibilidade de interrupção, a data-base jamais pode ser a data do trânsito em julgado da última condenação, no máximo a da prática do novo crime ou falta disciplinar, ou ainda, em caso de fuga da recaptura*" (ROIG, R. D. E. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 302-303 – Grifo nosso). Assim também o entendimento, ao menos no que toca a crimes anteriores à pena já executada, de José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto, para os quais: "Pergunta-se: Se a nova condenação se referir a fato anterior ao início do cumprimento da pena, não seria mais consentâneo com o princípio da menor onerosidade que se tomasse por base a data da prisão? E se, por inércia do Estado, houver demora na condenação por outro crime a que responda pessoa que já cumpre pena? E se houver injustificada demora na soma da nova condenação a anteriormente existente, seria razoável transferir ao apenado tal ônus? Diz-se isso, pois se a data-base para cálculo de benefícios seria a da soma da nova condenação, haveria inevitavelmente a protelação do alcance de benefícios como, por exemplo, o da progressão de regime. Por isso, entende-se que a melhor interpretação e que se harmoniza aos princípios que norteiam a execução penal e suas finalidade é a que considera como data-base para cálculo de benefícios, após a soma ou unificação de penas, a data da prisão se a nova condenação decorrer de

3. DO SISTEMA PROGRESSIVO[20]

A história do sistema penitenciário moderno é a história do sistema progressivo[21] e assim também no Brasil.

De fato, pode-se estabelecer que a história da própria pena moderna é a história da penitenciária enquanto instituição, a qual envolve, em si, a indeterminação relativa da pena e a observação do apenado.

Segundo Foucault, "o protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII",[22] e, no lugar da punição do corpo, entra em cena o mecanismo que, através do tempo, procura operar modificações na alma do condenado.[23]

Assim, "o mais antigo desses modelos, o que passa por ter, de perto ou de longe, inspirado todos os outros, é o Rasphuis de Amsterdam, aberto em 1596. (...) um horário estrito, um sistema de proibições e obrigações, uma vigilância contínua, exortações, leituras espirituais, todo um jogo de meios para 'atrair para o bem' e 'desviar do mal' enquadrava os detentos no dia a dia".[24]

Ao trabalhar o cotidiano do comportamento, ao se estabelecer dia após dia a rotina exata do correto e do incorreto, trazendo para cada um "um sistema

---

crime anterior ao início da pena em cumprimento ou da última falta grave ou recaptura nos demais casos" (SILVA, J. A. A.; SILVA NETO, A. C. da. *Execução penal: novos rumos, novos paradigmas*. Manaus: Aufiero, 2012. p. 238).

20. O presente tópico adota uma visão propositalmente "ingênua" a respeito das funções efetivas do sistema penitenciário, sobretudo em relação à sua finalidade "ressocializadora". Para os fins do presente artigo, que visa demonstrar o vício de entendimento jurisprudencial específico, não há qualquer prejuízo, até porque tal posição ingênua continua a ser recorrentemente invocada pelas mesmas autoridades que sustentam o entendimento ora criticado.
21. V. ROIG, R. D. E. Op. cit., p. 313: "A história do sistema penitenciário moderno confunde-se com a história do sistema progressivo, popularizado pela expressão mark system e desenhado a partir do século XIX com as contribuições de Manuel Montesionos y Molina (1834), Alexander Maconochie (1840), Georg Michael Von Obermaier (1842) e Walter Crofton (1854). Assim como diversos outros ordenamentos, a execução da pena em nosso país funda-se no sistema progressivo, com a flexibilização da possibilidade de transferência entre regimes".
22. FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 71.
23. "À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições", que, torna, ainda, "o tempo, operador da pena". FOUCAULT, M. Op. cit., p. 21 e 104.
24. FOUCAULT, M. Op. cit., p. 117.

duplo: gratificação-sanção",[25] já se tem todo o material necessário, ainda no século XVI, para que, em 1984, venha então a doutrina brasileira a comentar a Lei de Execução Penal como guiada pelo "mérito e demérito"[26] do condenado.

Reproduzindo esse pensamento, ainda antes da própria Lei de Execução Penal, Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind aduziam que "só mais recentemente o modo de execução da pena adquiriu lugar de destaque no estudo da penologia. Torna-se questão relevante na medida em que a pena privativa de liberdade não tem mais somente finalidade retributiva e preventiva, mas objetiva, de forma preponderante, reintegrar o desviante na comunidade através de tratamento específico. A partir desse momento, o estabelecimento penal deve comportar um ordenamento jurídico próprio que determina como deve ser executada a pena de modo a regenerar o preso. Em outras palavras, a implementação de um tratamento ressocializador supõe o estabelecimento de regras de comportamento e de vida para a sociedade carcerária. Desse modo, a organização das instituições penais constitui fator fundamental para a concreção do objetivo último da pena privativa de liberdade".[27]

É possível dizer que o sistema progressivo é ao mesmo tempo fruto da atividade disciplinadora exercida pela sanção normalizadora que "recompensa unicamente pelo jogo das promoções que permitem hierarquias e lugares" e "pune rebaixando e degradando",[28] e da instituição prisional que surgiu para lhe pôr em prática, a qual permite "quantificar exatamente as penas, graduá-las segundo as circunstâncias, e dar ao castigo legal a forma mais ou menos explícita de um salário; mas corre o risco de não ter valor corretivo, se for fixada em caráter definitivo, no nível do julgamento. A extensão da pena não deve medir o 'valor troca' da infração; ela deve se ajustar à transformação 'útil' do detento no decorrer de sua condenação",[29] ambas frutos da sociedade disciplinar que se formou desde então.

Essa tensão entre o sistema progressivo, enquanto sistema que observa a trajetória do condenado após o seu aprisionamento, tendente, supostamente à ressocialização, e a fixação da pena a partir do fato no momento da sentença, é também sentida pela penologia, a qual afirma que "já na segunda metade do

25. Idem, p. 173.

26. Conforme nota 1.

27. CATÃO, Y.; SUSSEKIND, E. Os direitos do preso. In: FRAGOSO, H.; CATÃO, Y.; SUSSEKIND, E. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 63.

28. FOUCAULT, M. Op. cit., p. 174.

29. Idem, p. 231.

século XIX, a distinção entre pena útil e pena justa foi utilizada para diferenciar a fase da aplicação da fase da execução propriamente dita. É quando – e tal circunstância é decisiva – a execução da pena se oferece essencialmente como 'governo de homens' através do tempo. Ao invés da *pena justa* – ou pena merecida pelo fato – tem-se uma pena que, enquanto 'execução', é necessariamente levada a prestar contas com o problema do 'tratamento' de homens, ou seja, com a disciplina (justamente, a dimensão de 'não direito')".[30]

Enfim, ao se pedir à prisão que "seja útil", estabelece-se todo um regime de vicissitudes que muito pouco tem a ver com a situação criminal julgada no processo de conhecimento.

De fato, a possibilidade de análise da readaptação do condenado e das funções que o sistema penal tem a cumprir após a declaração condenatória se volta a um sistema de penas utilitarista, na qual a pena necessária é, justamente, aquela capaz de retribuir à sociedade um apenado adequadamente ressocializado segundo as premissas de um sistema "terapêutico". Vale dizer, "o sistema progressivo aplicado em Genebra desde 1825 foi muitas vezes aclamado na França. (...) Todo um regime de punições e recompensas que não é simplesmente uma maneira de fazer respeitar o regulamento da prisão, mas de tornar efetiva a ação da prisão sobre os detentos".[31]

Era, enfim, essa a meta da Lei de Execução Penal, a qual projetava um sistema de "terapêutica penal", eventualmente ainda hoje invocado para a interpretação dos diversos institutos da Lei de Execução Penal.[32] "É a isso, em suma, que se chama 'penitenciário'".[33]

30. PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 23. Grifos no original.

31. FOUCAULT, M. Op. cit. p. 232.

32. Veja-se, por exemplo, os fundamentos da Súmula 491 do STJ, a qual veda a chamada "progressão *per saltum*", tendo por base, justamente, o "sistema progressivo" lastreado na "terapêutica penal". Assim, e.g., Guilherme de Souza Nucci, para quem, "deve-se observar, rigorosamente, o disposto no Código Penal e na Lei de Execução Penal para promover a execução da pena, sem a criação de subterfúgios contornando a finalidade da lei, que é a da reintegração gradativa do condenado, especialmente daquele que se encontra em regime fechado, à sociedade. Assim, é incabível a execução da pena 'por saltos', ou seja, a passagem do regime fechado para o aberto diretamente, sem o necessário estágio no regime intermediário (semiaberto)" (NUCCI, G. S. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 555.

33. FOUCAULT, M. Op. cit. p. 234.

Causa, portanto, espécie, que justamente tal noção de "terapêutica", "mérito" e "demérito", seja totalmente desconsiderada quando da unificação das penas.

4. A UNIFICAÇÃO E A DATA-BASE

Conforme demonstrado, a alteração da data-base para nova progressão quando da unificação de outras condenações durante a fase de execução é entendimento pacífico nos tribunais superiores.

Argumenta-se, em especial, que antes de unificada a nova condenação, o sentenciado cumpria tão somente penas diversas, não podendo tal período de pena ser utilizado para contagem de tempo para nova progressão na pena ainda não unificada.

Ora, tal argumentação quase se perde na visão processual em que uma sentença, entendida como "título executivo", não pode sofrer qualquer influência da execução das demais, ignorando, assim, que para o sentenciado preso pouco importa, em termos substanciais, o título por qual está preso: sendo por uma ou outra sentença, em nada se alteram suas condições cotidianas.

Ainda, tal argumentação perde de vista que para que haja a efetiva utilização do tempo de pena cumprido relativo a uma pena em abono de outra recém unificada – num raciocínio semelhante ao "crédito de pena" abominado jurisprudencialmente[34] – o condenado tem primeiro de preencher todo o requisito objetivo da primeira pena – para que, enfim, haja algum "crédito" – e é patente que – preenchidos os demais requisitos da progressão de regime – cada dia "a mais" cumprido na pena anterior acaba por revelar uma violação do direito a que faz jus o condenado. Causa espécie, assim, que se reaja contra a "utilização do tempo de uma pena em outra", mas nada se diga à respeito dos "dias a mais" que o preso tem de cumprir pelo não deferimento imotivado da progressão a que faz jus antes da unificação.

Ainda mais incisivamente, conforme se quer demonstrar, ao se proceder como o faz a jurisprudência pacífica superior, altera-se a data-base para a concessão de nova progressão para data sobre a qual não tem o sentenciado qual-

34. O que, a rigor, também merece crítica, pois só tem "crédito" quem sofreu injustamente no passado, e é entendimento pacífico na Corte Interamericana de Direitos Humanos a inviabilidade da "satisfação equitativa" quando possível a reparação *in natura*. Sobre o tema, v. RAMOS, A de C. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

quer influência – qual seja: o trânsito em julgado da sentença condenatória –, acabando por ignorar toda a sua trajetória na execução da pena.

Ainda, uma vez que a pena cumprida é apenas detraída do total até o momento da nova "data-base", e não mais considerada como fração efetiva para o cômputo do requisito objetivo da progressão, a matemática demonstra que tal alteração se dá de forma prejudicial ao apenado e ao arrepio de qualquer mandamento expresso! Veja-se: a mesma quantidade de dias de prisão imposta ao sentenciado terá sempre um peso menor se considerada no todo da pena imposta do que se considerada para fins de preenchimento da fração da pena total necessária para o alcance da progressão. Trata-se de um cálculo óbvio, eis que uma fração é sempre menor do que o inteiro.

Basta um exemplo matemático para aclarar tal cálculo: condenado a seis anos de pena por crime comum – tendo, então de cumprir um ano para progressão – responde o processo em liberdade e vem a ser preso posteriormente em flagrante de novo delito comum, pelo qual é novamente condenado à pena de dois anos em processo que demora seis meses para ser julgado, interpondo recurso, o qual culmina na redução de sua pena superveniente em seis meses, postergando, contudo, em mais seis meses o trânsito em julgado. Ora, ao se adotar a posição jurisprudencial criticada, o apenado que recorreu – e teve sua pena reduzida – terá de cumprir, após um ano de pena já cumprida, mais um ano e um mês completo para ter direito à progressão, totalizando dois anos e um mês de prisão antes da progressão. Caso não houvesse recorrido, o mesmo apenado cumpriria seis meses até o trânsito em julgado da segunda condenação e mais um ano e três meses após a unificação, totalizando um ano e nove meses de prisão.

Como se demonstra, tal situação torna o próprio direito ao recurso um direito de qualidade duvidosa – em especial ao se considerar o grande número de julgados dos tribunais que simplesmente "confirmam a sentença". Mas para além de tal efeito prático, ao assim se proceder se viola toda a racionalidade de uma execução penal que se funda sobre o sistema de benefícios e sanções segundo o mérito ou demérito do condenado.

No limite, tal proceder viola o próprio princípio da culpabilidade.

De fato, como demonstrado, a partir da dogmática penal de Günther Jakobs, as regras do Direito Penal passaram a ser interpretadas muito mais como regras de imputação do que como regras de proteção a bens jurídicos.

Nesses termos, os fatos tipificados como crimes, mais do que meras lesões a bens materiais, passaram a constituir efetivos juízos de reprovação, os quais

necessitavam, para sua configuração, de mais do que meros prejuízos naturalísticos.

Assim, por exemplo, a chamada "teoria da imputação objetiva": uma vez que o Direito Penal não serve para proteger bens materiais, mas para definir a reprovação, não é toda deterioração negativa de bens jurídicos causada por ato humano que deve ser compreendida como crime, senão, somente aquelas que se encontravam no âmbito de dever do agente a quem se dirigirá a imputação.[35]

No célebre exemplo de Jakobs, um garçom que, estudante de botânica, recebe um prato de salada para servir, encontrando em tal prato uma exótica e assassina planta venenosa, não comete nenhum crime se, restringindo-se ao seu papel de garçom, vem a servir o prato conforme lhe foi ordenado: nem tudo é responsabilidade de todos, e aquele que age dentro de seu papel não pode ser imputado por deveres que não lhe competiam.[36]

Pois bem, tais premissas da imputação penal podem ser nitidamente transplantadas para a execução. Em verdade, tal caráter de imputação se torna ainda mais reluzente na execução, em que a própria natureza progressiva e regressiva da concretização da pena faz ressoar o sistema de *marks and bonus*, tornando o apenado responsável pelo seu mérito e demérito no cumprimento da pena.

No limite, a imputação do mérito é capaz de, na execução, fazer o sentenciado ser liberado antes mesmo do término da pena – mediante, por exemplo, o livramento condicional – ou, ainda, acabar por cumprir toda sua pena no regime mais gravoso de cumprimento – mediante, por exemplo, a prática de seguidas faltas graves.

Ora, se é verdade que tal lógica de imputação de mérito vigora como *leitmotiv* da execução penal, também são a ela plenamente aplicáveis as regras da imputação penal. Nesses termos, não há sentido algum em querer fazer com que a data-base para nova progressão, após o cometimento de novo delito, seja alterada para a data do trânsito em julgado da última condenação.

Ocorre que, ao assim proceder, imputa-se ao sentenciado a natural demora do judiciário! O apenado não possui, justamente, qualquer dever em relação a tal evento.

Veja-se que, uma vez preso pelo novo delito, o sentenciado inicia desde logo sua execução, podendo, por exemplo, trabalhar e remir parte de sua pena.

35. JAKOBS, G. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2000.

36. Idem, p. 49.

Se, eventualmente, comete falta grave, igualmente poderá ter sua data-base alterada, fazendo interromper o prazo para progressão. Inobstante, quer pela remição, quer pela prática de falta grave, o sentenciado sofre as consequências de seu próprio mérito ou demérito, sendo imputado por atos que estão dentro do seu âmbito de competência. Tal, contudo, não ocorre quando se imputa o trânsito em julgado da nova condenação!

Ora, em relação ao trânsito em julgado do novo processo, o que poderia o sentenciado – o qual, ressalte-se ainda uma vez, se encontrava preso e em execução regular desde muito antes de tal fato jurídico – influenciar? Acaso deveria mandar cartas para a autoridade judiciária ou tribunal, requerendo a celeridade na apreciação de seu processo? Seria ele o responsável pela contratação de uma defesa que teria então interesse em que o processo transitasse em julgado o mais rapidamente possível, independente do resultado, simplesmente para que não postergasse por demais a data para início do cálculo de progressão? Haveria desde logo de desistir de qualquer recurso, prejudicando assim a ampla defesa, fazendo o cálculo de ônus e bônus entre uma absolvição incerta e um trânsito em julgado com início de progressão mais lépido?

Por óbvio todas essas alternativas – que trariam, de alguma forma, o fato jurídico do trânsito em julgado para a esfera de competência próxima ao apenado – se fazem absolutamente irrazoáveis e carentes de fundamento, donde se demonstra o absurdo de tal posição jurisprudencial – ainda que incessantemente repetida.

Tal proceder, em última análise, viola o próprio princípio da culpabilidade, insculpido na Constituição Federal a partir da dignidade da pessoa humana, a qual, na forma da regra-fórmula kantiana, se expressa no brocardo "o homem é o fim de todas as coisas e não pode ser utilizado como meio para outro fim, sob pena de ser coisificado".

Ora, como fim de todas as coisas, o homem somente pode ser responsável pelo seu próprio atuar, sendo considerado autorresponsável, e não podendo ser punido como instrumento para a obtenção de qualquer outro fim.

Precisamente tal responsabilidade por si – e unicamente por si – é posta em questão ao se punir o sentenciado, na execução, pelo trânsito em julgado tardio de um processo criminal cujas variáveis ele não controla.

De outro vértice, a adoção do trânsito em julgado da última ação penal como data-base para nova progressão na execução acabaria por dar salvo-conduto ao sentenciado que sabe que tem um processo em trâmite cuja condenação se faz provável. Basta imaginar a situação em que o já sentenciado em outro processo é agora, no novo feito, réu confesso, com outras provas – como a testemunhal

– a corroborar tal entendimento. Ora, tal réu confesso se tornaria verdadeiramente imune a qualquer efeito de faltas graves no regime fechado. Uma vez que a grande maioria dos presos do sistema penitenciário não possui trabalho – sendo parcas, portanto, as remições – os presos que aguardam o trâmite de nova ação com alta probabilidade de condenação já teriam poucos efeitos a temer pela prática de faltas graves em regime fechado – como, por exemplo, motins, posse de celulares, de entorpecentes e etc. – eis que a data-base para a obtenção de nova progressão será alterada, de qualquer forma, com o trânsito em julgado da nova ação.

E um misto dessa atitude amparada em "salvo-conduto" dado pelo trânsito em julgado futuro e certo de ação condenatória e do sentimento de punição sem respectiva violação de dever se observa diariamente na atividade de assistência jurídica nos presídios.[37]

5. "FORA TRÂNSITO EM JULGADO! DATA-BASE NA DATA DA PRISÃO!"

No Estado do Paraná existem onze varas de execuções penais em regime fechado e semiaberto distribuídas pelas cidades de Curitiba, Ponta Grossa, Guarapuava, Londrina, Maringá, Cruzeiro do Oeste, Francisco Beltrão, Cascavel e Foz do Iguaçu.

Uma vez que não existe preceito expresso a respeito da data-base para nova progressão de regime após unificação de penas, e a despeito da pacífica orientação jurisprudencial superior demonstrada, existem posicionamentos confli-

37. Por todo o quanto exposto no presente tópico, os mesmos argumentos podem ser utilizados para a crítica dos limites matemáticos objetivamente fixados para os diferentes regimes no § 2.º do art. 33 do CP. A fixação quase cabalística dos diversos regimes de acordo com os marcos de quatro e oito anos ignora, quando de eventual unificação, a responsabilidade do condenado e sua trajetória na execução. Basta imaginar, por exemplo, a situação muitas vezes observada nos juízos de execução em que o sentenciado possui uma pena longa, cuja fração para a progressão de regime é inferior ao necessário para que a pena total seja reduzida a menos de oito anos – suponha-se, por exemplo, uma pena de doze anos por delito com fração de cumprimento para progressão em um sexto, o que é comum nos delitos tidos como hediondos praticados anteriormente à Lei 11.464/2007, resultando, portanto, no cômputo de dois anos para o requisito objetivo da progressão. Nesses casos, a superveniência de nova condenação, ainda que hipoteticamente fixada a nova pena em um único dia de prisão, traria a unificação total da reprimenda em patamar superior a oito anos e levaria à regressão, ainda que o sentenciado possua comportamento absolutamente exemplar em toda a sua execução.

tantes entre os diversos juízos, o que, muitas vezes, leva a população carcerária a pleitear transferências não condizentes com o local de residência de seus familiares – tema que via de regra recebe alguma atenção da doutrina e jurisprudência – mas, sim, para se subjugar a entendimentos de juízos tidos como menos severos. No caso específico da data-base após unificação, tem-se uma das causas mais recorrentes de inquietação.

No final de 2014, dos onze juízos da execução paranaense, seis acompanhavam a jurisprudência superior, alterando a data-base para progressão de regime para a data do trânsito em julgado da última condenação[38] e cinco estabeleciam a data-base para progressão na data da última prisão ou falta grave.[39] Essa diferença de entendimentos, quando não o motivo efetivo da transferência de presos, causa verdadeira perplexidade em presos transferidos, gerando grande revolta quando o condenado inicialmente submetido ao entendimento de que a data-base só se altera com faltas graves – incluídos aqui novos delitos, considerando, então a data do fato e não do trânsito em julgado da condenação – tem sua situação executória completamente alterada por entendimento de outro juízo que considera a data-base como a data do trânsito em julgado da última condenação.

No mais das vezes é difícil fazer com que os sentenciados compreendam a lógica da unificação de penas querida pelos tribunais superiores. Ainda, uma vez que no dia a dia da prisão as datas mais aguardadas pelos apenados são as datas de progressão ou livramento, as quais, por óbvio, são muito anteriores à data do término efetivo da pena, muitas vezes o preso, ao ser informado do entendimento a respeito da data-base na data do último trânsito em julgado, costuma entender que o período que permaneceu preso até a data deste último trânsito "não serviu para nada".

38. Há alguma divergência entre estas seis, sendo que parte adota o trânsito em julgado para a acusação como marco interruptivo. De qualquer forma, quer se trate do trânsito em julgado para acusação, quer se trate do último trânsito em julgado – independente se para a defesa ou acusação –, em ambos os casos há a alteração da data-base para uma data futura e incerta sobre a qual não tem o condenado qualquer responsabilidade.

39. Havendo, ainda, discrepância no tocante ao livramento condicional, para o qual cinco juízos entendiam pela fixação de sua data-base na data da primeira prisão – contando, como manda o Código Penal, todo o período de pena cumprido – e seis na data do trânsito em julgado da última condenação – com suas variações em relação ao trânsito em julgado para a acusação ou final – aplicando a jurisprudência superior a respeito da unificação e data-base para progressão também para o livramento condicional.

De fato, como explicar que, sem faltas e com comportamento exemplar, mas simplesmente pelo trânsito em julgado – conceito que também não é tão facilmente explicável para os que não têm formação jurídica – os benefícios da execução tardarão algum tempo a mais para chegar ao sentenciado? Trata-se de efetiva punição, ainda que sem comunicação de censura!

E tal punição é sentida pela população carcerária como verdadeira injustiça.

De fato, em uma das vinte e quatro rebeliões ocorridas nas unidades penitenciárias do Paraná no ano de 2014, entre as diversas outras questões e reivindicações envolvidas na negociação entre detentos e forças de segurança, se encontrava simploriamente o entendimento a respeito da "data-base", o qual se manifestava em uma única frase pintada nas salas de atendimento jurídico pelos presos rebelados a qual assim se expressava: "Fora trânsito em julgado! Database na data da prisão!" (sic).

Trata-se, enfim, de clara percepção de uma sanção, expressa em entendimento que muitas vezes traz anos a mais de regime fechado de cumprimento de pena, sem respectiva culpabilidade e, como se sabe, o discurso da injustiça, recorrente no âmbito penitenciário, é também facilmente inflamável.

6. CONCLUSÃO

1. A questão da data-base a partir da qual se (re)iniciará a contagem do prazo para nova progressão de regime, embora não prevista em lei, recebe tratamento uniforme nos tribunais superiores, os quais jamais admitiram sequer uma única decisão divergente, adotando, tanto o STJ, quanto o STF, posição no sentido de que a fração para cumprimento do requisito objetivo se reinicia após o trânsito em julgado da última ação penal condenatória.

2. Tal entendimento se baseia em raciocínios processuais, que veem a sentença como título executivo, o qual não pode receber qualquer parcela de cumprimento antes de sua unificação no juízo da execução, e acabam por ignorar a situação material do preso, a qual não se altera com a chegada de novos títulos que o mantém no mesmo regime de cumprimento.

3. Tal crítica se reforça ao se tomar por base a culpabilidade pensada por Günther Jakobs, na qual a pena operacionaliza o juízo de imputação, fazendo a vinculação normativa da comunicação que se quer predominante na sociedade.

4. Segundo tais bases, o Direito Penal, entendido em um contexto comunicativo, é radicalmente ligado à culpabilidade, a qual determina quais os centros aptos a comunicar e receber, em contrapartida, uma contracomunicação.

5. Na explicação do delito enquanto contexto adequado de comunicação e contracomunicação, tem-se que só o Direito Penal aloca na sociedade o juízo de imputação e censura, de forma que o conflito é explicado pela imputação do fato ao autor culpável e não como mero acidente ou segundo regras de causalidade pertencentes a outros sistemas – como a física ou a psicologia –, vale dizer, o Direito Penal estabelece o seu próprio nexo de reprovabilidade.

6. Justamente tal nexo é totalmente ausente na alteração da data-base para a contagem do prazo para nova progressão quando da adoção da posição dos tribunais superiores no momento da unificação das penas.

7. Ocorre que o preso não possui qualquer vinculação de dever para com o trânsito em julgado da última ação penal e, inobstante, a alteração da data-base para a data de tal trânsito acaba por prejudicá-lo, matematicamente, no percurso à sua progressão. Tal proceder se torna ainda mais criticável quando se percebe que não há qualquer comunicação de censura – até porque ausente qualquer culpabilidade – e, todavia, há nítido prejuízo ao preso.

8. Em última análise, tal fixação por um termo posterior à unificação da nova pena – antes do qual, supostamente, o tempo de pena cumprido não poderia ser considerado para fins de progressão – acaba por violar o próprio sistema progressivo de cumprimento de pena.

9. De fato, conforme lição primordial, o sistema progressivo tem por cerne o mérito e o demérito do sentenciado, de forma a fazê-lo passar pelos diversos regimes de cumprimento com a progressiva reinserção social do preso. A despeito da crítica quanto ao cumprimento efetivo de tal função, percebe-se que a lógica penitenciária é violada quando o preso, mesmo sem ter realizado qualquer ato, e, muitas vezes, muito ao contrário, possuindo comportamento exemplar em sua execução, é prejudicado pelo entendimento jurisprudencial, o que acaba por ignorar todo o seu comportamento ao longo da execução da pena.

10. Ademais, tal posicionamento sem previsão legal acaba por receber tratamentos diversos por diversos juízos de primeiro grau, o que acaba estimulando a transferência de presos unicamente com a finalidade de se buscar um entendimento mais favorável, bem como tornando a data para nova progressão aleatória, dependente de fatores sobre os quais o próprio preso não possui qualquer influência.

11. Tal posicionamento, por fim, gera perplexidades nos próprios apenados, os quais se veem confrontados com lógica disparatada da lógica do cumprimento de pena baseado no mérito e demérito, gerando facilmente discursos

KASSAMA, Alexandre Gonçalves. Culpabilidade, sistema progressivo e unificação de penas: uma análise da unificação de penas segundo as bases do Direito Penal de Günther Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 120. ano 24. p. 17-39. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

inflamáveis a respeito da justiça ou não de sua situação – o que, ainda uma vez, reforça o caráter de pena infligida sem a efetiva comunicação de censura.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. (coords.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. Os direitos do preso. In: FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. *A imputação penal da ação e da omissão*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Estudios de Derecho Penal*. Tradução ao Castelhano e estudo preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 1997.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

_____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique de Aranda. *Legislação penal especial: vol. 1*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. 2007. Tese (Doutorado em Direito), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Processo Penal: vol. 6*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012.

SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução penal: novos rumos, novos paradigmas*. Manaus: Aufiero, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As finalidades da pena em Günther Jakobs, de Alexis Couto de Brito – *RBCCrim* 110/15 (DTR\2014\18440);
- Concepções iusfilosóficas do Direito Penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs, de Vinicius Borges de Moraes – *RBCCrim* 74/9 (DTR\2008\543); e
- Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs, de Tatiana Machado Corrêa, *RBCCrim* 51/207, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/981 (DTR\2004\659).

85318

Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias

Culpability by vulnerability: an introduction towards its premises, fundaments and controversies

Hamilton Gonçalves Ferraz

Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.
ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: Analisa-se a culpabilidade pela vulnerabilidade conforme elaborada por Eugenio Raúl Zaffaroni, e ainda em construção por parte da doutrina brasileira. Para tanto, estuda-se o desenvolvimento da culpabilidade e suas reformulações contemporâneas; as principais contribuições criminológicas para o instituto e, por fim, é apresentada a culpabilidade pela vulnerabilidade, esclarecendo-se suas premissas, fundamentos e controvérsias.

Palavras-chave: Direito penal – Culpabilidade pela vulnerabilidade.

Abstract: It is analyzed the category of culpability by vulnerability as elaborated by Eugenio Raúl Zaffaroni, and still in construction by part of the Brazilian doctrine. Therefore, it is studied the development of culpability and its contemporary redefinitions; the main criminological contributions for the institute and, finally, it is presented the category of culpability by vulnerability, clarifying its premises, fundaments and controversies.

Keywords: Criminal law – Culpability by vulnerability.

Sumário: 1. Introdução – 2. Breve trajetória jurídico-penal da culpabilidade – 2.1 Visão geral da culpabilidade no direito penal – 2.2 A culpabilidade ao longo do desenvolvimento dogmático – 2.2.1 A culpabilidade do causalismo ao finalismo – 2.2.2 Tendências contemporâneas – 3. A dogmática e o sistema penal a partir da criminologia – 3.1 O ponto de partida da culpabilidade pela vulnerabilidade – 3.2 As principais contribuições criminológicas à dogmática jurídico-penal – 3.2.1 O estudo da delinquência como um fenômeno social – 3.2.2 O surgimento do paradigma da reação social – 3.2.3 O estudo da operacionalidade do sistema penal – 4. A culpabilidade pela vulnerabilidade – 4.1 Primeiras formulações: a coculpabilidade – 4.2 Da coculpabilidade à culpabilidade pela vulnerabilidade – 4.3 Elementos e características da culpabilidade pela vulnerabilidade – 5. Considerações finais – Referências bibliográficas.

Ferraz, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 120. ano 24. p. 41-73. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

1. INTRODUÇÃO

Escrever sobre culpabilidade pela vulnerabilidade é um grande desafio. Não bastasse a culpabilidade, em sentido amplo, já ser uma categoria muito controvertida,[1] a culpabilidade pela vulnerabilidade, elaborada por Eugenio Raúl Zaffaroni[2] e hoje ainda em desenvolvimento por certo setor da doutrina nacional,[3] é uma construção teórica complexa, produto de uma base de conclusões criminológicas acerca do sistema penal e do papel que o direito penal[4] desempenha (ou pode passar a desempenhar) a partir destas investigações.

1. Analisando a legislação alemã e austríaca do pós-guerra, Zaffaroni percebe que, se as leis dispunham que a medida da pena era a medida da culpabilidade, fora desta expressão, não havia consenso: enquanto para alguns tratava-se apenas de culpabilidade, para outros havia um conceito de culpabilidade como quantificação penal, diferente da culpabilidade do delito; uma parte da doutrina considerava a culpabilidade como fundamento da pena, outro como limite, e uma terceira corrente postulava que nem como limite nem fundamento; assim, não haveria nem um acordo mínimo acerca do que é a culpabilidade e para que serve (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva. *Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitária*, n. 11, p. 52-53. Montevideo, jun. 2000).
2. A produção de Zaffaroni no tema é muito vasta e atualizou-se ao longo do tempo, de modo que o trabalho pretende se concentrar em suas obras de maior representatividade no assunto (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general, IV*. Buenos Aires: Ediar, 1999; _____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991; BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro II, I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002; _____. *Culpabilidad por la vulnerabilidad*, Lectio Doctoralis, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2002), sem prejuízo de analisar outras obras de sua autoria ao longo do texto.
3. Ainda são poucos os autores brasileiros que se propõem a trabalhar e desenvolver a culpabilidade pela vulnerabilidade. Por todos, CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142-143; LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Boletim IBCCRIM*, vol. 18, n. 210, p. 16-17. São Paulo, maio 2010.
4. Neste trabalho, parte-se da distinção entre lei penal, poder punitivo e direito penal. Lei penal como a legislação, a programação criminalizante; poder punitivo para se indicar as manifestações concretas de punição de pessoas concretas, em virtude ou a pretexto da prática de condutas criminosas ou a ela assemelhadas; e direito penal como o saber jurídico-penal orientado por critérios de racionalidade (FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 12-13).

Isso torna o instituto de difícil compreensão, o que compromete sua discussão acadêmica e jurisprudencial, oferecendo óbices significativos ao debate e ao aperfeiçoamento científico do direito penal.

Considerando esse quadro, a proposta do presente artigo é se debruçar sobre a culpabilidade pela vulnerabilidade desenvolvida por Zaffaroni[5] num esforço de esclarecimento sobre o tema, de modo a permitir ao estudioso e ao operador do direito uma adequada introdução ao instituto.

Nesse sentido, situar-se-á a culpabilidade na teoria do delito e as principais propostas jurídico-penais de reformulação do instituto, nas quais a culpabilidade pela vulnerabilidade se insere; na sequência, adentrando na base criminológica desta categoria, apresentam-se suas contribuições científicas e críticas ao sistema penal para, em um segundo momento, ingressar-se no estudo dogmático da culpabilidade pela vulnerabilidade, apresentando seus pilares teóricos fundamentais, pontos de partida e contornos teóricos essenciais; ao fim, será feita uma apreciação crítica da construção, bem como sua viabilidade jurídica no direito penal brasileiro.

2. BREVE TRAJETÓRIA JURÍDICO-PENAL DA CULPABILIDADE

2.1 Visão geral da culpabilidade no direito penal

Antes de se iniciar o desenvolvimento histórico da culpabilidade, é interessante perceber como a culpabilidade se situa no direito penal.

Logo nos seus primeiros estudos jurídicos, o estudante de graduação em direito se depara com os princípios básicos do direito penal, dentre os quais figura o princípio da culpabilidade, que, em primeiro lugar, veda a mera responsabilidade pelo resultado, objetiva e impõe a existência de liame subjetivo entre o autor e o resultado de sua conduta e, de outra parte, exige que a inflição de pena não se dê a menos que a conduta do sujeito lhe seja reprovável.[6]

5. A princípio será dada maior atenção à construção de Zaffaroni, especificamente; ao longo do artigo serão trabalhadas as abordagens mais relevantes da doutrina brasileira no tema, que, embora compartilhem de certos pressupostos comuns, diferem sensivelmente, seja por se tratarem de elaborações diversas, seja por acrescentarem considerações de ordem criminológica ou dogmática às ideias básicas do professor argentino.

6. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 103; 64.

Um pouco mais avançado em suas lições, o estudante passa a estudar a culpabilidade não mais como princípio fundamental, mas como categoria do delito, que, ao lado dos juízos de tipicidade e da antijuridicidade, caracteriza-se por ser um juízo de censura endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo, ocasião em que aprende seus elementos constitutivos: a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.[7]

Por fim, nas tormentosas aulas de aplicação e fixação da pena, o incansável estudante volta a se inquietar com a mesma culpabilidade, que agora aparece como circunstância judicial de aplicação da pena,[8] conferindo proporcionalidade entre o mal causado e a intensidade da medida a ele correspondente.[9]

Estudar a culpabilidade é, portanto, estudar uma categoria muito abrangente com uma complexa operacionalidade, já que, como princípio fundamental, desempenha uma função de limite ao poder punitivo; como elemento da teoria do delito, figura como fundamento da pena; e como circunstância judicial de aplicação da pena, se coloca como grau da sanção criminal.[10]

Para os fins do presente estudo, o foco é a culpabilidade situada nesta zona de interseção entre a teoria do delito e a aplicação da pena e, portanto, importa enxergá-la como uma censura pessoal pela realização de um injusto em circunstâncias em que se podia atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico; ou seja, seu pressuposto necessário é a evitabilidade individual do fato, considerado concretamente.[11]

2.2 A culpabilidade ao longo do desenvolvimento dogmático

2.2.1 A culpabilidade do causalismo ao finalismo

De acordo com Davi Tangerino, a inauguração de um conceito de culpa inserido em uma perspectiva sistemática, integrante de uma teoria do ilícito

7. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20-21.
8. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.
9. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 20.
10. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 162; abordando igualmente este triplo sentido, com nuances diversas, BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 64.
11. PRADO, Luiz Régis, et. al. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 341.

penal se dá com Karl Binding, em 1872, no seu célebre "As normas e suas violações".[12] Tratava-se de uma concepção positivista-normativista que, apesar de dar continuidade a tradições anteriores por cindir a culpabilidade em dolo e negligência, trazia de forma inédita a necessidade do conhecimento da norma como pressuposto da capacidade de ação (e do delito), dando assim um importante passo rumo a uma culpabilidade individualizadora.[13]

Avançando em direção a um juízo de imputação individualizado, o sistema Liszt-Beling concebia a culpabilidade, essencialmente, como uma relação subjetiva ou psíquica entre o autor e o fato.[14] Tratava-se de um conceito psicológico, uma formulação causal-naturalista inserida em uma teoria do delito que concebia pela primeira vez suas quatro categorias centrais (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).[15] Aqui, injusto e culpabilidade se relacionavam como dimensões objetiva e subjetiva do fato punível, e a última era constituída por dois elementos: (a) capacidade de culpabilidade (ou imputabilidade), capacidade geral ou abstrata de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato, excluída ou reduzida em situações de imperfeição (imaturidade) ou de defecção (doença mental) do aparelho psíquico; b)relação psicológica do autor com o fato, existente como consciência e vontade de realizar o fato típico, ou como causação de um resultado típico por imprudência, imperícia ou negligência.[16] Tal concepção foi adotada em nosso País por vários penalistas ilustres, como José Hygino, Galdino Siqueira e Nelson Hungria.[17]

Entretanto, tratava-se de um sistema defeituoso, uma vez que era incapaz de abranger a imprudência inconsciente, em que não há qualquer relação psi-

12. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 63-64. Importante apontar que nem todos os autores partem de Binding; em realidade, a grande maioria começa esta análise pelo sistema Liszt-Beling (TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 125; _____. *Teoria do delito*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. p. 95; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 162-163; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. p. 283; BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 441; PRADO, Luiz Régis, et. al. Op.cit., p. 345).

13. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 69.

14. PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 345.

15. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 71.

16. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 283-284.

17. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 166-169.

cológica entre autor e resultado; e era estrutura insuficiente para compreender e valorar situações de anormal motivação da vontade, definidas atualmente como hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso.[18]

No início do século XX, já no neokantismo, agregam-se a essa culpabilidade causal e subjetiva elementos normativos, de modo a retratar-se a culpabilidade como um juízo de valor sobre o comportamento injusto, concludente de uma reprovabilidade jurídica imposta ao autor pelo fato praticado.[19] Neste período firmou-se uma concepção psicológico-normativa da culpabilidade.[20]

O trabalho pioneiro deste movimento é o de Reinhard Frank, no seu *Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade*, de 1907, que, tecendo uma série de observações acerca do estado de necessidade exculpante, da concepção de imputabilidade, da culpa inconsciente, chega à conclusão de que a culpabilidade não seria integrada apenas pela relação psíquica do sujeito com o resultado, senão por três elementos de igual peso, quais sejam, a normalidade mental do sujeito, a relação psíquica concreta do sujeito com o fato ou ao menos a possibilidade da mesma (dolo ou imprudência) e pela "normalidade das circunstâncias em que atua o sujeito"; chegando à conclusão de que "a culpabilidade é reprovabilidade(...) se deve imputar uma conduta proibida à culpabilidade de uma pessoa quando se lhe pode fazer um reproche por ter nela concorrido".[21]

James Goldschmidt,[22] a partir de seu estudo nas chamadas "normas de dever" (normas de conduta interna) em contraposição à "norma jurídica" (norma de direito, externa), conclui pela existência de uma ideia de inexigibilidade de conduta, que seria a ideia diretriz das causas de exculpação;[23] é exatamente a norma de dever que ordena que alguém se abstenha regularmente de pôr em prática a vontade contrária à norma de direito, sendo o

18. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 284.

19. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 125.

20. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 532-536.

21. Cf. FRANK, Reinhard. *Über den aufbau des shuldbegriffs*. Festschrift der jur. Fakultät der Universität Gießen, 1907. p. 14. Apud ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 794-795.

22. "A concepção normativa de culpabilidade", 1913.

23. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 796.

descumprimento da norma de dever que fundamenta, portanto, o elemento normativo da culpabilidade.[24]

Baseando-se em Frank e Goldschmidt, desenvolve Berthold Freudenthal[25] a inexigibilidade como causa geral supralegal de exclusão da culpabilidade,[26] podendo-se definir a mesma como a "desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente".[27]

Edmund Mezger, jurista emblemático e com uma produção teórica dinâmica antes e depois da Segunda Guerra,[28] firma a relação entre a existência de um conteúdo da culpabilidade, associando-o ao caráter da reprovabilidade, como juízo de valor negativo daquele conteúdo; é dele a concepção da chamada "culpabilidade por condução de vida", uma nova modalidade de culpa para aqueles que usualmente se conduziam de modo socialmente desvalioso, onde se suprimia a exigência de que o dolo incluísse a consciência da ilicitude – cuidava-se de direito penal de autor, altamente reprovável e que, entretanto, foi largamente adotado no período nazista na Alemanha.[29]

Dando prosseguimento a esse percurso de normatização, o finalismo, a partir da concepção de ação final, passando pela realocação do dolo e da culpa no tipo penal, faria da culpabilidade não mais do que uma reprovação pessoal contra o autor, uma vez que não omitiu o comportamento antijurídico, embora tenha podido omiti-lo, reprovando-se, assim, não o autor, mas a formação de sua vontade. A essa concepção de culpabilidade denominou-se teoria normativa pura, que desenhava a culpabilidade pelos elementos da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa. Esta é, ainda hoje, a teoria majoritariamente adotada na doutrina brasileira.[30]

---

24. Cf. GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad.* Trad. Ricardo C. Nuñez. 2. ed. Buenos Aires: B. de F, 2002. p. 90 *apud* MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, vol. 7, n. 12, p. 269. São Paulo, jan.-jun. 2010.
25. "Culpa e reprovação", 1922.
26. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 796.
27. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 445.
28. O aprofundamento neste autor ultrapassa os limites do trabalho; dessa forma, por todos, conferir FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 247-249.
29. BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 535-536.
30. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 90-91.

O principal embaraço do conceito de culpabilidade delineado pela teoria normativa pura é sua base ontológica calcada no livre-arbítrio,[31] que não poderia ser provado nem de maneira geral, nem tampouco com relação a um caso concreto; igualmente, a vinculação estreita entre direito e moral que a construção provoca levanta inúmeros questionamentos doutrinários, ensejando uma miríade de novos trabalhos em busca de reformulações do conceito e novos paradigmas.[32] Por esta razão, a seguir, serão abordadas as tendências inovadoras de maior relevo, seguindo a proposta de Davi Tangerino: (i) culpabilidade como limite a prevenção; (ii) culpabilidade como infidelidade ao direito; (iii) culpabilidade como motivabilidade.[33]

2.2.2 Tendências contemporâneas

2.2.2.1 Culpabilidade como limite à prevenção

Amparado pela ideia de prevenção, que norteia toda a sua dogmática, Roxin vislumbrou a culpabilidade como um meio para limitação das sanções orientadas a objetivos preventivos.[34] A culpabilidade deixava de ser um elemento autônomo para constituir-se numa parte de um conceito maior: a responsabilidade, que representa um juízo de valoração que pode fazer um sujeito ser considerado penalmente responsável.[35]

---

31. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 18. tir. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 242-244; SANTOS, Juarez Cirino dos. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. *Revista de Direito Penal* 15/16, p. 59, Rio de Janeiro, jul.-dez. 1974; CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 38; abordando a problemática, com uma posição crítica do debate entre determinismo e indeterminismo, HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 306.
32. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 95; sobre a crítica ao moralismo da ideia de reprovabilidade, BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 173-180; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 139 e FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 458-459.
33. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 95-110.
34. Idem, p. 104.
35. MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. Op. cit., p. 283.

Na busca pela superação da ideia fundante do "poder atuar de outro modo",[36] Roxin aceitou a indemonstrabilidade do livre-arbítrio e passou a redefinir a culpabilidade em face das demais categorias do delito,[37] harmonizando-a aos fins da pena. Tangerino percebeu que o esforço de Roxin pretenderia reunir em um só pensamento deterministas e indeterministas, agnósticos e pios, já que tal construção contemplaria todas as correntes existentes quanto à culpabilidade.[38]

Embora seja uma proposta respeitável pela coerência e solidez de seus argumentos, ela não é isenta de críticas, uma vez que se percebe que a necessidade preventiva da pena não ofereceria, em realidade, um melhor critério para a limitação da pena, já que a necessidade da pena seria fenômeno cientificamente incerto, o que debilitaria a culpabilidade enquanto garantia individual ante a pretensão punitiva estatal.[39]

2.2.2.2 Culpabilidade como infidelidade ao direito

Davi Tangerino identifica uma segunda variação, cujo maior expoente é Gunther Jakobs, a partir da vinculação pura da pena à ideia de prevenção, o que repercute na culpabilidade.[40]

Baseado em seu funcionalismo sistêmico (também chamado de radical ou extremado), que se baseia na estabilização de conflitos sociais através do resgate da confiança normativa, violada pela infração penal, a culpabilidade passa a corresponder a uma infidelidade ao direito, conceito determinado normativamente.[41]

Percebe Paulo César Busato que se trata de uma proposição dogmática que abandonou completamente a dimensão humana, reconhecendo a culpa e sub-

36. BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 541.
37. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 98.
38. Idem, p. 100.
39. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 467-468
40. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 107.
41. MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque, Op. cit., p. 284. Ressalta-se que esta construção difere da de outros autores como Urs Kindhäuser, que parte de premissas bastante diversas (KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 17, n. 78, p. 75-92. São Paulo, maio-jun. 2009).

metendo o homem ao império do paradigma normativo;[42] por isso o autor critica esta construção por ela partir do falso pressuposto de igualdade de todos perante a norma, desconhecendo a real desigualdade entre os homens.[43]

Essa funcionalização extremada proposta por Jakobs, na leitura de Bittencourt, promove um esvaziamento do conceito material de culpabilidade, com a retirada de referentes valorativos tangíveis e estáveis, apresentando como principal aspecto negativo a excessiva formalização do conceito de culpabilidade, o que abriria as portas do direito penal à instrumentalização do indivíduo em função de expectativas sociais difíceis de controlar e limitar a partir de critérios racionais.[44]

2.2.2.3 Culpabilidade como motivabilidade

Tangerino também apresenta uma terceira linha contemporânea, capitaneada por Muñoz Conde, que, buscando uma alternativa ao "poder agir de outro modo", se baseou na capacidade de reação diante de exigências normativas. Ou seja, o conteúdo material da culpabilidade adviria da relação entre o indivíduo e a norma penal, em virtude da qual o comando normativo penetraria na sua consciência e poderia ser determinante de seu comportamento, fazendo da culpa a última fase de um processo de motivação e socialização, que começaria desde a educação familiar e se estabeleceria ao longo da vida por meio da introjeção das demandas sociais.[45]

Bittencourt verifica que, sob essa perspectiva, a motivabilidade não se presumiria de um *standard* generalizado de comportamento, mas em função das condições de participação do indivíduo na vida em sociedade; dever-se-ia levar em consideração as circunstâncias sob as quais realizou o injusto, uma vez que, a partir do Estado Social e Democrático de Direito, não se objetivaria punir aqueles que não podem participar em condições de igualdade na configuração da vida social, devendo-se antes promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos nos quais se integra sejam reais e efetivas.[46]

---

42. BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 545.
43. Idem, p. 546.
44. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 469.
45. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 110-111.
46. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 470.

Muñoz Conde conclui ainda que na estrutura do direito penal nos Estados Democráticos, a culpabilidade deve ser o final de um processo de elaboração conceitual destinado a explicar por que e em que medida se deve recorrer a uma forma de intervenção tão grave quanto a pena, não devendo ser utilizada como meio para atingimento de determinadas metas político-criminais; dessa forma, não apenas a culpabilidade, mas todas as demais categorias da teoria geral do delito devem servir para realizar esta tarefa limitativa do direito penal.[47]

A partir dessa premissa, percebe-se que o ponto nevrálgico para qualquer formulação da culpabilidade – e que assume especial importância para a culpabilidade pela vulnerabilidade – é o vínculo com a justificação da pena. Até o momento foram analisadas construções de culpabilidade que, dadas as suas peculiaridades, foram desenvolvidas a partir de concepções legitimantes da pena: funções retributivistas, preventivo-gerais ou preventivo-especiais, muitas vezes atreladas à tarefa de tutela subsidiária de bens jurídicos.

A proposta da culpabilidade pela vulnerabilidade, desenvolvida por Eugenio Raúl Zaffaroni, também busca redefinir e reestruturar a culpabilidade como um todo; contudo, este instituto possui um liame indissociável de conclusões e proposições oriundas da criminologia diversas das anteriores, que são imprescindíveis de análise e estudo preliminar, o que ora se passa a fazer, de forma breve e introdutória.

3. A DOGMÁTICA E O SISTEMA PENAL A PARTIR DA CRIMINOLOGIA

3.1 O ponto de partida da culpabilidade pela vulnerabilidade

A grande chave de compreensão da culpabilidade pela vulnerabilidade encontra-se nas contribuições oriundas da criminologia em relação ao sistema penal e sua operacionalidade, o que implica em uma formulação de novas compreensões no bojo da dogmática jurídico-penal.

É a partir deste norte que Zaffaroni ("Em busca das penas perdidas") constata:

Na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma "realidade" que não existe

47. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 188.

e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente.[48]

É justamente pelas contribuições da criminologia da "reação social" (e mesmo suas vertentes "liberais"), pela experiência do desenvolvimento do capitalismo no continente sul-americano, que Zaffaroni percebe que a realidade operacional dos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas sem a supressão dos próprios sistemas penais.[49]

Nesse ponto deve-se analisar de forma mais detida as contribuições criminológicas que permeiam o pensamento jurídico de Zaffaroni.

3.2 As principais contribuições criminológicas à dogmática jurídico-penal

A gama de temas possíveis de desenvolvimento neste tópico é tão aberta e ampla que se exige, para os propósitos deste trabalho, que se faça um recorte das principais contribuições criminológicas à dogmática jurídico-penal, ou seja, aquelas que, de modo mais intenso, demandam por mudanças na forma de se estudar e de se elaborar o saber dogmático.

Sem pretensão de se esgotar o assunto, enumeram-se pelo menos três contribuições essenciais oriundas da criminologia para a dogmática jurídico-penal:[50] (i) o estudo da delinquência como um fenômeno social; (ii) o surgi-

48. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 12.

49. Idem, p. 15.

50. Dados os limites do trabalho, não se pretende analisar as também importantes contribuições de Rusche e Kirchheimer no tocante à análise dos sistemas punitivos em cotejo com o desenvolvimento correlato do capitalismo (RUSCHE, Georg; KIRCHHIMER. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999); os posteriores e fundamentais estudos de Michel Foucault sobre o sistema penal e o exercício do poder punitivo (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 26. ed. São Paulo: Graal, 2013; _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010); os influxos do marxismo na criminologia, as críticas minimalistas e abolicionistas (por todos, Thomas Mathisen, Nils Christie e Louk Hulsman) entre outras contribuições de absoluta relevância. Interessa para este artigo delinear as chaves de compreensão de maior impacto no método dogmático, sem que

mento do paradigma da reação social; e (iii) o estudo da operacionalidade do sistema penal.

3.2.1 O estudo da delinquência como um fenômeno social

É possível se afirmar que o saber criminológico e jurídico-penal sofreu um forte impacto pelas contribuições de Edwin Sutherland.

A primeira e mais importante foi a sua definição de criminologia, que rompeu com as teorias criminológicas biologicistas e naturalistas em voga no seu tempo:

Criminologia é o corpo de conhecimento relativo à delinquência juvenil e o crime como um fenômeno social. Ela inclui em seu escopo os processos de elaboração de leis, de violação de leis e a reação relativa à violação de leis.[51]

Essa modesta, porém poderosa definição provocou uma mudança de abordagem fundamental para a criminologia: se a delinquência e o crime são fenômenos sociais, e se o objeto da criminologia compreende desde a elaboração das leis penais até sua violação, o crime e o criminoso deixam de ser fenômenos biológicos, psicológicos, naturais e passam a ser socialmente compreendidos – assim, deixam de ser naturalizados, tidos como meros dados impassíveis de questionamento.

Além disso, observa J. Mitchell Miller que enquanto a criminologia era tradicionalmente definida como o estudo das causas e natureza do crime – e quase sempre contrastada com a Justiça criminal, a qual era relacionada à resposta à criminalidade –, a definição de Sutherland ressaltava que a criminologia compreendia tanto um como outro aspecto,[52] o que abriu um fértil horizonte investigativo ao estudo do próprio sistema de Justiça criminal.

A segunda contribuição de Sutherland está em seu estudo dos "crimes de colarinho branco", em que não apenas se questionou as explicações patológi-

se detenha em uma ou outra nuance criminológica ou político-criminal específica (correntes marxistas, foucaultianas, abolicionistas, ou liberais etc.).

51. SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Criminology*. 10. ed. rev. Filadélfia, Nova York, São José, Toronto: J.B. Lippincott Company, 1978. p. 3.

52. MILLER, J. Mitchell. The discipline of criminology. In: MILLER, J. Mitchell (org.). *21st Century Criminology: a reference handbook*. Londres: Sage Publications Ltd., 2009. p. 3.

cas da conduta criminosa,[53] como também se percebeu o fenômeno das "cifras ocultas" (de forma simples, a diferença entre os crimes registrados e os crimes que efetivamente acontecem na realidade),[54] e delineou-se novos modelos sociais de explicação da conduta delitiva, no caso, a "teoria da associação diferencial", a qual sustenta que a conduta delitiva se aprende em associação com aqueles que definem essa conduta favoravelmente e em isolamento daqueles que a definem desfavoravelmente.[55]

Sérgio Salomão Shecaira observa, dessa forma, que estas ideias puseram em xeque as aporias dos paradigmas etiológicos e seu encurtamento de visão em haver se concentrado no delito e no delinquente como categorias dadas.[56]

3.2.2 O surgimento do paradigma da reação social

Como uma segunda contribuição fundamental, aponta-se o surgimento do paradigma da reação social (*labelling approach*), segundo o qual o desvio e a criminalidade não seriam qualidades intrínsecas de uma conduta ou entidades ontológicas pré-constituídas à reação social e penal, mas etiquetas atribuídas a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, processos formais e informais de definição e seleção.[57] O autor fundamental a essa concepção é Howard Becker, segundo o qual desvio não era uma qualidade que residia no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele.[58]

De acordo com Vera Andrade, a partir dessa concepção, já não se poderia, tecnicamente, falar em criminalidade e criminoso, mas, antes, em criminaliza-

53. SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. Rosa del Olmo. Madrid: 1999. p. 62.

54. Idem, p. 64-65.

55. Idem, p. 277.

56. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia; Prefácio Alvino Augusto de Sá*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 223.

57. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819], p. 28. Acesso em: 25.09.2015.

58. BECKER, Howard. Outsiders: *estudos da sociologia do desvio*. Trad. Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuchnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 27.

ção e criminalizado,[59] por serem expressões relativas à própria construção da realidade social. Vera Malaguti aponta ainda que para compreender a "criminalidade" tornar-se-ia imprescindível estudar a ação do sistema penal; desta forma, o *status* de delinquente seria produzido pelos efeitos estigmatizantes do sistema penal e, assim, promover-se-ia uma redefinição radical do objeto da criminologia.[60]

3.2.3 O estudo da operacionalidade do sistema penal

Finalmente, a terceira importante contribuição criminológica é o estudo da operacionalidade do sistema penal, viabilizado, em especial, pelos aportes anteriores.

As novas formas de compreensão da delinquência propostas pelo *labelling approach* deslocariam o interesse cognoscitivo e a investigação das "causas" do crime para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal, entendido como conjunto articulado de processos de definição (criminalização primária) e de seleção (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante.[61] Nessa percepção, o *labelling approach* assume três níveis explicativos: (i) um nível orientado para a investigação do impacto da atribuição do status de criminoso na identidade do desviante ("desvio secundário"); (ii) um nível orientado para a investigação do processo de atribuição do *status* criminal (processo de seleção ou "criminalização secundária"); e (iii) um nível orientado para a investigação do processo de definição da conduta desviada (ou "criminalização primária"), que conduz, por sua vez, ao problema da distribuição do poder social desta definição.[62]

---

59. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 28.

60. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 75. No que diz respeito à redefinição do objeto, destaque-se o conceito de criminologia cunhado por Lola Aniyar de Castro: criminologia é a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos (CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 52).

61. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 207.

62. Idem, p. 208.

Assim, torna-se possível a ampliação dos horizontes do saber dogmático para se compreender e trabalhar a questão criminal por outras lentes. Sistema penal, agências de criminalização primária e secundária, seletividade (seleção vitimizante e policizante), vulnerabilidade, sistemas penais paralelos e subterrâneos,[63] todos esses conceitos oriundos de investigações da criminologia passam a integrar o saber jurídico-penal, que se vê forçado a levar em conta as críticas dirigidas ao sistema.

Se há quem sustente que o direito penal protegeria igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estariam igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural), a crítica criminológica demonstraria o contrário: o direito penal não defenderia todos e somente os bens essenciais, e quando pune ofensas a bens essenciais, o faria de modo fragmentário e com intensidade desigual. Se há quem afirme que a lei penal seria igual para todos, ou seja, que todos os autores de comportamento antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas teriam iguais chances de se tornarem sujeitos à criminalização, igualmente, a crítica criminológica aponta que a lei penal não seria igual para todos, que o *status* de criminoso seria distribuído de modo desigual e o grau de tutela e distribuição desse status independeria da danosidade social da infração à lei.[64] Em síntese, abalou-se a imagem do direito penal como um direito igual por excelência.[65]

Aprofundando-se esta crise de legitimação do sistema penal, a crítica criminológica aponta para sua ineficácia em relação aos fins formalmente previstos, dado o fato do incremento, tanto qualitativo quanto quantitativo, da delinquência e da reincidência. Em relação ao sistema de justiça, foram constatadas a demora e onerosidade dos processos criminais, superlotação carcerária e abuso de prisões provisórias; violência institucional; e, finalmente, a medida e a hierarquia dos interesses protegidos por lei, bem como a seleção classista dos condenados.[66]

---

63. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 11-44; _____. Et. al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 7-26.

64. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 162.

65. Idem, ibidem.

66. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzohn. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2005. p. 134-135.

Em conclusão: promessas vitais descumpridas, desigualdades excessivas, injustiças e mortes não prometidas comporiam mais do que uma trajetória de ineficácia: uma trajetória de eficácia invertida, na qual o projeto penal declarado da modernidade terminaria por fracassado, em detrimento de suas funções latentes, reais.[67] Nesse contexto, na medida em que a dogmática é uma instância interna e não externa do sistema penal, ela não apenas seria incapaz de controlá-lo externamente, mas seria capturada por sua lógica de funcionamento, integrando-a e coparticipando dela, concorrendo para instrumentalizar e racionalizar decisões seletivas, fornecendo-lhes justificação técnica de base científica, legitimando-as, e, na sua esteira, a totalidade do exercício de poder do sistema penal.[68] Assim, ao invés de uma racionalização decisória para a gestação da igualdade e segurança jurídica, a dogmática terminaria por concorrer para a racionalização da seletividade decisória e da violação dos direitos humanos consumada pela operatividade do sistema penal.[69]

Com base nesta breve exposição, pode-se compreender mais claramente as premissas teóricas básicas de que partiu Zaffaroni. Foi com estas premissas criminológicas que ele concluiu ser o direito penal o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contenham e reduzam o poder punitivo estatal, para impulsionar o progresso do Estado Constitucional de Direito.[70] Portanto, da crítica à dogmática, passa-se agora a uma dogmática crítica.

4. A CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE

4.1 Primeiras formulações: a coculpabilidade

Anteriormente à culpabilidade pela vulnerabilidade, Zaffaroni concebera a chamada coculpabilidade. A partir do reconhecimento de que a ordem sustentada pelo direito não daria a todos as mesmas possibilidades de realização, aqueles que podiam mais deveriam arcar com a responsabilidade em relação àqueles que podiam menos; a sociedade teria, também, parte da

67. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 293.

68. Idem, p. 300-301.

69. Idem, p. 301.

70. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et. al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 5.

culpabilidade que se atribuiria ao indivíduo,[71] daí, portanto, a denominação "coculpabilidade".

Desta forma, reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza seria uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, o que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação.[72] Em suma, a ideia de coculpabilidade seria um mecanismo de corresponsabilização do Estado pelo injusto em razão da omissão na efetivação dos direitos fundamentais do autor do delito.

4.2 Da coculpabilidade à culpabilidade pela vulnerabilidade

Posteriormente, Zaffaroni reconheceu que sua ideia de coculpabilidade seria insuficiente, pelas seguintes razões: (i) em princípio ela evocaria o preconceito de que a pobreza seria a causa de todos os delitos; (ii) corrigindo este preconceito, concluir-se-ia pela habilitação de mais poder punitivo sobre as classes hegemônicas e menos sobre as subalternas, o que poderia conduzir a um direito penal classista a duas velocidades; (iii) fosse rico ou pobre o selecionado (já que a seletividade não opera apenas em relação a classes marginalizadas),[73] sempre o será com bastante arbitrariedade; em suma, a construção da coculpabilidade não daria conta da seletividade estrutural do poder punitivo e tam-

71. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general, IV*. Buenos Aires: Ediar, 1999. p. 66.

72. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228.

73. "(a) O poder punitivo criminaliza selecionando, por regra geral, a pessoas que se enquadram nos estereótipos criminais e por isso são vulneráveis, por serem apenas capazes de obras toscas e ilícitas e por as assumirem como papeis demandados segundo valores negativos – ou contravalores – associados ao estereótipo (criminalização conforme a estereótipo). (b) Com muito menos frequência criminaliza pessoas que, sem se enquadrar no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular ou patológica que se tenham tornado vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, roubos neuróticos etc.) (criminalização por comportamento grotesco ou trágico). (c) Muito excepcionalmente, criminaliza alguém que, encontrando-se em uma posição que lhe faz praticamente invulnerável ao poder punitivo, leva a pior parte em uma disputa de poder hegemônico e sofre por isso uma ruptura em sua vulnerabilidade (criminalização por perda de cobertura). O sistema penal opera, pois, em forma de filtro e termina selecionando a estas pessoas" (tradução livre) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 11-12).

pouco seria satisfatória à luz de um conceito agnóstico de pena,[74] que Zaffaroni passou a adotar.[75]

É exatamente pela constatação do funcionamento seletivo do sistema penal que Zaffaroni entendeu que o conceito de culpabilidade normativa, ou seja, a reprovação personalizada teria entrado em crise; o questionamento: "por que a mim, por que não a outros que fizeram o mesmo" seria uma pergunta que a reprovação normativa não responderia.[76]

A seletividade (operada também judicialmente)[77] e a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal demandariam a responsabilidade do sujeito à agência judicial, que deveria responder perante o processado e a comunidade, dando conta da forma com que exerce ou administra sua reduzida quota de poder limitador.[78]

Impondo-se uma atuação redutora da agência judicial, delineiam-se nesses termos duas dimensões da culpabilidade: (i) a culpabilidade pelo injusto, que mantém a mesma configuração da teoria normativa (composta pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) e impõe limites negativos ao julgador, indicando a magnitude máxima da resposta punitiva;[79] e, num segundo momento, (ii) a culpabilidade pela vulne-

74. "(...) a pena é (a) uma coerção (b) que impõe uma privação de direitos ou uma dor, (c) que não repara nem restitui e (d) nem tampouco detém lesões em curso nem neutraliza perigos iminentes. O conceito assim enunciado se obtém por exclusão: a pena é um exercício de poder que não tem nem função reparadora ou restitutiva nem é coação administrativa direta. (...) Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: (a)não atribui nenhuma função positiva à pena; (b) se obtém por exclusão (...). É agnóstico quanto à sua função, porque de seu desconhecimento" (tradução livre) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 45-46).

75. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por la vulnerabilidad*, Lectio Doctoralis, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2002. p. 10.

76. _____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 259.

77. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 270-274.

78. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 264.

79. Idem, p. 267.

rabilidade, que, considerando os dados da seletividade e da vulnerabilidade, figura como um passo adiante, num processo dialético, não sendo um mero corretivo da culpabilidade tradicional, mas, sim, compondo a própria culpabilidade pelo delito.[80]

4.3 Elementos e características da culpabilidade pela vulnerabilidade

A culpabilidade pela vulnerabilidade leva em consideração a seletividade e constata que o poder punitivo selecionaria conforme a culpabilidade do sujeito e não a sua autodeterminação. Desta forma, esta visão de culpabilidade deve impedir que o poder punitivo seja exercido em magnitude que supere o reproche que se pode formular ao agente do esforço pessoal que tenha realizado para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Assim, considera-se: (i) a maior ou menor probabilidade de criminalização secundária sobre uma pessoa; (ii) seu estado de vulnerabilidade perante o sistema penal; (iii) seus dados sociais, que compõem sua posição dentro da escala social; (iv) que o poder punitivo não se exerce apenas pelo estado de vulnerabilidade de alguém, mas, também, pelo esforço para a vulnerabilidade, ou seja, o esforço pessoal do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade.[81]

A reprovação pelo esforço pessoal para alcançar a situação de vulnerabilidade seria legítima porque essa seria a medida do esforço que a pessoa realiza conspirando contra o próprio direito penal, enquanto voltado à pacificação e contenção de violência. Em outras palavras, o esforço pessoal para a vulnerabilidade seria uma contribuição pessoal do sujeito às pretensões legitimantes do poder punitivo, e, por isso, contrário às finalidades redutoras do direito penal.[82]

Trata-se, assim, de um direito penal que exerceria seu poder redutor contraseletivamente, administrando-o de modo racional dentro de seus limites.[83]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo empreendeu uma introdução ao estudo da culpabilidade pela vulnerabilidade, passando pela apresentação do desenvolvimento dogmático da

80. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 655.

81. Idem, p. 654.

82. Idem, p. 655.

83. Idem, p. 654.

culpabilidade, suas principais tendências contemporâneas de reformulação, uma breve e panorâmica abordagem das compreensões criminológicas que lhe são fundamentais, desembocando em sua análise propriamente dita, desde a sua formulação inicial, na forma de coculpabilidade, até a sua formulação moderna, como culpabilidade pela vulnerabilidade.

Diante desta exposição, impõe-se uma análise crítica da proposta de Zaffaroni, para verificar se ela seria uma construção viável, possível ou desejável de ser empregada em nosso direito.

De acordo com Salo de Carvalho, as críticas à construção do conceito de culpabilidade ao longo do século passado podem ser identificadas em dois polos específicos: (i) idealismo, porque os problemas relativos à tensão liberdade versos determinação adquirem o mesmo caráter metafísico da tentativa de estabelecer um juízo de reprovabilidade a partir da consagração de determinados valores como universais; e (ii) moralismo, porque determinado código de valores é transfigurado politicamente e instrumentalizado dogmaticamente para estabelecer os critérios do juízo de reprovabilidade – critérios esses invariavelmente estabelecidos a partir de premissas extra ou metajurídicas (metarregras) baseadas em estereótipos que incidem sobre a identidade do autor.[84] Na visão deste autor, a culpabilidade pela vulnerabilidade, ao incorporar a ideia de coculpabilidade e pressupor a culpabilidade de fato, apresenta-se como uma alternativa à culpabilidade como reprovação em todas as suas crises (idealista e moralista).[85]

Rodrigo Roig ressalta ainda que não haveria espaço para outra concepção da culpabilidade, senão considerá-la essencialmente como fator de limitação da resposta penal, como um instrumento de contrapoder punitivo.[86]

Clécio Lemos, a seu turno, entende que a culpabilidade pela vulnerabilidade é uma das possíveis teses a serem encampadas no Brasil, em busca de um sistema penal menos elitista e menos insensível à realidade humana; sendo certo que aqui encontramos as desigualdades sociais clássicas dos países marginais, nada mais correto que buscar nesta nova culpabilidade uma forma de amenizar a seletividade do nosso sistema punitivo.[87]

84. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 234-235.

85. Idem, p. 233.

86. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 143.

87. LEMOS, Clécio José Morandi de Ássis. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Boletim IBCCRIM*, vol. 18, n. 210, p.16-17. São Paulo, maio 2010.

Mas deve ser feita uma ressalva: embora a culpabilidade pela vulnerabilidade guarde um vínculo muito intenso com a teoria agnóstica da pena,[88] a ponto de Salo de Carvalho ressaltar a correlação, oriunda do pensamento de Tobias Barreto, entre sua concepção de pena e culpabilidade,[89] é importante destacar que a teoria agnóstica da pena não necessariamente conduz à culpabilidade pela vulnerabilidade. Nesse sentido, Davi Tangerino articula uma concepção agnóstica de pena[90] com uma peculiar construção de culpabilidade que, destacando seus pilares fundamentais (a imagem de sujeito iluminista no seio do direito penal, a ideia de bem jurídico universal e o vínculo do injusto com a inflição de pena), os desconstrói a luz da criminologia. Com isso, permite uma reformulação do conceito de reprovabilidade, alterando o conteúdo do erro de proibição (para abarcar apenas o falso juízo quanto ao fato de uma conduta contrariar uma norma penal)[91] e inserindo uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade – a "falta de motivabilidade".[92] Assim, permite uma nova semântica para o conceito, deixando de ser uma rejeição, uma reprovação, para tornar-se um "dano de relacionamento" oriundo do mal causado ao outro.[93]

Importa frisar que não se pretende confrontar uma concepção à outra (até porque não é este o objetivo do trabalho), mas, tão somente destacar que o espaço crítico aberto pela criminologia na dogmática permite uma multiplicidade de construções jurídicas possíveis, e a culpabilidade pela vulnerabilidade não é a única delas.

---

88. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 275; _____, et. al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 651.

89. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 201.

90. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 173-174; p.185-186; _____. Pena é política. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 7, n. 12, p. 54-55. Rio de Janeiro, 2.º sem. 2002.

91. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 195.

92. Esta causa pontua, em síntese, que determinados injustos, quando alinhados a projetos de vida éticos cuja adoção mostrou-se a única possível, não podem receber o rótulo de delitos, exigindo-se o autorrespeito e inclusão do outro, que os valores morais informados pelo projeto de vida sejam legítimos no grupo social do agente e que se exculpe o agente quando o Estado não criou condições que compelissem o agente a formar outro projeto de vida conforme a direito (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 204-205).

93. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 225.

Em um segundo momento, deve-se verificar alguns pontos controvertidos na elaboração de Zaffaroni, que, a princípio, não desmerecem sua construção dogmática, mas suscitam discussões relevantes para o aprimoramento do instituto, bem como para sua possível aplicabilidade pelo direito brasileiro.

(i) A culpabilidade pela vulnerabilidade é do ato ou do autor?

Na lição de Francisco de Assis Toledo, a "culpabilidade do fato" (ou do ato) é aquela na qual a censura de culpabilidade recai sobre o fato do agente, isto é, sobre o comportamento humano (ação ou omissão) que realiza um fato-crime; coloca-se a tônica no fato do agente, não no agente do fato; por outro lado, a "culpabilidade de autor" seria aquela em que se censura não o agente pelo seu comportamento, pelo injusto típico, mas sim pela sua conduta de vida, pelo seu caráter, sua personalidade – numa palavra, pelo seu modo de ser e de viver.[94]

De forma realista, o autor pontua que não se apresenta, atualmente, nenhum sistema jurídico-penal que seja puramente do fato ("direito penal do fato"), ou do autor ("direito penal do autor"), e que, na verdade, o que ocorre são sistemas que mais se aproximam ora de um, ora de outro desses dois extremos.[95] Entre estas duas posições opostas situam-se correntes moderadas em prol de um direito penal do fato que considere também o autor – tais correntes seriam as adotadas pelo moderno direito penal, caracterizado por ser um moderado direito penal do fato.[96]

Contudo, no âmbito deste sistema moderado frequentemente ocorrem problemas oriundos da confusão entre culpabilidade de ato e de autor, pois, apesar de a culpabilidade significar reprovação do ato praticado por um indivíduo dotado de autodeterminação – e esta não poder ser confundida com o juízo de censura moral –, invariavelmente abandona-se a perspectiva garantista para vincular sua aplicabilidade ao julgamento ético ou moral do autor, legitimando uma culpabilidade vinculada à periculosidade do indivíduo.[97]

Em vista dessa problemática, Zaffaroni argumentou que, com relação aos efeitos da culpabilidade pela vulnerabilidade, quando comparados aos da culpabilidade do autor, suas consequências seriam diametralmente opostas, já

94. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 18. tir. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 235.

95. Idem, p. 251.

96. Idem, ibidem.

97. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 44-45.

que, enquanto por via da culpabilidade de autor são mais "reprováveis" as ações que se ajustem ao estereótipo, para a culpabilidade pela vulnerabilidade mais frequente será que se suceda o contrário; pouco importaria qualificá-la como de autor porque não haveria obstáculo a que se aceitasse uma culpabilidade de autor que restrinja a culpabilidade de fato.[98]

A culpabilidade pela vulnerabilidade modificaria a indicação que resulta da pura culpabilidade de ato, sem afetá-la quanto à função redutora que deve cumprir na teoria do delito. Seria mesmo prescindível indagar-se se é culpabilidade de ato ou de autor, uma vez que só pode dispor de efeito redutor e não legitima o exercício do poder punitivo, mas, tão somente, a decisão judicial.[99]

Pode-se, todavia, questionar até que ponto seria conveniente – para uma dogmática teleológico-funcional redutora, como a sustentada por Zaffaroni – o emprego de elementos de autor na culpabilidade, e mesmo se é possível que eles sejam empregados apenas em sentido redutor. Por exemplo, em crimes contra a ordem econômica e financeira, ou contra a Administração Pública, tratando-se de direito penal econômico[100] (espaço em que a seletividade, con-

98. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 280.

99. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro II, I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 65.

100. Conforme recorda Artur Gueiros, o conceito de direito penal econômico é matéria de controvérsia doutrinária (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal. Direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____. (org.). *Inovações no direito penal econômico*. Brasília: ESMPU. p. 105-146. Disponível em: [www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes] p. 119-121. Sem adentrar na polêmica, é suficiente apontar os clássicos conceitos trabalhados por Klaus Tiedemann: em uma acepção estrita, direito penal econômico vem a representar "o direito da direção da economia pelo Estado", ao passo que em uma acepção ampla significa o "ramo do direito penal que permite considerar como delitos econômicos todo o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas que organizam e protegem a vida econômica" (tradução livre). (TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel S.A., 1985. p. 19-20). Leciona Carlos Pérez del Valle que a origem do estudo da criminalidade econômica em relação com a denominada "delinquência de colarinho branco" seria indiscutível; entretanto, com o decurso do tempo, percebeu-se que os crimes de colarinho branco "democratizaram-se", sendo muito diversas as possibilidades sociais a seu acesso, o que, portanto, sugere que a ideia de criminalidade econômica que atualmente constitui o objeto político-criminal do direito penal econômico não necessariamente coincidiria com a

forme o próprio Zaffaroni pontua, se dá sobre pessoas em geral poderosas, aquelas que perdem "disputas de poder hegemônico"), ao se analisar os "dados sociais" de uma pessoa e seu "estado de vulnerabilidade" diante do poder punitivo, não seria razoável (ou, ao menos, realista) imaginar a possibilidade de que o julgador, comparando a condição social do réu com as desigualdades sociais e estruturais gerais do sistema penal, poderia se inclinar não a reduzir, mas a habilitar mais poder punitivo, agravando o reproche? Há de se relevar que dentro da própria criminologia há correntes que sustentam a necessidade de reforço de poder punitivo sobre este tipo de crime,[101] capazes, nesse sentido, de tensionar significativamente os contornos da categoria conceitual de Zaffaroni.

A categoria conceitual da culpabilidade pela vulnerabilidade também se mostra delicada se confrontada com o "princípio jurisdicional da refutabilidade das hipóteses",[102] uma vez que a delimitação do "estado de vulnerabilidade" pode ser tarefa extremamente difícil para o julgador, o que tenderia a reforçar o subjetivismo judicial, prejudicando assim a controlabilidade das decisões judiciais. De fato, como medir de forma precisa a "maior ou menor probabilidade de criminalização secundária" sobre uma pessoa? Se mesmo profundas investigações acadêmicas de fôlego teriam dificuldades consideráveis em responder de forma satisfatória e racional a essa pergunta, não seria esta uma resposta exigente demais a ser demandada de um julgador comum, que teria que se fazer essa pergunta em milhares de casos distintos e dispondo, de forma geral, de estrutura e instrumentos incipientes de trabalho?

Conforme visto anteriormente, a culpabilidade pela vulnerabilidade é composta não apenas pelo "estado de vulnerabilidade" do sujeito, mas, também e

"delinquência de colarinho branco" (PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 26-27).

101. Na lição de Gabriel Anitua, destaca-se a corrente denominada "realismo de esquerda" que, considerando que o delito é, realmente, um problema; que tanto os delitos dos poderosos como os delitos dos desfavorecidos afetam as classes trabalhadoras, entende ser necessário recuperar a importância de eliminar o delito, utilizando igualmente as instituições do sistema penal, podendo-se assim o realismo de esquerda ocupar-se tanto dos delitos de rua quanto dos delitos de poderosos (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 716-719).

102. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 54.

principalmente por seu concreto "esforço para a vulnerabilidade", isto é, o seu concreto agir que lhe colocou em posição concreta de vulnerabilidade diante do poder punitivo. De uma forma ou de outra, este elemento não repetiria (com outra formatação) a fórmula já consagrada pelo finalismo que vincula a reprovabilidade à decisão livre do sujeito de praticar um delito quando lhe seria exigível outra conduta? Este "esforço" não deixa de ser uma decisão pessoal, um concreto agir, que, em princípio, segue as linhas gerais – e por isso se sujeita às mesmas críticas e polêmicas – do livre-arbítrio finalista, o que é ratificado por Zaffaroni quando assume que "o princípio da culpabilidade pressupõe a autodeterminação da vontade humana".[103]

Zaffaroni justifica ainda que a legitimidade da reprovação pelo esforço para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade adviria do fato de que essa seria a medida do esforço que a pessoa realizaria conspirando contra o próprio direito penal, enquanto voltado à pacificação e contenção de violência configurando uma contribuição pessoal do sujeito às pretensões legitimantes do poder punitivo, contrariamente às finalidades redutoras do direito penal.[104]

Contudo, enxergar num delito a contribuição pessoal de alguém a pretensões legitimantes do poder punitivo e que, por essa razão, se lhe deve reprovar penalmente, é uma justificação que, embora relacionada à contenção de poder punitivo, tende a assumir contornos moralmente problemáticos, uma vez que se admite reprovação porque o sujeito, com seu ato, colocou-se contrariamen-

103. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 672. Zaffaroni ainda esclarece que não se trata de um âmbito de liberdade absoluta, humanamente inconcebível (Idem, p. 672), mas que a autodeterminação seria a base mesma da coexistência social, encerrando que em nenhum momento se trata de apelar a um "livre-arbítrio romântico que tampouco nada tem a ver com a realidade social e humana, senão a autodeterminação que se reconhece em toda relação social, seja de cooperação, seja de conflito" tradução livre (Idem, p. 674). Com a devida vênia ao mestre argentino, Welzel, no tratamento da culpabilidade, também não parecia se referir a abstrações ou metafísica: "a reprovabilidade da culpabilidade pressupõe, portanto, que o autor tenha podido adotar uma resolução de vontade antijurídica de modo mais correto, ou seja, conforme a norma, e isso não no sentido abstrato de um homem qualquer no lugar do autor, mas no sentido concreto de que esse homem, nessa situação, teria podido adotar uma resolução conforme a norma" (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 118).

104. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 655.

te a uma determinada diretriz ética, não apenas acolhida, mas imposta a ele pelo ordenamento jurídico. Caso se entenda que o direito penal tem outra finalidade, que sua justificativa possa ser diversa, com base em que critérios e argumentos preferir uma diretriz ética a outra? Assim, nota-se certo moralismo de fundo que sobressai da justificativa do reproche pelo esforço para a vulnerabilidade, que, embora não comprometa o potencial emancipatório e a capacidade de rendimento da categoria conceitual em estudo, se apresenta como um ponto de fragilidade teórica que demandaria maiores esclarecimentos ou mesmo correções doutrinárias.

Em verdade, o grande risco com que esta construção dogmática parece se defrontar é de, precisamente na busca por uma solução para diversos problemas teóricos e práticos que cercam a culpabilidade – sendo o de maior peso o de esta tornar-se um equivalente funcional da periculosidade positivista[105] –, acabar-se edificando uma categoria que, se por um lado não ignora e passa a incorporar os dados da operacionalidade real do sistema penal, buscando dar uma resposta dogmática à seletividade e à vulnerabilidade inerentes ao sistema, por outro pode acabar repetindo e reproduzindo certas fragilidades teóricas – como a tensão entre direito e moral, o subjetivismo e decisionismo judiciais – e gerando novos problemas a partir de sua própria delimitação e aplicação prática.

(ii) A premissa de deslegitimação do sistema penal é uma premissa válida para a edificação teórica do instituto? Até que ponto suas controvérsias nas ciências criminais não a tornariam arbitrária, e, no limite, autoritária?

Aqui a discussão gira em torno, basicamente, das tensões acerca do ativismo judicial, da judicialização da política e da chamada dificuldade contramajoritária – temas tradicionalmente estudados no âmbito do direito constitucional, relativos ao controle de constitucionalidade[106] –, mas que podem ser discutidos também no emprego judicial desta categoria dogmática.

---

105. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por la vulnerabilidad.* Lectio Doctoralis, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2002. p. 4 e, por outras palavras, CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e Segregação: as rupturas provocadas pela Antipsiquiatria nas Ciências Criminais. In: LIMA, Joel Côrrea de; CASARA, Rubens R. R. (orgs.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Prof. Geraldo Prado.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. 1, p. 927.

106. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 363-378.

Dependendo do embasamento criminológico e da perspectiva político-criminal que se adote, a culpabilidade pela vulnerabilidade pode ser seguramente empregada, ou severamente questionada. Se na própria doutrina jurídico-penal não há consenso no tema, poderia o julgador simplesmente ignorar todo o debate acadêmico no assunto e, tomando a dianteira num esforço jurídico-penal redutor, aplicar a culpabilidade pela vulnerabilidade? Caso a resposta seja afirmativa, haveria algum amparo normativo mínimo ao emprego desta construção? E o que impediria outro julgador de se valer não da culpabilidade pela vulnerabilidade, mas, por exemplo, da culpabilidade como limite a prevenção, de Roxin? Ou da culpabilidade como infidelidade ao direito, de Jakobs?

Essa controvérsia parece desaguar em discussões criminológicas e político-criminais de fundo, que são extremamente importantes, mas que sofrem decisiva influência a partir do que a Constituição pode ou não orientar na matéria e por isso, a compatibilidade constitucional da culpabilidade pela vulnerabilidade é o ponto seguinte a ser enfrentado.

(iii) A compatibilidade entre a culpabilidade pela vulnerabilidade e a Constituição de 1988.

Rodrigo Roig parte do significado da dignidade da pessoa humana e humanidade das penas, no sentido de que estes princípios abrangeriam a necessidade de se evitar ao máximo que os sujeitos de direito sejam afetados pela intervenção do poder punitivo. Assim, a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, orientada no sentido da erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais, e que promova o bem de todos mostra-se incompatível com a habilitação desmesurada e irracional daquele poder. Conclui, então, pela existência de um autêntico dever jurídico-constitucional das agências judiciais no sentido de se minimizar a intensidade de afetação do poder punitivo sobre o indivíduo sentenciado, tratando-se, afinal, de um compromisso constitucional das tais agências.[107] Assim, Roig entende que a culpabilidade se mostraria como um juízo limitativo, estabelecendo um critério racional de contenção de poder punitivo, tendo como norte os deveres de minimização da afetação humana do indivíduo sentenciado, dever este de índole constitucional.[108]

Juarez Tavares, embora não empregando a culpabilidade pela vulnerabilidade, ao analisar o art. 59 do CP à luz da Constituição, percebe que, malgrado à primeira vista o legislador brasileiro pareça consignar à pena uma finalidade

107. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 22.

108. Idem, p. 143.

repressiva, impõe a Constituição determinados fins protetivos da pessoa, em atenção à sua dignidade e cidadania (art. 1.º, II e III, da CF/1988), ao seu bem-estar (art. 3.º, IV, da CF/1988) e à prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II, da CF/1988). Conclui-se, portanto, que a culpabilidade (e também as demais categorias da tipicidade e da antijuridicidade) só valeria na medida em que sirva ao objetivo de traçar limites ao poder de intervenção do Estado.[109]

Entretanto, a relação entre direito constitucional e direito penal não é pacífica na doutrina, havendo posição que sustenta que a Constituição impõe à pena uma função protetiva, de tutela de bens jurídicos fundamentais,[110] o que faz significativa diferença no momento de adoção de categorias dogmáticas no direito penal.

Assim, como a questão é controvertida, pode-se afirmar que, à primeira vista, a culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma construção vedada, sendo a teleologia funcional-redutora viável de amparo constitucional. Contudo, não é a única possível – nem mesmo se o objetivo for redutor, partindo-se de uma teoria agnóstica –, devendo-se primar, isto sim, pela melhor motivação decisória, seja no eventual emprego da culpabilidade pela vulnerabilidade, seja no emprego de outra reformulação da culpabilidade possível, de modo a se permitir uma controlabilidade racional das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

109. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 132; 136.

110. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t. I, p. 55-60; STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: [https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constitui-c3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf]. Acesso em: 04.09.2015. p. 5; PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 54; SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Controle racional das normas de direito penal econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 67-68; BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14-15.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819]. Acesso em: 25.09.2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro II, I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard. *Outsiders*: estudos da sociologia do desvio. Trad. Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuchnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e Segregação: as rupturas provocadas pela Antipsiquiatria nas Ciências Criminais. In: LIMA; Joel Côrrea de; CASARA, Rubens R. R. (orgs.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Prof. Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. 1, p. 925-944.

_____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzohn. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FRANK, Reinhard. *Über den aufbau des shuldbegriffs*. Festschrift der jur. Fakultät der Universität Gießen, 1907.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. *Microfísica do poder*. 26. ed. São Paulo: Graal, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Ricardo C. Nuñez. 2. ed. Buenos Aires: B. de F., 2002.

KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho. *RBCCrim*, vol. 17, n. 78, p. 75-92. São Paulo, maio-jun. 2009.

LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Boletim IBCCRIM*, vol. 18, n. 210, p. 16-17. São Paulo, maio 2010.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, vol. 7, n. 12, p. 261-291. São Paulo, jan.-jun. 2010.

MILLER, J. Mitchell. The discipline of criminology. In: MILLER, J. Mitchell (org.). *21st Century Criminology: a reference handbook*. Londres: Sage Publications Ltd., 2009.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 19-39.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. et. al. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t. I.

RUSCHE, Georg; KIRCHHIMER. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Controle racional das normas de direito penal econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. *Revista de Direito Penal* 15/16, p. 51-64. Rio de Janeiro, jul.-dez. 1974.

_____. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia; Prefácio Alvino Augusto de Sá*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal. Direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____. (org.). *Inovações no direito penal econômico*. Brasília: ESMPU. p. 105-146. Disponível em: [www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes].

STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: [https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf]. Acesso em: 25.09.2015.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Criminology*. 10. ed. rev. Filadélfia, Nova York, São José, Toronto: J.B. Lippincott Company, 1978.

_____. *El delito de cuello blanco*. Trad. Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Pena é política. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 7, n. 12, p. 49-59. Rio de Janeiro, 2.º sem. 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do delito*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

_____. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 18. tir. São Paulo: Saraiva, 1994.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel S.A. 1985.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general, IV*. Buenos Aires: Ediar, 1999.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva. *Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitária*, n. 11, p. 51-64, Montevideo, jun. 2000.

_____. *Culpabilidad por la vulnerabilidad.* Lectio Doctoralis, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2002.

_____ et al. *Manual de derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As finalidades da pena em Günther Jakobs, de Alexis Couto de Brito – *RBCCrim* 110/15.
- Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade, de Tatiana Machado Corrêa – *RBCCrim* 75/71, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/957 (DTR\2008\663);
- A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade, de Carmen Silvia de Moraes Barros – *RBCCrim* 26/291 (DTR\2011\2892); e
- Pobreza, culpabilidade e prisão: diálogos entre a ética da libertação e o direito penal, de André Ribeiro Giamberardino – *RBCCrim* 94/15 (DTR\2012\11).

85350

Subjetivismo judicial

Judicial subjectivism

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor pela UERJ. Mestre pela PUC-RJ. Professor Adjunto da UERJ. Professor Titular do PPGD da Universidade Tiradentes e Desembargador aposentado do TJRJ.
grandinetti@tjrj.jus.br

Área do Direito: Filosofia

Resumo: O trabalho investiga a possibilidade de influência da ideologia e do inconsciente na formulação das decisões judiciais criminais.

Palavras-chave: Decisão judicial penal – Processo Penal – Ideologia – Inconsciência – Juiz.

Abstract: This paper exams the possibility of the ideological and unconsciousness influence on judge's decision process in criminal matters.

Keywords: Criminal Decision Making – Criminal Procedure – Ideology – Unconsciousness – Judge.

Sumário: 1. Introdução – 2. O funcionamento do cérebro humano – 3. A formação do pensamento jurídico moderno ocidental – 4. As duas inconsistências do direito moderno e as duas hipóteses específicas – 5. Uma tentativa de comprovação das hipóteses específicas – 6. Conclusão – Bibliografia.

1. Introdução

O tema[1] proposto é realmente complexo e de difícil abordagem. Talvez por isso mesmo impõe-se, desde logo, precisar uma hipótese geral, que se tentará comprovar ao longo do trabalho: há uma dimensão ideológica e uma dimensão inconsciente na decisão penal. Essas duas dimensões podem estar mais ou menos imbricadas, sem que se possa saber onde começa uma e onde começa a outra. E elas podem funcionar tanto para o bem, como para o mal, ou seja,

1. Com base em palestra proferida no 19.º Seminário do IBCCrim, São Paulo, 2013.

podem levar ao caminho de uma decisão justa ou ao caminho de uma decisão injusta.

Para elucidar a hipótese proposta, optou-se por examinar, tão somente, a possibilidade de decisões injustas contra o réu. A opção não importa negar o contrário, mas trata-se de uma opção pessoal do autor deste trabalho.

Fixadas essas premissas e para passar ao desenvolvimento do tema, é preciso abordar muito singelamente dois aspectos prévios: o funcionamento do cérebro humano e a formação do pensamento jurídico moderno ocidental. Depois, passar-se-á a demonstrar possíveis situações que denotem a presença de um subjetivismo judicial, exteriorizado em decisões judiciais de natureza criminal.

2. O FUNCIONAMENTO DO CÉREBRO HUMANO

O cérebro conta com cerca de 10 a 12 bilhões de células nervosas e é a mais complexa estrutura física conhecida. Boa parte delas situa-se no córtex cerebral, a camada de cerca de dois milímetros que envolve o cérebro e que representa o mais evoluído sistema nervoso de um ser vivo. Ele se divide em dois hemisférios, ligados por um feixe de fibras nervosas conhecido como corpo caloso. As pesquisas revelam que cada hemisfério tem preponderância em determinadas funções. O esquerdo controla a fala e o lado direito do corpo; o direito controla o lado esquerdo do corpo e maneja muito bem a percepção emocional. As visões de cada metade direita dos dois olhos são processadas pelo hemisfério esquerdo, enquanto que cada metade esquerda dos dois olhos projetam imagens para o lado direito processar.[2] Mas o cérebro dá conta de reunir todas as informações cruzadas. Há separação e certa preponderância de funções entre os dois hemisférios, mas há comunicação entre eles. Quando se perde a comunicação entre eles, há deficiência em algumas das funções.

É inegável que o cérebro cruza informações para bem funcionar. Para pensar, une-se a memória (passado) à percepção (presente) para projetar o futuro. A faculdade de pensar, de comunicar-se pela linguagem, de estabelecer referências temporais e antever o futuro, dá ao homem um grau de autonomia superior a todas as outras espécies.[3] Ainda que o projeto não se concretize total ou parcialmente, a aptidão para projetar o futuro, contudo, o homem a tem,

2. LINDZEY, Gardner; HALL, Calvin S.; THOMPSON, Richard F. *Psicologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1977, p. 50-59.

3. CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 289.

mesmo que não o possa dominar. O pensamento constitui a busca de algo que a pessoa queira ou necessite e expressa imensa vontade de criar.

Normalmente, a consciência está envolvida no ato de pensar e de julgar, mas, como julgamos inúmeras questões ao longo do dia, muitas vezes, a consciência não está presente em todos os momentos. A consciência não é sempre necessária para discriminar, decidir, julgar questões de menor importância. Julgamos, muitas vezes, automaticamente.[4]

O processo decisório judicial não é estruturalmente diferente de qualquer outro processo decisório. Diferente é método: o direito moderno ocidental.

Passemos, agora, à segunda questão prévia, associando as breves noções sobre a estrutura do pensamento à formação do pensamento jurídico moderno ocidental.

3. A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO OCIDENTAL

Para dar estabilidade ao Estado Moderno, foi preciso romper com o direito medieval e construir uma estrutura jurídica diferente.

Não que a Idade Média e o seu direito não tivessem nenhum mérito. Pelo contrário, a Idade Média só merece a denominação da idade das trevas na Europa, já que, no Oriente, nela floresceram muitas ciências e também desenvolveu-se a arte. Na Idade Média, não havia um projeto onicompreensivo, totalizante, globalizante de sociedade. A lei não tinha a pretensão de controlar todos os fenômenos sociais, mas apenas a vida política. O direito nascia nas organizações comunitárias, no vínculo sanguíneo, na religião, nas corporações, no comércio e não esperava a regulamentação pública. Não era, enfim, a voz do poder.[5] O sistema econômico medieval não buscava o lucro, mas a satisfação das necessidades por meio da troca de produtos. Se baseava em valores como a sacralidade do mundo natural, restrições morais contra os juros, o desencorajamento do enriquecimento, o requisito do preço justo, a ideia de que o trabalho tinha um valor para o grupo e para a alma e na concepção central de que todas as recompensas seriam dadas em outro mundo. Até o século XVI os fenômenos puramente econômicos não eram significativos e a ciência econômica só foi surgir no final da Idade Média.[6]

4. LINDZEY, Gardner; HALL, Calvin S.; THOMPSON, Richard F. *Psicologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1977, p. 267-274.

5. GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Fundação Boiteaux, 2004.

6. CAPRA. Op. cit., p. 185-197.

Apesar de evoluído em muitos pontos e em muitos lugares, o pensamento medieval, na Europa, contudo, não permitia a evolução de uma economia voltada à acumulação do capital, que carecia de um Estado minimamente organizado que a permitisse, protegesse e incentivasse. Foi preciso, assim, romper com a estrutura medieval, inteiramente dominada por crenças religiosas, e criar outra em seu lugar, no qual o ser humano fosse alçado à posição central.

A busca por essa estrutura careceu de encontrar uma razão fundante, tal qual a matéria e as leis do movimento serviram de razão fundante para a física clássica, que encantava o mundo, como todas as ciências exatas, com seus postulados que eram submetidos à contraprova e que conduziam sempre aos mesmos resultados.

A razão fundante do direito foi erigida por meio de princípios, que depois foram considerados verdadeiros mitos,[7] porque não correspondiam à realidade. O primeiro deles foi a vontade geral do povo, por inspiração de Rousseau, que serviu de base para a formação do pacto civil, retomado de Hobbes. O pacto civil tem os pressupostos da igualdade substancial de todos e da vontade

7. É recorrente certa confusão e similitude entre mito e dogma. O Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa *O Globo* conceitua dogma como cada um dos pontos fundamentais e indiscutíveis de uma crença religiosa; e mito como tradição alegórica explicativa dum fato natural, histórico ou filosófico. O minidicionário Aurélio também define dogma no mesmo sentido, acrescentando, apenas, qualquer doutrina ou sistema, enquanto, para mito, adota um explicação mais longa: relato sobre seres e acontecimentos imaginários, que fala dos primeiros tempos ou de épocas heroicas; narrativa de significação simbólica, transmitida de geração em geração dentro de determinado grupo e considerada verdadeira por ele; ideia falsa, que distorce a realidade ou não corresponde a ela. (...) O grande estudioso dos mitos, Claude Levi-Strauss, não os conceituou, mas forneceu uma explicação: "O pensamento mitológico, que utiliza imagens tiradas da experiência, desempenha a função de um pensamento conceitual" (*Mito e significado*. Trad. António Marques Bessa. Lisboa: Edições 70, 1978). Para Hegel, "o dogmatismo não é outra coisa senão a opinião de que o verdadeiro consiste numa proposição que é um resultado fixo, ou ainda, que é imediatamente conhecida" (*Fenomenologia do espírito. Parte I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 42). Daí se pode dizer que o mito envolve uma imagem pictórica, simbólica, de um acontecimento ou crença da qual se pode extrair um aprendizado, ou conceito, que deve ser transmitido de maneira ritualizada. O dogma representa uma opinião, ou crença, ou afirmação, autoexplicativa e que não admite contestação. A ideia de mito, explorada neste artigo mais do que de dogma, é usada por representar a primeira tentativa de impor, de uma maneira simbólica, determinadas crenças.

geral (Rousseau).[8] Logo se verificou que o princípio não passava de uma ficção porque o povo não tinha condição de exercer, diretamente, sua vontade geral, e daí passou-se a criar a teoria da representação, atribuindo-se ao povo um poder constituinte e aos seus representantes o poder constituído. Com isso, criou-se um hiato entre a vontade geral e a vontade dos representantes, escolhidos justamente dentre os mais abastados.

O segundo princípio foi o da maioria, por inspiração de John Locke, que tinha por base tão somente uma igualdade formal e, não substancial. Apenas os proprietários virtuosos, os ricos poderiam integrar o processo decisório, ficando excluídos os homens pobres, as mulheres e as crianças.

O terceiro princípio foi o da propriedade, também inspirado por Locke, na sua visão atomista da sociedade, também influenciada pela física. Pensava que se cada propriedade fosse um átomo, na medida em que enriquecesse, toda a sociedade enriqueceria. Para tanto, era preciso extrair as riquezas e conservá-las, pô-las em circulação e só a propriedade capaz de produzir riqueza merecia a proteção do Estado. Foi justamente esse pensamento, que fundamentou a expropriação das terras dos silvícolas.[9]

O quarto princípio, ou mito, foi o da segurança jurídica das possessões. Para melhor garantir a propriedade e a segurança das relações sociais, Hume propõe uma organização social que denomina de justiça, como derivação da necessidade da moral,[10] que se constituiu no quinto princípio, ou mito, com

8. Não há dúvida que Rousseau é um crítico da obra da modernidade, mas sua ideia de igualdade de todos, de vontade geral, de pacto civil, integrou a trajetória daquela etapa histórica e contribuiu para o estudo da simbologia da lei que se pretende fazer aqui. Ele dirige sua crítica à sociedade e à lei: "Tal fue o debió ser el origen de la sociedad y de las leyes, que pusieron nuevas dificuldades a los débiles y nuevas fuerzas a los ricos, destruyeron sin retorno la libertad natural, fijaron para siempre la ley de la propiedad y la desigualdad, de una pura usurpación hicieron un derecho irrevocable (...) sometieron a todo el género humano al trabajo, a servidumbre y a la miseria (apud, DUSSEL, Op. cit., p. 348-349). O pensamento de Rousseau foi tão crítico como utópico, utopia que ele próprio reconheceu, mas sonhou que se concretizaria no futuro.

9. Na verdade, Locke retomou a ideia de Giles de Sepúlveda (1490-1573), que, apoiado em Aristóteles, sustentava a legitimidade da conquista das terras indígenas, na América, pelos espanhóis (GALLARDO, Helio. *Teoría critica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Editor David Sanchez Rubio. p. 113-115).

10. Dussel conclui que, para Hume, a justiça é que faz possível, faticamente, a sociedade burguesa industrial daquele tempo (Op. cit., p. 326). Veja-se que o mito da seguran-

seu poder aplicar a lei ao caso concreto e de proclamar a verdade, agora adjetivada como real.

No que concerne especificamente ao direito, esse edifício precisava de outros dois princípios, para dar conta de implementar o Estado Moderno: a neutralidade do juiz e a verdade, agora adjetivada de real.

O princípio da neutralidade foi especialmente inspirado em Kant. Enquanto o ator toma parte no desenrolar da ação, participando ativamente de um dos lados do processo histórico e sendo, assim, parcial, o espectador, ao contrário, apenas contempla e não age, fica distante e, por isso, tem todas as condições de entender o processo histórico como um todo. Resumindo: o ator somente sabe o seu papel na peça, enquanto o espectador assiste toda a peça.

Esse distanciamento permite que o espectador aja desinteressadamente,[11] o que é a condição *sine qua non* para a imparcialidade. A imparcialidade é obtida quando se leva em consideração os pontos de vista dos demais participantes de uma dada discussão, o que possibilita a amplitude de horizontes do espectador. Só ao final do processo histórico é possível, ao espectador, olhar para trás para julgá-lo com integralidade e para verificar a medida do progresso alcançado por ações parciais dos vários atores. Kant teria invertido a máxima grega que pretendia extrair a verdade dos eventos particulares, para sugerir que o significado da história só se revela ao final. O exemplo mais significativo do autor é a Revolução Francesa: o que a tornou grandiosa aos olhos do mundo não foram as ações dos vários atores, mas a repercussão dela, em termos do que trazia de esperança, aos olhos dos outros, espectadores.

O mesmo raciocínio é tirado de outra passagem de Kant,[12] em que dizia que entre o artista e o espectador da obra de arte, o segundo tinha precedência, pois é nele que repercute a obra de arte. O artista não compreende a dimensão de sua obra enquanto a executa.

ça jurídica começa aqui, para proteger a propriedade, não só da terra, mas dos bens advindos da Revolução Industrial.

11. Ao escrever sobre a crítica do julgamento, Kant disse: "É preciso não ter a mínima preocupação pela existência da coisa e, a esse respeito, ser inteiramente indiferente, para fazer papel de juiz em assuntos de gosto. Não podemos, porém, esclarecer melhor essa proposição...do que se opusermos à satisfação pura, desinteressada, aquela que está vinculada com interesse" (KANT, Immanuel. Primeira introdução à crítica do juízo. Os pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 304).

12. KANT, Immanuel. Primeira introdução à crítica do juízo. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

Enfim, o pensamento kantiano adequou-se perfeitamente na fundamentação teórica para que a instituição denominada de justiça devesse ser absolutamente neutra para ser imparcial.

Finalmente, o último princípio é o da verdade real. No processo inquisitivo, que se desenvolveu basicamente a partir do século XII e XIII, o acusado e seu próprio corpo eram considerados o reservatório da verdade. Por isso, para chegar-se até ela a tortura era considerada legítima porque só por seu intermédio poderia, o juiz inquisidor, atingir a consciência do acusado, chegar a confissão e liberá-lo de seu pecado, aplicando uma pena. Esse raciocínio não se justifica num ambiente iluminista, dominado pela razão humana que permitia o progresso das ciências exatas. As leis da física encantavam aquele mundo demonstrando a verdade da natureza, por meio das suas leis fixas, imutáveis, submetidas à prova e à contraprova, sem o resultado dos experimentos tivesse qualquer alteração.

O direito não dispunha de uma lei natural imutável que permitisse encontrar a verdade nos processos. Buscou-a, porém, em algo que pudesse ser tão racional como as leis da natureza: na mente humana, na razão humana, no raciocínio do juiz, adotando, assim, uma concepção antroprocêntrica do processo, tal qual aquele mundo do iluminismo se mostrava: governado pela razão, não mais pelos deuses medievais. Assim, o juiz foi o personagem escolhido para encarnar o princípio da verdade, mas agora a verdade real, não a verdade da inquisição.

Esses princípios são considerados mitos porque são representações simbólicas que serviram e servem de pensamentos conceituais para dar consistência ao Estado Moderno que então se formava.

Essa construção toda precisava, ainda, de dois arremates. O primeiro foi o positivismo, simplificado na célebre frase de Montesquieu: o juiz é a boca inanimada da lei. O segundo foi o racionalismo necessário para criar uma ordem jurídica racional (o direito moderno), espelhado também nas ciências exatas, que fosse capaz de diminuir o espaço de subjetivismo do julgador, que se pretendia absolutamente neutro.

Do mesmo modo que a física quântica demonstrou as inconsistências da física clássica, ou seja que a matéria não é composta só por átomos e que são estáveis, mas por partículas subatômicas em intensa movimentação, o direito moderno também não atendeu à própria pretensão e revelou as suas inconsistências. A primeira delas é que aqueles mitos não são mais capazes de justificar uma sociedade complexa, como a contemporânea, mas apesar disso, continuam latentes na forma de uma determinada ideologia. A segunda é que o direito

não se mostra capaz de interditar o subjetivismo do julgador porque não é capaz de interditar o seu inconsciente e os seus pré-juízos.

4. AS DUAS INCONSISTÊNCIAS DO DIREITO MODERNO E AS DUAS HIPÓTESES ESPECÍFICAS

Como referido acima, a *primeira inconsistência* é que os mitos que foram adotados pelo pensamento jurídico moderno ocidental não são mais capazes de fundamentar uma sociedade complexa e que, por meio deles, se instalaram no direito, especificamente penal e processual penal, um determinada ideologia.

Voltando um pouco na noção de mitos, o que eles fazem é dar a ilusão de que, por meio deles, se pode entender e se relacionar com o universo.[13] Servem, portanto, como pensamentos conceituais, universais, absolutos, que balizam os comportamentos para assegurar a continuidade do passado, do presente e do futuro.

Essa ilusão do universal absoluto e abstrato é oferecida agora pela ideologia – um outro modo de estabelecer as verdades e de proteger os interesses prevalecentes. Tais quais os mitos, a ideologia procura representar a vida social e a vida individual, mas na sua relação com os outros indivíduos e em relação ao Estado, e, não mais, em relação às deidades e à natureza. A ideologia invisibiliza uma infinidade de ideias e concepções, derrotadas que foram dando lugar ao império de universais, verdades transmitidas e perpetuadas, do passado ao futuro, como produto de um poder superior.[14]

O ápice desse divórcio entre historicidade e legislação e que fundamentou o positivismo jurídico e que tornou possível que a ideologia se infiltrasse no direito moderno, deu-se, por ironia, com a obra de Hans Kelsen.[15] Por ironia

13. LEVI-STRAUSS. *O totemismo hoje*. p. 32. Também Popper relaciona os mitos à sensação de os homens estarem em mãos de poderes desconhecidos que aqueles cumprem explicar (POPPER, Karl. *El mito del marco común*. Barcelona: Paidós Surcos, 2005. p. 64).

14. CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. rev. e ampl. Ed. Brasiliense. Para a autora, a ideologia é "uma das formas de práxis social: aquela que partindo da experiência imediata dos dados da vida social, constrói abstratamente um sistema de ideias ou representações sobre a realidade. Essa substituição do real pelo imaginário é a grande tarefa da ideologia".

15. *Teoria pura do direito*, 6. ed., Coimbra: Armenio Amado Editora, 1984.

porque, ao construir sua teoria, ao pretender afastar o direito de ideologias[16] e da moral,[17] acabou por pavimentar os argumentos a favor de uma interpretação puramente literal das normas jurídicas, em que as ideologias se instalaram no direito, sem qualquer preocupação com os ideais de justiça e com a realidade social. Anestesiou-se o direito e o seu aplicador, aferrado que ficou a um princípio de legalidade por si só justificante de qualquer decisão judicial.

O tal ato de vontade[18] na interpretação do direito ficou alheio à concepção positivista do direito, limitando-se, muitíssimas vezes, a jurisprudência, dita tradicional, a aplicar a lei de forma mecânica e sem levar em consideração a justiça da decisão. Não que o ato de vontade, tão só e simplesmente, se apresente como apanágio da decisão correta, pois muitas vezes não é nem correta, nem legítima. Mas serve a referência para sublinhar o mecanicismo que imperou e ainda, em certa medida, impera na jurisprudência originada no positivismo jurídico[19] e que apazigua a consciência dos julgadores que remetem, à lei, a responsabilidade por suas decisões.

16. "Se por ideologia se entende, porém, não tudo o que não é a realidade natural ou sua descrição, mas uma representação não objectiva, influenciada por juízos de valor subjectivos, que encobre, obscurece, ou desfoca o objecto de conhecimento, e se se designa por realidade, não apenas a realidade natural como objecto da ciência da natureza, mas todo o objecto do conhecimento e, portanto, também o objecto da ciência jurídica, o Direito positivo como realidade jurídica, então também uma representação do direito positivo se tem de manter isenta de ideologia. (...) Neste sentido a teoria pura do direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica (...) Neste sentido é uma teoria do direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico" (ibidem, p. 160-161, Trad. João Batista Machado, 6. ed., Coimbra: Armênio Amado Ed., 1984).

17. "O direito pode ser moral – no sentido acabado de referir, isto é, justo – mas não tem necessariamente de o ser (...) se bem que se admita a exigência de que o direito deve ser moral, isto é, deve ser justo" (Ibidem, p. 100).

18. "Na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (...) do direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador do direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva" (Ibidem, p. 470).

19. Muitas são as configurações atuais do positivismo: o positivismo doutrinário político sustenta que as considerações teóricas gerais, incluindo as éticas e filosóficas, só são relevantes para a identificação do direito na medida se as próprias regras jurídicas o permitam (Hart); o positivismo sociológico sustenta que os juízos morais não são adequados para distinguir o direito de outras formas de organização política e social; o positivismo taxonômico nega que o direito contenha qualquer princípio moral; o positivismo político (Holmes e Hand) prega que os juízes não tentem completar as

Também não valeram as advertências ainda mais remotas de Hegel[20] que, valendo-se de Montesquieu, propunha não perder-se de vista as circunstâncias históricas da legislação.

Nesse ponto, apresenta-se uma hipótese específica: é possível que, nas ciências criminais, aqueles mitos, aliados ao modo como o País foi colonizado e a duas ditaduras, tenham originado uma certa ideologia de exclusão social, que permanece latente de modo mais ou menos inconsciente, sendo de todo oportuno lembrar a advertência de Michel Foucault: "O sistema penal teve por função introduzir um certo número de contradições no seio das massas".[21] Importante ressaltar que a colonização das Américas Central e do Sul se apoiou em uma filosofia bastante cruel, assassina e excludente, desenvolvida por Juan Ginés de Sepúlveda (1490/1573), que foi preceptor de Felipe II (Espanha) e III (Portugal), que reinou durante o início da União Ibérica (1580/1640), e cujas ideias foram colocadas em prática também no Brasil Colônia.

Apoiando-se inicialmente em Aristóteles, mas superando em muito sua noção de escravidão natural, Sepúlveda construiu as bases teóricas que permitiram exterminar os habitantes das duas Américas, considerados como bárbaros e inumanos, contra os quais estaria autorizada a guerra justa, segundo o direito natural.[22] Na comparação que estabelece entre os indígenas aqui encontrados

---

deliberações dos legisladores, pois os cidadãos, não os juízes, é que devem decidir sob que leis querem ser governados; o positivismo exclusivo (Joseph Raz) afirma que o direito não pode nunca depender de critérios morais; o positivismo inclusivo (Coleman) defende que os juízos morais só podem ser usados se a comunidade os estipular (Cfr. DWORKIN, Ronald. *La justicia con Toga*. Madri: Marcial Pons, 2007).

20. *Princípios da filosofia do direito*, p. 20-21. O autor sustenta: "Grave erro seria extrair, da afirmada diferença entre o direito natural ou filosófico e o direito positivo, a conclusão de que se opõem ou contradizem (...) foi Montesquieu quem definiu a verdadeira visão histórica, o verdadeiro ponto de vista filosófico, que consiste em não considerar isolada e abstratamente a legislação geral e suas determinações, mas vê-las como elemento condicionado de uma totalidade e correlacionadas com as outras determinações que constituem o caráter de um povo e de uma época; nesse conjunto adquirem elas o seu verdadeiro significado e nisso encontram portanto a sua justificação".

21. *Microfísica do poder*, p. 50-51.

22. "Tais são as gentes bárbaras e inumanas, alheias à vida civil e aos costumes pacíficos. E será sempre justo e conforme ao direito natural que tais gentes se submetam ao império de príncipes e nações mais cultas e humanas, para que graças a suas virtudes e à prudência de suas leis, deponham a barbárie e se convertam à vida mais humana e ao culto à virtude. E se rechaçarem tal império, se lhes pode impô-lo, e tal guerra

e os espanhóis, chama os primeiros de *hombrecillos* e de macacos, cuja saúde espiritual precisa ser recuperada pela produção evangélica. E, se a doutrinação religiosa não for bem sucedida, os colonizadores estão autorizados a lhes exterminar[23] e a expropriar suas terras, conforme concluiu, com apropriada ironia, Helio Gallardo.[24]

Estudando o mesmo autor e o mesmo período, Enrique Dussel conclui tratar-se, a filosofia de Sepúlveda, da primeira filosofia moderna eurocêntrica a ingressar na América Latina, não sem antes produzir uma inversão total na teoria do direito, de modo a legitimar a exclusão social e o extermínio de uma raça.[25]

As mesmas bases filosóficas apoiaram os portugueses na sua ação colonizadora no Brasil, até porque, boa parte dela desenvolveu-se sob a União Ibérica. Tais bases se mantiveram até depois da chegada da família real e se confirmam com um ato de Dom João VI, de 1809, declarando guerra aos índios que persistirem em sua vida bárbara.[26]

Depois de exterminados os indígenas, a exclusão social, no Brasil, prosseguiu contra os afrodescendentes e contra os pobres.

---

será justa segundo o direito natural o reclama" (apud GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. p. 117).

23. "A estes bárbaros contaminados de torpezas nefandas e com o ímpio culto dos deuses, não só é lícito submetê-los a nossa dominação para trazê-los à saúde espiritual e à verdadeira religião por meio da produção evangélica, como se lhes pode castigar com guerra mais severa" (Ibidem, p. 119).

24. "La ley eterna y justa del derecho natural muestra aqui gran parte de su más secreto esplendor. Los sábios que la interpretan, y que representan a un regímen sociohistorico de gente codiciosa pero que no desea trabajar, declaran como más apropiado hacer la guerra a los bárbaros, enajenarlos de sus bienes y utilizarlos como esclavos como aporte o beneficio a la sociedad natural, o sea para la paternal Europa y para la Humanidad" (Op. cit., p. 123).

25. "Cómo mostrar la justicia de una guerra ofensiva y destructiva de pueblos e culturas que poseían sus proprias tierras e las ocupaban desde siempre, y que nunca habian atacado a los europeos, de manera que era impossible definirlos como enemigos, es decir, que eran inocentes y moraban pacificamente en sus proprios territórios? Será necesário producir una inversión total en la teoría del derecho e de la guerra, já que se trataba de un fato sin precedentes em la historia de la filosofía" (DUSSEL, Enrique. *Politica de la liberación – historia mundial y crítica*, p. 195).

26. Apud JOHN MAWE. *As viagens ao interior do Brasil*. p. 137 (GOMES, Laurentino – 1808. p. 196).

Com efeito, o estudo do desenvolvimento histórico do direito penal revela sua tendência para a etiquetação dos indesejados social, econômica ou politicamente.

A *segunda inconsistência* da pretensão de o direito ser realmente uma ordem racional pode ser revelada com a pergunta: até que ponto o juiz é dono de sua consciência?

Freud já dizia que o ego não é o senhor de sua própria casa, no que foi secundado por Jung, ainda que os dois tenham se distanciado quanto a real função do inconsciente. Disse Jung: "Tudo o que conheço, mas não penso num dado momento, tudo aquilo de que já tive consciência mas esqueci, tudo o que foi percebido por meus sentidos e meu espírito consciente não registrou, tudo o que involuntariamente e sem prestar atenção (isto é, inconscientemente), sinto, penso, relembro, desejo e faço, todo o futuro que se prepara para mim e que só mais tarde se tornará consciente, tudo isso é conteúdo do inconsciente... São percepções que também podem determinar ideias criativas e processos decisórios sem que a consciência possa se dar conta".

Os possíveis sintomas dessas duas hipóteses específicas – das presenças de uma determinada a ideologia e da emergência do inconsciente nas decisões penais – são: o sobrevalor da atuação das agências oficiais comprometidas com a maximização do direito penal, com a expansão da tipificação de condutas criminais e com a persecução penal (Legislativo, Polícias e Ministério Público), a demonstrar uma dimensão ideológica nas decisões judiciais; a larga utilização da rotulagem acrítica ou de adjetivações que não permitem a contraprova, como: perigoso, personalidade distorcida, má conduta social, risco à ordem pública etc., a revelar uma dimensão repleta de pré-juízos possivelmente inconscientes.

No intuito de bem investigar esses sintomas e comprovar[27] as hipóteses específicas, vejamos quatro importantes momentos da marcha processual penal: no juízo de admissibilidade da denúncia, no juízo da necessidade da prisão, por ocasião da gestão da prova e no juízo de fixação da pena em sentença condenatória criminal.

27. Quando necessária a indicação de casos concretos para comprovar as hipóteses levantadas, utilizou-se pesquisa em processos da 7.ª Câm. Crim. do TJRJ.

5. Uma tentativa de comprovação das hipóteses específicas

Quanto ao juízo de admissibilidade da denúncia, que se contenta com o mero juízo de possibilidade, é muito comum encontrar nas decisões de recebimento da peça inicial uma verdadeira inversão da presunção de inocência com a utilização do princípio *in dubio pro societate*. Isso ocorre, também, nas denominadas sentenças de pronúncia, na verdade decisões interlocutórias de pronúncia, no procedimento dos crimes dolosos contra a vida. A única presunção referida expressamente no ordenamento constitucional brasileiro é a de inocência, que, a rigor, não se trata de presunção, nem tem o caráter privatístico das presunções cíveis. São postulados políticos dirigidos, fundamentalmente, aos juízes. Isso significa que o juiz deve receber o réu como um inocente, até que o promotor desconstrua a sua inocência e que a sentença condenatória transite em julgado. Assim, quando o juiz recebe a denúncia, ou quando pronuncia o réu, este continua presumidamente inocente. Não houve alteração na presunção constitucional de inocência. O que ocorre é que a parte acusadora conseguiu reunir elementos de convicção suficientes para que a ação penal seja deflagrada ou que o réu seja submetido ao Tribunal do Júri: justa causa, indícios de autoria, prova da materialidade (quando exigível) etc.

Além disso, observa-se um sobrevalor da capitulação proposta pelo Ministério Público, por vezes tornando muito mais severo o regime de restrição da liberdade (por exemplo, denunciando-se por tráfico uma hipótese de posse de entorpecente para uso próprio). Há, até, forte tendência jurisprudencial que nega, ao juiz, o poder recusar a denúncia, *initio litis*, quando a hipótese for de *mutatio libelli*, recomendando que o juiz aguarde até o final da instrução criminal, momento em que o promotor teria a oportunidade de requerê-la, nos termos do art. 384 do CPP. Ocorre que esse aguardar-se até o final da instrução criminal é feito à custa do direito de liberdade de uma pessoa.

Há também um baixíssimo controle judicial quanto à correção da peça inicial, diferentemente do que ocorre nos demais juízos não criminais.

Finalmente, há também um baixíssimo controle da constitucionalidade das leis penais incriminadoras. Da Constituição de 1988 até dezembro de 2013, foram criadas 44 leis penais incriminadoras, que instituíram 781 novos tipos penais, muitos deles sem atender minimamente os princípios da taxatividade

ou da ofensividade.[28] Foram também publicadas leis processuais flagrantemente ofensivas a princípios constitucionais.[29]

No que toca ao juízo de necessidade da prisão, que exige um juízo de probabilidade, constata-se uma banalização dos requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, e, consequentemente, uma baixa aplicação das medidas cautelares que visam a evitar o encarceramento. Na sequência, também se banaliza o conceito de ordem pública, o que contribui para fazer prevalecer uma ideologia de segregação social. A banalização, muitas vezes, decorre do uso do argumento da gravidade do crime, tão somente, do qual se extrai a necessidade da prisão cautelar.

A constatação dessa ideologia de segregação social e da afirmação de um estado policial, voltado precipuamente a assegurar uma determinada segurança pública, fica óbvia quando se examina a pouca utilidade das medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/2011.

Exemplifica-se o que se afirmou com o seguinte trecho de uma decisão judicial de primeira instância no Estado do Rio de Janeiro: "O crime pelo qual responde o acusado, qual seja, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, é grave, pois revela desprezo pela saúde pública e contribui para a escalada da criminalidade. Assim, não merece, por ora, a concessão da liberdade provisória... É certo, também, que a ordem pública restará melhor resguardada com a manutenção da custódia cautelar, instrumento pelo qual o Poder Judiciário procura manter a sociedade a salvo de pessoas que, à primeira vista, apresentam ponderável grau de periculosidade, notadamente no caso *in tela*, que denota o desvalor do agente pela saúde pública".

É de se indagar: e se o réu for inocente, mesmo assim aguardará preso só porque o crime é grave? E, ainda, um crime isolado de tráfico põe em risco a ordem pública? Todo crime de tráfico põe em risco a ordem pública?

Por tais razões, aquela decisão acima transcrita foi reformada pela instância superior entendeu por bem conceder a ordem com a seguinte fundamentação:

---

28. Alguns exemplos: exigir mais de uma garantia na lei do inquilinato (art. 42 da Lei 8.245/1991; deixar a empresa de cumprir normas de higiene (art. 19, § 2.º, da Lei 8.213/1991); promover a clonagem de seres humanos (art. 26 da Lei 11.105/2005), além dos já antigos e conhecidos tipos do jogo de bicho (art. 58 da LCP), favorecimento à prostituição, quanto aos verbos induzir, atrair e facilitar (art. 228 do CP) e muitos outros.

29. Por exemplo, a Lei 12.694/2012 permite a constituição de um colegiado para julgar crimes praticados por organizações criminosas.

"*Habeas corpus*. Liberdade provisória. Ausência dos pressupostos para manutenção da custódia cautelar. Comprovação de domicílio e de atividade laborativa. Notícia de primariedade do paciente. Decisão de primeiro grau que não indica a presença ou não de elementos concretos a justificar a manutenção da custódia cautelar. Constrangimento ilegal configurado. Concessão da ordem. Expeça-se alvará de soltura. (TJRJ, HC 0024071-81.2011.8.19.0000, 7.ª Câm. Crim.).

O que tem ocorrido é, como dito, a banalização do conceito de ordem pública, para expandir a utilização do art. 312 do CPP. A cláusula nasceu com o movimento iluminista. Era uma tentativa de trazer para a vida terrena, por influência também das ciências exatas, especificamente da astronomia, a ordem celeste, a ordem universal, em que os astros giram todos harmonicamente na sua órbita, sem colidir com os outros.[30] Foi essa noção da astronomia que foi trazida pela Revolução Francesa. Nelson Saldanha afirma que "a burguesia ampliou as estruturas econômicas e consagrou a noção de ordem pública".[31] Daí surgiu o termo ordem pública que foi adotado pelo direito. Sua utilização, porém, no nazismo e no fascismo foi desvirtuada e justificou, na Alemanha nazista, inclusive, a exterminação de judeus, ciganos, homossexuais e comunistas. No Brasil, amparou a doutrina da segurança nacional, da ditadura militar, que fundamentou a supressão de direitos fundamentais, a tortura e o assassinato de opositores políticos.

Enquanto a noção de ordem pública contempla também o regular gozo de direitos individuais, ao lado do normal funcionamento dos poderes constituídos, o conceito de interesse público propende para fazer prevalecer, em certas circunstâncias, o interesse geral sobre o interesse individual. A ordem pública contempla a proteção tanto do público, como do privado, de modo o mais equilibrado possível, mas a noção de interesse público concentra uma ideia geral que consiste na inafastável necessidade de preservação de um núcleo mínimo de prevalência dos interesses gerais sobre os interesses individuais.

Deve-se buscar uma acepção democrática de ordem pública, restrita, de modo a garantir direitos fundamentais, não violá-los. E essa noção permite a decretação da prisão preventiva por risco à ordem público quando há, real-

30. As descobertas da física influenciaram todo o conhecimento humano e não seria diferente com o direito. A máquina do mundo newtoniana e a abordagem racional dos problemas humanos se propagaram rapidamente no século XVIII, fundando as bases do Iluminismo (Cfr. Capra, Fritjof. *Ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 2006).

31. *O jardim e a praça*, p. 24.

mente, risco ao funcionamento das instituições que asseguram serviços públicos, como ocorre com os denominados bondes do tráfico, com suas ordens de fechamento de comércio, ateamento de fogo em veículos, o uso de arma de fogo, o monopólio de serviços nas favelas, impedindo a atuação regular das concessionárias de serviços públicos etc. Nessas situações em que há verdadeira inversão da ordem, destituindo-se, o poder público, de seu papel regulador da ordem, aí, sim, viola-se a ordem pública.

No que tange à gestão da prova, constata-se uma confusão entre os sujeitos processuais e a ausência de um padrão de atuação de cada um deles. Ainda persistem, embora de maneira cada vez mais isolada, a prática de ler as declarações das testemunhas, prestadas na fase inquisitorial, para obter a sua confirmação. Num caso em que isso ocorreu, no Rio de Janeiro, a instância superior anulou o depoimento para que outro fosse colhido: "Apelação. Tráfico de drogas privilegiado. Depoimento judicial colhido após a leitura de declarações prestadas em sede policial. Desqualificação. Insuficiência de provas. 1. Condenação lastreada em prova testemunhal colhida após a leitura de declarações tomadas em sede policial. A prova testemunhal consiste na inquirição direta de pessoas arroladas pelas partes, através da formulação de perguntas relevantes ao deslinde da causa. Embora se permita à testemunha breve consulta a apontamentos (art. 204, parágrafo único, do CPP), a leitura de suas declarações prestadas em sede policial descaracteriza a natureza da prova testemunhal, podendo esconder lapsos de memória que são dados fenomenológicos importantes a serem avaliados pelo Magistrado. Desprovimento do recurso ministerial e provimento do recurso defensivo para absolver o apelante, expedindo-se alvará de soltura" (TJRJ, ApCrim 0000690-26.2011.8.19.0006, 7.ª Câm. Crim.).

Em outros casos, registra-se uma inadequada proeminência do juiz na colheita da prova, e até mesmo a insistência de o juiz produzir provas de ofício, atuação que foi rechaçada pela segunda instância do Rio de Janeiro, embora em atuação que está longe de ser considerada sequer majoritária: "Apelação. Tráfico de drogas. Participação do juiz durante o depoimento das testemunhas. Sistema presidencial. *Cross examinations*. Testemunha do juízo. Autoria. Desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/2006. Exame toxicológico. 1. Redefinição dos papéis dos sujeitos processuais – Na esteira da Constituição da República e do sistema acusatório por ela introduzido na sistemática processual penal, bem como pela atual redação do art. 212 do Código, cumpre às partes formularem diretamente suas perguntas, cabendo, ao juiz, apenas, complementar a inquirição, ao final, se houver necessidade. No caso dos autos, a AIJ ocorreu em fevereiro de 2011 e a gravação demonstra a proeminência da Magistrada na colheita da prova, inquirindo, de início, as testemunhas. Nulidade a partir da AIJ,

inclusive. 2. Testemunha do juízo – Com fundamento na mesma sistemática constitucional e processual, afigura-se contrário à Constituição o arrolamento de testemunha por parte do Magistrado (art. 209 do Código). No caso dos autos, após a inquirição das testemunhas do Ministério Público e da defesa, bem como do interrogatório, a Magistrada determinou a oitiva de mais um policial militar (Fagner), largamente utilizado como fundamento da sentença condenatória. O ônus da prova é do Ministério Público, sendo indevida a atuação do Magistrado que atua corroborando a tese acusatória. Nulidade a partir da AIJ, inclusive. 3. De ofício, declara-se a nulidade do processo a partir da audiência de 21.02.2011, ficando, consequentemente, suspeita a Magistrada que colheu a prova diretamente. Expedição de alvará de soltura" (TJRJ, ApCrim 0380135-69.2010.8.19.0001).

Chegando finalmente no quarto momento processual, na fase de fixação da pena por força de sentença condenatória, o que se constata é a larga utilização de adjetivos para desqualificar a personalidade e a conduta social do réu, sem que o magistrado tenha habilitação específica para emitir tais conceitos, que ficam perenizados fazendo coisa julgada material. Como sustentado mais acima, estas rotulações podem escamotear um pré-juízo, uma pré-compreensão negativa sobre a conduta ou personalidade do réu e que importará em apenação mais grave.

Além disso, tais rotulações são imunes à contraprova. Como um réu poderia refutar a afirmação do juiz de que tem má conduta social? Trata-se de um argumento de autoridade que não se submete a necessária contraprova. Ainda: é bem possível que o juiz avalie negativamente um aspecto da conduta social do réu, e o seu meio social avalie positivamente outro aspecto da mesma pessoa. Um traficante pode ser um vizinho educado, bem feitor de sua comunidade, um pai presente na escola do filho. O melhor mesmo é que o juiz atenha-se a examinar a conduta do réu, objetivamente, e, não, aspectos subjetivos de sua conduta ou personalidade, já que não tem formação profissional para tanto.

Nesse aspecto, a instância superior, no Rio de Janeiro, teve oportunidade de depurar a majoração de pena com base em conduta social e personalidade, avaliadas como negativas, como se vê dos dois arestos seguintes, embora seja esta uma posição largamente minoritária: "Apelação criminal. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas. Dosimetria. Circunstâncias judiciais: personalidade e conduta social... 2. Nulidade da sentença por ausência de fundamentação quanto às circunstâncias judiciais. Expressões vagas e imprecisas como as usadas na sentença (personalidade não demonstra tendência à reabilitação e conduta social e comportamento reprováveis) são destituídas de rigor científico e se tornam irrefutáveis pelo réu, violando a

cláusula do devido processo legal. Nulidade, porém, que não se declara ante a possibilidade de solução favorável aos apelantes, consistente na fixação da pena mínima" (TJRJ, ApCrim 0011995-69.2005.8.19.0021, 7.ª Câm. Crim.). E, ainda: "Apelação. Furto. Recurso defensivo. Pretensão absolutória. Pedidos subsidiários de reconhecimento da tentativa. Personalidade do agente. Conduta social. Prescrição da pretensão punitiva. (...) 3. Requerimento de redução da pena-base. Provimento. Manutenção apenas dos maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável. A personalidade é conceito impreciso até mesmo na psicologia ou na psiquiatria modernas e o operador do direito não possui formação acadêmica adequada para discutir a questão. A busca de lucro fácil seria a motivação de qualquer delito contra o patrimônio. As duas condenações definitivas apontadas na FAC do réu não podem ser consideradas como conduta social desfavorável, uma vez que se referem exclusivamente ao seu comportamento junto à comunidade na qual está inserido. 4. Redução da pena intermediária. Afastamento da reincidência. Em relação à Anotação 4 da FAC do acusado, restou superado o período depurador; quanto à de n. 6, o trânsito em julgado ocorreu após a prática da infração penal. 5. De ofício, reconhecimento da prescrição retroativa (...)" (TJRJ, ApCrim 0011995-69.2005.8.19.0021).

6. CONCLUSÃO

Se isso acontece nesses quatro momentos processuais importantíssimos, para que lado penderá a balança no momento do juízo do mérito? Ou seja, se os pré-juízos e pré-conceitos operam nessas quatro etapas procedimentais, é possível que também operará quanto do exame do mérito.

Não se trata de absolutizar tal comportamento, nem generalizar a crítica aos juízes criminais, cuja boa intenção está fora de discussão. Trata-se apenas de fazer um alerta importantíssimo: pode existir, nas decisões penais, uma ideologia de exclusão social assumida acriticamente, ou pode haver um inconsciente que pré-julga antes de o juiz conhecer a prova, a tese defensiva, o réu, sua personalidade etc.

Vem a calhar a advertência que fez Jung aos seus alunos em curso preparatório para a profissão de analistas: "não se reage só com o consciente; é necessário perguntar sempre: como meu inconsciente vive essa situação".[32] A pergunta

32. JUNG, Carl Gustav. *Memórias, sonhos e reflexões*. 13. ed., 26. reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 160, referindo-se ao trabalho do terapeuta em relação ao seu

e, mais ainda, a atitude séria e honesta em busca de sua resposta é fundamental para o bom desempenho de muitas atividades, especialmente daquela dedicada a pronunciar julgamentos que possam ter reflexos graves na vida de outrem. Não se responde a esta pergunta levianamente, presunçosamente, sob pena de incorrer em outra severa advertência de Jung: "Mesmo aquele que adquire uma certa compreensão das imagens do inconsciente, acreditando porém que é suficiente ater-se a tal saber, torna-se vítima de um erro perigoso. Pois quem não sente responsabilidade ética que seus conhecimentos comportam, sucumbirá ao princípio de poder. Disso poderão resultar efeitos destruidores não só para os outros como também para a própria pessoa que sabe. As imagens do inconsciente impõem ao homem uma pesada obrigação".[33]

O consciente é racional e discute. O inconsciente é furtivo, sub-reptício, avesso a qualquer contraditoriedade; geralmente é impulsivo e autoritário. É preciso desconfiar desse desmesurado autoritarismo. Quem exerce um poder deve esmerar-se por exercê-lo democraticamente.

Fernando Pessoa tem um verso que diz: "pensar incomoda como andar à chuva quando o vento aumenta e parece que chove mais". Se pensar incomoda, julgar outro ser humano também deveria incomodar. E condenar deveria muito mais. Não incomodar-se minimamente e na generalidade dos casos, talvez possa ser um sintoma de que o juízo condenatório careça de uma autocrítica profunda, em termos de influência da ideologia ou do inconsciente do magistrado.

BIBLIOGRAFIA

CAPRA, Fritjof. *Ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 2006.

CHAUÍ, Marilena. *O que é Ideologia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2004.

DUSSEL, Enrique. *Politica de la liberación*. Madri: Trotta, 2007.

DWORKIN, Ronald. *La justicia con Toga*. Madri: Marcial Pons, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 8. ed. Madri: Marcial Pons, 2007.

GALLARDO, Helio. *Teoría critica:* matriz e possibilidad de derechos humanos. Murcia: Editor David Sanchez Rubio, sem data.

GOMES, Laurentino – 1808. 2. ed., 2. reimp. São Paulo: Planeta, 2010.

paciente.

33. *Memórias... cit.*, p. 221.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

HEGEL, G. *Fenomenologia do espírito, parte I*. 6. ed. Petropólis: Vozes, 2001.

JUNG, Carl Gustav. *Memórias, sonhos e reflexões*. 13. ed., 26. reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KANT, Immanuel. Primeira introdução à crítica do juízo. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado Ed., 1984.

LEVI-STRAUSS, Claude. *O totemismo hoje*. Lisboa: Edições 70, sem data.

LINDZEY, Gardner et alli. *Psicologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1977.

POPPER, Karl. *El mito del marco común*. Barcelona: Paidós Surcos, 2005.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Da "justeza dos nomes" à "justeza da resposta" constitucional, de Lenio Luiz Streck - *RIASP* 22/134 (DTR\2008\496); e
- Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo, de Lúcio Delfino e Elton Venturi - *RePro* 255 (DTR\2016\4698).

85352

O DEVER DE COLABORAÇÃO E O *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* NO DIREITO PENAL DO AMBIENTE

THE OBLIGATION TO COOPERATE AND THE NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE *PRINCIPLE AND THE ROLE OF CRIMINAL LAW IN THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT*

MARINA DE ALMEIDA GALVÃO

Mestranda em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa. Pós-Graduada em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte.
marina.d.galvao@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Ambiental

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo investigar os deveres de informação e colaboração de uma empresa diante de uma fiscalização ambiental e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, em sendo processada. Desse modo, o trabalho partirá da descrição do caso Saunders *versus* Reino Unido, abordando, em seguida, o dever de colaboração e o direito a não autoincriminação. Nesse enredo, a legislação internacional, o ordenamento jurídico português, as questões processuais e as posições doutrinárias serão examinadas para dissolução do conflito. Em suma, pretende-se encontrar os limites de aplicação de cada um desses institutos jurídicos e traçar um paralelo entre esta jurisprudência e o papel da tutela penal na proteção do meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Dever de colaboração – *Nemo tenetur se ipsum accusare* – Tutela penal – Direito à não autoinculpação – Proteção do meio ambiente.

ABSTRACT: This study intent to investigate a company's legal obligation to cooperate and to provide information to the authorities when subjected to an environmental inspection and the principle *Nemo tenetur se ipsum accusare*. The work will start from the description of Saunders versus United Kingdom case, addressing the obligation of cooperation and the right to non-self incrimination. In this analysis, the international law, the Portuguese legal system, procedural issues and doctrinal positions will be considered to resolve the conflict. In short, this paper seeks to find the application limits of each of these legal institutions and to draw a parallel between that specific case and the role of criminal law in the protection of the environment.

KEYWORDS: Obligation to cooperate – *Nemo tenetur se ipsum accusare* – Criminal responsibility – Right to non-self incrimination – Environmental protection.

GALVÃO, Marina de Almeida. O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito penal do ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 120. ano 24. p. 95-124. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Caso Saunders *versus* Reino Unido – 2. O dever de colaboração – 3. *Nemo tenetur se ipsum accusare* – 4. O dever de colaboração *versus* o direito de não autoincriminação – 4.1 Conflito – 4.2 Questão processual – 4.3 Posições doutrinárias – 5. Análise do caso Saunders versus Reino Unido – Conclusão – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo investigar os deveres de informação e colaboração de uma empresa diante de uma fiscalização por parte de um órgão de polícia criminal ambiental, e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare,* em sendo processada.

O dever de colaboração determina a obrigação de uma empresa em prestar declarações e de entregar documentos, com as informações solicitadas, durante a atividade de supervisão administrativa. Assim, caso seja identificada uma infração ambiental, pretende-se examinar a possibilidade de utilização desses documentos como prova em um processo criminal contra a respectiva entidade.

Apesar do citado dever de informação ser uma obrigação por parte da empresa, há, em contrapartida, o direito à não autoinculpação, perante o qual nenhum indivíduo pode ser coagido a fornecer informações ou declarações que o autoincrimine.

Tal situação encontra respaldo no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare,* que garante, na processualística penal, o direito à não autoincriminação, ou seja, o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Para compreensão do objeto em questão, e também, para uma melhor determinação do conteúdo e da abrangência desses direitos, serão analisadas as circunstâncias de um caso concreto.

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem no caso Saunders *versus* Reino Unido foi o exemplo escolhido para ilustrar esse conflito e abordar o processo criminal em todo seu conjunto.

Após a descrição do caso, será analisado o dever de colaboração, a legislação que o define e o seu âmbito de aplicação na questão ambiental. Em seguida, cumpre investigar o princípio *nemo tenetur*, abordando seu conceito, origem e fundamento, para que, ao confrontá-los, seja possível alcançar uma solução aplicável.

Em suma, pretende-se encontrar os limites de aplicação de cada um desses institutos jurídicos e traçar um paralelo entre esta jurisprudência e o papel da tutela penal na proteção do meio ambiente.

1. CASO SAUNDERS *VERSUS* REINO UNIDO

No acórdao do TEDH, Saunders *versus* Reino Unido, de 17.12.1996, discutiu-se a legitimidade da utilização, em processo crime, de declarações prestadas sob coerção a autoridades não judiciais.

O secretário de Estado do Comércio e da Indústria britânico, suspeitando de vícios nos dados de uma oferta pública de aquisição (*takeover*) lançada pela *Guinness PLC* sobre a *Distillers Company PLC*, como resposta à proposta da *Argyll Group PLC*, determinou a abertura de investigação nos negócios da sociedade comercial Guinness PLC, ao abrigo do regime de direito interno estabelecido pelo "The Companies Acts 1985".[1] Este regime, além de instituir a possibilidade de inspeção interna em uma companhia, estabelece deveres de colaboração e de informação com a investigação em curso, sob pena de a entidade incorrer no crime de desobediência.[2]

É imperioso destacar que os documentos fornecidos pela companhia durante o procedimento de investigação administrativa aos inspetores do Ministério do Comércio e Indústria britânico, foram posteriormente utilizados como prova em um processo criminal que condenou o Sr. Ernest Saunders, que havia se tornado diretor e chefe executivo da *Guinness PLC* em 1981.

1. O art. 434.º do "The Companies Acts 1985 Act" dispõe que: "I – quando os inspetores sejam designados nos termos do art. 432.º, é dever de todo os agentes da companhia investigada: (i) apresentarem aos inspetores todos os documentos solicitados que tenham em seu poder ou custódia; (ii) apresentarem-se perante os inspetores sempre que convocados; 2. As respostas dadas pelos interrogados aos inspetores podem ser usadas como prova contra eles" (tradução).
2. Segundo o disposto no art. 432.º do "The Companies Acts 1985": "I – o secretário de Estado pode encarrregar inspetores de investigar os negócios de uma companhia e de os reportar nas seguintes circunstâncias: (...) 2. A função dos inspetores é inquisitorial e não judicial: trata-se de conduzir uma investigação para determinar se os fatos que vierem a apurar-se devem conduzir a instauração de outros procedimentos. O art. 436.º, do mesmo diploma dispoe que: I – quando os inspetores tenham sido nomeados para investigar os negócios de determinada companhia e as pessoas referidas no art. 434º se recusarem a, nos termos aí previstos: (i) apresentar livros ou documentos solicitados; (ii) apresentarem-se perante os inspetores; (iii) responder as questões por eles colocadas relacionadas com os negócios da companhia, os inspetores podem certificar essa recusa e comunica-la por escrito ao tribunal; 2. Nestas circunstâncias, o tribunal após produção de prova e audição das partes, pode punir aquele que se recusou nos termos em que o este seria punível pelo crime de desrespeito ao tribunal, ou seja, com pena de multa ou com pena de prisão de até dois anos" (tradução).

O sistema judicial britânico impôs a pena de 5 anos de prisão ao Sr. Saunders, condenando-o pelos crimes de conspiração (*conspiracy*), falsificação do balanço contábil (*false accounting*) e crimes patrimoniais comuns (*theft*).

Perante a decisão condenatória, foi interposto recurso ao TEDH, alegando-se que tais declarações, quando assim utilizadas, seriam autoincriminatórias e feririam, portanto, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que protege o direito ao silêncio e o direito a não produzir provas contra si mesmo.

Tal proteção estaria abrigada pela Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH) como consequência de um processo justo e equitativo (art. 6.°, n. 1) e da presunção de inocência (art. 6.°, n. 2).

Assim, o TEDH foi instado a se pronunciar sobre a queixa do Sr. Saunders em termos de violação do seu direito à não autoincriminação, implicitamente consagrado no art. 6.°, números 1 e 2 do CEDH.

O Governo do Reino Unido alegou que não houve violação do direito à não autoincriminação, pois as respostas utilizadas foram dadas no intuito exculpatório,[3] e que tal violação só ocorreria se utilizados depoimentos autoincriminatórios.

Sustentou, também, que a prerrogativa de não autoincriminação não é absoluta, nem imutável, e que por isso não exclui a possibilidade de utilização de declarações, documentos ou outros elementos obtidos através do exercício de poderes compulsórios como prova. Alegou, nesse sentido, que não poderia existir uma regra absoluta de que o uso de quaisquer declarações prestadas sob coação em processo penal seriam automaticamente inválidas. A este respeito, seria necessário levar em consideração todos os fatos do caso, incluindo as diversas garantias processuais inerentes ao sistema.

Por fim, o governo britânico destacou o interesse público na conduta honesta das sociedades comerciais e na perseguição efetiva dos responsáveis pelos complexos crimes societários,[4] afirmando que os suspeitos deveriam ser

3. Tais declarações não configuram, por si só, em uma comprovação inequívoca do delito, cabendo ao acusado o ónus de rebatê-las.

4. "Neste âmbito, a distinção entre fraude corporativa e outros tipos de crime estaria justificada pelas estruturas societárias complexas, pelas transações financeiras complicadas e pelos falsos registros contábeis que poderiam ser usados para esconder desvio fraudulento de fundos corporativos ou responsabilidade pessoal. Frequentemente as provas documentais relativas a esse tipo de operação são insuficientes para uma acusação ou incompreensíveis sem as explicações dos indivíduos em causa" Acórdao Saunders v. Reino Unido 1996, p. 35. (Case number: 43/1994/490/572).

obrigados a responder às questões postas pelos inspetores, e que as autoridades de perseguição penal deveriam poder usar as informações obtidas em futuros processos criminais.

Ao analisar o caso, o TEDH primeiramente delimitou o objeto da queixa, focando na análise da legitimidade de utilização em processo criminal do material probatório anteriormente fornecido pelo arguido aos investigadores. Ou seja, buscou definir se o queixoso havia sido coagido a prestar declarações autoincriminatórias, ferindo, assim, o princípio do processo justo e equitativo.[5]

Excluiu-se, portanto, da apreciação do Tribunal, a questão de saber se os próprios procedimentos de investigação administrativos deveriam, ou não, ser abrangidos pelo princípio do processo equitativo. E também de saber se, caso o queixoso tivesse se recusado a responder às perguntas colocadas pelos inspetores, e, em sendo condenado às penas de prisão e/ou multa, tal decisão configuraria, em si, uma violação dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação.[6]

Para decidir a questão o TEDH partiu do pressuposto de que, embora o art. 6.º da CEDH não mencione expressamente o direito ao silêncio e o direito de não contribuir para a própria incriminação, estes pertencem ao cerne da noção de processo justo e equitativo consagrada no referido normativo.[7] O que decorre, em parte, da necessidade de se proteger o acusado perante uma eventual coerção abusiva por parte das autoridades.

No que se refere à alegação do Governo britânico de que não teria havido violação do direito à não autoincriminação, uma vez que as declarações utilizadas foram dadas com intuito exculpatório, o TEDH se posicionou em sentido contrário,[8] afirmando que o direito de não contribuir para a sua própria incriminação não fica confinado às declarações de admissão da prática de ilícitos, nem a considerações directamente autoincriminatórias, mas abarca quaisquer depoimentos obtidos sob coerção, incluindo os excusatórios.

Apesar de confirmar a alegação de que o direito à não autoincriminação não é absoluto, o Tribunal deixou claro que é prerrogativa que se aplica aos proce-

5. COSTA, Joana. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*. ano 32. n. 128. p. 141. out.-dez. 2011.

6. Idem, p. 143.

7. Reconhecido, entre outros, também pelo TJCE no acórdão Orkem *vs.* Comissão (18.10.1989).

8. Este entendimento foi reiterado nos acórdãos O'Halloran and Francis v. Reino Unido (29.06.2007) e Marttinen v. Finlândia (21.04.2009).

dimentos criminais seja qual for o tipo de delito em causa (sem distinção de complexidade entre ilícitos), e que o interesse público não pode ser invocado para justificar o uso em tribunal, para incriminação do acusado, de respostas dadas sob coerção no âmbito de uma investigação não judicial.[9]

Assim, a Comissão Europeia de Direitos Humanos entendeu que houve violação do princípio do processo justo e equitativo, consagrado no art. 6.º, n. 1, da CEDH, uma vez que os elementos fornecidos antes da instituição do processo crime constituíram prova basilar para condenação do queixoso, e mesmo que não houvessem sido, poderiam ser utilizadas para questionar sua honestidade.

Esta orientação jurisprudencial estabeleceu que o Estado, valendo-se de seu poder coercitivo, e através de um dever de colaboração com o objetivo de obter documentos e informações de uma entidade privada, não pode, posteriormente, utilizar tais elementos como prova em um processo penal, sob pena de ferir o direito do acusado à não autoincriminação, e consequentemente a um processo justo e equitativo.

2. O DEVER DE COLABORAÇÃO

A efetivação da tutela do meio ambiente pode ocorrer tanto pela atuação estatal quanto através da iniciativa privada, mas se dá preferencialmente em parcerias de cunho público-privado.

Considerando a inegável influência das condutas empresariais[10] no meio ambiente, verifica-se essencial sua supervisão, para que se conheçam as atividades de elevado potencial poluidor e se identifique eventuais ilegalidades ou comportamentos nocivos ao ambiente.[11]

---

9. COSTA, Joana. O princípio *nemo tenetur*... cit., p. 142-143.

10. Neste sentido "a transposição dos mecanismos clássicos de investigação criminal para a área do ambiente coloca particulares problemas. (...) o crime ambiental evidencia especificidades importantes, no que se refere aos agentes, aos modos de atuação e mesmo às ações típicas. Estas particularidades exigem um esforço redobrado e inovador aos investigadores. Os agentes de um número significativo de infrações ambientais encontram-se no universo dos responsáveis por atividades econômicas, normalmente de natureza industrial" (DANTAS, António Leones. Crimes ambientais e metodologias de investigação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 15. n. 2. p. 275. abr.-jun. 2005).

11. "(..) não há, como se sabe, setor ou província constitucional isolada. O campo da economia ou da liberdade econômica é imantado com direitos a ele conexos – *rectius*:

Assim, é preciso permitir aos organismos competentes o acesso a documentos e informações relacionadas às práticas ambientais dessas entidades privadas,[12] para que seja possível direcionar políticas e ações de proteção ambiental, motivo pelo qual estabeleceu-se um dever de colaboração para essas pessoas coletivas para com a atividade de supervisão estatal.

Dentre as normas editadas para possibilitar a tutela do meio ambiente, algumas fazem referência direta às inspeções ambientais. O Dec.-lei 276, de 31.07.2007 aprovou um regime jurídico comum a todas as atividades de inspeção, possibilitando a uniformização das regras referentes aos deveres de cooperação e colaboração nesse procedimento.[13]

Tal decreto foi designado para diversos serviços de inspeção, incluindo a Inspecção Geral do Ambiente e o Ordenamento do Território (IGAOT) responsável, entre outras atividades, por obter das entidades inspeccionadas as informações ambientais necessárias ao desenvolvimento da atividade de supervisão (n. 1, art. 4.º, secção I, do Cap. II, do Dec.-lei 276/2007).

Por sua vez, e também no sentido dessa cooperação público-privada de tutela ambiental, esse Decreto-lei expressamente instituiu deveres de informação e de colaboração às entidades inspecionadas.[14]

---

como o direito ambiental – que não podem ficar totalmente à descrição do mercado ou de uma lógica presididapela economia de mercado ou para o mercado" (FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 203).

12. "(...) a abordagem de uma fatualidade concreta com incidencias ambientais é atualmente inseparável das componentes administrativas que enquadram essas atividades. A partir destas, o investigador poderá encontrar a fatualidade que era legalmente devida, tendo aberto o caminho para se aperceber da dimensão dos deveres não cumpridos que constituem a porta aberta do ilícito administrativo para o ilícito penal" (DANTAS, António Leones. *Crimes ambientais e metodologias de investigação*... cit., p. 289).
13. Preâmbulo do Dec.-lei 276, de 31.07.2007.
14. O art. 4.º do Dec.-lei 276/2007 cuida dos deveres de informação e cooperação pelas entidades inspecionadas: "1. Os serviços da administração direta, indireta e autónoma do Estado, bem como as pessoas singulares e coletivas de direito público e privado objeto de ação inspetiva, encontram-se vinculados aos deveres de informação e cooperação, designadamente fornecendo os elementos de informação necessários ao desenvolvimento da atividade de inspeção, nos moldes, suportes e com a periodicidade e urgência requeridos".

Entre os destinatários destes deveres estão as pessoas singulares e coletivas, tanto de direito público quanto de direito privado, sendo que cabe aos dirigentes e trabalhadores fornecerem todos os esclarecimentos, pareceres, informações e colaborações necessárias que lhes forem solicitadas. Conforme dispôs o art. 8.º, n. 1 desse Diploma, estas ações de inspeção podem assumir a forma de auditorias, inspeções, sindicâncias ou averiguações.

Apesar da IGAOT não ser uma entidade reguladora, como é, por exemplo, o Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR), ela interfere como se o fosse na tutela ambiental dentro das empresas, já que uma de suas missões é justamente "(...) assegurar o permanente acompanhamento e avaliação do cumprimento da legalidade nas áreas do ambiente e do ordenamento do território por parte das entidades públicas e privadas"(n. 1, art. 11, Lei 207/2006).

Para realizar suas funções, a Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (n. 2, art. 11, Lei 207/2006), concedeu ao IGAOT algumas atribuições, dentre as quais destaca-se: "(...) (e) Assegurar a realização de inspecções com vista à verificação do cumprimento de normas legais e regulamentares em matérias de incidência ambiental, em estabelecimentos, locais ou actividades a elas sujeitos, bem como impor medidas preventivas que previnam, corrijam ou eliminem situações de perigo grave para a saúde, a segurança das pessoas e bens e o ambiente; (g) Exercer funções de órgão de polícia criminal relativamente aos crimes que se relacionem com o cumprimento da sua missão em matérias de incidência ambiental, sem prejuízo das atribuições de outras entidades; (h) Instaurar, instruir e decidir os processos de contra ordenação, relativamente às infracções de que tome conhecimento e em que o MAOTDR (Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional) ou entidades nele integradas tenham correspondentes atribuições".

Acontece que, posteriormente, com a publicação do Dec.-lei 7, de 17.01.2012,[15] o serviço de Inspeção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território (IGAOT) foi objeto de fusão com o serviço de Inspeção Geral de Agricultura e Pescas (IGAP), tendo suas atribuições integradas na Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (IGAMAOT).

As duas inspecções que sofreram fusão têm experiência adquirida e um histórico de desempenho no domínio do controle e auditoria. Dispõe o preâmbulo do Dec.-lei 23/2012 que "especificamente na área do ambiente, a IGAMAOT

15. Art. 34, n. 3, do Dec.-lei 23/2012, de 01.02.2012.

herdará as atribuições de atividade do controle e fiscalização das atividades com incidência ambiental e respectivo sistema contra ordenacional".

Como bem descrito no preâmbulo do Dec.-lei 23/2012, a criação do Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (MAMAOT), que integra a administração direta do Estado, promove um desenvolvimento sustentável, permitindo encontrar, na proteção e na valorização do ambiente, eixos sólidos para o crescimento. O órgão da IGAMAOT exerce, com sua inspeção, um dos serviços centrais desse Ministério.[16]

De acordo com o art. 11, n. 1, do Dec.-lei 207/2006, o IGAMAOT é um órgão de polícia criminal,[17] e tem por missão avaliar não só o desempenho e a gestão dos serviços e organismos do MAMAOT, como também os que estão sujeitos à tutela deste Ministério, através de ações de auditoria e controle.

Apesar de ser um órgão de polícia criminal ambiental e não uma agência reguladora, pode-se dizer que o IGAMAOT exerce a função de proteger o meio ambiente embasado no mesmo pressuposto de instituição dessas agências,[18] e em uma mesma acepção social.[19]

16. Art. 1.º do Dec.-lei 23/2012: "A Inspeção Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território do Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (MAMAOT), abreviadamente designada IGAMAOT, é um serviço central da administração direta do Estado, dotado de autonomia administrativa".

17. O art. 11.º do Dec.-lei 23/2012 dispõe que: "1. Na prossecução da atribuição referida na alínea *h* do n. 2 do art. 2.º, a IGAMAOT tem a natureza de órgão de polícia criminal, actuando no processo sob direcção e na dependência funcional da autoridade judiciária competente. 2. Para os efeitos do disposto no Código de Processo Penal e no número anterior, o inspector geral, os subinspectores gerais e os trabalhadores da carreira especial de inspecção são considerados autoridade de polícia criminal".

18. O pressuposto da instituição de uma agencia reguladora é que exista uma atividade desenvolvida por sujeitos privados à qual a sociedade atribua uma relevância especial, quer porque diz respeito a serviços de utilidade pública – transportes, energia, educação, saúde etc. – ou em função de elevados custos sociais que podem decorrer do desempenho de tais atividades ou, ainda, por conta da pertinência da atividade com determinados valores sociais. (FONSECA, Eduardo Morato. *Regulação, poder normativo das agências reguladoras e princípio democrático*. Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Políticas (Direito Administrativo), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2010, p. 31).

19. "Numa acepção social, a regulação tem por objetivo reduzir custos sociais como, por exemplo, a poluição ambiental ou, ainda, proteger os consumidores dos serviços ou produtos quanto à assimetria de informação" (FONSECA, Eduardo Morato. *Regulação, poder normativo*... cit., p. 31).

Neste enredo, destaca-se o fato da IGAMAOT, como parte da administração direta do Estado, não carecer de suspeita para exercer sua atividade de fiscalização ambiental. Logo, esse dever de colaboração perante o órgão criminal abrange todas as entidades supervisionadas, independentemente de qualquer desconfiança no que se refere à existência de uma infração.

Assim, ao examinar a realização dessa supervisão ou inspeção conjugada com este dever de cooperação, faz-se interessante a abordagem de qual seria o limite entre utilizar as informações e os documentos obtidos no cumprimento deste dever, como "arma" de vigilância para proteção do meio ambiente, e a sua utilização para fundamentar uma sanção.[20] Ou seja, como prova incriminatória de uma infração ambiental contra a própria entidade que as forneceu, o que violaria o princípio do *nemo tenetur*.

3. *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

O princípio *nemo tenetur* estabelece que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, contribuindo, assim, para sua autoincriminação.

Pode dizer-se que o *nemo tenetur se ipsum accusare,* ou o direito à não autoincriminação, surgiu no sec. XVII, no Reino Unido, como decorrência da transição do modelo de processo penal inquisitório para o modelo acusatório.[21] Essa prerrogativa processual visa à proteção do acusado perante poderes coercitivos impróprios exercidos pelas autoridades judiciárias.

Ao reconhecer ao arguido a característica de sujeito processual, legitimou-se, também, uma série de direitos que garantissem um processo justo e equitativo, dentre eles, o direito ao silêncio.[22]

---

20. Dilema regulatório colocado por CATARINO, Luís Guilherme. Informação: utopia, realidade e intervenção pública. *Direito dos Valores Mobiliários, Separata do volume X*. Coimbra Editora. p. 95.

21. DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito a não auto inculpação* (nemo tenetur se ipsum accusare) *no processo penal e contra ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 9.

22. "(...) Parece indiscutível que para o TC o direito ao silencio é uma componente das garantias de defesa asseguradas no n. 1 do art. 32 da CRP, cujo objetivo último é a proteção da posição do arguido como sujeito do processo. Como tem sido reiteradamente decidido pelo TC em seus acordãos. Inclusive com referencia ao TEDH e ao já mencionado caso Saunders c. Reino Unido" (DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação...* cit., p. 16).

Alguns autores, como Figueiredo Dias[23] e Silva Dias,[24] adotam o entendimento de que o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação ocupam conceitos distintos na proteção do arguido. Este último seria o direito em não cooperar no fornecimento de meios de prova para a sua incriminação. O outro, o direito ao silêncio, compreenderia apenas as declarações do arguido sobre os fatos imputados.

Na visão de Costa Pinto,[25] o direito ao silêncio compreende unicamente a recusa do arguido em prestar declarações, ou seja, não inclui a entrega de documentos ou informações que possam ser exigidas, ainda que por previsão legal.

Pode-se dizer que o direito à não autoincriminação carrega o direito ao silêncio como seu núcleo essencial, e abrange outras manifestações, como o direito de não entregar documentos.[26]

Percebe-se, assim, que o direito de não produzir provas contra si mesmo possui um sentido amplo e um sentido estrito. O sentido estrito abarca apenas as declarações sobre os fatos imputados (confunde-se com o próprio direito ao silêncio), e no sentido amplo inclui-se, também, os documentos entregues. Adota-se, na presente análise, o sentido amplo de tal direito.

Outro aspecto relevante é o de que este princípio possui um fundamento material de dupla natureza.[27] A natureza substantiva, que protege direitos fundamentais como a dignidade, a privacidade e a autonomia individual. E a natureza processual, que, dentro da estrutura acusatória do processo, garante a presunção de inocência e o direito a um processo justo e equitativo, bem como, que a culpa do acusado seja construída pela acusação.

23. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Almedina, 2009. p. 43-44.

24. DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação*... cit., p. 16, p. 21 e ss.

25. Para o autor "o direito ao silêncio é uma recusa legítima a prestar declarações e não comporta qualquer outro conteúdo, nomeadamente, não permite que o arguido negue a entrega de elementos que estão em seu poder quando os mesmos são exigidos ao abrigo de poderes legais", vide DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio*... cit., p. 95 e ss.

26. DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação*... cit., p. 21.

27. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio*... cit., p. 40 e ss.

No que se refere ao fundamento legal, apesar do *nemo tenetur* não estar previsto expressamente na Constituição da República Portuguesa (CRP), identifica-se facilmente sua consagração a nível infraconstitucional no Código de Processo Penal (CPP), como desdobramento do direito ao silêncio (art. 61.°, n. 1, *d*, art. 132.°, n. 2, art. 141.°, n. 4, *a* e art. 343.°, n. 1.°, do CPP).[28]

Pode considerar-se, também, que o *nemo tenetur* está previsto implicitamente no art. 32.°, n. 2, da CRP, como corolário da presunção de inocência. Trata-se, ainda, de consequência direta da aplicação, no ordenamento interno, dos princípios previstos em convenções e tratados internacionais DUDH, CEDH,[29] PIDCP[30] (art. 8.°, e 16.° da CRP).

Assim, independentemente da previsão na CRP, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa concordam no que diz respeito à natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*.[31]

---

28. "O direito ao silêncio, além de expressamente consagrado, adquire verdadeira efetividade prática, porque é acompanhado da interdição da valoração negativa do silêncio, da consagração de proibições de prova que impedem a utilização de provas obtidas com violação daquele direito, da proibição da utilização das declaração anteriores do arguido que se remete ao silêncio em audiência, bem como da obrigação de fundamentação das decisões judiciais" (DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação*... cit., p. 14).

29. Art. 6.° do CEDH: "1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

30. Art. 14.°, n. 3, do PIDCP: "Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (*g*) A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada".

31. ALFAFAR, Diana Patrício. *O* nemo tenetur se ipsum accusare *e o dever de colaboração no direito sancionatório da concorrência*. Dissertação de Mestrado, Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2012, p. 15.

No que diz respeito ao âmbito de validade desse princípio, é interessante destacar a distinção trazida por Silva Dias e Costa Ramos.[32] Para os autores, o âmbito de validade do *nemo tenetur* distingue-se em normativo, temporal e material. No âmbito normativo considera-se que o princípio é aplicável em todo o direito sancionatório (seja direito penal ou direito de mera ordenação-social). No âmbito temporal, por sua vez, o princípio é válido não só quando já foi constituído arguido, mas também previamente quando solicite[33] sua constituição como arguido. Por último, ao se analisar o âmbito material, verifica-se que o *nemo tenetur*, além do seu núcleo central, marcado pelo direito ao silêncio, pode alcançar outros meios de prova que devem ser analisados no caso concreto, pois a medida que se afasta do seu núcleo, esse direito sofre uma relativização, e passa a depender de fatos.

Inquestionável é que o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação também são elementos constituintes de um processo justo e equitativo e do princípio da presunção de inocência consagrados no art. 6.º, números 1 e 2, da CEDH.[34] Como dito anteriormente, o direito à não autoincriminação foi originariamente destinado à proteção da pessoa singular perante um processo acusatório. Acredita-se, assim, que a extensão[35] deste direito às pessoas coletivas justifica-se como garantia desse processo justo e equitativo.

4. O DEVER DE COLABORAÇÃO *VERSUS* O DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

4.1 Conflito

Como descrito no capítulo anterior, decorre do *nemo tenetur* o direito de não ser obrigado a colaborar com sua autoincriminação. Este, em seu sentido mais amplo, garante que o arguido não seja coagido a fornecer declarações orais ou documentos que possam ser utilizados para sustentar uma futura condenação.

32. DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação*... cit., p. 21.

33. "Se, através de declarações ou informações obtidas durante uma investigação realizada por agentes da administração da justiça penal, surja a suspeita de envolvimento em um ilícito, a lei permite que a pessoa solicite sua constituição como arguido. A partir deste momento, o suspeito ocupa a figura de sujeito processual, e como tal, passa a ser titular de direitos e prerrogativas" (DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação*... cit., p. 21).

34. COSTA, Joana. *O princípio* nemo tenetur... cit., p. 117.

35. De acordo com Jorge Miranda e Rui Medeiros não se deve falar em equiparação, mas, sim, de uma extensão limitada. (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Lisboa: Coimbra Editora, 2005. t. I. p. 157).

No entanto, a legislação ambiental estabelece um dever de colaboração para as pessoas jurídicas coletivas frente a fiscalização do órgão criminal ambiental (IGAMAOT). Tal dever visa à entrega dos elementos necessários ao desenvolvimento da atividade de fiscalização, sob pena de desobediência e de obstrução do procedimento de supervisão.

Assim, em um eventual conflito, impera saber se, e como, seria possível conciliar este direito de não colaborar com este dever de colaborar.

Adota-se o princípio da proporcionalidade[36] como um critério que permite, de acordo com a natureza do caso e a condição e o comportamento das pessoas envolvidas, a compatibilização entre direitos fundamentais que não podem ser exercidos em sua plenitude.

Para tratar desta questão é essencial verificar e delimitar quais os bens jurídicos que estão sendo tutelados com os respectivos "direito" e "dever". Ambos prezam por direitos fundamentais constitucionalmente previstos, que possuem, em teoria, o mesmo valor. Para isso é preciso definir o objetivo ao qual se presta este dever de colaborar, e o núcleo essencial que se busca proteger pelo direito à não autoincriminação.

O dever de colaborar frente a uma fiscalização ambiental, dentro da chamada cooperação público-privada, se presta, em ultima análise, a auxiliar a administração no conhecimento de informações que de outra forma não teria acesso, para que, através delas, seja viável efetivar políticas e ações de prevenção em prol do meio ambiente.

Por sua vez, frente ao processo acusatório, e, de acordo com o posicionamento adotado pelo TEDH, o direito à não incriminação busca proteger o direito do arguido a um processo justo e equitativo, perante o exercício coercitivo do Estado.

Neste ponto, caberia então confrontar o intuito da administração em conhecer e regular uma atividade, com o direito da pessoa coletiva em não ser obrigada a produzir provas que a leve a uma condenação por crime ambiental, como consequência de um processo justo e equitativo.

---

36. ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007. p. 117; Ainda, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 306-307. No mesmo sentido "a solução da questão tem de obedecer aos cânones do princípio da proporcionalidade em sentido amplo" (MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência: comentário conimbricense* (dir. Miguel Gorjão-Henriques). Coimbra: Almedina, 2013. p. 337).

Para resolvermos essa questão o enfoque deve ser na análise da coação existente nesse dever, uma vez que este dever "de colaborar" se transforma, por meio da coação estatal, em um dever "de se autoincriminar". Isto ocorre não pelo fato da administração ter o poder de exigir o cumprimento desse dever, mas pelo fato de, posteriormente, poder utilizar as informações obtidas por meio dessa exigência, para exercer seu poder coercitivo e punir a pessoa jurídica que os forneceu, ferindo nitidamente o direito da entidade de não ser obrigada a se autoincriminar, já que foi coagida "a contribuir" para sua incriminação.

A proteção do meio ambiente e a adequada gestão dos recursos naturais é interesse da própria entidade supervisionada que, para assegurar as condições de uma supervisão adequada, deve poder colaborar sem medo de represálias.

Sabe-se que o dever de colaboração da entidade é essencial ao desempenho da função de supervisão, pois é o que permite o conhecimento, que de outra forma seria praticamente inviável, dos danos ambientais provocados pela entidade privada.

Se o conhecimento desses danos, além de regulamentar a atividade dessa empresa, passa a ser utilizado como forma de incriminação penal, a empresa recua na sua "faculdade" de colaborar, e impede o desempenho da função de supervisão.

Podemos tratar a supervisão empresarial como um exame pelo qual a administração tem a oportunidade de enxergar o "esqueleto" da empresa. Caso essa empresa se sinta vulnerável perante esse exame, vai se utilizar de uma "roupagem protetora" que impedirá o acesso do Estado a informações estruturais daquele organismo. Consequentemente, torna-se praticamente impossível saber qual "tratamento" adotar, ou qual "medicamento jurídico" seria indicado para "tratar" as partes "enfermas" e ambientalmente perigosas daquela instituição. Seria, assim, de muito mais valia, uma colaboração desprendida do medo da sanção, para uma melhor supervisão administrativa.

Sabe-se que o direito ao silêncio não é absoluto, e o dever de colaboração, expressamente previsto, pode ser interpretado como uma restrição legislativa[37]

37. Figueiredo Dias e Costa Andrade, ao se posicionarem, frente as situações que envolvam a entrega de informações no âmbito de supervisão da CMVM, afirmam que "constituiria uma limitação constitucionalmente admissível *do nemo tenetur*" mas, ressalte-se que, cuidam especificadamente da análise do processo contra ordenacional. (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico Costa, *Poderes de supervisão*... cit., p. 24 e ss. e 53 e ss.).

a esse direito. No entanto, tal restrição só deve ser aplicada na fase de supervisão, na qual a entidade privada não pode se valer dessa prerrogativa processual para se negar a entregar os documentos e as informações requeridas.

O "dever de colaborar" deve ser interpretado mais como um "convite de informar" e não como um "dever de informar", uma vez que estamos tratando de colaboração. A colaboração encontra-se com a voluntariedade no cumprimento desse dever, além de ser a via mais efetiva no direcionamento de políticas ou ações de controle ambiental para tais atividades.

Para identificar uma empresa como de elevado potencial poluidor do meio ambiente, deve-se levar em consideração critérios como poluição atmosférica, efluente líquido e resíduos sólidos produzidos, informações essas que só conseguem ser alcançadas pelo Estado com a colaboração e, principalmente, com a vontade da empresa em fornecê-las.

Como se trata de inspeção ambiental, na qual a essência da colaboração é informativa, ao se punir pelo esclarecimento recebido, resta prejudicada a comunicação, ferindo a confiança depositada pelo particular no Estado. Além do mais, pode-se interpretar este dever de colaboração como resultado de uma vertente administrativa infraestrutural de colaboração público-privada. E, neste sentido, não pode desencadear risco sancionatório, pois acabaria afastado o interesse privado em cooperar.

De toda forma, cabe analisar como o órgão fiscalizador deve proceder se durante sua atividade se depare com informações que evidenciem a existência de uma infração ambiental.

4.2 Questão processual

Levando em consideração a estrutura acusatória do processo penal português, verifica-se nitidamente duas fases distintas: a fase de inquérito, gerida pelo Ministério Público (MP) (art. 219.º, n. 1, da CRP), e a fase de julgamento, orientanda pelo juiz.

Como disposto no art. 242.º, n. 1, do CPP, sempre que entidades policiais ou funcionários públicos tomem conhecimento da prática de crime no desempenho de suas funções, devem comunicar[38] a ocorrência ao Ministério Público

38. O art. 242.º, n. 1, dispõe que: "A denúncia é obrigatória, ainda que os agentes do crime não sejam conhecidos: (a) Para as entidades policiais, quanto a todos os crimes de que tomarem conhecimento; (b) Para os funcionários, na acepção do artigo 386.º

para que este proceda à abertura de inquérito,[39] o que é notadamente aplicável no caso de uma inspeção realizada pelo IGAMAOT, como órgão integrante da administração direta do Estado.[40]

Caso o IGAMAOT identifique alguma infração ao meio ambiente, deverá, com base nestas informações fornecidas, cumprir o seu dever, que também está expressamente previsto, e comunicar ao Ministério Público para que seja instaurado inquérito.[41]

O IGAMAOT é um parceiro fundamental no combate à criminalidade ambiental,[42] mas, a partir do momento em que uma determinada entidade der causa à suspeita de um crime,[43] ela deverá ser constituída como arguida no

---

do Código Penal, quanto a crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas".

39. Artigo 241.º CPP: "Aquisição da notícia do crime: O Ministério Público adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia, nos termos dos artigos seguintes. Artigo 262.º CPP: Finalidade e âmbito do inquérito: 1. O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação. 2. Ressalvadas as exceções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito".

40. Assim, nas palavras de Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos "as entidades policiais e os funcionários públicos são, pois, destinatários de uma dever de denúncia. De todo modo não é aceitável qualquer juízo de oportunidade ou qualquer *plea bargaining* quanto ao início das investigações" (DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação*... cit., p. 18).

41. "A investigação nos crimes ambientais exige a concertação de várias entidades cuja articulação se afigura fundamental para o sucesso do combate a esta forma de criminalidade. (...) o combate a criminalidade ambiental clássica terá que lidar com a cooperação entre os serviços da Administração Ambiental e os órgãos de polícia criminal, sob a supervisão global do Ministério Público. É a este que incumbe a direção do inquérito e a responsabilidade funcional pela realização dos objetivos ao mesmo inerentes. Tal como na criminalidade comum, o êxito das investigações passa pela capacidade de definição de objetivos por parte do Ministério Público" (DANTAS, António Leones. *Crimes ambientais*... cit., p. 285).

42. Anteriormente chamada de Inspeção Geral do Ambiente (IGA): DANTAS, António Leones. *Crimes ambientais*... cit., p. 286.

43. O mais complicado seria determinar o momento exato em que levanta-se a suspeita e "garantir que o Ministério Público e, sobretudo, as policias não caiam então na tentação de ouvir como "testemunhas" aqueles indivíduos que já são suspeitos da prática do crime investigado, ocultando-lhes que gozam de um privilégio contra a

processo, para que seja garantido seu direito processual de defesa, uma vez que "(...) faltando a constituição de arguido, os documentos e informações fornecidos pelo suspeito seriam nulos e não poderiam ser utilizados, por violação do art. 32.º, números 8 e 10, da Constituição".[44]

Assim, para que seja possível ao IGAMAOT cumprir com o seu dever de informar o Ministério Público, e prosseguir com o processo sancionatório sem anular a validade das provas que virão a ser produzidas, o repasse das informações deve respeitar e garantir o direito de defesa. Sabe-se que sem a cooperação da entidade fiscalizada não existiria prova,[45] motivo pelo qual o direito de defesa do arguido deve ser garantido como uma "exigência constitutiva do processo".[46]

Ressalta-se, também, que dentro da estrutura processual, ao analisar o direito probatório intimamente relacionado com o direito de não produzir provas contra si mesmo, tem-se que a culpa do acusado deve ser construída pela acusação, para assegurar o cumprimento das garantias processuais consagradas constitucionalmente, tais como a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa.

---

autoincriminação (que é reconhecido às próprias testemunhas, nos termos do art. 132.º, n. 2.º), na mira não tanto de lhes extorquir uma inadvertida "confissão", que não teria qualquer valor em juízo (art. 357.º, n. 1, *b*), mas antes de forçá-los a indicar provas, se está sempre a tempo de fazer a constituição de arguido, quando já nada mais houver para perguntar" (MENDES, Paulo de Sousa. Estatuto do arguido e posição processual da vítima. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n. 4, p. 604, out.-dez. 2007).

44. "A forma de dirimir o conflito é através da constituição de arguido pela entidade supervisora ou a pedido do próprio suspeito logo que aquela entidade tomar conhecimento da infração e iniciar investigações tendentes a apurar a responsabilidade deste solicitando a sua colaboração funcional ou pessoal" (MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência*... cit., p. 344-345).

45. Como bem colocado por Paulo de Sousa Mendes "a mensagem do Código quanto ao estatuto de arguido, enquanto sujeito processual, é fundamentalmente a seguinte: o arguido não é um colaborador das autoridades judiciárias e dos PC para a descoberta da verdade e a realização da justiça!". Motivo pelo qual, a partir do momento que se constitui arguido tem como garantido seu direito de defesa não podendo ser coagido, seja pelo Ministério Público, seja pelos órgãos de polícia, a fornecer nenhuma informação que julgue autoincriminatória. (MENDES, Paulo de Sousa. *Estatuto do arguido*... cit., p. 609).

46. Neste sentido: MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência*... cit., p. 324.

O princípio do *nemo tenetur*, além de proteger o direito ao devido processo legal (com um julgamento justo e equitativo), protege também o direito do réu de ingressar no processo criminal sem que exista uma condenação prévia, motivo pelo qual a Administração, ao comunicar o Ministério Público, não poderá fazer uso da prova que possui para construir a culpa do arguido, mas tão somente como notícia do crime, garantindo a utilização como prova apenas das informações concebidas após a constituição de arguido.

Caso fossem admitidas, essas provas feririam o direito à não autoincriminação, e, mais do que isso, afrontaria o princípio da presunção de inocência e da dignidade, pois haveria uma presunção de culpabilidade logo na abertura do inquérito. Assim, deve-se considerar tal prova como inaceitável, nula.[47]

Em suma, desde que a prova entregue ao Ministério Público represente apenas uma notícia crime, que dê abertura ao inquérito, esta informação poderá ser utilizada sem ferir o direito de defesa do arguido, porquanto a investigação e a construção da culpa serão realizadas pela acusação.

Ou seja, o Ministério Público deve promover e construir sua acusação independentemente da prova previamente produzida e recolhida pelo órgão administrativo,[48] inclusive para que não haja uma indução na investigação e exista uma "tranquilidade" da entidade em fornecer as informações na fase de supervisão realizada pelo IGAMAOT.

Para tratar desta questão é preciso ter em mente que, justamente pelo fato de o arguido ser o principal produtor de provas contra si mesmo, precisa ter seu direito de defesa protegido com o objetivo final de garantir o acesso às informações ambientais, e ao mesmo tempo acreditar a prova como legítima dentro de um processo criminal posterior, sendo perfeitamente possível ao IGA-

47. A prova seria nula em decorrência do art. 126.º do CPP, que contempla os métodos proibidos de prova. Como esta prova fere alguns direitos fundamentais do arguido – como o devido processo legal e a presunção de inocência – ela constitui um método proibido de prova, pois "as proibições de prova assumem, na prática, um papel de tutela dos direitos fundamentais".
A título de ilustração e utilizando o direito comparado, o art. 155 do CPP brasileiro corrobora este entendimento, ao dispor que "o juiz não pode condenar com base em uma única prova produzida na fase de inquérito. São necessários outros elementos de convicção durante a fase processual, outras provas que reafirmem aquela condenação".

48. "Sabido é que as proibições de prova podem atingir tanto o momento da sua obtenção – ou aquisição processual – como o momento de sua utilização – ou valoração processual" (MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência...* cit., p. 337).

MAOT cumprir sua obrigação de comunicar ao Ministério Público a notícia do crime, para que se instaure o inquérito, obedecendo-se o direito probatório e sem prejudicar o direito a não autoincriminação, desde que a parte seja devidamente constituída arguida, e a sua culpa só seja construída pela acusação.

4.3 Posições doutrinárias

Faz-se importante analisar os diversos posicionamentos doutrinários no que se refere à utilização processual dos elementos obtidos frente a este dever de colaboração. Apesar da maioria dos autores tratarem desse conflito na esfera sancionatória contra ordenacional, alguns aspectos desta análise são plenamente aplicáveis no presente estudo.

Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos[49] sustentam que a utilização em processo de contra ordenação dos elementos entregues em cumprimento do dever de colaboração, estaria impossibilitada pela aplicação do direito à não autoincriminação. Haveria uma inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração.

Os autores defendem que o dever de colaboração estaria vinculado ao exercício do poder de supervisão, mas não se vincularia ao poder de instruir processo sancionatório (de contra ordenação).

A autora Helena Magalhães Bolina constrói uma crítica referente a inutilização, pelos autores, da função de supervisão: "Os autores admitem deixar completamente sem tutela todas as situações anteriores de não cumprimento das normas a que as entidades supervisionadas estão vinculadas, assim inutilizando a função de supervisão".[50]

Contrariamente à crítica da autora, acredita-se que, no quesito ambiental, mesmo que não seja admitido o uso dos documentos para apurar a respon-

49. DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito a não autoinculpação*... cit., p. 21.

50. BOLINA, Helena Magalhães. O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados: à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários. *Revista do CEJ*, p. 413, 2.º semestre de 2010. No mesmo sentido, Figueiredo Dias e Costa Andrade afirmam que se estabeleceria uma "zona franca de responsabilidade" ou uma "imunidade antecipada", e que não se compreenderia que, em razão da matéria, a entidade a quem compete supervisionar (...) não pudesse, no âmbito dessa supervisão, processar e sancionar os ilícitos administrativos de que tomasse conhecimento" (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico Costa. *Supervisão, direito ao silêncio*... cit., p. 23). MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência*... cit., p. 342.

sabilidade criminal ou contra ordenacional por parte das entidades privadas, continua existindo razões suficientes para viabilizar o acesso a essas informações, já que o motivo maior desta supervisão ambiental não é concretizar uma penalização criminal, mas sim, obter as informações necessárias, as quais, além de verificar o cumprimento das normas ambientais por parte das entidades privadas, possibilita a aplicação de medidas protetoras do meio ambiente.

A atividade de supervisão não restaria inutilizada, pois, conjuntamente com o dever de colaboração, continuaria cumprindo o seu papel fundamental de proteção do meio ambiente.

Outros autores defendem uma restrição parcial ao direito de não autoincriminação. Neste sentido temos Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade,[51] que admitem a aplicação do direito de não autoincriminação, mas que, no entanto, defendem uma restrição[52] a este direito frente às funções de vigilância do Estado ou das entidades que realizem atividades econômicas, e que visem a proteger[53] "bens fundamentais de natureza social ou coletiva".[54] Nessa linha, defende-se a supervisão como um reflexo dessa necessidade de controlar e fiscalizar atividades empresariais que afetem os bens fundamentais

51. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico Costa. *Supervisão, direito ao silêncio*... cit., p. 43-44.

52. Ao se posicionarem, os autores restringem a aplicação do principio do *nemo tenetur*, perante as situações que envolvam a entrega de informações no âmbito de supervisão da CMVM, o que na visão dos autores "constituiria uma limitação constitucionalmente admissível", defendem, assim, uma vertente sancionatória da supervisão.

53. Merece destaque este argumento dos autores, extremamente aplicável à situação em discussão, pois o meio ambiente encontra-se dentre estes bens fundamentais, de natureza não apenas social, mas, também coletiva. Motivo pelo qual tal restrição estaria, em parte, justificada.

54. Sousa Mendes também se alinha com esta posição no âmbito do mercado da concorrência, justificando uma restrição ao *nemo tenetur* a partir do princípio de que as atividades económicas não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos. Se um particular quer desenvolver uma tal actividade, compreende-se que tenha de ter para com o Estado uma certa lealdade que, no âmbito de uma atividade regulada, se concretiza num dever de colaboração para com a autoridade competente. Paralelamente, compreende-se que o mesmo particular tenha de abdicar, naquele âmbito de exercício da atividade, das tradicionais garantias de protecção diante do Estado" (MENDES, Paulo de Sousa, apud MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência: comentário conimbricense* (dir. Miguel Gorjão-Henriques). Coimbra: Almedina, 2013. p. 337).

coletivos.[55] Não há motivos para discordar que a supervisão seja um reflexo da necessidade de controle e da fiscalização. No entanto, essa necessidade não precisa se converter em uma responsabilização criminal.

Motivo pelo qual entende-se que a restrição desse direito se aplicaria apenas na fase de fiscalização administrativa (quando não existem suspeitas de infração), na qual a entidade não pode se valer dessa prerrogativa para se abster de entregar as informações requeridas.

No entendimento de Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos,[56] o instituído dever de colaboração, por si só, não deve ser considerado como uma restrição legislativa à vigência do *nemo tenetur* (mesmo porque esse princípio tem sua vigência apenas dentro no processo sancionatório) e, previamente a existência de qualquer suspeita, existe apenas uma fiscalização do sistema por parte da administração.[57]

Caso não fosse admitida a restrição do direito à não autoincriminação nesta fase de supervisão, restaria configurada uma estratégia de defesa para a entidade privada no sentido de não ter que cumprir com o estabelecido em lei, ou seja, com a obrigação expressa de prestar informações ambientais.

Acredita-se, assim como os autores, que caso não existam suspeitas e não haja nenhuma investigação em curso, apenas inspeções de rotina, o direito de não autoincriminação não tem aplicação. As supervisões realizadas pela IGAMAOT viabilizam a obtenção de elementos das entidades supervisionadas, o que constitui um ato necessário para assegurar a efetividade e o cumprimento das normas ambientais pelas entidades privadas. No entanto, para além da fase de fiscalização, tal restrição não pode ocorrer.

Seguindo a linha adotada por Vânia Costa Ramos e Augusto Silva Dias, haveria um divisor de águas entre a esfera administrativa e a esfera penal, que seria o surgimento da suspeita da infração e, a partir deste momento, consti-

55. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico Costa. *Supervisão, direito ao silêncio*... cit., p. 24 e ss. MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência*... cit., p. 342.

56. "A invocação do *nemo tenetur*, admite que este não opera ainda quando os destinatários de deveres de cooperação são a cumpri-los pelas autoridades administrativas competentes para assegurar o regular funcionamento de determinadas operações ou atividades, por isso não haveria, neste momento qualquer conflito" (DIAS, Augusto Silva Dias; RAMOS, Vânia Costa, apud MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência*... cit., p. 344.

57. MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência*... cit., p. 344.

tuir-se-ia arguido, e legitimada estaria a aplicação do direito à não autoincriminação.

Ainda no que se refere à restrição desse direito, discorda-se da posição de Frederico da Costa Pinto, quando o mesmo afirma que o direito ao silêncio engloba unicamente "(...) o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre fatos que já lhe tenham sido imputados".[58] Na presente análise, o direito à não autoincriminação abrange quaisquer elementos de prova fornecidos pela empresa, bastando seu uso autoincriminatório para que o direito a não produzir provas contra si mesmo prevaleça.

O dever de colaboração se presta ao objetivo de proteger o meio ambiente.[59] Caso as provas obtidas durante tais supervisões possam ser utilizadas em um futuro processo criminal, como prova de culpabilidade para punir a empresa poluidora, o objetivo estará em parte perdido, pois a vertente preventiva dará lugar à vertente punitiva.

Em última análise, e contrariamente à linha de raciocínio apontada por Helena Magalhães Bolina,[60] pode-se perceber que o motivo da supervisão e do dever de colaboração instituído às entidades não se prende exclusivamente à possibilidade de instaurar os correspondentes processos sancionatórios.

Defende-se, portanto, que os documentos e informações, obtidos durante a fase de supervisão não podem e não devem ser utilizados para embasar processos criminais, e caso sejam entregues pela entidade fiscalizadora servirão apenas como notícia do crime, evitando, assim, que a supervisão se traduza em mero instrumento penalizante.

---

58. PINTO, Frederico da Costa. *Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra ordenação (parecer). Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Almedina: Coimbra, 2009. p. 57-125, em especial, p. 97: reconhece o direito ao silêncio para as pessoas coletivas.

59. Vânia Costa Ramos ao analisar criticamente a jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa (TLC) percebe que os deveres de cooperação estabelecidos na Lei de Concorrência não violam o direito ao silêncio nem o direito a não auto incriminação desde que não implique a admissão na pratica dos ilícitos imputados. RAMOS, Vania Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência: jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n. 1, p. 180 e ss., 2010.

60. BOLINA, Helena Magalhães. *O direito ao silêncio...* cit., p. 383 e ss.

5. ANÁLISE DO CASO SAUNDERS *VERSUS* REINO UNIDO

Retoma-se o já citado caso Saunders *vs.* Reino Unido do TEDH, no qual, apesar do arguido ser uma pessoa física, o que está em jogo é a utilização das informações da empresa da qual ele era o chefe executivo. Mesmo não possuindo uma abordagem especificamente ambiental, tal jurisprudência nos remete a uma situação similar à abordada no presente estudo.

Neste caso foi aplicado o regime de direito interno, "The Companies Acts 1985", que assegura a possibilidade de inspeção e estabelece deveres de colaboração e de informação pelos agentes da companhia perante tal inspeção. Da mesma forma, a legislação ambiental carrega previsão similar em seu Dec.-lei 276/2007.

No quesito ambiental que se pretende tratar, a diferença reside no fato de que não haveria uma notícia prévia de infração[61] como ocorreu no caso Saunders, mas sim, a identificação de irregularidades após a fiscalização realizada pelo órgão de polícia criminal (IGAMAOT).

Segundo o TEDH, caso não exista suspeita prévia de infração, não há qualquer proibição do uso de poderes coercitivos para obter informações. Portanto, perante uma inspeção da IGAMAOT desvinculada da existência de uma suspeita, o dever de colaboração não encontra obstáculo que incompatibilize sua aplicação.

Desta forma, o objeto em questão converge com a decisão do Tribunal, no que diz respeito, especificadamente, à possibilidade de utilização dos documentos obtidos durante a fase de supervisão ambiental na empresa, em um possível e futuro processo sancionatório caso identificada alguma infração, contraposto ao direito de não autoincriminação.

O TEDH consagrou que o direito a um processo justo e equitativo se aplica da mesma forma para as pessoas físicas e para as pessoas jurídicas. No entanto, vale destacar o argumento da autora Helena Magalhães Bolina referente à supervisão da CMVM, mas plenamente aplicável no presente caso, de que a entidade sujeita a uma inspeção não ocupa a mesma posição que um cidadão constituído arguido num processo criminal, o qual não possui um dever de

61. Caso surja a suspeita de envolvimento em um ilícito, a lei permite que a pessoa solicite sua constituição como arguido: a partir deste momento, o suspeito ocupa a figura de sujeito processual, e como tal, passa a ser titular de direitos e prerrogativas (DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação...* cit., p. 21).

colaboração perante o órgão criminal, como o legalmente previsto para as entidades.[62]

Alia-se com a exposição pela autora, mas ressalta-se que o dito "dever de colaboração" previsto para as entidades não é instituído com o objetivo de punir infrações criminais, pois, caso fosse, seria traduzido em um "dever de produzir provas contra si mesmo".

Assim, tais entidades não podem se valer do direito à não autoincriminação na fase de supervisão para se negar a colaborar. Mas tal prerrogativa deve ser plenamente aplicada quando, durante uma supervisão e frente ao dever de colaboração, a autoridade se depare com uma infração ambiental que pretenda sancionar.

Em outro ponto, o governo britânico alegou que apenas no caso de depoimentos autoincriminatórios haveria violação do direito à não autoincriminação. O TEDH se posicionou contrariamente, e declarou que este direito abarca quaisquer depoimentos que forem obtidos sob coerção.

Discute-se, portanto, o que configuraria coerção. Ao que parece, no julgamento do Tribunal, a previsão de uma sanção por descumprimento ao dever de colaboração já configura coerção por parte das autoridades.

Pode-se dizer que a coação é o cerne do direito ao silêncio, uma vez que na sua ausência, e, desde que o arguido esteja devidamente informado do direito que lhe assiste, a autoincriminação é legítima.[63] Desta forma, caso haja uma suspeita, e os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias informem que tais elementos podem ser posteriormente utilizados em um processo sancionatório, sua utilização é legítima. Mas, caso não exista suspeita e/ou não se informe devidamente às entidades do risco autoincriminatório de suas declarações, a utilização destes elementos configura-se coercitiva.

Assim, mesmo que exista uma cominação legal referente ao descumprimento do dever de colaboração, se o declarante estiver totalmente esclarecido sobre as consequências e, ainda assim, decidir colaborar, considera-se que deixou de estar sob coerção, porque emitiu uma declaração ao abrigo de uma vontade livre e esclarecida. De outra forma, estaria sempre vedada ao arguido a possibilidade de colaborar na descoberta da verdade.[64]

62. BOLINA, Helena Magalhães. *O direito ao silêncio...* cit., p. 420.

63. ALFAFAR, Diana Patrício. *O* nemo tenetur se ipsum accusare... cit., p. 34.

64. ANASTACIO, Catarina. O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infrações às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur*

No caso em questão, como já havia uma suspeita da prática do crime, as provas fornecidas pelo Sr. Ernest Saunders poderiam ser utilizadas para embasar sua condenação, sem atentar contra o princípio da não autoincriminação, motivo pelo qual, neste sentido, discorda-se do posicionamento adotado pelo TEDH.

Concorda-se, entretanto, com a posição do Tribunal de que o nível de coerção aplicado acaba por extinguir a essência do "dever de colaborar", ao que parece, transformando-o, mais uma vez, em um dever "de autoincriminação", e, por esse motivo invalida a prova obtida por meio da supervisão.

Da mesma forma como sustentado pelo Reino Unido, e reafirmado pelo TEDH,[65] o direito à não autoincriminação não é absoluto nem imutável, mas esta constatação não pode servir como argumento para se utilizar das provas obtidas como o principal meio de prova da infração.[66]

No presente caso, o Tribunal considerou relevante proteger o acusado perante uma eventual coerção abusiva por parte da autoridade supervisora. Abuso que se concretiza quando a autoridade, além de cumprir com o seu papel legalmente instituído, faz uso desse direito para incriminar a entidade supervisionada que colaborou, tomando como base incriminatória as informações fornecidas perante um dever de colaboração.

---

se ipsum accusare. *Revista de Concorrência e Regulação*. ano I. n. 1. p. 224. jan.-mar. 2010.

65. "A jurisprudência do TEDH tem vindo a densificar o princípio do *nemo tenetur*, baseada no art. 6.º, n. 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). A jurisprudência autoriza a conclusão de que o direito de não contribuir para a sua própria incriminação não é um direito absoluto, admitindo ponderações e restrições no interesse no confronto com outros interesses juridicamente tutelados, desde que se garanta a preservação do núcleo essencial daquele direito" (MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência...* cit., p. 346).

66. "Destaca-se a jurisprudência Orkem, em que o Tribunal de Justiça concluiu que a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações (...) mesmo que estes possam servir para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial. Mas a comissão não pode, prejudicar os direitos de defesa da empresa, o que significa que não lhe pode impor a obrigação de fornecer respostas através das quais a empresa seja levada a admitir a existência da infração. MENDES, Paulo de Sousa, apud MOUTINHO, José Lobo; SALINAS, Henrique. *Lei da Concorrência...* cit., p. 346.

CONCLUSÃO

Neste trabalho analisou-se qual seria o limite de utilização das informações obtidas no cumprimento de um dever de colaboração, como prova para subsidiar um futuro processo criminal contra a própria entidade que as forneceu.

Destacou-se a IGAMAOT como parte da administração direta do Estado no exercício da atividade de fiscalização ambiental, e o dever de colaboração perante o órgão criminal que abrange todas as entidades supervisionadas.

Aplicou-se o sentido amplo do *nemo tenetur se ipsum accusare* às pessoas coletivas, bem como buscou-se uma fundamentação constitucional implícita e material processual, ao delimitar sua aplicação no objeto em questão.

O conflito foi estabelecido perante uma situação na qual não existia uma suspeita prévia do cometimento de infração ambiental pela entidade que sofreu a fiscalização. O enfoque cuidou de analisar a existência de coação por parte do Estado que pudesse colocar em risco, e transformar, um "dever de colaboração" em um "dever de autoincriminação".

Ressaltou-se a importância da correta informação na tutela ambiental, e o risco de se perder a confiança dos particulares perante uma busca desenfreada por uma responsabilização criminal, bem como a prioridade em preservar os direitos processuais de defesa, garantindo-se a presunção de inocência e a constituição de arguido.

A questão processual e posições doutrinárias em situações análogas foram critérios utilizados para resolver o conflito, e o posicionamento jurisprudencial (caso Saunders *vs.* Reino Unido) foi o pano de fundo para comparar situações similares e perceber as diferenças de aplicação tanto deste dever quanto desse direito em uma situação concreta.

Percebeu-se que, na situação em pauta, a restrição do *nemo tenetur se ipsum accusare* frente a um dever de colaboração não se apresenta como um mecanismo adequado para proteção do meio ambiente. E que, muito além de determinar a prevalência de um dever de colaboração ou de um direito à não autoincriminação, deve-se considerar suas consequências práticas, mantendo em mente o fim para o qual se presta sua efetivação, qual seja, o da proteção ambiental.

Em que pese a amplitude desta discussão e sua abordagem por outras vertentes conflituosas, acredito que, no que se refere ao objeto do presente estudo, esta seria a forma mais eficaz de dirimi-lo: assegura-se o direito à não autoincriminação e as garantias de defesa do arguido, para certificar-se de que haja

o cumprimento do dever de colaboração, com o fim de tutelar efetivamente o meio ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA. VV. *Lei da Concorrência: comentário conimbricense*. (dir. Miguel Gorjão-Henriques). Coimbra: Almedina, 2013.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007.

ALFAFAR, Diana Patrício. *O* nemo tenetur se ipsum accusare *e o dever de colaboração no direito sancionário da concorrência*. Dissertação de Mestrado, Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2012.

ANASTACIO, Catarina. O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infrações às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista de Concorrência e Regula*, ano I, n. 1, p. 383-430, jan.-mar. 2010.

CATARINO, Luís Guilherme. Informação: utopia, realidade e intervenção pública. *Direito dos valores mobiliários, Separata do volume X*. Coimbra Editora. p. 65-112.

COSTA, Joana. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*, ano 32, n. 128, p. 117-183, out.-dez. 2011.

DANTAS, António Leines. Crimes ambientais e metodologias de investigação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, n. 2, p. 275-295, abr.-jun. 2005.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito a não autoinculpação* (nemo tenetur se ipsum accusare) *no processo penal e contra ordenacional português*. Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FONSECA, Eduardo Morato. *Regulação, poder normativo das agências reguladoras e princípio democrático*. Relatório de estágio de Mestrado, Ciências Jurídico-Políticas (Direito Administrativo), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2010.

MENDES, Paulo de Sousa. Estatuto do arguido e posição processual da vítima. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n. 4, p. 601-612, out.-dez. 2007.

_____. As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 1, n. 1, p. 121-144, jan.-mar. 2010.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Lisboa: Coimbra Editora, 2005. t. I.

RAMOS, Vania Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa. *Revista de Concorrência e Regulamentação*, ano 1, n. 1, p. 175-198, 2010.

SEQUEIRA, Antônio. A revisão da lei de bases do ambiente. Algumas notas sobre a vertente sancionatória. *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n. 5, jan.-mar. 2011.

Legislação Utilizada:

Código de Processo Penal Português

Constituição da República Portuguesa

Convenção Europeia de Direitos do Homem

Declaração Universal de Direitos Humanos

Dec.-lei 433/1982 de 27 de outubro.

Dec.-lei 276/2007 de 31 de julho.

Dec.-lei 147/2008 de 29 de julho.

Dec.-lei 7/2012 de 17 de janeiro.

Dec.-lei 23/2012 de 1 de fevereiro.

Lei 50/2006 de 29 de agosto.

Lei 207/2006 de 27 de outubro.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 16.12.1966.

The Companies Acts, Inglaterra, 1985.

Jurisprudência:

Acórdão *Orkem c. Comissão* (18.10.1989)

Acórdão *Funke c. França* (25.02.1993)

Acórdão *Saunders c. Reino Unido* (17.12.1996)

Acórdão *O'Hallor and Francis c. Reino Unido* (29.06.2007)

Acórdão *Marttinen c. Finlândia* (21.04.2009)

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Análise da discriminação inversa frente ao princípio da proibição de discriminação em razão da nacionalidade no direito comunitário europeu, de Christiane Bernardes de Carvalho Mello – *RDCI* 57/333, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/1227 (DTR\2006\626);
- O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal, de Marcella Alves Mascarenhas Nardelli – *RePro* 246/171 (DTR\2015\13214); e
- Competência da Justiça Federal em matéria penal ambiental comentário ao RSE 0003511-26.2005.4.03.6106/SP, de Édis Milaré – *RT* 929/619 (DTR\2013\580).

85353

Contribuição para o estudo do estado de necessidade, com destaque para o caso dos miseráveis

A contributions towards the study of the condition of poverty, with a focus on the case of those living in situations of extreme poverty

Orlando Faccini Neto

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pela UNISINOS/RS. Especialista em Direito Constitucional pela Ulbra/RS. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Penal da Escola Superior da Magistratura/RS. Professor de Direito Penal e de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura/RS. Professor de Direito Constitucional e de Processo Penal na UPF/RS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.
ofneto@tjrs.jus.br

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo pretende, a partir da discussão a respeito dos fundamentos do estado de necessidade, estabelecer uma crítica à abstração dogmática e avaliar a sua inserção aos casos relacionados a pessoas que pratiquem crimes em situação de pobreza extrema.

Palavras-chave: Estado de necessidade -Fundamentos -Princípios -Pobreza -Solidariedade.

Abstract: This study aims, from the discussion of the foundations of the necessity, to establish a review of dogmatic abstraction and evaluate their integration to cases related to persons who commit crimes in extreme poverty.

Keywords: Necessity - Foundations - Principles - Poverty - Solidarity.

Sumário: 1. Introdução - 2. Valor do ato e valor do autor - 3. Referência a princípios - 4. Divergências e: a que tem servido essa causa de justificação? (I) - 5. Divergências e: a que tem servido essa causa de justificação? (II) - 6. Teoria unitária e teoria diferenciadora - 7. Solidariedade e igualdade, ou desigualdade e solidariedade - 8. Conclusão - Bibliografia.

1. Introdução

Embora estivesse a tratar mais genericamente sobre as variadas causas de justificação, Tavares fez assentar a impossibilidade de abdicarmos, para efei-

tos de análise, das "condições reais do sujeito"; o autor brasileiro, com efeito, acenava que disso decorre serem impensáveis os princípios que procuram sistematizar a matéria da justificação de condutas unicamente sob um paradigma formal e universal, como também "sob o prisma de uma autorregulação sistêmica". É que o indivíduo não pode ser compreendido sob o esquema de um círculo integrado de organização, no qual as suas diversidades sociais são retratadas apenas por seus papéis, que, se podem servir de bons argumentos para a decisão de certas imputações, deixam escapar, entretanto, os "processos de exclusão social, pelos quais se retira dos sujeitos sua própria função como pessoa". Tavares preconizava, então, que no âmbito das causas de justificação se inserisse a "possibilidade de uma flexibilização em face da exclusão", efetivamente porque, quando o sujeito está à margem do social, torna-se-lhe indiferente a separação entre justificação e desculpa, quando menos porque "os traços delimitativos do lícito e do ilícito já não podem mais ser esclarecidos". De maneira que, para estes casos, a "decisão correta será aquela que, desde logo, antecipe para o âmbito das causas de justificação todos os pressupostos que só teriam sentido como elementos da culpabilidade para exclui-lo da imputação".[1]

É disso que cuidaremos adiante.

2. VALOR DO ATO E VALOR DO AUTOR

O apelo à principiologia constitucional, aqui, precisa ficar bem entendido. E parece, neste sentido, ser adequada a referência de Palma, ao apontar que a dúvida que se coloca é a de saber se é possível autonomizar, de modo absoluto, o valor de um ato, do valor de seu autor, ao realizá-lo. Isto porque, tanto como a autora, cremos que exsurge como inevitável uma distinção natural entre uma justificação que corresponde ao exercício de um "direito inatacável e uma justificação que apenas liberta o agente do juízo de censura da norma, sem acarretar implicações na regulamentação do comportamento de outros agentes".[2]

De maneira que se há de compreender a potencialização, como procuraremos demonstrar, da justificação de condutas que são apenas insuscetíveis de

1. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 262-263.
2. PALMA, Maria Fernanda. *Justificação em direito penal:* conceito, princípios e limites. Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Tipografia Guerra, 1995, p. 53-55.

violar a norma penal, sem que, contudo, estejam a realizar positivamente um valor perseguido pelo direito. Como afirma Palma, se se entender que uma conduta só será justificada na medida em que merecer uma especial proteção jurídica, por corresponder à realização de um valor jurídico, então dificilmente se poderá admitir que condutas meramente não desvaliosas ou não absolutamente valiosas atinjam idêntico estatuto.[3] Concretamente, conforme Roxin, a admissão de uma justificação não implica afirmar que a conduta justificada deva valorar-se positivamente – "Insbesondere liegt in der Zubilligung eines Rechtfertigungsgrundes nicht die Aussage, dass das gerechtfertige Verhalten positiv zu bewerten sei".[4]

Uma tal ideia poderia dar cobertura a "situações extraordinárias de carências sociais que a justificação clássica nunca poderia abranger", como seja a do exemplo fornecido por Palma, em que uma pessoa necessitada venha a utilizar um cartão de beneficiário emprestado, para obter análises gratuitas, o que poderia ensejar, no sistema português, a responsabilidade criminal pelo crime de burla, equivalente, no direito brasileiro, ao estelionato. Ora, como enfatiza Palma: "a responsabilidade penal por burla não só é exageradamente desproporcionada ao seu facto, como não emana, como é normal, de uma indiscutível desvinculação ética do agente".[5]

Que este ponto de vista esteja alicerçado numa ideia de "insuportabilidade da não aquisição 'marginal' de benefícios para direitos fundamentais",[6] compreendida a partir de um sentido mais profundo do valor de igualdade, é o que exibiria, já para o âmbito da justificação – a qual não se há de confundir com uma valoração positiva do comportamento, senão com a inidoneidade de se o valorar negativamente –, a dimensão mais consistente da dignidade constitucional, porquanto não desvincularia, mesmo ao nível da ilicitude, o comportamento realizado de seu agente concreto.

Quase não nos pejamos de dizer que à impossibilidade de positivamente valorar a subtração do pão por Jean Valjean não corresponderia a impossibilidade de justificá-lo, afastando a ilicitude cuja afirmação repugna, sabido seja que o bem subtraído destinar-se-ia a saciar-lhe a fome e a de seus sete sobrinhos.

3. PALMA. *Justificação*... cit., p. 77.

4. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 600.

5. PALMA. *Justificação*... cit., p. 84.

6. Idem, p. 85.

Não temos, entretanto, certeza, seja este o caminho sugerido por alguma doutrina.

3. REFERÊNCIA A PRINCÍPIOS

Mas antes de sobre isso falar, ficando desde logo delimitado que uma virtual abstração no modo de conceber-se tal causa de justificação em termos doutrinários tem dado seu contributo à sua inacessibilidade prática – em nossa experiência na judicatura há quase quinze anos a memória não alcança casos em que o estado de necessidade se reconheceu e, pelo menos na jurisprudência brasileira, o mesmo, induvidosamente, outrossim se verifica –, é de se relevar a crítica nunca insensata sobre a razão por que não se há de abordar este tema ao nível da culpa ou culpabilidade.

As coisas se põem do seguinte modo: a refutação do ponto de vista pelo qual estaria a legítima defesa fundamentada numa inexcedível defesa da ordem jurídica[7] permite explicar o porquê de carecer de justificação comportamentos que lesem bens importantíssimos, quando em causa bens de valor muito menos relevante; e, se estamos de acordo com a afirmação de que a legítima defesa, pela gravidade das intervenções na esfera do agressor que permite, bem como pelo fim de proteção dos direitos fundamentais a que conduz, estatui um aspecto capital da intersubjetividade, organizando as relações entre os cidadãos a propósito da defesa de bens essenciais, se estamos de acordo com isso,[8]

7. Já distante no tempo, sustentava La Medica que, para estabelecer a proporção entre a defesa e a ofensa não se mostrava relevante tomar em consideração a importância do direito a tutelar, mas, sim, a própria ofensa realizada. De maneira que, dizia, para justificar a morte do agressor, tanto valia o perigo de receber-se uma bofetada, como a ameaça com uma arma; igualmente, não importava cuidar-se a agressão de furto de uma pequena quantidade de fruta, ou da invasão de um galinheiro, o que se equivaleria ao perigo de ver-se a casa toda saqueada, pois em todas as situações a morte do agressor estaria justificada, em favor de uma luta pelo direito, em que o lícito sobrepujaria o ilícito. LA MEDICA, Vincenzo. *O direito de defesa*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva & C.A., 1942, p. 134-135. Roxin, situando a legítima defesa numa outra ordem de fundamentação, recusa-a diante da agressão irrelevante (*Der unerhebliche Angriff*), convocando decisões axiológicas da Constituição (*Wertentscheidungen des Grundgesetzes*), consoante as quais seria de repelir a legítima defesa de quem causasse a morte de outro, que eventualmente estivesse a praticar meramente um furto de bagatelas. ROXIN, *Strafrecht*... cit., p. 696-700.

8. Noutro texto, procuramos situar a fundamentação da legítima defesa sob um ponto de vista constitucional, dando conta da situação limite em que uma mulher, amiúde agredida e humilhada por seu cônjuge, mata-o dirante o ensejo de seu sono. Cf. FAC-

então devemos perguntar: será concebível uma justificação de legítima defesa ilimitada em favor do dono dos pães que Jean Valjean intentava subtrair?

Se é verdade que a afirmação em favor do reconhecimento da legítima defesa para esse caso leva a um afastamento do sentido concreto da justificação, devemos tentar encontrar fontes e critérios "de definição universal do valor de um acto intersubjectivamente possível, de acordo com a igualdade entre os sujeitos jurídicos", exatamente porque a referência do sentido da justificação a princípios "corresponde a uma tentativa de adquirir os critérios gerais de definição do valor dos actos".[9]

Referenciar as causas de justificação à ordem jurídica, em sua globalidade, não dispensa que estejam conformadas a princípios, entendidos estes como "ideias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à ideia de direito ou a valores jurídicos reconhecidos".[10]

E isto exige, sejamos claros, uma atenção à perspectiva do agressor. Di-lo Fletcher, pela razão de que ele, o agressor, é também um ser humano, de maneira que mesmo que esteja engajado numa agressão ilícita, ninguém pode tratá-lo simplesmente como uma força intrusa que deve ser anulada a qualquer custo.[11]

Ora, não deixará de vir, neste sentido de esconjurar uma justificação em legítima defesa aos casos de agressão patrimonial de menor monta, a antecipar a solução de um conflito emanado de carências sociais com a cogitação do estado de necessidade? Ou, perguntaríamos com mais ênfase: a que tem servido essa causa de justificação?

4. DIVERGÊNCIAS E: A QUE TEM SERVIDO ESSA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO? (I)

Tirante o que afirma como "famoso exemplo da tábua de Carneades", bem assim a hipótese conhecida dos "exploradores de caverna", cuja saída se obsta-

---

CINI NETO, Orlando. Uma análise sobre a legítima defesa e o caso das mulheres agredidas no ambiente doméstico. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, ano 5, vol. 9, p. 219-263, Porto Alegre: DPE, 2014, maio-ago. 2014.

9. PALMA. *Justificação*... cit., p. 57.

10. Idem, p. 65.

11. FLETCHER, George P. O justo e o razoável. Trad. Paulo César Busato e Mariana Cesto. *Novos Estudos Jurídicos. Revista Quadrimestral do Programa de Pós-Graduação* Stricto Sensu *em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí*, n. 2, vol. 9, p. 200, Itajaí: Univali, 2004, maio-ago. 2004.

culiza à conta de um desmoronamento, Brandão, por exemplo, esgrima como situações tendentes ao reconhecimento da justificação por estado de necessidade o valer-se de um automóvel alheio, em ordem a levar um parente ao hospital e a subtração de roupa, por uma mulher que tenha sido atacada por animal que lhe rasgou as vestes, ainda neste caso, contudo, exigindo que não se "opte pelo vestido que sabe de elevado valor", quando excluída estaria a justificação.[12]

Cirino dos Santos, por sua vez, para mais de brevemente referir-se ao caso Mignonette, descreve as hipóteses em que (i) dois alpinistas ficam pendurados em corda capaz de apenas salvar um deles; (ii) dois homens estão em um balão defeituoso, capaz de sustentar apenas um; (iii) um barco com crianças, numa corredeira mostra-se com excesso de peso, o que obrigaria fossem jogadas "algumas crianças na água para salvar a vida das demais".[13] E mesmo Damásio de Jesus, que procura elencar um quadro mais amplo de possíveis casos em que o estado de necessidade fosse reconhecível, ao fim deixa de tomar posição sobre se a veiculada referência a "uma subtração de alimentos para salvar alguém de inanição", que já por si ostenta a rigorosa baliza da inanição pleiteada, afigurar-se-ia ou não justificada, visto que afirma, sem mais, que para tanto "é imprescindível a presença de todos os requisitos do estado de necessidade (objetivos e subjetivos)".[14]

O que fazem notar esses grupos de casos, suscitados aqui meramente a título exemplificativo, é uma abstração, havida por alguns como situações de laboratório, despojada de uma mais enfática potencialidade de aplicação, tudo a ensejar uma cisão extremada entre o plano normativo e o dos fatos da vida.[15]

---

12. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal. Parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 205-211.

13. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal. Parte geral.* Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 246.

14. JESUS, Damásio de. *Direito penal. Parte geral.* 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 414-415.

15. Para Streck, disto se podem extrair corolários para a prática jurídica, em ordem a se afirmar que os textos jurídicos não se devem compreender isoladamente, uma vez que "o texto não existe em uma espécie de 'textitude' metafísica"; como explana o autor, o texto é inseparável de seu sentido e, para mais disso, os textos sempre dizem respeito a algo da faticidade. Por conseguinte, interpretar um texto é aplicá-lo, de forma que a aplicação da diferença ontológica em tal quadro supera a dicotomia entre pretensões objetivistas, pelas quais as normas estariam contidas no texto, e pretensões subjetivistas, por via das quais o texto mesmo perderia importância, já que

Há mais, entretanto. Parece não surgir em causa, e aqui estamos concentrados à doutrina brasileira, qualquer discussão a propósito dos fundamentos do estado de necessidade, restando o acento dogmático na apreciação, diríamos repetitiva apreciação, do que seriam as teorias unitária e diferenciadora, para a delimitação dos efeitos dessa justificativa.

Não que isso importe pouco. Com efeito, no Brasil, parece escorreito dizer que se adotou a assim chamada teoria unitária, de sorte que "todo estado de necessidade é justificante, ou seja, tem a finalidade de eliminar a ilicitude do fato típico praticado pelo agente". Destarte, conforme aponta Greco, não importaria se o bem protegido pelo agente é de valor superior ou igual àquele que está sofrendo a ofensa, uma vez que em ambas as situações o fato será tratado sob a ótica das causas excludentes da ilicitude. Numa palavra: "a teoria unitária não adota a distinção entre estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante".[16] Bitencourt, na mesma linha, disso retira que a legislação brasileira não estabelece "a ponderação de bens como critério distintivo entre os casos que podem ser julgados como excludentes da antijuridicidade, e os que podem ser julgados como excludentes da culpabilidade", o que o leva a concluir que "nosso ordenamento jurídico adota, em outros termos, a chamada teoria unitária do estado de necessidade".[17]

Intuitivamente poder-se-ia pensar que, destarte, estariam abertas as portas para a exclusão da ilicitude, no modo como se deu a formulação do estado de necessidade em terras brasileiras, porquanto, como se aponta, já nos lugares em que se adotou a teoria diferenciadora, dar-se-ia a justificação da conduta apenas quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor, sucedendo, por outro lado, o estado de necessidade exculpante na hipótese em que "o bem ou interesse sacrificado for de valor igual ou superior ao que se salva".[18] Não é isso, contudo, o que ocorre.

---

o intérprete passaria a atribuir "qualquer norma ao texto". Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 170. Similarmente, de nossa autoria, Cf. FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: Constituição, hermenêutica e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41-45.

16. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal. Parte geral*. Niterói: Impetus, 2005. p. 362.
17. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 403.
18. BITENCOURT, *Tratado...* cit., p. 404.

Reale Júnior não deixou de criticar o sistema adotado pelo Código Penal brasileiro, asseverando que, neste caso do estado de necessidade, há, quando mais não seja, sérias contradições, tendo em vista que foram estabelecidos requisitos incompatíveis com o fundamento da "não exigibilidade compreendida como causa excludente da antijuridicidade, o que já *de per si* é inexacto histórica e logicamente",[19] e não há de ser desconsiderado que Bitencourt preconiza solução contrária ao texto normativo, quando alude, fundado num "princípio da razoabilidade", que quando o bem sacrificado for de valor superior ao preservado, será inadmissível o reconhecimento do estado de necessidade justificante.[20]

Que tais contradições repitam-se na doutrina é o que se vê em Damásio de Jesus – na medida em que assenta a admissão da "excludente mesmo quando o fato necessário lesa um bem jurídico de valor maior que o protegido", razão pela qual não haveria "diferença entre bem jurídico pessoal e patrimonial", e, sem prejuízo, cobra "esteja presente o requisito da proporcionalidade"[21] –, e em Greco, para o qual se afastaria o estado de necessidade "se o bem que o agente defende for de valor inferior ao daquele que agride", embora, neste caso, já se pudesse alvitrar de uma discussão em termos de culpabilidade.[22] Donde, todavia, a distinção entre a alcunhada teoria unitária e a diferenciadora mostrar-se-ia esmaecida.

Na base da formulação brasileira está o pensamento de Hungria, o qual, desde sempre, preconizava que no estado de necessidade "não há crime, o que vale dizer: o fato necessitado é objetivamente lícito".[23] Hungria, cumpre dizer, recusava a asserção de que o estado de necessidade consistia num "direito, porque a êste deve corresponder necessariamente uma obrigação (*jus et obligatio sunt correlata*)", e, no caso do estado de necessidade, nenhum dos titulares dos bens ou interesses em colisão estaria "obrigado a suportar o sacrifício do seu". Cuidar-se-ia, então, o estado de necessidade de uma "faculdade da própria

19. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. I, p. 168. Do mesmo autor, a este respeito, Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. A culpabilidade e o drama de Lord Jim. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 5, p. 4344-4357, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013.

20. BITENCOURT. *Tratado*... cit., p. 413.

21. JESUS, *Direito penal*... cit., p. 421-422.

22. GRECO, *Curso*... cit., p. 371.

23. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. I, t. II, p. 267.

ação violenta para o salvamento de qualquer deles", a representar a assunção, pelo direito, de uma "atitude de neutralidade", com a qual "declara sem crime o vencedor (seja êste o mais forte ou o mais feliz)".[24] Corolário disso é que, para Hungria, não estaria subordinada a legitimidade do fato necessitado à "relevância hierárquica do direito pôsto a salvo", de modo que "nenhum direito, por mais modesto, deve ficar incondicionalmente exposto a lesão, ainda que reparável".[25]

Se este entendimento potencializa, de um lado, o estado de necessidade – reconhecê-lo-ia Hungria para o caso em que três irmãos acampavam na Sibéria oriental, vivendo com o produto da pesca, que, entretanto, veio a faltar depois de algum tempo, de modo que o mais velho deles matou a irmã, de onze anos, "comendo-lhe as carnes"[26] –, de outra parte, implica em sua paradoxal redução, porquanto o alvitre se direciona a que ao juiz incumba "apreciar os fatos *ex ante*, e não *ex post*, para decidir se havia possibilidade de outro recurso para debelar o perigo" e se ao seu emprego estava adstrito "em idênticas condições, o *homo medius*, o homem de tipo comum".[27]

5. DIVERGÊNCIAS E: A QUE TEM SERVIDO ESSA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO? (II)

Num caso em que duas mulheres subtraíram de um estabelecimento integrante de rede comercial quatro frascos de óleo capilar, quatro caixas de chicletes, duas caixas e três barras de chocolates e, ainda, dois condicionadores de cabelo e dois hidratantes corporais, recusou-se-lhes o estado de necessidade postulado ao fundamento de que, nas palavras do Ministro relator Sebastião Reis Júnior – cuida-se do HC 179.618, julgado pelo STJ brasileiro em 22.05.2012 –, para a configuração do crime de furto em estado de necessidade, ou furto famélico, "é necessário que os bens subtraídos tenham o propósito único de saciar a fome daquele que se encontra sem alimentação necessária a suprir sua subsistência". De que, portanto, dependeria, um tal reconhecimento, do direto direcionamento do que se subtrair à saciação e ao aplacamento da fome é o que se extrai do julgamento do HC 267.447, também do STJ, e relatado agora pelo Min. Jorge Mussi em 06.08.2013, quando, numa decisão que não sucede amiúde, reconheceu-se o estado de necessidade na tentativa

24. HUNGRIA. *Comentários*... cit., p. 268-269.
25. Idem, p. 271.
26. Idem, p. 273-274, nota 14.
27. Idem, p. 272.

de subtração de uma peça de carne, destinada à alimentação do agente, que, conforme se demonstrou, era indivíduo privado de recursos materiais e que se encontrava desempregado.

Mas já aí está a jurisprudência a forjar um critério que o próprio legislador não instituiu, certo seja que a formulação brasileira do estado de necessidade haveria de permitir, ao contrário, interpretação mais abrangente. Com efeito, no caso italiano, por exemplo, a previsão do art. 54 do respectivo CP[28] permite à doutrina, induvidosamente, restringir o âmbito do estado de necessidade ao caso de "danno grave alla persona dell´agente o di un terzo", de tal maneira que "il bene minacciato può consistere nella vita, nell´integrità física o in altri beni di natura personalíssima, come la libertà personale e la libertà sessuale", ou então aqueles "beni collettivi che rappresentano la sintesi di beni di singoli persone". Razão por que "sono pacificamente esclusi (...) i beni patrimoniali, ma anche i beni istituzionali".[29]

Só que essa restrição é aparente, pois na compreensão do dano grave à pessoa, não deixará de ingressar algo como uma "linguaggio della Costituzione", em ordem a que se aluda, exemplificadamente, que "non è punibile l´occupazione di un allogio quando l'agente sia spinto della necessità di salvare se stesso o un membro della famiglia dal pericolo attuale di un danno grave alla salute connesso al permanere in un'abitazione malsana",[30] sendo o mesmo reconhecido por Mantovani, ao veicular "l'occupazione della casa sfitta da parte della famiglia senzatetto in pieno inverno".[31]

Dolcini e Marinucci dão destaque ao constrangimento para a ação, provocado pelo estado de necessidade, para efeitos de enquadramento dogmático de sua ocorrência: "il significato da attribuirsi alla formula 'costrizione' ha un peso decisivo ai fini del problema di inquadramento", sobre saber-se se cuidar-

28. Art. 54. Stato di necessità: "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo".

29. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 253.

30. DOLCINI; MARINUCCI. *Manuale*... cit., p. 254.

31. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 2001. p. 278-279.

-se-ia de "cause di giustificazione" ou de uma "scusanti". Concluem, nessa linha, os autores, que, pelo menos no modo como delineado pela legislação italiana, tratar-se-ia o estado de necessidade de uma causa de exculpação, o que potencializaria a "costrizione che dia risalto al turnamento motivazionale dell'agente – e non al mero bilanciamento di interessi", tudo em decorrência de uma "effetttiva pressione psicológica", provocada por situações atuantes sobre a natureza do homem mesmo, sendo certo que, daí, lastrear-se-ia o estado de necessidade num "istinto di conservazione".[32]

Convergente a isso, no que diz com o fundamento, é o alvitre de Mantovani, para quem "radicata nell'istinto incoercibilie della conservazione, questa scriminante (...) codifica il tradizionale principio della necessitas non habet legem".[33] Como consectário, ter-se-ia inegavelmente "la possibilità di esercitare la legittima difesa contro chi agisce in stato di necessità (trattandosi di un fatto ingiusto e solo scusato)".[34]

Palazzo, a seu turno, não deixa de dizer que a lei italiana permite alvitrar, pelos requisitos objetivos que enumera, o estado de necessidade como "ipotesi di mancanza di antigiuridicità del fatto", se bem que subjetivamente parecer-lhe-ia "una causa di esclusione della colpevolezza", isto é, de "assenza di rimproverabilità del soggeto per 'inesigibilità' di un comportamento diverso".[35] É que, se de um lado a limitação do estado de necessidade aos casos de danos graves à pessoa lançá-lo-ia ao âmbito de uma excludente de culpa, no mesmo compasso a admissão de seu exercício em favor de terceiros (soccorso di necessità) indicaria mais propriamente tratar-se de uma exclusão de ilicitude.

Seja como for, as dúvidas persistentes na doutrina italiana,[36] e que, com as particularidades que lhe são próprias, não são estranhas ao caso brasileiro, não

32. DOLCINI; MARINUCCI. *Manuale...* cit., p. 255-256.

33. MANTOVANI, *Diritto penale...* cit., p. 275.

34. DOLCINI; MARINUCCI. *Manuale...* cit., p. 257.

35. PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*. Terza edizione. Torino: G.Giappichelli Editore, 2008. p. 410.

36. Com ampla indicação bibliográfica, e abordando tópicos neste ensejo omitidos, sobre tal aspecto da legislação italiana, Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Vida contra vida. Conflitos existenciais e limites do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 110-118. Sobre essa mesma questão no regime do antigo Código Penal de Portugal de 1886, isto é, a dúvida "sobre se o legislador teria querido prever uma causa de exclusão da culpa (...), ou se o legislador teria admitido uma causa de exclusão da ilicitude", Cf. PALMA, Maria Fernanda. O estado de necessidade justificante no Código Penal de 1982. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILA-

podem obscurecer a circunstância de que, seja no estado de necessidade em favor de terceiro, para a situação italiana, ou neste, e no estado de necessidade próprio, para a hipótese brasileira, não será uma virtual ilimitação legislativa que renderá ensanchas à legitimação de algo como o conhecido exemplo em que um médico retira um rim de determinado paciente, contra a sua vontade, a fim de, destarte, salvar a vida de um terceiro.

Se, com base numa perspectiva meramente objetiva tal alegoria fizesse cogitável o estado de necessidade, a verdade é que este não oculta, em seus requisitos ordinários, a necessidade de uma correspondência com uma principiologia constitucional, da qual se extrai que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. É dizer, o contrário disso revelaria "la strumentalizzazione dell'uomo e il disconoscimento del suo valore intrinseco in nome di scelte legittimate solo da un puro criterio economisistico di ottimizzazione del bilancio complessivo".[37]

Cumpre-nos partir da mesma asserção, qual seja a que alude à necessidade de concatenação com uma principiologia constitucional e de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito, para dessa principiologia descermos de novo ao plano ordinário, em ordem a completarmos um círculo.

6. TEORIA UNITÁRIA E TEORIA DIFERENCIADORA

Remete-se Duff a uma suposição, de resto não equivocada, tendente ao reconhecimento de que alguma parte daqueles que são acusados em processos criminais mostram-se, no fim, como indivíduos sistematicamente excluídos, ainda que não intencionalmente, dos diversos modos de desfrute de uma participação plena ou adequada das diferentes dimensões da cidadania. Tratar-se-ia de pessoas, segundo este autor, que foram e continuam sendo objeto de diversas classes de injustiça social sistêmica, de modo que não são tratados como membros plenos da comunidade política. Indaga-se Duff se isto haveria de encetar alguma sombra a respeito da legitimidade do castigo; e o faz, calha dizer, sem descurar da condição das vítimas, que, para além das expectativas surgidas em decorrência dessa sua condição, nalguns casos possuem situação social pouco diferente de quem as lesou. Mas Duff sugere que, se o juízo penal pretende que o acusado responda como cidadão frente a seus pares por uma violação contra os valores que definem a comunidade de que supostamente todos são membros, naquelas hipóteses em que os concidadãos hajam fracas-

---

LONGA, José Manuel (coords.). *Casos e materiais de direito de penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2009. p. 175-177.

37. PALAZZO. *Corso*... cit., p. 412. Igualmente, com este mesmo exemplo, Cf. MANTOVANI. *Diritto penale*... cit., p. 276.

sado completamente em outorgar ao acusado o respeito e a consideração que lhe eram cabíveis por ser membro da comunidade, se, enfim, o acusado não foi deveras concebido como concidadão, ficaria difícil para os demais sustentarem uma posição de fazer valer sua qualidade de participantes da comunidade, para fazer-lhe responder deste modo.[38]

Uma ideia assim versada não deixa de assemelhar-se àquilo que, num outro contexto, alude Canotilho, quando acentua que o princípio da igualdade é não apenas um "princípio de Estado de Direito mas também um princípio de Estado Social", de tal modo que se deve conferir relevo à designada igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*). Para o autor português, nesta linha, esse âmbito da igualdade conexiona-se com a dignidade da pessoa humana, que, deste modo, funciona não somente como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades.[39]

Retornaremos a essa reflexão na sequência, a fim de tratar com mais ênfase da hipótese básica que ao início sugerimos; para já, contudo, será caso de dizer que a teoria diferenciada ou diferenciadora, no modo de tratar o estado de necessidade, desanuvia-o de um tipo de problemática que, como foi apontado, não se mostra alheia aos sistemas que não a acatam, destacadamente o brasileiro. Assis Toledo, abordando a legislação do Brasil, frisa que os preceitos do Código Penal relacionados com este ponto não exigem "a ponderação de bens nem definem a natureza do bem protegido ou a condição de seu titular em relação ao agente", razão por que assinala ser "fora de dúvida que o legislador pátrio adotou a teoria unitária".[40]

Isto, contudo, obscurece o fundamento da justificação.

É que nos termos da teoria diferenciada, o estado de necessidade surgiria como justificante sempre que se tratasse de fato típico praticado como meio adequado para "salvaguardar um bem ou interesse jurídico, do agente ou de terceiro, de maior valor do que o sacrificado", e como simplesmente desculpante quando o "valor salvaguardado não fosse de maior valor do que o sacri-

38. DUFF, R.A. *Responsibility and liability in criminal law*. In: *The Legacy of H.L.A. Hart. Legal, Political and moral Philosophy*. Mathew H. Kramer and others (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 107-109.

39. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 430.

40. ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 179.

ficado", caso em que se mostraria relevante a coação que a situação conflitual exerce sobre o agente e as suas decisões.[41]

De notar-se, com Roxin, que se situaria numa concepção unitária tanto a postulação de o estado de necessidade ser, quando presente, sempre uma justificação, como a que o alude, em todos os casos, como causa de exculpação, ao passo que seguindo-se a teoria diferenciadora (*Differenzierungstheorie*) para algumas situações ter-se-ia a exclusão da ilicitude e para outras a exclusão da culpa.[42]

Que desta compreensão, vigente por exemplo em Portugal e na Alemanha, se possa extrair desde já um corolário, é o que indica Zaffaroni, ao tratar, porém, da situação argentina, onde também é a teoria diferenciadora a adotada em termos legislativos, na medida em que o estado de necessidade justificante apenas se verifica no caso "en que se provoca un mal menor para evitar un mal mayor". Cuida-se, sejamos aqui breves, de que "el homicidio nunca pueda justificarse por estado de necesidad, desde que no cabe jerarquizar vidas humanas".[43]

No grupo de casos fornecido por Roxin, seja o já referido Mignonette, seja o dos alpinistas, pendurados numa corda capaz de sustentar apenas um deles, e outros mais, similares àqueles havidos pela doutrina brasileira como expressivos do estado de necessidade, o autor alemão, ao fundamento de que não cabe a ponderação de vida contra vida (*keine Abwägung von Leben gegen Leben*), recusa-lhes a justificação, de modo a afirmar cuidarem-se, tais hipóteses, de atuação antijurídica. Cuidar-se-ia, nestas hipóteses, de colocar-se em jogo um pensamento valorativo e com fundamento ético que proíbe submeter-se a vida humana a um cálculo ponderador – "ein wertrationales, ethisch fundiertes denken ausgespielt qird, das es verbiete, menschliches Leben einem abwägenden Kalkül zu unterwerfen" –, sem contar a existência de uma razão de princípio, consistente em que matar uma pessoa, ainda que esteja no limite da perda de sua vida, segue sendo um encurtamento arbitrário de sua existência, deixando-a a descoberto da proteção conferida pelo ordenamento jurídico, o qual não deveria propender em favor de imposições do direito do mais forte.[44]

41. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal. Parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 439. t. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime.

42. ROXIN. *Strafrecht*... cit., p. 724.

43. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 631. Sinteticamente sobre a similar adoção da teoria diferenciada em Espanha, Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 122-126.

44. ROXIN. *Strafrecht*... cit., p. 738-742. Sobre o referido caso Mignonette, ademais, Cf. HALL, Jerome. *General principles of criminal law*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1947. p. 395-397.

Na mesma linha, Figueiredo Dias, inclusive ao caso da "tabula unius capax", refuta a justificação, ao fundamento de que não é juridicamente admissível que alguém se arrogue o direito de escolher quem deva morrer e quem deva sobreviver, sendo certo que cogitar-se de justificação neste caso – e também ao caso Mignonette, segundo diz – não deixaria de revelar uma "imposição do direito do mais forte".[45-46]

45. Sem prejuízo, preconiza solução diversa à de Roxin ao caso dos alpinistas. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*... cit., p. 453-456. Sobre este caso, qualificado como situado no âmbito de uma "comunidade de perigo, estando a vítima marcada pelo destino", bem como os grupos de casos pertencentes a essa constelação, em que, basicamente duas ou mais pessoas estão ameaçadas pelo perigo de morte e a "salvação de uma (ou de algumas dessas pessoas) implica a antecipação da morte de outra(s) pessoa(s)", diferentemente pugnará Cunha pela criação de uma nova figura de justificação, intermediária face à legítima defesa e ao estado de necessidade, sem prejuízo de, na ausência de tal figura, aludir a uma justificação por estado de necessidade "com base numa interpretação 'alargada' ou 'flexível' da 'razoabilidade do sacrifício'" (CUNHA. *Vida*... cit., p. 321-324, 477-480, 809-812). A respeito destas situações, em "que o perigo que é necessário afastar, para que alguém se salve, envolve a perda de outra ou outras vidas, que já não tem salvação possível", e preconizando, à luz do sistema português, que a resposta possível a estes casos "é a total abstenção de regular". Cf. PALMA, *O estado de necessidade*... cit., p. 182-198, onde a autora alude à fábula do homem gordo, que, entalado num buraco que se afigura como a única saída de uma caverna, acaba por impedir a saída dos demais, só sendo possível resolver o caso "através de uma explosão que liberte a saída da caverna, estoirando, simultaneamente, o homem gordo". Sobre este caso específico, apontando uma necessária "dessolidarização do bem jurídico vida do homem gordo" para que se cogite de justificação à luz do Direito português, a qual, entretanto, não seria necessária para, sem maiores dificuldades, afirmar-se o estado de necessidade consoante os critérios brasileiros, Cf. ALAN, José Alexandre Zachia. *Casos difíceis na distinção entre exclusão da ilicitude e desculpa: a fábula do homem gordo*. Relatório de Mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: não publicado, 2007, passim. Aludindo, também, a essa fábula, mas à guisa de exemplo para um debate maior sobre o abate de avião tomado por terroristas, e com a admissão, no ponto, do estado de necessidade defensivo, se bem que cercado de critérios relevantes, pois não lhe parece "que tenhamos de nos resignar a ver passar os aviões em direcção ao seu destino trágico", Cf. SILVA DIAS, Augusto. Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul* 72, Porto Alegre: MPRS, 2012, p. 207-215.

46. A variação proposta por Veloso, ao exemplo da tábua de salvação, não convence. Alude o autor que o regime do estado de necessidade conduziria, também, a uma cogitação de ilicitude se, em visualizando dois náufragos a tábua, um deles, sem atuar contra o outro, simplesmente nadasse mais rápido e, alcançando-a, disparasse para longe, donde o segundo viria a perecer. As próprias situações que narra adiante, com sentido similar – como a de dois homens que se deparam com um urso, sendo que um deles corre mais do que o outro, que acaba por ser alcançado pelo animal,

Isto que se acabou de dizer, entretanto, já se afiguraria diverso num quadro normativo como o brasileiro, no qual a consideração sobre se o interesse preservado é de maior ou menor quilate do que aquele que se lesionou se não afigura de relevo, para fins da justificação.

Na carência, pois, de um limite a montante para o estado de necessidade, reside o risco de aviltamento dos interesses daquele sobre quem recai a ação.

Vejamos, nesta perspectiva, que no enquadramento normativo do art. 24 do CP brasileiro[47] não será de afastar-se, desde logo, o exemplo sabido da extração de um rim, em desconformidade com a vontade da pessoa, para os fins de salvamento de outrem, sem cujo órgão haverá de perecer. Nos termos da teoria diferenciadora já não se poderia cogitar de justificação.

Porque, como diz Roxin, sem embargo de que a perda de uma vida pese mais do que a perda de um rim, a realização de uma operação de tal jaez seria induvidosamente uma grave ingerência no direito de personalidade e na integridade corporal do afetado, que o interesse na conservação da vida não se apresentaria como preponderante.[48] Quer dizer, mesmo que se trate de indivíduo cheio de saúde e que poderá viver certamente só com o rim restante, mesmo que seja essa a única forma de, por via de transplante, salvar outra vida, opor-se-ia à justificação o fato de que a autonomia pessoal deve ser preservada.[49]

---

e principalmente a do incêndio no teatro, em que alguns espectadores fogem para a rua, e os que estão mais longe antes de saírem são apanhados pelo desabamento do teto –, sinalizam, desde logo, a inexistência de um fato típico antecedente, sem cuja afirmação a discussão sobre a ilicitude sequer se põe. E isto, seja pela causalidade discutível, seja pela inexistência do dolo, que, inegavelmente, na formulação clássica do exemplo nunca deixou de aparecer. Para tal discussão, contudo, com interesse, Cf. VELOSO, José António. *Sortes*. Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Tipografia Guerra, 1995, p. 96-103. Defendendo, igualmente, a atipicidade de tais condutas, com o mero apelo "para as regras de imputação do resultado à conduta", de maneira a assentar a "legitimidade de uma competição leal pela sobrevivência ou competição leal pelos meios de salvamento", Cf. CUNHA. *Vida*... cit., p. 808.

47. Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

48. ROXIN. *Strafrecht*... cit., p. 745.

49. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*... cit., p. 450. Para uma discussão com a posição de Figueiredo Dias, sobre saber-se se a autonomia e a dignidade da pessoa são um "limite

Autonomia pessoal, seja dito, em cujo âmbito reside o exercício de certas escolhas e definições sobre o modo como se há de viver.

Não estamos de acordo, deste modo, com a alvitrada justificação da hipótese de extração forçada de sangue, para fins de realização de transfusão em favor de um moribundo.

A posição de Roxin, aqui, vai em ordem a indicar que não é certo que pequenas intervenções corporais coativas, como a extração de sangue forçada destinada a proteger outros bens jurídicos, vulnere em todo caso a dignidade humana – "es ist nicht richtig, dass auch geringe körperliche Zwangseingriffe zum Schutze anderer Rechtsgüter unter allen Umständen gegen die Menschenwürde verstoßen" –, a tanto se podendo exemplificar, segundo seu ponto de vista, com as determinações de vacinação e as autorizações, existentes na legislação alemã, para extração de sangue como meio de prova para determinados delitos.[50]

Similarmente, para essa extração forçada de sangue, com o fim de salvar uma vida humana, diz Taipa de Carvalho que "tal não lesa a autonomia e a dignidade da pessoa humana",[51] de maneira que "não pode ser considerada uma lesão grave da integridade corporal e não deve ser tida como uma ofensa à dignidade da pessoa humana".[52]

Não nos parece, desde logo, revele a hipótese uma intervenção que se mostra incidente sobre o só plano da integridade corporal; tratar-se-ia de um ingresso ao nível da dignidade, compreensiva das decisões que o indivíduo adota sobre o seu próprio corpo. Como acentua Palma, em tal caso não é o maior ou menor valor da integridade física ou liberdade em cotejo com a vida o que decide sobre a justificação, mas o interesse de que ninguém seja utilizado como meio a serviço de outros fins, o que se afigura como "consequência do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana".[53] Roxin, cumpre esclarecer, não recusa, contudo, essa relação, senão que assinala que embora a decisão

à justificação por direito de necessidade" ou se versam elementos ou fatores a ter em conta na ponderação dos interesses, Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 404.

50. ROXIN, *Strafrecht*... cit., p. 745. No essencial, em concordância com Roxin, Cf. FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal*... cit., p. 450.

51. TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal*... cit., p. 405.

52. Idem, p. 418.

53. PALMA. *O estado de necessidade*... cit., p. 180-181.

autônoma sobre o próprio corpo seja um valor elevado, não está subtraído a qualquer ponderação.[54]

Se incrementarmos esse exemplo com uma alegação fundada para a recusa em submeter-se à extração sanguínea, e fundada, digamos, numa razão de ordem religiosa, sem qualquer dúvida recusaríamos o argumento de Roxin, já que uma tal razão, que serve para que o indivíduo não receba sangue alheio, em respeito ao modo como compreende a sacralidade da vida, há de preponderar sobre um qualquer dever de solidariedade de que se venha a cogitar.

Mesmo Cunha, que sufraga a legitimidade da extração forçada de sangue, não deixa de aduzir a não cobertura pelo estado de necessidade aos casos em que a recusa de doação se faça em vista de algo que "na perspectiva do sacrificado, é muito mais essencial", no que se enquadraria a opção religiosa, sendo certo que "o respeito por este tipo de decisões se relaciona intimamente com o respeito pela dignidade individual".[55]

Remanescerão as hipóteses de negativa egoísta, pautadas em trivialidades ou mera incapacidade de reconhecimento das dificuldades alheias, além da excepcional situação em que mesmo Palma vem a admitir a extração forçada, qual seja a de uma "epidemia de certa doença", quando "dar sangue for essencial para debelar a epidemia, cujas consequências poderão ser catastróficas".[56]

Não fechamos as portas a uma virtual incriminação por omissão de socorro ou auxílio nestes casos; mas insistimos na dúvida quanto à possibilidade de compelir-se à doação de sangue, tanto mais quando a este ato não seja estranha uma valoração positiva da tendência de beneficiar ao próximo, desde logo afastada pela contrariedade de quem se veja forçado a doar.[57]

Em bom rigor, aliás, similaridade com vacinação compulsória não há, porque, discutível embora a possibilidade de fazer-se compulsória, exceto nos ca-

54. ROXIN. *Strafrecht*... cit., p. 746.

55. CUNHA. *Vida*... cit., p. 711-721.

56. PALMA. *O estado de necessidade*... cit., p. 196-197.

57. Nossa dúvida, destarte, vai por caminho diferente daquele que, se bem o lemos, sugere Sousa Mendes, sob cuja defesa de um particularismo racional acabará por render ensanchas a uma virtual aceitação de variadas soluções, que se haveriam de aceitar, dadas as diversas possibilidades de concepção cultural e moral dos envolvidos. Cf. SOUSA MENDES, Paulo de. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 02.09.2012*. São Paulo, Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 666-667.

sos de males ou doenças que se possam propagar, a verdade é que sempre está em causa, nesta situação, um favorecimento da pessoa sobre quem recai o ato; em termos, entrementes, de coleta de provas, certo é que parece excepcional a autorização de extração de sangue, contida na legislação alemã, a qual se não encontra linearmente em ordenamentos jurídicos como o brasileiro e o português. Daí indagarmos: de que está a cogitar Roxin? Da verificação de que para tal ou qual paciente se precise de sangue de determinado tipo e, sem que doadores tenham aparecido no nosocômio, médicos e enfermeiros, ou quiçá agentes do Estado, dar-se-iam em buscas, nas residências e locais de trabalho, de pessoas hábeis à doação? Levando-as, forçadamente, ao hospital?

Enfim, numa tal situação pareceria efetivamente discutível a cogitação da excludente, que Zaffaroni também não reconhece nos casos que suponham a violação a bens de que os indivíduos nunca podem ser privados, o que se exemplificaria com a recusa cabal a uma possibilidade de tortura com o fim de descoberta de reféns,[58] bem como com os casos em que se trate de bens de que os indivíduos apenas se podem privar mediante o seu consentimento, referidos estes à "extracción de líquidos del cuerpo y otros procedimientos que causen

58. Sobre isso, Cf. SILVA DIAS, Augusto. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul* 71, Porto Alegre: MPRS, 2012, p. 247-261. Com acerto, segundo pensamos, o autor recusa a possibilidade de reconhecimento, em casos assim, de situação de legítima defesa ou de estado de necessidade, acentuando que a justificação de comportamentos típicos encontra um obstáculo insuperável na dignidade da pessoa; este princípio constitui, na verdade, um limite à exclusão da ilicitude, não só com um fundamento particular, mas com um fundamento público, conexo com o Estado de Direito Democrático. Sem prejuízo, não afasta, no plano da culpa, a cogitação de uma certa indulgência, tendente a, dependendo de situações concretas, levar à desculpa ou à atenuação da pena, pois, se a tortura é sempre contrária ao direito que radica na dignidade da pessoa, os motivos e as emoções que a ela determinaram podem não ser censuráveis, pois podem relevar da fragilidade humana perante situações trágicas. Contrariamente ao afastamento da ilicitude, na doutrina brasileira, Cf. CALLEGARI, André Luis; SALOMÃO, Saulo Salvador. *A exclusão da ilicitude do torturador de terceiro possuidor de informação num cenário de* tickin timing bomb. Anais do III Congresso de Ciências Criminais, PUC/RS, Porto Alegre: não publicado, 2012, *passim*. Para um relato do conhecido caso Daschner, em que, como sabido, o diretor adjunto da polícia de Frankfurt, nomeadamente Wolfgang Daschner, ameaçou de submeter à tortura o sequestrador de uma criança, com o escopo de que fosse revelado seu paradeiro, sendo, ao fim, por isso condenado a uma pena pecuniária de cerca de dez mil e oitocentos euros – a criança, ao ser encontrada, já estava morta –, Cf. WAGENLÄNDER, Georg. *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 19-24.

lesión o dolor aunque sea insignificante", em tal medida que, para o argentino, não se poderia invocar a necessidade justificante "se tratase de una extracción forzosa de sangre, lo que se funda en que la dignidad humana y la autonomía de la persona son imponderables".[59-60]

Ser, contudo, discutível a justificação, às hipóteses apontadas, é algo que se afaz à teoria diferenciada, pois na unitária as balizas para a rejeição do estado de necessidade se mostram mais escassas; e as virtudes da concepção diferenciadora não cessam por aqui, na medida em que implica em que o deslocamento das situações em que a salvaguarda de interesses de menor ou igual valor do que o afetado para o plano da culpa não se faz sem outra ordem de consideração, e, pois, de limite. Limite este que, no direito português, decorre de que somente agirá sem culpa aquele que praticar o fato, já qualificado de ilícito, quando estiverem ameaçados a vida, integridade física, liberdade ou honra de quem atua ou de terceiro – de modo que a exclusão da culpa só pode ocorrer "quando se trata de preservar determinados bens jurídicos individuais elementares"[61] –, e que na conformação alemã requer não apenas isso – excetuada a possibilidade de exclusão no caso de atuação em favor da honra[62] –,

59. ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR. *Derecho penal*... cit., p. 634. Nesta linha conclusiva, e observado seja que, segundo Roxin, trata-se de onde proveio o exemplo pela primeira vez, Cf. GALLAS, Wilhelm. Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund. In: *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, 15.10.1953. Karl Engisch (Hrsg.). München: C.H. Beck Verlag, 1954, p. 311-334.

60. Fundado em que a dignidade da vítima da ingerência não pode ser ponderada frente a outros pontos de vista favoráveis ao bem objeto de conservação – não seria isto aplicável, ademais, à extração de sangue? –, uma vez que se constituiria em critério absoluto, insuscetível de qualquer ponderação, vai dito que também Roxin recusa cabalmente a justificação da tortura realizada sobre terroristas, com o escopo de salvar eventuais reféns. ROXIN, *Strafrecht*... cit., p. 770. Tratando dessa situação, mas com foco na atuação de particulares, e não de agentes estatais, Cf. GREVE, Holger. *Rechtfertigung privater "Folter" zwischen Nothilfe und Menschenwürde*. In: ZIS 05/2014. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2014_5_819.pdf]. Acesso em: 30.07.2015.

61. FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal*... cit., p. 613.

62. Em sentido crítico à legislação portuguesa, pela "inclusão da honra no elenco dos bens jurídicos cuja situação de perigo é susceptível de desculpar o agente de um facto ilícito", e, bem assim, pela circunstância de em Portugal, pelo menos na literalidade da lei, permitir-se "a desculpação quando o bem jurídico em perigo pertença a um qualquer terceiro, pertença a um estranho", Cf. TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal*... cit., p. 513.

mas também, particularmente no estado de necessidade desculpante em favor de terceiro, que este se cuide de um parente ou de pessoa próxima ao agente.[63]

Sem que seja necessário ingressar na discussão sobre se o estado de necessidade desculpante deveras reflete numa ausência de culpabilidade ou se o que se dá é uma falta de necessidade preventiva da punição, como preconizado por Roxin,[64] a verdade é que apenas uma pressão psicológica consistente sobre o agente, em ordem a que "en relación con los motivos que han impulsado a su autor y las circunstancias en que se encuentre, no se le pueda exigir outra conducta",[65] o que é expressivamente referido por Taipa de Carvalho como uma "excepcional situação de tensão psicológico-espiritual, derivada de um verdadeiro conflito existencial", apenas isso é que pode levar à desculpação. Que daí Taipa de Carvalho, mesmo nos quadros da lei portuguesa, retire o alvitre de que na atuação em favor de terceiro exigir-se-á ser este uma pessoa com relação à qual o agente tenha um "especial vínculo pessoal", ou seja, uma relação de "proximidade existencial (p. ex., uma relação de estreita amizade)",[66] e que Figueiredo Dias aduza ser altamente problemática a exculpação em nome da salvaguarda de bens jurídicos alheios, pelo menos quando "a circunstância de se tratar de bens jurídicos de terceiro não seja susceptível de provocar sobre o agente uma pressão igual ou análoga à que teria lugar se os bens jurídicos em perigo fossem do agente",[67] poder-se-á extrair que, no exemplo da extração forçada de um rim, em favor do médico que potencialmente concretize o ato, jamais poderá militar a causa de exculpação, que, virtualmente, também se afastaria na situação de coleta compulsória de sangue, pela ausência da designada grande pressão anímica, sem a qual não se pode desculpar o fato, reconhecendo, com caráter de exculpação, o estado de necessidade.[68]

63. StGB, § 35: "Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld (...)".

64. ROXIN. *Strafrecht*... cit., p. 963-965.

65. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. *Las causas de justificación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. p. 196-197.

66. TAIPA DE CARVALHO. *Direito penal*... cit., p. 514.

67. FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal*... cit., p. 614.

68. Sobre o círculo de pessoas de que se pode beneficiar o agente com o estado de necessidade desculpante (*der privilegierte Personenkreis*). Cf. ROXIN, *Strafrecht*... cit., p. 975-976.

Mais fundo vai Palma, no que assevera ser, a figura do estado de necessidade desculpante, central para as reflexões tomadas a propósito da desculpa, na medida em que nele não se deve conceber, por parte do legislador, a cedência a uma lógica de generalização a quaisquer bens do fundamento da inexigibilidade, na medida em que se entende que apenas os bens personalíssimos ou similares são especialmente relevantes. De maneira que se apresenta uma natureza emocional ao conflito em causa, pois que "o factor de desculpa é uma motivação existencial-pessoal, isto é, uma motivação relacionada com condições básicas de existência da pessoa".[69]

A própria constitucionalidade do instituto, diz a autora, seria discutível, se pensado apenas do ponto de vista de um favorecimento da lei penal a um dos termos da colisão entre bens de igual valor ou até o bem de valor inferior; daí que a desculpa por estado de necessidade requer, para além da colisão de bens apenas, uma "emergência subjectiva em que o sentido da vida estará implicado na defesa de condições de existência própria ou de terceiros", as quais, por isso, deverão "ter uma ligação afectiva profunda com o agente".[70]

Em suma, não parece, conforme o alvitre de Palma, admissível uma aceitação constitucional da desculpa, à conta do estado de necessidade, sem configurar a situação através do conflito emocional e motivacional experimentado pelo agente, não podendo ser, destarte, no plano constitucional, uma ponderação "objectiva de valores abstractos o que determina a desculpa", sendo, isto sim, uma "específica relevância valorativa dos próprios estados subjectivos vividos pelo agente e das suas emoções o que a fundamentará".[71]

O que foi acabado de dizer, gostaríamos de reiterar este ponto, mostra-se, entretanto, distanciado do que vem estabelecido numa legislação tal qual a brasileira.

Na adoção da teoria unitária, em favor de uma exclusão da ilicitude de ampla margem no estado de necessidade, não se cogitou de algum efetivo limite a montante, naquilo que concerne a quais haveriam de ser os interesses beneficiados pela justificação. Igualmente, nenhuma restrição normativa há, do ponto de vista de em favor de quem se poderia agir, para o efeito de ter-se como justificada a conduta, bem como parece renegada uma análise sobre as

69. PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 161.

70. Idem, p. 162-163.

71. Idem, p. 168.

motivações do agente e o tanto de proximidade afetiva que manifestava em favor do interesse defendido.

Isto aponta para uma possibilidade, não de pronto esconjurável, de afastamento da ilicitude tanto naqueles casos mais clássicos, como os da tábua de salvação e o Mignonette, quando o prevalecimento do mais forte será inequívoco,[72] como sugerirá, para as hipóteses mais problemáticas, da extração de órgão ou sangue, que também se cogite da exclusão da antijuridicidade.

Sem contar da possibilidade de não ser afastável que, em benefício do patrimônio, se venha até mesmo a conspurcar a vida.

Estaríamos, no quadro brasileiro, portanto, a olvidar que o fundamento legitimador da justificação do fato penalmente típico com base no direito de necessidade está no princípio da solidariedade,[73] ou, o que é dizer o mesmo, que "no estado de necessidade se exprime, antes, um pensamento de solidarismo social",[74] e que, portanto, em seu nome, não teria sentido impor a uma terceira pessoa o dever de tolerar uma "acção lesiva do seu bem jurídico, se o bem a salvaguardar fosse inferior ou igual ao sacrificado".[75]

---

72. Para esta constelação de casos, com amplo exame, Cunha conclui no sentido de haver uma "zona livre de valoração", que, de sua parte, no entanto, não impõe qualquer tolerância do afetado, que poderá, portanto, reagir. Esta "contra-reacção", no dizer da autora, não será "evidentemente, enquadrável na 'legítima defesa' – esta pressupõe uma agressão ilícita e impõe, por seu turno, a tolerância desta defesa". A autora reconhece que, deste modo, se poderá "desencadear uma luta de todos contra todos e, assim, acabar por vencer a lei do 'mais forte' ou a 'lei do acaso'" (CUNHA. *Vida*... cit., p. 812-814). A este respeito, designadamente com foco no espaço livre de direito, igualmente Cf. KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997. p. 228-231. Em sentido crítico a essa solução, Cf. HIRSCH, Hans-Joachim. Strafrecht und rechtsfreier Raum. In: *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am* 7. Dezember 1978. Arthur Kaufmann (Hrsg.). München: Beck, 1979. p. 89-116. Mas nem isto é o mais importante aqui; cuida-se, isto sim, de verificar-se que ao nível da legislação brasileira, na cogitação de exclusão da ilicitude como corolário do estado de necessidade, para estes casos, afastar-se-ia, do afetado, a própria possibilidade de defender-se. Di-lo Greco, ao indagar-se: "(....) seria possível cogitar de situação em que um dos agentes atue em legítima defesa e o outro em estado de necessidade?", para logo responder: "absolutamente não. Isso porque aquele que age em estado de necessidade pratica uma conduta amparada pelo ordenamento jurídico, mesmo que esta conduta venha a ofender bens também juridicamente protegidos" (GRECO. *Curso*... cit., p. 402).

73. TAIPA DE CARVALHO. *Direito penal*... cit., p. 400.

74. PALMA. *O estado de necessidade*... cit., p. 189, nota 33.

75. TAIPA DE CARVALHO. *Direito penal*... cit., p. 511-512.

Se, para mais disso, recorre Figueiredo Dias a uma razão de utilidade social, traduzida na maximização da proteção de interesses ou bens jurídicos, não deixa, contudo, de referir-se à "imposição jurídico-legal de um mínimo de solidariedade entre os membros da comunidade humana, à luz do interesse individual de cada um dos participantes no conflito",[76] do que se segue, nesta mesma perspectiva, a asserção de Cunha, que, se bem reconheça, outrossim, um propósito de utilidade social, ou menor danosidade social, assinala que o estado de necessidade justificante ostenta uma "carga filosófica e social de relevo, relacionada com uma certa ideia de solidariedade humana",[77] que exsurge de uma "interdependência humana em prol de um bem comum", de tal modo que afirma, expressivamente, que o "pensamento que subjaz (e que fundamenta) ao direito de necessidade (ou estado de necessidade justificante) nasce de uma ideia solidária".[78] Na síntese de Kühl: "Das Zauberwort für die rechtliche Bewältigung von 'Noth', Notstandsfällen, Unglücksfällen heißt Solidarität".[79]

A partir desta ordem de fundamentação é que devemos procurar, outrossim, o limite a jusante do estado de necessidade, tendente a, já aí, seja em vistas da teoria unitária, seja com base na diferenciadora, refletir sobre se a manifestação de uma desigualdade de oportunidades, em desfavor daquele que age para saciar uma privação sua ou de quem lhe seja próximo, convocaria a causa de justificação.

Causa de justificação, seja dito, cuja incidência estará fundamentada numa ideia de solidariedade.

---

76. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*... cit., p. 440. Em sentido crítico, por vislumbrar num tal modelo a exaltação da ponderação de bens, sob uma perspectiva predominantemente consequencialista, que "ou ignora por completo os critérios não-consequenciais, *maxime* deontológicos, relevantes para as situações de necessidade, ou lhes atribui apenas um papel secundário e avulso" (Cf. VELOSO. *Sortes*... cit., p. 87-89).

77. CUNHA. *Vida*... cit., p. 43.

78. CUNHA, *Vida*... cit., p. 45-46. Sobre as diferentes premissas em que se funda a *necessity* na órbita do direito anglo-saxão, onde, a rigor: "necessity speaks in the idiom of the collective interest in minimizing harm" (Cf. FLETCHER, George P. *Basic concepts of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 138-142).

79. KÜHL, Kristian. Freiheit und Solidarität bei den Notrechten. Rechtsphilosophische Überlegungen auf der Basis der praktischen Philosophie Kants. In: *Festschrifts für Hans-Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11.* April 1999. Thomas Weigend; Georg Küpper (Hrsg.). Berlin: Walter de Gruyter GmbH & Co., 1999. p. 266.

7. SOLIDARIEDADE E IGUALDADE, OU DESIGUALDADE E SOLIDARIEDADE

Os apegos a um entendimento meramente normativo aqui seriam insuficientes, e desde logo seria afastável qualquer ideia postulante de um mero enquadramento ao nível da subsunção. Uma compreensão alargada da igualdade não exclui que esta se reflita em termos de aplicação do direito, o que pressupõe, nas palavras de Didier, o rechaço "de la teoría mecanicista, según la cual la tarea de aplicación de las normas consiste en subsumir el caso en el supuesto de hecho, sin necesidad de efectuar una labor de interpretación valorativa".[80] De tal arte que, segundo essa autora, as exigências a que se remete o princípio da igualdade não resultam compatíveis "con los postulados del positivismo jurídico, especialmente com la tesís de la separación conceptual entre derecho y moral", bem assim com a "posibilidad de efectuar una aproximación axiológicamente neutral al estudio del derecho", e isto porque a análise das implicações da igualdade "supone necesariamente una tarea valorativa".[81]

Mesmo, também, o aceno a uma concepção preventiva não produziria melhor efeito, porquanto é verdade que um comportamento como o de Jean Valjean não há de ser estimulado. A questão é sabermos se faz sentido puni-lo.

Terá sido, no dizer de Cunha, um predomínio do ponto de vista "individualista liberal (que sacralizou a propriedade privada)" o que deu causa a "um retraimento em relação ao âmbito do estado de necessidade", sendo certo que a remissão à sua tradição remota convergia para a não punibilidade do furto em razão da fome, princípio este "ampliado ao furto de roupa para protecção do frio e a outras situações de perigo para o próprio ou o seu cônjuge e filhos".[82]

Em páginas candentes, e que se fazem relevantes para o que estamos a abordar, reflete Hartmann que o indivíduo adota uma dupla posição frente ao direito vigente na comunidade. Por uma parte, encontra-se afetado pelas determinações jurídicas e lhes deve submissão, gozando, igualmente, de sua proteção; porém, por outro lado, também se encontra parcialmente como legislador que, direta ou indiretamente, é partícipe no processo permanente de desenvolvimento jurídico da comunidade. Carrega, pois, em parte, a responsabilidade

80. DIDIER, María Marta. *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Buenos Aires-Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 44.

81. DIDIER. *El principio*... cit., p. 342-343.

82. Com diversas referências, a este respeito, Cf. CUNHA, *Vida*... cit., p. 50-52.

pelo direito existente. Esta corresponsabilidade é o reverso necessário de sua submissão, pois, não fosse assim, essa entraria em choque com a sua liberdade pessoal, cuja salvaguarda radica precisamente no sentido do direito. Trata-se, diz Hartmann, a consciência dessa corresponsabilidade, de um eminente momento moral do indivíduo como membro da comunidade, de modo que é o fundamento da solidariedade jurídica entre os iguais. Ocorre que faz parte dessa solidariedade ainda algo mais do que a corresponsabilidade que carregam os indivíduos pelo conjunto, pois nela se inclui, também, a corresponsabilidade pelo indivíduo. E pelo indivíduo, por certo, quando vai pelo caminho errado e viola o direito comum. Se se considera que a comunidade perde no delinquente um cidadão, a questão da responsabilidade pelo infrator torna-se mais séria. Assim, diz Hartmann, se o delinquente atua por necessidade, ainda que não esteja desprovido de culpa, essa não recai unicamente sobre si, senão que alcança conjuntamente aos que toleram o estado ou a situação que produz ou faz subsistir essa sua necessidade. Precisamente, assim, dissolve-se a rigidez de um virtual sentido objetivo das normas jurídicas, convocando, e aqui somos nós a dizê-lo, uma tarefa, que é moral, de ampliação dos limites, nestes casos, das razões de justificação, ou, como seja, do estado de necessidade. Como afirma Hartmann, a solidariedade há de ser de todos com todos, e, pois, também com o delinquente, e se este é um valor dirigido a todas as pessoas, não deixa de expressar uma exigência de que os homens devem ser iguais.[83]

Ora, não apenas como imposição ao legislador, a igualdade surge, outrossim, como direcionada aos órgãos de "aplicação e fiscalização do direito",[84] nomeadamente os juízes e tribunais, que não a podem olvidar na singularidade dos casos que decidem. Garcia, aliás, chega a dizer que, sem dúvida, é o momento da aplicação da lei o "momento mais significante do princípio da igualdade".[85] Se, de certo modo, tem razão Reis Novais, em que o princípio da igualdade, ainda hoje, não pode ser visto como algo de perfeitamente estabilizado e indiscutido, é de se compreender, por outro lado, que à sua concretização não é alheia à necessidade de se dar atenção aos dados particulares das pessoas e à situação singular na qual se deva aplicar uma lei. Por isso que uma de suas projeções, e aqui parafraseamos o autor português, há de situar-se no

83. HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. Berlin und Leipzig: Walter de Grunter & Co., 1935. p. 386-388.

84. ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 75.

85. GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 11, nota 3.

plano da verificação das condições materiais, propendendo, assim, à atenuação das "desigualdades de partida".[86]

As condições singulares dos indivíduos exigem "tratamentos diferenciados, sob pena de se criarem ou potenciarem diferenças sociais não menos injustas".[87]

Se estamos de acordo com Sen, de que a riqueza não é algo que valorizemos por si mesmo, bem como que tampouco serão os dados baseados na nossa própria riqueza invariavelmente um bom indicador do tipo de vida que poderemos alcançar – certas incapacidades ou deficiências mostram-se decisivas –, o foco talvez deva estar menos direcionado aos meios pelos quais se vive, e mais em favor da observância das reais oportunidades de que uma pessoa dispõe. Sen não hesita em apontar a pobreza como um tipo de privação de capacidade, e alude, ainda, não ser de excluir-se que certos bens visíveis de consumo, em algumas comunidades, constituem-se como verdadeiros padrões para que uma pessoa esteja em público sem se sentir envergonhada. Em seu exemplo, embora o indiano do meio rural possa ter poucos problemas em aparecer em público com roupas relativamente modestas, sem se sentir envergonhado, e possa tomar parte na vida da comunidade sem um telefone ou uma televisão, as exigências de mercadorias para estes funcionamentos gerais são muito maiores em países onde as pessoas usam, como padrão, uma cesta maior de mercadorias diversas (*a bigger basket of diverse commodities*).[88] Assim, considerar-se-iam certos recursos pessoais como necessários para que se pudesse com proveito tomar parte da vida da comunidade e, em muitos contextos, até mesmo para que se conseguissem satisfazer os mais elementares requisitos do respeito por si mesmo.[89-90]

86. REIS NOVAIS, Jorge. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 102-104.

87. GARCIA. *Estudos*... cit., p. 12.

88. SEN, Amartya. *Inequality reexamined*. Cambridge: Harvard University Presss, 1995. p. 116.

89. SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009. p. 253-256. Com interesse, sobre as distinções a respeito da "igualdad en el punto de partida" e da "igualdad en el resultado" (Cf. PINILLA, Ignacio Ara. Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad. In: SAN MIGUEL, Luis García (ed.). *El principio de igualdad*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 206-211).

90. À invocação do poeta não conseguimos resistir, e ele dizia: "Bebida é água. Comida é pasto. Você tem sede de que? Você tem fome de que? A gente não quer só comida,

Isto se refletirá numa espécie de obrigação de atenuar ou eliminar as desigualdades resultantes destas situações fáticas,[91] o que convoca uma ideia de "solidariedade intrageracional correspondente a uma primária ideia de justiça";[92] ou de não agravá-las, sendo exato dizer-se que, segundo expusemos, reside justamente nesta solidariedade o fundamento com que se há de compreender o estado de necessidade justificante, bem como que o acesso aos direitos fundamentais é dificultado, quando não inviabilizado, por razões de ordem econômica, distorcendo-se, di-lo Garcia, pela "via da riqueza, a igualdade de direitos de todos os homens".[93]

Garcia esclarece que se a igualdade se compreender alheada de valores, disto resultará a aceitação de um critério a ser encontrado "atrabiliariamente, de acordo com o puro arbítrio de quem compara as situações", dando origem a determinações de igualdade inservíveis ou destacadas da realidade social"; tratar-se-ia de "despi-la de conteúdo, razão pela qual "a igualdade não pode viver sem valores, porque são estes que lhe dão razão de existir". De maneira que se "a igualdade é, pois, um conceito valorativo",[94] e se isto significa "um apelo a valores objectivos e não a valores de natureza subjectiva",[95] já dela não poderemos afastar o que antes asseveramos como uma "insuportabilidade da não aquisição 'marginal' de benefícios para direitos fundamentais",[96] compreendida a partir de um sentido do comportamento vocacionado, bem ou mal, ao suprimento desta falta.

---

a gente quer comida, diversão e arte. A gente não quer só comida, a gente quer saída para qualquer parte. A gente não quer só comida, a gente quer bebida, diversão, balé. A gente não quer só comida, a gente quer a vida como a vida quer".

91. Num outro texto, Sen não deixa de referir que parte dos problemas de privação decorre, outrossim, do que qualifica de termos desfavoráveis de inclusão e de condições adversas de participação, o que não corresponde necessariamente à exclusão em si; tudo a propender a um ajuste da retórica da exclusão, para cobrir também os casos de uma alcunhada inclusão desfavorável, o que, em última análise, significa a exclusão de uma inclusão igualitária. Quanto a isso, Cf. SEN, Amartya. Exclusão e inclusão. Trad. Bernardo Ajzemberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. In: SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 33-37.
92. GARCIA. *Estudos*... cit., p. 21.
93. Idem, p. 23.
94. Idem, p. 50.
95. Idem, p. 53.
96. PALMA. *Justificação*... cit., p. 85.

Tangenciando o debate que estabelece Amartya Sen com Dworkin,[97] e que reputamos despiciendo para o efeito do que estamos tentando dizer, certo é que ostentam concordância naquilo que o último alude, no sentido de que as culturas têm tentado ensinar uma mentira maligna e aparentemente convincente (*a malign and apparently persuasive lie*), de que o sistema de avaliação mais importante de uma vida boa é a riqueza, o luxo e o poder que ela cria. Dworkin reitera que nenhuma teoria respeitável do valor pressupõe que ganhar e gastar dinheiro tenha algum valor ou importância intrínseca. O sonho ridículo de uma vida principesca é mantido vivo por sonâmbulos éticos – "the ridiculous dream of a princely life is kept alive by ethical sleepwalkers" –; só que estes, por sua vez, mantêm viva a injustiça, porque o desprezo por si próprios alimenta uma política de desprezo pelos outros – "their self-contempt breeds a politics of contempt for others". Mas a dignidade é indivisível, e sem dignidade as nossas vidas são meros lampejos de duração – "without dignity our lives are only blinks of duration" –, de modo que, se é indisputável que o governo tem que tratar aqueles que estão sob o seu domínio com preocupação e respeito iguais – "(...) government must treat those under its domination with equal concern and respect"[98] –, devemos considerar, antes de tudo, que a pobreza ou a circunstância de se ter nascido num gueto não significa que o indivíduo sofra de alguma incapacidade pertinente – "he does not suffer from any pertinent incapacity"; supô-lo seria equiparar a pessoa a um doente mental, rebaixando ainda mais em patamar a sua dignidade. Se estivermos presos a uma concepção segundo a qual o princípio causal governa a responsabilidade, não conseguiremos encontrar uma explicação diferente.[99]

Manter-nos-íamos, com efeito, consoante a linguagem do direito penal, situados no plano da culpa ou culpabilidade, recusando o âmbito de uma liberdade para agir, em ordem a conceber o indivíduo como um produto de si próprio, que, destarte, ostentaria a mais não ser uma incapacidade para ajustar o seu comportamento à lei. Dworkin diz: isto vale para quem tenha problemas mentais, mas não é verdade para uma pessoa condenada a uma vida num meio pobre, e que decida vender droga – "someone with a mental disease may lack the capacity to conform his behavior to the law, but that is not true of someone condemned to na impoverished inner-city life who decides to push drugs".

97. SEN, *The idea*... cit., p. 264-268.

98. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 422-423.

99. DWORKIN. *Justice*... cit., p. 251.

Tanto quanto o americano, portanto, estamos em busca de outra justificação. Exatamente, aliás, estamos em busca da justificação. E ela decorrerá do fato de que numa circunstância como essa, a pobreza é produto da injustiça. Com a qual se subtrai às suas vítimas oportunidades ou recursos que, muito provavelmente, teriam levado a decisões diferentes. Honneth chega a dizer que para poder agir como uma pessoa moralmente imputável (*eine moralische zurechnungsfähige Person*) o indivíduo necessita não somente de proteção frente a ataques à sua esfera de liberdade, mas também de uma oportunidade juridicamente garantida de participação no processo de formação da vontade pública, da qual ele somente pode fazer uso se lhe couber, simultaneamente, uma certa medida de nível de vida social. Daí que à exclusão social associe-se, ademais de uma certa restrição à autonomia pessoal, o sentimento de não possuir o estatuto de um parceiro de interação de pleno valor, o que, moralmente, significa não estar em pé de igualdade com os demais semelhantes.[100]

As questões de fundo do sistema da responsabilidade, e diríamos nós também da justificação, não são metafísicas, mas sim éticas e morais. De modo que, como Dworkin, supomos relevante que essa asserção se baseie na justiça e não na capacidade. As pessoas que vivem em guetos ou na pobreza, mormente em países abastados, foram despojadas das oportunidades e dos recursos a que tinham direito – "people who live in ghettos of poverty in a nation of affluence have been cheated of opportunities and resources they are entitled to have".[101]

8. CONCLUSÃO

A pobreza injusta mitiga a responsabilidade, e, para nós, na contingência dos casos concretos, faz cogitável, ao nível do estado de necessidade, a justificação.

Aqueles que negam a injustiça negariam a justificação.

Reconhecê-la-íamos em favor de Jean Valjean.

BIBLIOGRAFIA

ALAN, José Alexandre Zachia. *Casos difíceis na distinção entre exclusão da ilicitude e desculpa:* a fábula do homem gordo. Relatório de Mestrado apresentado

100. HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. p. 190 e 216.

101. DWORKIN. *Justice*... cit., p. 252.

na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: não publicado, 2007.

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade*. Introdução à jurisprudência. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CALLEGARI, André Luis; SALOMÃO, Saulo Salvador. *A exclusão da ilicitude do torturador de terceiro possuidor de informação num cenário de* tickin timing bomb. Anais do III Congresso de Ciências Criminais, PUC/RS, Porto Alegre: não publicado, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*. Parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Vida contra vida*. Conflitos existenciais e limites do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIDIER, María Marta. *El principio de igualdad en las normas jurídicas*. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Buenos Aires-Madrid: Marcial Pons, 2012.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Manuale di diritto penale*. Parte generale. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

DUFF, R.A. Responsibility and liability in criminal law. In: The Legacy of H.L.A. Hart. *Legal, Political and moral Philosophy*. Mathew H. Kramer and others (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

FACCINI NETO, Orlando. Uma análise sobre a legítima defesa e o caso das mulheres agredidas no ambiente doméstico. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, ano 5, vol. 9, Porto Alegre: DPE, 2014, maio-ago. 2014.

_____. *Elementos de uma teoria da decisão judicial:* Constituição, hermenêutica e respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime.

FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. O justo e o razoável. Trad. Paulo César Busato e Mariana Cesto. *Novos Estudos Jurídicos. Revista Quadrimestral do Programa de Pós-Graduação* Stricto Sensu *em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí*, n. 2, vol. 9, Itajaí: Univali, 2004, maio-ago. 2004.

GALLAS, Wilhelm. Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund. In: *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, 15.10.1953. Karl Engisch (Hrsg.). München: C.H. Beck Verlag, 1954.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. Niterói: Impetus, 2005.

GREVE, Holger. *Rechtfertigung privater "Folter" zwischen Nothilfe und Menschenwürde*. In: ZIS 05/2014. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2014_5_819.pdf]. Acesso em: 30.07.2015.

HALL, Jerome. *General principles of criminal law*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1947.

HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. Berlin und Leipzig: Walter de Grunter & Co., 1935.

HIRSCH, Hans-Joachim. Strafrecht und rechtsfreier Raum. In: *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7*. Dezember 1978. Arthur Kaufmann (Hrsg.). München: Beck, 1979.

HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung*. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. I, t. II.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. Parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.

KÜHL, Kristian. Freiheit und Solidarität bei den Notrechten. Rechtsphilosophische Überlegungen auf der Basis der praktischen Philosophie Kants. In: *Festschrifts für Hans-Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11*. April 1999. Thomas Weigend; Georg Küpper (Hrsg.). Berlin: Walter de Gruyter GmbH & Co., 1999.

LA MEDICA, Vincenzo. *O direito de defesa*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva & C.A., 1942.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. O estado de necessidade justificante no Código Penal de 1982. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (coords.). *Casos e materiais de direito de penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

_____. *Justificação em direito penal*: conceito, princípios e limites. Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Tipografia Guerra, 1995.

PINILLA, Ignacio Ara. Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad. In: SAN MIGUEL, Luis García (ed.). *El principio de igualdad*. Madrid: Dykinson, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. I.

_____. A culpabilidade e o drama de Lord Jim. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 5, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013.

REIS NOVAIS, Jorge. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. *Las causas de justificación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

SEN, Amartya. *Inequality reexamined*. Cambridge: Harvard University Presss, 1995.

_____. *The idea of justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

_____. Exclusão e inclusão. Trad. Bernardo Ajzemberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. In: SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar*: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA DIAS, Augusto. Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul* 72, Porto Alegre: MPRS, 2012.

_____. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul* 71, Porto Alegre: MPRS, 2012.

SOUSA MENDES, Paulo de. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 02.09.2012. São Paulo, Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso:* Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: *da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito penal*. Parte Geral. *Questões fundamentais. Teoria geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey.

VELOSO, José António. *Sortes*. Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Tipografia Guerra, 1995.

WAGENLÄNDER, Georg. *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal, de Claus Roxin – *RBCCrim* 46/46, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/191 (DTR\2004\835);
- Direito de necessidade (uma visão luso-brasileira), de Fernando Pinto Colmenero – *RT* 783/504 (DTR\2001\525); e
- El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana, de Hans Joachim Hirsch – *RCP* 10/100 (DTR\2009\33).

85554

JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: DO RELATIVISMO AO UNIVERSALISMO DE VALORES?

INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE: FROM THE RELATIVISM TO THE UNIVERSALISM OF VALUES?

TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO

Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS. Docente convidado do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS). Líder do Grupo de Pesquisa Ciência Penal Contemporânea (UFRGS/CNPQ). Desembargador aposentado.
tupinambazevedo@gmail.com

FERNANDA FIGUEIRA TONETTO

Doutoranda em Direito pela Université Paris II Panthéon-Assas. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.
fernandafigueiratonetto@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar os crimes internacionais ou *core crimes*, partindo de dois principais problemas: a Justiça internacional é hábil a identificar valores comuns da humanidade? O direito penal é capaz de evoluir de seu relativismo e encontrar um conteúdo universal? Para tanto, se buscará analisar o papel do direito, que tenta harmonizar internacionalmente valores comuns, que possam alcançar reconhecimento universal, estipulando proibições à violação do bem jurídico humanidade. A fim de alcançar os objetivos pretendidos, serão utilizados os métodos dedutivo (como abordagem) e histórico (como procedimento), partindo de premissas maiores e analisando a evolução histórica da criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes internacionais – Jurisdições internacionais – Comunidade mundial de valores – Complementaridade – Ordem cosmopolita.

ABSTRACT: This research aims to analyze international crimes or core crimes, and it starts from two main questions: in international justice able to identify common values of humanity? Is criminal law able to leave its relativism and find an universal content ? For this, we will try to examine the role of law, that seek to harmonize internationally shared values, which can achieve universal recognition, stating prohibitions to the violation of. To achieve the intended goals, the deductive (as approach) and historic (as procedure) methods will be used, starting from major premises and analyzing the historical evolution of crime.

KEYWORDS: International crimes – International jurisdictions – International community of values – Complementarity – Cosmopolitan order.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de; TONETTO, Fernanda Figueira. Justiça penal internacional: do relativismo ao universalismo de valores?
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 120. ano 24. p. 159-199. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os *core crimes* e a criação da Justiça penal internacional – 3. A jurisdição internacional como instrumento de identificação de valores comuns da humanidade – 4. Considerações finais – Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O desenho da criminalidade que hoje se consolida no espaço mundial é fruto de uma evolução nas relações humanas, que foram se tornando mais complexas ao longo da história, cuja análise permite concluir que os conflitos intersubjetivos sempre existiram e que, por prognóstico, sempre existirão. Por outro lado, essas mesmas transgressões foram propulsoras da expansão dos sistemas punitivos, já que na medida em que se tornou mais complexa a criminalidade foi surgindo a necessidade de desenvolvimento da correspondente jurisdição penal.

Assim se deu com a passagem da justiça divina para a Justiça privada,[1] até se chegar à Justiça pública codificada, por uma ordem mundial que se instalou a partir do marco da Paz de Westfália[2] e que, por seu turno, consolidou os ordenamentos jurídicos nacionais, o conceito de soberania e o monopólio estatal no que se refere ao exercício do direito de punir.

Centrado esse *ius puniendi* no Estado-nação e em torno de um direito penal nacional, só por isso já dotado da característica do relativismo, e como tal restrito aos limites impostos pelo princípio da territorialidade, essa concepção de Justiça penal passou a ser ineficaz diante de novos padrões de criminalidade surgidos, tais como o transbordamento das fronteiras pela criminalidade transnacional, em especial representada pelo crime organizado, bem como pelas graves violações aos direitos humanos que, muito embora tenham estado sempre presentes no transcurso da história, passaram a ser melhor percebidas

1. BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Tabu, pecado e crime*. Belo Horizonte: Gráfica Guimarães-Leopoldina, 1949; KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Trad. Paulo Fróes. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1991; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y evolucion del discurso critico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004; BECCARIA, César. *Dei delitti e delle pene*. Facsímile da edição príncipe em italiano de 1764, seguida da tradução espanhola de Juan Antonio de Las Casas, de 1774. México: Fondo de Cultura Económica, 2000; CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal. P. Geral*. São Paulo: Saraiva, 1956. 2. vols.

2. Em 24.10.1648 o imperador Ferdinando e os principais plenipotenciários europeus assinaram, nas cidades alemãs de Münster e Osnabrück, a Paz de Westfália, encerrando a Guerra dos Trinta Anos e colocando fim ao primeiro grande conflito europeu.

e compreendidas nos últimos dois séculos, a impor um novo rumo à Justiça penal, não mais limitada ao Estado, já que esse, muitas vezes, por meio de seus agentes, figurava como protagonista das transgressões e, por isso mesmo, propiciava um vazio punitivo.

No século XX, em especial, a prática cada vez mais frequente de graves violações de direitos humanos dentro desses Estados nacionais determinou que uma categoria diversa de delitos tomasse lugar, e que os bens jurídicos usurpados, pela sua importância, pelo seu caráter de metavalor, não dissessem respeito apenas à vítima ou ao Estado, mas ao gênero humano em seu conjunto, aspecto hábil a conferir, para o julgamento dessa espécie diversa de delitos, atribuições a um ente que estivesse posicionado acima desses Estados nacionais. É o gérmen de uma jurisdição internacional penal inicialmente *ad hoc* e, recentemente, de caráter permanente.

O apagar das luzes do século XX e os primeiros anos do século XXI ainda é surpreendido com uma nova espécie de criminalidade contra a qual o Estado-nação é ainda mais impotente. O terrorismo destruiu e continua arrasando com todos os paradigmas da Justiça penal e, quiçá, com todas as esperanças da tão sonhada paz perpétua que a filosofia kantiana um dia desenhou.

A partir dessa perspectiva, o presente trabalho intenta compreender de que forma evoluiu a criminalidade até chegar aos padrões hoje existentes, bem como o modo como se desenvolveu a Justiça penal, impulsionada pelas cada vez maiores transgressões humanas para, em seguida, analisar a necessidade de edificação de novas formas de Justiça penal, no que pertine à lapidação de uma Justiça penal com competência e legitimidade para julgar crimes que, por sua natureza, afetam valores comuns da humanidade.

Para tanto, na primeira parte do trabalho, se buscará analisar como as transgressões humanas foram propulsoras do desenvolvimento da Justiça penal e de como a cada vez maior sofisticação da criminalidade determinou a criação de novos paradigmas, impostos por esses diversificados padrões, hoje não mais atrelados ao monopólio da jurisdição do Estado.

Posteriormente, na segunda parte do trabalho, buscar-se-á demonstrar o modo de construção de uma Justiça penal internacional, desdobrada através de complementaridade, capaz de colaborar para uma ordem de valores supranacionais, no sentido de que o delineamento do conceito de crime internacional ou *core crimes* e do bem jurídico por ele tutelado pode ser hábil para auxiliar na identificação de valores comuns da humanidade.

Azevedo, Tupinambá Pinto de; Tonetto, Fernanda Figueira. Justiça penal internacional: do relativismo ao universalismo de valores?
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 120. ano 24. p. 159-199. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

2. OS *CORE CRIMES* E A CRIAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL

É sabido que a transgressão e a delinquência permeiam a história da humanidade, desde o seu surgimento. Os diferentes fenômenos criminais sempre variaram de acordo com condições de tempo e espaço e ao sabor das necessidades de sobrevivência, satisfação e impulso dos diversos grupos sociais.

Não é sem razão que os registros históricos dão conta da existência do direito penal desde eras mais remotas. Nos ensinam André Laingui e Arlette Lebigre que o campo de ação do legislador foi desde seu início restrito ao campo penal e isto porque o fenômeno da delinquência sempre foi constante, independentemente das vicissitudes políticas, manifestando-se quer exista, quer não exista um poder legislativo apto a punir essas transgressões.[3]

Tendo surgido em torno de cada uma das comunidades humanas, a partir de suas particularidades e necessidades, o direito penal se identificou com cada Estado nacional e com questões que envolviam a soberania. Dessa circunstância, advêm duas de suas características principais: a sua capacidade de induzir o conteúdo axiológico da sociedade onde está inserido e, por outro lado, o seu relativismo, já que a princípio cada sociedade possui seus próprios valores.

Por essa razão, o direito penal, desde o princípio é um direito de cunho relativista, pois como afirma Mireille Delmas-Marty, à primeira vista, as incriminações penais remetem às proibições que exprimem a identidade cultural de cada nação, relativismo esse que repousa sobre o pressuposto de uma cultura nacional homogênea.[4]

Sobre essa temática do multiculturalismo e sua presença em Estados nacionais, Jürgen Habermas destacou certa tensão entre o universalismo pretendido pela comunidade jurídica igualitária, representada pelo Estado, e o particularismo da(s) comunidade(s) histórica(s) de destino, que é a nação. O mencionado universalismo, sob aspecto cultural, leva a um povo supostamente homogêneo (como disse Delmas-Marty, *supra*, uma cultura nacional pres-

3. "Le champ d'action du législateur est d'abord restreint dès origines pour un motif très simple: le phénomène de la délinquance est constant, indépendant des vicissitudes politiques et se manifeste sans se préoccuper de savoir s'il existe ou non un pouvoir législatif apte à le punir" (LAINGUI, André & Arlette. *Histoire du droit pénal*. Paris: Cujas, [s/d], p. 5-6).

4. "À première vue, les incriminations pénales renvoient par les interdits qu'elles expriment, à l'identité culturelle de chaque nation. Mais ce relativisme repose lui-même sur le présupposé d'une culture nationale homogène" (DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011. p. 30).

supostamente homogênea). Sob essa fachada, retomando Habermas,[5] ficaria oculta a vontade de hegemonia da cultura da maioria! A conclusão aponta para a passagem a sociedades multiculturais, através de integração social "que já aponta além do Estado nacional",[6] ponto final de processos conflitivos e dolorosos, sem dúvida. É a ultrapassagem que buscamos, talvez utopicamente.

Nos tempos atuais, o direito penal não mais se restringe a ocupar-se das violações a bens jurídicos que pertencem exclusivamente ao Estado-nação ou a uma determinada comunidade, nele inserido. Além da existência de fenômenos distintos, como aqueles decorrentes da criminalidade organizada ou mesmo do terrorismo, é possível perceber que o mundo tem sido palco de uma delinquência que, embora não se restrinja ao território de um só Estado, possui conotação diversa daquela impulsionada pela transnacionalização dos delitos, à medida em que essas violações passaram a ferir outra espécie de interesse, que de certa forma fere o gênero humano na sua totalidade.

Trata-se de forma diversa de transgressão, explicitada pela expressão crimes internacionais, cunhada no curso do século XX, mediante uma construção que foi fruto da evolução do direito internacional dos direitos humanos, impulsionado em grande parte pelas atrocidades cometidas tanto nas duas guerras mundiais, quanto nos conflitos regionais ou nacionais que se estenderam por todos os continentes.[7]

Muito embora as infrações internacionais sempre tenham sido praticadas ao longo dos séculos, de fato sua edificação teórico-jurídica é produto de acontecimentos mais recentes.[8]

Para Delmas-Marty[9] o conceito de crimes internacionais possui duas acepções: 1. no sentido formal, são todas aquelas infrações que restaram previstas e

5. HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado nacional*. Trad. Miguel Jiménez Redondo. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

6. HABERMAS (2000), p. 189-190.

7. *V.* JUDT, Tony. *Reflexões sobre um século esquecido – 1901-2000*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

8. Como afirma Robert Cryer, "crimes against humanity are as old as humanity itself. However, it is only in the last seven decades that the international legal prohibition on crimes against humanity has emerged, and it is only in the last fifteen years that the precise contours of the crime have been clarified" (CRYER, Robert et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 208).

9. DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, An-

delineadas por alguma norma internacional e 2. no sentido material, são aquelas infrações que atentam contra valores de toda a humanidade, pertencentes a uma sociedade de cunho internacional e que passa pela lenta elaboração de um direito internacional penal que seja comum em todas essas sociedades.

Entre as fontes do direito internacional[10] estão o Tratado (*inter partes*) e o costume (geral). A convencionalidade propõe um sentido formal, e o costume, um sentido material. O costume internacional tem dois elementos, a prática dos Estados e a *opinio juris*. Um costume geral vincula a todos os Estados. Significa dizer que há duas formas de criação de normas, mas o Tratado ou Convenção serviria para esgotar o tema – como na relação anterior entre fenômeno e normatização –, a norma escrita e promulgada englobaria toda a matéria em questão. Está expresso no brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Prevista, em Tratado, estaria consagrado o princípio da legalidade.

E a faculdade expressa de fazer reservas, levaria à não configuração de costume?[11] Seria este um dos tópicos mais debatidos no direito internacional penal, objeto de recente julgamento pela Corte Internacional de Justiça.[12] O tema diz com a cooperação internacional, diante de certas condutas criminais em que, estando o acusado em determinado Estado, sem persecução ou processo em andamento no mesmo, dois caminhos se abririam: 1. a opção pelo indeferimento de extradição e processamento, 2. a autorização para extraditar. Em 21 convenções arroladas pela Anistia Internacional e pesquisadas por Fernanda Machry, até 2001, apenas uma delas prevê a faculdade expressa de fazer reservas.[13] O Estatuto de Roma, por sua vez, em seu art. 120, não admite reservas.

Com base em parâmetro estabelecido pela Corte Internacional de Justiça,[14] relativo à faculdade de fazer reservas, conclui-se que é possível que a obriga-

---

tonio (orgs). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

10. Art. 38 (1)(B) Estatuto da Corte Internacional de Justiça – CIJ.

11. Tal indagação foi objeto de pesquisa apresentada nos Salões de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFRGS (18.10.2013) e do Salão de Iniciação Científica da mesma Universidade (22.10.2013), pela graduanda MACHRY, Fernanda Graeff. *A obrigação de extraditar ou processar: uma norma de costume internacional?*

12. Caso Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Bélgica v. Senegal) e, atualmente, em discussão na Comissão de Direito Internacional.

13. 1972 – *Protocol Amending the Single Convention on Narcotics Drugs*, 1961.

14. Caso Plataforma Continental do Mar do Norte – 1969.

ção de extraditar ou processar (*aut dedere aut judicare*), tal como contida em convenções internacionais relevantes, possua *status* de direito internacional costumeiro.

Ficaria em suspenso a hipótese do Estatuto de Roma, quanto ao princípio da legalidade penal. Esse diploma internacional traz normas penais abertas, com inúmeros conceitos indeterminados, e a próprio texto do Estatuto determina ao Tribunal que atue de modo a interpretar livremente as normas, criando precedentes. Significa dizer que, diversamente dos códigos penais nacionais, originados da *civil law*, um estatuto internacional penal precisa acomodar vários sistemas ou modelos, como, no caso em tela, tratando-se de normativa predominantemente plasmada no Ocidente, as teorias do delito romano-germânica e de *common law*.

Nunca é demais lembrar que o *déficit* normativo dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio ainda hoje ressoa, por ofensa aos princípios da legalidade e do juiz natural. O mesmo se podendo dizer, em alguns aspectos, dos tribunais *ad hoc*, com predomínio do sistema de *common law* (na versão norte-americana). Não são pequenas as dificuldades que decorrem da construção de dogmáticas híbridas, tentando fundir institutos jurídicos dificilmente unificáveis. "Enfim, em nossa cultura jurídica acolhemos o *mala prohibita*, pedra angular de nosso princípio da legalidade penal, enquanto em *common law*, seara dos *precedents*, o modelo consuetudinário se socorre, ainda, do *mala in se*".[15]

Seria mais razoável, talvez, a harmonização de sistemas, a partir do direito comparado. "A importância desta comparação tem, entre outras razões, a necessidade indiscutível de ser encontrada uma dimensão comum, um denominador que aproxime sistemas, modelos ou famílias jurídicas, pois se trata de jurisdição global(izada)".[16]

Em seu sentido formal, são hoje identificados como crimes internacionais aqueles definidos pelo Estatuto de Roma como crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra (a tipificação do crime de agressão já existe, mas a norma está sob *vacatio legis*), conceitos que se erigiram de forma diversa.

15. Azevedo, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito – modelo romano-germânico e de *common law*. Sistema penal & violência. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, n. 8 – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais/PUCRS. vol. 5. Porto Alegre, jan.-jun. 2013.

16. Azevedo (2013).

Antes da análise de tais *Tatbestand* (tipos delitivos), breve alusão ao conceito de crimes internacionais no sentido material.

O conceito de crime de guerra remonta ao direito internacional humanitário, que surgiu com vistas a reduzir os danos decorrentes das guerras e que tem como principais instrumentos normativos a Liga das Nações, o Tratado de Versalhes, de 1919, e as quatro Convenções de Genebra e protocolos adicionais, em especial o terceiro, sobre proteção dos prisioneiros de guerra, firmado em 1929.

Já a expressão humanidade enquanto bem jurídico pode ser identificada pela primeira vez nas Convenções de Haia de 1899 e 1907, na redação da denominada Cláusula Martens, que se referiu aos princípios do direito das gentes como os usos estabelecidos entre nações civilizadas, as leis da humanidade e as exigências da consciência pública. Em 1915, diante do massacre dos Armênios na Turquia,[17] França, Grã-Bretanha e Rússia qualificaram as violações como sendo crimes de lesa-humanidade; posteriormente, em 1919, na Conferência de Paz em Paris, a comissão se referiu a infração às leis da humanidade.[18]

No entanto, até Nuremberg não existia nem definição de crime contra a humanidade, nem responsabilidade penal internacional do indivíduo, paradigma que foi quebrado com a jurisdição especial que se criou para responder às atrocidades que não se enquadravam como crimes de guerra, da II Guerra Mundial.[19]

Mas humanidade não é uma regra jurídica, pura e simples. Entre os princípios penais, ao lado da legalidade, intervenção mínima, lesividade/ofensividade e culpabilidade, costuma-se incluir o princípio da humanidade.[20] Nesse caso, trata-se de princípio constitucional setorial, enquanto que na alusão à humanidade como espécie de princípio matriz, o que se tem é o desdobramen-

17. DEROGY, Jacques. *Operation Nemesis*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1986; DADRIAN, Vahakn. *The history of the Armenian Genocide*. Oxford: Oxford Press, 1995.

18. Sobre a Conferência de Paris (1919), em que foi partilhado o território alemão, após a I Guerra Mundial, v. KITSIKS, Dimitri. *Le rôle des experts à la Conférence de la Paix*. Gestation d'une technocratie en politique internationale. Ottawa: Éditions de l'Université d'Ottawa, 1972.

19. Os crimes de guerra, como constou do texto, aparecem nas Convenções de Genebra, principalmente na terceira, sobre proteção dos prisioneiros de guerra (1929) e a quarta, já após o final da Segunda Guerra Mundial (1949).

20. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 61-105.

to da dignidade da pessoa humana. Não um princípio, simplesmente, mas um sobreprincípio, valendo-nos da teorização de Humberto Ávila, que acrescenta a dois tipos de normas – princípios e regras –, outros dois, o postulado normativo e o sobreprincípio.[21]

A primeira definição acerca do conteúdo do crime contra a humanidade foi dada pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg, que enfrentou dificuldades concernentes não somente em relação à questão da responsabilidade penal do indivíduo, mas também, como já dito anteriormente, no que toca ao princípio da legalidade, o que se resolveu com a previsão de que esses crimes deveriam ser cometidos em conexão com outros crimes já previstos, como os crimes contra a paz e os crimes de guerra. Daí advém a sua conexão inicial com a existência de um conflito armado.[22]

Em 1948, destaca-se o advento da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, redigida por Raphaël Lemkin, a quem se atribui a palavra genocídio para dar uma resposta à interpelação de Churchill sobre os crimes sem nome cometidos pelos nazistas.[23]

Muito embora tenha sido profícua a edição de Convenções Internacionais sobre a matéria no período subsequente (tais como a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra, dos Crimes contra a Humanidade – 1968 –, e a Convenção para a Eliminação e a Repressão do Crime de Apartheid – 1973), o fato é que no contexto da Guerra Fria muito pouco progrediu a definição precisa do crime contra a humanidade.

Mesmo a existência de uma Comissão de Direito Internacional encarregada pelas Nações Unidas para codificar o direito relativo aos crimes internacionais não se desincumbiu de tal mister, tornando-se possível o retorno à discussão

21. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 122-123. "Os sobreprincípios" – escreve Ávila – "funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores" (p. cits.), como a segurança jurídica, a dignidade humana, e o devido processo legal. Exercem funções típicas dos princípios, mas vão além, incidindo sobre outros princípios.

22. O Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi aprovado em 06.10.1945, sendo tipificados, então, três crimes internacionais: (a) crimes contra a paz; (b) crimes de guerra ; e (c) crimes contra a humanidade.

23. REBUT, Didier. *Droit pénal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 617. Teria, em verdade, a Convenção, tipificado o delito de genocídio, ou apenas proposto uma definição?

somente com a criação do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, seguido pela criação do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* de Ruanda.[24]

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia havia exigido prova de ligação com um conflito armado, sob a base do direito internacional costumeiro. No Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Ruanda, a definição do crime contra a humanidade não mais exigia a existência de um conflito armado, mas somente que os atos tivessem sido cometidos em um sistema de ataque generalizado e sistemático dirigido contra uma população civil, em razão de sua identificação nacional, política, étnica, racial e religiosa.

Finalmente, o Estatuto de Roma, em seu art. 7.º, alterou a expressão ataque sistemático e generalizado para ataque sistemático ou generalizado, confirmando a ideia de que os crimes contra a humanidade podem ser praticados em tempo de guerra ou de paz.[25]

Mais morosa é a definição dos denominados crimes de agressão. A ideia de tipificá-los remonta à Conferência de Versalhes (1919).[26] A dificuldade no definir o conceito de crime de agressão inicia-se pela discussão acerca de a guerra ser meio lícito ou ilícito de solução de conflitos internacionais, já que a prin-

24. Em 1993 e 1994 foram instituídos os dois tribunais especiais, para punições decorrentes de graves violações ao direito internacional humanitário, ocorridas, como dito, na ex-Iugoslávia e em Ruanda.

25. Crimes contra a Humanidade. Art. 7.º Para os fins do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade" qualquer um dos seguintes atos quando praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque: Homicídio; Extermínio; Escravidão; Deportação ou transferência forçada de populações; Encarceramento ou outra privação grave da liberdade física, em violação às normas fundamentais do direito internacional; Tortura; Estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outros abusos sexuais de gravidade comparável; Perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, fundada em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero, como definido no § 3.º, ou outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis conforme o direito internacional, em conexão com qualquer ato mencionado no presente parágrafo ou com qualquer crime da jurisdição deste Tribunal; Desaparecimento forçado de pessoas; O crime de *apartheid*; Outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física.

26. O art. 227 do respectivo Tratado previa a criação de um Tribunal especial para julgar o ex-Kayser Guilherme II, propósito esvaziado pela negativa da Holanda em extraditá-lo, sob o argumento de que indivíduos não seriam sujeitos de direito internacional.

cípio é considerada ato ilícito pela Carta das Nações Unidas, em seu art. 2.º, sendo acirrado o debate sobre o direito de ingerência por razões humanitárias.

Em 1998, quando firmado o Estatuto de Roma, não foram contornados os problemas do crime de agressão. Em 2010, por ocasião da Conferência de Revisão, realizada em Kampala, acrescido o art. 8.º *bis* ao Estatuto de Roma, prevendo como crime de agressão atos como o planejamento, a preparação, a iniciação ou a prática de um ato de um Estado, que usa de sua força militar contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado.

Tal definição viria a preencher lacuna existente no Estatuto de Roma, mas em verdade o efetivo exercício da jurisdição pelo Tribunal Penal Internacional em virtude da prática desses crimes só poderá ser exercida após 2017.[27] O fato é que a partir de toda essa construção elaborada ao longo do século XX e do atual, diversos conceitos que eram até então sacramentados foram rediscutidos, ganhando novas nuances.

Nesse contexto há o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, que teve como uma das consequências a relativização do conceito de soberania, pois até então se entendia que todos os acontecimentos que se dessem dentro da fronteira de um Estado-nação constituíam matéria que dizia respeito única e exclusivamente àquele Estado. Dessa premissa decorria um dos princípios com vigência absoluta até então nas relações internacionais, consistente no princípio da não intervenção.

As graves violações aos direitos humanos demonstraram o conteúdo errôneo desse princípio, passando a se consolidar a ideia de que seus postulados eram extremamente arcaicos e, mais do que isso, que de fato existe um supravalor que se sobrepõe aos assuntos internos dos Estados o qual diz respeito a direitos fundamentais ligados ao conceito de dignidade humana.

Celso Duvivier de Albuquerque Mello, após defender o princípio da não intervenção, afirmou que há mudança de paradigma, e "nesta matéria parece-nos que uma nova visão deve ser exposta". Pois a internacionalização crescente dos direitos humanos afasta a exclusiva jurisdição doméstica dos Estados-nação, o que já foi reconhecido pela Corte Internacional de Justiça. De qualquer modo, o jurista é cauteloso: "o direito ou dever de ingerência não está codificado em

27. Desde que até lá a emenda ao Estatuto seja ratificada por pelo menos trinta Estados e, ainda assim, mediante autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a quem cabe a atribuição preliminar de decidir se um ato de invasão constitui ou não crime de agressão!

nenhum local. As intervenções ditas humanitárias têm causado inúmeras vítimas, como a dos EUA no Panamá, em 1989. Humanitário é conceito impreciso." E conclui, advertindo: "o direito de ingerência é extremamente perigoso para os países do Terceiro Mundo, vez que a defesa dos direitos do homem pode encobrir outros interesses. (...) Para nós a intervenção deve ser um monopólio da ONU. A única intervenção válida é a empreendida sob os auspícios da ONU; as demais organizações (como a OEA) possuem apenas o direito a uma intervenção econômica e à legítima defesa coletiva".[28]

Outra decorrência da edificação do direito internacional dos direitos humanos foi a inserção do indivíduo na condição de sujeito de direito internacional, com especial relevância em matéria de crimes internacionais, quer como vítima, quer como sujeito ativo.

Como bem disse Von Liszt, o direito comparado nos ensina que o ponto de partida da história da pena coincida com o ponto de partida da vida do homem em sociedade,[29] o que demonstra que infrações sempre existiram, explicando a longa existência do direito penal, mas o certo é que o fenômeno das violações a bens jurídicos socialmente relevantes sempre precedeu as providências de combate aos mesmos. O que é óbvio, pois não pode o legislador tipificar condutas que não se caracterizam como ofensivas à comunidade. Foi o maior desenvolvimento dessa delinquência que determinou a necessidade de construção da Justiça penal em padrões cada vez mais elevados.

Se por um lado evoluiu-se da justiça divina até a Justiça pública de forma muito mais lenta do que o incremento da criminalidade, por outro lado, cada um desses estágios evolutivos da Justiça penal foi sendo criado e desenvolvido em razão das deficiências do sistema imediatamente precedente, não mais capaz de solucionar os problemas decorrentes da cada vez maior complexidade, quantitativa e qualitativa, da criminalidade.

Hoje a Justiça pública ainda se encontra em grande parte estruturada sobre um antigo paradigma, inaugurado pela Paz de Westfália, na era das codificações, contexto em que os Estados nacionais passaram a ter o monopólio da persecução penal, amparada no conceito de soberania, pois todos os aconteci-

28. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

29. "Le droit comparé nous apprend que le point de départ de l'histoire de la peine concorde avec le point de départ de la vie de l'homme en société" (LIZT, Franz von. *Traité de droit pénal allemand*. Traduit par M. René Lobstein. Paris: V. Giard e E. Briere, 1911. Tome Premier, p. 5).

mentos nos limites internos do território nacional seriam apenas a eles afetos. Assim é que a Justiça penal, desde o século XVII até o século XX, fundamentou-se quase que exclusivamente no princípio da territorialidade.

No entanto, o cometimento cada vez mais visível e censurável de crimes internacionais, lesivos à sociedade internacional como um todo, à medida em que violados valores não mais afetos a um só Estado-nação, ou mesmo a uma ou mais vítimas individualmente consideradas, passou a ser determinante para o desenvolvimento de um novo padrão de Justiça punitiva.

Esse novo contexto da criminalidade acarretou a criação de um espaço público mundial e de uma ordem supranacional, com a possibilidade de desenvolvimento de jurisdições concorrentes, em nível nacional e internacional.

O fato da identificação de um crime como internacional não afasta a competência da jurisdição nacional decorrente do princípio da territorialidade ou mesmo do princípio da nacionalidade ativa, sendo inclusive essa a regra, já que a competência da jurisdição internacional firma-se apenas por complementaridade.

Nesse sentido, como explica Didier Rebut, a natureza internacional de um crime não impede sua repressão pelas jurisdições penais nacionais, porquantos os crimes internacionais são infrações penais cometidas nos territórios dos Estados e por indivíduos que possuem uma nacionalidade. Aliás, essa competência é considerada como principal, sendo que a natureza internacional do crime tem por consequência a exigência de sua repressão, seja pela jurisdição nacional (preferencialmente), seja pela jurisdição internacional.[30]

Essa competência também se firma com fulcro no princípio da Justiça universal, possibilidade essa cujo cerne é o fato de que esses crimes lesam a huma-

30. "La nature internationale d'un crime n'interdit pas sa répression par des juridictions pénales nationales. Car les crimes internationaux sont des infractions pénales qui sont commises sur le territoire d'États et par des individus qui ont des nationalités. Les États du lieu de commission ou dont ces individus sont des ressortissants ont un droit à juger ces crimes en vertu de leur compétence territoriale ou de leur compétence personnelle active. Cette compétence est même considérée comme principale, dès lors que le trouble causé par ces crimes s'est manifesté sur leur territoire ou a été le fait de leurs nationaux. La nature internationale du crime commis a surtout pour conséquence d'exiger sa répression sans qu'il soit impératif qu'elle provienne d'une juridiction pénale internationale. Celle-ci n'est au contraire appelée à intervenir que par exception, ce qui est le cas s'il y a lieu de redouter une faiblesse ou une complaisance de la juridiction nationale qui est compétente pour juger" (REBUT, Didier. *Droit pénal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 611).

nidade em seu conjunto, o que autorizaria seu julgamento por qualquer juiz, de qualquer país. A atividade dos Tribunais *ad hoc*, na lição de Pigrau Solé, teve grande efeito pedagógico, e a criação do TPI impulsionou um processo de homogeneização das leis nacionais. Não por acaso, o Estatuto de Roma determinou, aos Estados aderentes, a promulgação de tipos penais idênticos aos do diploma internacional, ampliando portanto as competências das jurisdições nacionais – completando desse modo o sistema de subsidiariedade. O ciclo se completa, com os princípios da territorialidade, da personalidade ativa ou passiva, e da jurisdição universal.[31]

A via da utilização da jurisdição nacional para os crimes internacionais, baseada no princípio da Justiça universal, é também defendida por Antonio Cassese, ao afirmar a existência de uma lei universal na comunidade internacional capaz de punir os crimes internacionais, a qual segundo ele nada mais é do que as normas de *jus cogens*, as quais proíbem os crimes de guerras, os crimes contra a humanidade, o genocídio, a tortura e outras manifestações graves, a que poderíamos chamar de *core crimes*: Para Cassese, a existência desses crimes, por si só, já justificaria a existência do princípio da Justiça universal, conferindo competência a todo e qualquer juiz para julgá-los.[32]

Aponta Cassese que tal possibilidade teria ainda como benefício o fato de forçar o Estado a exercer sua competência, a fim de preveni-la em relação a juízes estrangeiros.

Tal solução, no entanto, possui algumas objeções, à medida em que ao dar irrestrita aplicação ao princípio da Justiça universal o juiz nacional passaria a ter ingerência sobre os assuntos internos do país em cujo território fora cometido o crime, território esse muitas vezes diverso do Estado que previne a competência. Essas objeções, no entanto, para Cassese, não passariam de um confronto entre a concepção arcaica que regia as relações internacionais inauguradas pela Paz de Westfália, que tinha como pilar o princípio da não ingerência nos negócios internos, e a concepção moderna que deve prevalecer, amparada

31. PIGRAU SOLÉ, Antoni. *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución de crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales.* Barcelona: Oficina de Promoção da Paz e dos Direitos Humanos (Comarca da Catalunha), 2009 [Revista RxDH, 3, p. 138.] Versão digital: web da Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos. Licença em: [http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.es_CL]. Acesso em: 16.10.2013.

32. CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional? In: DELMAS-MARTY; CASSESE (2004), p. 14.

na necessidade premente de serem implementados os valores universais, que devem autorizar o juiz nacional a transcender o escudo da soberania.[33]

Também o julgamento pelas Cortes Internacionais propicia críticas, especialmente no que pertine à latência de prejuízo às relações diplomáticas, como de fato ocorreu no caso Congo *versus* Bélgica na Corte Internacional de Justiça, em decorrência da expedição do mandado de prisão, em 11.04.2000, contra chanceler do Congo, Abdulaye Yerodia Ndomasi, acusado pela prática de graves violações ao direito humanitário, induzindo, por meio de manifestações públicas, ao massacre da etnia tutsi naquele país.

A Bélgica emitiu tal mandado, amparada em sua legislação interna, que admitia a adoção do princípio da Justiça universal relativamente a crimes contra a humanidade,

O Congo postulou junto à Corte Internacional de Justiça a revogação do mandado, sob o argumento de que o mesmo violava imunidades conferidas ao diplomata, por força da Convenção de Viena de 1961, fundamentação essa que foi aceita pela Corte, cancelando o mandado e adicionando à decisão o argumento de que estava preservando a manutenção e a segurança das relações internacionais, com o que claramente adotou o princípio da não ingerência, muito embora não tenha se manifestado contrária à adoção do princípio da Justiça universal, especialmente em se tratando de crimes contra a humanidade.[34]

Com solução diversa, o princípio da Justiça universal teve também ampla discussão no caso Hissène Habré, Presidente do Chade entre 1982 e 1990, e que foi condenado à revelia por crimes contra a humanidade por um Tribunal de Ndjamena, encontrando-se atualmente refugiado no Senegal, acusado igualmente por crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura. Devi-

33. V. CASTRO, Cássio Benvenutti de. *(Neo)soberania e Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011; LIMA, José Antonio Farah de. *Constituição Europeia e soberania nacional*. Leme/SP: Mizuno, 2006.

34. Perrone-Moisés, estudando as imunidades de chefes de Estado e outros detentores de prerrogativas de função, afirma que o caso Yerodia é emblemático. A Corte Internacional de Justiça teria se baseado, sobretudo, na circunstância de ser o indiciado um Ministro de Relações Exteriores, e portanto viajar pelo mundo seria indispensável para cumprir suas responsabilidades diplomáticas. Ou seja, a CIJ valorou, na dicotomia da lógica diplomática, própria da soberania nacional, e da justiça universal, em caso de crimes contra a humanidade, o fato de estar o extraditando no exercício do cargo, ou seja, em prol do primeiro termo da dicotomia (PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional penal. Imunidades e anistias*. Barueri/SP, 2012. p. 87-92). Destaca a autora a perplexidade causada por tal decisão.

do à situação de impunidade em que se encontra no Senegal, a mesma Corte Internacional de Justiça, em julho de 2013, decidiu que aquele país havia faltado com suas obrigações internacionais, ordenando às autoridades senegalesas o dever de julgá-lo ou, em não o fazendo, extraditá-lo para a Bélgica.

A Corte Internacional de Justiça fora demandada pela Bélgica, por meio de uma petição apresentada em 2009, na qual acusou o Senegal de violar de forma continuada suas obrigações, em especial no que diz respeito à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.

Após refutar os argumentos de defesa do Senegal, em especial a alegação de ausência de competência para o julgamento de uma lide entre os dois países, no mérito decidiu a Corte que o Senegal havia efetivamente faltado com suas obrigações internacionais, pois apesar da existência de uma série de denúncias, não dera início a investigações sobre os crimes que teriam sido cometidos por Hissène Habré, mesmo tendo ratificado a referida Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.[35]

Sobre a responsabilidade internacional do Senegal, na demora em patrocinar a persecução penal, bem como em relação aos direitos das vítimas, elucidativo o voto do juiz Antônio Cançado Trindade:[36]

"In the domain of the International Law of Human Rights, which is essentially victim-oriented, the time factor is to be made to operate *pro victima*. As to the principle *autdedere autjudicare* set forth in Article 7(1), it has already been indicated that autjudicare is ineluctably associated with the requirement of absence of undue delays. For its part, extradition, largely dependent upon the existence of treaties and the interpretation given to them in the circumstances of each case, is bound to remain largely discretionary. What comes promptly into the fore in the case *d'espèce* is the requirement of expeditious inquiry into the facts for the purpose of prosecution, a duty incumbent upon States Parties to the CAT Convention. The duty of prosecution is further singled out by the requirement, under Article 4 of the CAT Convention, of criminalization of all acts of torture under domestic law, taking into account 'their grave nature'. Extradition comes into the picture only in case of the absence of prosecution".

Mas aqui, embora se compreenda que as decisões da Corte Internacional de Justiça possuem caráter coercitivo, a eficácia e executoriedade da decisão é ain-

35. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Disponível em: [http://www.icj-ij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=144&code=bs&p3=4&lang=fr]. Acesso em: 01.08.2013.

36. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Disponível em: [http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf]. Acesso em: 01.08.2013.

da um entrave quando se fala em jurisdição penal internacional. Tanto procede a crítica que a determinação da Corte ainda não foi cumprida pelo Senegal.

Assim é que ambas as jurisdições, nacionais ou internacionais, possuem benefícios e prejuízos. Mas, apesar das objeções mencionadas, que podem ser superadas ao longo do processo construtivo desses novos parâmetros de persecução penal, pode-se afirmar que atualmente ainda possui maior efetividade o julgamento dos crimes internacionais quando realizado pelas jurisdições nacionais. Essa é possivelmente a mudança de paradigma que precisa ser edificada.[37]

Conforme Cassese, é ainda o juiz nacional quem detém os meios coercitivos, havendo inclusive a possibilidade de que esse juiz nacional, em razão da complexidade dos crimes, seja auxiliado por juízes internacionais, como ocorreu, por exemplo, no Timor Leste e no Kosovo, mediante a criação de Tribunais Penais Mistos, sem prejuízo da adoção de mecanismos de cooperação penal internacional por esses juízes nacionais, nas hipóteses em que os crimes a serem julgados tenham sido cometidos ou tenham tido a participação de autores de diferentes Estados.

No transcurso do século XX, podem ser citados diversos exemplos importantes de crimes que lesaram a humanidade como um todo e que foram julgados por juízes criminais nacionais, mediante a adoção do princípio da territorialidade[38] ou do princípio da nacionalidade passiva,[39] sem que para o julgamento fosse necessário invocar o princípio da Justiça universal.

37. Embora alinhando argumentos contrários à jurisdição universal, via jurisdições nacionais, sempre que o processo no território em que tiveram lugar os fatos delituosos oferecer riscos, diante de conivência ou cumplicidade de órgãos desse mesmo Estado, Pigrau Solé reconhece a existência de acordo generalizado, para que a prioridade no exercício da jurisdição recaia nos tribunais no lugar onde cometidos os delitos. Aut. cit. (2009), p. 71.

38. Por força do princípio da territorialidade, podem ser citados os julgamentos de Klaus Barbie na França (*Jury Court of Rhône*, 04.07.1987), Jorge Rafael Videla na Argentina (*Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 de Córdoba* – Causa 172/09, de 22.12.2010) e Sadam Hussein no Iraque (Tribunal Especial Iraquiano (TSI), criado por assessor norte-americano, especialmente escolhido para orientar as autoridades iraquianas sobre o estabelecimento de tribunais para crimes de guerra e outros delitos). Tratava-se do juiz Gilbert S. Merritt, de um Tribunal de Apelações dos Estados Unidos. O tribunal foi instalado em 2003, em Bagdá, e integrado por jurados iraquianos.

39. Com esteio no princípio da nacionalidade passiva, o possivelmente mais simbólico exemplo de condenação por crime internacional julgado por Corte nacional foi o julgamento de Adolf Eichmann, em Israel, acusado como um dos responsáveis pela

Destacável o processo do ex-ditador chileno, Augusto Pinochet. Apesar de não ter sido extraditado da Inglaterra para a Espanha, o deferimento do pedido pelo Parlamento inglês representou um marco nas relações internacionais em matéria de crimes contra a humanidade.[40]

Em outubro de 1998, Pinochet foi colocado em prisão domiciliar em virtude da expedição de um mandado de extradição oriundo da Espanha, tendo em seguida a Câmara dos Lordes se manifestado no sentido de que o ex-ditador não teria direito à imunidade, apesar de, posteriormente, o Ministro do Interior britânico ter decidido não extraditá-lo.[41]

Por outro lado, e apesar de todas as objeções faladas, a par das jurisdições nacionais com competência para julgamento de crimes internacionais, seja por força do princípio da Justiça universal, seja por aplicação dos princípios da territorialidade ou da nacionalidade passiva, um novo paradigma para a Justiça penal é sem dúvida a jurisdição internacional.

Surgida após a II Guerra Mundial e melhor reformulada com o Tratado de Roma, ao criar um Tribunal Penal Internacional com competência permanente para o julgamento de crimes internacionais, antecedido por Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, constitui-se em importante pilar da persecução penal contra crimes internacionais, à medida em que exige ou contribui para a formulação de valores universais da humanidade os quais, se lesados, outorgam a um ente supranacional a possibilidade de julgar, condenar e executar penas, nas hipóteses de graves violações de direitos humanos, previstas em seu estatuto inaugural.

As jurisdições internacionais trazem, assim, um novo paradigma para a Justiça penal, relativizando ainda mais o conceito de soberania, causando o que Cassese denomina retraimento da autoridade do Estado, em virtude da perda,

---

deportação e, consequentemente, pela solução final imposta ao povo judeu. Muito embora Eichmann tenha, em realidade, cometido crimes contra a humanidade, o princípio da nacionalidade passiva foi utilizado para firmar a competência do Tribunal de Israel, sob o argumento de que os crimes teriam sido praticados contra o povo judeu. Nesse sentido, as críticas de Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém*, São Paulo: Diagrama, 1983.

40. V. García Arán, Mercedes; López Garrido, Diego (coords.). *Crímen Internacional y Jurisdicción Universal – el caso Pinochet*.Valencua: Tirant lo Blanch, 2000.

41. United Kingdom Parliament. House of Lords. Disponível em: [www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm]. Acesso em: 01.08.2013.

por parte deste, do monopólio do poder de dizer o direito,[42] o que é confirmado pelo princípio da complementaridade.

Para Cassese, todo esse fenômeno que culminou com a criação dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, e depois, com uma Corte Internacional permanente, demonstra a existência de "um processo de enfraquecimento da autoridade do Estado", mesmo com a tendência atual de diversas constituições de tentarem proteger seus nacionais contra processos de extradição, o que se constitui em "resquício de uma época passada em que se tentava proteger os nacionais o máximo possível contra qualquer ingerência estrangeira", como uma expressão do antiquado paradigma Westfaliano, dissonante do que se espera da comunidade internacional de hoje, "em que o respeito aos direitos humanos conta entre os valores universais que se impõem a qualquer Estado", tornando essa regra uma verdadeira relíquia.[43]

No entanto, já que aqui se está discorrendo sobre as perspectivas futuras da Justiça penal e sobre a necessidade de desenvolvimento das relações estatais e mesmo de uma Justiça penal de caráter cosmopolita, é preciso que se registre, com Antonio Cassese, que a "erosão da soberania do Estado é mais aparente do que real", o que afirma ao concluir que para a prática de uma série de atos, como o recolhimento de elementos de provas, convocação de testemunhas, realização de buscas e apreensões e fazer cumprir mandados de prisões, os juízes internacionais devem se dirigir às autoridades nacionais, carecendo, portanto, àqueles o poder de coerção. Diz Cassese que "as jurisdições penais internacionais esbarram no muro da soberania"[44] e, com base nessa constatação afirma que o "Estado soberano ainda continua vigoroso; ele ainda é uma espécie de Deus imortal; ele ainda tem em suas mãos a espada e não tem nenhuma intenção de entregá-la às instituições internacionais".[45]

Apesar de sua pequena perda de autoridade quanto à eficácia, há no entanto uma espécie de conscientização internacional crescente das jurisdições nacionais, cada vez mais vacilantes no uso de institutos como a prescrição, a anistia e a imunidade.

O Brasil, por exemplo, não ratificou a Convenção sobre a imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa Humanidade de 1968 e, nesse caso,

42. CASSESE, Antonio (2004), p. 4 e ss.

43. Idem, p. 5.

44. Idem, p. 8.

45. Idem, p. 9.

mesmo sobre crimes de genocídio possuem incidência as regras de prescrição previstas no ordenamento jurídico nacional, em oposição ao que dispõe o Estatuto de Roma sobre imprescritibilidade.[46]

Também é recorrente o problema da concessão de imunidade, pelas jurisdições nacionais, a Chefes de Estado acusados da prática de crimes internacionais, como ocorreu na recusa ao pedido de extradição ao ex-Kaiser Guilherme II, da Alemanha, ou mesmo no julgamento dos crimes de competência do Tribunal Internacional de Tóquio, quando concedida imunidade ao Imperador do Japão, o que colaborou para acalorados debates à época,[47] debates esses que tiveram uma mudança de rumo a partir do caso Pinochet.

Por fim, relativamente a leis de anistia em crimes de lesa-humanidade, pode-se afirmar que é também ultrapassada a autoridade manifestada pelos Estados no plano legislativo, entendida como mera decorrência do exercício de sua soberania, e isso apesar do possível fundamento das leis de anistia quanto ao seu papel de "promover a reconciliação nacional e garantir a segurança interna em momentos traumáticos de transição para a democracia".[48]

---

46. A matéria ainda não está pacificada, no STF e no STJ. No julgamento de EI da APn 470 do STF, conhecida como caso Mensalão, no voto do Min. Celso de Mello há breve referência à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e genocídio (setembro 2013). E o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, que assumiu o cargo em outubro de 2013, afirmou em parecer encaminhado ao STF, que os crimes de Estado cometidos sob regimes totalitários são crimes contra a humanidade e, por isso, imprescritíveis. Tal declaração foi juntada aos autos em pedido de prisão preventiva de ex-policial argentino, Manuel Alfredo Montenegro, em processo de extradição, por participação do mesmo em tortura durante a ditadura argentina (*Jornal O Sul*, de Porto Alegre-RS, 20.10.2013, p. 8). Por fim, no REsp 816.209/RJ, 2006/0022932-1, do STJ, rel. Min. Luiz Fux, este declarou imprescritível o crime de tortura, com base no direito internacional: "Ementa: Processual civil. Administrativo. Indenização. Reparação de danos materiais e morais. Regime militar. Perseguição, prisão e tortura por motivos políticos. Imprescritibilidade. Dignidade da pessoa humana" (1.ª T., j. 09.04.2007, *DJ* 03.09.2007, p. 124).

47. O Tratado de Versalhes previa um tribunal criminal internacional para processar o Kayser e altos oficiais militares alemães, levando à criação do Tribunal de Leipzig, mas os holandeses se negaram a entregar tais ex-altos dirigentes. Foram, apenas, impostas severas sanções monetárias aos perdedores. (V. BAZELAIRE; CRETIN, (2004)). Já em relação ao Tribunal de Tóquio, o Imperador Hirohito, o príncipe Asaka e demais membros da família imperial não foram processados. Tão somente foi cerceado o poder do dirigente, que passou a simples Chefe de Estado, ao modelo inglês atual. (THE TOKYO WAR CRIMES TRIALS, 1946/1948. Disponível em: [www.cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html]. Acesso em: 28.10.2013).

48. PERRONE-MOISÉS (2012), p. 109.

Destacável, sobre a matéria o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no caso *Furundzija*:[49] nesse caso específico, a Câmara do Tribunal de Haia declarou que tendo a proibição de tortura se tornado regra imperativa de direito internacional (*ius cogens*), dessa concepção decorre uma consequência primeira, segundo a qual os Estados não podem publicar leis de anistia que versem sobre a tortura.

Também já se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Barrios Altos, ao afirmar que duas leis promulgadas pelo Estado do Peru, as quais concediam anistia para crimes de tortura, eram contrárias a determinadas disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Em ambos os casos, em matéria que afeta profundamente a questão da soberania dos Estados, teve-se a demonstração de que a jurisdição internacional, ao declarar ineficaz uma lei interna, fruto do devido processo legislativo previsto pelas normas constitucionais de um Estado, de fato reduziu essa soberania.

Diante de casos em que se percebe fraqueza da jurisdição nacional é autorizado o julgamento por uma Corte supranacional, reforça-se o papel da Justiça internacional no que tange à persecução de crimes internacionais, regida pelo princípio da complementaridade e que abre exceção à regra geral segundo a qual os crimes são processados no país correspondente ao território do país em que cometido.

Evita também a jurisdição internacional a aplicação indiscriminada do princípio da Justiça universal, o que Zaffaroni qualifica como caótica, afirmando que nesse sentido a internacionalização da punição pode também ser positiva no plano prático.[50]

Firmada a competência do TPI, exsurge sua função de ente capaz de promover transformações axiológicas no que toca à concepção de crime internacional, a começar pela dispensa de tratamento diferenciado a essas transgressões (considerando-os imprescritíveis e impassíveis de anistia e imunidade) e pela identificação de um valor diverso a proteger, enquanto bem comum pertencente à comunidade internacional como um todo. Esse é possivelmente o mais importante papel da Justiça internacional, mister do qual só deverá se desincumbir a médio e longo prazos, observados parâmetros mais ou menos precisos, examinados a seguir.

49. Cuja sentença foi, inclusive, citada no processo de extradição de Augusto Pinochet.

50. ZAFFARONI (2012), p. 29.

3. A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO DE VALORES COMUNS DA HUMANIDADE

A breve história da jurisdição penal internacional pode ser dividida em cinco fases subsequentes, tendo-se iniciado com algumas tentativas inexitosas surgidas 1. no primeiro pós-guerra (1919-1945), 2. seguindo-se com os julgamentos protagonizados pelos Tribunais *ad hoc* de Nuremberg e de Tóquio (1945-1946), 3. pelas tratativas entabuladas pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (1950-1946/1990-1994), 4. pelos Tribunais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, bem como pelo surgimento do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1991-1998), 5. culminando com o início do seu funcionamento em 2002.[51]

Atualmente cristalizada no Tribunal Penal Internacional, pode-se afirmar que a Justiça penal internacional muito avançou, à medida em que em um só estatuto previu regras de direito material e processual relativas à tipificação e ao processamento de crimes internacionais cujo conteúdo foi ali delimitado, como já se afirmou.

Há muitas incertezas ainda quanto à legitimidade e efetividade, especialmente nos planos político, axiológico e jurídico, não somente em virtude de sua exígua história, mas também do contexto em que foi criado, como expõem Cassese e Delmas-Marty:[52]

"Recentemente surgida no panorama jurídico mundial, a Justiça penal internacional ainda procura se encontrar. Apenas em meados de 2002 é que o primeiro Tribunal Penal Internacional Permanente começou a funcionar, graças à entrada em vigor de seu Estatuto, ou seja, exatamente quatro anos após a adoção do Tratado de Roma que o instituiu. Enfraquecida pela resistência de grandes Estados, como a China, os Estados Unidos ou a Índia, seu advento só será inscrito de modo duradouro na história se forem superadas as dificuldades que a ideia de jurisdição penal internacional traz em si, uma vez que implica, ao mesmo tempo, a implantação de instituições de caráter supranacional e a tipificação de ilícitos de âmbito universal".

Diz-se que as dificuldades impostas por uma jurisdição penal internacional permanente podem ser analisadas no plano político, especialmente no que se

51. CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos tribunais militares internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). *O direito penal no Estatuto de Roma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

52. DELMAS-MARTY; CASSESE (2004), p. XV.

refere à soberania dos Estados contraposta a um ente de caráter supranacional competente para julgar crimes para os quais também possui competência a jurisdição nacional, modificando, assim, um paradigma há muito tempo cristalizado no sentido de que o *ius puniendi* decorria diretamente do exercício da soberania. Com o advento da jurisdição penal internacional, esse direito de punir torna-se compartilhado.

Além do aspecto político, ressaltam ainda Cassese e Delmas-Marty que o TPI traz também indagações nos planos axiológico e jurídico: no plano axiológico, no que diz com sua capacidade de fazer emergir valores comuns da humanidade, no denominado "processo de globalização do direito penal", no sentido de que o TPI deve ser capaz de tipificar ilícitos que se consubstanciem como fundamentais com uma identidade comum; no plano jurídico, a questão da competência simultânea conferida pelo direito nacional e internacional, que acaba por introduzir discrepâncias diante da ausência de uma ordem jurídica hierarquizada.

Interessa aqui o debate do conteúdo axiológico. Cabe perquirir se o funcionamento dessa jurisdição de caráter supranacional seria capaz de demonstrar a existência desses valores comuns da humanidade, expressa como bens jurídicos tutelados e dos quais decorre a previsão dos denominados crimes internacionais. Em caso positivo, importa também delimitar quais são as características principais dessas violações, apontando tratamento capaz de constituir um direito penal com validade mundial.

Para tanto, cumpre primeiramente considerar alguns dos principais julgamentos protagonizados pelos Tribunais *ad hoc* e, na atualidade, pelo TPI a fim de que se possa identificar um conteúdo axiológico mínimo inerente ao caráter das violações punidas. A iniciar pelos julgamentos de Nuremberg, em que predominaram, nas defesas dos acusados, as teses favoráveis à soberania nacional alemã e, portanto, que só interessariam ao povo alemão. O não acolhimento dessa defesa, por si só, firmou a ideia de que existem algumas violações que ultrapassam a esfera do Estado-nação e que, pela sua gravidade e pelos valores que ferem, se tornam de interesse supranacional, fundando a ideia de universalismo jurídico, posteriormente adotado no Prêambulo do Estatuto de Roma, ao afirmar que seus Estados-Partes estão "conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham".[53]

53. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dec. 4.388, de 25.10.2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm].

Por outro lado, um balanço negativo pode ser colhido dos julgamentos do pós-guerra: a ideia ali reforçada de que os Tribunais Penais Internacionais em geral, e o TPI, prestam-se a cumprir o papel de justiça dos vencedores.[54] Tal crítica é acrescida pelo chamado neocolonialismo jurídico,[55] presente no TPI, ocupado unicamente na persecução de nacionais de países africanos, países com menor força e influência no cenário internacional. Por essa razão é acusado o TPI de ter se tornado uma justiça *à la carte*.[56]

É por essa razão que, tecendo também críticas acerca dos problemas acarretados pela ineficácia de uma justiça sem poder coercitivo, Delmas-Marty aponta a dificuldade da jurisdição penal internacional enquanto instrumento de implementação de uma paz durável (já que a paz por ela imposta é sempre provisória). Afirma que a humanidade se encontra em um período de transição em que se opõem dois modelos incompatíveis de ordem mundial, estando de um lado o modelo tradicional baseado na soberania, que privilegia a política sobre o direito e segundo o qual cada Estado é soberano para defender seus interesses (se necessário pelo uso da força), e, de outro lado, encontrando-se um modelo universalista, que postula o reconhecimento de valores universais cuja transgressão se constitui em crimes que dizem respeito a toda comunidade humana, privilegiando a justiça sobre a política e submetendo ao direito o uso da força.[57]

---

54. ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores – de Nuremberg a Bagdad*. Buenos Aires: Ed. Edhasa, 2007.

55. VERHOEVEN, Joe. Vers un ordre répressif universel? *Annuaire Français de Droit International* (AFDI) 55/63, 1999.

56. No Tribunal Internacional de Justiça (Haia) o juiz M. Bula-Bula escreve, articuladamente: "103. (...) D'autant plus que le grand nombre de dirigeant afro-latino-asiatiques traduits devant la justice belge laisserait croire, à tort, que les violations présumées du droit international humanitaire, notamment les crimes contre la paix, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre constituent le monopole de l'Afrique, l'Amérique latine et l'Asie. 104. C'est l'où la compétence dite universelle apparaît sous son vrai jour de compétence à géométrie variable exercée sélectivement contre certains États à l'exclusion d'autres. Il ne faut pas être grand clerc pour constater, à priori, que la rumeur publique sur des violations graves de droits humains ne s'abat pas, à l'échelle mondiale, que sur la brochette de personalités accusées auprès du juge bruxellois" Opinião individual do juiz *ad hoc* M. Bula-Bula, no Tribunal Internacional de Justiça. Mandado de detenção de 11.04.2000 (República do Congo v. Bélgica), decisão em 14.02.2002.

57. DELMAS-MARTY (2011), p. 7.

Delmas-Marty, ao discorrer sobre essa temática, afirma que os fatos demonstram a incapacidade de cada modelo para garantir uma paz durável, pois de um lado se encontra a força que nutre a força e revela a sua fragilidade, porquanto a paz dos vencedores é sempre provisória; de outro lado, a justiça sem força resta inefetiva, como o testemunham as dificuldades do Tribunal Penal Internacional para obter a execução de seus mandados de prisão, especialmente o lançado contra o Presidente Al Bashir, triunfalmente reeleito no Sudão.[58]

Dos processos constituídos para a ex-Iugoslávia e para Ruanda restaram também importantes reflexões: do TPIY, em especial, o julgamento de Slobodan Mlosevic, acusado pela prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade e que, apesar de não ter sido condenado (faleceu no curso do processo), trouxe mais uma vez à tona a discussão sobre a possibilidade de serem julgados Chefes de Estado; do TPIR, evidencia-se o julgamento de Jean Kambanda, ex-Primeiro Ministro de Ruanda e condenado, em 1998, à prisão perpétua.[59]

Por seu turno, apesar de sua recente criação, há que se destacar alguns processos, findos ou em curso, junto ao TPI permanente, a começar com a primeira decisão proferida, contra Thomas Lubanga, líder da União de Patriotas da República Democrática do Congo, acusado de recrutar crianças com menos de 15 anos para lutar nos conflitos étnicos na região de Ituri entre 2002 e 2003, e que em 2012 restou condenado a pena de 14 anos.[60] No que toca à reparação das vítimas, o TPI inova com a decisão de criação do denominado *Fonds du profit des victims,* em aplicação ao art. 75 do Estatuto de Roma.[61]

A segunda situação diz respeito à República Centroafricana, relativamente aos atos de violência e criminalidade cometidos em 2002 e 2003, em que civis foram mortos e violentados, com casas e comércios pilhados, em um contexto

58. "L'incapacité de chaque modèle à garantir une paix durable: d'un côté la force nourrit la force et révèle sa fragilité, car la paix des vainqueurs est toujours provisoire; de l'autre la justice sans la force reste ineffective, comme en témoignent les difficultés de la CPI à obtenir l'exécution de ses mandats d'arrêt, notamment celui lancé contre le président Al-Bashir, triomphalement réélu au Soudan" (DELMAS-MARTY (2011), p. 8).

59. DELMAS-MARTY; CASSESE (orgs.) (2004), p. 329.

60. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Disponível em: [www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf]. Acesso em: 01.08.2013.

61. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Decisão de 03.03.2015. Disponível em: [www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx]. Acesso em: 27.03.2016.

de conflito armado entre o governo e as forças rebeldes, tendo como consequência uma grande situação de insegurança e deterioração das condições humanas no país, particularmente em relação às pessoas deslocadas e às crianças, razão pela qual houve a necessidade de solicitação de parte do Gabinete do Procurador-Geral do TPI de solicitação de esforços das Nações Unidas e de outros entes no sentido de que fosse buscada uma solução global a fim de estabelecer uma paz durável.

Os *affaires* em julgamento no TPI relativos a essa situação possuem como um dos acusados Jean-Pierre Bemba Gombo, ex-Presidente e presumido comandante do Movimento do Congo que, na qualidade de chefe militar, teve contra si imputados dois crimes contra a humanidade, além de três crimes de guerra.[62]

Há uma segunda abertura de investigação relativamente à República Centroafricana no que se refere aos conflitos ocorridos a partir de 2012, a qual se encontra junto à Câmara preliminar do TPI.

A situação na Uganda refere-se à guerra civil ocorrida em 2003 provocada pelo Grupo Exército de Resistência do Senhor contra o Governo e, apesar da representação feita pelo Presidente Yoweri Musevi ao Procurador do TPI, o qual considerou existir uma base suficiente para começar a preparar uma primeira investigação junto à Corte, o principal problema em relação ao caso consiste em localizar e prender os dirigentes do movimento rebelde, motivo porque o governo ugandês tem clamado para que os Estados e as instituições internacionais cooperem ativamente a fim de sustentar seus esforços nesse sentido.[63]

---

62. Preso por autoridades belgas em 24.05.2008, tendo a decisão de confirmação das imputações sido proferida em 15.06.2009, com abertura do processo em 22.11.2010. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Situation en République centrafricaine. La Haye, [2015]. Disponível em: [www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200105/Pages/situation%20icc-0105.aspx]. Acesso em: 10.03.2015.

63. São investigados pelo TPI: Joseph Kony, presumido presidente e comandante da ARS (Armée de résistance du seigneur), acusado pela prática de doze crimes contra a humanidade como homicídio (art. 7-1-a), escravidão (art. 7-1-c), escravidão sexual (art. 7-1-g), estupro (art. 7-1-g, atos desumanos que causam grande sofrimento ou graves lesões corporais (art. 7-1-k) e vinte e um crimes de guerra como homicídio (art. 8-2 do mesmo), crueldade contra civis (art. 8-2 do mesmo), ataque contra a população civil (art. 8-2-ei), pilhagem (art. 8-2-e-v), encorajamento ao estupro (art. 8-2-e-vi) e recrutamento forçado de crianças (art. 8-2-e-vii); Vincent Otti, presumido vice-presidente e segundo comandante da ARS, acusado pela prática de onze crimes contra a humanidade, como homicídio (art. 7-1-a), escravidão sexual (art. 7-1-g), atos

A quarta situação que chegou à investigação pelo Tribunal Penal Internacional diz respeito aos conflitos ocorridos na região de Darfur, no oeste do Sudão a partir de 2003, envolvendo o polêmico caso do julgamento do Chefe de Estado Omar Hassan Ahmad Al Bashir, além dos acusados Ahmad Harun, Ali Kushayb, Bahar Idriss Abu Garda,[64] Abdallah Banda Abakaer Nourain[65] e Abdel Raheem Muhammad Hussein.

Omar Hassan Ahmad Al Bashir era e permanece sendo o Chefe de Estado Sudanês, desde 16.10.1993, já tendo tido contra si expedidos dois mandados

desumanos que causam grande sofrimento ou graves lesões corporais (art. 7-1-k) e vinte e um crimes de guerra como encorajamento ao estupro (art. 8-2-e-vi), ataque contra a população civil (art. 8-2-ei), recrutamento forçado de crianças (art. 8-2-e--vii), crueldade contra civis (art. 8-2 do mesmo), pilhagem (art. 8-2-ev) e homicídio (art. 8-2 do mesmo); Okot Odhiambo, presumido comandante da brigada Trinkle e da brigada Strockree, além de comandante adjunto da ARS, acusado pela prática de dois crimes contra a humanidade como homicídio (art. 7-1-a) e escravidão (art. 7-1-c) e oito crimes de guerra, como homicídio (art. 8-2-c-i), intencionalmente dirigir um ataque contra a população civil (art. 8-2-ei), pilhagem (art. 8-2-e-v) e recrutamento forçado de crianças (art. 8-2-e-vii); Dominic Ongwen, presumido comandante da brigada Sinia da ARS e acusado pela prática de três crimes contra a humanidade como homicídio (art. 7-1-a), escravidão (art. 7-1-c), atos desumanos que causam grande sofrimento ou graves lesões corporais (art. 7-1-k) e quatro crimes de guerra como homicídio (art. 8-2-c-i), tratamento cruel contra civis (art. 8-2 do mesmo), intencionalmente dirigir um ataque contra a população civil (art. 8-2-ei) e pilhagem (art. 8-2-e-v). A Corte deu também início aos procedimentos de investigação contra Raska Lukwiya, presumido comandante adjunto da ARS, que faleceu em 12.08.2006. Todos os acusados tiveram seus mandados de prisão expedidos em 08.07.2005 e se encontram foragidos. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Situation en Ouganda. La Haye, [2015]. Disponível em: [www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx]. Acesso em: 10.03.2015.

64. Bahar Idriss Abu Garda não teve confirmada suas acusações, encontrando-se a investigação sujeita a novas provas. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*. La Haye, [2010]. Disponível em: [www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050209/Pages/icc02050209.aspx]. Acesso em: 10.03.2015.

65. Em relação à Abdallah Banda Abakaer Nourain, comandante de uma frente de resistência denominada Movimento pela Justiça ou Igualdade (MJE), a Câmara de Julgamento encerrou o processo após receber evidências de sua morte. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain. La Haye, [2013]. Disponível em: [www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050309/Pages/icc02050309.aspx]. Acesso em: 10.03.2015.

de prisão (04.03.2009 e 12.07.2010), os quais não são cumpridos por seu governo, razão pela qual é considerado em fuga pelo TPI. Al Bashir é acusado pela prática de cinco crimes contra a humanidade,[66] dois crimes de guerra[67] e três crimes de genocídio.[68]

A situação no Quênia diz respeito a fatos ocorridos a partir de dezembro de 2007, após a vitória anunciada do Presidente Mwai Kibaki nas eleições, que provocou protestos dos partidários do seu adversário, Raila Odinga, resultando rapidamente em violência étnica que fez mais de mil mortos e seiscentos mil deslocados.

Figuram no processo Uhuru Muigai Kenyatta, William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang e Walter Osapiri Barasa: Uhuru Muigai Kenyatta é o então Presidente da República do Quenia, tendo sido citado para comparecer ao TPI em 08.03.2011, fazendo-o espontaneamente, sob a acusação de cinco crimes contra a humanidade,[69] as quais foram retiradas em 05.12.2014.[70]

A situação na Líbia refere-se aos conflitos de 2011 que se seguiram aos eventos ocorridos na Tunísia e no Egito nos primeiros meses de 2011, os quais foram produto de uma política de Estado desenvolvida para reprimir, poê todos os meios, as manifestações de civis contra o regime de Muammar Gaddafi.

No contexto supra mencionado, desde 15 até 28.02.2011, as forças de segurança líbias, que incluiriam unidades de sistemas de segurança e militares, lançaram através da Líbia – particularmente em Trípoli, Misrata e Benghazi, bem como em cidades perto de Benghazi como Al-Bayda, Derna, Tobruk e Ajdabiya – um ataque sistemático e generalizado contra a população civil que participava de manifestações contra o regime de Estado, matando-os e ferindo-os em elevada escala.

---

66. Homicídio, transferência forçada, tortura e estupro.
67. Intencionalmente dirigir ataques contra a população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades e pilhagem.
68. Genocídio, por homicídio, genocídio causando grave dano corporal ou mental e genocídio por submissão deliberada cada grupo condições alvo de existência que acarretarão a sua destruição física.
69. Homicídio, deportação e transferência forçada, estupro, perseguição e outros atos desumanos.
70. FICHE D'INFORMATION SUR L'AFFAIRE. La Haye: Cour Pénale Internationale, 13.03.2015. Disponível em: [www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/KenyattaFra.pdf]. Acesso em: 10.03.2015.

Os *affaires* envolvendo essa situação referem-se aos acusados Saif Al-Islam Gaddafi, Muammar Gaddafi[71] e Abdullah Al-Senussi.[72] Saif Al-Islam Gaddafi, Presidente honorário da Fundação Internacional Gaddafi, filho de Muammar Gaddafi e Primeiro-Ministro Líbio, teve contra si mandado de prisão expedido em 27.06.2011, acusado pela prática de dois crimes contra a humanidade.[73]

Após diversas alegações de que o acusado havia morrido, com pedidos de extinção do processo e à superveniência de seu aparecimento público, o Tribunal Penal Internacional arquivou o processo, acolhendo o argumento de que Saif Al-Islam Gaddafi seria julgado na Líbia, por força do princípio da complementaridade, o que efetivamente ocorreu.

Na Costa do Marfim, as situações referem-se ao período a partir de 28.11.2010, considerado o ponto culminante de uma longa luta pelo poder que se inicia em 19.09.2002. Ao perder as eleições, o então Presidente da República, Laurent Gbagbo recusou-se a deixar o governo, acarretando grandes conflitos no país.

Laurent Gbagbo foi entregue ao Tribunal Penal Internacional em 30.11.2011 e tem a responsabilidade criminal individual por quatro acusações de crimes contra a humanidade cometidos em Abidjan, Costa do Marfim, em conjunto com os membros de seu círculo íntimo, e através das forças pró-Gbagbo.

Esses atos foram supostamente cometidos entre 16 e 19.12.2010, durante e depois de uma marcha de apoiadores de Ouattara que foram para a sede da Rádio Televisão da Costa do Marfim, durante uma manifestação de mulheres em

71. Muammar Gaddafi, Comandande das Forças Armadas da Líbia, líder da revolução e Chefe do Estado Líbio, teve mandado de prisão expedido em 27.06.2011, com arquivamento do processo em 22.11.2011 em razão de sua morte. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Situation en Libye*. La Haye, [2011]. Disponível em: [www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/Pages/situation%20index.aspx]. Acesso em: 10.03.2015.

72. Abdullah Al-Senussi, cunhado de Muammar Gaddafi, Coronel das Forças Armadas da Líbia e Chefe do Serviço Secreto Líbio, teve mandado de prisão expedido em 27.06.2011. No entanto, em 24.07.2014 as acusações contra Abdullah Al-Senussi tiveram fim quando a Câmara de Apelações declarou o caso inadmissível perante o TPI. Ibid.

73. Homicídio (art. 7-1-a) e perseguição (7-1-h). COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Situation en République de Côte d'Ivoire. La Haye, [2014]. Disponível em: [www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx]. Acesso em: 10.03.2015.

Abobo, por um bombardeio de argamassa de uma área densamente povoada de Abobo e em Yopougon.

Charles Blé Goudé, então Ministro da Juventude do Governo Gbagbo, foi entregue ao TPI em 22.03.2014, e responde pela acusação, como coautor indireto, de quatro crimes contra a humanidade supostamente cometidos no contexto da violência pós-eleitoral que ocorreram no território da Costa do Marfim entre 16.12.2010 e 12.04.2011.[74] Simone Gbagbo, esposa do então Presidente da República, da mesma forma, responde como coautora indireta, por quatro crimes contra a humanidade.[75]

Encontra-se também em exame o *Affaire des navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien*, cuja investigação preliminar havia sido arquivada pela Procuradora-Geral do TPI, mas que por decisão da Câmara de Apelação restou determinada a necessidade de se refazer um exame completo dos fatos, tendo em vista a gravidade dos mesmos,[76] e ainda mais recentemente em investigação as situações na República do Mali e na República da Geórgia.

Apesar das críticas, alguns aspectos vantajosos podem ser retirados dos julgamentos já ocorridos, do que se depreende a possibilidade de a jurisdição penal internacional colaborar para o debate em torno da construção de valores mundiais, para o que a utilização do conteúdo dos direitos humanos, em última análise o bem jurídico protegido, constitui-se em um metavalor, ou tem o caráter de sobredeterminação de valores.[77] Por se encontrarem esses valores em patamar superior, os crimes que representam sua violação passam a apresentar algumas características especiais, como o fato de serem imprescritíveis e insuscetíveis de imunidade e de anistia. Essa é, pelo menos, uma tendência que, embora não sedimentada, tende a cristalizar-se, como já se referiu.

A dificuldade que se põe à jurisdição penal internacional no que toca ao seu papel de construção de um valor comum da humanidade começa pelo fato de ser o direito penal, ao menos aparentemente, o mais relativo dos direitos, distante de possuir um caráter de cunho universal.

---

74. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Situation en République de Côte d'Ivoire. La Haye, [2014]. Disponível em: [www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx]. Acesso em: 10.03.2015.

75. Ibidem.

76. COUR PÉNALE INTERNACIONALE. Decisão de 16.07.2015. Disponível em: [www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc2015869.pdf]. Acesso em: 27.03.2016.

77. DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Como afirma Delmas-Marty, considerando que cada comunidade se organiza em torno de um sistema de poder, as proibições contidas no direito penal ainda permanecem como símbolo do relativismo nacional e o direito penal, a princípio, parece o menos universalizável dos sistemas de direito, daí as dificuldades em se fazer uso do direito penal como instrumento de identificação de um valor comum.[78]

Mas esse relativismo pode ser ultrapassado a partir da ideia de que o direito penal acompanha a evolução de sociedades, das formas menos às mais complexas, sendo que, à medida em que essas sociedades se aproximam, é possível edificar um valor comum, que também passa a ser protegido pelo direito punitivo. Para essa construção, a fim de que o direito penal possa ultrapassar seu próprio relativismo e se tornar referência, gerando em torno de si valores comuns estruturados em nível cosmopolita, existe um caminho determinado, que deve atravessar três níveis de ética:[79] primeiro, da mera moral da indignação; segundo, do relativismo, expresso pelos sistemas de direito nacional segundo diferentes escalas de valores que expressam a identidade cultural de cada nação; terceiro, relacionado à existência de uma ética universal expressa em práticas comuns, transversal aos diferentes sistemas normativos, a fim de favorecer a pesquisa sobre um futuro direito supranacional, tais como o universalismo do sofrimento causado por um comportamento desumano.[80]

Ultrapassado esse caráter relativista do direito penal decorrente de sua arraigada vinculação ao poder soberano e chegando-se às denominadas proibições fundantes, que representam valores essenciais cujas violações possuem o condão de firmar a competência de uma jurisdição supranacional, é possível chegar-se ao papel dessa jurisdição enquanto identificadora e edificadora desses conceitos.

Para reduzir as distâncias entre as culturas e alcançar um valor universal a ser protegido pelas proibições, defende Delmas-Marty que o direito possui um papel primordial, já que permite formalizar a existência desses valores por meio da função legislativa e também lhes aplicar por meio do poder jurisdicional. A autora entende então que a identificação desses valores fundamentais passa pela análise do conteúdo dos direitos humanos e do direito penal, e assim explica o papel desse último, dizendo que a maioria das comunidades de direito se estabilizaram em torno de algumas proibições, ao mesmo tempo

78. DELMAS-MARTY (2011), p. 28 e ss.

79. Idem, p. 29.

80. Idem, p. 39.

simbólicas e jurídicas, a ponto de que o direito foi identificado, mesmo em um País vasto como a China, como o símbolo da soberania política e da identidade cultural de cada nação, e esse mesmo fenômeno se observa hoje em escala mundial.[81]

Para ilustrar, cita a proibição de certas práticas, durante as guerras (os crimes de guerra), como instrumento de humanização dos conflitos, considerando essa uma das primeiras manifestações de uma comunidade humana de valores que progressivamente emerge, assim como ocorreu após a II Guerra Mundial, em que os estatutos dos tribunais internacionais retomaram a proibição em relação às violações dos costumes de guerra, às quais se acresceu a então nova incriminação referente aos crimes contra a humanidade.[82]

São, portanto, esses valores comuns que aos poucos se tornam subjacentes à tipificação dos crimes internacionais como instrumentos capazes de formar uma ordem jurídica supranacional, eis que válida acima do Estado-nação, a transbordar os assuntos internos dos Estados, antes adstritos ao conteúdo da soberania.

Além disso, das jurisdições penais internacionais exsurgem outras espécies de valores, podendo-se afirmar a existência de duas vias protetivas, como o são os valores protegidos pela tipificação dos crimes, que são relacionados no estatuto, subjacentes ao direito internacional humanitário, além dos valores fundamentais ligados ao processo penal internacional e que são valores protegidos pelas convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial dois grandes pactos.[83]

Daí decorre a conclusão de que tanto os valores protegidos pelos tipos penais quanto os valores subjacentes ao procedimento possuem como traço comum a dignidade do ser humano.[84]

Assim, apesar de todas as críticas e ambiguidades subjacentes à Justiça penal internacional, como as possíveis contradições entre os ordenamentos jurí-

81. "La plupart des communautés de droit se sont stabilisées autour de quelques interdits, à la fois symboliques et juridiques, à tel point que le droit s'est, dans un pays vaste que la Chine, pendant des siècles identifié au droit pénale le symbole de la souveraineté politique et de l'identité culturelle de chaque nation, le même phénomène s'observe à présent à l'échelle mondiale" (DELMAS-MARTY (2011), p. 21-22).

82. DELMAS-MARTY (2011), p. 22.

83. JORDA, Claude. O ponto de vista jurídico. In: DELMAS-MARTY; CASSESE (orgs.) (2004), p. 73-74.

84. Idem, p. 75.

dicos nacionais e a ordem internacional, além de sua indesejada seletividade (o que se pode atribuir ao seu estágio inicial de desenvolvimento), é imperioso admitir seu papel enquanto promotora da repressão de crimes contra a humanidade, aqui entendidos em seu aspecto mais amplo, rumo à construção de uma ordem penal de cunho cosmopolita à medida em que essa jurisdição consegue aos poucos identificar os já mencionados metavalores.

Esse é possivelmente o papel mais importante que se pode depreender da existência dos crimes internacionais, da construção jurídica deles, no curso da história, e dos valores que deles emergem: são esses os primeiros pilares de um sistema internacional de Justiça penal, que poderia receber a denominação de direito penal cosmopolita.[85] Kant apregoou, em seu tempo, a transformação da lei internacional clássica em nova ordem cosmopolita, estabelecida uma federação de povos livres.[86] Apenas a integrariam Estados republicanos constitucionais, pois em tais ordenamentos haveria segurança interna e externa, ou seja, assegurado respeito ao estrangeiro e ao Estado estrangeiro, unidos todos em um direito comum das gentes.

Delmas-Marty lembra o longo caminho que percorreu o direito natural renascido até um direito comum: "É construindo esse direito comum" – diz a iusinternacionalista – "que podemos tentar compreender como será possível passar dos direitos fundamentais aos valores universalizáveis."[87]

Resta saber de que forma a reprovação desses comportamentos, considerados como desumanos, são de fato universalizáveis, até que se possa chegar ao ápice desse processo de internacionalização, ainda lento e por certo seletivo. Valha o otimismo kantiano, ao afirmar que, se avançamos tanto no sentido de uma comunidade entre os povos, que "a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, não é nenhuma representação fantástica e extravagante a ideia de um direito cosmopolita".[88] Eis o *leit motiv* dos seres humanos como cidadãos do mundo.

85. KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988. p. 137 e ss. Ele não fala, naturalmente, em direito penal, mas em direito cosmopolita.

86. KANT (1988), p. 132.

87. DELMAS-MARTY (2011), p. 190.

88. KANT (1988), p. 140.

Habermas fala, ainda, em republicanismo e patriotismo constitucional.[89] A primeira estação da ordem cosmopolita seria a superação do princípio da não intervenção (ideia, portanto, pós-nacional)[90] e "a instituição da Corte Internacional Criminal", referendando em toda a linha o argumento de Kant.[91]

O Estatuto de Roma, estabelecendo o sistema de complementaridade, investe nessa ideia de universalização. Busca a redução das distâncias entre culturas, para harmonizar internacionalmente valores comuns, que possam alcançar reconhecimento universal. Daí os Códigos Penais Internacionais que configuram uma transposição do Estatuto de Roma para o âmbito interno das nações. Aí estão, entre outros, o Código Penal Internacional alemão,[92] a lei uruguaia "cooperação com a Corte Penal Internacional em matéria de luta contra o genocídio, os crimes de guerra e de lesa-humanidade"[93] e a Lei Orgânica do Poder Judicial espanhol.[94]

Nessa via, a complementaridade deve ser intentada no desenvolvimento da consciência cosmopolita projetada, pois a prioridade do exercício da jurisdição penal nos locais onde cometidos os crimes mais graves, seria o coroamento dessa trajetória. Os crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade, de agressão, são extremamente complexos, e em muitos casos, implicam número elevado de autores, vítimas e de testemunhas – que estariam distantes do Tribunal Internacional Penal, o qual, inclusive, não dispõe de legações ou polícia,

89. Ao falar em patriotismo constitucional, evidentemente Habermas tratava das dúvidas advindas de neoaristotélicos, acerca de patriotismo constitucional [*Werfassungspatriotismus*] nacional, pois a referência a pátria leva-nos, automaticamente, à nação, ente nacional. Mas Habermas alarga o âmbito do patriotismo, acrescentando: "e, com maior razão, (patriotismo constitucional) europeu" (HABERMAS (2001), p. 137).

90. V. HABERMAS (2001), p. 91-92.

91. Habermas se manifestava, em 1988, no momento em que se encaminhava, em Roma, um estatuto para criação de tribunal penal internacional: "com a criminalização das guerras ofensivas e dos crimes contra a humanidade, os sujeitos do direito internacional perderam a suposição geral da inocência. É verdade que as Nações Unidas não dispõem nem de uma Corte de Justiça Internacional [é, neste ponto, que o A. mencionava os trabalhos de Roma], nem de tropas próprias. Mas podem impor sanções e conferir mandados para a execução de intervenções humanitárias" (HABERMAS (2001), p. 134).

92. V. em ALFLEN DA SILVA [et. al.]. *Tribunal Penal Internacional – Aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

93. V. LÓPEZ GOLDARACENA, Oscar. *Cooperación con la Corte Penal Internacional – Genocídio, Crímenes de Guerra, Crímenes de Lesa Humanidad*. Montevidéu: FCU, 2008.

94. Lei Orgânica 6/1985, do Poder Judicial espanhol. BOE, n. 157, 02.07.1985 e n. 264, 04.11.1985.

em cada ponto do globo. Ao TPI se reservariam os casos, infelizmente não pouco comuns, dos crimes praticados com "a tolerância, se não com a conivência, a cumplicidade ou a autoria direta dos órgãos de um ou mais Estados".[95]

A crise vivenciada hoje pelo TPI, com manifestações de afastamento da União Africana,[96] evidencia, obviamente, a dificuldade desse novo sistema planetário. Fala-se de neocolonialismo jurídico, presente no Tribunal Penal Internacional,[97] ocupado na persecução de nacionais de países africanos, com menor força e influência no cenário internacional.

Estamos apenas no limiar desses novos tempos, e obstáculos como os decorrentes do Conselho de Segurança da ONU, árbitro final do desencadeamento dos processos em Haia, e a ausência, no TPI, dos principais protagonistas desse Conselho de Segurança, apenas comprovam a necessidade de prosseguir na luta em prol da Humanidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das transgressões humanas ao longo da história permite concluir que sua existência sempre se fez presente e tende a continuar existindo, de forma cada vez mais complexa.

Sob essa ótica, é possível concluir que a humanidade ainda não encontrou o grau máximo de civilidade, já que não raro a história se depara, para usar as palavras de Antoine Garapon,[98] com a existência de violências inéditas.

95. PIGRAU SOLÉ (2009), p. 71.

96. A União Africana (UA) estabeleceu, em 09 e 10.10.2013, grupo de contato do Conselho Executivo para consultas com membros do Conselho de Segurança da ONU, para engajar o órgão nas preocupações da UA, na sua relação com o Tribunal Penal Internacional, inclusive para suspensão dos processos criminais contra os presidentes do Sudão e do Quênia, em tramitação. A relação da UA com o TPI foi debatida extensamente em sessão extraordinária da assembleia, uma vez que diversos líderes a classificam como neocolonial, por ainda serem julgados por crimes de guerra, genocídio e crimes contra humanidade, quase exclusivamente, atores africanos. Mas a Presidente da Comissão da UA, chanceler sul-africana Nkosazana Dlamini Zuma, rechaçou a possibilidade de retirada dos Estados membros africanos do TPI, por ora. (União Africana exige justiça ao Tribunal Penal Internacional. Disponível em: *Portal Vermelho* [www.vermelho.org.br]. Acesso em: 12.11.2013).

97. VERHOEVEN. Joe. Vers um ordre répressif universel? *Annuaire Français de Droit International* (AFDI), 55/63, 1999.

98. GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar.* Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 17.

Embora também Garapon questione – "que mais-valia traz a justiça, independentemente da sua forma (...), à construção da paz?"[99] –, o certo é que a construção de marcos globais de justiça necessitam ser forjados para a solução de problemas também globais, em especial o respeito aos direitos humanos e a prevenção e punição de violações que há muito deixaram de ser praticadas no âmbito exclusivo do Estado-nação. Esses novos marcos, por sua vez, não pressupõem o pertencimento à condição de nacional e, sendo assim, a proteção única e exclusiva do Estado não garante a sua observância, mormente quando se sabe que inúmeras vezes, na história mundial, foi esse mesmo Estado seu primeiro violador.

A necessidade de se abandonar o paradigma Westfaliano no que diz respeito à imperiosa construção da paz e da justiça e à proteção dos direitos humanos, no intuito de alicerçar um mundo civilizado e fortalecer o império da lei, passa pela construção de uma verdadeira sociedade mundial, cujos membros sejam capazes de respeitar a diferença e a diversidade, e com elas conviver de forma pacífica, além de determinar a aproximação dos Estados e o aperfeiçoamento de suas relações internacionais.

Diante de uma criminalidade que não mais se limita ao território dos Estados e frente a novos padrões de transgressão, que lesam valores comuns da humanidade, torna-se imperativa a construção de novos paradigmas para a Justiça penal.

As graves violações de direitos humanos, ocorridas em especial ao longo do século XX, determinaram o desenvolvimento de um novo sistema punitivo, de caráter supranacional, competente para julgar os denominados crimes internacionais, conceito cunhado a partir da compreensão de que lesam valores que não dizem respeito aos assuntos internos do Estado-nação, mas que se constituem em bens comuns da humanidade, por essa razão aptos a colaborarem para o debate acerca da existência de uma comunidade de valores, formadora de uma ordem diversa. A edificação dos conceitos de crimes internacionais anunciava mudança de paradigma, das jurisdições nacionais à jurisdição internacional.

Percebe-se no horizonte, entretanto, uma ultrapassagem, por via da complementaridade, em círculo virtuoso, reassentando a jurisdição universal no próprio seio dos Estados-nação, identificados valores comuns da Humanidade: esse novo e, talvez, ainda distante paradigma, estaria na mundialização dos juízes nacionais, desenvolvendo a competência universal.

99. GARAPON, Antoine. Op. cit., p. 17.

Apesar de todas as disparidades e vicissitudes que encontra essa nova Justiça penal, o que por certo também decorre de sua recente implementação, é possível afirmar que se trata de um caminho que há muito vem sendo palmilhado e que merece aperfeiçoamento, não se podendo afirmar que irá retroceder e, embora não seja lícito concluir que esses novos paradigmas para a Justiça penal irão reduzir todas as novas formas de criminalidade, trata-se de significativo avanço, a conferir maior estabilidade ao sistema mundial de justiça, consubstanciando-se a jurisdição penal internacional como importante instrumento de evolução da humanidade rumo ao aperfeiçoamento das relações internacionais e à construção de uma ordem cosmopolita.

Referências bibliográficas

Alflen da Silva et. al. *Tribunal Penal Internacional – Aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

Ambos, Kai. *Temas de derecho penal internacional y Europeo*. Madri: Marcial Pons, 2006.

_____. *Direito penal – fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. e notas de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. Processando crimes internacionais em níveis nacional e internacional: Justiça x *Realpolitik*. In: Japiassú, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Direito penal internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

Araújo, Nadia de; Assis de Almeida, Guilherme (coords.). *O direito internacional dos refugiados – uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Arendt, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Azevedo, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito – modelo romano-germânico e de *common law*. Sistema penal & violência. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, n. 8 – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais/ PUCRS, vol. 5, Porto Alegre, jan.-jun. 2013.

Badinter, Robert. Reflexões gerais. In: Delmas-Marty, Mireille; Cassese, Antonio (orgs). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

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

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. Trad. Luciana P. Venâncio. Barueri/SP: Manoele, 2004.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos Dec. 5.015, de 12.03.2004. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm]. Acesso em: 27.05.2015.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dec. 4.388, de 25.09.2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm]. Acesso em: 20.05.2015.

CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos tribunais militares internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (orgs.). *O direito penal no Estatuto de Roma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (orgs). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. *(Neo)soberania e Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____; ADRIASOLA, Gabriel. *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco – Cooperación Internacional*. Buenos Aires: Euros Editores, 2007.

CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONGRESSO NACIONAL. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Representação Brasileira. Disponível em: [www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/Protocolo.htm]. Acesso em: 20.05.2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf]. Acesso em: 18.05.2015.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Disponível em: [www.icj-cij.org]. Acesso em: 18.05.2015.

COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Disponível em: [www.icc-cpi.int]. Acesso em: 27.03.2016.

CRYER, Robert, et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireillê. *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.

_____ (org.). *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

_____; CASSESE, Antonio (orgs). *Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

_____. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: DELMAS-MARTY; CASSESE (orgs). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

_____. *Vers une communauté de valeurs ?* Paris: Seuil, 2011.

DEROGY, Jacques. *Operation Nemesis*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1986.

DADRIAN, Vahakn. *The history of the Armenian Genocide*. Oxford: Oxford Press, 1995.

FRULLI, Micaela. O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (orgs). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; LÓPEZ GARRIDO, Diego (coords.). *Crímen Internacional y Jurisdicción universal – el caso Pinochet*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

GILBERT, Gustave. *Le jornal de Nuremberg*. Trad. do inglês por Maurice Vicent. Paris: Flammarion Éditeur, 1947.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

_____; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligman Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

JORDA, Claude. O ponto de vista jurídico. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (orgs). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

JUDT, Tony. *Reflexões sobre um século esquecido – 1901-2000*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

LE MONDE.FR. INTERNATIONAL. AFRIQUE. Disponível em: [http://abonnes.lemonde.fr/afrique/article/2013/05/27/l-union-africaine-denonce-la-chasse-raciale-operee-par-la-cour-penale-internationale_3419268_3212.html]. Acesso em: 17.05.2015.

LAINGUI, André; Arlette. *Histoire du droit penal*. Paris: Cujas, [s/d].

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000.

LIMA, José Antonio Farah de. *Constituição Europeia e soberania nacional*. Leme/SP: Mizuno, 2006.

LISZT, Franz von. *Traité de droit pénal allemand.* Trad. Renè Lobstein. Paris: V. Giard & E. Briere, 1911. Tome Premier. Introduction – Parte Générale.

LÓPEZ GOLDARACENA, Oscar. *Cooperación con la Corte Penal Internacional- Genocídio, Crímenes de Guerra, Crímenes de Lesa Humanidad.* Montevidéu: FCU, 2008.

MARCOVITCH, Jacques (org.). *Sérgio Vieira de Mello – pensamento e memória.* São Paulo: Saraiva/Edusp/Bunge Fundação, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional penal. Imunidades e anistias.* Barueri: Manole, 2012.

PIGRAU SOLÉ, Antoni. *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución de crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales.* Barcelona: Oficina de Promoção da Paz e dos Direitos Humanos (Comarca da Catalunha), 2009 [Revista RxDH, 3, p. 138.] Versão digital: web da Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos. Licença em: [http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.es_CL]. Acesso em: 10.05.2015.

REBUT, Didier. *Droit pénal international.* Paris: Dalloz, 2012.

TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.). *Justicia de transición, Justicia penal internacional e Justicia universal.* Baracelona: Atelier, 2010.

THE TOKYO WAR CRIMES TRIALS, 1946/1948. Disponível em: [www.cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html]. Acesso em: 10.05.2015.

UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: [www.europa.eu]. Acesso em: 27.05.2015.

UNITED KINGDOM PARLIAMENT. HOUSE OF LORDS. Disponível em: [www.parliament.uk/]. Acesso em: 27.05.2015.

VERHOEVEN. Joe. Vers un ordre répressif universel? *Annuaire Français de Droit International* (AFDI) 55, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crímenes de masa.* 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

ZOLO, Danilo. *La Justicia de los vencedores – de Nuremberg a Bagdad.* Trad. Elena Bossi. Buenos Aires: Edhasa, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Competência para os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, de Haroldo Valladão – *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/243 (DTR\2012\698);
- Direitos humanos e o direito internacional penal, de Hélvio Simões Vidal – *RT* 877/467, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/727 (DTR\2008\686);
- O STF e a prisão no processo extradicional brasileiro: uma releitura contemporânea, de Yuri Sahione Pugliese – *RBCCrim* 115/167 (DTR\2015\11457); e
- Análise prática do Tribunal Penal Internacional (TPI): origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e os delitos internacionais, de Celso Araújo Santos – *RDCI* 84/105 (DTR\2013\7359).

85355

Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual

The legal validity of evidences taken from online dating websites in the context of the criminal procedure and the infiltration of police officers in the virtual space

Danni Sales Silva

Mestre em Ciências Criminais pela Universidade de Direito de Lisboa – UL/Portugal. Especialista em Direito Penal pela FESURV. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa (FDL). Professor de Direito Penal e Processual Penal. Promotor de Justiça e Coordenador das Promotorias de Justiça de Anicuns/GO.
danniss@gmail.com

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O estudo sobre a validade das provas obtidas em sites de relacionamento é tema de escassa abordagem na doutrina processual penal pátria. Tendo como paradigma o sistema normativo constitucional brasileiro, o trabalho aborda o tema provas, sites de relacionamento, o princípio da proporcionalidade e o direito de intimidade, com o escopo de viabilizar a incursão crítica tendente à solução do seguinte problema: é processualmente válida a prova obtida em sites de relacionamento? Além disso, busca versar sobre a criação de perfil falso (*fake*) de usuário pela polícia para a obtenção de prova e revela a existência dos agentes encobertos e infiltrados cibernéticos. Também enfrenta a problemática da criação virtual de vítima por agente provocador, desnudando a existência de um flagrante preparado virtualmente. Observa a validade da prova produzida pelo acusado em sites de relacionamento sob a perspectiva do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Por fim, contempla a validade das provas obtidas ilicitamente por particulares, no meio cibernético, e sua validade processual penal.

Abstract: The study of the legal validity of evidences taken from online dating websites is a theme that is rarely addressed by Brazilian jurists. Taking the Brazilian Constitution as the basis of our regulatory system, this paper addresses these evidences as well as online dating websites, the principle of proportionality and the right to privacy, with the goal of promoting a critical discussion and proposing a solution for the following problem: Are evidences taken from online dating websites valid within the scope of the criminal procedure? Additionally, it also discusses the use of fake profiles by the police in order to obtain evidences, revealing the existence of covert agents infiltrated in the cyberspace. We also address the theme of virtual victims that are caused by an agent provocateur, pointing out to the existence of a virtually created flagrant. The legal validity of evidences produced by the accused in online dating websites is observed within the perspective of the *nemo tenetur se detegere* principle. Last, we address the legal validity of evidence that have been illegally taken by private agents in the cyber space and its legal validity in the criminal procedure system.

Silva, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 120. ano 24. p. 203-235. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

PALAVRAS-CHAVE: Validade – Prova – Site de relacionamento – Agente infiltrado no meio virtual – Intimidade.

KEYWORDS: Legal validity – Evidences – Online dating websites – Infiltrated agents in cyberspace – Intimacy.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da validade das provas obtidas em sites de relacionamento – 2.1 Das informações públicas – 2.2 Das informações restritas – 2.3 Das conversas e informações privadas – 3. Teoria da proporcionalidade – 4. Da criação de perfil falso (*fake*) de usuário pela polícia para obtenção de prova – 4.1 Ações encobertas no plano virtual. Agente infiltrado cibernético. Da criação virtual de vítima por agente provocador. Flagrante preparado virtual e o aproveitamento das provas – 5. Da prova produzida pelo acusado em sites de relacionamento e a garantia de não ser o cidadão obrigado a produzir prova contra si mesmo – *Nemo tenetur se detegere* – 6. Da validade das provas ilicitamente obtidas por particulares nos sites de relacionamentos (Facebook) – 7. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

As transformações no campo da informática e das telecomunicações, nas últimas décadas, foram impressionantemente rápidas. A Internet reduziu distâncias e aproximou pessoas, transportando nossa zona de convívio para o ciberespaço. Em redes de relacionamento, situadas na Web, as pessoas passam a se conhecer, trocar informações, se expor, conviver e delinquir. Naturalmente, algumas atividades delitivas e a prova de sua ocorrência ocorrem por meio das atividades realizadas no meio virtual.

O ordenamento jurídico-criminal não poderia estar alheio a essas transformações de hábito. A contraofensiva estatal utiliza a própria tecnologia como instrumento eficaz para a captação de provas da criminalidade. Todavia, a reação não deve ser instintiva, arbitrária e irrefletida, mas ponderada, regulamentada e essencialmente judiciária, com o devido respeito aos direitos e garantias individuais.

Novas formas de criminalidade reforçam a importância de novas fórmulas de intervenção e persecução. Cresce a investigação policial sobre o conteúdo dos sites de relacionamento, na mesma proporção em que a atividade probatória encontra severos limites no direito à intimidade do cidadão, por força das garantias individuais contempladas no direito processual penal.

Ao contemplar a teoria da proporcionalidade, confrontamos o direito de intimidade do internauta com a necessidade estatal de garantir a segurança pública por meio da investigação cibernética. Quais seriam os limites impostos aos órgãos de persecução penal na busca da prova contida em sites de relacionamento? Seria a intimidade esfera de direito intocável?

Identificamos uma prática corrente, a utilização de perfil falso de usuário (*fake*) pela polícia judiciária na tentativa de interagir, sub-repticiamente, com o investigado. A manobra policial visa desvendar o círculo de contatos do investigado, bem como seus hábitos, e facilitar a obtenção de provas da atividade delitiva.

Poderia um agente investigador criar falso perfil de usuário visando alcançar prova contida em determinado site de relacionamento do investigado? Em que termos a prova obtida pelo *fake* poderia ser válida? O problema posto nos leva à análise das ações encobertas virtuais, ou seja, apreciamos a utilização de agentes infiltrados nos sites de relacionamento.

Ademais, neste estudo também enfrentamos o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, sob a seguinte perspectiva: quando o investigado posta elemento probatório (foto, texto, vídeo ou áudio) hábil a implementar sua autoincriminação, a utilização processual desse documento não violaria o direito constitucional que lhe garante a não autoincriminação?

Navegando, os internautas compartilham, nos sites de relacionamento, informações de toda sorte. Não raro, as pessoas captam e transmitem provas da ocorrência de um crime à autoridade policial. Qual a validade da prova obtida de forma ilícita por particular e fornecida à autoridade policial? O direito de intimidade seria apenas um obstáculo à atividade persecutória do Estado e seus agentes ou seria oponível *erga omnes*?

O tema é contemporâneo, razão pela qual algumas soluções podem ser controvertidas, o que é natural para a discussão jurídica que se inaugura.

2. DA VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM SITES DE RELACIONAMENTO

Fabrízio Rosa[1] conceitua a Internet como "um conjunto de redes de computadores interligados pelo mundo inteiro, que têm em comum um conjunto de protocolos e serviços, possuindo a peculiaridade de funcionar pelo sistema de troca de pacotes". Contudo, a Internet é, na verdade, um conjunto de pessoas interligadas por computadores ligados em rede, e é nessa Web que se proliferam as redes sociais.

Uma rede social caracteriza-se por sua abertura e porosidade, possibilitando relacionamentos horizontais e não hierárquicos entre os participantes. Redes não são, portanto, apenas outra forma de estrutura, mas quase uma não estru-

1. ROSA, Fabrízio. *Crimes de informática*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

tura, no sentido de que parte de sua força está na habilidade de se fazer e se desfazer rapidamente.[2]

Há um ponto comum entre os diversos tipos de redes sociais, o compartilhamento de informações, conhecimentos e interesses similares. A intensificação da formação das redes sociais reflete, nesse sentido, um processo de fortalecimento das relações sociais, ao passo que a exposição exacerbada na rede representa patente tendência de abdicação dos usuários aos primados básicos de privacidade.

É inevitável que a atividade investigativa opere na rede, tanto quanto é necessário, para garantir a privacidade dos usuários. Em qualquer espaço, seja ele virtual ou real, a atividade probatória promovida pelo órgão de acusação não se projeta nem se exterioriza como manifestação de um absolutismo estatal, a *persecutio criminis* desenvolve-se dentro de limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Nesse prisma, a Constituição representa a matriz de legitimação formal e material do processo investigatório e probatório.[3]

A vedação de utilização das provas proibidas afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obter provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controle. É como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: "Não sucumbam ao canto da sereia na obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer podendo repetir essas provas por outros meios".[4]

De forma rígida e intransigente, o art. 5.º, LVI, da CF/1988 brasileira, estatui como garantia fundamental a inadmissão, no processo, das provas obtidas por meio ilícito.[5] Contempla o art. 157 do CPP que "são inadmissíveis, de-

2. DUARTE, Fábio; QUANDT, Carlos; SOUZA, Queila. *O tempo das redes*. São Paulo: Perspectiva S.A., 2008. p. 156.

3. "As proibições de provas são instrumentos de garantia e tutela de valores ou bens jurídicos distintos – e contrapostos – dos representados pela procura da verdade e pela perseguição penal" (cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra; Coimbra Editora, 1992. p. 12 e 196).

4. MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 142.

5. A prova ilícita é aquela colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e, mais especificamente, do direito à intimidade (cf. GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, António Magalhães; FERNANDES,

vendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais".

As informações contidas em sites de relacionamento expõem, e ao mesmo tempo compõem, a esfera de privacidade do indivíduo. Assim, o ponto de fratura entre a legislação, a doutrina e a jurisprudência surge perante a indagação da existência ou inexistência de uma esfera da intimidade inviolável e intangível da vida privada, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens ou interesses.[6]

A esfera privada do homem não é homogênea, dividindo-se em esferas progressivamente menores à medida que se torna mais restrita a intimidade, na proporção em que dela participe um número cada vez menor de pessoas.[7]

Os sites de relacionamento criam sua particular divisão das esferas de privacidade, que podem ser facilmente controladas e compreendidas pelos usuários. No Facebook, as informações são trocadas e divulgadas em três grandes planos: 1. *Públicas* – informações disponibilizadas com carácter irrestrito para todos os usuários da rede; 2. *Restritas* – quando a publicação da informação se restringe a um grupo de amigos, os quais devem ser previamente aceitos e cadastrados; e 3. *Privadas* (o Facebook utiliza a expressão "somente eu") – são espécies de informações que, muito embora estejam na rede, guarnecidas pelo site de relacionamento, destinam-se a acesso exclusivo e pessoal do internauta. Em cada um desses planos o indivíduo expõe sua intimidade com ênfase peculiar, de modo que a prova obtida pelo Estado, no âmbito dessas esferas,

---

António Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 151). A exacerbação de algumas garantias individuais, na Constituição de 1988 se deve a um peculiar contexto histórico: essa carta constitucional veio contrapor longo período de ditadura militar onde houvera a opressão aos direitos individuais. Entretanto, adverte José Carlos Barbosa Moreira, "a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto" (Moreira, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. São Paulo: Saraiva, 1997. (Temas de Direito Processual – Sexta Série). p. 110).

6. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado (cf. Garrity *vs.* New Jersey, 385 U.S. 493, 1967 – Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961 – Wong Sun *vs.* United States, 371 U.S. 471, 1962, *v.g.*), impõe o banimento processual de quaisquer evidências que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público (*exclusionary rule*), sobretudo, a regra de exclusão não se aplica à prova obtida, ilicitamente, pelo particular.

7. Costa Júnior, Paulo José da. *O direito de estar só*: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

contrasta, de forma particular, com o direito à privacidade do investigado. Investigar a legalidade da incursão estatal em cada uma dessas esferas de privacidade nos possibilitará apreciar a própria validade da prova documental obtida nos sites de relacionamento.

2.1 Das informações públicas

Comunicar, interagir e trocar informações na Internet é tão importante que o usuário toma como aceitável a perda de grande parcela de sua privacidade.

Em um site de relacionamento, quando uma mensagem ou dado é enviada a vários usuários indeterminados, com sabida faculdade de compartilhamento e sendo de livre acesso a outros destinatários, reveste-se de publicidade a informação veiculada.

O direito à informação, exercido por qualquer cidadão, é personalíssimo, assim como o direito à intimidade, que se constitui no limite de aplicação daquele. A qualquer um, e aí estão incluídos a Autoridade Policial e o Ministério Público, permite-se o acesso à conversa mantida em local público. Não se viola a intimidade ou a vida privada de um cidadão que expõe diálogos ou pensamentos mediante a publicação, "aberta", em um site de relacionamento.

Quando a informação é veiculada, de forma "aberta", na rede, não há razão para se questionar a validade da prova obtida pelos órgãos de persecução penal, isso porque, nessa hipótese, não há privacidade a ser protegida.

Uma das formas de acesso livre e legítimo ao direito de intimidade do investigado seria o consentimento do titular de tal direito, o qual poderá ser tácito ou expresso.[8] Na primeira hipótese – a de consentimento tácito – o mesmo se dá em função do próprio comportamento do seu titular, como no caso de pessoas que se colocam em situações propícias de serem expostas (sites de relacionamento). O consentimento expresso, como a própria denominação explica, dá-se quando o titular do direito autoriza, de forma evidente, a divulgação de fatores específicos da sua intimidade pessoal.

A exposição deflagrada pelo usuário que posta um documento, com livre e ilimitado acesso, num site de relacionamento, coloca a informação fora do âmbito da intimidade em qualquer das suas esferas e, por conseguinte, da respectiva proteção legal.

8. Cf. ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. *A captacão de imagens como prova no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Goiânia, Universidade Federal de Goiás, 2004.

As informações disponibilizadas publicamente em sites de relacionamento facultam a captura da informação pela polícia judiciária, independentemente de ordem judicial. A obtenção e a utilização dessa prova, na órbita processual penal, não macula a intimidade do investigado. Esse é um dos "preços" da desvalorização da privacidade exercida pelo cidadão que acede à promoção do *voyeurismo* na Web.

2.2 *Das informações restritas*

Quando os dados publicados em determinados sites de relacionamento ficam alocados na esfera privada, de forma restrita, a um grupo de amigos, a invasão ou obtenção furtiva das informações pelos órgãos de investigação viola o direito à intimidade constitucionalmente instituído. Nesse contexto, no qual são tomadas as precauções normais de intimidade, há uma expectativa subjetiva de privacidade, deixando-o imune à intrusão governamental.[9]

No que tange às informações trocadas ou fornecidas na Internet, a intimidade está sempre relacionada com a confiança depositada no interlocutor. Apenas está em causa o direito à intimidade quando existe uma "confiança quebrada", pois ninguém confia segredos a estranhos. O STF, na voz do Min. Sepúlveda Pertence disciplinou que:

"Não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na discrição do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada".[10]

O que dizer de um diálogo privado, entabulado entre uma celebridade e um jornalista pertencente à imprensa marrom?[11] É possível que o jornalista resolva

9. Em Estados Unidos *vs.* Cardoza-Hinojosa, o tribunal norte-americano delimitou que a proteção da Quarta Emenda depende de alguns fatores importantes: "Se o réu exibiu uma expectativa subjetiva de privacidade deixando-o imune da intrusão governamental; se ele tomou as precauções normais para manter a privacidade" (citando Estados Unidos *vs.* Ibarra, 948 F.2d 903, 906 [5 Cir.1991]).
10. AP 307/DF, *RTJ* 162/254.
11. Expressão pejorativa utilizada para se referir a veículos de comunicação (principalmente jornais, revistas e emissoras de rádio e TV) considerados sensacionalistas, ou seja, que buscam elevadas audiências e vendagem por meio da divulgação exagerada de fatos e acontecimentos, sem compromisso com a autenticidade. É o equivalente brasileiro e português do termo em língua inglesa *yellow journalism*. Em ambos os casos registam-se transgressões da ética jornalística.

expor, à autoridade policial, o diálogo ocorrido na Web, ou mesmo veicular a informação em jornal. Nesse caso, não existiria violação da privacidade. Ademais, sempre foi lícita a gravação clandestina de conversa ocorrida em reunião que, transcorrendo em local público, não tenha conotação secreta ou privada.

A conversa entabulada na Web perde sua completa expectativa de segredo quando a característica dos interlocutores demonstra falta de discrição por parte de um dos participantes do diálogo.

O Supremo Tribunal da Alemanha sintetizou:

"(...) A proteção do segredo das telecomunicações não vai além do alcance do segredo determinado pelos participantes e segundo a discrição destes. A garantia constitucional desse segredo não limita qualquer dos participantes na comunicação em seu direito de sozinho decidir se e em qual extensão ele vai manter a comunicação fechada ou irá garantir acesso a ela a um terceiro".[12]

Quando o internauta cria um grupo restrito para troca de informações, a autoridade policial pode vir a alcançar lícito acesso ao grupo, podendo efetuar a obtenção da prova, a qual será valorada no processo penal.

Entabular conversa numa rede de relacionamentos aberta a vasto grupo de amigos pode implicar em abdicação aos primados da intimidade, uma vez que se deve presumir que as informações, naquele momento, são do domínio coletivo e podem ser compartilhadas com sites alheios ao do grupo interlocutor. Diálogos coletivos em sites de relacionamento não implicam em puridade, mas sim em possibilidade de dessegredo.[13]

Realçamos, pois, dois pontos fundamentais na apreciação da existência de privacidade das informações obtidas em um diálogo limitado a grupo restrito

12. BHGSt 39, 335, at 338-39, 344-45, decisão de 08.10.1993. In: THAMAN, Stephen C. *Comparative criminal procedure:* a casebook approach. Durham: Carolina Academic Press, 2002. p. 71.

13. Nesse sentido, o STJ: "A conversa realizada em 'sala de bate-papo' da Internet, não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais. (...) Dos documentos acostados é verificado que a Interpol interceptou conversa do acusado em 'sala de bate-papo' na Internet, momento em que foi noticiado (*sic*) a transmissão de imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes. Esta conduta funcionou como elemento condutor da instauração do referido inquérito policial. (...) Acertada a decisão do E. TRF-3.ª Reg. que sobre o tema entendeu não haver o sigilo das comunicações, uma vez que a conversa fora realizada em 'sala de bate-papo' da Internet, em que se caracteriza, em 'ambiente virtual de acesso irrestrito e destinado a conversas informais'" (STJ, RHC 18.116/SP, 6.ª T., j. 16.02.2006, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa).

de usuário em um site de relacionamento: o número de interlocutores e a confiabilidade deles, elementos que devem ser apreciados de forma conjugada no caso concreto.

2.3 Das conversas e informações privadas

É possível que o usuário de determinado site de relacionamento mantenha informações indisponíveis a todos, ou seja, com visualização exclusivamente privada. Pode também, esse internauta, trocar informações confidenciais por meio do envio e do recebimento de mensagens *inbox* (diálogo oculto, privado e bilateral). Nessas hipóteses, qualquer intromissão estatal, desprovida de ordem judicial ou de autorização do proprietário da informação, constitui, em regra, flagrante violação da privacidade.

Já tivemos a oportunidade de perceber que a natureza do interlocutor pode expressar uma tácita abdicação da privacidade, expondo as informações transmitidas. Entretanto, se identificarmos que as informações estão guarnecidas pelo manto da intimidade do internauta, apenas a competente ordem judicial poderá validar a incursão investigatória para obtenção dessa prova.

Ao interesse comunitário na repressão da criminalidade impõem-se limites. A dignidade humana que pertence mesmo ao mais brutal delinquente é limite imposto à atividade investigatória estatal.[14] Até mesmo a ordem judicial que comina a intrusão na privacidade do investigado deve efetivar cuidadosa ponderação dos interesses conflitantes no jogo processual.

Toda incursão estatal em busca de prova que resida no seio da intimidade do investigado deve observar o ritual contemplado pela lei. Existem previsões legislativas e constitucionais que outorgam ao juiz legitimidade para quebra da privacidade. O magistrado deve esquadrinhar e contrastar os bens jurídicos em conflito, buscando impor, na força do mandato, o limite absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário,[15] atento ao rito, à forma e às hipóteses de cabimento contempladas pela lei. Nesse ponto, a intromissão na privacidade do investigado passa a se justificar perante a utilização de um critério de razoabilidade.

14. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 422.
15. Nesse sentido, julgado do STJ, APn 644/BA (2009/0044204-3), rel. Eliana Calmon, Informativo de 21.11.2012.

A jurisprudência lusitana,[16] apreciando a aplicabilidade da proporcionalidade, estabelece uma prevalência de valores baseada na tonalidade ético-normativa dos princípios em contraste, admitindo que a lei possa ressalvar as hipóteses em que poderá haver uma compressão de direitos constitucionais, dentro de uma lógica de razoabilidade, exigida pelo próprio interesse do Estado no funcionamento da Justiça penal.

Alexy denomina a máxima da proporcionalidade em sentido estrito como mandado de ponderação,[17] a partir do qual se realiza a otimização dos bens constitucionais em conflito. Assim, se um direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com o princípio oposto, a possibilidade jurídica de realização da norma fundamental dependerá da força do princípio oposto.

Uma vez identificada a natureza privada e sigilosa do conteúdo posto no site de relacionamento, pende sobre ele o direito à intimidade, o qual, apenas em hipóteses excepcionais, poderá sofrer a intrusão estatal, ponderada a razoabilidade da incursão. Diante dessa conclusão, devemos dissecar o fundamento do princípio da proporcionalidade e delimitar a sua aplicação na persecução cibernética.[18]

3. TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade nasce no direito americano, onde é conhecido como princípio da razoabilidade, mas atinge o seu ápice no direito alemão *Verhaltnismaßigkeitsgrudsatz*. O direito americano e o alemão dão a esse princípio fundamentos distintos: este funda-se no estado democrático de direito; aquele, no devido processo legal, no que foi seguido pelo STF brasileiro no julgamento da ADIn 958-3/RJ.

Nenhum direito fundamental é ilimitado, visto encontrar os seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da

16. STJ de Portugal. Ac 886/07. 8PSLSB.L1.S1.

17. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

18. Ana Lúcia Menezes adverte que, desde 1967 (Conferência Nórdica de Estocolmo sobre o direito à intimidade), são elencadas hipóteses expressas e delimitadas restrições ao direito da privacidade: "(a) interesse de segurança nacional, segurança pública ou bem-estar económico da Nação; (b) necessidade de impedir a desordem ou crime; (c) necessidade de resguardar a saúde ou moral pública ou para proteger os direito e as liberdades de terceiros" (cf. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 144).

relatividade ou convivência das liberdades públicas). Surge a teoria da proporcionalidade como instrumento de ponderação, principalmente, entre o interesse particular vulnerado e o interesse estatal na persecução penal.[19]

Alexy[20] resolve o problema da colisão de princípios constitucionais por meio da ponderação dos interesses contrapostos, observando, de forma pontual, que a ponderação abstrata dos valores se impõe no caso concreto, no qual os princípios ganham, cada qual, peso particular. O processo de ponderação pode levar a um inquestionável subjetivismo na decisão judicial. Entretanto, não há um decisionismo abstrato, uma vez que a ponderação deve ser operada em um juízo de racionalidade fundamentada, que estabelecerá a preferência lógica entre os princípios opostos.

Para fundamentar a preferibilidade de um princípio ao outro, as razões elencadas podem ser, a título de exemplo, a intenção original do legislador, as consequências benéficas de certa decisão ou as opiniões dogmáticas e jurisprudenciais.

A jurisprudência lusitana dá especial valor à gravidade do delito e delimita que o respeito integral à intimidade de cada cidadão acaba quando este desrespeita a dignidade de seus semelhantes. A Corte equaciona a forma com que o imputado se relaciona com a dignidade dos outros, realçando a funcionalidade da Justiça criminal (Tribunal Constitucional, Ac 607/2003).

Entretanto, a aplicação desmedida da proporcionalidade pode servir de instrumento de frustração das garantias constitucionais, tornando letra morta a disposição constitucional.

É tênue a linha que divide a mitigação de um princípio da sua abolição. A proporcionalidade não deve ser instrumento de aniquilamento, mas sim de harmonização, submetendo o princípio menos relevante ao de mais valor social.[21]

19. Aplicar tal ponderação especificamente visando o aproveitamento de provas obtidas por meio ilícito acabaria por colocar "o interesse da perseguição penal no mesmo plano dos princípios fundamentais do processo penal de um Estado de direito" (Grunwald *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 35).

20. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

21. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 87.

As inovações tecnológicas constituem um avanço sem possibilidade de reversão. O Estado detém instrumentos tecnológicos vorazes, capazes de devassar a intimidade de qualquer cidadão na Web.[22] Para garantir a manutenção do direito à privacidade são necessárias regras que impeçam as intromissões indevidas e injustificadas na esfera íntima e familiar dos indivíduos. Sem regulamentação, a proteção constitucional à intimidade torna-se ilusória, inútil e frágil diante da possibilidade do uso desmedido da teoria da proporcionalidade.

Daniel Sarmento busca equacionar uma fórmula matemática para a aplicação da proporcionalidade, preconizando que "o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente".[23]

A fórmula de Sarmento demonstra a imprecisão da própria equação. A maior incerteza na aplicação do princípio da proporcionalidade está na errônea individualização dos valores em jogo.[24] A invocação ideológica do princípio da proporcionalidade tem constituído a válvula de escape das agências judiciais para atender os reclames "da lei e da ordem", acolhidos pelo senso comum com a aparência de que atuam de acordo com a sua finalidade constitucional. Assim, fulminam, dia a dia, a eficácia dos direitos e garantias tão duramente conquistados ao longo da história.

O sistema penal, de forma autofágica, alimenta-se do argumento ideológico da segurança para justificar as suas extrapolações de limites. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade tem a possibilidade de se constituir em instrumento de negação do direito, reduzindo a Constituição a uma simples folha de papel.[25]

---

22. Não é por outro motivo que o art. 21 do CC determina que a vida privada da pessoa natural é inviolável.

23. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 104.

24. Cf. Tocker, 1974, p. 626-627 *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 67.

25. Cf. PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. *Limites à prova no processo penal:* relação de poder e ponderação de interesses no Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Goiânia, Universidade Federal de Goiás, 2006.

A doutrina necessita criar fórmulas para circunscrever a aplicação da proporcionalidade a limites seguros. Entendemos que não poderá ser admitida qualquer violação a direito fundamental quando o escopo estatal for apenas garantir a condenação e a aplicação de pena ao investigado. Nossa assertiva merece melhor explicação: quando a intervenção do Estado de Polícia tiver por objetivo a interrupção de uma atividade lesiva a um bem jurídico relevante, a obtenção da prova daí decorrente tornar-se-ia legítima, desde que calcada na razoabilidade. A prova seria obtida sob a instância de prevenção de perigo.[26]

Sobretudo, visando evitar abusos por parte dos órgãos de persecução penal, a prova extraída com restrições aos direitos individuais deverá ser submetida ao controle judicial prévio.

Conter a aplicação vulgarizada do princípio da proporcionalidade a partir do reconhecimento da sua deslegitimação parcial é uma exigência da democracia. Garantir a sua aplicação para a defesa da segurança pública e a prevenção de perigo é uma necessidade prudente. O tormento da jurisprudência estará em achar o ponto de equilíbrio, uma vez que os critérios de tal ponderação não poderão encontrar assento seguro na lei, mas sim no caso concreto e, especificamente, na decisão judicial.

As garantias são limites redutores, mas não aniquiladores, das pulsões naturais do estado de polícia. Será na ponderação sensata dos interesses que a razoabilidade se legitimará no caso concreto, validando a opressão pontual de privacidade do investigado, observado o postulado da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).[27]

---

26. "Nem só a descoberta da verdade, preordenada à realização da justiça (*sic*) pela via da persecução penal, identificação e punição dos agentes do crime, poderá reclamar a utilização de provas de algum modo atinentes à área problemática das proibições de provas. Para além disso, e como já deixámos sugerido, não será difícil configurar situações ou constelações típicas em que a produção ou valoração daquelas provas constitui meio idóneo e necessário à promoção de autónomos e relevantes valores ou interesses transprocessuais-penais. (...) quando a escuta telefónica, a coação, mesmo a tortura, configure o único meio de localizar o engenho explosivo com que um perigoso agrupamento terrorista ameaça consumar um massacre de inocentes. A vida oferece, assim, uma fenomenologia de casos concretos em que a realização da prova em processo penal pode relevar ao mesmo tempo como instância de prevenção de perigos" (cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 81-82).

27. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 348.

4. DA CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO (*FAKE*) DE USUÁRIO PELA POLÍCIA PARA OBTENÇÃO DE PROVA

Em um site de relacionamento, às vezes, o investigado apenas disponibiliza suas informações a um número restrito de usuários, denominados de amigos (grupo fechado). Novos contatos devem ter sua admissão aprovada para ter acesso à intercomunicação e poder compartilhar informações. O investigado não admitirá, em regra, como "amigo" ou compartilhador de informações criminosas, a Polícia Judiciária ou o Ministério Público. Assim, para ter acesso às informações, muitos órgãos de investigação vêm utilizando a técnica de criação de perfil falso de usuário (*fake*), na tentativa de obter dados do investigado. A polícia troca, literalmente, informações com o criminoso.

O site *FindLaw Crime & Criminals Blog* publicou, recentemente, que "os agentes do FBI estão agora a juntar sites de redes sociais como o MySpace, o Twitter e o Facebook" para planejar operações secretas. Esses agentes criam perfis on-line que lhes permitem, disfarçadamente, trocar informações com os suspeitos e coletar dados de populares em sites de redes sociais.[28] É como se o suspeito convidasse o polícia para entrar em sua residência, confidenciando-lhe detalhes sobre seu quotidiano, fornecendo prova segura da afirmação.

Nenhuma permissão especial (judicial ou do Ministério Público) é necessária para a criação e a utilização de um *fake* na Web. O porta-voz do Facebook, Simon Axten, afirma que as regras do site proíbem as pessoas de usar nomes falsos e que essa rede social não faria uma exceção para a ação oculta de polícias. Por isso, pende uma inquietação sobre a validade (legalidade) dessa modalidade de incursão probatória.[29]

---

28. Disponível em: [http://blogs.findlaw.com/blotter/2010/04/fbi-uses-digital-billboards-to-help-stop crime.html]. Acesso em: 04.11.2012.

29. Em 15.06.2013, no Brasil, foi lançado um *software* que vasculha a Internet visando coibir a violência na Copa das Confederações. Um *pool* de empresas, em parceria com a Federação Pernambucana de Futebol (FPF) e o Governo de Pernambuco, utilizam um programa que varre a Internet em busca de pistas sobre atos de violência para auxiliar a inteligência da polícia. O programa promete compilar informações de redes sociais como Facebook, Twitter e Instagram para tentar antecipar confusões em grandes eventos. A ferramenta tenta cruzar todas as informações disponíveis para dar informação à polícia. Trata-se de uma grande base de informações, colhidas em toda a Internet, que busca palavras-chave e mapeia incidentes, fornecendo locais, motivações e o nível de risco do ato em questão. A ideia é que, com isso, a polícia possa reagir mais rapidamente a uma situação de perigo em um evento de grande porte. Os desenvolvedores esperam que, no futuro, o programa possa mapear, com eficiência,

O uso do *fake* para investigações em sites de relacionamento poderá ensejar a violação do art. 307 do CP:[30] falsa identidade.[31]

Quando o investigador cria uma identidade dissimulada na Web (*fake*), visa estabelecer uma relação de cumplicidade com o investigado, firmando um elo que lhe permita permanecer no grupo restrito do site de relacionamento. Nesse contexto, as informações obtidas derivam de um engodo, no qual a polícia investigativa dissimula um laço de confiança. O Estado Polícia não pode utilizar engenhos ou meios enganosos para subtrair informações do indivíduo, sob pena de violar a expectativa subjetiva de privacidade do réu, dilacerando o direito ao silêncio do investigado (art. 5.º, LXIII, da CF/1988). Iniciado o diálogo entre o "policial disfarçado" (*fake*) e o investigado, a este não é ofertada a garantia constitucional de ficar calado diante de seu interlocutor (interrogador).[32]

Francisco de Muñoz Conde afirma que:

"La prohibición de valorar una declaración rige cuando el funcionario público omite, por ejemplo, instruir al inculpado sobre su derecho a no declarar, igual debe regir cuando el funcionario consigue esa declaración ocultando su identidad oficial, aparentando ser otro delincuente y consiguiendo así su autoinculpación".[33]

Quando o agente estatal, ardilosamente, dissimula sua identidade na Web (*fake*), a prova obtida atenta contra o princípio do *nemo tenetur*, uma vez que

problemas cotidianos da polícia e até ajudar em ações como o tráfico de drogas. Hoje, porém, ele está focado na prevenção de incidentes durante grandes eventos.

30. Segundo o art. 307 do CP, atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem, é crime punível com pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave do Código Penal brasileiro.

31. Quando o "investigador *fake*" não se utiliza de dados ou imagens de qualquer pessoa real, inexiste o delito de falsa identidade. Nesses casos, segundo a legislação brasileira, não há crime, pois o usuário não utilizou identidade alheia para se identificar na Web. Se o *fake* se utiliza de um "personagem" que não foi criado por ele mesmo (Mikey, Donald, Shrek etc.), pode responder por uso de imagem sem autorização, mas não pelo crime de identidade falsa.

32. HC 69.818/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 148/213 e HC 75.513, rel. min. Moreira Alves, *RT* 740/525 e *RT* 734/627.

33. MUÑOZ CONDE, Francisco de. *De las prohibiciones probatórias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Argentina, 2008. p. 36.

é subtraída do réu a oportunidade de ficar calado e de não se autoincriminar. Complementa Munõz que:

"(...) cuando un policía es llamado al lugar de comisión de un delito y allí mismo interroga al imputado de haberlo cometido, sin haberlo instruido sobre su derecho a permanecer callado, esa declaración, según la jurisprudencia alemana actual, sin lugar a dudas, no puede ser valorada". [34]

Quando a polícia recorre a meios ardilosos e ilegais para obter uma prova perdemos, então, os freios e contrapesos que valorizamos em nosso sistema de Justiça criminal. A ação policial disfarçada (*fake*), sem autorização judicial, configura patente violação à intimidade do usuário de site de relacionamento e assemelha-se a uma "ação encoberta" sem autorização judicial, viciando a prova e envenenando as informações obtidas por derivação.

4.1 Ações encobertas no plano virtual. Agente infiltrado cibernético. Da criação virtual de vítima por agente provocador. Flagrante preparado virtual e o aproveitamento das provas

Ofereça-se um caso, pouco importa que seja real ou construído, que é sempre a melhor forma de apresentar um problema *jus* dogmático.

Ciente da existência de dezenas de vítimas de pedofilia, a polícia investigativa decide criar um perfil falso de usuário, onde A (agente de polícia) figuraria na Web, em um site de relacionamento, ou em sala de bate-papo,[35] na condi-

34. MUÑOZ CONDE, Francisco de. *De las prohibiciones probatórias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Argentina, 2008. p. 36 e 75.

35. 6.ª T., RHC 18.116/SP, RO em HC 2005/0120859-5, j. 16.02.2006, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa (1127), *DJ* 06.03.2006, p. 443. "Ementa: Recurso em *habeas corpus*. Penal. Art. 241. Internet. Sala de bate papo. Sigilo das comunicações. Inviabilidade. Trancamento do inquérito policial. Necessidade de exame aprofundado do conjunto probatório. Inadequação da via eleita. 1. A conversa realizada em 'sala de bate papo' da Internet não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais. (...) Recurso que se nega provimento, com a recomendação de que o juiz monocrático determine a realização imediata da perícia requerida pelo *Parquet* nos autos, sob pena de trancamento da ação penal". "Informativo 0274, período: 13 a 17.02.2006, 6.ª T. Internet. Sala de bate-papo. Ausência. Sigilo. Consta dos autos que a Interpol interceptou conversa do acusado em 'sala de bate-papo' na Internet, no momento em que foi noticiada a transmissão de imagens pornográficas de crianças e adolescentes. Esse fato resultou na instauração de inquérito policial que, ao final da investigação policial, concluiu pela ausência de provas quanto à autoria do recorrente, porém o Ministério Público reque-

ção de uma criança de dez anos de idade. A ação visaria, sobretudo, identificar um determinado agressor, um pedófilo, que constantemente altera seu perfil e muda de terminal de computador, aliciando crianças/vítimas e mantendo oculta sua real identidade.

Suponhamos que a polícia logre êxito na ação de inteligência e que, em determinado dia, B (agressor sexual) inicie conversa com A (agente de polícia disfarçado de criança na Web). Nesse diálogo haveria troca de imagens e o agressor sexual conseguiria obter imagens despidas de A ("A", para consolidar a trama, enviaria foto parcialmente desnuda de uma criança aleatória). Suponhamos que, nesse mesmo dia, B marque um encontro com A, oportunidade em que se efetiva a sua prisão em flagrante.

Quais os problemas?

1. Seria a prisão em flagrante válida?

2. Identificado, por meio dessa manobra investigatória, que B seria o responsável por dezenas de outras agressões sexuais investigadas pela polícia, seria válida, para os outros processos, a prova da autoria obtida?

Interessa-nos cuidar, inicialmente, da validade da mencionada prisão em flagrante. A autoridade policial criou um cenário; arquitetou a figura da vítima; não chegou a instigar, incisivamente, a prática de um crime, mas o delito fora cometido, preponderantemente, em razão da atuação policial. O exemplo posto tem o exato contorno do que a doutrina denomina de flagrante preparado ou provocado.[36] Estabelece a Súmula 145 do STF brasileiro que "não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". A hipótese não configura, destarte, flagrante delito, mas sim crime impossível por obra do agente provocador.[37] Assim, reveste-se de ilegalidade a prisão efetuada.

---

reu novas diligências no material apreendido do paciente. O voto do Ministro relator ressaltou que a conversa na 'sala de bate-papo' da Internet não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois acontece em ambiente virtual que é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais, assim não houve a alegada violação. Isso posto, a Turma negou provimento ao pedido de trancamento do inquérito policial, com a recomendação de que o juízo monocrático determine a imediata realização da perícia requerida nos computadores apreendidos". STJ, RHC 18.116/SP, j. 16.02.2006, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.

36. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 407.

37. Posição calcada na teoria da armadilha. Cf. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 564-565.

Surge o segundo problema: a ação policial possibilitou a identificação de B como o autor de outros crimes de aliciamento e delitos contra a dignidade sexual perpetrados em desfavor de dezenas de crianças. Essa prova seria válida para a inculpação do investigado B? Para vencer o problema posto, necessitamos efetivar pequena digressão doutrinária sobre a figura das ações encobertas no plano virtual e dos agentes infiltrados cibernéticos.

A doutrina diferencia a figura das ações encobertas, do agente infiltrado e do agente provocador, distinção estabelecida pelo modo como a polícia se relaciona com o suspeito.

O agente encoberto se caracteriza por uma absoluta passividade a respeito da decisão criminosa. Ao contrário, o agente infiltrado[38] age com o fim de obter prova para incriminar o(s) suspeito(s), ganha sua confiança pessoal, mantém-se a par dos acontecimentos, acompanha a execução dos fatos e pratica ato de execução, se necessário for, como forma de conseguir a informação necessária ao fim da investigação. Enquanto o agente encoberto limita-se a observar o desenrolar do evento criminoso, o agente infiltrado tem influência no modo como o crime é praticado. O primeiro atua, exclusivamente, ao nível do registro das informações e das provas do crime; enquanto isso, o agente infiltrado tem, ou pode ter, intervenção direta sobre os atos preparatórios e de execução na prática do crime.[39]

Nas circunstâncias delineadas pelo problema, quando a polícia cria a figura de uma vítima virtual, sem autorização judicial, recorrendo ao engodo, acaba por colaborar, decisivamente, com a nova prática delitiva. A prova obtida por força dessa manobra investigatória detém contornos de ilegalidade.

A criação de *fake* (perfil falso de usuário, com falseamento de personalidade na Internet) pelo investigador representa aquilo que a doutrina americana classifica de operações infiltradas na modalidade de *light cover*. Uma infiltração de agente branda, de curta duração, que "não necessita de imersão contínua e permanente, exige menos planejamento, não exige mudança de identidade ou perda de contato significativo com a família e às vezes se constitui em um único encontro para recolhimento de informações".[40]

38. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado – Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

39. MEIREIS, Manoel João Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 163 e ss.

40. CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85.

A prática policial vem demonstrando que, em regra, o "perfil falso" edificado (*fake*) é praticamente descartável, uma vez que é facilmente edificado novo perfil. Quando a ação encoberta virtual prolonga-se no tempo,[41] intensificando o diálogo com o investigado, é natural que o contato virtual se desnature, afinal, o laço de confiança exigirá um contato no "mundo real" (presencial).

O uso do *fake* na investigação criminal exige autorização judicial. A chancela jurídica possibilitará o monitoramento (legítimo) de inúmeros sítios virtuais (site de relacionamento), outorgando funcionalidade à persecução virtual. A prova obtida sem controle judicial é viciada, inquinando as provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*).

A dissimulação ou criação, pela polícia, de vítima para viabilizar a obtenção de prova processual, ao arrepio de autorização judicial, reveste-se de patente ilegalidade.

Há possibilidade de utilização, no ordenamento jurídico brasileiro, das ações encobertas virtuais ou de agentes infiltrados no plano cibernético? Poderíamos revestir a mencionada manobra policial de legalidade, gerando o subsequente aproveitamento das provas?

A legislação portuguesa, ao regulamentar a Lei do Cibercrime (art. 19), contempla a utilização das ações encobertas no plano virtual, fazendo alusão expressa à Lei 101/2001, que regulamenta o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal em Portugal.

No Brasil, as ações encobertas recebem o título de Infiltração de Agentes. A Lei que regulamenta as Organizações Criminosas[42] (Lei 12.850, de 02.08.2013) disciplina que, em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros procedimentos já previstos em lei, infiltração, por policiais, em atividade de investigação, mediante motivada e sigilosa autorização judicial.[43] Outorga-se, ao agente estatal, a possibilidade de penetrar na organiza-

41. *Deep cover*: "Têm duração superior a seis meses e reclamam do agente imersão profunda no seio da organização criminosa, utilização de identidade falsa, perda de contato significativo com a família. Justamente por isso são mais perigosas e penosas do ponto de vista logístico" (MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015. p. 224).

42. A legislação segue caráter programático da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). Ao tratar das técnicas especiais de investigação, previu também as "operações de infiltração" (art. 20, item 1), mas sem pormenorizá-las.

43. Art. 3.º, VII, da Lei 12.850/2013.

ção criminosa, participando das atividades diárias, para, assim, compreendê-la e melhor combatê-la pelo repasse de informações às autoridades

Muito embora exista uma patente evolução na regulamentação dos agentes infiltrados[44] pela Lei 12.850/2013, percebe-se que a legislação se descurou de regulamentar a utilização das regras de infiltração no ambiente cibernético. A legislação brasileira[45] não contempla acerca da legitimidade ou não da utilização do *fake* por parte dos órgãos de persecução.

Apesar da já citada Lei admitir as ações infiltradas apenas quando houver indícios de atuação de organizações criminosas,[46] outras legislações, como a Lei 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), em seu art. 53, I, contempla a possibilidade de infiltração de agentes na persecução penal do tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, percebe-se que as ações infiltradas (operações *undercover*) podem incidir não só nos crimes plurissubjetivos, mas também, nos unissubjetivos.

Em diálogo entabulado com o Promotor de Justiça Vinícius Marçal, autor da obra *Crime organizado*,[47] este levantou inquietações quanto à legalidade da infiltração virtual nas hipóteses de violação dos tipos penais não contemplados pela Lei das Organizações Criminosas e Lei de Drogas.

Ocorre que a Lei federal 9.296/1996 (Interceptação Telefônica) permite, em seu art. 1.º, parágrafo único, a quebra do sigilo no que tange à comunicação de dados, mediante ordem judicial fundamentada. Aqui reside a permissão normativa para quebra do sigilo de dados informático, e, subsequentemente

---

44. Em sede doutrinaria, três características básicas são ressaltadas: "a dissimulação, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de sua verdadeira intenção; o engano, posto que toda a operação de infiltração se apoia em uma encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e, a interação, isto é, uma relação direita, mesmo que seja virtual, entre o agente e o autor potencial" (SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas:* aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.

45. *Lege ferenda,* seria de bom alvitre que o legislador brasileiro seguisse a trilha do legislativo português.

46. O art. 1.º, § 2.º, da Lei das Organizações Criminosas (12.850/2013) contempla sua aplicabilidade, também : *"I – às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II – às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional"* (grifos nossos).

47. MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado.* São Paulo: Método, 2015.

para permitir a interação, a interceptação e a infiltração do agente cibernético. Enquanto essa Lei outorga legitimidade (legalidade), a Lei das Organizações Criminosas (12.850/2013) ditaria o rito (regras procedimentais), em uma flagrante interpretação progressiva, atento ao princípio da atualidade para adequar a norma à realidade tecnológica contemporânea.[48]

Diga-se de passagem, a Lei que regulamenta o "Marco Civil" (Lei 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil) garante o acesso e a interferência no "fluxo das comunicações pela Internet, por ordem judicial".

A potencialidade danosa dos delitos virtuais, assim como a complexidade e a dificuldade da persecução penal cibernética, levará a doutrina e a jurisprudência a contemplar, admitir e aplaudir as ações infiltradas nas hipóteses de investigação no plano virtual.

A Lei 9.296/1996 (que regulamenta as interceptações), conjugada com a Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), permite a ação infiltrada virtual, desde que observadas a cláusula de reserva de jurisdição e a finalidade para investigação criminal, atentando-se para o juízo de ponderação dos valores constitucionais em jogo.

Muito embora segmento da doutrina[49] identifique problemas de ordem moral na utilização das ações infiltradas, levantando infração aos princípios éticos, o Promotor de Justiça goiano Flávio Cardoso Pereira – uma das vozes mais autorizadas a respeito do assunto – esclarece que:

"O crescimento e o desenvolvimento de novas formas graves de criminalidade têm colocado o processo penal em situação de alarme, uma vez que a persecução penal realizada nos moldes tradicionais, com métodos de investigação já amplamente conhecidos, vem se mostrando insuficiente no tocante ao combate à delinquência moderna. Impõe-se, então, o estabelecimento de re-

48. RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). *Revista Jus Navigandi*, ano 5, n. 41, Teresina, 01.05.2000. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/195]. Acesso em: 02.03.2016.

49. SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *RBCCrim* 42/224, Rio de Janeiro: Ed. RT, jan.-mar. 2003. Em posição diametralmente oposta, Rafael Pacheco crê "precipitada a atribuição de uma moral duvidosa" à medida, "uma vez que, ao menos no Brasil, a infiltração, igualmente a outros institutos que restringem garantias e direitos constitucionais, está submetida ao controle e amparada por ordem de um juiz competente" (PACHECO, Rafael. *Crime organizado* – medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011. p. 110).

gras processuais compatíveis com a modernidade do crime organizado, porém, sempre respeitando, dentro do possível, os direitos e garantias fundamentais do investigado".[50]

A infiltração de agente apenas é admitida quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, desde que comprovada sua necessidade. Configura-se, assim, técnica especial de investigação voltada ao combate da criminalidade moderna.

Não há empecilho na utilização de ações encobertas ou agentes infiltrados na persecução dos delitos virtuais, desde que, conjugado critérios de proporcionalidade (utilidade, necessidade), seja observada a subsidiariedade (a prova não possa ser produzida por outros meios disponíveis).

Concebemos que o uso do *fake* pelos órgãos de persecução equivale à modalidade de infiltração de agente, a qual consiste em meio extraordinário de obtenção de prova. Na criação de perfil falso de usuário (*fake*) pelo investigador, há de ser respeitada a proporcionalidade, a subsidiariedade, o controle judicial e a legalidade.[51] O agente policial pode criar perfil falso de usuário (*fake*) visando incursão investigativa na Web, desde que "calçado" pelo competente mandado judicial. A Lei 9.296/1996 (que regulamenta as interceptações), conjugada com a Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), outorgam validade processual às ações infiltradas no plano cibernético, desde que observada a cláusula de reserva de jurisdição.

5. DA PROVA PRODUZIDA PELO ACUSADO EM SITES DE RELACIONAMENTO E A GARANTIA DE NÃO SER O CIDADÃO OBRIGADO A PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO – *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

As provas obtidas em sites de relacionamento são, na maioria das vezes, produzidas pelo próprio acusado. Todavia, ao investigado é outorgada a prerrogativa de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo e o direito de permanecer em silêncio. Assim, surge o seguinte questionamento: qual a validade da prova obtida no site de relacionamento, quando esta é produzida pelo próprio acusado?

50. Tradução livre de PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto como medio extraordinário de investigación* – perspectivas desde el garantismo procesal penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez. 2013. p. 619.

51. MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015. p. 231.

O direito ao silêncio, cuja origem se remonta à Idade Média e ao início da Renascença, é a versão nacional do privilégio *against self-incrimination* do direito anglo-americano,[52] que surgiu como forma de reação ao procedimento inquisitório que transformava o arguido em instrumento de sua própria condenação.

Aqueles que militam cotidianamente nas lides forenses sabem que o silêncio pode ser a arma mais poderosa à disposição do acusado e, em contrapartida, a mais perigosa. Por essa razão, o sistema brasileiro outorga especial força ao direito de ficar calado, na medida em que impede, inclusive, que o julgador forme convencimento em prejuízo do réu por força do exercício do silêncio.[53]

Expomos uma lógica: se o cidadão não é obrigado a declarar-se culpado, não poderia ser ele obrigado a fornecer prova que o inculpasse. Esse raciocínio faz com que percebamos que o direito ao silêncio e à não autoincriminação estão incindivelmente ligados. Subtraindo do réu o direito ao silêncio, este estaria obrigado a pronunciar-se, revelando, por vezes, informações aptas a sua autoincriminação.

Nem a lei processual, muito menos a Constituição Federal brasileira,[54] consagram, diretamente, o direito ao *nemo tenetur*. Situação semelhante se registra nos ordenamentos alemão e português. Para Fernandes,[55] foi sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla de-

52. Segundo o U.S Constitution Amendment 5 – Trial and Punishment, Compensation for Takings: "(...) nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation".

53. Beccaria, nos idos de 1764, já se debatia contra a exigência de juramento de verdade no julgamento do réu, afirmando que "uma contradição entre as leis e o sentimento natural dos homens nasce dos juramentos que se exigiam dos réus, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir com a própria destruição; como se a religião não se calasse, na maioria dos homens; quando fala o interesse" (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 78).

54. A constituição brasileira acolhe com carga normativa os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. O Dec. 678, de 06.11.1992, firma a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, o qual, no art. 8.º, II, *g*, disciplina como garantia judicial a prerrogativa de investigado "não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado".

55. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 303-304.

fesa e de outros preceitos constitucionais, como os da presunção de inocência e do direito ao silêncio,[56] o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ser forçado a produzir prova contra si mesmo.

A doutrina e a jurisprudência europeias, no entanto, são consensuais em afirmar o assento constitucional do princípio do *nemo tenetur*, tido como princípio constitucional não escrito.[57]

O que importa é que, em ambas as hipóteses, o fundamento do *nemo tenetur* está enraizado na perspectiva de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), o que outorga ao acusado a condição de sujeito de direito no processo, e não a de objeto de investigação.[58]

Na persecução penal, sempre que for imposta uma obrigação ao investigado que o exponha ao risco de inculpação, a ele deve ser assegurado o direito ao silêncio e à não autoincriminação.

Acreditamos, entretanto, que o *nemo tenetur* não tem vigência absoluta, sendo passível de limitação. A lei processual, prévia e expressa, obedecendo a um critério de proporcionalidade,[59] é instrumento apto a excepcionar o princípio do *nemo tenetur*, viabilizando sua aplicação racional.

Enfrentemos, pois, um problema. Suponha que o investigado veicule, publicamente, num site de relacionamento, informação capaz de gerar sua autoincriminação. Haveria vedação legal à utilização dessa prova por força do princípio do *nemo tenetur*?

Importante efetivar a diferenciação entre colheita de prova direta e indireta. O réu sempre pode ser objeto de prova e seus atos jurídicos passíveis de

56. Cf. Art. 5.º, LXIII, da CF/1988: "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)" (BRASIL, 2009).

57. Figueiredo Dias, Costa Andrade e Costa Pinto, em uma concepção processualista do tema, entendem que o direito ao silêncio e à não autoincriminação teriam fonte jurídico-constitucional nas garantias processuais reconhecidas ao arguido no texto constitucional, designadamente no princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF/1988), que asseguram um processo penal equitativo (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 38).

58. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 40-41.

59. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 45.

persecução. O respeito à condição de sujeito processual apenas impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo. A legislação nunca proibiu que o réu produzisse prova contra si mesmo, mas sim que ele fosse coartado a produzir a prova. Assim, se o investigado produzir, espontânea e publicamente, prova apta a colaborar com sua inculpação, esta deverá ser valorada no processo, ante a sua inquestionável validade.

6. DA VALIDADE DAS PROVAS ILÍCITAMENTE OBTIDAS POR PARTICULARES NOS SITES DE RELACIONAMENTOS (FACEBOOK)

Em sites de relacionamento, o usuário constantemente acessa fotos, vídeos e textos de outras pessoas e, nesse momento, pode identificar a prática de um ilícito penal.

Se o particular usar de meio lícito para a obtenção da prova, ou seja, sem violação da lei penal ou mesmo da intimidade do investigado, a utilização do elemento probatório, na órbita processual, será plenamente válida.

Preferimos problematizar o tema partindo de uma situação hipotética: após violar a privacidade de terceiro, um particular obtém prova da prática de um delito em site de relacionamento e repassa a informação ao órgão de persecução penal. Será válida a utilização dessa prova na órbita processual? A quem se dirigem as regras de proibição de produção de provas ilícitas? Somente às autoridades de persecução penal ou também aos particulares?

A jurisprudência norte-americana consagra que, na colheita de provas, apenas a ação governamental inoportuna, ou de quem esteja ao seu serviço, tem o condão de violar a privacidade do indivíduo.[60] Consolida-se na América uma doutrina[61] que subentende que a privacidade é um direito do cidadão contra a ação estatal. Assim, quando um particular, com intenções privadas, invade

60. Em United States of America vs. Robert Beam Runyan, a Corte Americana afastou a violação à Quarta Emenda, aduzindo que ela proíbe apenas a ação governamental e que é "totalmente inaplicável" a uma busca ou apreensão efetuada por um particular, não agindo como um agente do Governo ou com a participação ou o conhecimento de qualquer funcionário do governo. Nesse mesmo sentido, United States vs. Jacobsen, 466 EUA L.Ed.2d 85 (1984), citando Walter vs. Estados Unidos, 447 EUA 649, 662, 100 S.Ct. 2395, 65 L.Ed.2d 410 (1980).

61. Hairabedián observa que "las exclusiones probatorias están impuestas solo para disuadir conductas no deseadas de funcionarios ha sido reiteradamente expuesto por el derecho judicial estadounidense (...) el primer fundamento de la regra de exclusión es la protección de los derechos de los indivíduos contra la inconducta policial" (HAI-

a privacidade do investigado, obtendo prova da prática delitiva, não haveria obstáculo jurídico para a utilização dessa prova na órbita processual.

No direito alemão, a valoração da prova acaba por depender da ponderação a ser feita entre o sacrifício do bem jurídico do particular e o interesse público na perseguição penal, em um patente juízo de proporcionalidade. Roxin, em análise detida do tema, questiona:

"(...) las pruebas pueden ser obtenidas no sólo por los órganos de persecución penal, sino también por particulares. (...) Cuando esos particulares proceden en ello ilícitamente (p. ej., sustraen documentos) y ponen a disposición de las autoridades de la investigación las pruebas así obtenidas, se cuestiona se las pruebas obtenidas pueden ser valoradas en el procedimiento penal".[62]

Interessante observar que, para Roxin, no processo penal alemão essas provas seriam aceitas *sin ningún tipo de limites*. Adverte, entretanto, que se a polícia fizer uso do serviço de pessoas particulares e o usar para descobrir provas de um crime, será absolutamente rechaçável a utilização dos elementos de prova obtidos. O grande receio é que, ao admitir que o particular invada a privacidade do investigado para obter provas, se acabe por incentivar a criação e a livre ação de empresas privadas de investigação, as quais não sofreriam as limitações constitucionais impostas aos órgãos de persecução penal.

Vê-se que o tema é controvertido. De um lado, corrente significativa de doutrinadores entendem que se estende aos particulares a proibição de produção de prova ilícita, uma vez que o Texto Legal não limita a vedação aos agentes estatais.[63] Corrente contrária, não menos expressiva, subtende que o particular não seria destinatário dessa regra de proibição.[64] Dessa feita, a legalidade da obtenção da prova pelo particular seria analisada à luz do direito

---

RABEDIÁN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. p. 47 e 56).

62. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. p. 206.

63. MENDES, Elisa Solange Gomes. *As provas ilicitamente obtidas por particulares*. 2010. Relatório (Estágio de mestrado) – Ciências Jurídico-Criminais (Direito Processual Penal), Faculdade de Direito, Lisboa, Universidade de Lisboa, 2011, p. 26; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. p. 318.

64. Nesse sentido: MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 138-141.

penal material, ou seja, com a verificação da licitude ou ilicitude penal da sua colheita.

A ótica constitucional brasileira foge do clássico sistema de verticalização da eficácia dos direitos fundamentais, que obrigaria apenas ao Poder Público o respeito às garantias constitucionais. No Brasil, foi reconhecida a existência da eficácia horizontal dos direitos humanos, chamada de "eficácia privada" ou "eficácia em relação a terceiros". Consequentemente, a privacidade de alguém não pode ser desrespeitada, sequer por particulares. Há uma vinculatividade do sujeito privado aos direitos fundamentais.[65]

Festejando a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, o STF (RE 251.445/GO) se pronunciou sobre o tema. Vejamos:

"(...) tratando-se de prova ilícita – especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional – (...) indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado: a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade".[66]

Assim, consolida-se, no Brasil,[67] a perspectiva de que não importa qual sujeito (Estado ou particular) violou o direito à intimidade, o que importa é

65. "Na origem histórica dos direitos humanos não existe base alguma que justifique a exclusão do âmbito das relações privadas, dos direitos fundamentais" (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Teoría general. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 620).

66. No mesmo sentido, a doutrina espanhola de Manuel Miranda Estrapes: "Frente a aquellas posiciones, doctrinales y jurisprudenciales, que limitam la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita a la obtenida por autoridades o funcionarios públicos, pero no cuando se trata de particulares, opinamos que su tratamento debe ser el mismo con independencia de quien o quienes lleven a cabo esta labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba. A estos efectos carece de importancia el carácter de la persona (funcionario público o particular) que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita dada la eficacia erga omnes de los derechos fundamentais como derechos individuales" (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el processo penal*. 2 ed. rev. e ampl. Barcelona: Bosch, 2004. p. 28-29).

67. As provas ilicitamente obtidas por particulares são inadmissíveis no processo penal, pois tanto os órgãos públicos incumbidos da persecução penal como os particulares que se lançam à atividade probatória podem violar direitos fundamentais na obtenção

a preservação da dignidade da pessoa humana. Se o investigado demonstrar expectativa subjetiva de privacidade, evidenciando que tomou as precauções normais para mantê-la, deverá ficar imune não só da intrusão governamental, como também da de particulares, sob pena de nulidade da prova e impossibilidade de sua valoração no âmbito processual. Entendemos, sobretudo, que, em um caso concreto, deverá ser conjugado um juízo de ponderação dos valores em conflito. A lógica alemã nos parece mais coesa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A rede de computadores foi construída para ser rápida e eficaz, edificada sobre o mito da segurança. Imerso em todas as facilidades e modernidades impostas pela Internet, o homem volta ao ambiente mais selvagem, desconhecido, inóspito e sujeito aos males mais inesperados. A rede encurta a distância entre a vítima e o delinquente e, ironicamente, entre este e o investigador.

A evolução tecnológica, aliada a macrocriminalidade cibernética, têm levado o direito penal ao seu limite, transformando e, por vezes, rasgando alguns dogmas penais, dissolvendo a ciência processual e colocando em xeque o primado das garantias individuais contempladas na Constituição.

O processo penal da era cibernética deve estar atento às peculiaridades das relações entabuladas na Web. Nas provas obtidas em sites de relacionamento, por via de regra, o réu produz prova contra si mesmo. Assim, não é o direito que viola ou relativiza o princípio da intimidade, mas sim o próprio acusado que dele abdica. O magistrado não pode enaltecer a intimidade do investigado a ponto de dar valor a uma privacidade da qual ele mesmo abriu mão.

Tratando-se de provas obtidas em sites de relacionamento, quando as informações estiverem guarnecidas na esfera de privacidade do investigado, a incursão do Estado somente será legítima se a prova for obtida sob o manto da ordem judicial, ponderado o juízo de razoabilidade da incisão.

A história demonstra que a criminalidade grave sempre existiu. O ambiente cibernético traz apenas uma nova vertente de um velho problema, a macrocriminalidade. A era globalizada esboça uma tendência menos garantista, em que, sob a luz da proporcionalidade, ocorre a flexibilização de regras de imputação e a relativização de algumas garantias político-criminais, substantivas e

---

de elementos de prova (cf. SILVA, Bruno César Gonçalves. *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*. Campinas/SP: Servanda, 2010. p. 134).

processuais.[68] O poder político e as instâncias de aplicação do direito, impotentes e receosos com a imponência ofensiva da cibercriminalidade, hasteiam a bandeira de um direito processual mais efetivo e repressivo, o qual vislumbra, na relativização das garantias processuais, uma forma de garantir a segurança pública no espaço cibernético. A proporcionalidade deve ser instrumento que viabiliza a prevenção de perigo social (segurança pública). Assim, não se legitima a supressão de garantias individuais quando a bandeira hasteada é a do simples combate ao grave criminoso virtual, sob a vertente da efetividade sancionatória do direito penal.[69]

Concebemos que o uso do *fake* pelos órgãos de persecução equivale à modalidade de infiltração de agente, a qual consiste em meio extraordinário de obtenção de prova. Na criação de perfil falso de usuário (*fake*) pelo investigador, há de ser respeitada a proporcionalidade, subsidiariedade, controle judicial e legalidade.[70] O agente policial pode criar perfil falso de usuário (*fake*), visando incursão investigativa na Web, desde que "calçado" pelo competente mandado judicial. A Lei 9.296/1996 (que regulamenta as interceptações), conjugada com a Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), outorgam validade processual às ações infiltradas no plano cibernético, desde que observada a cláusula de reserva de jurisdição.

A potencialidade lesiva dos delitos virtuais, assim como a complexidade e a dificuldade da persecução penal cibernética, levarão a doutrina e a jurisprudência a contemplar, admitir e aplaudir as ações infiltradas nas hipóteses de investigação no plano virtual, pois não há violação de princípios éticos ou de ordem moral na utilização das ações encobertas cibernéticas.

Embora exista acentuada dissidência doutrinária, no ordenamento jurídico brasileiro a privacidade deve ser respeitada pelo Estado e por particulares, por

68. Cf. SILVA SÁNCHES, Jesus María. *A expansão do direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 89.

69. "Em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por um justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem o processo penal vocacionado para proteção dos direitos fundamentais. Pois, na situação de criminalidade mais grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais" (WOLTER apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 38).

70. MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015. p. 231.

força da eficácia horizontal (eficácia privada) dos direitos humanos. Assim, é vedada, em regra, a valoração de prova ilícita obtida por particular em site de relacionamento. Particularmente, entendemos que a lógica alemã é mais coesa, devendo ser conjugado um juízo de ponderação dos valores em conflito no caso concreto.

Quando o investigado produz, espontânea e publicamente, prova apta a colaborar na sua inculpação, a utilização desta na órbita processual reveste-se da mais completa legalidade. A legislação nunca proibiu que o réu produzisse prova contra si mesmo, mas sim que ele fosse coartado a fornecer prova em seu detrimento.

É inquestionável que as proibições de prova impõem severas limitações ao conhecimento da verdade no processo penal, vendando, propositalmente, o órgão juiz.

Quando o legislador impõe ao judiciário limites de valoração a certas provas, não significa que a Justiça seja cega à verdade. Nas primeiras representações conhecidas, as deusas da justiça grega Thémis e Diké surgem de rostos descobertos, sem venda, armadas de espada, sem o fiel da balança, aparentemente aludindo à necessidade de ter os olhos bem abertos e observar todos os pormenores relevantes para a justa aplicação da lei. Só mais tardiamente a figura da deusa romana Ivstitia se revelou de olhos vendados e com o fiel da balança. Para os romanos, a atividade do executor, simbolizada pela espada punitiva, perde importância diante da valorização do conhecimento, do intelecto, do rigor normativo, simbolizados pelo fiel da balança.[71]

Assim percebemos o tema, proibição de valoração das provas ilícitas no processo penal contemporâneo: a legislação disciplina hipóteses em que haverá vedação da valoração de determinadas provas, como, *verba gratia*, na violação da intimidade. Atento a essas hipóteses, vendamos o Magistrado, impondo limites à produção de provas pelos órgãos de persecução. Destarte, nivelam-se as forças processuais, outorgando paridade de armas e poder de resistência e defesa ao investigado, na certeza de que a igualdade entre os sujeitos só pode ser alcançada mediante o respeito aos direitos e garantias individuais contemplados na Constituição. Apenas nesses termos a Justiça penal alcança a justiça.

71. Disponível em: [http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-da-justica/quero-saber-mais/quero-aprender/os-simbolos-da-justica.aspx]. Acesso em: 15.01.2013.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. *A captação de imagens como prova no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Goiânia, Universidade Federal de Goiás, 2004.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSERINO, Cassio Roberto. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só:* tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.

DUARTE, Fábio; QUANDT, Carlos; SOUZA, Queila. *O tempo das redes*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA VS. MARK STEPHEN FORRESTER. Tráfico drogas, com intercepção de e-mail e conversas entabuladas pelo investigado em sites de relacionamento. Tribunal aborda violação à Quarta Emenda. Disponível em: [http://itlaw.wikia.com/wiki/U.S._v._Forrester]. Acesso em: ago. 2013.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, António Magalhães; FERNANDES, António Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015.

MEIREIS, Manoel João Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

MENDES, Elisa Solange Gomes. *As provas ilicitamente obtidas por particulares*. 2010. Relatório (Estágio de mestrado) – Ciências Jurídico-Criminais (Direito Processual Penal), Faculdade de Direito, Lisboa, Universidade de Lisboa, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado – Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el processo penal*. 2 ed. rev. e ampl. Barcelona: Bosch, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. São Paulo: Saraiva, 1997. (Temas de Direito Processual – Sexta Série).

MUÑOZ CONDE, Francisco de. *De las prohibiciones probatórias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Argentina, 2008.

PACHECO, Rafael. *Crime organizado* – Medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales:* teoría general. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto como medio extraordinário de investigación* – Perspectivas desde el garantismo procesal penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Limites à prova no processo penal:* relação de poder e ponderação de interesses no Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Goiânia, Universidade Federal de Goiás, 2006.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/1996 (interceptação telefônica). *Revista Jus Navigandi*, ano 5, n. 41, Teresina, 01.05. 2000. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/195]. Acesso em: 02.03.2016.

ROSA, Fabrízio. *Crimes de informática*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *RBCCrim* 42/214-224, São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, Bruno César Gonçalves. *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*. Campinas: Servanda, 2010.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas:* aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito penal.* São Paulo: Ed. RT, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal.* 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

THAMAN, Stephen C. *Comparative criminal procedure:* a casebook approach. Durham: Carolina Academic Press, 2002.

UNITED STATES VS. RUNYAN (2001). Disponível em: [http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1018338.html]. Acesso em: abr. 2012.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia.* São Paulo: Ed. RT, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Infidelidade e internet. Breve análise acerca da responsabilidade civil nos casos de infidelidade virtual, de Helen Cristina Leite de Lima Orleans, *RT* 943/19 – *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 1/475 (DTR\2014\1598); e
- Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet. Limites constitucionais e processuais, de Antonio Baptista Gonçalves, *RDPriv* 48/299, *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 1/515 (DTR\2011\4651).

85356

Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória

The chain of custody, an evidentiary traceability

Carlos Edinger

Pesquisador do Núcleo de Estudos de Direito Processual Penal, UFRGS/CNPq.
Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial, PUC-RS.
Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS.
carlos.edinger@gmail.com

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo trata da cadeia de custódia, ou, em outras palavras, da averiguação da fidedignidade de determinado elemento probatório. Com esse trabalho, pretendo apresentar um conceito de cadeia de custódia e, com vistas à prática, trazer as consequências do que ocorre com a sua quebra.

Palavras-chave: Cadeia de custódia - Prova - Admissibilidade - Valoração - Rastreabilidade.

Abstract: This article aims to analyze the chain of custody, or, in other words, the trustworthiness of a certain piece of evidence. With this work, I hope to present a definition of chain of custody and, aimed at the practice of law, to list the consequences of its breach.

Keywords: Chain of custody - Evidence - Admissibility - Valuation - Traceability.

Sumário: Introdução - 1. Constrangimentos epistemológicos - 2. A cadeia de custódia como sequência de elos - 3. O direito constitucional à prova como fundamento da cadeia de custódia - 4. A prova da cadeia de custódia - 5. Admissibilidade e valoração - 6. Consequências da quebra da cadeia de custódia - Conclusão - Referências bibliográficas.

Introdução

Primeiro caso: você é réu de uma ação penal. A ação se baseia, principalmente, em interceptações telefônicas. Certo de que se possibilitaria o exercício da constitucionalmente estabelecida ampla defesa, com base na Súmula Vinculante 14, o seu procurador constituído requer acesso à integralidade das

interceptações feitas. Todavia, apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.[1]

Segundo caso: você é réu em uma ação penal, cujo fato sob análise é o encaminhamento de um e-mail, a partir de um destinatário desconhecido. No decorrer do processo, a perícia verifica a existência de uma *backdoor* no disco rígido periciado (cópia de trabalho do original), o que permite o controle remoto da máquina por outras pessoas e, consequente, gera dúvidas acerca da autoria da mensagem eletrônica. Mas, por se tratar de vírus, os peritos excluem esse arquivo. Nesse momento, o disco rígido original não mais se encontra à disposição: nem da perícia, nem da defesa, nem da acusação, nem do juízo.[2]

Esses casos, embora não a mencionem, referem-se à cadeia de custódia da prova. Sendo ela, certamente, assunto novo no direito brasileiro, procurar-se-á, nesse artigo, traçar certos pontos para um profícuo debate. De forma a não tornar o corte científico demasiadamente largo, tratarei dos seguintes problemas: o direito ao acesso aos elementos probatórios, em sua integralidade, e a necessidade de manutenção de sua integridade ao longo do procedimento. Ou seja, tratarei da rastreabilidade da prova, conceituada a partir da cadeia de custódia. Corolário disso é a análise da quebra dessa cadeia, que também se problematizará.

A hipótese aqui levantada, quanto ao primeiro ponto, é que a rastreabilidade probatória encontra supedâneo na ampla defesa, no contraditório e no direito à prova (lícita). Quanto ao segundo problema posto – a consequência da quebra da cadeia de custódia –, defendo que leva ela à inadmissibilidade daquela prova.

Assim, tratarei, em sequência, dos fundamentos do constrangimento epistemológico no processo, para, então conceituar a cadeia de custódia sob essa luz. Após, farei a subsunção do conceito da cadeia de custódia aos fundamentos constitucionais e legais que o albergam, em verdadeiro raciocínio silogístico.

Feito isso, tratarei do segundo problema, passando pelas formas de se provar a cadeia de custódia e pela necessidade de se prova-la, distinguindo admis-

1. STJ, HC 160.662/RJ, 6.ª T., j. 18.02.2014, rel. Min. Assusete Magalhães, *DJe* 17.03.2014.

2. STJ, APn 684/DF, Corte Especial, j. 03.04.2013, rel. Min. Ari Pargendler, *DJe* 09.04.2013.

sibilidade e valoração probatória, para, então, afirmar qual a consequência da sua quebra.

Passados esses temas, conclui-se que a regulamentação da atividade probatória se trata de um constrangimento epistemológico. Isso diz respeito tanto ao aspecto demonstrativo quanto ao aspecto persuasivo da prova. Esse constrangimento traz garantia ao desenvolver processual e legitimidade ao sistema jurídico.

A cadeia de custódia da prova se encontra inserida nesse tema. Ela visa garantir a rastreabilidade da prova. Faz isso com o fim de (i) não olvidar da verdade e (ii) estabelecer bases firmes para a argumentação jurídica que se desenvolverá ao longo do processo.

Seus fundamentos constitucionais são o direito à prova lícita, sob seu viés de proibição de insuficiência e sob seu viés de imperativo de tutela, e o direito à defesa efetiva. Por esses motivos – como se verá –, são ilícitos os elementos probatórios que não possuem uma rastreabilidade adequada: eles violam o devido processo legal, o contraditório, a integralidade da prova, a lealdade entre as partes e, principalmente – de maneira redundante – a vedação constitucional às provas ilícitas. Como afirmado por Eduardo Del Campo:

"Por mais que os avanços científicos possam contribuir com as ciências forenses no sentido de aprimorar a capacidade de reunir evidências suficientes para a solução das questões levadas à consideração da Justiça, tais evidências, particularmente aquelas relacionadas com a necessidade posterior de exames laboratoriais, só podem ser aceitas como meios de prova se a coleta, o manuseio e a análise das amostras observarem condições mínimas de segurança de modo a garantir a integridade do material a ser examinado e a idoneidade dos meios empregados".[3]

1. CONSTRANGIMENTOS EPISTEMOLÓGICOS

Cabe ao legislador estabelecer critérios que definam o que pode e o que não pode ser feito em prol de eventual busca da verdade dentro do processo. São os critérios legais, sob o abrigo da supremacia da Constituição Federal (CF), que mostram os parâmetros que conciliam a liberdade de convencimento do julgador com a legitimidade do sistema de Justiça. Esses parâmetros se justificam,

3. DEL-CAMPO, E. R. A. *Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal: abordagem descritiva e crítica*. 252f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, São Paulo, USP, 2008, p. 235.

dentre outros motivos, pela simples constatação de que os benefícios advindos das garantias dadas aos acusados, sob um ponto de vista social e institucional, mostram-se mais adequados e necessários do que eventual convencimento subjetivo (certeza) de certo juízo acerca da ocorrência de determinado fato criminoso.[4]

Esses critérios – derivadas da Constituição Federal, vale lembrar – "por um lado, servem para a garantia dos direitos fundamentais". Por outro, servem "[para preservar] a integridade constitucional, particularmente através da realização de um processo justo".[5]

No terreno probatório, essas garantias partem da premissa de que a prova não é só a reconstrução do passado, mas também conta com um viés legitimador do processo, o qual, por sua vez, fundamenta limites epistemológicos, com o fim de que não se produzam juízos fáticos que não possuam nenhuma correspondência com a realidade. Dito de outra forma: o ordenamento jurídico brasileiro adota uma postura consciente de que a busca da verdade pode ser uma ideologia inquisitória enrustida.

Disso, extrai-se que a regulamentação da atividade probatória se trata de um constrangimento epistemológico, que diz respeito tanto ao aspecto demonstrativo quanto ao aspecto persuasivo da prova. Neste, relaciona-se à regulação do procedimento, estabelecendo bases verossímeis para a argumentação; naquele, ao controle do juízo de fato e da fundamentação, estabelecendo juízos de fatos que se relacionam, corretamente, aos enunciados sobre a realidade.[6] Para esse artigo, considero essa definição suficiente, não pretendendo combater posições extremadas para ambos os lados (se demonstrativa ou se persuasiva a prova): afinal, o constrangimento epistemológico se mostra, como exposto, em qualquer uma das visões.

Então, exemplificativamente, o constrangimento epistemológico se traduz como a constatação de que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. É o que está exposto no art. 5.°, LVI, da CF/1988. Dando conteúdo a esse

4. ELLERO, P. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980. p. 23.

5. AMBOS, K.; LIMA, M. P. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e basileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 82-83.

6. KNIJNIK, D. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 11.

enunciado normativo, no art. 157 do CPP, diz-se que provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

O sentido mínimo dessa norma, que deve ser interpretada como regra, é o de que "provas adquiridas com infração a normas constitucionais ou legais são inadmissíveis".[7] Do contrário, joga-se fora a norma constitucional, porque despida de qualquer conteúdo, negando-se o valor "[da] proibição constitucional de provas ilícitas, pois sempre lhe poderiam ser opostos outros direitos e valores supostamente mais relevantes".[8]

Uma forma de corporificar essa proibição é dar vazão ao contraditório no âmbito processual. É de Taruffo a seguinte afirmação:

"Vale a pena ressaltar que o contraditório é, além de uma garantia defensiva, um método de formação da prova que objetiva assegurar – através do confronto dialético de posições, informações e argumentações diversas fornecidas pelas partes – a completude e a confiabilidade do procedimento probatório e dos critérios de decisão sobre os fatos".[9]

Com esses limites, quer-se, de um lado, afastar o elevado subjetivismo da decisão, constrangendo-a ao que provado – licitamente – nos autos. De outro lado, o constrangimento epistemológico traz legitimidade ao sistema. Afinal, por atuar em nome do Estado, não se pode admitir um juízo fático, valorativo, que, em última análise, é baseado em pauta ideológica, parcial, não fundamentada de maneira juridicamente racional.

Como salienta Antônio Magalhães Gomes Filho:

"[Não] são incompatíveis com o livre convencimento as restrições à admissibilidade de determinadas provas, ditadas por razões processuais ou extraprocessuais, até porque as mesmas não dizem respeito à liberdade de valoração, que somente se exerce em relação ao material probatório admissível e regularmente incorporado ao processo; livre convencimento não significa, em absoluto, liberdade de prova".[10]

Assim, defendo que um desses limites à atividade probatória é a necessidade de sua rastreabilidade, consubstanciada na cadeia de custódia. Vou traçar seus contornos no tópico a seguir.

7. MATTOS, S. L. W. D. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 226.
8. Idem, ibidem.
9. TARUFFO, M. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
10. GOMES FILHO, A. M. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 162.

2. A CADEIA DE CUSTÓDIA COMO SEQUÊNCIA DE ELOS

A cadeia de custódia é composta de elos, que dizem respeito a um vestígio que, por sua vez, eventualmente, será considerado uma prova. Um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio. É dever do Estado – e, também, direito do acusado, identificar, de maneira coerente e concreta, cada elo, a partir do momento no qual o vestígio foi encontrado.

Assim, fala-se em cadeia de custódia íntegra quando se fala em uma sucessão de elos provados. "[Cada um deles] proporciona a viabilidade do desenvolvimento do seguinte [elo], de forma a proteger a integridade de um vestígio do local do crime ao seu reconhecimento como prova material, até o trânsito em julgado".[11] Na definição de Geraldo Prado:

"[A] cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória".[12]

Primeiramente, como requisito de admissibilidade, é importante que se defina de onde veio o vestígio, ou seja, onde foi ele encontrado.[13] A essa hipótese se subsomem os casos nos quais, por exemplo, são encontradas pequenas quantias de drogas em determinado cômodo de uma casa. É importante, nesses fatos, que se determine, explicitamente, em qual ambiente da residência foi encontrada a referida droga (se no quarto, se na cozinha, se no banheiro) e, especificamente, em que lugar ela se encontrava (se dentro de uma gaveta, se em uma mochila, se em um bolso de uma calça). Caso não se tenha conhecimento desses elos, dúvidas razoáveis poderão surgir.

Provado esse primeiro elo, para que se tenha o desenvolvimento de uma cadeia de custódia da maneira correta, o registro deles, conforme a doutrina norte-americana, deve conter os três seguintes elementos: quem manejou o vestígio, o que fez com ele, e como fez isso.[14]

Por esses motivos, Eduardo Del Campo afirma o seguinte:

---

11. DIAS FILHO, C. R. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 3/398, São Paulo, jun. 2012.
12. PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 86.
13. MOENSSENS, A. A. et al. *Scientific evidence in civil and criminal cases*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1995. p. 79.
14. Idem, ibidem.

"[Todo] procedimento realizado entre a comunicação do fato para a autoridade competente e a requisição do exame deve obedecer a um rigoroso sistema de controle denominado cadeia de custódia, que pode ser definido como o conjunto de procedimentos administrativos que certificam a preservação e integridade da amostra durante todos os passos (coleta, recebimento e análise), de maneira a garantir a confidencialidade e a confiabilidade dos resultados".[15]

Veja que é nesse contexto que se encontra o segundo caso relatado na introdução. Algum agente policial alterou o vestígio – disco rígido – e, com isso, pôs fim à cadeia de custódia que, a partir de então, encontrou-se viciada. Afinal, é impossível que se considere verdadeira uma prova delineada dessa forma, mormente pelo seguinte motivo:

"[O] rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado".[16]

Com essas regras probatórias, objetiva-se garantir que aquilo que é levado a juízo seja igual ao que foi tratado como vestígio na cena do crime. Essa integridade da prova material se relaciona com a manutenção daquilo que outrora foi tido como vestígio e, como referido acima, com o dever do Estado e o direito do acusado de ver uma acusação ser delineada a partir de provas lícitas. Ou seja, a prova tem de guardar relação com o que, de fato, ocorreu. Com indevidas modificações em seu trâmite, que podem trazer dúvidas à verossimilhança de seu conteúdo, isso não ocorre. Aqui, sobressai o caráter demonstrativo da prova – e, portanto, relaciona-se com a verdade – o que não pode ser elidido.

Quanto ao tema, Geraldo Prado afirma o seguinte:

"[A] delicada situação de uma investigação criminal não controlável pode conduzir, no extremo, a exercícios retóricos de desvalorização da própria investigação, quando, em realidade, ela ocupará lugar central em hipotética decisão condenatória fundada em depoimentos que analisam e avalizam o conjunto de elementos colhidos na investigação que eventualmente não estejam disponíveis para a defesa".[17]

15. DEL-CAMPO, E. R. A. Op. cit., p. 235.

16. PRADO, G. Op. cit., p. 79.

17. Idem, p. 56.

Assim, a cadeia de custódia se trata de um procedimento regrado e formalizado, que documenta o manejo do vestígio, tornando-o admissível, ou não, e apto a um juízo de valoração. Não é outra a definição trazida pela Portaria 82/2014, de 16.07.2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, que define cadeia de custódia como "o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte". Referida norma, ademais, considera que a cadeia de custódia "é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial". Por fim, ela "confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, consequentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório".

Dado o seu conceito, cumpre agora referir como ordenamento jurídico brasileiro fundamenta o tema.

3. O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA COMO FUNDAMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Afirmo que o direito fundamental à prova abrange a possibilidade de se indicar fontes de prova, de se exigir que elas venham ao processo, da mesma forma como foram obtidas, de utilizar os mecanismos de prova, pela metodologia legalmente definida, e de exigir a valoração dos elementos trazidos. "Contudo, [o direito à prova] é limitado pela prova admissível, válida, que tenha trilhado o devido processo".[18]

Como pontua Antônio Magalhães Gomes Filho, "[ao] direito à prova corresponde, como verso da mesma medalha, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento".[19] O autor vai além:

"A atividade processual deve ser realizada segundo modelos traçados pelo legislador, cuja observância constitui a melhor forma de assegurar a participação dos interessados e a correção dos provimentos jurisdicionais. Por isso, somente a perfeição do ato, entendida como coincidência com a *fattispecie*,

18. GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 161.

19. GOMES FILHO, A. M. Op. cit., p. 93.

confere-lhe aptidão para produzir efeitos; ao contrário, a desconformidade leva, ou pode levar, à invalidade e ineficácia".[20]

Ainda, quanto a esse tema, Teresa Armenta Deu nos diz que a prova ilícita vulnera tanto uma norma processual penal (art. 157 do CPP) quanto uma norma constitucional (art. 5.º, LVI, da CF/1988).[21] Afirma ela que a prova ilícita "se trata de um meio de prova obtido violando-se uma norma constitucional, ainda que de natureza processual (...). Assim, por exemplo, no caso de escutas telefônicas que não preservam as formas prescritas na lei. (...)".[22]

Tento propor, no ponto, respostas consentâneas com a defesa efetiva, com o contraditório, e com práticas democráticas de investigação e de persecução. Para tanto, afirmo que, mais do que investigar para embasar narrativas acusatórias, o órgão acusador tem um dever de expor, à defesa, os elementos probatórios por ela descobertos. Quanto à vinculação do tema com a defesa efetiva, é pertinente salientar que um de seus consectários é o direito ao tempo e, principalmente, aos meios necessários para a preparação da defesa técnica.

Diogo Malan, sobre esse tema, afirma que "tais meios de preparação da defesa técnica incluem, no mínimo, os direitos: (i) de acesso aos elementos de convicção na posse da polícia judiciária; (ii) ser informado da acusação; (iii) à prova defensiva".[23] Ao falar, especificamente, desse último, o autor diz o que segue:

"[Não] se deve descurar do fato de que o direito à prova defensiva incide na fase de investigação preliminar, havendo o legítimo interesse do investigado na obtenção de elementos de convicção que possam, inclusive, evitar o ajuizamento da ação penal contra si".[24]

Do ordenamento brasileiro, extrai-se que esse mesmo dever pode ser retirado da Súmula Vinculante 14 do STF e do que dispõe o Estatuto da OAB, de forma a possibilitar uma ampla defesa e a dar substância ao contraditório, legitimando-se, enfim, o processo criminal.

---

20. GOMES FILHO, A. M. Op. cit., p. 94.
21. DEU, T. A. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 40.
22. Idem, ibidem.
23. MALAN, D. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, G.; MALAN, D. (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 143-186.
24. MALAN, D. Op. cit., p. 175.

Feita essa leitura, relato, exemplificativamente, dois casos norte-americanos. O primeiro, Brady v. Maryland,[25] traz-nos a ideia de que a supressão, pela acusação, de elementos probatórios viola o devido processo. Independentemente da vontade do agente do Estado, eis aí um paralelo com o segundo caso, relatado no início desse trabalho.

Nele, decidiu-se, enfim, que o processo não pode ser simples procedimento para a privação de liberdade, mediante uma verdadeira fraude àqueles que julgam. Em específico, no que diz respeito ao tema que aqui trato, omitiram-se elementos probatórios que poderiam ser favoráveis ao réu. Com essa constatação, julgou-se que o proceder do Estado – consubstanciado na atuação ilegal de seu agente acusador – é inconsistente com os mínimos ditames de Justiça.

Corretamente, afirmou-se que a sociedade não só ganha quando os culpados são condenados, mas ganha, também, quando os processos criminais são justos. Afinal, o próprio sistema de administração de Justiça perde sua legitimidade quando um acusado é tratado de maneira injusta.

Também, em Giglio v. United States,[26] de maneira similar a *Brady*, disse-se que enganar deliberadamente a Corte, deixando-se de apresentar elementos de provas que podem influenciar o processo, é incompatível com as mais rudimentares demandas de Justiça. Eis aí um paralelo com o primeiro caso: não é lícito que, seletivamente, escolham-se provas a serem levadas a juízo. O acesso às interceptações telefônicas, portanto, teria de ser integral.

Adequadamente, afirmou-se, em ambos os casos norte-americanos, que o órgão acusador atua como representante do Estado, independentemente do aspecto subjetivo do agente que, voluntariamente ou não, alterou a rastreabilidade da prova. Nessa condição, não é a ele dado escolher o que se deve apresentar, ou não, em julgamento. Por ser um agente do Estado – e não, digamos, uma parte interessada na lide, a exemplo do que ocorre no Processo Civil –, é que esse dever existe. Em outras palavras, ao Estado – sob sua faceta julgadora ou sob sua faceta acusadora – incumbe manter a retidão e a legitimidade de seu próprio sistema.

25. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963). Washington. j. 13.05.1963. Disponível em: [http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/373/83.html]. Acesso em: 15.06.2015.

26. Idem. Giglio v. United States, 405 U.S. 150 (1972). Washington. j. 24.02.1972. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/case.html]. Acesso em: 15.06.2015.

Esse dever, no ordenamento brasileiro, é explicitado, minimamente, pelo acesso aos autos de processo. Obviamente, nisso não se esgota. Como primeira manifestação do contraditório e da ampla defesa, extrai-se do art. 5.º, LV, da CF/1988, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Extrai-se, ainda, do Estatuto da Advocacia o direito de examinar autos. A Súmula Vinculante 14 explicita o que já disse: é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

De maneira a dar conteúdo ao referido imperativo de tutela constitucional, afirma-se que o acesso aos autos é corolário da própria sociedade livre e democrática, que garante o exercício do contraditório e da ampla defesa. Sob uma perspectiva histórica, esse direito fundamental salvaguarda a liberdade que a advocacia representa, prestigiando o que já conquistado em termos de Estado Democrático de Direito, em claro distanciamento de Estados ditatoriais.

Além disso, no caso concreto, também, trata-se de "controlar a correção dos requisitos de verificabilidade dos fatos e assegurar a paridade de armas, para que o processo penal não seja mero jogo de cenas".[27]

Em outras palavras, mais do que um mero dever de documentação de atos, trato essa exigência, legalmente posta, por força constitucional, como a necessidade de que se possibilite o efetivo contraditório, sendo dever do órgão acusador e da polícia judiciária a disponibilização de recursos e meios que, mais do que possibilitar mero acesso a elementos de prova, tragam conteúdo íntegro, coerente e consistente – que possa ser rastreado e verificado, portanto –, dando azo a uma defesa efetiva a ser exercida.

Assim, ao órgão acusador "deve ser atribuída a consequente responsabilidade de avaliar o provável efeito de todo esse tipo de prova e de revelá-la".[28] Isso, em outras palavras, significa, também, que o órgão acusador "tem um dever de descobrir qualquer prova favorável ao acusado que seja conhecida por outros

27. PRADO, G. Op cit., p. 44.

28. TROTT, S. S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. *RT* 866/403-445, São Paulo, dez. 2007, p. 427.

que estejam atuando pela acusação no caso, inclusive pela polícia"[29] e revelá-la, para que, enfim, seja possível averiguar a rastreabilidade probatória.

Como afirmado por Geraldo Prado:

"[A] defesa, por sua vez, tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outra maneira não haveria como identificar provas ilícitas".[30]

Daí porque, para se evitar nulidades absolutas futuras, de maneira a se prestigiar o devido processo, o que implica na sua própria legitimação (de novo)[31] é que se faz necessário, desde logo, explicitar-se o dever do órgão acusador, atuando como garantidor de direitos fundamentais, de buscar a efetivação do contraditório em seu mínimo âmbito de proteção: o acesso à informação, qualificada pela integridade, consistência e verificabilidade.

Estabelecidos esses pilares e essas exigências, vale adentrar no tópico específico da prova da cadeia da custódia.

4. A PROVA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

"[Se] o Estado, ou qualquer outro que se propõe a provar algo, falha em identificar um elo ou falha em demonstrar um registro dos três critérios acima descritos – para cada elo –, o resultado é um elo perdido, e o vestígio (a prova) é, portanto, inadmissível".[32] Se, entretanto, o Estado demonstrar cada elo suficientemente, além da dúvida razoável, e demonstrar os três elementos acima, mas de maneira vaga, o resultado é um elo fraco.[33]

"[Ao] se demonstrar a cadeia de custódia, não se precisa negar todas as possibilidades de se ter alterado a prova".[34] A cadeia de custódia estará su-

29. Idem, ibidem.

30. PRADO, G. Op. cit., p. 41.

31. OLIVEIRA, E. P. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25.

32. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Criminal Appeals of Alabama. Knight v. State, 659 So.2d 931 (1993). Montgomery. j. 03.12.1993. Disponível em: [http://law.justia.com/cases/alabama/court-of-appeals-criminal/1993/cr-92-1234-0.html]. Acesso em: 27.02.2015.

33. Idem, ibidem.

34. Idem, Supreme Court of Hawaii. State v. DeSilva, 636 P.2d 728 (1981). Honolulu. j. 20.11.1981. Disponível em: [http://law.justia.com/cases/hawaii/supreme-court/1981/7944-2.html]. Acesso em: 27.02.2015.

ficientemente comprovada se é razoavelmente certo – aqui, referindo-se ao modelo de constatação do processo penal – que nenhuma adulteração ocorreu.

Como dito, para que se justifique a admissibilidade da prova, não é necessário que a cadeia de custódia seja demonstrada com perfeita precisão. Certeza não é requerida, até mesmo porque é ela impossível de ser alcançada. Outrossim, vale referir que, a depender do vestígio a ser carreado como prova, diferentes cadeias de custódia existirão e, assim, diferentes formas de se comprová-la também surgirão. Isso é visível a partir da leitura dos casos acima tratados: a cadeia de custódia para uma interceptação telefônica é diferente da cadeia de custódia de um disco rígido.

Assim, esse tópico especificará o ponto da prova da cadeia de custódia. Como disse, é ela um dever do estado e um direito do acusado. Utilizo essa nomenclatura para deixar clara a vinculação do tema com a eficácia dos direitos fundamentais na seara penal. Ou seja, para mostrar que a rastreabilidade da prova é consequência de uma interpretação constitucional das funções dos direitos fundamentais, que se mostram, por um lado, como proibição de intervenção – provas obtidas mediante violações a direitos são ilícitas – e, por outro, como proibição de insuficiência – obtidas as provas, devem elas ser verificáveis e rastreáveis.

Como nos diz Taruffo:

"O juiz pode, mesmo de ofício, requerer explicações acerca da sua autenticidade [de documentos] ao funcionário ou a quem o tenha redigido ou elaborado. Se essa explicação não for suficiente para dirimir a dúvida, a parte que apresentou o documento tem o ônus de provas que esse é genuíno."[35]

Falarei sobre quais atos devem ser documentados e a quais desses atos deve a defesa ter acesso. Veja-se que o primeiro caso relatado na introdução se encontra nesse contexto.

Para esse caso, Taruffo traz o seguinte esclarecimento:

"O problema de verificar a confiabilidade das provas informáticas resolve-se, então, exigindo-se a prova de diversas condições, ao menos quando a autenticidade ou confiabilidade dessas for contestada: o equipamento do computador deve ser padrão, o processo precisa ser executado de maneira correta e apropriada e o programa deve ser implementado adequadamente. Em síntese:

35. TARUFFO, M. Op. cit., p. 81.

deve-se provar que todo o maquinário que produziu o documento funcionou correta e apropriadamente".[36]

Em outras palavras, a demonstração da cadeia de custódia também depende do vestígio que se examina, da prova a que se refere.

Assim, para se estabelecer uma cadeia de custódia acima de uma dúvida razoável, o Estado deve dar garantias razoáveis de que a prova se manteve, ao longo do procedimento, inerte, sem perturbações. Como pontua Deltan Dallagnol:

"[Uma] dúvida razoável é mais do que uma mera dúvida possível e menos do que uma dúvida real substanciosa. Tal *standard* é compatível com nosso direito processual penal, estando vinculado umbilicalmente à noção de presunção de inocência, e j á foi inclusive adotado em algumas decisões do STF".[37]

Esse *standard* é também relatado por Michelle Tarufo, que, exemplificativamente, diz que "[quando] a relevância de um documento depende da certeza da sua autoria, o documento deve apoiar-se em provas que demonstrem a autenticidade de sua autoria em um nível superior ao requerido na vida ordinária".[38]

Assim, caso se tente suprir a cadeia de custódia com testemunhos, devem eles ser corretos e exatos; testemunhos vagos não devem ser levados em consideração, uma vez que não contam com efetivo valor probatório. Com a quebra da cadeia de custódia, provas que poderiam ser consideradas irrefutáveis, como, por exemplo, amostras de DNA, "devem ser consideradas inadmissíveis – ou, se admitidas, de diminuta importância –, caso não estejam acompanhadas de uma adequada cadeia de custódia".[39]

E qual a consequência dessa constatação? Como se verá no próximo tópico, o corolário dessa ilicitude é a inadmissibilidade da prova. Mas, primeiramente, diferenciarei admissibilidade e valoração: ponto sintético, mas que ainda encontra confusão na jurisprudência brasileira.

---

36. TARUFFO, M. Op. cit., p. 84.
37. DALLAGNOL, D. M. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 277.
38. TARUFFO, M. Op cit., p. 80.
39. MEINTJES-VAN DER WALT, L. The Chain of Custody and Formal Admissions. *South African Journal of Criminal Justice*, vol. 23, I. 3, p. 371-384, 2010, p. 384.

5. ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO

"O juízo de admissibilidade, como se sabe, é inconfundível com o juízo de valoração das provas".[40] O juízo de admissibilidade é questão de direito e "[somente] depois de afirmada a admissibilidade de uma prova (...), é que se passa a sua avaliação, medida no plano da convicção judicial (...)".[41]

Ou, ainda, nas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho:

"A admissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos".[42]

A quebra da cadeia de custódia, em um primeiro momento, situa-se nesse plano. Ou seja, não se trata de valoração probatória, em princípio. A consequência disso, portanto é que a prova cuja cadeia de custódia for quebrada será considerada ilícita ou ilegítima (distinção que, para mim, cientificamente, a partir da supremacia da Constituição ou da sua dimensão objetiva, pouco sentido faz). Assim, "uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização".[43]

Por sua vez, "a valoração da prova indica uma atividade exclusiva do juiz, constituindo um modo de proceder que precede a formação do convencimento".[44] Nela, o magistrado, através de uma atividade de compreensão e reconstrução mental, pesa e estima o conjunto probatório. É o término da gestão probatória, da qual se extrai o resultado de todo procedimento probatório. Taruffo, sinteticamente, expõe que "[a] valoração da prova consiste em determinar o valor probatório de cada elemento de prova em relação a um fato específico".[45]

40. MATTOS, S. L. W.D. Op. cit., p. 217.
41. KNIJNIK, D. Op. cit., p. 21.
42. GOMES FILHO, A. M. Op. cit., p. 95.
43. GIACOMOLLI, N. J. Op.cit., p. 166.
44. ROSITO, F. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 4/248, São Paulo, out. 2011.
45. TARUFFO, M. Op. cit., p. 137.

Ela se trata "portanto, de uma operação, ou melhor, de um conjunto de operações intelectuais que têm por finalidade conhecer o mérito da convicção que pode resultar das provas trazidas ao processo".[46] De maneira mais clara:

"[É] no momento da valoração que se tornam concretos os efeitos das regras de legalidade na obtenção e incorporação das provas ao processo, pela proibição imposta ao julgador de apreciar os elementos eventualmente introduzidos com violação dessas normas. Os atos de aquisição probatória não produzem efeitos imediatos, mas têm sua eficácia diferida para o momento da valoração; e, por isso, é ainda nessa fase que se concretiza o direito de exclusão, que implica a não utilização, na decisão dos dados resultantes da violação de tais regras".[47]

Quanto ao tema específico tratado nesse artigo, vale salientar o que diz Teresa Armenta Deu, adotando-se essa posição, dentre as outras citadas pela autora. Segundo ela, "a ilicitude não é questão de apreciação ou valoração, mas sim um pressuposto inevitável desta apreciação, isto é, que se requer tanto a inadmissibilidade da prova em cuja fonte se provocou a ilicitude, quanto à proibição de sua valoração".[48]

6. CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A quebra da cadeia de custódia leva à quebra da rastreabilidade da prova. Isso, por sua vez, leva à perda de credibilidade daquele elemento probatório. Afinal, se eu desconheço a proveniência daquela prova, se eu desconheço por quem aquela prova passou e o que foi feito com ela, nada impede que seja ela objeto da manipulação e seleção unilateral das provas, realizada por agentes do Estado ou, até, por eventuais corréus que apresentem acusações recíprocas e versões divergentes. Ainda, sem a intervenção da autoridade jurisdicional e controle das partes processuais, o material probatório indevidamente descartado ou alterado poderia conter prova de defesa capaz de conduzir à absolvição dos acusados.

Daí porque se afirma que "[n]ão cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser

46. GOMES FILHO, A. M. Op. cit., p. 159.

47. Idem, p. 161.

48. DEU, T. A. Op. cit., p. 103-104.

interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida".[49]

Assim, é absolutamente imprescindível que se tenha, "desde o início, a exata dimensão e compreensão da acusação e das provas colhidas na fase inquisitorial, para sobre elas se manifestar quanto ao mérito, para pugnar por absolvição sumária, para arrolar as testemunhas adequadas, para pedir as perícias necessárias, para 'arguir preliminares', 'alegar tudo o que interesse à sua defesa', 'oferecer documentos e justificações', 'especificar as provas pretendidas' e 'arrolar testemunhas'"[50]

Ainda em seara constitucional, posso arguir a violação ao contraditório, caso não seja dada a oportunidade de se mostrar a tese de defesa. É dizer, mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório, "a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas."[51]

De resto, nem há falar em relatividade na admissão dessa prova ilícita a partir da proporcionalidade. Já foi assentado pelo STF o seguinte:

"[É impertinente] apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação".[52]

Ainda, vale salientar a observação de Teresa Armenta Deu, segundo a qual abrir o espaço para o sopesamento de interesses gerais com garantias individuais nos leva à redução da eficácia da proibição probatória. Diz ela:

"Caso prevaleçam os interesses gerais na persecução ou a salvaguarda de outros interesses, como o das vítimas, se reduzirá o marco da declaração de ilicitude probatória, de maneira direta ou através das numerosas teorias que diluem a exclusão direta, por entender prevalente o interesse geral sobre o particular, ou porque não se admite lesão direta ao direito constitucional in-

49. STF, HC 91.867, 2.ª T., j. 24.04.2012, rel. Min. Gilmar Mendes, Acórdão Eletrônico *DJe*-185, divulg. 19.09.2012, public. 20.09.2012.

50. STJ, HC 160.662/RJ, 6.ª T., j. 18.02.2014, rel. Min. Assusete Magalhães, *DJe* 17.03.2014.

51. STJ, HC 160.662/RJ, 6.ª T., j. 18.02.2014, rel. Min. Assusete Magalhães, *DJe* 17.03.2014.

52. STF, HC 80.949, 1.ª T., j. 30.10.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.12.2001, p. 26, *Ement* 02053-06/1145, *RTJ* 180-03/1001.

fringido. Não se pode negar que o seguimento (*sic*) extremo desta tendência pode conduzir, praticamente, à erradicação da doutrina sobre a prova ilícita, na medida em que aquele interesse persecutório e de averiguação se sobreporiam a toda consideração contrária".[53]

De resto, cumpre salientar que esse assunto – cadeia de custódia – passa, no geral, à margem das discussões nos processos penais. Por esse motivo, é relevante a observação de Eduardo Del Campo:

"[Muitas] conclusões de natureza técnica, que poderiam ser exaradas pelos peritos, têm sido deixadas de lado, em prejuízo da própria Justiça, já que os destinatários do trabalho pericial, por não possuírem conhecimento específico, por vezes não conseguem vislumbrar nas entrelinhas do trabalho apresentado a conclusão final, por mais óbvia que seja".[54]

Por esses fundamentos e por essas consequências, considero necessária a preservação da integralidade da prova, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade probatória. Em outras palavras, pergunto: se não sei sob quais bases a acusação desenvolve suas teses, como poderei efetivamente (de maneira eficaz ou não) me defender disso? Não poderei.

CONCLUSÃO

Como dito no início, a regulamentação da atividade probatória se trata de um constrangimento epistemológico, que diz respeito tanto ao aspecto demonstrativo quanto ao aspecto persuasivo da prova. Essas regras trazem legitimidade ao processo e ao sistema de Justiça.

A previsão da cadeia de custódia da prova se enquadra nessa moldura. Ela visa garantir que aquilo que é levado a juízo seja igual ao que foi tratado como vestígio na cena do crime. Ela visa manter essa integridade ao longo do processo.

Ela encontra albergue na previsão constitucional do direito à prova lícita, sob seu viés de proibição de insuficiência e sob seu viés de imperativo de tutela. Mais do que simplesmente documentar atos, essa exigência traduz a necessidade de que se possibilite o efetivo contraditório, sendo dever do órgão acusa-

53. DEU, T. A. Op. cit., p. 108.

54. DEL-CAMPO, E. R. A. Op. cit., p. 254-255.

dor e da polícia judiciária a disponibilização de recursos e meios que, mais do que possibilitar mero acesso a elementos de prova, tragam conteúdo íntegro, coerente e consistente – que possa ser rastreado e verificado, portanto.

A prova da cadeia de custódia deve ser apta a suplantar dúvidas razoáveis. Do contrário, será ela inadmissível e, consequentemente, ilícita. A forma de se provar isso variará conforme o elemento de prova.

Por esses motivos, considero ilícitos esses elementos probatórios que não possuem uma rastreabilidade adequada: eles violam o devido processo legal, o contraditório, a integralidade da prova, a lealdade entre as partes e, principalmente, a vedação constitucional às provas ilícitas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, K.; LIMA, M. P. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

DALLAGNOL, D. M. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DEU, T. A. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIAS FILHO, C. R. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. *Doutrinas Essenciais de Processo Penal* 3/393, São Paulo, jun. 2012.

DEL-CAMPO, E. R. A. *Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à Justiça criminal: abordagem descritiva e crítica*. 252f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, São Paulo, USP, 2008.

ELLERO, P. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1980.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Criminal Appeals of Alabama. Knight v. State, 659 So.2d 931 (1993). Montgomery. j. 03.12.1993. Disponível em: [http://law.justia.com/cases/alabama/court-of-appeals-criminal/1993/cr-92-1234-0.html]. Acesso em: 27.02.2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Hawaii. State v. DeSilva, 636 P.2d 728 (1981). Honolulu. j. 20.11.1981. Disponível em: [http://law.justia.com/cases/hawaii/supreme-court/1981/7944-2.html]. Acesso em: 27.02.2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Indiana. Troxell v. State, 69S00-0101-CR-2636. Indianapolis. j. 22.11.2002. Disponível em: [www.in.gov/judiciary/opinions/previous/archive/11220201.trb.html]. Acesso em: 27.02.2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963). Washington. j. 13.05.1963. Disponível em: [http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/373/83.html]. Acesso em: 15.06.2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. Giglio v. United States, 405 U.S. 150 (1972). Washington. j. 24.02.1972. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/case.html]. Acesso em: 15.06.2015.

GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, A. M. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

KNIJNIK, D. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR., A. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MATTOS, S. L. W. D. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEINTJES-VAN DER WALT, L. The Chain of Custody and Formal Admissions. *South African Journal of Criminal Justice*, vol. 23, I. 3, p. 371-384, 2010.

MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDRONI, M. B. *Provas no processo penal. Estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010.

MOENSSENS, A. A. et al. *Scientific evidence in civil and criminal cases*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1995.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, G. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos:* a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSITO, F. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 4/245, São Paulo, out. 2011.

SALAVERRIA, J. I. *Valoracion de la prueba, motivacion y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

TARUFFO, M. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TROTT, S. S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. *RT* 866/403-445, São Paulo, dez. 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prova ilícita no Processo Penal – breves comentários, de Márcio Gaspar Barandier – *RBCCrim* 2/73 (DTR\1993\146); e
- Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos, de Pedro Jorge Costa – *RBCCrim* 115/83 (DTR\2015\11456).

85358

JEREMY BENTHAM PENITENCIARISTA

ON JEREMY BENTHAM AND HIS PENITENTIARY SYSTEM

LÍVIA MARIA SILVA MACÊDO
Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj).
liviamaria.macedo@yahoo.com.br

ÁREA DO DIREITO: Filosofia; Penal

RESUMO: Este artigo pretende discutir na seara político criminal o princípio da inspeção, característico do modelo panóptico proposto pelo filósofo utilitarista inglês Jeremy Bentham.

PALAVRAS-CHAVE: Panóptico – Princípio da inspeção – Vigilância e disciplina.

ABSTRACT: The objective of this paper is to discuss, within the criminal policy realm, the principle of inspection, a characteristic of the panoptic model proposed by the English utilitarian philosopher Jeremy Bentham.

KEYWORDS: The Panopticon – Principle of inspection – Surveillance and discipline.

SUMÁRIO: 1. Introdução: vida e obra – 2. Um novo princípio para construir casas de inspeção – 3. Panoptismo: vigilância, invisibilidade e disciplina. – 4. Conclusão – Referências bibliográficas.

> "O que você diria, se, pela gradual adoção e diversificada aplicação desse único princípio, você visse um novo estado de coisas difundir-se pela sociedade civilizada? Se você visse a moral reformada; a saúde preservada; a indústria revigorada; a instrução difundida; os encargos públicos aliviados; a economia assentada, como deve ser, sobre uma rocha; o nó górdio das leis sobre os pobres não cortado, mas desfeito – tudo por uma simples ideia de arquitetura?" (BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. 2. ed. Belo horizonte: Autêntica, 2008. p. 84).

1. INTRODUÇÃO: VIDA E OBRA

Jeremy Bentham viveu em Londres no final do século XVIII e início do século XIX. Graduou-se em direito em Oxford, porém, não advogou por achar que o contraste entre a teoria do direito e a prática era "desesperador".[1] Preferiu viver com uma pequena herança deixada pela mãe e dedicar-se ao aperfeiçoamento teórico do Direito por meio de uma ciência moral que estabelecesse uma legislação científica e racional.[2]

O autor produziu uma variada coletânea de estudos que inclui direito civil e penal, direito legislativo e economia política. Opunha-se fortemente as principais teorias do direito da época: o jusnaturalismo e o contratualismo.

Quanto ao contratualismo, entendia ser uma ficcção "sem utilidade" e impassível de comprovação empírica. Em sua primeira obra *A Fragment on Government* (1776)[3] rebate principalmente a formulação contratualista do importante jurista inglês, Willian Blackstone, para quem o contrato original seria uma ficção necessária para explicar a obrigação de prestar obediência ao governo. Quanto ao jusnaturalismo, colocava-se contra a idéia do direito natural, pois, segundo ele, toda essa ordem normativa poderia ser substituída pela máxima utilitarista "maior felicidade possível, compartilhada pelo maior número de pessoas".[4]

---

1. PICOLI, Rogério Antônio. *Sobre o governo em Jeremy Bentham: o risco das partes e o traçado do todo*. 2006. 173 f. Tese (doutorado em Ciência Política) – Faculdade de filosofia, letras e ciências humanas, Departamento de ciência política. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007. p. 18. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/.../TESE_ROGERIO_ANTONIO_PICOLI.pdf]. Acesso em: 21.11.2012.
2. PERROT, Michelle. O Inspetor Bentham. In: TADEU, Tomaz (org.): *O panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 128; SONTAG, Ricardo. A irresistível ascensão dos filósofos. Teoria da legislação e o "problema penal" em Jeremy Bentham. *Meritum. Revista de Direito da Universidade Fumec*, vol. 3, n. 1, 259, Minas Gerais: Universidade Fumec, 2008.
3. BENTHAM, Jeremy. A Fragment on Government. *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 1 (Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal Law), Edinburgh: William Tait, 1843. Disponível em: [http:// http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2009&chapter=139605&layout=html&Itemid=27]. Acesso em: 21.11.2012. Todos os trabalhos de Bentham foram reunidos postumamente por John Bowring em 11 volumes intitulados *The Works of Jeremy Bentham* publicados pela Edinburgh: William Tait, 1838-1843.
4. Cf. SONTAG, Ricardo. A irresistível ascensão dos filósofos ... cit., p. 261.

Embora a identificação do bom com o útil possa remontar aos teóricos do iluminismo, principalmente Cesare Beccaria, Bentham radicaliza o uso do princípio da utilidade e é considerado um dos principais representantes da primeira escola filosófica inglesa, a utilitarista. Não por acaso Bentham faz em sua obra expressa menção a Beccaria. Pela teoria utilitarista, as consequências do ato devem ser medidas pelo princípio da utilidade, ou seja, pela empírica capacidade de oferecer maior felicidade ao maior número de pessoas que se sujeitam a ela. Na famosa formulação de seu mais célebre livro *Principles of Morals and Legislation* (1979):

"A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. (...) O princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei. (...) Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir da pessoa cujo interesse está em jogo."[5]

Assim, não há espaço para falar-se em direitos individuais que não interessam a sociedade. O original do homem "benthamiano" é sua sujeição. Na formulação de Jacques-Alain Miller o castigo acumula um capital-dor: "Aí está a prevenção que perfaz a rentabilização máxima do capital-dor, pois ela recai sobre todos os deliquentes possíveis, quer dizer: 'de um a um, toda a humanidade'".[6]

5. Tradução livre. "Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. (...) The principle of utility recognises this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law. (...) By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question" (BENTHAM, Jeremy. Principles of Morals and Legislation. *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 1 (Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal Law), Edinburgh: William Tait, 1843. Disponível em: [http:// http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2009&chapter=139605&layout=html&Itemid=27]. Acesso em: 21.11.2012.

6. MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. In: TADEU, Tomaz (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo horizonte: autêntica, 2008. p. 99.

O cálculo dos prazeres comenta um enunciado único: o homem é submisso, ele é governável; ele é, por natureza, desnaturável pela sensibilidade; basta, para conduzi-lo, segurar as alavancas que ativam suas molas (...) Se a humanidade é serva de dois senhores, ela será consequentemente serva de quem se fizer senhor de seus senhores.[7]

No que tange as decorrências desta formulação na seara político criminal, mais especificamente na teoria da pena, o autor toma quase que pioneiramente uma importante ruptura: considerar a pena não como uma decorrência legítima do contrato social, mas, explicitamente, como uma forma de controle social realizada pelo Estado. Com a maximização da utilidade, com Bentham, a pena se justifica porque é "útil" para a sociedade.

Para o filósofo os delitos produziriam um mal de primeira ordem contra as vítimas e as pessoas diretamente ligadas as vítimas e males de segunda ordem, que Bentham classifica em alarme e perigo. O alarme significa o medo social produzido pelo delito que outros delitos idênticos venham a ocorrer. Já o perigo significa o medo social produzido pelo delito em razão da expectativa produzida de que outros delitos análogos venham a ocorrer. A pena, embora produza um mal de primeira ordem contra a pessoa, para Bentham produz um bem de segunda ordem, uma vez que preveniria os males de segunda ordem do delito. A arte de legislar, portanto, em relação ao direito penal, deveria acrescentar disposições contrárias ao prazer de cometer o delito mediante a cominação de penas (dor).[8]

O fundamento do direito de castigar liga-se, assim, a teorias preventivas da pena, sob uma base econômica: a possibilidade de cumprir uma pena seria o preço a ser pago por aquele que se inclinasse a delinquir, dando-se esta escolha exatamente sob a análise custo/benefício do binômio prática do delito/punição.[9] Neste cálculo, não há castigos suaves ou rigorosos, mas somente caros

7. MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham cit., p. 115.

8. SONTAG, Ricardo. A irresistível ascensão dos filósofos. Teoria da legislação e o "problema penal" em Jeremy Bentham. *Meritum. Revista de direito da Universidade Fumec*, vol. 3, n. 1, p. 274, Minas Gerais: Universidade Fumec 2008.

9. E, assim, toda uma "escola econômica do direito penal", mais ou menos explícita, iniciada mais categoricamente com Gary Becker (BECKER, Gary. *Crime and punishment: an ecomomic approach*. Disponível em: [www.jstor.org/discover/10.2307/1830482?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102178997243]. Acesso em: 21.11.2012). GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no Sistema Penal Capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 24 e ss.

ou baratos, de alto ou baixo rendimento.[10] Não é mera coincidência que Bentham tenha publicado quase que simultaneamente *Defense of Usury* (1787)[11] e *Panopticon; or The Inspection House* (1789). A desregulamentação do capital é pensada paralelamente a regulação da classe operária.

Como destaca Eugênio R. Zaffaroni,[12] Bentham é também um dos poucos filósofos da época a tratar da seletividade do sistema penal, ainda que só da perspectiva do compromisso que ela acarretava à tese da prevenção geral.[13]

A apontada mudança de paradigma é extremamente oportuna ao agora desnecessário discurso do contratualismo como limites ao poder punitivo. A classe industrial inglesa se valeu do contratualismo para alcançar a hegemonia e agora objetivava disciplinar a classe operária. Bentham foi o primeiro autor a marcar essa etapa de redução ao empirismo. Por isso Gabriel Ignácio Anitua aponta que seu pragmatismo foi, em certo sentido, uma antecipação do que mais tarde seria o positivismo.[14]

É, também, justamente por esta capacidade pioneira de identificar e justificar esta ruptura (da vingança do soberano para a defesa da sociedade) e materializá-la sobre uma forma geral de sujeição que Foucault destaca-o como um dos filósofos mais importante de nossa sociedade. Quem formulou em termos concretos o rearranjo das formas de poder nas sociedades modernas, "sociedades disciplinares".[15]

A relação do filósofo com o projeto arquitetônico que irá torná-lo conhecido deve-se ao fato de seu irmão mais novo, Samuel, arquiteto e diplomata, ter

10. MILLER, Jacques-Alain. Op. cit., p. 99.

11. BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham,* vol 3 (Defence of Usury, A Manual of Political Economy, various works on equity and parliamentary reform) John Bowring (org.) Edinburgh: William Tait, 1843.

12. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 568.

13. Interessante notar que sequer ocorre ao autor ser justamente essa necessidade de demonstrar utilidade que "converte a justificativa da pena em uma 'justificativa impossível', do ponto de vista empírico". ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos.* Trad. Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008, p. 198 (Coleção Pensamento Criminológico, 15).

14. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 567.

15. FOUCAULT. Michel. El Ojo del poder. *El Panóptico. Colección L'oeil du pouvoir (Genealogía del Poder).* 2. ed. Madrid: Las Ediciones de la Piqueta, 1989. p. 11.

sido contratado como projetista e construtor de navios pelo Principe Potemkin na Rússia absolutista.[16] Bentham ao visitá-lo concebeu o modelo a partir da organização que seu irmão dera ao grupo de trabalho que chefiava: uma casa de inspeção circular que permitia que cada trabalhador fosse observado de um ponto central de observação mas também capaz de controlar qualquer indisciplina dos inspetores.[17] Bentham, como outros filósofos europeus de sua época, recusava a pena de morte e defendia acirradamente o encarceramento.[18]

O panóptico está descrito numa série de vinte e uma cartas de 1787 escritas na Rússia e ficticiamente dirigidas a um correspondente anônimo tendo como pretexto um projeto de prisão para uma cidade inglesa intitulada "Panóptico, ou casa de inspeção: contendo a idéia de um novo princípio de construção aplicável a qualquer tipo de estabelecimento, em que as pessoas de qualquer tipo devem ser mantidas sob inspeção, e, em particular, penitenciárias, prisões, *poor-houses*, leprosários, indústrias, fábricas, hospitais, *work-houses*, *mad-houses* e escolas: Com um plano de gestão adaptados aos princípios".[19]

Somam-se a estas cartas dois pós-escritos de 1790 e 1791 (Pós Escrito I. Contendo novos elementos e alterações em relação ao plano de construção originalmente propostos; principalmente adaptado para a finalidade de uma Penitenciária Panóptica, e Pós Escrito II. Princípios e plano de gestão)[20] e uma

16. Idem, p. 27-8; ATKINSON, C. M. *Jeremy Bentham: his life and his work*. London: Methuen & co. Harvard University, 1995, p. 79. Disponível em: [http://archive.org/stream/jeremybenthamhi00atkigoog#page/n6/mode/2up]. Acesso em: 21.11.2012.

17. WERRET, Simon. Potemkim e o Panóptico: Samuel Bentham e a arquitetura do absolutismo na Rússia do Século XVIII. In: TADEU, Tomaz (org.). *O panóptico*. 2. ed. Belo horizonte: Autêntica, 2008. p. 176-177.

18. Esse "humanismo", como denuncia Foucault, nada mais é que a reformulação das estratégias de poder que garantem a conformação social necessária para nova ordem economica burguesa que se estabelecia no século XVIII. Cf. FOUCAULT. Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

19. Tradução livre. "Panopticon; or The Inspection House: Containing the idea of a new principle of construction applicable to any sort of establishment, in which persons of any description are to be kept under inspection; and in particular to penitenciary-houses, Prison, Poor-Houses, Lazaretto, House of Industry, Manufactories, Hospitals, Work-Houses, Mad-Houses and Schools: With a Plan Of Management adapted to the principle."

20. Tradução livre. "Postscript I. Containing further particulars and alterations relative to the plan of construction originally proposed; principally adapted to the purpose of a panopticon penitenciary-house; e Postscript II. Principles and plan of management."

versão resumida apresentada à Assembleia Nacional francesa traduzida por Etienne Dumont em 1971 (Panóptico – Memorial sobre um novo princípio para construir casas de inspeção e, principalmente, prisões).[21]

2. UM NOVO PRINCÍPIO PARA CONSTRUIR CASAS DE INSPEÇÃO

Nessa série de 21 cartas escritas em sua passagem pela Rússia, Bentham trabalha minuciosamente todos os detalhes do que chama "princípio panóptico", com ênfase em sua adaptação para a instituição onde seus potenciais podem ser maximizados, a penitenciária. Discute seus pressupostos filosófico, éticos e morais; materiais de construção e disposição arquitetônica dos espaços; suas utilidades para a "moldagem econômica e moral" do preso, do próprio administrador e da sociedade como um todo.

Trata-se não de um mero projeto arquitetônico mas um projeto moral de sociedade, o que Bentham não nega principalmente ao destacar de forma reiterada sua multifuncionalidade, aplicável "sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas".[22] "Se aprovamos o princípio fundamental, estaremos de acordo sobre os meios da execução."[23]

Na versão resumida que apresenta a Assembléia Constituinte Francesa deixa claro que escolhera o nome panóptico "para expressar, com uma só palavra, sua vantagem essencial, a faculdade de ver, com um olhar, tudo o que aí se passa"[24] e o define como o "estabelecimento proposto para guardar prisioneiros com mais segurança e economia e para operar, ao mesmo tempo, a sua

21. Em português a coletânea das 21 cartas está publicada em BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Tomaz Tadeu (org), 2. ed. Belo horizonte: autêntica, 2008; e a versão resumida pela *Revista Brasileira de História:* Panóptico –Memorial sobre um novo princípio para construir casas de inspeção e, principalmente, prisões. *Revista Brasileira de História*, vol. 7, n. 14, p. 199-229, São Paulo, 1987. Os pós escritos estão publicados na coleção BOWRING, John (org.). *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. vol. IV. O primeiro *postscript* foi publicado em espanhol na edição mexicana: Sobre un nuevo principio para construir casas de inspeción, y principalmente casas de reclusión. Y trabajo forzado. *El Panóptico*. 2. ed. Madrid: Las Ediciones de la Piqueta, 1989 (Colección L´oeil du pouvoir – Genealogía del Poder).

22. BENTHAM, Jeremy. O panóptico... cit., p. 19.

23. Idem, p. 204.

24. Idem, Panóptico – Memorial ..., p. 202.

reforma moral, com novos meios para certificar-se de sua boa conduta e prover à sua subsistência após a libertação".[25] Nas Cartas com o projeto original deixa claro que a aparência de vigilância ininterrupta tem por objetivo primordial produzir no inspecionado a subjetividade necessária a garantia da disciplina que pretende a arquitetura.[26] Para tanto, preocupa-se com um sistema de alarme, aquecimento, evacuação e comunicação que dispensasse o contato direto entre os interlocutores. Em sua descrição:

"O edifício é circular. Os apartamentos dos prisioneiros ocupam a circunferência. Você pode chamá-los, se quiser de celas. Essas celas são separadas entre si e os prisioneiros, dessa forma, impedidos de qualquer comunicação entre eles, por partições, na forma de raios que saem da circunferência em direção ao centro, estendendo-se por tantos pés quantos forem necessários para se obter uma cela maior. O apartamento do inspetor ocupa o centro; você pode chamá-lo, se quiser, de alojamento do inspetor. Será conveniente, na maioria dos casos, se não em todos, ter-se uma área ou em um espaço vazio em toda volta, entre esse centro e essa circunferência. Você pode chamá-lo, se quiser, de área intermediária ou anular. Cerca do equivalente à largura de uma cela será suficiente para a passagem que vai do exterior do edifício ao alojamento. Cada cela tem, na circunferência que dá para o exterior, um janela, suficientemente larga não apenas para iluminar a cela, mas para, através dela permitir luz suficiente para a parte correspondente do alojamento. A circunferência interior da cela é formada por uma grade de ferro suficientemente fina para não subtrair qualquer parte da cela da visão do inspetor. Uma parte suficientemente grande dessa grade abre-se, na forma de uma porta, para admitir o prisioneiro em sua primeira entrada; e para permitir a entrada, a qualquer momento, do inspetor ou qualquer de seus assistentes. Para impedir que cada prisioneiro veja os outros, as partições devem se estender por alguns pés além da grade, até a área intermediária: eu chamo essas partes protetoras de partições prolongadas. (...) As janelas do alojamento devem ter venezianas tão altas quanto possa alcançar os olhos dos prisioneiros – por quaisquer meios que possam utilizar – em suas celas. Para impedir uma luz plena, pela qual, não obstante as venezianas, os prisioneiros pudessem ver, a partir das celas, se há ou não uma pessoa no alojamento, o apartamento é dividido em quatro partes, por partições forma-

25. BENTHAM, Jeremy. O panóptico... cit., p. 225.

26. Idem, p. 20.

das por dois diâmetros de circulo. Cruzando-se em ângulos retos. Para essas repartições podem servir os materiais mais finos."[27]

Pontua especificamente que a forma mais apropriada é a circular por ser "a única que permite uma visão perfeita, e a mesma visão, de um número indefinido de apartamentos das mesmas dimensões".[28] É a "centralidade da situação do inspetor, combinada com os dispositivos mais bem conhecidos e eficazes para ver sem ser visto"[29] que garante a utilidade do projeto.

Neste esboço inicial, as celas são individuais, destinadas ao confinamento solitário, "conveniente tanto ao propósito da reforma quanto para aumentar o sofrimento"[30] onde permite-se o trabalho isolado do inspecionado e dificultam-se fugas e motins (que demandariam comunicação e espaços de liberdade impossíveis).[31]

Outro ponto curioso é que Benthan sugere que seja concedido um alojamento suficientemente amplo para o inspetor e sua família, pois "quanto mais numerosa a família, tanto melhor, uma vez que, por esse meio, haverá, na verdade, tantos inspetores quantos forem as pessoas da família, embora apenas uma seja paga por isso".[32] Para que os familiares "se entreguem a essa atividade de vigilância":

"(...) nem sequer será necessário que o inspetor lhes dê qualquer ordem particular nesse sentido. (...) elas darão aos seus olhos, naturalmente, e de uma forma inevitável, uma direção que se conformará àquele propósito, em qualquer intervalo momentâneo de suas ocupações cotidianas. Essa atividade tomará, em seu caso, o lugar daquela grande e constante distração do sedentário e do desocupado em pequenas cidades – o ficar olhando pela janela."[33]

Que funcionalidade! "Um número maior do que jamais foi alojado em uma única casa pode ser inspecionado por uma única pessoa".[34] Mantém-se a vigilância não só dos prisioneiros "ou quaisquer pessoas a quem se queira governar", mas também quaisquer subordinados. Resolve-se com o mesmo princí-

27. BENTHAM, Jeremy. O panóptico... cit., p. 19-21.
28. Idem, p. 28-29.
29. Idem, ibidem.
30. Idem, p. 36.
31. Idem, p. 35.
32. Idem, p. 30.
33. Idem, Ibidem.
34. Idem, p. 31.

pio "uma das questões políticas mais intrigantes – *quis custodiet ipsos custodes* (quem guarda os próprios guardas)?"

Para garantir essa vigilância dos administradores, propõe ainda um sistema de visitas aos estabelecimentos por agentes públicos[35] e cidadãos.[36]

Quanto à administração, sugere sem embaraços uma alternativa privada: "eu faria tudo por contrato" e considerando "as circunstâncias do empreendimento e o tipo de pessoas a serem submetidas à administração" este deveria ser remunerado "pelo lucro que um monopólio, assegurado pela patente, permite".[37]

O contrato deve ser por toda a vida, pois assim assegura-se o melhor preço pelo arrendamento estatal e permanente estímulo do administrador. Deveria também garantir a maior gama de poderes possível, inibindo-se somente abusos. "Quanto maior liberdade ele tiver em tomar tais medidas menos ele relutará em deixar saber quais são as medidas que ele realmente toma".[38] Exige a publicação periódica de relatórios com "todo o processo e os detalhes de sua administração, a história toda da prisão"[39] de forma a tornar de conhecimento público tanto as causas de eventual fracasso quanto de êxito, proporcionando aprendizagem geral e estimulo para novos investimentos.

Ao analisar as formas de emprego da mão de obra institucionalizada, o filósofo divide-a em quatro grandes categorias: (i) Trabalhadores bons, que já possuem ofício capaz de ser exercido na prisão; (ii) Capazes, que possuem ofícios incapazes de serem exercidos na prisão; (iii) Promissores, que já possuem ofício similares aos que podem ser exercidos num ambiente limitado como o prisional mas incabíveis neste espaço (ex. jardinagem); e (iv) Inúteis, que nunca possuíram qualquer ocupação ou dedicaram-se a atividades ilícitas.

Admite que o preso possa trabalhar em algo que lhe seja prazeroso desde que não desnature o caráter expiatório do trabalho prisional. As únicas imposições seriam sua rentabilidade (Bentham abomina o trabalho inútil), compatibilidade com os objetivos da prisão e não interferência na regulação do mercado interno.[40]

35. BENTHAM, Jeremy. O panóptico... cit., p. 32-33.
36. Idem, p. 33.
37. Idem, p. 37.
38. Idem, p. 38.
39. Idem, Ibidem.
40. Idem, p. 43.

"O terror de uma prisão não deve jamais estar na idéia do trabalho, mas na severidade da disciplina, em um uniforme humilhante, em uma alimentação grosseira, na perda da liberdade."[41] A prisão serve para formar aprendizes e operários! Pontua inclusive em trabalho posterior ser "uma grande imprudência em jogá-los [os presos] no mundo sem guarda e sem socorro (...) pois podem ser comparados a crianças durante muito tempo tolhidas e que acabam por escapar da vigilância de seus mestre".[42]

Seja como for, torne o pagamento do contratador suficientemente grande e você não terá nenhuma dúvida de seu apego a esses filhos adotados; se algum deles, enquanto estiver sob seus cuidados, tiver de deixar este vale de lágrimas, pode estar certo de que, mesmo sem um velório, terá pelo menos uma pessoa a chorar sua perda.[43]

Quanto à remuneração, recomenda moderação e formula em termos concreto o princípio da *less elegibility*: "não é necessário que essa recompensa seja tão grande, ou quase tão grande, quanto a que ele teria se trabalhasse em outro local",[44] seja porque o objetivo maior é a capacitação da mão de obra, seja porque a contraprestação do trabalho não pode apresentar vantagens sobre as disposições do trabalho livre.[45]

Salvo com relação à saúde, vida e ao bem-estar físico de um prisioneiro que sofre este tipo de penalidade pelas ofensas que somente são cometidas por indivíduos da classe mais pobre, não se deve tornar sua condição melhor do que aquela dos indivíduos desta mesma classe que vivem em um estado de inocência e de liberdade.[46]

---

41. Idem, Panóptico – Memorial ..., p. 216-217.
42. Idem, p. 222.
43. BENTHAM, Jeremy. O panóptico... cit., p. 51-52.
44. Idem, p. 53.
45. Desenvolvido no Reino Unido a partir da Poor Law Amendment Act de 1834 o princípio da *less elegibility* determina que as condições de vida no cárcere devem ser acentuadamente piores que as condições de vida dos mais precários trabalhadores livres para que preserve seu caráter punitivo e se mantenha devidamente dissuador diante do custo da opção de delinquir. Cf. CACIEDO, Patrick Lemos. O princípio da *Less Elegibility*, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores. *R. Emerj*, vol. 18, n. 67, p. 306-316, Rio de Janeiro: R. Emerj 2015.
46. BENTHAM, Jeremy. Panóptico – Memorial ... cit., p. 208.

Do contrário "não possuiria este caráter de penalidade que deve horrorizar aquele que é tentado a cometer um crime".[47] Também "a alimentação dos prisioneiros deve ser a mais comum e a menos cara que o país possa fornecer, porque não devem ser tratados de uma forma melhor do que a classe mais pobre e trabalhadora".[48]

Nas cartas finais o filósofo apresenta as vantagens de aplicação do princípio da inspeção também a outras instituições: às manufaturas pela "centralidade da situação da pessoa que a preside (...) ao menos para o propósito da direção e da ordem, se não para outro";[49] aos hospícios pela sua necessidade de vigilância, disciplina e monitoramento; aos hospitais pela comunicação e vigilância; e às escolas, dispensados, neste caso, todos os artifícios que tragam o aspecto pesado de uma penitenciária.

As vantagens obtidas em relação à economia pecuniária, ao se implantar a arquitetura das casas de inspeção são: diminuição da quantidade de material para construção e mobília, já que o tamanho e estrutura do prédio são menores que os usuais no momento, e menor número de funcionários. Todo o conjunto passa a funcionar de maneira mais enxuta em termos financeiros e sendo aprovada a Lei de Trabalhos forçados, quase que praticamente de forma autossustentável.[50]

Quatro anos após as cartas com o projeto original publica dois pós-escritos. No primeiro trata de mais detalhes da construção, sobre o poder da administração dos presídios e o confinamento solitário, dentre outros temas. Neste aspecto particular, as celas foram ampliadas e o número de integrantes passa para 4, mudança que para Melossi e Pavarini atendem as demandas por uma mão de obra cada vez em maior interação com as máquinas e outros trabalhadores numa mesma linha de montagem.[51]

O segundo pós-escrito apresenta sua análise sobre os fins e os meios da punição de acordo com a racionalidade utilitarista, repudiando a pura vingança e concebendo três princípios da administração prisional: leniência no trato com

47. BENTHAM, Jeremy. O panóptico... cit., p. 53.

48. Idem, p. 218.

49. Idem, O panóptico..., p. 68.

50. Idem, p. 52.

51. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. p. 72 (Coleção Pensamento Criminológico, vol. 11).

os prisioneiros como forma de assegurar seu bem estar; caráter expiatório; e economia.

Em "Panóptico – Memorial sobre um Novo Princípio para Construir Casas de Inspeção e, Principalmente, Prisões" responde as críticas de que a exposição dos prisioneiros aos visitantes acabaria por inibir que "sentissem vergonha", prejudicando a reforma moral pretendida. Para tanto propõe que usem máscaras: "O crime abstrato será exposto à vergonha enquanto o criminoso será poupado (...) Será um teatro moral cujas representações imprimirão o terror do crime".[52]

Bentham dispensou mais de 20 anos de sua vida tentando implementar seu projeto. Ainda em 1802 estava em tratativas com o governo para a obtenção do capital necessário para iniciar sua construção – abriu mão de qualquer remuneração, trabalharia de graça, na verdade iniciou muito do projeto com recursos próprios, grande parte da herança deixada por seu pai – e elaborou um relatório sobre o projeto e suas negociações com o tesouro com uma análise apontando os problemas do sistema de deportação e as vantagens da penitenciária, publicadas como *Panopticon versus New South Wales: or, The Panopticon Penitenciary System, and the penal colonization system, compared.*[53]

Em 1812 *Bentham* obteve uma indenização do governo pelo tempo e recursos que havia dispensado tentando viabilizar o projeto. Entre os manuscritos de *Bentham* do período de 1827 a 1932 *John Bowring* publicou no volume XI da sua edição de *The works of Jeremy Bentham* o título *History of the War between Jeremy Bentham and George The Thrird, By one of the Belligerents* em que o filósofo responsabiliza o Rei Gorge III pelo fracasso de seu projeto.[54]

Para Maria Jesús Miranda o panóptico fracassou porque não foi desenvolvido tendo por base homens reais, mas o mítico *homo utilitario* criado pelo próprio autor. "O mesmo criador do mito foi vítima de sua criatura e incapaz de dar-se conta disso".[55]

52. BENTHAM, Jeremy. Panóptico – Memorial ... cit., p. 205.

53. BENTHAM, Jeremy. In: BOWRING, John. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1838-18+3. Vol IV.

54. PICOLI, Rogério Antônio. Op. cit, p. 45.

55. Tradução livre. "El panóptico fracasó porque Bentham no previó las resistencias o, mejor dicho, porque no estaba diseñado para tratar con hombres, sino con el mítico homo utilitario que el propio Bentham había creado. El mismo creador del mito fue víctima de su criatura e incapaz de darse cuenta de ello" (MIRANDA, María Jesús.

3. PANOPTISMO: VIGILÂNCIA, INVISIBILIDADE E DISCIPLINA.

O estudo histórico das instituições totais é importante não como o relato da história de uma entidade administrativa mas como um sistema social de dominação e resistência, ordenado por complexos rituais de troca e comunicação.[56] O verdadeiro tema não é o que acontece dentro de suas paredes, mas a relação histórica entre o dentro e o fora. Estas "somente se tornam objetos históricos significantes quando nos mostram, no rigor de seus rituais de poder, os limites que governam o exercício do poder na sociedade como um todo".[57]

Para tanto o projeto panóptico é particularmente expressivo. Por isso Foucault o tomou como exemplo para demarcar uma organização de discursos que possibilita um modelo social diferente do em voga até aquele momento e condizente com as transformações econômicas da Europa no período.

A passagem do mercantilismo ao capitalismo industrial no século XVIII implicou também numa nova forma de estruturação das relações de poder gestadas até então. Foucault aponta que era necessário garantir a circulação de seus efeitos através de canais cada vez mais finos, alcançando os próprios indivíduos, seu corpo, seus gestos, cada uma de suas habilidades cotidianas numa estratégia geral de sujeição.[58] As distintas práticas políticas de castigo e o manejo político do comportamento desviante são uma materialização das distintas táticas políticas de exercício de poder.[59]

Toda uma literatura criminológica desde a ruptura da criminología crítica demonstrou o acerto da máxima dos frankfurtianos George Rusche e Otto Kirchheimer de que "a cada modo de produção correspondem formas de punição adequadas para sua reprodução e desenvolvimento"[60] e de E. Pashukanis

---

Bentham en España. *El Panóptico*. 2. ed. Madrid: Las Ediciones de la Piqueta, 1989 (Colección L´oeil du pouvoir – Genealogía del Poder). p. 145.

56. IGNATIEFF, Michael. Instituições totais e classes trabalhadoras: um balanço crítico. *Revista Brasileira de. História*, vol. 7, n. 14, p. 185-193, São Paulo, 1987.
57. Idem.
58. FOUCAULT, Michel. El Ojo del poder ... cit., p. 14.
59. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* ... cit., p. 84.
60. RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p. 20.

de que "no Estado capitalista a forma por excelência de equiparação equivalente do crime é a privação da liberdade medida num dado período de tempo".[61]

Nesta linha, para entender o desenvolvimento, rupturas e permanências do pensamento penal deve-se analisar sua história integrada ao processo de acumulação de capital, principalmente nos séculos XVIII e XIX, a partir do disciplinamento do mercado de mão de obra em expansão.

Este período significou para a Europa Ocidental uma época de maciças transformações sociais, econômicas e políticas. A Revolução Industrial Inglesa forneceu o modelo das ferrovias e fábricas, "o explosivo econômico que rompeu com as estruturas socioeconômicas tradicionais do mundo não Europeu".[62] Há uma nova forma de acumulação de riqueza (estoques, mercadorias armazenadas, máquinas, oficinas, que precisam de vigilância e guarda constantes)[63] e de administração das terras com o cercamento dos campos para a produção racionalizada de matérias primas e a migração das forças de trabalho para as cidades, em plena expansão.

Tudo passa a ser pensado para prover o meio industrial: regulam-se as formas de escoamento e distribuição da população e mercadorias e principalmente de "disciplinamento" de uma mão de obra que de tão bruta é inviável de emprego imediato neste novo setor produtivo.[64]

No plano social a consolidação da burguesia, a eliminação dos privilégios nobres, incompatíveis com o livre mercado e o surgimento de um proletariado obrigado ao trabalho sob condições adversas dá lugar também a novas formas de revoltas populares e de conflitos sociais urbanos: "a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista".[65]

---

61. PASUKANIS, Eugeny B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 158 e ss.

62. HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 23. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1977. p. 71.

63. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. PUC, 2002. p. 75 (Série Letras e Artes - 6/74).

64. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 76. Para Rushe e Kirchheimer a adoção já no século XVII das casas de correção, sob fundamento de serem um método mais "humano" de repressão (uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficina de trabalho (*workhouse*) e instituições penais) constituía uma nova mudança nas condições econômicas gerais, uma nova política econômica (RUSCHE, George, KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 67 e ss.).

65. FOUCAULT, Michel. El Ojo del poder ... cit., p. 84.

No plano político a Revolução Francesa altera completamente a ordem social até então, ao ponto de terem seus princípios tornado-se o emblema de quase todas as nações emergentes "a política européia, entre 1789 até 1917, foi em grande parte lutar a favor ou contra os princípios de 1789".[66]

Assim, o processo de acumulação de capital não pode ser separado do crescimento de um aparelho de produção capaz ao mesmo tempo de mantê-los e utilizá-los. É novamente Foucault quem aponta que se a decolagem econômica do ocidente se dá com os métodos de acumulação do capital:

"(...) os métodos para gerir a acumulação dos homens permitiram uma decolagem política em relação às formas de poder tradicionais. (...) a divisão do trabalho e a elaboração de maneiras de proceder disciplinares mantiveram um conjunto de relações muito próximas" (...) A disciplina é o processo técnico unitário pelo qual a força do corpo é com o mínimo ônus reduzida como força "política", e maximizada como força útil. [67]

Na verdade, a correlação entre o cárcere e o disciplinamento da classe operária apresenta contornos tão venais quanto o denominado por Rusche e Kirchheimer princípio da *less elegibility* admitido sem qualquer desconforto por Bentham: a privação da liberdade "sob condições piores do que aquelas condições ordinárias em estado de inocência" garantia o efeito dissuasório da força de trabalho proletária e mantinha a relação de proporcionalidade entre o crime e o tempo útil de trabalho tomado do preso.

O século XVIII dá inicio ao atual grande encarceramento. A intolerância com improdutivos e vagabundos manifesta-se em leis contra a vadiagem e delinquência e que obrigam os presos ao trabalho. Rebeliões populares contra as forma clássicas de castigo sob a forma de suplício.[68] Rebeliões nas colônias americanas com a consequente crise no sistema de deportação. É desse período o clássico relatório de John Howard *The state of prison in England and Wales* com suas denúncias de superpopulação, más condições higiênias e alto índice de contágios de doenças.

Bentham pensa em num "dispositivo" generalizável para quaisquer formas de "disciplinamento", um prédio que servisse para um sistema de cercamento e controle daqueles que estão nele inseridos, por um número reduzido de controladores. "Preocupação de uma sociedade burguesa em formação que neces-

66. HOBSBAWM, Eric J. Op. cit., p. 71.

67. FOUCAULT, Michel. El Ojo del poder ... cit., p. 208.

68. Idem, Ibidem.

sita tornar mais sutis seus mecanismos de poder, para gerir um maior número de relações e pessoas",[69] rompendo com as teses contratualistas de limitação ao poder que antes lhe serviram para opor-se ao sistema aristocrático.

"A burguesia compreende perfeitamente que uma nova legislação ou nova Constituição não são garantia suficiente para manter sua hegemonia. Percebe que deve inventar uma nova tecnologia para garantir a irrigação dos efeitos do poder por todo o corpo social até suas menores fendas. E para isso precisamente a burguesia fez não somente uma revolução política, mas também conseguiu implementar uma hegemonia social que desde então conserva. Esta é a razão pela qual todas estas invenções foram tão importantes e fizeram de Bentham um dos inventores mais exemplares da tecnologia do poder."[70]

Posto isso, não é mera coincidência que os dois princípios fundamentais da construção panóptica sejam a posição central de vigilância e sua invisibilidade. Também não é por acaso a configuração circular por permitir num campo já homogeneizado pela luz, idênticas repartições e um único ponto em distinção, o centro.[71] "O mérito original da construção é repartir o visível e o invisível (...) Instaura-se uma dissimetria brutal da visibilidade (...) No edifício opaco e circular é a luz que aprisiona."[72]

Que o olho central veja sem ser visto: "Se posso discernir o olhar que me espia, domino a vigilância" mas se ele se esconde na sombra intensificam-se "todos os seus poderes – e a economia ainda ganha com isso, pois o número dos que suportam a função de vigilância pode ser reduzido na medida de sua intensificação".[73]

Por isso, para Jacques-Alain Miller o panóptico é o modelo do mundo utilitarista: nada existe por si só, tudo é exatamente medido sem exceden-

69. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*... cit., p. 211.

70. FOUCAULT, Michel. El Ojo del poder ... cit., p 18. Tradução livre. "La burguesía comprende perfectamente que una nueva legislación o una nueva Constitución no son garantía suficiente para mantener su hegemonía. Se da cuenta de que debe inventar una tecnología nueva que asegure la irrigación de todo el cuerpo social de los efectos de poder llegando hasta sus más ínfimos resquicios. Y en esto precisamente la burguesía ha hecho no sólo una revolución política sino que también ha sabido implantar una hegemonía social que desde entonces conserva. Esta es la razón por la que todas estas invenciones han sido tan importantes y han hecho de Bentham uno de los inventores más ejemplares de la tecnología de poder."

71. MILLER, Jacques-Alain. Op. cit., p. 91.

72. Idem, p. 90.

73. Idem, p. 91.

tes nem falta. "Nada é 'deixado de ser', pois que tudo tem razão para funcionar" e seus moradores, amarrados à racionalidade, aos dispositivos tornam-se "instrumentalizáveis".[74]

Na verdade, mais que servir, o ideal é "tudo deve servir várias vezes". Daí cada elemento do dispositivo constituir um nó em que se entrecruzam várias redes, "um cruzamento de utilidades, atravessado por múltiplas cadeias causais". O panóptico inteiro atende a essa regra pois vale ao mesmo tempo como prisão, usina, escola, asilo e qualquer outra instituição que necessite vigilância. "O ideal do panóptico é a servilização integral da natureza ao útil".[75]

Ademais, a abertura da prisão ao publico apregoada por Bentham acumula uma dupla utilidade: de uma parte persuadem os visitantes, de outra ensinam as virtudes, a economia e a racionalidade tanto aos visitantes quanto aos reclusos. Assim, "o processo de moralização agindo diretamente sobre os prisioneiros age indiretamente sobre os visitantes".[76]

Para Melossi e Pavarini o panóptico é "uma tentativa ingênua e nunca concretizada de coordenar um exasperante sistema punitivo e de controle com a eficiência produtiva, tentativa que já revela a decidida tendência dos anos seguintes de privilegiar o primeiro aspecto"[77] e seu direcionamento primordial às penitenciárias se dá porque "os objetivos de custódia, isolamento, solidão, trabalho forçado e instrução são buscados ao mesmo tempo (...), ou seja, o esforço unitário e essencial de controle do proletariado nascente".[78]

Foucault define o panóptico como "uma espécie de ovo de Colombo no campo da política". Michelle Perrot como "uma grandiosa abertura de toda uma literatura totalitária, um grande texto político".[79] Para Jacques-Alain Miller o próprio utilitarismo é uma visão totalitária do mundo que aspirando precisamente a maximização perpétua e universal lhe permite apresentar-se como uma filantropia: "a expansão de seu império só tem por limite, de fato, a espécie humana".[80]

---

74. MILLER, Jacques-Alain. Op. cit., p. 93.
75. Idem, p. 95.
76. Idem, p. 96.
77. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 70.
78. Idem, p. 73.
79. PERROT, Michelle. Op. cit., p. 132.
80. MILLER, Jacques-Alain. Op. cit., p. 111.

De fato, o panóptico é a alegoria de uma nova configuração de poder vislumbrada por alguém que levou ao máximo o racionalismo industrial.

E é justamente o princípio utilitarista Benthamiano que o torna, nas palavras de Nilo Batista, "o mais vidente dos teóricos burgueses da disciplina carcerária", por ser este, talvez, o que mais se coaduna com as leis básicas da exploração capitalista, "ao 'útil' dispêndio do corpo humano (força de trabalho) para a criação 'útil' de um corpo inumano (produto industrial). Não por acaso, Bentham preconizava, com insistência, a administração privatizada do Panóptico",[81] tão caro a política criminal contemporânea.

Com o panóptico benthaminiano, uma vez mais a história da prisão encontra o paradoxo em seu aparente fracasso: Bentham dedicou vinte anos de sua vida e grande parte de sua herança para construir um panóptico que fracassou reiteradas vezes e apesar de traduzido para o espanhol e português e publicado em francês e inglês, o panóptico não teve muitos leitores, mas sua formulação tornou-se conhecida em todo o mundo. Todas as reformas posteriores lhe tem como base:[82] o sistema progressivo de execução da pena (o primeiro estágio de grande labor físico durante o dia e isolamento recluso durante a noite e o segundo de liberdade transitória a que Bentham chamou meia liberdade); a previsão de instrução religiosa e moral com fins preventivos gerais e especiais positivos; vigilância rigorosa e trabalho intenso, sem permitir que os presos tivessem contato entre si; a construção arquitetônica em forma circular, com celas individuais absolutamente voltadas para o centro vigilante comum, onde se situavam a sala de direção e a torre de vigilância; os sistemas Auburn (trabalho em comum nas oficinas durante o dia e celas individuais à noite, cuja proposta base é a reforma moral pelo trabalho rígido e disciplinado) e Philadelphia (isolamento total do preso em sua cela, cuja proposta base é a regeneração individual centrada na ideia religiosa da penitência); o sistema de recompensas

81. BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. *Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade*, ano 1, vol 1, n. 1, p. 74, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

82. Por todos GONÇALVES, Pedro Correia. A era do humanitarismo penitenciário: as obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, vol. 33, n. 1, p. 16 e ss., 2009. Disponível em: [http://revistas.ufg.emnuvens.com.br/revfd]. Acesso em: 01.01.2012. Para Zaffaroni, Alagia, Slokar e Batista esta correspondia a forma de trabalho industrial concebida e praticada à época: estrita vigilância na fábrica, permanente controle do capataz e impedimento de qualquer tempo livre durante o trabalho (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejadro. Op. cit., p. 568).

na execução penal moderna; e o trabalho como direito do preso e não suplício, dentre outros.[83]

Nas palavras de Maria Jesús Miranda:

"(...) a ele deve-se a reforma do sistema prisional e municipal, a moderação das punições, a adoção de um sistema penitenciário destinado à reforma moral do ofensor, a melhoria da organização do júri, a revogação de leis que excluíam certa classe de provas legais, a abolição das disposições de exclusão dos católicos e muitos outras maiores para enumerar e que se referem apenas à constituição de velha Inglaterra. Ou seja, o autor de uma utopia que falha estrondosamente influencia decisivamente a nova constituição britânica. E o mesmo se passa com o resto da Europa. A Assembleia Nacional Francesa manda editar, em 1791, o Memorial sobre o Panóptico realizado por Dumont e Bentham é nomeado cidadão honorário francês. Os liberais Italianos e Portugueses bebem de sua fonte".[84]

No Brasil, Nilo Batista destaca influências de Bentham na redação da Constituição de 1824 (art. 179, II. Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública) além de ter sido juntamente com Livingston o autor mais citado nas atas de trabalho durante a elaboração do Código Imperial de 1830 (ideias circuláveis entre nós através das duas coletâneas organizadas e traduzidas para o francês por Etiene Dumont).[85]

Na construção da Casa de Correção da Corte em 1833 o governo imperial orientou-se pelos desenhos e reflexões produzidos por um projeto elaborado

---

83. TÓRTIMA, Pedro. Apontamentos para uma história dos sistemas penais. *Revista Internacional de História Política e Cultura jurídica*, vol. 3., n. 3, p. 448, Rio de Janeiro: 2011. Disponível em: [www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v4n2a42012.pdf]. Acesso em: 10.10.2012.

84. MIRANDA, María Jesús. Op. cit., Tradução Livre. "[...] a él fue debida la reforma penitenciaria y municipal, la moderación de las penas, la adopción de un sistema penitenciario proponiéndose la reforma moral del delincuente, el mejoramiento de la organización del jurado, la derogación de leyes que excluían cierta clase de pruebas judiciales, la abolición de las disposiciones de exclusión de los católicos y otras muchas prolijas de enumerar y que hacen relación únicamente a la constitución de la vieja Inglaterra. Es decir, el autor de una utopía que fracasa estrepitosamente influye de manera decisiva m la nueva constitución legal británica. Y otro tanto puede decirse del resto de Europa. La Assemblea Nacional francesa manda editar, en 1791, la Memoria sobre el Panóptico realizada por Dumont y Benthan es nombrado ciudadano francés honorífico. Los liberales italianos y portugueses beben de sus fuentes."

85. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejadro. Op. cit., p. 431-432 e 569, nota de rodapé n. 56.

em 1826 pela "Sociedade Inglesa para Melhoramento das Prisões" que previa uma construção "estilo panóptico". Entretanto, de acordo como o Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte de 1874 a prisão adquiriu uma estrutura arquitetônica bastante diferente e incompatível com o projeto benthaminiano. Previu-se inicialmente uma construção com oito raios divididos entre celas individuais e oficinas de trabalho. O projeto deveria ter também uma finalidade moral, "reformar" os internos por meio da disciplina e isolamento. Ao fim, foram construídos dois edifícios, o primeiro destinado à Casa de Correção, com duzentas celas individuais divididas em quatro andares e, posteriormente, em 1856, o segundo, reservado à Casa de Detenção, para presos que aguardavam julgamento e de condenações curtas.[86]

"Os corredores não eram abertos em toda a altura do edifício, pois eram cortados pelas lajes que separavam os andares. Essas lajes bloqueavam a visão, dos guardas, que, desse modo, não percebiam o movimento dos condenados nas celas e dos corredores situados em andares diferentes daquele em que estivessem situados. O corredor central do raio era muito estreito, e os corredores externos tinham janelas pequenas, prejudicando a iluminação das celas. Assim, por um hipotético observatório central, o guarda conseguiria ver, com dificuldade, apenas os corredores das celas do mesmo andar em que ele estivesse, dada a semiobscuridade do corredor e das celas."[87]

Ademais, a prática comprovou ser constante a comunicação entre os presos e a falta de silêncio,[88] daí Andrei Koener apelidar o projeto de "(impossível) panóptico tropical-escravista".[89]

86. Sant'anna, Marilene Antunes. Trabalho e conflitos na Casa de Correção do Rio de Janeiro. In: Maia, Clarissa Nunes et all (org.) *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. vol. I, p. 291.

87. Koener, Andrei. Punição. Disciplina e pensamento penal ... cit., p. 211-2

88. Sant'anna, Marilene Antunes. Op. cit., p. 293.

89. Estas adaptações serviram, em sua análise como forma de acomodar nossa política "liberal escravagista". Para Vera Malaguti na nossa realidade (marginal), "a sociedade disciplinar" descrita por Foucault cruza-se "com a barbárie do sistema colonial escravista que se eterniza estética e subjetivamente no dia a dia das cidades brasileiras" (Batista, Vera Malaguti. Marx com Foucault: Análises acerca de uma programação criminalizante. *Veredas do Direito*, vol. 2, Belo Horizonte: Imprenta, 2005, p. 31). "Aqui o modelo ideológico do panóptico de Bentham é substituído pelas teorias de inferioridade biológica de Cesare Lombroso. A prisão dos países periféricos é uma instituição de sequestro menor, dentro de outra muito maior, um apartheid criminológico natural. Em nossa região o sistema penal adquire características genocidas de contenção, diferentes das características 'disciplinadoras' dos países centrais"

De fato, os significados do panóptico são múltiplos. Ele é "o diagrama de um mecanismo de poder levado à sua forma ideal (...) é na realidade uma figura de tecnologia política que se pode e se deve destacar de qualquer uso específico".[90]

O panoptismo embora tenha tido um laboratório experimental no cárcere, adota e alimenta um sistema de docilização dos corpos para a máquina produtiva a níveis muito mais profundos e difusos no corpo social: a família, escola, hospital etc. Todas estas instituições tem por finalidade não excluir mas fixar os indivíduos em um aparelho de "normalização" dos homens.

É que a instauração da sociedade disciplinar impõe uma rede institucional de sequestro intraestatal. Exerce-se como micro-poder em todas as instituições, de forma difusa no corpo social, objetivando extrair o tempo útil ou inútil para melhor amoldá-lo as relações de trabalho, num determinado sistema de poder que Foucault qualifica como polimorfo e epistemológico (extraído da observação, classificação, registro, comparação, exame do indivíduo e se exerce sobre ele).[91]

Para o filósofo seu sucesso se deve "ao uso de um instrumento simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame".[92] Ou seja, o panóptico é também um sistema de documentação individualizante e permanente. O infrator condenado e institucionalizado constitui-se como objeto de saber possível, "que tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou

---

(BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 55). O que se coaduna com a nossa adaptação "tropical – escravista" do panóptico descrita por Andrei Koener (KOENER, Andrei. Punição. Disciplina e Pensamento penal no Brasil do Século XIX. Lua Nova, n. 68, São Paulo, 2006. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ln/n68/a08n68.pdf]. Acesso em: 21.11.2012; Idem, O impossível panóptico tropical-escravista: práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX. RBCCrim, n. 35, São Paulo: Lumen Juris, 2001). Cf. TÓRTIMA, Pedro. Apontamentos para uma história dos sistemas penais. Revista Internacional de História Política e Cultura jurídica, vol. 3, n. 3, p. 432-464, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: [www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v4n2a42012.pdf]. Acesso em: 10.10.2012.

90. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* ... cit., p. 194.

91. Idem, *A verdade* ... cit., p. 114.

92. Idem, *Vigiar e punir* ... cit., p. 164.

não a regra, se progride ou não etc".[93] E é como objeto deste saber possível que o pensamento penal de Bentham pode ser considerado como uma semente do positivismo que lhe segue.[94] A arquitetura panóptica funde poder e saber.

Mais tarde, Foucault desenvolve a ideia de que é esse corpo de conhecimento biológico da espécie humana, acumulado com estes "rudimentos de bio-política", cujo panóptico lhe é um exemplo metafórico, que ao entrar na estratégia geral de poder sobre as "populações" no século XIX, como estratégias políticas de intervenção e controle destas populações, constitui o "biopoder" característico da "governamentalização" do Estado.[95]

As fórmulas gerais de dominação agem diretamente sobre o corpo do homem na medida em que dissociando-o de seu poder incrementa-o economicamente, forma "aptidões" manipuláveis por sua utilidade produtiva e faz dessa uma relação, em termos políticos, de sujeição. Trata-se de uma "maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e recompõe" "docilizando-os".[96]

"Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada."[97]

Daí a necessidade de o poder ser visível e inverificável. Só assim consegue ele a partir de qualquer sujeito fabricar efeitos homogêneos. É também do modelo que advém o protagonismo das arquiteturas circulares em geral no século XVIII, "elas exprimiam uma certa utopia política".[98] que pela necessidade de escalas, intercambiava-se com a pirâmide dando ao circulo "um chefe".

---

93. Idem, *A verdade e* ... cit., p. 88.
94. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 567.
95. Nas palavras de Foucault, por "governamentalização" deve-se entender "o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer esta forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança" (FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber.* Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2011. p.143). E por biopolítica "o conjunto de mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas estratégias biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder " (Idem, p. 3).
96. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* ... cit., p. 133.
97. Idem, p. 134.
98. Idem, p. 167.

A arquitetura assume o lugar da força física! E todo o projeto de Bentham é pensado dessa forma, o que não significa que haja em seu pensamento intenções expressas de crueldade. "Nenhuma crueldade! É que a crueldade é gratuita, improdutiva. Se o utilitarista pode ser considerado filantropo é porque a seus olhos, a dor, como tudo, deve servir."[99]

4. CONCLUSÃO

A importância de Jeremy Bentham para a "ciência política do poder punitivo"[100] está justamente na ruptura que o torna capaz de por em termos concretos a reformulação de toda uma nova forma de conceber as relações de poder nas sociedades do século XVIII e XIX, no direcionamento do olhar científico para os sujeitos institucionalizados de forma a produzir sobre estes um saber e na consolidação da privação de liberdade como forma de equivalência da prática do crime.

É por esta capacidade de transparecer e alimentar as estruturas difusas e econômicas de poder nas sociedades disciplinares – além do óbvio apelo econômico que as ideologias burguesas expressam no início de sua constituição – que a privação da liberdade, apesar de todas as suas incongruências, impõe-se como forma de punição:

"(...) era, no fundo, apenas a forma concentrada, exemplar, simbólica de todas estas instituições de sequestro criadas no século XIX. De fato a prisão é isomorfa a tudo isso. No grande panoptismo social cuja função é precisamente a transformação da vida dos homens em força produtiva, a prisão exerce uma função muito mais simbólica e exemplar do que realmente econômica, penal ou corretiva. A prisão é a imagem da sociedade e a imagem invertida da sociedade, imagem transformada em ameaça".[101]

---

99. MILLER, Jacques-Alain. Op. cit., p. 98. Na verdade Bentham, preocupado com "igualdade" e proporcionalidade, bases políticas fundamentais de sua época, propunha *em Principles of penal Law* que os açoites não dependessem do vigor físico ou motivações pessoais do verdugo e para tanto pensou uma "máquina de chicotear": "colocando em movimento várias varetas elásticas de junco ou de barbatana de baleia, cujo número e tamanho pudessem ser determinados pela lei: o corpo do delinquente poderia ser submetido aos corpos destas varetas, a força e a velocidade de sua aplicação sendo prescrita pelo juiz: assim tudo o que é arbitrário seria suprimido" (Idem., p. 100; BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 76).

100. Definição atribuída por Nilo Batista à política criminal contemporânea (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, BATISTA, 2006. p. 275).

101. FOUCAULT, Michel. *A verdade* ... cit., p. 123.

Mas, acima de tudo, é a capacidade de identificar não um estabelecimento formal de institucionalização de presos – embora seu campo ideal – mas um princípio geral de construção, polivalente, que se amolda e transparece as relações de sujeição e dominação inerentes a toda estrutura social que fazem do panóptico, e de Bentham, uma tentativa "impossível" de racionalização que deixam claras as falácias do discurso jurídico penal, socialmente falso e perverso: "torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder":[102] o disciplinador, que exerce-se principalmente frente aos que não pertencem as instituições totais do qual emana e que Zaffaroni denominou "configurador".

Em outras palavras, o poder repressor do sistema penal, medido pelo órgão judicial, embora assim se mostre, não esgota seu exercício, que em termos comparativos, se dá de forma ínfima e seletiva. Seu exercício mais importante é positivo e configurador, sendo a repressão punitiva apenas um limite formal. Este poder configurador opera de forma camuflada (o que impede que toda sua magnitude seja percebida em nível consciente), a margem da legalidade e de forma arbitrariamente seletiva porque a própria lei assim o planifica ao deixar de fora amplíssimos âmbitos de controle social punitivo para centrar apenas em seu exercício formal.[103]

O poder é simbolizado pelo olho central moralizante e invisível e pela introjeção do comportamento demandado, não necessariamente por uma rede de instituições panópticas, que nunca existiram, mas pelo princípio panóptico sobre institucionalizados e não institucionalizados. O controle das classes subalternas pela vigilância introjetada, subjetivada é a grande permanência benthaminiana nas sociedades capitalistas ocidentais, suas instituições e os micro-poderes que as circundam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008 (Coleção Pensamento Criminológico 15).

102. ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 19.

103. Idem, p. 23.

ATKINSON, C. M. *Jeremy Bentham:* his life and his work. London: Methuen & co. Harvard University, 1995. Disponível em: [http://archive.org/stream/jeremybenthamhi00atkigoog#page/n6/mode/2up]. Acesso em: 21.11.2012.

BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan – ICC, 2002.

BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. *Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade,* ano 1, n. 1., p. 69-77, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

BATISTA, Vera Malaguti. Marx com Foucault: Análises acerca de uma programação criminalizante. *Veredas do direito*, vol. 2, n. 4. Disponível em: [www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/5_39.pdf]. Acesso em: 12.11.2012.

_____. *Difíceis ganhos fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2003 (Coleção Pensamento Criminológico 2).

BELARMINO, Gonçalo. Casa de correção da corte: *memória, estigma e relações de poder.* Disponível em: [www.rj.anpuh.org/anais/2004/Simposios%20Tematicos/Goncalo%20Belarmino.doc] Acesso em: 12.06.2012.

BENTHAM, Jeremy. O panóptico. In: TADEU, Tomaz (org.). *O Panóptico* 2. ed. Belo Horizonte: autêntica, 2008.

_____. Postscript. In: BOWRING, John (org.) *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 4. Edinburgh: William Tait, 1838-1843, Disponível em: [http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1925&chapter=116416&layout=html&Itemid=27] Acesso em: 21.11.2012.

_____. Panóptico – Memorial sobre um novo princípio para construir casas de inspeção e, principalmente, prisões. *Revista Brasileira de História*, vol. 7, n. 14, p.199-229, São Paulo, 1987.

_____. Sobre un nuevo principio para construir casas de inspeción, y principalmente casas de reclusión. Y trabajo forzado. *El Panóptico.* 2. ed. Madrid: Las Ediciones de la Piqueta, 1989 (Colección L´oeil du pouvoir – Genealogía del Poder).

CACIEDO, Patrick Lemos. *O princípio da* Less Elegibility, *a legalidade na execução penal e os tribunais superiores.* vol 18 n. 67. In *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, 2015, p. 306-316.

FOUCAULT, Michel. El Ojo del poder. *El Panóptico.* 2. ed. Madrid: Las Ediciones de la Piqueta, 1989 (Colección L´oeil du pouvoir – Genealogía del Poder).

_____. *A verdade e as formas jurídicas.* Rio de Janeiro: Ed. PUC, 2002 (Série Letras e Artes – 6/74).

_____. *Segurança, território e população:* curso dado no Collége de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

_____. *História da sexualidade I:* A vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2011.

_____. *Microfísica do poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 25. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

GONÇALVES, Pedro Correia. A era do humanitarismo penitenciário: as obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. *Revista da Faculdade de Direito da UFG,* n. 1, vol. 33, 2009. 9-17 Disponível em: [http://revistas.ufg.emnuvens.com.br/revfd]. Acesso em: 01.01.2012.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no Sistema Penal Capitalista.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 23. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1977.

IGNATIEFF, Michael. Instituições totais e classes trabalhadoras: um balanço crítico. *Revista Brasileira de História,* vol. 7, n. 14, p. 185-193, São Paulo, 1987.

KOENER, Andrei. Punição. Disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*, n. 68, São Paulo, 2006. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ln/n68/a08n68.pdf]. Acesso em: 21.11.2012.

_____.O impossível panóptico tropical-escravista: *práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX. RBCCrim*, n. 35, São Paulo: Lumen Juris, 2001.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica.* As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006 (Col. Pensamento Criminológico, vol. 11).

MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. In: TADEU, Tomaz (org.). *O Panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

MIRANDA, María Jesús. Bentham en España. *El Panóptico*. 2. ed. Madrid: Las Ediciones de la Piqueta, 1989 (Colección L´oeil du pouvoir – Genealogía del Poder).

MOTA, Louise Menegaz de Barros. Jeremy Bentham: entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário. *Revista de informação legislativa – RIL*, n. 196, vol. 49, p. 283-294, 2012. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496628/000967070.pdf?sequence=1] Acesso em: 10.01.2013.

PASHUKANIS, Eugeny B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Ana Leonor. A institucionalidade contemporânea e a "utopia" de Bentham. *Revista de História. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra.* Disponível em: [http://ler.letras.up.pt/site/default.aspx?qry=id04id1230id2238&sum=sim]. Acesso em: 10.01.2013.

PERROT, Michelle. O Inspetor Bentham. In: TADEU, Tomaz (org.). *O Panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: autêntica, 2008.

PICOLI, Rogério Antônio. *Sobre o governo em Jeremy Bentham:* o risco das partes e o traçado do todo. 2006. 173 fls. Tese (doutorado em Ciência Política) – Faculdade de filosofia, letras e ciências humanas, Departamento de ciência política, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/.../TESE_ROGERIO_ANTONIO_PICOLI.pdf].

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. Jeremy Bentham e a constituição do conceito de direito no pensamento jurídico moderno. *Revista de Estudos Jurídicos Unesp,* n. 20, vol. 14, p. 297-310, 2010. Disponível em: [http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp]. Acesso em: 10.01.2013.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social.* Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

SALMORÁN, Rolando Tamayo. Jeremy Bentham: teoría jurídica analítica y norma penal. *Iter Criminis: Revista de ciencias penales,* n. 4, p. 79-106, México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 2000.

SANT'ANNA, Marilene Antunes. Trabalho e conflitos na Casa de Correção do Rio de Janeiro. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (org.). *História das prisões no Brasil.* Rio de Janeiro: Rocco, 2009. vol I.

SONTAG, Ricardo. "A irresistível ascensão dos filósofos". Teoria da legislação e o "problema penal" em Jeremy Bentham. *Meritum. Revista de direito da Universidade Fumec,* n. 1, vol. 3, 255-285, Minas Gerais: Universidade Fumec 2008.

SPÍNDOLA, Pablo. *O Panoptismo de Foucault:* uma visão não utilitarista. Disponível em: [www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1312590916_ARQUIVO_Artigo-OpanoptismodeFoucault-umaleituranaoutilitarista-Anpuh2011.pdf]. Acesso em: 12.06.2012.

TÓRTIMA, Pedro. Apontamentos para uma história dos sistemas penais. *Revista Internacional de História Política e Cultura jurídica,* vol. 3, n. 3, p. 432-464, 2011. Disponível em: [www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v4n2a42012.pdf]. Acesso em: 10.10.2012.

WERRET, Simon. Potemkim e o Panóptico: *Samuel Bentham e a arquitetura do absolutismo na Rússia do Século XVIII.* In: TADEU, Tomaz (org.). *O Panóptico.* 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Influencias de Jeremias Bentham en el movimiento de reforma procesal, de Jorge Fabrega – *RePro* 29/82 (DTR\1983\10);
- Direito Penitenciário e a proposta de criação das polícias penitenciárias: o equívoco incontroverso, de Tadeu Coelho Ribeiro Maia – *RT* 967/229 (DTR\2016\4654); e
- Protagonismo carcerário: os presos monitores e a educação no sistema prisional paulista, de Alex Victor da Silva – *RTSP* 1/11 (DTR\2013\7268).

85359

O COMBATENTE INIMIGO NO DEBATE SOBRE A CONDUÇÃO DA GUERRA DOS ESTADOS UNIDOS CONTRA O TERRORISMO

THE ENEMY COMBATANT IN A DEBATE RELATED TO HOW THE UNITED STATES CONDUCTS THE WAR ON TERRORISM

RENATA R. V. K. NAGAMINE

Mestre e doutoranda pela Faculdade de Direito da USP.
renagamine@gmail.com

JOÃO HENRIQUE RIBEIRO RORIZ

Doutor pela Faculdade de Direito da USP e mestre (L.L.M.) pela London School of Economics.
Pesquisador visitante (2015-2016) na University of Oxford (Bolsista Capes).
Professor da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Federal de Goiás.
joao.roriz@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMO: Este artigo pretende mostrar o "combatente inimigo" como um enquadramento polêmico, que enfrentou resistências internas e externas à administração W. Bush. Procura-se explorar as ideias associadas ao termo "combatente inimigo" nas páginas dos jornais, com destaque para os editoriais do *New York Times* publicados desde o 11.09 ao final de 2006, quando primeiro se define formalmente o "combatente inimigo", transformado em "combatente inimigo ilegal". Também serão abordadas em meio a essa disputa as decisões da Suprema Corte sobre os "detentos de Guantánamo" proferidas no período coberta pela pesquisa e os atos jurídicos emanados do governo.

PALAVRAS-CHAVE: Combatente inimigo – Combatente inimigo ilegal – Guerra contra o terror – Direito internacional humanitário – Liberdades civis – Segurança nacional.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate the "enemy combatant" as a controversial framework that faced internal and external resistances to the W. Bush administration. It seeks to explore the ideas associated with the term "enemy combatant" in the newspapers, especially the *New York Times* editorials published from 09.11 to the end of 2006, when "enemy combatant" is first formally defined, transformed under "unlawful enemy combatant". The article also addresses, in the midst of this dispute, the Supreme Court decisions regarding the "Guantanamo detainees" delivered in the period covered by this survey and those emanating from the legal acts of the government.

KEYWORDS: Enemy combatant – Illegal enemy combatant – War against terror – International humanitarian law – Civil liberties – National security.

NAGAMINE, Renata R. V. K.; RORIZ, João Henrique Ribeiro. O combatente inimigo no debate sobre a condução da guerra dos Estados Unidos contra o terrorismo.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 120. ano 24. p. 329-377. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O "combatente inimigo", I: dos memorandos à Suprema Corte – 2.1 Do criminoso de guerra à polêmica do "combatente inimigo" – 2.2 Dois "combatentes inimigos" na Suprema Corte: os casos Hamdi e Rasul – 3. O "combatente inimigo", II: da Suprema Corte ao "combatente inimigo ilegal" – 3.1 Os primeiros contornos formais do "combatente inimigo" – 3.2 O caso Hamdan e a consagração formal definitiva do "combatente inimigo" como "combatente inimigo ilegal" – 4. O "direito penal do inimigo" – 5. Conclusão – Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O terrorista foi uma figura comum na retórica do presidente dos Estados Unidos George W. Bush. Mas, surpreendentemente, ele não aparece nos principais documentos sobre a política norte-americana para a "guerra contra o terror". Em termos jurídicos, essa "guerra" foi enquadrada no direito internacional humanitário,[1] um enquadramento preferido ao direito penal interno e ao direito internacional penal, entre outras razões, por permitir a detenção de inimigos durante as hostilidades. No caso da "guerra" dos Estados Unidos contra o terrorismo, ela se transformou em uma detenção prolongada, i.e., em uma detenção arbitrária.

O terrorismo, ainda mais nos moldes praticados pela al Qaeda, desafia os fundamentos da ordem internacional humanitária, porque pretende subvertê-la.

1. O direito internacional humanitário consiste num corpo de normas internacionais que regula a ocupação beligerante, total ou parcial, os conflitos armados internacionais e os conflitos não internacionais, no que se refere aos meios e métodos de combate e ao tratamento de não combatentes, i.e., os civis e as pessoas fora de combate, a saber, feridos, enfermos, náufragos e prisioneiros de guerra. Ele se pauta pelos princípios do socorro a feridos e enfermos nos campos de batalha, da distinção entre combatentes e não combatentes na condução das operações militares, da proibição de causar mal supérfluo ou sofrimento desnecessário, tendo por parâmetro a necessidade militar, que é enfraquecer o potencial militar do inimigo. Logicamente, assenta-se na circunscrição do campo de batalha – por isso pode propugnar pela distinção entre combatentes e não combatentes – e na separação em relação ao *jus ad bellum*, o direito à guerra. Mais do que regular a conduta dos agentes em situação de ocupação e conflito armado, o direito internacional humanitário constitui o "conflito" e o "combatente", o que significa que suas normas emprestam realidade a um e outro no sistema e o efeito jurídico dessas figuras ou categorias não decorre do seu estatuto ontológico, nem do senso comum. Num conflito armado internacional, o direito internacional humanitário confere ao combatente, e só a ele, o privilégio de matar, e, por força desse privilégio, uma conduta sua conforme às prescrições do corpo jurídico que tenha a morte por resultado não lhe acarretará sanção. Em contrapartida, o combatente poderá ser alvo de operações militares.

NAGAMINE, Renata R. V. K.; RORIZ, João Henrique Ribeiro. O combatente inimigo no debate sobre a condução da guerra dos Estados Unidos contra o terrorismo.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 120. ano 24. p. 329-377. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

Por isso, o autor do ato – o terrorista – não tem lugar nos seus quadros.[2] Como escreveu o assessor na administração Bush, William Taft IV, "O terrorismo é, acima de tudo, a negação do direito. Mais especificamente, ele é a negação dos princípios humanitários fundamentais do direito dos conflitos armados. Enquanto o direito humanitário proscreve dirigir ataques contra civis como tais, o terrorismo o promove; e enquanto um propósito fundamental do *jus in bello* é facilitar a ordem depois do conflito, o propósito do terrorismo é o oposto: caos travestido de violência".[3]

Para que o direito internacional humanitário pudesse ser usado a contento na polêmica "guerra", o terrorista primeiro teria de se transformar, destarte, numa figura que nele pudesse ser representada.

No sistema internacional, o terrorista pode ser representado pelo criminoso de guerra, e assim tem sido na jurisprudência de cortes penais internacionais. Mas, no direito internacional, mesmo o criminoso de guerra dispõe de certas garantias, como a presunção de inocência, o direito de não ser forçado a testemunhar contra si ou confessar-se culpado, de ser julgado por juiz imparcial e independente e a igualdade de armas com seu acusador. Essas garantias são normas costumeiras, seja de ordem internacional penal – reunidas no art. 67 do Estatuto do TPI – seja de ordem internacional humanitária – reunidas no art. 75 (4) do Protocolo I de 1977[4] e o direito a elas afirmado no art. 3.º comum às Convenções de Genebra de 1949.

Os memorandos trocados entre secretários de Estado e assessores de George W. Bush no curso da guerra contra o terror mostram que a intenção do governo

2. Esta passagem alude ao prefácio de: FOUCAULT, M. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução de Salma Tannus Muchail, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. IX-XXII.

3. Tradução livre do original: "Terrorism is, above all, the negation of law. More specifically, it is the negation of the fundamental humanitarian principles of the law of armed conflict. Whereas humanitarian law proscribes directing attacks against civilians as such, terrorism promotes it; and whereas a fundamental purpose of *jus in bello* is the facilitation of order after a conflict, the aim of terrorism is the opposite – chaos clad in violence." (TAFT IV, W. H., The law of armed conflict after 9/11: Some salient features., *Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 28, p. 319-323, 2003, p. 323).

4. O art. 75 do Protocolo positivaria norma costumeira, segundo Taft, sem a objeção dos Estados Unidos, que assim seria vinculado por ela (TAFT IV, W. H. The law of armed conflict after 9/11: Some salient features., *Yale Journal of International Law*, vol. 28, p. 319-323, New Haven, 2003, p. 321).

era enquadrar a situação nos marcos do direito internacional, sem se submeter, no entanto, aos constrangimentos impostos pelo *status* de criminoso de guerra. Daí a necessidade de modular o corpo jurídico internacional aos interesses do Executivo no pós-11/9, e, para tanto, de apelar à ilegitimidade do uso da força pela al Qaeda e pelo Talebã. O papel dessa percepção da ilegitimidade do uso da força no tratamento dispensado aos membros da al Qaeda ou do Talebã em mãos norte-americanas fica claro em *paper* de John Yoo, assessor jurídico no Departamento de Justiça, em que o autor-assessor afirma que "atores não estatais que se engajam numa guerra estão engajados numa forma de guerra que é ilegítima. Em outras palavras, os terroristas da al Qaeda não escapam das leis de guerra porque são atores não estatais. Em vez disso, eles são beligerantes ilegais".[5]

Há, pois, uma transferência do juízo de ilegitimidade do uso da força para o combatente, uma espécie de operação lógica pela qual a administração logrou justificar sua decisão de aplicar ao membro da al Qaeda ou do Talebã o direito internacional humanitário reescrito por seus assessores. Esse membro da al Qaeda ou do Talebã era, assim, um "combatente inimigo", restando implícita, de início, a ilegitimidade da sua ação e a ilegalidade da sua condição, aos olhos dos norte-americanos. Por essa linha de raciocínio, sua ilegalidade era absoluta, e, por causa dela, o "combatente inimigo" não tinha lugar no arcabouço forjado pela sociedade de Estados para o criminoso de guerra com intuito de resguardar-lhe o mínimo de humanidade.

Em contraste com a função quase pronominal que o termo "combatente inimigo" tem no direito internacional humanitário, em que designa o combatente do lado oponente, o termo ganha sentido próprio no pós-11/9. E a administração Bush não alardeia a inovação. Pelo contrário, ao tratar do assunto formalmente, invoca o precedente *Ex parte Quirin*, de 1942, em que, no calor da Segunda Guerra mundial, a Suprema Corte dos Estados Unidos autorizou que nove sabotadores alemães capturados em trajes civis como espiões em solo norte-americano fossem julgados em comissões militares. Sua decisão foi fundamentada na condição de "beligerantes inimigos", ou "beligerantes ilegais", desses sabotadores e nos poderes do presidente para dar efeito a qualquer lei

5. Tradução livre do original: "(...) Non-state actors who engage in warfare are engaged in a form of warfare that is illegitimate. In other words, al Qaeda terrorists do not escape the laws of war because they are non-state actors. Instead, they are unlawful belligerents" (YOO, J. C.; HO, J. C. The status of terrorists. *UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, s/v., n. 136, p. 01-20, Berkeley, 2003, p. 8).

relacionada com a condução da guerra, as regulações das forças armadas e as que definiam e puniam ofensas ao direito internacional.[6]

Por fim, a lembrança do precedente *Ex parte Quirin* era uma entre outras associações do 11/9 com a Segunda Guerra mundial. Os discursos de Bush e mesmo escritos de intelectuais norte-americanos, como Francis Fukuyama, aludiam com frequência ao totalitarismo: Fukuyama, p.e., chega a falar em "Islamo-fascismo", para tratar de elementos antiocidentais e antimodernos no Islã que teriam ocasionado o 11/9.[7] Na prática, entretanto, o uso do "combatente inimigo" pela administração Bush torna-se mais e mais contestado por órgãos de imprensa norte-americanos e europeus, bem como por organizações não governamentais. E, nesse debate crescente tanto em intensidade quanto em dimensões espaciais, os detentos de Guantánamo parecem sair da invisibilidade da Baía para a luz do público, e tanto o uso do "combatente inimigo" quanto as ideias associadas a ele se modificam no percurso.

No que segue, procurar-se-á mostrar que a noção de "combatente inimigo" enfrentou resistências internas e externas à administração, por parte de veículos de imprensa, norte-americanos e estrangeiros, de organizações não governamentais e, a partir de 2004, da Suprema Corte. Procurar-se-á explorar as ideias associadas ao termo "combatente inimigo" nas páginas dos jornais, com destaque para o material empírico sobre o qual a pesquisa se concentrou: os editoriais do New York Times, jornal de maior circulação no país e de projeção global, publicados desde o 11/9 ao final de 2006, quando é publicada a primeira definição formal do que a administração pretendia que fosse uma terceira categoria do direito internacional humanitário, entre o civil e o combatente. Também serão abordadas, em meio a essa disputa, as decisões da Suprema Corte sobre os "detentos de Guantánamo" proferidas no período coberto pela pesquisa e os atos jurídicos emanados do governo. Preferiu-se abordá-los assim, no contexto da disputa, porque se parte do pressuposto de que esse contexto polêmico foi um elemento importante nos cálculos da corte suprema e do governo para que se decidisse e se agisse de uma maneira, e não de outras.

6. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. United States ex rel. Quirin et al. v. Cox, 317 U.S., Washington DC, 31.07.1942, United States Reports, Washington DC, vol. 317, s/n, p. 1-48, 1942, p. 24-31.

7. FUKUYAMA, F. The west has won. *The Guardian*, Londres, 11.10.2011.

2. O "COMBATENTE INIMIGO", I: DOS MEMORANDOS À SUPREMA CORTE

2.1 Do criminoso de guerra à polêmica do "combatente inimigo"

Em memorando de novembro de 2001, Patrick Philbin, assessor jurídico no Departamento de Justiça, emprega várias denominações para se referir ao membro da al Quaeda ou do Talebã: "combatente inimigo", "beligerante inimigo", "combatente ilegal" e "beligerante inimigo ilegal". Nesse memorando, pouco posterior ao início das operações militares em solo afegão, é mais recorrente o termo "beligerante inimigo", apesar de os termos que encerram algum juízo de legalidade, como "combatente ilegal" e "combatente legal", também marcarem presença. O entendimento de Philbin sobre quem seria julgado pelas comissões militares que se pretendia instaurar era de que:

"Reconhecer que as leis dos conflitos armados podem ser aplicadas ao presente conflito *não* significa de modo algum reconhecer os terroristas como combatentes legítimos com qualquer direito pelas leis dos conflitos armados. Pelo contrário, baseado nas suas ações até agora, os terroristas são todos combatentes destituídos de qualquer proteção sob as leis dos conflitos armados e estão sujeitos a julgamento por sua violação".[8]

Mas nenhuma dessas denominações aparecerá com frequência nos memorandos trocados pelos assessores de Bush na sequência imediata da guerra. O próprio documento a respeito do tratamento daqueles que seriam designados "combatentes inimigos", datado de janeiro de 2002, não recorre a essa figura. Também o ato de 2002 assinado por Donald Rumsfeld, então secretário de Defesa dos EUA, para regular as comissões militares não emprega o termo: a seção (ou artigo) 3(A) do documento estipula somente que as comissões terão competência para julgar aqueles forem declarados sujeitos à Ordem Militar pelo presidente.[9] O "combatente inimigo" aparecerá com maior frequência em

8. Tradução livre do original: "Acknowledging that the laws of armed conflict may be applied to the present conflict does *not* mean in any way acknowledging the terrorists as legitimate combatants with any rights under the laws of armed conflict. To the contrary, based on their actions to date, the terrorists are all unlawful combatants stripped of any protection under the laws of armed conflict and are subject to trial for their violation" (PHILBIN, P. F. Legality of the use of military commissions to try terrorists. Memorandum opinion for the Counsel to the President, 06.11.2001, Disponível em: [www.gwu.edu/~nsarchiv/torturingdemocracy/documents/20011106.pdf]. Acesso em: 20.02.2011).

9. Literalmente, "Sec. 2. (a) The term "individual subject to this order" shall mean any individual Who is not a United States citizen with respect to whom I determine from time in writing that:

memorando de junho daquele ano, por força do enquadramento do cidadão norte-americano José Padilla como tal, e aparece, agora em abundância, em memorando sobre os limites jurídicos ao interrogatório dos prisioneiros da guerra contra o terror, de março de 2003.

Embora o "combatente inimigo" já seja usado em 2001 e tenha efeitos práticos a partir de 2002, ele não aparece, portanto, como uma categoria com pretensão jurídico-formal e contornos claros nesse período. Ele aparece, isso sim, como uma figura retórica, no uso corrente, com formas variadas, que veicula um juízo de ilegitimidade do recurso à força por atores específicos, com consequências concretas para o indivíduo no pós-11/9.

Dando mostras de que o "combatente inimigo" e suas variações encerravam um juízo de legitimidade e pretensões de exclusão, em 22.01.2002, o *New York Times* dedica um editorial a tratar da recusa da administração a informar o público sobre os detentos em Guantánamo, em especial, quantos deles teriam direito ao *status* de prisioneiro de guerra. Contrariando o entendimento que parecia se consolidar na administração Bush, o jornal pondera que os membros do Talebã e os membros da al Qaeda que combatessem ao seu lado poderiam reclamar a concessão do *status* de prisioneiro de guerra[10] e esboça uma crítica, afirmando que:

(1) there is reason to believe that such individual, at the relevant times;
(i) is or was a member of the organization known as al Qaida;
(ii) has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of international terrorism, or acts in preparation therefore, that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or adverse effects on the United States, its citizens, national security, foreign policy, or economy, or
(iii) has knowingly harbored one or more individuals described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2 (a) (1) of this order; and (iii) has knowingly harbored one or more individuals described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2(a)(1) of this order; and
(2) it is in the interest of the United States that such individual be subject to this order" (Estados Unidos da América (G. W. BUSH). Military Order – detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism, Washington DC, 13.11.2001. Disponível em: [http://news.findlaw.com/wsj/docs/terrorism/bushtribunalord111301.html]. Acesso em: 20.02.2011).

10. Nas palavras do jornal, "the Geneva Convention confers prisoner of war status on those captured as part of a country's armed forces, whether of nor their government was diplomatically recognized by the country holding them. Members of irregular forces can also qualify, provided they were wearing some kind of identifying insignia, operating under a clear chain of command in a unit that abided by internationally recognized rules of war".

"O secretário de Defesa Donald Rumsfeld parece já estar convencido de que todos aqueles detentos são 'combatentes ilegais' e, portanto, juridicamente não habilitados às proteções da Convenção de Genebra para os prisioneiros de guerra. Nenhum processo deve ser instaurado até que o assunto seja resolvido de acordo com os princípios do direito norte-americano e o direito internacional'.[11]

Reforçando a percepção de que os contornos do "combatente inimigo" ainda eram indefinidos, em memorando de 07.02.2002, sobre o tratamento dos membros da al Qaeda e do Talebã, Bush fala em "combatentes ilegais" e, com essa moldura, refere-se apenas aos talebãs. Na época, apesar de a Ordem Militar falar em não cidadãos dos Estados Unidos, Bush enquadra como "combatentes inimigos" dois cidadãos norte-americanos, John Walker Lindh e Yaser Esam Hamdi, com o mesmo intuito embutido no uso do "combatente ilegal: negar-lhes o direito de consulta legal para contestar seu confinamento. Como se nota, a moldura "combatente inimigo" no período não só tinha concorrentes, como não tinha um sentido claramente diferente do que tem no direito internacional humanitário, em que nada mais é do que o combatente do lado inimigo.

Essa falta de um sentido próprio à finalidade efetivamente distinta a que o "combatente inimigo" atendia na guerra contra o terror fica evidente na peça em que o governo se opõe à decisão da Corte do Quarto Distrito reconhecendo o direito de consulta legal que tinha Hamdi, supostamente, combatente nas filas do Talebã. Na decisão, o "combatente inimigo" parece designar aquele que combate no lado inimigo, p.e., quando o governo argumenta que,

"No curso da campanha militar, os Estados Unidos e as forças aliadas capturaram ou tomaram o controle de milhares de combatentes inimigos. Em consistência com as leis estabelecidas e os costumes de guerra, e com a prática

---

"This standard could apply to soldiers fighting for the Taliban. It might even be invoked by members of Al Qaeda military brigades fighting alongside Taliban forces, although they would have a hard time proving their organization's respect for the rules of war" (The prisoners at Guantánamo. *The New York Times*, Nova York, 22.01.2002, Editorial, p. 2).

11. Tradução livre do original: "Defense Secretary Donald Rumsfeld seems already convinced that all those detained are 'unlawful combatants' and therefore not legally entitled to Geneva Convention protections for prisoners of war. No prosecutions should begin until that issue has been resolved in accordance with the principles of American and international law" (The prisoners at Guantánamo. *The New York Times*, Nova York, 22.01.2002, Editorial, p. 2).

observada em virtualmente todo outro grande conflito armado na história da nação, as forças armadas dos Estados Unidos determinaram-se a deter muitos combatentes inimigos no Afeganistão. Tal detenção serve ao óbvio, embora vital, objetivo de impedir os combatentes de continuar ajudando nossos inimigos".[12]

Na sequência torna-se manifesto, porém, seu fim peculiar na guerra contra o terror, quando o governo sustenta que:

"(...) é bem estabelecido que as forças armadas têm autoridade para capturar e deter indivíduos que elas determinaram serem combatentes inimigos em conexão com as hostilidades nas quais a Nação está engajada, incluindo combatentes inimigos que reclamam a cidadania americana. Tais combatentes, além disso, não têm direito de consulta legal para contestar sua detenção".[13]

Essa negação da consulta legal seria justificada, no entender do governo, porque,

"No momento em que o advogado se insere entre o combatente inimigo e aquele que o capturou, a relação de dependência de que um interrogatório frutífero depende pode ser destruída. Em segundo lugar, o inimigo na guerra em curso treinou seus membros e, muito provavelmente, seus colaboradores

12. Tradução livre do original: "In the course of the military campaign, United States and allied forces have captured or taken control of thousands of enemy combatants. Consistent with the settled laws and customs of war [internal references omitted], and with the practice followed in virtually every other major armed conflict in the Nation's history, the United States military has determined to detain many of the enemy combatants captured in Afghanistan. Such detention serves the obvious yet vital objective of preventing combatants from continuing to aid our enemies" (Estados Unidos da América. U. S. Court of Appeals for the Fourth Circuit. Yaser Hamdi, et al., v. Donald Rumsfeld, et al., On appeal from the United States District Court of Virginia – Brief for Respondents-Appelants. Ricihmond, 19.06.2002. Disponível em: [http://news.findlaw.com/hdocs/docs/hamdi/hamdirums61902gbrf.pdf]. Acesso em: 25.08.2014, p. 8-9).

13. Tradução livre do original: "(...) it is well-settled that the military has the authority to capture and detain individuals whom it has determined are enemy combatants in connection with hostilities in which the Nation is engaged, including enemy combatants claiming American citizenship. Such combatants, moreover, have no right of access to counsel to challenge their detention" (Estados Unidos da América. U. S. Court of Appeals for the Fourth Circuit. Yaser Hamdi, et al., v. Donald Rumsfeld, et al., On appeal from the United States District Court of Virginia – Brief for Respondents-Appelants. Ricihmond, 19.06.2002. Disponível em: [http://news.findlaw.com/hdocs/docs/hamdi/hamdirums61902gbrf.pdf]. Acesso em: 25.08.2014, p. 12).

para passar mensagens veladas através de intermediários desavisados, se forem colocados sob custódia".[14]

Enfim, segundo o governo, não cabia à corte atuar no caso, porque a detenção de Hamdi era uma prática de guerra e o presidente era o único indicado pela Constituição a comandar operações militares. Pelo princípio da separação de poderes, a corte estaria, portanto, impedida de conceder a consulta legal a Hamdi e receber pedido de *habeas corpus*.

A detenção de cidadãos norte-americanos nessas condições, justificada pelo governo em função da classificação deles como "combatentes inimigos", incitou à ação organizações não governamentais dedicadas às liberdades civis, como a American Civil Liberties Union (ACLU). A detenção predominantemente de estrangeiro chamou a campo, ao seu turno, organizações internacionais intergovernamentais – como a ONU, a Organização dos Estados Americanos e a União Europeia –, bem como organizações não governamentais, p.e., a Anistia Internacional e a Human Rights Watch. Essas organizações eram enfáticas na denúncia da contrariedade entre a política da administração e as tradições norte-americanas, e entre o que reputavam ser detenção arbitrária e as liberdades que a administração afirmava defender no Afeganistão.

Também os meios de comunicação norte-americanos se ocuparam da política dos Estados Unidos para os prisioneiros da guerra contra o terror. De um modo geral, criticaram a detenção de centenas de pessoas pela administração, sua recusa a revelar a identidade delas, a seriedade dessa recusa, considerando que se sabia que a maior parte das pessoas detidas não tinha relação com o terrorismo, e a obscuridade do critério usado para definir quem seria detido.[15] Falaram, em suma, inúmeras vezes no "combatente inimigo", e, conside-

14. Tradução livre do original: "The moment that counsel is inserted between an enemy combatant and his captors, the relationship of dependency on which fruitful interrogation depends may be destroyed. Second, the enemy in the current war has trained its members, and in all likelihood its supporters, to pass concealed messages through unwitting intermediaries if they are taken into custody" (Estados Unidos da América. U. S. Court of Appeals for the Fourth Circuit. Yaser Hamdi, et al., v. Donald Rumsfeld, et al., On appeal from the United States District Court of Virginia – Brief for Respondents-Appelants. Ricihmond, 19.06.2002. Disponível em: [http://news.findlaw.com/hdocs/docs/hamdi/hamdirums61902gbrf.pdf]. Acesso em: 25.08.2014, p. 14).

15. Nesse sentido, ver, por exemplo, os seguintes editoriais do *New York Times*: Ending secret detentions. *The New York Times*, Nova York, 06.08.2002, Editorial, p. 2; The war on civil liberties. *The New York Times*, Nova York, 10.09.2002, Editorial, p. 2; The Guantánamo scandal. *The New York Times*, Nova York, 15.05.2003, Editorial,

rando apenas os editoriais do *New York Times* publicados entre 11.09.2001 e 17.10.2006, podem ser percebidas continuidades e algumas mudanças no uso dessa figura.

O "combatente inimigo" foi usado em crítica ou foi ele mesmo objeto de crítica ao governo. Quando usado em uma crítica mais abrangente à política de guerra contra o terror, o *New York Times* assinalou a contrariedade da figura do "combatente inimigo" em relação aos valores e tradições norte-americanos: a contrariedade entre a retórica de uma guerra travada em defesa da liberdade dos afegãos, da liberdade das mulheres, e a restrição de liberdades dentro dos Estados Unidos, ao *Patriot Act*, sua emenda ao *Foreign Intelligence Surveillance Act*, e o *Terrorism Information and Prevention System – TIPS*. Nesses editoriais, o "combatente inimigo" se coloca sobre o pano de fundo de uma crítica cada vez mais aguda à ampliação dos poderes presidenciais, podendo ser identificados dois momentos nesse processo: um, de janeiro de 2002 a meados de 2004, o outro, de meados de 2004 a meados de 2006.

Em um primeiro momento, o *New York Times* emprega, predominantemente, o termo "combatente inimigo" para se referir a cidadão norte-americano. Nas páginas do jornal, os casos de Hamdi, Lindh e José Padilla tornam-se emblemáticos do que o jornal chamou, a certa altura, de "presidência imperial". Nesse período, dá-se ênfase à ameaça às liberdades civis que representa a possibilidade de o presidente designar um cidadão norte-americano como "combatente inimigo" por vontade soberana e detê-lo com base nesse enquadramento, sem prover-lhe meios para contestar seu confinamento. Nesse sentido, em editorial de agosto de 2002, o jornal já denuncia o uso feito do "combatente inimigo":

"A administração Bush parece estar usando o caso Hamdi para estabelecer o princípio de que ela tem o poder exclusivo de decidir quem é um combatente inimigo. Se a posição da administração prevalece, pode-se esperar ver muitos mais casos como este. O governo estará livre para prender quem ele quiser simplesmente dizendo as palavras mágicas 'combatente inimigo', e as cortes restarão impotentes para libertar tais pessoas da prisão ou mesmo fornecer-lhes advogados".[16]

p. 2; Keeping detentions secret. *The New York Times*, Nova York, 14.01.2004, Editorial, p. 2.

16. Tradução livre do original: "The Bush administration seems to be using the Hamdi case to establish the principle that it has the exclusive power to decide who is an enemy combatant. If the administration's position prevails, we can expect to see many

O "combatente inimigo" aí aparece associado à detenção arbitrária e à concentração de poderes no Executivo. Sua relação com a negação do direito de consulta legal e ao devido processo ainda será estreitada, como no editorial "The Supreme Court and Sept. 11", em que o jornal trata da ascensão dos casos *Hamdi c. Rumsfeld* e *Rasul c. Bush* à Suprema Corte. Então o *New York Times* afirma que:

"A administração deu alguns passos consideravelmente radicais nessa sua guerra contra o terrorismo. Ela insiste que qualquer pessoa que rotula de 'combatente inimigo', incluindo cidadãos americanos, pode ser detida indefinidamente e ter o acesso a advogados e familiares negado".[17]

Enfim, o "combatente inimigo" aparece associado à privação intencional de direitos, à negação de uma esfera de legalidade pela administração, ao passo que, para o jornal, não haveria uma terceira categoria entre o criminoso comum e a pessoa protegida pelo direito internacional humanitário. Nessa linha, em outubro de 2002, o jornal afirma que Hamdi, "Se fosse acusado de um crime numa corte da Justiça comum, como foi Zacarias Mousaoui, o suposto 20.º sequestrador, ele teria acesso a um advogado e direitos inerentes ao devido processo. Se fosse um prisioneiro de guerra, a Convenção de Genebra lhe garantiria outros direitos significativos. Em vez disso, a administração tem usado essa terceira categoria – combatente inimigo – e diz que ela não acarreta nenhuma dessas proteções".[18]

Já o "combatente ilegal" teria sido, no mesmo período, mais comumente usado para referir os detentos de Guantánamo, embora esses também pudes-

---

more cases like it. The government will be free to seize anyone it wants simply by saying the magic words "enemy combatant", and the courts will be powerless to release such people from prison, or even provide them with lawyers" (Unlimited presidential powers. *The New York Times*, Nova York, 08.08.2002, Editorial, p. 2).

17. Tradução livre do original: "The administration has taken some fairly radical steps in its war on terrorism. It insists that anyone it labels an 'enemy combatant', including American citizens, can be held indefinitely and denied access to lawyers and family members" (The Supreme Court and Sept. 11. *The New York Times*, Nova York, 05.11.2003, Editorial, p. 2).

18. Tradução livre do original: "If he were charged with a crime in a civilian court, as Zacarias Moussaoui, the alleged 20th hijacker, was, he would have access to a lawyer and due process rights. If he were a prisoner of war, the Geneva Convention would guarantee him other significant rights. Instead, the administration has employed this third category – enemy combatant – and says that it carries none of those protections" (The rights of 'enemy combatants'. *The New York Times*, Nova York, 29.11.2002, Editorial, p. 2).

sem ser compreendidos no registro do "combatente inimigo", como se lê na passagem transcrita no parágrafo anterior. O "combatente ilegal" é identificado pelo jornal como aquele que é posto num "limbo jurídico" por desígnio da administração. Nas palavras do *New York Times*.

"A administração Bush se recusa a designá-los prisioneiros de guerra, um rótulo que os habilitaria a ter imunidade para os atos cometidos numa guerra lícita, entre outras coisas. Ela também não os está tratando como acusados de crimes comuns, habilitados a ter conhecimento das acusações feitas contra eles e autorizados a contestar sua prisão em juízo. A posição do governo é de que os detentos são 'combatentes ilegais', que podem ser detidos incomunicáveis indefinidamente".[19]

Na crítica às políticas centradas no "combatente ilegal", não se reclama, para eles, os mesmos direitos ou garantias que se reivindica para os norte-americanos enquadrados como "combatentes inimigos". Mas reclama-se que eles tenham ao menos "algum devido processo", que possam contestar o enquadramento que lhe deu o presidente ou seu secretário de Defesa: a Convenção de Genebra, afirma o jornal, não foi escrita para proteger grupos terroristas, mas, se o *status* de um cativo é contestado, deve haver algum procedimento para ouvi-lo.[20] O jornal também pondera que a possibilidade de contestar as bases factuais da sua detenção seria especialmente importante para os detentos de Guantánamo, porque a maior parte deles não tinha relação com o terrorismo e muitos tinham sido entregues por aliados locais em troca de recompensas.

Mas, em 15.05.2003, cerca de dois meses após essa reclamação em prol dos estrangeiros detidos na guerra contra o terror, o *New York Times* eleva o tom da crítica à administração ao tratar do "limbo jurídico" de Guantánamo. Depois de mencionar a detenção de mais de seiscentos homens no que chamou de "campo de concentração", o jornal prossegue,

19. Tradução livre do original: "The Bush administration refuses to designate them prisoners of war, a label that would entitle them to immunity from prosecution for acts committed during a lawful war, among other things. Nor is the administration treating them as ordinary criminal defendants, entitled to know the charges against them and allowed to contest their confinement in court. The government's position is that the detainees are 'unlawful combatants' who can be incommunicado indefinitely" (Forsaken at Guantánamo. *The New York Times*, Nova York, 12.03.2003, Editorial, p. 2).

20. Protecting prisoners of war. *The New York Times*, Nova York, 26.03.2003, Editorial, p. 2.

"Eles foram declarados 'combatentes ilegais' a fim de negar-lhes a proteção da Convenção de Genebra. Foram encarcerados na base naval em Cuba, sobre a qual Cuba não tem controle, para colocá-los além do alcance da lei. As forças armadas não estabeleceram limites à sua detenção e declararam que, se eles forem levados a julgamento, os procedimentos aconteceriam perante tribunais militares especiais, que podem agir em segredo, e seu único apelo seria ao presidente – quem primeiro os privou dos seus direitos".[21]

Daí, aquilo que em março era uma "posição" do governo, embora uma posição criticada, segundo a qual os detentos são "combatentes ilegais" e podem ser detidos incomunicáveis indefinidamente, torna-se, inequivocamente, uma "classificação" feita "a fim de negar-lhes a proteção da Convenção de Genebra", i.e., a proteção do direito internacional humanitário, para colocá-las "além do alcance da lei". Uma explicação para essa mudança no tom pode ser encontrada no próprio editorial: os países dos quais os detentos eram nacionais reclamavam-nos crescentemente ao secretário de Estado Colin Powell, entre eles, aliados dos Estados Unidos na guerra contra o terror, como Austrália, Espanha e Reino Unido.[22]

De fato, a política de detenção norte-americana era noticiada na Europa como um abuso e colocava o governo britânico e espanhol sob pressão. Em abril de 2003, p.e., o prestigioso jornal inglês *The Guardian* publica reclamações para que os Estados Unidos soltem os britânicos detidos em Guantánamo e uma matéria sobre os três menores de dezesseis anos detidos na base naval.[23] Na Espanha, ao seu turno, o El País protesta, já em março de 2003, que:

"Quatorze meses depois de trasladá-los do Afeganistão para a base de Guantánamo, em Cuba, os Estados Unidos seguem mantendo em condições de iso-

21. Tradução livre do original: "They have been declared 'unlawful combatants' in order to deny them the protection of the Geneva Convention. They have been incarcerated at a naval base in Cuba, over which Cuba has no control, to put them beyond the reach of the law. The military set no limit on their detention, and it declared that if they were brought to trial, the proceedings would be before special military tribunals, which can act in secret, and their only appeal would be to the president – who stripped them of their rights in the first place" (The Guantánamo scandal. *The New York Times*, Nova York, 15.05.2003, Editorial, p. 2).

22. Informações obtidas no sítio do Projeto Guantánamo Dock: [http://projects.nytimes.com/guantanamo/].

23. Ver, respectivamente: Lib. Dems.: Release Guantanamo Bay Britons, *The Guardian*, Londres, 25.04.2003; BUKERMAN, O. Children held at Guantanamo Bay. *The Guardian*, Londres, 24.04.2003.

lamento desumano cerca de 650 presos, entre os quais um de nacionalidade espanhola, para o qual o governo não logrou garantias jurídicas mínimas.

Formalmente considerados 'combatentes ilegais' para não aplicar-lhes a Convenção de Genebra de 1929, os Estados Unidos mantêm esses presos sem direito a visitas familiares nem assistência judicial, em uma base que constitui um limbo sem lei, um anacronismo em território de soberania cubana. Argumentações legais à parte, estamos diante de um ato imoral por parte de uma superpotência que estende a extraterritorialidade das suas leis de forma quase universal para proteger seus próprios cidadãos e soldados".[24]

Não bastassem esses questionamentos, a imagem dos Estados Unidos era desgastada pela ocupação do Iraque, com o questionamento das suas políticas para os dois conflitos indistintamente, em especial na Europa. Nessa linha, em 05.07.2003, o El País trata da ilegalidade das práticas norte-americanas para os conflitos no Afeganistão e no Iraque à luz do direito internacional, apesar dos esforços da administração por esclarecer que a situação dos iraquianos era diferente e eles seriam reconhecidos como prisioneiros de guerra. Nas palavras do jornal espanhol,

"Com uma preocupante falta de respeito à legalidade internacional, os Estados Unidos mantêm amontoados 2.300 presos no Iraque, sem acusação nem defesa, enquanto Bush decidiu pôr em marcha uma máquina judicial de caráter excepcional para se fazer passar por tribunais militares, sem as mínimas garantias processuais a presos vinculados à al Qaeda. Fazendo uso das prerrogativas de uma legislação excepcional aprovada após o 11/9, designou seis prisioneiros entre centenas de detidos depois da guerra no Afeganistão para serem os primeiros a comparecer ante esse simulacro de justiça".[25]

---

24. Tradução livre do original: "Catorce meses después de trasladarlos de Afganistán a la base de Guantánamo, en Cuba, EEUU sigue manteniendo en condiciones de inhumano aislamiento a unos 650 presos, entre ellos uno de nacionalidad española, para quien el gobierno no ha logrado unas mínimas garantías jurídicas.
"Formalmente considerados "combatientes ilegales" para no aplicarles la Convención de Ginebra de 1929, EEUU mantiene a estos presos sin derecho a visitas familiares ni asistencia judicial, en una base que constituye un limbo sin ley, un anacronismo en territorio de soberanía cubana. Argumentaciones legales aparte, estamos ante un acto inmoral por parte de una superpotencia que extiende la extraterritorialidad de sus leyes de forma casi universal para proteger sus propios ciudadanos y soldados" (Limbo sin ley, *El País*, Madrid, 13.03.2003).

25. Tradução livre do original: "Con una preocupante falta de respeto hacia la legalidad internacional, Estados Unidos mantiene hacinados a 2.300 presos en Irak sin acusaciones ni defensa, mientras Bush ha decidido poner en marcha una máquina judicial

O desgaste da imagem dos Estados Unidos e das relações com os europeus era uma das consequências da decisão de não aplicar as Convenções de Genebra aos membros da al Qaeda e do Talebã para as quais Powell e seu assessor William Taft alertaram na troca de memorandos entre o gabinete da presidência, o Departamento de Estado e os Departamentos da Defesa e da Justiça.[26] Para essa possibilidade também alertou o conselheiro-geral da Marinha, Alberto Mora,[27] que, no início de 2003 tentou mostrar a Jaymie Durnan, assistente

---

de carácter excepcional para hacer pasar ante tribunales militares, sin las mínimas garantías procesales a presos vinculados a al Qaeda. Haciendo uso de las prerrogativas de una legislación excepcional aprobada tras el 11-S, ha designado a seis prisioneros entre los centenares de detenidos tras la guerra de Afganistán para que sean los primeros en comparecer ante este simulacro de justicia" (El País. La justicia de Bush. *El País*, 05.07.2003. Como se pode perceber, no continente, não se distinguia entre a política norte-americana para os dois conflitos, embora os Estados Unidos oficialmente concedessem o estatuto de prisioneiro de guerra aos iraquianos. Mas a situação era, de resto, obscura para os próprios norte-americanos. Tanto assim que, mais de um ano depois da declaração de guerra ao Iraque, por conta das fotos dos prisioneiros sob custódia norte-americana em Abu Ghraib, Alberto Gonzales publica um artigo no *New York Times* esclarecendo que a administração concedia o estatuto de prisioneiro de guerra aos detentos no conflito contra o Iraque, embora os recusasse aos membros da al Qaeda e do Talebã. Donde, conclui, a situação de uns e de outros teria de ser distinguida (GONZALES, A. R. The rule of law and the rules of war. *The New York Times*, Nova York, 15.05.2004).

26. As divergências entre os membros da administração também vinham a público, vez por outra em meios específicos, sobretudo no acadêmico. Ela pode ser percebida, por exemplo, no artigo de Taft e no de Yoo, em co-autoria com Ho, ambos de 2003. Discorrendo sobre o estatuto dos prisioneiros da guerra contra o terror, Yoo deriva da ilegitimidade da beligerância a privação de direitos dos beligerantes, a começar pelo direito de permanecer calado, ao passo que Taft lhes reserva o mínimo consagrado no art. 75 do Protocolo I de 1977.

27. Em memorando de julho de 2004, preparando a sua saída do Departamento da Marinha, Mora conta que tomou conhecimento do uso das técnicas em Guantánamo por meio do diretor-geral do Serviço Naval de Investigação Criminal, David Brant, em 17.12.2002. Brant o procurara para comunicar que seus agentes destacados para a Força Tarefa de investigação criminal em Guantánamo, JTF-160, não empregariam aquelas técnicas, embora soubesse que elas tinham sido autorizadas pelo alto escalão. Dois dias depois, Mora reuniu-se então com Steven Morello, conselheiro-geral do Exército, e seu assistente, Tom Taylor, para tratar do assunto e, através deles, tomou conhecimento dos memorandos que as discutiam. Depois de estudá-los, procurou William Haynes, chegou a Rumsfeld, e percebeu que aqueles métodos heterodoxos de interrogatório, tortura a seu ver, permaneceriam autorizados e efetivamente empregados (MORA, A. Statement for the record: Office of General Counsel involve-

especial de Rumsfeld, que, além de ilegais, as técnicas agressivas de interrogatório usadas por militares norte-americanos e investigadores da CIA teriam repercussão negativa e trariam prejuízo político imensurável para os Estados Unidos: elas seriam repudiadas por militares, condenadas pela sociedade internacional e não toleradas pelos norte-americanos, afirmou Mora na ocasião.[28]

Por tudo isso, no final de 2003, Rumselfd era pressionado até por senadores do partido Republicano a prestar contas do confinamento de "detentos do conflito no Afeganistão". Em carta datada de 12.12.2003 dirigida ao Secretário da Defesa, os Republicanos John McCain e Lindsey Graham e a Democrata Maria Cantwell pedem que os detentos em Guantánamo sejam tratados com humanidade e, na medida do possível, que sejam tratados de acordo com os princípios da Convenção (III) de Genebra de 1949, sobre prisioneiros de guerra. Ponderam os senadores,

"O tratamento dos detentos não é uma questão. Entretanto, uma séria consternação emerge sobre a disposição dos detentos – um número considerável dos quais estão presos há dois anos. Dada essa consternação, nós, respeitosamente, pedimos que o senhor forneça informação explícita acerca de dois assuntos críticos. Primeiro, pedimos que nos advirta quando fará a determinação da disposição final sobre o *status* dos detentos. Segundo, solicitamos que afirme, especificamente, quando dará início ao processo nos termos da Ordem das Comissões Militares que o presidente assinou em novembro de 2001 e como ele funcionará na prática".[29]

---

ment in interrogation issues. Memorandum for Inspector General, Department of the Navy, 07.07.2004, Disponível em: [www.gwu.edu/~nsarchiv/torturingdemocracy/documents/20040707-1.pdf]. Acesso em: 01.12.2012. Sobre Alberto Mora e sua atuação na administração Bush ver também: The memo, *The New Yorker*, Nova York, 27.02.2006.

28. MORA, A. Statement for the record: Office of General Counsel involvement in interrogation issues. Memorandum for Inspector General, Department of the Navy, 07.07.2004, Disponível em [www.gwu.edu/~nsarchiv/torturingdemocracy/documents/20040707-1.pdf]. Acesso em: 01.12.2012. Sobre Alberto Mora e sua atuação na administração Bush ver também: The memo, *The New Yorker*, Nova York, 27.02.2006, p. 6 e 10.

29. Tradução livre do original: "The treatment of the detainees is not an issue. However, a serious concern arises over the disposition of the detainees – a considerable number of whom have been held for two years. Given this concern, we respectfully ask that you provide explicit information on two critical issues. First, we ask that you advise us as to when you will make a determination on the final disposition of the detainees' status. Second, we request that you state specifically

Em meados de dezembro, o problema era, pois, o confinamento prolongado, sem qualquer informação do motivo específico da detenção e sem acusação formal contra os detentos. Mas não tardaria para que ele ganhasse outra dimensão, com a publicação de informações e imagens do uso do que a administração denominou "técnicas contraterroristas de interrogatório".

Mora tinha lido a primeira notícia do uso dessas técnicas dias antes de uma reunião com Durnan, assistente de Rumsfeld. Em matéria publicada em 27 de dezembro no *Washington Post*, os jornalistas Dana Priest e Barton Gellman tinham relatado que supostos operativos da al-Qaeda e comandantes do Talebã sob custódia dos Estados Unidos na base aérea de Bagram, no Afeganistão, às vezes eram interrogados por horas em pé ou ajoelhados, com capuz negro ou óculos de natação pintados com *spray*, e, não raro, em posições dolorosas e privados de sono com bombardeio de luz por 24 horas. Os casos mais difíceis, reportam os jornalistas, eram "rendidos" sem o devido processo a serviços de inteligência estrangeiros célebres pelo uso da tortura, segundo organizações de direitos humanos e o próprio governo dos Estados Unidos.[30]

A matéria de Priest e Gellman não teve, entretanto, repercussão imediata, e o assunto tratado por ela apenas vem à tona em abril de 2004, quando fotos de prisioneiros sob custódia norte-americana no Iraque são exibidas no programa 60 Minutes, da CBS. Confrontados com imagens que chocavam o mundo, os membros da administração se apressam, então, a esclarecer que aquilo que todos e, principalmente, os norte-americanos viam eram desvios de uma política que compreendia a concessão do *status* de prisioneiro de guerra aos iraquianos. A pergunta, porém, era inevitável: se os combatentes que são reconhecidos como prisioneiros de guerra assim se trata, o que não era feito com "combatentes ilegais", "combatentes inimigos", aos quais o *status* era negado?

Não custou muito para que se confirmasse que os abusos de "frutas podres" em Abu Ghraib eram, na realidade, parte da política dos Estados Unidos para a guerra contra o terror. Como podia ser? Em maio, uma matéria publicada por Douglas Jehl e Andrea Elliott no *New York Times* dá conta de que equipes que

---

when you will begin the process pursuant to the Order of the Military Commissions that the President signed in November 2001, and how it will work in practice" (MCCAIN, J.; GRAHAM, L.; CANTWELL, M. Senators urge decision on disposition of Guantanamo detainees. Disponível em: [www.mccain.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=PressOffice.PressReleases&ContentRecord_id=39d95eb0-4b88-423c-b0f7-c4cb6c7e9a1a&Region_id=&Issue_id]. Acesso em: 25.05.2013.

30. PRIEST, D.; GELLMAN B. U.S. turns to torture to crack prisoners of war. *The Washington Post*, Washington, 27.12.2002.

operavam com grande latitude no interrogatório de "combatentes inimigos" em Guantánamo tinham operado em Abu Ghraib no último mês de dezembro, justamente o período em que tinham sido cometidos os maiores abusos de detentos no front iraquiano da guerra contra o terror. Para um membro dessas equipes entrevistado por Jehl e Elliott,

"Era-nos dito que eles não eram ninguém, que eram apenas combatentes inimigos', disse ele. 'Eu penso que dar-lhes a distinção de soldado teria mudado nossas atitudes em relação a eles. Muito disso era baseado em racismo, na verdade. Nós os chamávamos de *hajis*, e essa psicologia foi realmente importante".[31]

Cerca de dez dias depois, o *New York Times* afirma, em editorial, que "cada nova revelação torna mais claro que a desumanidade em Abu Ghraib brotou de uma cultura moralmente dúbia de expediência legal e desprezo pelo comportamento normal fomentada por esta administração".[32] Toda aquela política é, então, passada em revista, apesar de a guerra contra o terror ter sido declarada há quase três anos e Guantánamo estar em funcionamento há mais de dois.

Uma matéria de princípios de maio publicada por Scott Higham, Joe Stephens e Margot Williams no *Washington Post* a desnuda: "o Pentágono quis tirar os cativos de circulação e descobrir o que eles sabiam".[33] Que procedimento adotar colocou, entretanto, algumas questões jurídicas aos assessores da Casa Branca, do Pentágono, do Departamento de Justiça e da CIA. Segundo a matéria, um ponto pacífico foi o enquadramento dos membros da al Qaeda como "combatentes inimigos", ao passo que o *status* dos membros do Talebã teria sido mais controvertido. Depois, foi preciso encontrar um lugar que estivesse fora da jurisdição dos Estados Unidos para detê-los. Teriam sido co-

31. Tradução livre do original: "'We were pretty much told that they were nobodies, that they were just enemy combatants', he said. 'I think that giving them the distinction of soldier would have changed our attitudes toward them. A lot of it was based on racism, really. We called them hajis, and that psychology was really important' (JEHL, D.; ELLIOTT, A. Cuba base sent its interrogators to Iraqi prison. *The New York Times*, Nova York, 29.05.2004).

32. Tradução livre do original: "Each new revelation makes it more clear that the inhumanity at Abu Ghraib grew out of a morally dubious culture of legal expediency and a disregard for normal behavior fostered at the top of this administration" (The roots of Abu Ghraib. *The New York Times*, Nova York, 09.06.2004, Editorial, p. 2).

33. Tradução livre do original: "The Pentagon wanted to put the captives out of circulation and find out what they knew' (HIGHAM, S.; STEPHENS, J.; WILLIAMS, M. Guantanamo – A holding cell in war on terror. *The Washington Post*, Washington, 02.05.2004).

gitados, então, navios em alto mar, ilhas no Pacífico e a ilha Diego Garcia, no oceano Índico. Como as primeiras eram muito vulneráveis e a última imporia obter o consentimento do Reino Unido, a baía de Guantánamo pareceu a opção mais interessante. Os frutos dessa política seriam, contam os jornalistas, 600 detentos, dos quais 6 foram designados para julgamento em comissão militar, 2 foram formalmente acusados e metade teria sido deportada se o Pentágono tivesse obtido garantias de seus países de origem de que não os submeteriam a tortura.

2.2 Dois "combatentes inimigos" na Suprema Corte: os casos Hamdi e Rasul

É em meio a esse debate que a Suprema Corte decide, em junho de 2004, seus dois primeiros casos envolvendo, nos termos correntes na mídia norte-americana, liberdades civis na guerra contra o terror. No caso *Hamdi c. Rumsfeld*, ela se propõe a analisar, primeiro, a legalidade da detenção de cidadão norte-americano, nos Estados Unidos, enquadrado como combatente inimigo e, depois, o processo devido a quem queira contestar as bases factuais da sua detenção. Já no caso *Rasul c. Bush*, analisa a competência das cortes distritais para receber pedido de *habeas corpus*.

Como se procurou mostrar, Hamdi figurou nas páginas do *New York Times* desde o seu enquadramento como "combatente inimigo", em 2002. Seu caso despertou o interesse dos meios de comunicação e incitou organizações não governamentais a se mobilizar contra o governo, seja pela produção de informação e denúncia, seja pela litigância. Como àquela altura se sabia, o governo justificava a decisão de usar a classificação privativa de direitos para Hamdi, um cidadão americano, insistindo que ele tinha sido encontrado numa zona de combate e lutava ao lado dos Talebã.[34] Na Suprema Corte, Hamdi contesta os fatos alegados pelo governo.

De pronto, a Corte observa que o governo nunca disse qual critério tinha sido usado para enquadrar determinados indivíduos como "combatentes inimigos". Na prática, diga-se, isso significa que o processo tinha tramitado na corte distrital e na corte de apelação sem uma definição daquilo mesmo que permitiu à administração retirar Hamdi da esfera de "legalidade normal". Para além do caso, significa também que, à época, o governo mantinha sob sua cus-

34. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Hamdi v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 542 U.S. Washington DC, 28.06.2004, p. 5. Disponível em: [http://laws.findlaw.com/us/000/03-6696.html]. Acesso em: 25.09.2014.

tódia mais de seiscentos homens, muçulmanos, sem prestar contas à sociedade nacional e àquela das quais os detentos eram nacionais. Perante a Corte, entretanto, o governo esclarece que, nos limites do caso, o "combatente inimigo" designa um indivíduo que é parte ou apoia forças hostis aos Estados Unidos ou parceiros seus no Afeganistão e aí se engaja em conflito armado.[35] Julgando por esses traços, o "combatente inimigo" designaria, pois, o mesmo que o quadro comumente designa no direito internacional humanitário: aquele que combate do lado do inimigo.

Considerando-o nesse sentido e que o propósito da detenção em situação de conflito armado é evitar o retorno dos indivíduos ao campo de batalha, a maioria da Suprema Corte conclui que, a princípio, não há impedimento à detenção de um cidadão como "combatente inimigo".[36] Porém, quando o contexto é retomado pela maioria dos juízes, pode-se ver que o pressuposto do "campo de batalha" na 'guerra contra o terror" é problemático: o próprio Bush anunciara seu fim na "nova guerra", logo em seus primeiros discursos após o 11/9, e começou a dar efeito ao seu anúncio quando deslocou os combatentes inimigos que caíam em suas mãos do Afeganistão para Guantánamo.[37] Mas, se assim é, é preciso entender a insistência da Suprema Corte em pressupor o campo de batalha na articulação do seu argumento.

Ela aparentemente aceita o esclarecimento do governo sobre o sentido de "combatente inimigo" nos limites do caso e não atenta para o uso que ele faz do quadro num espaço retórico mais amplo. Ela desconsidera, em especial, que o uso excepcional que o governo faz do "combatente inimigo" solapa as bases sobre as quais se assenta seu sentido corrente no direito internacional humanitário, que, ao seu turno, fundamenta a jurisdição das comissões militares,

35. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Hamdi v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 542 U.S. Washington DC, 28.06.2004, p. 8. Disponível em: [http://laws.findlaw.com/us/000/03-6696.html]. Acesso em: 25.09.2014.

36. Idem, p. 10-11.

37. Pode-se, evidentemente, contra-argumentar que o governo tinha determinado de antemão, como política, que os prisioneiros da guerra contra o terrorismo não seriam considerados prisioneiros de guerra para fins de proteção humanitária. Mas aceitar esse contra-argumento impõe desistir de operar com a ideia do campo de batalha. Daí o "combatente inimigo", no uso que dele faz a administração na sua guerra contra o terrorismo, poder ser visto como um sinal não só da negação do campo de batalha como espaço físico, mas também da sua desconstrução como ideia reguladora (Mégret, F. War and the vanishing battlefield. *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 9, n. 1, p. 131-155, 2011).

nos termos do direito interno. Nesse caso, ater-se aos limites da definição dada pelo governo pode ter permitido à maioria da Corte justificar sua decisão com fundamento na separação de poderes e em nome do controle sobre a ampliação dos poderes presidenciais, i.e., decidir sem apelar ao direito internacional. Essa hipótese tem respaldo no fato de que a Corte traz o contexto para o debate quando retoma o argumento de Hamdi de que a detenção indefinida não era permitida e afirma que a indefinição contra a qual Hamdi protesta não decorria da incerteza acerca do fim do conflito, mas da perspectiva de que ela fosse perpétua. Também por essa razão, a maioria da Corte conclui que a detenção unicamente para interrogatório não é permitida[38] e afasta, com isso, uma das justificativas habituais do governo para a detenção prolongada de centenas de homens em Guantánamo. No final, resta ao governo apenas o argumento de que Hamdi combatia ao lado dos talebãs, o que Hamdi, todavia, contesta.[39] Daí o entendimento da maioria dos juízes de que é preciso discutir o processo devido a um cidadão para que ele possa contestar seu enquadramento.

O ponto de partida da maioria da Suprema Corte é que o Congresso não suspendeu o *writ* de *habeas corpus*. Ele estaria, portanto, disponível a qualquer indivíduo detido nos Estados Unidos,[40] e não se distingue, nesse passo, cidadãos de não cidadãos. O governo pede que o alcance do *habeas corpus* seja, então, limitado a questões de lei, argumentando que a beligerância de Hamdi era incontroversa, por ele ter sido capturado numa zona de combate, e que, à luz dos interesses extraordinários envolvidos, era inconveniente explorar os fatos.[41] O primeiro pedido é negado pela maioria com base no entendimento de que os fatos apresentados pelo governo eram insuficientes para sustentar a detenção de Hamdi. Em relação ao segundo, a Corte propõe buscar um equilíbrio entre dois interesses concorrentes, a autonomia do governo e o processo devido a um indivíduo privado de direito constitucional.[42]

Em seu balanceamento entre o interesse de Hamdi de estar livre da detenção e o interesse do governo de evitar o retorno de um inimigo ao campo de batalha, a maioria da Corte afirma que as leis de guerra podem conceder a

38. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Hamdi v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 542 U.S. Washington DC, 28.06.2004, p. 12-14. Disponível em: [http://laws.findlaw.com/us/000/03-6696.html]. Acesso em: 25.09.2014.

39. Idem, p. 15-16.

40. Idem, p. 18.

41. Idem, p. 19-20.

42. Idem, p. 21.

detenção e a Constituição pode reconhecer que assuntos estratégicos se concentram nos órgãos politicamente responsáveis; porém, os procedimentos oferecidos a Hamdi como cidadão americano classificado "combatente inimigo" estariam, em qualquer hipótese, aquém do balanço constitucional adequado. A maioria dos juízes entende que um cidadão detido que procure desafiar essa classificação deve, no mínimo, ser informado da base factual que a justifica e ter a oportunidade de rebatê-la perante uma instância decisória neutra.

Trazendo mais uma vez o contexto, o debate em que o caso se insere, para a discussão em juízo, a maioria da Suprema Corte reconhece que as circunstâncias podem justificar concessões ao Executivo, como aceitar a evidência indireta e inverter o ônus da prova.[43] Para ela, isso não implicaria, no entanto, aceitar que o princípio da separação de poderes limita a sua competência a avaliar a legalidade do esquema mais amplo da detenção, como pretendia o governo. Limitar-se desse modo – conclui – apenas concentraria o poder em um dos três ramos da República. Justamente, o *writ* de *habeas corpus*, que ela concede a Hamdi, permite ao Judiciário ter algum controle sobre a política de detenções do Executivo quando as liberdades individuais estão em questão.

Cabe ponderar, aqui, que, no caso, a metáfora do balanceamento tinha sentido porque Hamdi era cidadão norte-americano, logo, pertencente à sociedade política cujos valores eram balanceados. Em se tratando de estrangeiro, entretanto, só um dos interesses no balanceamento concerniria diretamente aos norte-americanos. Que interesse eles teriam, afinal, na liberdade de um detento que o governo reputa uma ameaça à sua segurança? Em compensação, que peso teria o dano causado pela detenção de um inocente em comparação com o potencial dano de libertar um detento perigoso? Esse raciocínio jurídico, de ponderação entre liberdade e segurança, era polêmico. Lawrence Tribe,[44] professor de direito constitucional em Harvard, apresentou um raciocínio desse tipo quase dois anos antes de o caso chegar à Suprema Corte, e foi rebatido por Ronald Dworkin. Para Dworkin, a escolha a ser feita encerraria uma questão de justiça, de forjar o sistema mais apto a não condenar inocentes, o que requereria, ao seu turno, conceder os mesmos meios a todos, à revelia da seriedade dos delitos praticados. Condenar um inocente acusado de assassinato em massa é, argumenta o filósofo, tão injusto quanto condenar um inocente por delito

43. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Hamdi v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 542 U.S. Washington DC, 28.06.2004, p. 25-27. Disponível em: [http://laws.findlaw.com/us/000/03-6696.html]. Acesso em: 25.09.2014.

44. Tribe, L. H. Trial by fury. *The New Republic*, Washington, 29.11.2001.

de menor gravidade, e, se as circunstâncias demandam correr maior risco de erro, era importante ao menos reconhecer a injustiça do que se faz para poder conceber mecanismos para atenuá-la.[45]

Já no caso *Rasul c. Bush*, a Suprema Corte é mais econômica em sua argumentação. Nele, 2 australianos e 14 kuaitianos detidos em Guantánamo alegam (i) não terem praticado ato hostil contra os Estados Unidos; (ii) não terem tido acesso a tribunal; (iii) não terem sido acusados de qualquer crime; (iv) estarem detidos há mais de dois anos em território sob jurisdição dos Estados Unidos. A maioria da Corte limita-se a reconhecer a competência da corte distrital para receber petição de *habeas corpus* da parte deles. Essa maioria lembra que a Suprema Corte reconheceu a competência das cortes para tanto em vários casos de detenção em tempos de guerra. A questão inédita posta por Rasul e outros seria, pois, saber se o estatuto do *habeas corpus*[46] *conferia direito*

45. "Fairness requires, as a matter for equal concern for anyone who might be innocent, that we extend those rights to everyone brought into that system. Whenever we deny to one class of suspects rights that we treat as essential for others, we act unfairly, particularly when that class is politically vulnerable, as of course aliens are, or is identifiable racially or by religious or ethnic distinction. It makes no sense to say that people accused of more serious crimes are entitled to less protection for that reason. If they are innocent, the injustice of convicting and punishing them is at least as great as the injustice in convicting some other innocent person for a less serious crime. So we must reject the balancing argument – it is confused and false. If we believe that in our present circumstances we must subject some people to special risks of grave injustice, then we must have the candor to admit that what we do to them is unjust" (DWORKIN, R. The threat to patriotism. *The New York Review of Books*, Nova York, 28.02.2002).

46. Trata-se do 28 U. S. Code §2241, que dispõe que "(a) writs of habeas corpus may be granted by the Supreme Court, any justice thereof, the district courts and any circuit judge within their respective jurisdictions. The order of a circuit judge shall be entered in the records of the district court of the district wherein the restraint complained of is had. (b) The Supreme Court, any justice thereof, and any circuit judge may decline to entertain an application for a writ of *habeas corpus* and may transfer the application for hearing and determination to the district court having jurisdiction to entertain it. (c) The writ of *habeas corpus* shall not extend to a prisoner unless–
(1) He is in custody under or by color of the authority of the United States or is committed for trial before some court thereof; or
(2) He is in custody for an act done or omitted in pursuance of an Act of Congress, or an order, process, judgment or decree of a court or judge of the United States; or
(3) He is in custody in violation of the Constitution or laws or treaties of the United States; or

à revisão judicial da legalidade da detenção de um estrangeiro em território sobre o qual os Estados Unidos tinham jurisdição exclusiva, mas não soberania.[47]

No entender da maioria dos juízes da Corte, uma corte distrital age nos limites que lhe competem estatutariamente se aquele que tem a custódia pode ser alcançado pelo remédio constitucional. Isso porque, esclarece a Corte, o habeas corpus não atua sobre o prisioneiro, mas sobre quem o detém em uma custódia que alega ser ilegal. Essa maioria de juízes reitera, ademais, que a não extraterritorialidade das leis federais não se aplica no caso em discussão, porque o detento se encontra em jurisdição norte-americana: tanto é assim que o próprio governo reconhece que a corte federal teria jurisdição para conceder habeas corpus em caso semelhante, se se tratasse de cidadão norte-americano, e o estatuto não distingue nacionais de estrangeiros.

Como se nota, no caso, a Suprema Corte não discute o fundamento da detenção dos dezesseis impetrantes, e nem as leis de guerra nem o "combatente inimigo" são mencionados na opinião da maioria dos juízes. Como se disse, ela o resume à questão da aplicação do estatuto federal do *habeas corpus* a território sobre o qual os Estados Unidos têm jurisdição, mas não soberania. Também, nem no caso *Hamdi* nem no caso *Rasul*, a Suprema Corte menciona normas ou instrumentos específicos de direito internacional humanitário, seja como instrumentos internacionais seja o *War Crimes Act*, que os "internaliza". Fala-se somente nas "leis de guerra" e, de mais específico, apenas que, segundo elas, a detenção de combatentes inimigos é permitida enquanto durem as hostilidades. Não são ademais mencionados instrumentos de direito internacional dos direitos humanos ou de direito internacional penal, nem a jurisprudência de cortes internacionais. Toda a discussão é feita, em suma, eminentemente no marco do direito interno.

(4) He, being a citizen of a foreign state and domiciled therein is in custody for an act done or omitted under any alleged right, title, authority, privilege, protection, or exemption claimed under the commission, order or sanction of any foreign state, or under color thereof, the validity and effect of which depend upon the law of nations; or

(5) It is necessary to bring him into court to testify or for trial" (Estados Unidos da América. Code of Laws of the United States of America. Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/text/]. Acesso em: 30.09.2014).

47. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al. 542 U.S. Washington DC, 28.06.2004, p. 4-6. Disponível em: [http://laws.findlaw.com/us/000/03-334.html]. Acesso em: 25.09.2014.

3. O "COMBATENTE INIMIGO", II: DA SUPREMA CORTE AO "COMBATENTE INIMIGO ILEGAL"

3.1 Os primeiros contornos formais do "combatente inimigo"

As decisões nos casos *Hamdi* e *Rasul*, de 2004, representaram uma derrota importante e inesperada para a o governo, tanto pela habitual deferência da Suprema Corte ao Executivo em tempos de guerra quanto por sua composição, com 10 de 11 juízes indicados por presidentes de denominação Republicana.[48] No final, a corte suprema reconheceu a competência das cortes distritais para receber pedidos de *habeas corpus* dos detentos estrangeiros que o governo internara em Guantánamo, no intuito de subtraí-los a toda esfera de legalidade. Reconheceu, além disso, o direito de acesso do combatente inimigo sob custódia norte-americana a algum procedimento que lhe permitisse contestar as bases factuais do seu enquadramento.

No dia seguinte às históricas decisões, um editorial do *New York Times* saúda a reafirmação do "império da lei" pela Suprema Corte contra o "novo normal" patrocinado pelo governo Bush, que o jornal reputa parte de uma visão alargada do seu poder de detenção.[49] Já a *American Civil Liberties Union* e a *Human Rights Watch* ligam as decisões da Suprema Corte às imagens de abuso em Abu Ghraib. Nessa linha, em 27 de junho, o diretor do Programa dos Estados Unidos da HRW afirma que, "depois das revelações de tortura e abuso em Abu Ghraib e alhures, parece que a Suprema Corte não está disposta a dar carta-branca à administração".[50] Já a Aclu repercute, dois dias depois das decisões, as palavras do seu diretor jurídico nacional, Steven R. Shapiro: "o escândalo de tortura em Abu Ghraib não foi explicitamente mencionado em nenhuma das opiniões da Corte". "Ainda assim", disse Shapiro, "é difícil acre-

48. Eram juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos no momento em que os casos foram apreciados: Antonin Scalia (R. Reagan), Anthony Kennedy (R. Reagan), Clarence Thomas (G. Bush), Ruth B. Ginsburg (G. Bush), Stephen G. Breyer (W. Clinton), John G. Roberts Jr. (G. W. Bush), Samuel A. Alito Jr. (G. W. Bush), John Paul Stevens (G. Ford), Sandra Day O'Connor (R. Reagan), David H. Souter (G. Bush) e William H. Rehnquist (R. Reagan).

49. Reaffirming the rule of law. *The New York Times*, Nova York, 29.06.2004, Editorial, p. 2.

50. Human Rights Watch. U.S.: Court limits President's power over terrorism detainees, 27.06.2004. Disponível em: [www.hrw.org/news/2004/06/27/us-court-limits-president-s-power-over-terrorism-detainees]. Acesso em: 25.09.2014.

ditar que ele não afetou a Corte e não reforçou sua visão de que um poder sem controle convida ao abuso".[51]

Por força da decisão nos casos *Hamdi* e *Rasul* e do debate mais amplo em que ela vinha a público, o governo criou o Tribunal de Revisão do *Status* do Combatente, ou *Combatant Status Review Tribunal*. É em sua Ordem instituidora, de 07.07.2004, que se encontra a primeira definição formal de "combatente inimigo" pela administração:

"(...) o termo "combatente inimigo" deve significar um indivíduo que era parte de ou apoiou as forças do Talebã ou da al Qaeda, ou se associou a forças que estavam engajadas em hostilidades contra os Estados Unidos ou seus parceiros de coalizão. Isso inclui qualquer pessoa que tenha cometido um ato beligerante ou tenha apoiado diretamente hostilidades em auxílio de forças armadas inimigas".[52]

Os efeitos práticos da criação do tribunal para fins de proteção humanitária foram pouco expressivos, no entanto: ele alterou a situação de 29 dentre os 532 "combatentes inimigos" em 2004, e de 38, no cômputo de 2004 a 2006.[53] Para a pouca relevância do tribunal no que se refere à modificação do *status* dos detidos, concorrem sua submissão ao Departamento de Defesa e os procedimentos que norteiam seus trabalhos. A própria Convenção de Genebra de 1949 não oferecia orientação específica sobre o que é, para o direito interna-

51. American Civil Liberties Union. Supreme Court ends term with reaffirmation of rule of law during times of national crisis, 29.06.2004. Disponível em: [www.aclu.org/organization-news-and-highlights/supreme-court-ends-term-reaffirmation-rule-law-during-times-nationa]. Acesso em: 25.09.2014.

52. Tradução livre do original: "For purpose of this Order, the term "enemy combatant" shall mean an individual who was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces" (WOLFOWITZ, P. Order establishing Combatant Status Review Tribunal. Memorandum for the Secretary of the Navy, 07.07.2004, Disponível em: [www.defense.gov/news/Jul2004/d20040707review.pdf]. Acesso em: 15.06.2012.

53. Estados Unidos da América. Department of Defense. Combatant Status Review Tribunal summary. Disponível em: [www.defense.gov/news/combatant_Tribunals.html]. Acesso em: 09.01.2013. Para se ter uma ideia da relevância da atuação do Tribunal, no mesmo período, mais de duzentos e cinquenta detentos foram transferidos de Guantánamo à revelia dele, segundo dados obtidos no site do projeto The Guantanamo Docket . Disponível em: [http://projects.nytimes.com/Guantánamo]. Acesso em: 09.01.2013.

cional humanitário, um "tribunal competente" para decidir o *status* do combatente de fato que cai em mãos do inimigo. Mesmo especialistas em direito humanitário entendem que o tribunal referido na Convenção de Genebra não teria caráter propriamente judicial e, portanto, não estaria obrigado a oferecer garantias processuais indispensáveis a um processo regular. Sua atuação teria sido prevista na Convenção no intuito de evitar a justiça sumária, de sorte que seus procedimentos ficariam a critério da potência detentora[54] e – entende-se comumente – teriam de ser inferidos dos procedimentos seguidos nos tribunais domésticos. Em geral se entende, entretanto, que uma condição para a sua regularidade seria ele estar próximo da zona de conflito,[55] dada a sua função de estabelecer os fatos acerca das circunstâncias em que o detento foi capturado, e essa condição o Tribunal de Revisão dificilmente preencheria.

Mas cabe a essa altura reiterar que, apesar da derrota do governo nos casos e da discussão de direitos pontuais dos detentos, a Suprema Corte não julgou a política da administração Bush para a guerra contra o terror de modo abrangente. Na prática, essa abordagem pontual implicou, ao seu turno, a continuidade da política da administração para a guerra contra o terror e um aumento nas críticas a ela, com algumas descontinuidades em relação ao período anterior. Em uma crítica contundente nesse sentido, o *New York Times* afirma, em outubro de 2004, que os presídios militares norte-americanos estavam abarrotados de afegãos, iraquianos e outros muçulmanos inocentes, os quais podiam ter praticado atos estúpidos, pondera o jornal, mas não eram uma ameaça à segurança nacional. "O resultado é que os terroristas supostamente perigosos, em sua maioria, não eram nem terroristas nem perigosos".[56]

Não obstante essas críticas, em março de 2005 as forças armadas concluem sua doutrina para operações de detenção. Na Doutrina Conjunta para a Operação de Detentos, ou *Joint Doctrine for Detainees Operation*, elas afirmam que, em função dos desafios atuais à segurança e da natureza do inimigo, o "com-

54. PEJIC, J. "Unlawful/enemy combatants": Interpretations and consequences. In: SCHMITT, M.; PEJIC, J. *International law and armed conflict: Exploring the faultlines*. Essays in honour of Yoram Dinstein. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2007. p. 335-355, p. 336.

55. PEJIC, J. Terrorist acts and groups: A role for international law? *British Yearbook of International Law*, 2004. p. 75-100, p. 78.

56. Tradução livre do original: "It turns out that the supposedly dangerous terrorists were for the most part neither terrorists nor dangerous" A very bad deal. *The New York Times*, Nova York, 08.10.2004, Editorial, p. 2.

batente inimigo" foi incluído como categoria adicional às das normas de Genebra, nos seguintes termos:

"*Combatente inimigo (CE)*. Embora eles não recaiam nas provisões da Convenção de Genebra, eles ainda estão habilitados a serem tratados humanamente, dependendo da necessidade militar, em consistência com os princípios da CG, e sem qualquer distinção baseada em raça, cor, religião, gênero, nascimento, riqueza, ou quaisquer critérios similares, e providos de comida, água potável, abrigo, vestimenta, e tratamento médico adequados; ter a permissão para o livre exercício da religião em consistência com as exigências de tal detenção. Há uma lista abrangente de terroristas e grupos terroristas identificados sob a Ordem Executiva 13224, situada em [www.treas.gov/ofac/]. Qualquer pessoa detida que seja afiliada a essas organizações será classificada como CE. Além disso, há indivíduos que podem não estar afiliados às organizações listadas que podem ser classificados como CE. Sobre esses indivíduos específicos, orientação deve ser obtida da mais alta sede.[57]

Note-se que essa orientação dada às forças armadas norte-americanas restitui a possibilidade de se enquadrar uma pessoa como combatente inimigo por desígnio do mais alto "centro de controle", possibilidade que era um dos pontos mais polêmicos da Ordem Militar de Bush e que tinha sido afastada na definição consagrada para o Tribunal de Revisão do *Status* de Combatente. É interessante notar, ademais, que, embora a Doutrina defina o "combatente inimigo", dela em diante prevalecerá o quadro "combatente inimigo ilegal". "Combatente ilegal" e "combatente inimigo" ainda serão empregados pelo jornal, mas suas ocorrências tornam-se mais escassas, e todos, "combatente

57. Tradução livre do original: "(1) *Enemy Combatant (EC)*. Although they do not fall under the provisions of the Geneva Convention, they are still entitled to be treated humanely, subject to military necessity, consistent with the principles of GC, and without any adverse distinction based on race, color, religion, gender, birth, wealth, or any similar criteria, and afforded adequate food, drinking water, shelter, clothing, and medical treatment; allowed the free exercise of religion consistent with the requirements of such detention. There is a comprehensive list of terrorists and terrorist groups identified under Executive Order 13224, located at [www.treas.gov/ofac/]. Anyone detained that is affiliated with these organizations will be classified as EC. Furthermore, there are individuals that may not be affiliated with the listed organizations that may be classified as an EC. On these specific individuals, guidance should be obtained from higher headquarters" (*ênfase no original*) (Estados Unidos da América. Joint Chiefs of Staff. Joint Doctrine for Detainees Operation, 23.03.2005, p. I-11-12. Disponível em: [www.hrw.org/legacy/campaigns/torture/jointdoctrine/jointdoctrine040705.pdf]. Acesso em: 09.01.2013).

inimigo ilegal", "combatente ilegal" e "combatente inimigo", passarão a referir não cidadãos e serão mais estreitamente associados à detenção indefinida e à subtração deles a toda esfera de legalidade.

Na mesma época em que se proclama a Doutrina, Dana Priest, a mesma jornalista que denunciou as "rendições extraordinárias", em dezembro de 2002, descobre os centros de detenção secretos da CIA fora dos Estados Unidos. Em editorial de 08.03.2005, o New York Times critica as detenções em sítios secretos e, a reboque, as chamadas "garantias diplomáticas",[58] que o jornal insere na política de tolerância da administração Bush com a prática de tortura:

"De acordo com o artigo do *Times*, a CIA levou de 100 a 150 pretensos terroristas a países como Egito, Síria, Arábia Saudita, Jordânia e Paquistão – todos violadores habituais no que se refere a tortura. É contra o direito americano e a convenção internacional mandar prisioneiros para qualquer nação onde eles provavelmente serão torturados, daí o oficial dizer que nenhum prisioneiro é mandado a outro país sem garantias desse governo de que serão tratados humanamente. Ele disse que oficiais da CIA 'checam essas garantias, e nós duplicamos a checagem'.

Tais garantias são sem valor, e a administração Bush certamente sabe disso. (...) A administração Bush há muito deixou claro que tolerará a tortura, inclusive por homens e mulheres de uniforme. E por que mandar prisioneiros

58. Tais garantias não são juridicamente vinculantes e seu uso foi criticado por órgãos de direitos humanos no âmbito global, como pela Alta Comissária de Direitos Humanos, Louise Arbour, e Manfred Nowak, relator especial das Nações Unidas sobre tortura. Seja como for, trata-se de prática controvertida técnica e politicamente, alvejada por advogados e ativistas de direitos humanos. No âmbito regional, a Corte Europeia de Direitos Humanos dispôs sobre ela em decisão de princípios de 2012, em que considerou que o peso dado às garantias diplomáticas dependeria das circunstâncias do caso. Nessa ponderação, a Corte avaliará se a situação geral dos direitos humanos no país recebedor exclui a possibilidade de aceitar as garantias – o que a própria Corte reconhece acontecer apenas muito raramente. Depois, ela analisará a qualidade das garantias e, se à luz do Estado que as oferece, elas são dignas de confiança. Nessa análise, a Corte levará em conta os termos das garantias, sua especificidade ou vagueza, quem as deu, se elas concernem a tratamento legal ou ilegal no Estado recebedor, a duração das relações bilaterais entre os Estados, a qualidade do monitoramento, o sistema de proteção contra a tortura no Estado recebedor e o tratamento prévio do demandante no Estado recebedor (Corte Europeia de Direitos Humanos. Quarta Seção. Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom, Judgment, Estrasburgo, 17.01.2012).

para lugares como Síria e Arábia Saudita, se não pelo tratamento brutal que os americanos supostamente abominam?"[59]

O tema era obviamente delicado para a administração. Já com as fotos de Abu Ghraib, todo seu empenho em descaracterizar suas técnicas agressivas de interrogatório como tortura, em fundamentar juridicamente o entendimento de que elas configurariam tratamento desumano, mas não tortura, parecia inútil. O leigo desconhece as filigranas jurídicas, e muitos especialistas as dispensavam para, segundo eles, ater-se ao cerne da questão: os Estados Unidos tinham praticado tortura, a julgar pela definição que se aplica à imensa maioria dos Estados que são partes na Convenção contra a Tortura.[60]

O tema da tortura aparece ocasionalmente associado a "combatente inimigo ilegal" ou "combatente inimigo". Comentando a audiência do senador Republicano Alen Specter, o jornal pondera, em junho de 2005, que:

"A administração deveria, como um primeiro passo, fechar a prisão de Guantánamo. Além disso, Specter estava perfeitamente certo quando disse que o Congresso deve estabelecer definições jurídicas dos detentos de operações antiterroristas, aprovar regras para o seu internamento e determinar seus direitos pelas convenções de Genebra e o direito americano, incluindo que tipo

59. Tradução livre do original: "According to the Times article, the C.I.A. has flown 100 to 150 suspected terrorists to countries like Egypt, Syria, Saudi Arabia, Jordan and Pakistan – each a habitual offender when it comes to torture. It's against American law and international convention to send prisoners to any nation where they are likely to be tortured, so the official said no prisoner is sent to another country without assurances from that government that they will be treated humanely. He said that C.I.A. officials check on those assurances, and we double-check.
Those assurances are worthless, and the Bush administration surely knows it. (...) The Bush administration has long since made it clear that it will tolerate torture, even by men and women in American uniforms. And why send prisoners to places like Syria and Saudi Arabia, if not for the brutal treatment Americans are supposed to abhor?" (Torture by proxy. *The New York Times*, Nova York, 08.03.2005, Editorial, p. 2).

60. Juridicamente, a proibição da tortura é absoluta, tanto na Convenção de 1984 quanto no direito internacional humanitário, e ela tem sido, de fato, um limite inegociável em tempos de direitos humanos. Mais do que isso disso, as "rendições extraordinárias" violavam a Convenção de 1984 (art. 3.º (1)) e, possivelmente, a terceira Convenção de Genebra, como se lê no editorial do *New York Times*. Mas a administração optou por uma linha de raciocínio explorando potenciais fissuras no arcabouço internacional e sempre sustentou que suas práticas podiam configurar tratamento desumano, mas não tortura, e o tratamento desumano não era definido pelo direito internacional, além de ser de menor gravidade.

de elemento de prova pode ser usado contra eles. Esses passos podem ajudar a consertar um sistema em que prisioneiros têm sido declarados combatentes inimigos com base em confissões extraídas sob tortura por países trabalhando em benefício da inteligência americana".[61]

Nas páginas do jornal, também se estreita a relação entre a detenção dos "combatentes inimigos ilegais" e a separação de poderes. Parecia urgente controlar o uso dos poderes presidenciais, ampliados por suas competências como *commander-in-chief*. O Senado responde ao escândalo causado pelas imagens que chegaram do Iraque e aos poderes ampliados do presidente com a aprovação de uma emenda a moção sobre o orçamento do Departamento de Defesa para 2006, patrocinada por McCain. Essa emenda, conhecida como *Detainee Treatment Act*, reconhece a competência do Tribunal de Revisão do *Status* do Combatente e impõe alguns limites à condução da guerra contra o terror: (i) uniformiza as técnicas de interrogatório para quem se encontrasse sob "controle efetivo" ou em instalação do Departamento de Defesa; (ii) proíbe o tratamento cruel, desumano ou degradante a quem estivesse sob custódia ou "controle efetivo" dos Estados Unidos, independentemente da sua localização ou cidadania; (iii) prevê a competência exclusiva da Corte de Apelações para o Circuito do Distrito de Columbia para validar a decisão final do Tribunal de Revisão do *Status* do Combatente de que um estrangeiro é um "combatente inimigo". Mesmo assim, o governo logrou retirar de qualquer corte, justiça ou juiz a competência para apreciar pedido de *habeas corpus* e ação contra os Estados Unidos e seus agentes no que se refere a qualquer aspecto da detenção proveniente de detento de Guantánamo, a partir da data da promulgação do Ato.[62]

---

61. Tradução livre do original: "The administration should, as a first step, shut down the Guantánamo prison. Beyond that, Mr. Specter was exactly right when he said Congress must establish legal definitions of detainees from antiterrorist operations, enact rules for their internment and determine their rights under the Geneva Conventions and American law, including what sorts of evidence can be used against them. Those steps would help fix a system in which prisoners have been declared enemy combatants on the basis of confessions extracted under torture by countries working in behalf of American intelligence" (Who we are. *The New York Times*, Nova York, 18.06.2005, Editorial, p. 2).

62. O DTA modificava o estatuto do *habeas corpus*, nele inserindo que "(1) no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of *habeas corpus* filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination. (2) Except as provided in paragraphs

Ele tinha, porém, algumas fragilidades. Primeiro, os limites postos aos padrões de interrogatório não se aplicariam à CIA, mas apenas ao Departamento de Defesa. Depois, a proibição do tratamento cruel, desumano ou degradante não cobria as "rendições extraordinárias".[63] Também, a Corte era competente para apreciar apenas questões de direito, e, nas palavras de Bush, a interpretação do Ato deveria ter em vista os poderes únicos do Presidente como chefe do Executivo e das forças armadas e as limitações constitucionais ao poder judicial. Daí o *New York Times* afirmar, em janeiro de 2006, que, não importa "o que quer que o Congresso pretenda que a lei diga, ele (Bush) pretende ignorá-la sob o pretexto de que o *commander-in-chief* está acima da lei. Esse raciocínio distorcido é o que levou a políticas de tortura legalizada, para não mencionar o programa de espionagem doméstica".[64]

Por fim, apesar de todo o desgaste interno e internacional dos Estados Unidos com a descoberta das suas políticas na guerra contra o terror, em junho de 2006, o *Los Angeles Times* noticia que o governo estaria alterando uma diretiva sobre o tratamento e o interrogatório de prisioneiros. A alteração consistia em retirar dela a referência ao art. 3.º comum às Convenções de Genebra de 1949. O *New York Times* repercute a notícia e alerta que o art. 3.º cobria todos os prisioneiros, inclusive os que a administração qualificava de "combatentes inimigos ilegais". Não era esse, contudo, o entendimento do governo, e – lembre-se – mesmo a Suprema Corte não mencionou o art. 3.º, comum às Convenções

(2) and (3) of section 1005(e) of the Detainee Treatment Act of 2005 (10 U.S.C. 801 note), no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider any other action against the United States or its agents relating to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of confinement of an alien who is or was detained by the United States and has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination" (Estados Unidos da América. Congress of the United States of America. Department of Defense Appropriation Act, 2006. H. R. 2863, título X, seções 1002, 1003 e 1005. Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/text]. Acesso em: 09.01.2013.

63. SULEMAN, A. M. Detainee Treatment Act of 2005. *Harvard Human Rights Journal*, vol. 19, s/n, p. 257-265, 2006, p. 260-3.

64. Tradução livre do original: "(...) Whatever Congress intended the law to say, he intended to ignore it on the pretext the commander in chief is above the law. That twisted reasoning is what led to the legalized torture policies, not to mention the domestic spying program" (The imperial Presidency at work. *The New York Times*, Nova York, 15.01.2006, Editorial, p. 2).

de Genebra, nos dois casos que já tinha apreciado. Ela o fará dias depois do editorial do *New York Times*, ao proferir sentença no caso *Hamdan c. Bush*.[65]

3.2 O caso Hamdan e a consagração formal definitiva do "combatente inimigo" como "combatente inimigo ilegal"

Salim Ahmed Hamdan foi capturado por milícias e entregue aos Estados Unidos em novembro de 2001. O governo o transferiu para Guantánamo em junho de 2002 e, mais de um ano após a sua transferência para a base naval, considerou-o passível de julgamento em comissão militar, por crime não especificado. Novamente depois de um ano, acusou-o de conspiração.[66] De acordo com o governo dos Estados Unidos, Hamdan tinha praticado quatro "atos abertos": foi guarda-costas e motorista de Osama bin Laden; contratou o transporte e transportou, ele mesmo, armas usadas por membros da al Qaeda; dirigiu ou acompanhou bin Laden a campos de treinamento; recebeu treinamento com armas nos campos patrocinados pela organização.[67] Hamdan não contestava os fatos que levaram ao seu enquadramento como "combatente inimigo", mas fazia objeção ao julgamento em comissão militar com base em dois argumentos: nem o Ato de 2002 nem as leis de guerra podiam fundamentar seu julgamento pelo crime do qual era acusado e os procedimentos da comissão violavam tanto direito militar quanto o direito internacional.[68]

---

65. Eram juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos no momento em que o caso é apreciado: Antonin Scalia (R. Reagan), Anthony Kennedy (R. Reagan), Clarence Thomas (G. Bush), Ruth B. Ginsburg (G. Bush), Stephen G. Breyer (W. Clinton), John G. Roberts Jr. (G. W. Bush), Samuel A. Alito Jr. (G. W. Bush), John Paul Stevens (G. Ford), David H. Souter (G. Bush) e William H. Rehnquist (R. Reagan). O juiz Stevens manifesta a opinião da Corte, com votos concorrentes dos juízes Breyer e Kennedy e votos dissidentes dos juízes Scalia, Thomas e Alito.

66. Conforme Antonio Cassese, a conspiração consiste no acordo entre duas ou mais pessoas para cometer um crime, sendo punida independentemente do seu cometimento. Para que ela se configure é necessário o conhecimento dos fatos relacionados com o crime que se pretende cometer e a intenção de levar a cabo a conspiração. (CASSESE, A. *International criminal law*. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2008. p. 227).

67. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Hamdam v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 548 U.S. Washington DC, 29.06.2006, p. 5. Disponível em: [www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html]. Acesso em: 25.08.2014.

68. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Hamdam v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 548 U.S. Washington DC, 29.06.2006, p. 1-2. Disponível em: [www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html]. Acesso em: 25.08.2014.

Ignorando o entendimento da administração de que as comissões militares não tinham caráter penal, a maioria da Suprema Corte afirmou que a autoridade para estabelecer tribunais penais era conferida em função das necessidades militares,[69] e a sua criação era justificada pela Constituição e pelas leis de guerra. Seu papel seria, por conseguinte, decidir, com base na Constituição e nas leis de guerra, se a comissão militar para julgar Hamdan se justificava.[70]

O relator do voto da maioria lembra, de início, que o governo criou uma comissão militar com base nas leis de guerra. Porque esse modelo representa o ápice do poder militar de julgar combatentes inimigos, a instituição de uma comissão precisaria preencher, em regra, quatro condições: (i) as ofensas que ela se propõe julgar têm de terem sido praticadas no campo de batalha; (ii) durante o conflito; (iii) só pode ser julgado por comissão militar quem é acusado de combate ilegítimo ou de violar as leis de guerra; (iv) apenas por ofensas às leis e aos usos de guerra passíveis de serem julgadas por tribunal militar ou por violações às ordens e regulações pelos quais os infratores não possam ser julgados em corte marcial.[71]

A acusação que pesa contra Hamdan é de conspiração, entre 1996 e 2001. Mas nem seu suposto acordo com bin Laden para cometer crimes de guerra nem qualquer dos "atos abertos" que a administração lhe imputou tinha sido praticado em campo de batalha, depois do 11/9. No entender da Corte, nenhum daqueles atos violaria, ademais, as leis de guerra. Principalmente, a ofensa imputada a Hamdan não poderia ser julgada em comissão militar baseada nessas leis. A Corte afirma que esse defeito não seria, contudo, fatal para a reclamação de autoridade pelo governo, porque o direito de guerra costumeiro foi incorporado ao Código de Justiça Militar dos Estados Unidos por referência e poderia tornar passíveis de julgamento ofensas não definidas em estatuto, contanto que o governo desse mostras substanciais de que o crime pelo qual pretende julgar o acusado em comissão militar é considerado ofensa às leis de guerra.[72]

Esse não era o caso, contudo, da conspiração, que nunca foi julgada em comissão militar e não aparece nem nas convenções da Haia nem nas convenções

69. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Hamdam v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 548 U.S. Washington DC, 29.06.2006, p. 26-27. Disponível em: [www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html]. Acesso em: 25.08.2014.

70. Idem, p. 30.

71. Idem, p. 33-34.

72. Idem, p. 36-40.

de Genebra. Só o Tribunal de Nuremberg a contemplou, e apenas nos limites do crime contra a paz, tendo sido expressamente recusado o reconhecimento da conspiração como violação das leis e costumes de guerra. Por isso a Corte conclui que a acusação que pesa contra Hamdan não poderia fundamentar a criação de comissão militar, não sendo essa, de resto, uma insuficiência formal, mas uma incapacidade do governo de satisfazer a condição mais elementar para estabelecê-la, que é justificar sua necessidade militar.[73]

Hamdan argumenta, ademais, que os procedimentos da comissão eram inconsistentes com o Código de Justiça Militar, e o governo não deu explicação do seu desvio em relação aos procedimentos das cortes marciais: a Ordem que instaura a comissão permitia excluir o acusado dos procedimentos que regeriam seu julgamento, ao passo que aquele código requereria a sua participação. Hamdan argumentava, além disso, que a Ordem afastava-se dos modos de produção de prova aplicáveis nas cortes marciais. Em resposta, o governo explicou que a natureza do terrorismo internacional tornava impraticável aplicar os princípios e regras de evidência das cortes distritais nas comissões militares e considerava essa uma explicação suficiente também para o seu afastamento dos procedimentos da corte marcial. No entender da Corte, o dispositivo do *Uniform Code of Military Justice* requeria, todavia, que as regras do código fossem aplicadas às comissões, a menos que isso fosse impraticável, o que significa que, em nenhuma hipótese, o presidente teria total liberdade para estabelecê-las. Para a Corte, nenhuma razão levava a crer que seria impraticável aplicar ao caso regras da corte marcial, como o juramento e os habituais princípios de relevância e admissibilidade. A única razão alegada seria o perigo oferecido pelo terrorismo internacional, mas não era evidente que ele demandava tal afastamento, sendo injustificado, p.e., negar ao acusado o direito de estar presente no seu próprio julgamento.[74] No entender da Corte, as regras postas para o julgamento de Hamdan seriam, pois, ilegais, por conta do desequilíbrio entre o procedimento uniforme e a necessidade de acomodar exigências que apareçam no campo de batalha.[75]

Não bastasse isso, tais regras violariam as Convenções de Genebra. Sem entrar na discussão sobre a natureza do conflito dos Estados Unidos no Afe-

73. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Hamdam v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 548 U.S. Washington DC, 29.06.2006, p. 46-48. Disponível em: [www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html]. Acesso em: 25.08.2014.

74. Idem, p. 56-60.

75. Idem, p. 62.

ganistão e sobre a amplitude da proteção das Convenções de Genebra aos prisioneiros da guerra contra o terror, a Corte firmou o entendimento de que no mínimo o art. 3.º comum se aplicaria a uma pessoa na situação de Hamdan. Ela considerou que o escopo do art. 3.º devia ser o mais amplo possível, embora, historicamente, ele estivesse ligado à guerra civil. Daí seu entendimento de que as comissões só seriam regularmente constituídas se os seus padrões seguissem os da Justiça militar e os desvios em relação a eles pudessem ser justificados por necessidade prática.

Conforme o art. 3.º, as comissões deveriam oferecer "todas as garantias reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados", e, para a Corte, essas garantias estariam consubstanciadas no art. 75 do Protocolo I de 1977,[76] em consonância com o que também argumentaram Powell e Taft em debate interno à administração. No caso de Hamdan, isso significa que, no entendimento da corte, os tribunais regularmente constituídos de que fala o art. 3.º seriam as cortes marciais, estabelecidas pelos estatutos vigentes nos Estados Unidos. Segundo ela, os procedimentos da comissão se desviavam injustificadamente dos que regiam o funcionamento das cortes marciais e não ofereciam as garantias necessárias ao acusado. Muitas disposições da comissão dispensavam princípios enumerados no art. 75 do Protocolo I e parte do direito internacional costumeiro, como o direito de comparecer ao próprio julgamento e ser informado dos elementos de prova apresentados contra si. Daí a conclusão da Corte de que, se o governo pretendia levar Hamdan a julgamento e impor-lhe uma punição criminal, tinha de observar alguns procedimentos mínimos.[77]

À diferença em relação aos casos *Hamdi* e *Rasul*, no caso *Hamdan* a Suprema Corte aplica normas de direito internacional humanitário e de direito internacional penal. Embora o direito interno continue importante na fundamentação da sua decisão, ela também interpreta as normas internacionais e, em sua interpretação, pauta-se pelo próprio direito internacional, não por padrões de direito interno.[78] A Corte reconhece que, pelo direito interno, a comissão

76. Estados Unidos da América. U. S. Supreme Court. Hamdam v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 548 U.S. Washington DC, 29.06.2006, p. 66-70. Disponível em: [www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html]. Acesso em: 25.08.2014.

77. Idem, p. 69-72.

78. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos chama a atenção para a importância de considerar na análise os parâmetros que orientam a interpretação das normas internacionais, considerando que uma interpretação delas à luz dos padrões e precedentes de direito interno pode restringir a sua universalidade. (RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

militar criada por Bush para julgar Hamdan poderia ser justificada pelas leis de guerra, desde que preenchidas algumas condições. Uma delas seria o delito imputado ao acusado configurar ofensa às leis de guerra, que não é o caso da conspiração. De novo pelo ordenamento interno, restaria a possibilidade de ela ser uma ofensa ao direito de guerra costumeiro, possibilidade que a Corte afasta recorrendo a precedentes do direito internacional penal. Enfim, aos olhos do governo, os perigos do terrorismo internacional justificariam os desvios dos procedimentos da comissão em relação aos das cortes marciais. Em resposta, a Corte recorre ao art. 3.º comum às quatro Convenções de Genebra para afirmar que Hamdan tinha direito a um julgamento por tribunal regular, mesmo sendo considerado um combatente inimigo.

Entende-se que, em sua argumentação, o direito internacional humanitário seria tratado como um limite aos avanços de um governo que qualificou Hamdan de combatente inimigo, manteve-o detido em Guantánamo por um ano sem acusação e por mais um ano como "combatente inimigo" sem imputar-lhe qualquer delito, até que o acusou de um para o qual o tribunal que o julgaria não tinha competência. Mas, se no caso Hamdan a Corte continuava de onde tinha parado no caso Hamdi, i.e., do princípio da separação de poderes e da parte que lhe cabia no controle do Executivo, então teria sido importante trazer para a análise a disputa entre os poderes e a saída que o direito internacional lhe abria em face do argumento, tão corrente no pós-11/9, da primazia da segurança nacional e dos poderes irrestritos do presidente como *commander-in-chief*.

Seja como for, por conta dessa decisão, o governo encaminhou o Ato das Comissões Militares de 2006 ao Congresso, que o aprovou. Nesse Ato de 2006 são finalmente definidos o "combatente inimigo legal" e o "combatente inimigo ilegal". O primeiro reproduz a definição de prisioneiro de guerra consagrada no art. 4.º da terceira Convenção de Genebra, ao passo que o "combatente inimigo ilegal" aparece como:

"i) uma pessoa que se engajou em hostilidades ou que apoiou proposital e materialmente hostilidades contra os Estados Unidos ou seus cobeligerantes que não é um combatente inimigo legal (estando incluída pessoa que é parte do Talebã, da al Qaeda, ou forças associadas);

ii) uma pessoa que, antes, durante, ou depois da data da entrada em vigor do Ato das Comissões Militares de 2006 foi determinado um combatente inimigo ilegal pelo Tribunal de Revisão do *Status* do Combatente ou outro tribu-

nal competente estabelecido sob a autoridade do Presidente ou do Secretário de Defesa".[79]

Por essa definição, o "combatente inimigo ilegal" já não seria designado pelo presidente, nem individual nem coletivamente, e seu *status* seria definido pelo Tribunal para a Revisão do *Status* do Combatente. Mas, mesmo tendo ganhado um aspecto formal no direito interno, ele permanece estranho ao direito internacional humanitário. Isso porque, a rigor, nele não há espaço para um terceiro entre o civil e o combatente. Cabe pensar, nesse caso, a formalização de uma categoria que foi cunhada com o propósito de ampliar os poderes presidenciais de deter e punir estrangeiros e que foi bem sucedida nesse propósito.

4. O "DIREITO PENAL DO INIMIGO"

Apesar de a Suprema Corte restituir, em alguma medida, a condição de sujeito de direito ao "combatente inimigo", ela não questiona a sua formação, e, por conseguinte, não reflete sobre as condições que foram propícias ao seu aparecimento e sobre os meios de obstá-lo. Por isso, a discussão sobre o que se tem chamado de "direito penal do inimigo" revela como a política norte-americana para a guerra contra o terrorismo pode ter tido efeitos deletérios, sentidos mesmo onde o "combatente inimigo" não teve espaço. Nessa discussão, tem-se foco nos efeitos potencialmente desumanizadores da proposta do direito penal do inimigo, que estabeleceria uma desigualdade tão radical que um de seus detratores chega a falar na constituição de uma nova antropologia.

O penalista alemão e professor na Faculdade de Direito de Bonn Günther Jakobs propõe distinguir no direito penal duas tendências, aquele do cidadão e o do inimigo. Seu argumento consiste em que a distinção desses dois polos

79. Tradução livre do original: "(1) The term 'unlawful enemy combatant' means: (i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces); or (ii) a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense" (Estados Unidos da América. Congress of the United States of America. Military Commissions Act, 17.10.2006, § 948a).

seria necessária para conter o perigo representado pelo que ele chama de delinquente por tendência sem comprometer as garantias do Estado de direito ao cidadão.[80] No direito penal do cidadão, a pena tem a função de reafirmar a norma violada pelo autor do crime numa comunidade ordenada, e por isso é um meio de comunicação. Já no direito penal do inimigo ela nada comunica, mas é, simplesmente, um meio de lutar contra o perigo, em função da tendência do autor a cometer delitos de considerável gravidade. O primeiro implicaria tratar o delinquente como pessoa, o segundo, tratá-lo como fonte de perigo, e neste caso a relação do direito com o delinquente seria baseada unicamente na coação.[81] Para Jakobs, o direito penal do inimigo continuaria sendo, apesar disso, direito penal, porquanto o delinquente continua sendo pessoa, o Estado não necessariamente o destituirá de todos os direitos e essa liberdade estatal tem fundamento no direito dos cidadãos à segurança.[82]

Mas, na reflexão de Jakobs, o delinquente do direito penal do inimigo, notadamente o terrorista, não tem vida longa como pessoa. Primeiro porque ele se caracteriza pela prática duradoura de delitos graves, a qual, de acordo com o penalista alemão, diminuiria a disposição do Estado a tratá-lo como tal e justificaria sua preocupação de eliminar um perigo. Depois, o Estado não deveria tratá-lo como pessoa, em respeito ao direito à segurança dos seus cidadãos.[83] Em linhas gerais, o argumento de Jakobs consiste em que a vigência efetiva do direito depende de os cidadãos conformarem sua conduta às normas sem a coerção do Estado, ou, mais simplesmente, de orientarem sua conduta pela expectativa normativa, o que o penalista alemão denomina "embasamento cognitivo da norma". Para serem tratados como pessoa, eles têm de mostrar ao menos uma fidelidade ao direito como um todo, o que, segundo Jakobs, pode

80. JAKOBS, G. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

81. Idem, p. 22-4.

82. Idem, p. 28-9.

83. Nas palavras do próprio Jakobs, "como se tem mostrado, a personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial. Certamente, uma pessoa também pode ser construída *contrafaticamente* como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas" (JAKOBS, G. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. Op. cit., p. 40).

não se verificar no delinquente por tendência.[84] De resto, se esse tratamento pelo direito penal do inimigo é questionado em termos de direitos humanos, segundo Jakobs ele estaria em linha com o que dispensa o próprio direito internacional penal, cujas penas não mantêm uma comunidade ordenada, como o direito penal interno, e sim participam em sua construção.[85]

Essa proposta de Jakobs é contestada, e entre seus principais detratores encontram-se o penalista argentino E. Raúl Zaffaroni e o jurista italiano Luigi Ferrajoli. Partindo do pressuposto de que, no Estado de direito histórico, quem detém o poder de punir tenta se liberar dos controles e limites postos ao seu exercício, Zaffaroni argumenta que o direito penal tem de ser parcial, comprometido com a contenção de pulsões absolutistas no interior do Estado.[86] Ferrajoli segue essa mesma linha, argumentando que o direito penal do inimigo é uma contradição entre termos, porque a figura do inimigo é própria da guerra, que, ao seu turno, é a negação do direito, e ele teria sido forjado mediante um deslocamento do direito penal para a guerra no intuito de legitimar determinadas práticas punitivas.[87]

---

84. JAKOBS, G. Terroristas como pessoas no direito? *Novos Estudos*, 83, mar. 2009, p. 27-36, p. 30-1. Sobre esse aspecto polêmico do direito penal do inimigo, seria esclarecedora a lição de Kai Ambos, segundo o qual "o fundamental vem a ser que o direito penal do inimigo se baseia na distinção entre o *ser humano* – isto é, o indivíduo – como conceito pré-jurídico e a *pessoa* como construção normativa da imputação jurídico-penal. Somente quando se constrói "normativamente" a pessoa neste sentido, como destinatário das normas penais – mais concretamente: quando a aplicação do *direito penal do cidadão* se faz depender do reconhecimento como pessoa – só resta ao mero indivíduo, como 'não-pessoa', o direito penal do inimigo" (AMBOS, K. Direito penal do inimigo. Trad. Pablo Rodrigo Alflen, *Panoptica*, n. 2, 2008, p. 1-45, p. 26).

85. JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-6. Cf. KRESS, C. International criminal law. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*: "(...) It is argued (Jakobs) that international criminal law *stricto sensu* is not about the reaffirmation of an existing legal order, but rather about the creation of a new one by use of coercive means. The argument of a fundamental difference in nature between the criminal law within and outside a State is questionable, though, because it over-emphasized the existing differences in international and national law enforcement".

86. ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 169-172.

87. FERRAJOLI, L. Il 'diritto penale del nemico' e la dissoluzione del diritto penale. *Panoptica* 11, 2008, p. 87-99, p. 89-90.

O jurista italiano entende, no entanto, que o direito penal positivo pode ser usado descritiva e normativamente, para descrever um fenômeno e para defender um modelo. Pensando nesses termos, Jakobs trabalha o direito penal do inimigo no segundo registro, ao passo que Zaffaroni o emprega para descrever um discurso que ganha corpo principalmente a partir do 11/9. Na esteira de Zaffaroni, Ferrajoli propugna por um uso descritivo do direito penal do inimigo, no contexto de uma crítica aos que propõem torná-lo um paradigma.[88] Sua crítica mais pontual repousa em que, de uma perspectiva normativa, o direito penal do inimigo é a negação do direito penal por deslocar a ilegalidade do ato para o autor; compromete a imparcialidade do juiz, que se torna inimigo do réu, à medida que este é um inimigo da ordem jurídica; e altera o objeto processual, que deixa de ser a verificação empírica da hipótese da acusação para ser inquisição.[89]

Como se não bastassem esses pontos críticos, a determinação de quem é o inimigo concreto teria acabado por estabelecer o que Ferrajoli chamou de uma "antropologia da desigualdade", marcadamente criminal, que identifica o terrorista como o inimigo, o inimigo como não pessoa e não humano, e culmina na assimetria entre "nós" e "eles".[90] Donde, se na concepção de Jakobs o direito penal do inimigo estaria comprometido com a segurança, uma leitura a contrapelo do argumento de Ferrajoli revela uma defesa da igualdade. Disso se segue, enfim, que uma discussão que tenderia a ser travada com base no par liberdade-segurança ganha outra embocadura, passando a ser articulada pelo par igualdade-segurança.

Mas, a julgar pelas palavras do próprio Ferrajoli, o direito, de fato, tem parte nessa *nova antropologia da desigualdade, assinalada pelo caráter tipologicamente*

88. Idem, p. 87-99, p. 88-9.

89. FERRAJOLI, L. Op. cit., p. 87-99, p. 92-3.

90. "L'etichetta 'terrorismo', come sinonimo di pulsione omicida irrazionale, vale a caratterizzare il nemico come non-umano, non-persona, che non merita di essere trattato né con gli strumenti del diritto né con quelli della politica. É il veicolo di una nuova antropologia della disuguaglianza, segnata dal carattere tipologicamente criminale, folle e disumano che viene associato al nemico e perciò da una nuova radicale assimetria tra 'noi' e 'loro'". [O rótulo "terrorismo", como sinônimo de pulsão irracional, vale para caracterizar o inimigo como não humano, não pessoa, que não merece ser tratado nem com os instrumentos do direito, nem com os da política. Ele é veículo de uma nova antropologia da desigualdade, marcada pelo caráter tipologicamente criminal, pelo louco e desumano que vêm associados ao inimigo, e, assim, por uma nova assimetria radical entre "nós" e "eles"] FERRAJOLI, L. Op. cit., p. 87-99, p. 92.

criminal, louco e desumano que vem associado ao inimigo, e é a sua abordagem crítica que lhe permite tanto descobrir a parte do direito penal no direito penal do inimigo, o uso que dele é feito para legitimar um novo paradigma, quanto afirmar aquilo que, ao seu ver, o direito deve ser. Trata-se de praticar a crítica em seu sentido mais original, como a ação ou a faculdade de distinguir, e, por conseguinte, escolher, separar, decidir. Se as palavras guardam traços de sua filiação primordial, o objeto sobre o qual reflete Ferrajoli seria particularmente propício a sua abordagem, dada a procedência do nosso "crime" desde o grego antigo kríma, "julgamento" e, daí, "condenação", "pena".[91] Uma crítica do direito "criminal" ou de um aspecto criminal do direito, seja do direito internacional seja do direito interno, tomaria, então, o sentido contrário, partindo do crime para trazer à luz as escolhas que ele encerra, os valores que com ele se pretendeu proteger. Essa crítica permitiria avaliar o direito com base num padrão exterior a ele, ou, dito de outro modo, julgar suas normas e práticas à luz daqueles valores.

5. CONCLUSÃO

Neste artigo procurou-se mostrar que o uso do "combatente inimigo" pela administração enfrentou resistências internas e externas. Com o tempo ficou claro que ele era empregado para deter por tempo indeterminado, para subtrair pessoas a qualquer esfera de legalidade e para ampliar os poderes presidenciais com fundamento nas suas prerrogativas como *commander-in-chief*. O artigo procurou retratar as disputas entre a administração e atores políticos, recuperar os termos dessas disputas, no que se configurou, com o tempo, um processo pelo restabelecimento de limites aos poderes presidenciais. Tentou-se mostrar como, nesse processo, o "combatente inimigo" ganha contornos formais até a sua consagração no ato de 2006 que regula as polêmicas comissões militares. Então ele aparece como "combatente inimigo ilegal", i.e., com o juízo de ilegalidade embutido em sua apresentação formal. Mas qual ilegalidade? A ilegalidade em que eles incorrem ao usar a força.

Então, tem-se que, de um lado, o governo foi constrangido a regular as comissões militares, os primeiros procedimentos que pautariam o funcionamento dessas comissões foram considerados aquém do devido processo, entendeu-se que a corte distrital era competente para receber pedido de *habeas corpus* dos

91. Para o significado e a etimologia dos termos gregos, consultou-se BAILLY, A. *Le Grand Dictionnaire Grec-Français*. Paris: Hachette, 2000.

detentos de Guantánamo e a figura do "combatente inimigo" ganhou contornos formais; de outro lado, o governo incrustou nela seu juízo de ilegalidade e ilegitimidade do uso da força, o que decerto não se aplica, p.e., aos norte-americanos. Mas, como se disse ao longo do artigo, é interessante que, logo depois da primeira definição formal do "combatente inimigo", dada para "consumo interno", o termo "combatente inimigo ilegal" começa a predominar nos editoriais em relação a "combatente inimigo" e "combatente ilegal". Não seria absurdo pensar que, de outra parte, da parte do jornal, o acréscimo do atributo "ilegal" implicaria, na realidade, um reconhecimento da possibilidade de que o combate do combatente inimigo fosse legal. Mesmo assim se teria uma associação, espúria do ponto de vista do direito internacional humanitário, entre o status do combatente de fato e o juízo de legitimidade e legalidade do uso da força por ele.

Por fim, em qualquer hipótese, cabe ressaltar um aspecto de ordem mais geral, para se refletir: como ficam, nessa discussão, as fronteiras entre direito, moral e política? Uma abordagem estritamente jurídica subtrairia o "combatente inimigo" à análise? Pergunta-se porque o "combatente inimigo" não foi mais do que uma figura retórica, de início: um termo empregado pela administração com a pretensão de firmar uma terceira categoria, além das duas categorias próprias do direito internacional humanitário, que são o civil e o combatente. Ou o "combatente inimigo" seria, mesmo numa abordagem mais tradicional, um elemento analítico em função dos seus efeitos? Mas, então, como estudar os efeitos que o uso dessa figura gera sem considerar os meios que o direito fornece para que esses efeitos sejam produzidos? Com o 11/9, os instrumentos, normas e categorias do direito internacional humanitário tornaram-se gradualmente populares, e não seria descabido cogitar que sua popularidade se torne um elemento que o governo passe a computar em seus cálculos. Isso pode representar um ganho em termos de proteção, sobretudo porque os constrangimentos criados se somam aos que criam direitos humanos, mas também pode distanciar sua capacidade de mobilização da sua capacidade de transformação do mundo. No limite, as normas e ideias internacionais humanitários podem tornar-se nada mais do que discurso: um discurso pouco eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudência

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Quarta Seção. Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom, Judgment, Estrasburgo, 17.01.2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Court of Appeals for the Fourth Circuit. Yaser Hamdi, et al., v. Donald Rumsfeld, et al., On appeal from the United States District Court of Virginia – Brief for Respondents-Appelants. Ricihmond, 19.06.2002. Disponível em: [http://news.findlaw.com/hdocs/docs/hamdi/hamdirums61902gbrf.pdf]. Acesso em: 25.08.2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. Hamdam v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 548 U.S. Washington DC, 29.06.2006, p. 69-72. Disponível em: [www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html]. Acesso em: 25.08.2014.

_____. U. S. Supreme Court. Hamdi v. Donald Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. 542 U.S. Washington DC, 28.06.2004, p. 5. Disponível em: [http://laws.findlaw.com/us/000/03-6696.html]. Acesso em: 25.09.2014.

_____. U. S. Supreme Court. Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al. 542 U.S. Washington DC, 28.06.2004, p. 4-6. Disponível em: [http://laws.findlaw.com/us/000/03-334.html]. Acesso em: 25.09.2014.

_____. U. S. Supreme Court. United States ex rel. Quirin et al. v. Cox, 317 U.S., Washington DC, 31.07.1942, United States Reports, Washington DC, vol. 317, s/n, p. 1-48, 1942, p. 24-31.

Legislação e demais documentos governamentais

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (G. W. BUSH). Military Order – detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism, Washington DC, 13.11.2001. Disponível em: [http://news.findlaw.com/wsj/docs/terrorism/bushtribunalord111301.html]. Acesso em 20.02.2011.

_____. Congress of the United States of America. Department of Defense Appropriation Act, 2006. H. R. 2863, título X, seções 1002, 1003 e 1005. Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/text/]. Acesso em: 09.01.2013.

_____. Congress of the United States of America. Military Commissions Act, 17.10.2006.

_____. Department of Defense. Combatant Status Review Tribunal summary. Disponível em: [www.defense.gov/news/combatant_Tribunals.html]. Acesso em: 09.01.2013.

_____. Joint Chiefs of Staff. Joint Doctrine for Detainees Operation, 23.03.2005, p. I-11-12. Disponível em: [www.hrw.org/legacy/campaigns/torture/jointdoctrine/jointdoctrine040705.pdf]. Acesso em: 09.01.2013.

MCCAIN, J.; GRAHAM, L.; CANTWELL, M. Senators urge decision on disposition of Guantanamo detainees. Disponível em: [www.mccain.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=PressOffice.PressReleases&ContentRecord_id=39d95eb0-4b88-423c-b0f7-c4cb6c7e9a1a&Region_id=&Issue_id]. Acesso em: 25.05.2013.

MORA, A. Statement for the record: Office of General Counsel involvement in interrogation issues. Memorandum for Inspector General, Department of

the Navy, 07.07.2004, Disponível em: [www.gwu.edu/~nsarchiv/torturingdemocracy/documents/20040707-1.pdf]. Acesso em: 01.12.2012.

PHILBIN, P. F. Legality of the use of military commissions to try terrorists. Memorandum opinion for the Counsel to the President, 06.11.2001. Disponível em: [www.gwu.edu/~nsarchiv/torturingdemocracy/documents/20011106.pdf]. Acesso em: 20.02.2011.

WOLFOWITZ, P. Order establishing Combatant Status Review Tribunal. Memorandum for the Secretary of the Navy, 07.07.2004. Disponível em: [www.defense.gov/news/Jul2004/d20040707review.pdf]. Acesso em: 15.06.2012.

Jornais

A VERY BAD DEAL. *The New York Times*, Nova York, 08.10.2004, Editorial, p. 2.

BUKERMAN, O. Children held at Guantanamo Bay, *The Guardian*, Londres, 24.04.2003.

DWORKIN, R. The threat to patriotism. *The New York Review of Books*, Nova York, 28.02.2002.

ENDING SECRET DETENTIONS. *The New York Times*, Nova York, 06.09.2002, Editorial, p. 2

FORSAKEN AT GUANTÁNAMO. *The New York Times*, Nova York, 12.03.2003, Editorial, p. 2.

FUKUYAMA, F. The west has won. *The Guardian*, Londres, 11.10.2011.

GONZALES, A. R. The rule of law and the rules of war. *The New York Times*, Nova York, 15.05.2004.

HIGHAM, S.; STEPHENS, J.; WILLIAMS, M. Guantanamo – A holding cell in war on terror, The Washington Post, Washington, 02.05.2004.

JEHL, D.; ELLIOTT, A. Cuba base sent its interrogators to Iraqi prison. *The New York Times*, Nova York, 29.05.2004.

KEEPING DETENTIONS SECRET. *The New York Times*, Nova York, 14.01.2004, Editorial, p. 2.

LIB. DEMS. Release Guantanamo Bay Britons. *The Guardian*, Londres, 25.04.2003.

LIMBO SIN LEY. *El País*, Madrid, 13.03.2003.

PRIEST, D.; GELLMAN B. U.S. turns to torture to crack prisoners of war, *The Washington Post*, Washington, 27.12.2002.

PROTECTING PRISONERS OF WAR. *The New York Times*, Nova York, 26.03.2003, Editorial, p. 2.

REAFFIRMING THE RULE OF LAW. *The New York Times*, Nova York, 29.06.2004, Editorial, p. 2.

THE GUANTÁNAMO SCANDAL. *The New York Times*, Nova York, 15.05.2003, Editorial, p. 2.

THE IMPERIAL PRESIDENCY AT WORK. *The New York Times*, Nova York, 15.01.2006, Editorial, p. 2.

THE PRISONERS AT GUANTÁNAMO. *The New York Times*, Nova York, 22.01.2002, Editorial, p. 2.

THE RIGHTS OF 'ENEMY COMBATANTS'. *The New York Times*, Nova York, 29.10.2002, Editorial, p. 2.

THE ROOTS OF ABU GHRAIB. *The New York Times*, Nova York, 09.06.2004, Editorial, p. 2.

THE SUPREME COURT AND SEPT. 11. *The New York Times*, Nova York, 05.11.2003, Editorial, p. 2.

THE WAR ON CIVIL LIBERTIES. *The New York Times*, Nova York, 10.09.2002, Editorial, p. 2.

TORTURE BY PROXY. *The New York Times*, Nova York, 08.03.2005, Editorial, p. 2.

TRIBE, L. H. Trial by fury. *The New Republic*, Washington, 29.11.2001.

UNLIMITED PRESIDENTIAL POWERS. *The New York Times*, Nova York, 08.08.2002, Editorial, p. 2.

WHO WE ARE. *The New York Times*, Nova York, 18.06.2005, Editorial, p. 2.

Livros e periódicos

AMBOS, K. Direito penal do inimigo. Trad. Pablo Rodrigo Alflen, *Panoptica*, n. 2, 2008, p. 1-45, p. 26.

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION. Supreme Court ends term with reaffirmation of rule of law during times of national crisis, 29.06.2004. Disponível em: [www.aclu.org/organization-news-and-highlights/supreme-court-ends-term-reaffirmation-rule-law-during-times-nationa]. Acesso em: 25.09.2014.

BAILLY, A. *Le Grand Dictionnaire Grec-Français*. Paris: Hachette, 2000.

CASSESE, A. *International criminal law*. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2008.

ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

FERRAJOLI, L. Il 'diritto penale del nemico' e la dissoluzione del diritto penale. *Panoptica*, n. 11, p. 87-99, 2008.

FOUCAULT, M. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução de Salma Tannus Muchail, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HUMAN RIGHTS WATCH. U.S.: Court limits President's power over terrorism detainees, 27.06.2004. Disponível em: [www.hrw.org/news/2004/06/27/us-court-limits-president-s-power-over-terrorism-detainees]. Acesso em: 25.09.2014.

JAKOBS, G. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 4. ed. Trad. An-

dré Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Terroristas como pessoas no direito? *Novos Estudos*, vol. 83, p. 27-36, mar. 2009.

_____; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo:* Noções e críticas. 4. ed. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KRESS, C. International criminal law. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Disponível em: [http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1423?rskey=Id8PEO&result=2&prd=EPIL]. Acesso: 25.09.2014.

MÉGRET, F. War and the vanishing battlefield. *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 9, n. 1, p. 131-155, 2011.

PEJIC, J. Unlawful/enemy combatants: Interpretations and consequences. In: SCHMITT, M.; PEJIC, J. *International law and armed conflict:* Exploring the faultlines. Essays in honour of Yoram Dinstein. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2007.

_____. Terrorist acts and groups: A role for international law? *British Yearbook of International Law*, 2004.

RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SULEMAN, A. M. Detainee Treatment Act of 2005. *Harvard Human Rights Journal*, vol. 19, s/n, p. 257-265, 2006.

TAFT IV, W. H., The law of armed conflict after 9/11: Some salient features. *Yale Journal of International Law*, vol. 28, p. 319-323, New Haven, 2003.

YOO, J. C.; HO, J. C. The status of terrorists. *UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Berkeley, s/v., n. 136, p. 1-20, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O Estado Islâmico e os atentados terroristas em Paris – tristezas, incertezas e suas ligações com o crime organizado, de Rodrigo Carneiro Gomes – *RT* 963/293 (DTR\2016\188);
- Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro, de Paul Chevigny, *RBCCrim* 47/386, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 2/951 (DTR\2004\839);
- Terrorismo: uma aproximação conceitual, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 115/195 (DTR\2015\11452); e
- Torres gêmeas: as vítimas silenciadas. O direito internacional entre o caos e a ordem. A questão cultural no mundo globalizado, de Maria Garcia – *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/1349 (DTR\2012\450466).

85360

Criminologia crítica e Lei Maria da Penha: uma relação (in)conciliável?

Critical criminology and "Maria da Penha" Law: an (in)compatible relation?

Victor Sugamosto Romfeld

Mestrando na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), coordenado pelo Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Assessor no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).
victorromfeld@gmail.com

Área do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: Uma vez identificados os princípios fundantes da criminologia crítica, constatam-se diversas tensões entre o feminismo e esta corrente do pensamento criminológico. Neste sentido, pode-se dizer que as demandas feministas, não raro, estão imersas no paradigma da pena, caracterizando uma "esquerda punitiva" e engrossando movimentos de "lei e ordem". Por outro lado, percebe-se que a criminologia crítica também apresenta insuficiências, principalmente no que diz respeito às questões de gênero, ignoradas por boa parte dos seus teóricos. Apesar das divergências, sustentamos que é possível conciliar o uso estratégico da Lei Maria da Penha com os princípios da criminologia crítica, dentro de uma perspectiva de um direito penal garantista.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha – Criminologia crítica – Criminologia feminista.

Abstract: Once identified the founding principles of critical criminology, several tensions between feminism and this criminological theory can be detected. Thus, it is possible to say, in general, that feminist demands are immersed in the punishment paradigm, featuring a "punitive left" and strengthening "law and order" movements. On the other hand, critical criminology also has its fractures, specially related to gender questions, ignored by most of ccriminologists. Despite the divergences, we defend that it is possible to ally the strategic use of "Maria da Penha" Law with the principles of critical criminology.

Keywords: "Maria da Penha" Law – Critical criminology – Feminist criminology.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia crítica e Lei Maria da Penha: uma relação (in)conciliável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 120. ano 24. p. 379-408. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O que é a criminologia crítica? – 3. Colocando as cartas na mesa: tensões entre criminologia crítica e feminismo – 3.1 O feminismo como ícone da "esquerda punitiva" – 3.2 A criminologia crítica como cúmplice das relações patriarcais – Conclusão – Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) pode ser analisada sob os mais diversos enfoques teóricos. A opção adotada neste trabalho é, especialmente, o aporte oferecido pela Criminologia. Segundo Sérgio Salomão Shecaira, trata-se de um ramo do conhecimento que se ocupa do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito, pautando-se por um objeto empírico e interdisciplinar (SHECAIRA, 2013, p. 40).

Nota-se, entretanto, que a criminologia é marcada pela existência de diversas correntes de pensamento, de tal modo que, como bem ressaltado pelo criminólogo paulista, "definir criminologia sob a perspectiva crítica é algo totalmente diferente do que fazê-lo sob a ótica do positivismo italiano" (SHECAIRA, 2013 p. 45).

Por isso, é imprescindível estabelecer, desde logo, dentro do campo criminológico, qual é a vertente utilizada como "linha mestra" das análises desenvolvidas. Sendo assim, nesta vasta gama de possibilidades teóricas, nos filiamos à criminologia crítica, movimento do pensamento criminológico contemporâneo construído a partir de uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos, e da criminalização (BARATTA, 2002, p. 159).

Para definir a referida vertente criminológica, citam-se as precisas palavras de Alessandro Baratta:

"Opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrossociológico, a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição. O salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade" (BARATTA, 2002, p. 160-161).

Também nos valemos da criminologia radical, desenvolvida no Brasil por Juarez Cirino dos Santos, com o compromisso primário de abolição das desigualdades sociais, e com as tarefas complementares de "(...) produzir teoria e de criar procedimentos capazes de ajudar a classe trabalhadora – e o conjunto

dos setores sociais subalternos e marginalizados –, no projeto político de construção e de controle de uma sociedade democrática" (CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 36-37).

Estudar a Lei Maria da Penha a partir de um viés criminológico significa analisar a violência da qual as mulheres são alvo. Por isso, é preciso ir além da criminologia crítica, assumindo uma criminologia crítica feminista, que teve como pioneira em nosso país a criminóloga Vera Regina Pereira de Andrade. De acordo com esta autora, a criminologia feminista foi responsável por denunciar o androcentrismo, latente nas linhas de pensamento criminológico (ANDRADE, 2003, p. 93), sejam elas conservadoras ou progressistas.[1]

Consequentemente, a criminologia em destaque introduziu as categorias de "patriarcado" e "relações de gênero", ao lado da luta de classes e da dominação de classe. Neste contexto, sustenta-se que a opressão das mulheres não surgiu com o capitalismo, pois antes de tudo, sua opressão é fruto de uma sociedade patriarcal (ANDRADE, 2003, p. 93).

A princípio, há uma aparente complementariedade entre o feminismo e a criminologia crítica, na medida em que ambos voltam sua atenção aos grupos marginalizados e vulneráveis numa sociedade capitalista, machista, racista e homofóbica (como é o caso da sociedade brasileira). No entanto, existe atualmente uma tensão constante: o feminismo tenta romper as amarras patriarcais da criminologia crítica, ao passo que esta criminologia acusa a militância feminista, como um todo, de recorrer ao sistema penal para solucionar problemas e situações de violência decorrentes de uma sociedade machista.

Neste sentido, Soraia da Rosa Mendes detecta, com precisão, as críticas dirigidas ao feminismo no que diz respeito às suas reivindicações no âmbito penal:

"No campo penal, muito do debate feminista sobre os direitos das mulheres gira em torno da liberdade (autodeterminação) e da inviolabilidade do corpo. O que, para muitos, corresponde a uma pauta de reivindicações contraditória do movimento feminista, pois, ao mesmo tempo em que reivindica de forma libertária a descriminalização do aborto (numa tendência abolicionista), assume uma postura punitivista, ao pleitear penas mais duras em casos de violência de gênero" (MENDES, 2014, p. 185).

1. "É bem verdade que, em estudos mais atuais, o sexismo não é tão rudimentar quanto no período lombrosiano. Contudo, o discurso competente que oculta a mulher como sujeito no campo da criminologia não é campo reservado a esta ou àquela corrente. De etiológicos a críticos todos incorrem em alguma forma de sexismo" (MENDES, 2014, p. 161).

Em contrapartida, não se pode perder de vista o sexismo que marca a criminologia (inclusive a criminologia crítica), como bem advertido pelas latino-americanas Alda Facio e Rosalía Camacho: "Na maioria dos tratados ou manuais de criminologia, a figura masculina e/ou sua problemática é central, enquanto a figura feminina e/ou sua problemática é completamente ausente ou periférica" (FACIO; CAMACHO, 1995, p. 45).

É justamente neste cenário turbulento que se insere o objeto de estudo do presente artigo. Aqui, algumas indagações são inevitáveis: a lei mencionada é uma lei de ódio aos homens, supostamente "privilegiando" as mulheres? Seria uma lei punitiva, voltada exclusivamente às soluções penais? É possível conciliar o uso da lei com os pressupostos da criminologia crítica, sem incorrer em demandas típicas da chamada "esquerda punitiva"?

Estes são apenas alguns dos obstáculos que pretendemos superar no decorrer dos tópicos. Por enquanto, as perguntas elencadas permanecerão sem respostas. Contudo, o grande desafio que se coloca é (re)unificar a criminologia crítica no tocante aos mecanismos adequados para lidar com a violência de gênero.

Apesar de parecer que estamos em um "beco sem saída", todo o esforço será feito com o intuito, talvez ingênuo ou utópico, de indicar rotas alternativas, que representem uma síntese entre os princípios fundantes da criminologia crítica e os acúmulos teóricos do feminismo na temática da violência contra a mulher. Com este ponto de partida, será possível avaliar a Lei Maria da Penha, bem como sua utilização dentro dos limites de um direito penal garantista.[2]

2. O jurista italiano Luigi Ferrajoli, em uma de suas obras principais, estabelece três acepções do garantismo. Numa primeira acepção, trata-se de "(...) um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de 'estrita legalidade' próprio do Estado de Direito, que no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de intervenção mínima, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Consequentemente, é 'garantista' todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e o satisfaz de maneira efetiva" Tradução Livre (FERRAJOLI, 1995, p. 851-852). No original: "Según una primera acepción, 'garantismo' designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de 'estricta legalidad' SG propio del estado de derecho, que en el la no epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los

Primeiramente, é necessário discorrer sobre os principais fundamentos do movimento da criminologia crítica. Em linhas gerais, Vera Malaguti Batista afirma que esta "escola" criminológica eclodiu aproximadamente no final dos anos 60 do século XX, defendendo – a partir de um enfoque macrossociológico – que a criminalidade não é ontológica, mas atribuída por um processo de dupla seleção, ou seja, dos bens jurídicos protegidos e das condutas humanas consideradas como crime (BATISTA, 2011, p. 189).

Conforme já exposto nesta introdução, constata-se uma verdadeira tensão entre o feminismo e a criminologia crítica, a qual não pode deixar de ser abordada. Entende-se que esta corrente criminológica deve fazer um exercício de autocrítica, reconhecendo o evidente "silenciamento"[3] em relação à delinquência feminina e à violência de gênero. Ademais, deve buscar um diálogo abrangente com a militância feminista, que costuma estar mais próxima do cotidiano das mulheres.

Por outro lado, também é importante que os movimentos feministas se apropriem dos estudos da criminologia crítica, os quais apontam que – na maioria das vezes – o sistema penal não parece ser o meio mais adequado para combater efetivamente o machismo e todas as situações de violência/discriminação das quais a mulher é alvo nas sociedades patriarcais.[4]

Em apertada síntese, essas são as reflexões realizadas na sequência. Considerando o inquestionável déficit de produção teórica crítica e feminista – já constatado por Vera Andrade há quinze anos (ANDRADE, 1999, p. 111) –, espera-se que este trabalho seja um pontapé inicial, apresentando uma visão crítica e feminista sobre a Lei Maria da Penha.

---

derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es 'garantista' todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva".

3. A criminóloga Carla Marrone Alimena destaca muito bem essa omissão: "Até o final dos anos 70 do século passado, eram raros os estudos criminológicos que mencionavam questões sobre mulheres, já que essas constituíam parte significativamente menor da população carcerária. (...) Os poucos estudos que tocavam em tal tópico, destacavam as características biológicas femininas – inferiores às masculinas – como determinantes de seu comportamento" (ALIMENA, 2010, p. 37-38).

4. Neste sentido, a advertência de Vera Regina Pereira de Andrade: "O sistema da justiça penal, salvo situações contingentes e excepcionais, não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência sexual como também duplica (...) a violência exercida contra ela e divide as mulheres, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade do movimento" (ANDRADE, 2003, p. 85).

2. O QUE É A CRIMINOLOGIA CRÍTICA?[5]

Responder a pergunta formulada como título deste tópico certamente não é uma tarefa simples, tendo em vista o fato de a criminologia crítica ser um movimento teórico relativamente recente. Mas se o intuito do artigo consiste em verificar a sua (in)compatibilidade com a Lei Maria da Penha, então deve-se iniciar justamente discorrendo sobre esta corrente do pensamento criminológico.

Roberto Bergalli afirma, com razão, que as ideias que direcionam as teorias criminológicas são produzidas como consequência de um determinado contexto histórico-cultural (BERGALLI, 2015, p. 265). No caso da criminologia crítica, trata-se de um movimento do pensamento criminológico contemporâneo que busca construir uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização (BARATTA, 2002, p. 159).

O termo que adjetiva esta vertente teórica ("crítica") foi inspirado na tradição da Escola de Frankfurt, batizando o movimento que se iniciou em meados da década de setenta do século XX e englobou desde posições interacionistas até materialistas (ANITUA, 2008, p. 657). Apesar das divergências existentes na criminologia crítica em relação às propostas de superação do paradigma etiológico, pode-se dizer que existe convergência no sentido de adotar o modelo do conflito em oposição ao do consenso, como bem apontou Lola Aniyar de Castro:

"Consequentemente, para este modelo [modelo do conflito], o código penal não representa um consenso, mas a garantia preferencial dos interesses da classe dominante. A sociedade não tem os mesmos valores; é plural. O que é bom para uns pode ser mau para outros. Uma criminologia que derive desse ponto de vista não deve, portanto, sair em busca dos seres presumidamente anormais que violam a lei, para puni-los, melhorá-los ou readaptá-los, mas liberar-se da camisa-de-força dos códigos penais e estabelecer autonomamente seu objeto de estudo" (CASTRO, 2005, p. 81).

Além disso, quase todas as vertentes reconhecem em sua filosofia uma origem comum marxista, muito embora em suas reflexões a abordagem da questão criminal se dê a partir de prismas diversos (BERGALLI, 2015, p. 271).

Não há como mencionar um único livro que inaugure a criminologia crítica, considerando a pluralidade de autores e marcos teóricos. Sérgio Shecaira

5. O título deste tópico foi inspirado na entrevista concedida por Alessandro Baratta, publicada na revista *Dei Delitti e dele Pene* (BARATTA, 1991, p. 52-81).

defende que sua origem se deu com *Punição e estrutura social* (1939), de Georg Rusche e Otto Kirchheimer (SHECAIRA, 2013, p. 279), mas outras obras fundamentais podem ser citadas, como *Vigiar e punir* (1975), de Michel Foucault, *Cárcere e fábrica* (1977), de Dario Melossi e Massimo Pavarini, e *The new criminology* (1973), de Taylor, Walton e Young.

Quanto a esta obra, seu objetivo principal foi criticar as posturas tradicionais da criminologia, incapazes de compreender a totalidade do fenômeno criminal (SHECAIRA, 2013, p. 282), trazendo a política ao debate teórico, até então limitado a questões técnicas (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1973, p. 278). Segundo os criminólogos ingleses, não se trataria de uma "nova criminologia", mas sim de uma "velha criminologia", que deveria encarar os mesmos problemas já abordados no âmbito sociológico, especialmente por Karl Marx (TAYLOR; WALTON; YOUNG, p. 278-279).

Isto significa que o marxismo está na base teórica da criminologia crítica, sendo responsável por repolitizar a questão criminal, rompendo com o paradigma da criminologia positivista. Desde este ponto de vista, Vera Malaguti Batista defende que essa transição confere à criminologia o *status* de ciência do controle social, valendo-se dos conceitos de hegemonia, dominação e luta de classes (BATISTA, 2011, p. 80).

Evidente que o desenvolvimento da criminologia crítica não se deu de maneira igual e uniforme em todos os países, sendo possível relatar os meandros históricos das diversas regiões mundiais (Estados Unidos, Europa, Inglaterra, América Latina, e assim por diante). Apesar de cada uma delas apresentar suas particularidades, estas não serão objeto do presente tópico, uma vez que sua finalidade consiste em analisar as ideias fundantes do pensamento criminológico crítico, que não se esgotam com o marxismo.

Conforme destacou Anitua, pode-se continuar falando em uma "criminologia crítica" a partir de determinados temas, que abrangem as instâncias do sistema penal como um todo. Nas palavras do criminólogo argentino:

"O que fica evidenciado nessa discussão é que, apesar das diferenças registradas, o objeto de estudo comum dos criminólogos críticos inclui as instâncias de aplicação do sistema, quer seja para sua reforma, quer seja para sua eliminação, mas sempre com uma evidente carga crítica e colocando-se no lugar do mais fraco, com o intuito de eliminar essa fragilidade ou desigualdade" (ANITUA, 2008, p. 743).

Segundo a criminologia de viés crítico, a criminalidade não é uma qualidade ontológica, ou seja, inerente a certos indivíduos e comportamentos, mas um *status* atribuído mediante a seleção de bens jurídicos tutelados pelo direito

penal, e dos indivíduos que infringem normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2002, p. 161). Estas premissas indicam uma mudança substancial, isto é, a passagem do enfoque biopsicológico (característica da criminologia positivista) para o enfoque macrossociológico (BARATTA, 2002, p. 160).

Portanto, verifica-se que as análises se deslocam do comportamento desviante para os mecanismos de controle social, especialmente no que tange ao processo de criminalização. Este processo, por sua vez, foi objeto de uma série de pesquisas empíricas, que conduziram a diversas críticas do direito penal, muito bem sintetizadas por Alessandro Baratta:

"a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade" (BARATTA, 2002, p. 162).

Superado este primeiro momento, de consolidação dos consensos e dos princípios da criminologia crítica, esta começa a se ramificar em diferentes tendências, como o realismo de esquerda, a teoria do direito penal mínimo, o pensamento abolicionista, a criminologia radical e a criminologia feminista, sendo que cada uma delas merece uma breve explicação.

Quanto à primeira tendência supracitada, surgida na Inglaterra, adotou-se o termo "realismo" enquanto contraposição ao "idealismo radical" dos anos 60 e 70 (ANITUA, 2008, p. 714). Além disso, foi denominado de "esquerda" para se diferenciar do realismo de direita (inglês e estadunidense) do início dos anos 80, que exigia cada vez mais punição contra a criminalidade de massa (SHECAIRA, 2013, p. 286). Em linhas bastante gerais, os realistas de esquerda mantêm pressupostos teóricos marxistas (ANITUA, 2008, p. 713), mas defendem a priorização dos estudos vitimológicos, voltando o olhar às pessoas mais atingidas pela prática de crimes, o que indica uma tentativa de retomar a discussão sobre as "causas do delito" (SHECAIRA, 2013, p. 293).

Já os autores do direito penal mínimo formularam esta teoria principalmente na Europa meridional, também chamada de "minimalismo", tendo em vista sua proposta em relação ao direito penal atual (SHECAIRA, 2013, p. 297). Como o próprio nome insinua, o objetivo consiste em reduzi-lo, a curto prazo, descriminalizando grande parte das condutas (delitos contra a moral pública,

delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, tráfico de entorpecentes, entre outros).[6] Não obstante a finalidade de contração do sistema penal, para os minimalistas "a verdadeira política criminal seria, pois, uma política de radicais transformações sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade e democracia" (SHECAIRA, 2013, p. 298).

Em terceiro lugar, o abolicionismo é uma vertente responsável por formular críticas implacáveis ao sistema penal, que em última instância, só serviria para legitimar e reproduzir as desigualdades sociais (SHECAIRA, 2013, p. 299). Se esse sistema funciona de acordo com as engrenagens da seletividade, então a militância abolicionista concentra esforços na extinção da prisão – fracassada na tarefa de reeducar e reintegrar o infrator (PASSETI, 2004, p. 23-24) – e de qualquer forma de "castigo". No lugar dos crimes/delitos, o abolicionismo penal busca soluções às "situações-problema", que preferencialmente prescindam de tribunais e profissionais da burocracia estatal (SOARES, 2003, p. 253).

Neste contexto, Edson Passetti esclarece que o abolicionismo transcende a mera abolição do direito penal e da prisão moderna:

"O abolicionismo penal é mais do que a abolição do direito penal ou da prisão moderna. Ele problematiza a sociabilidade autoritária que funda e atravessa o Ocidente como pedagogia do castigo em que, sob diversas conformações históricas, atribui-se a um superior o mando sobre outro. Abala o domínio no qual a criança e o jovem encontram-se confinados à condição de assujeitamento imposto pela obediência às hierárquicas regras da educação na infância e na adolescência e ao modelo do adulto legitimador de mentiras necessárias" (PASSETI, 2004, p. 16).

Semelhante à corrente abolicionista – quanto ao objetivo de supressão do sistema penal –, a criminologia radical surgiu nos Estados Unidos, no início da década de sessenta do século XX, influenciada por diversas lutas políticas, como o movimento pelos direitos civis, o movimento estudantil, as lutas de libertação do terceiro mundo e os movimentos anti-imperialistas (PLATT, 1980, p. 113).

6. Neste contexto, valiosas as reflexões de Vera Andrade, que defende a existência de, basicamente, dois tipos de minimalismo: aquele encarado como um meio para o abolicionismo e aquele considerado como um fim em si mesmo, relegitimando o sistema penal. Nas palavras da criminóloga: "Os primeiros são os modelos que, partindo da aceitação da deslegitimação do sistema penal concebida como uma crise estrutural irreversível, assumem a razão e a utopia abolicionistas, porque não veem possibilidade de relegitimação do sistema penal, nem no presente nem no futuro. São minimalismos como meio, ou seja, metodologias e táticas de curto e médio prazos, de transição para o abolicionismo" (ANDRADE, 2012, p. 265).

No Brasil, essa vertente foi capitaneada corajosamente por Juarez Cirino dos Santos, que escreveu e publicou *A criminologia radical* em 1981, durante o período histórico da Ditadura Militar (1964-1985). Segundo o criminólogo brasileiro, o compromisso primário da criminologia radical consiste na abolição das desigualdades sociais, sendo que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão de classe (CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 36). Há, portanto, não somente o intuito de produzir uma teoria materialista do delito, como também uma orientação política claramente socialista, traduzida na luta por uma sociedade sem classes através da socialização dos meios de produção (CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 39).

Para além da perspectiva classista, a criminologia feminista veio para questionar as concepções sobre crime, criminalidade e controle social, que permeavam tanto a criminologia tida como "tradicional" como as correntes mais progressistas,[7] contribuindo para ampliar seus limites através de críticas direcionadas à criminologia crítica (ANITUA, 2008, p. 754).

Assim, os estudos criminológicos passam a contar com uma nova temática, a delinquência feminina, até então silenciada ou analisada de modo insuficiente por uma criminologia produzida por homens, incorporando (voluntária ou involuntariamente) o mito da "inferioridade da mulher" como se fosse algo natural (ANITUA, 2008, p. 755). Além da questão relativa à delinquência, também se configurou como objeto de reflexão a vitimização das mulheres, seja através do controle social informal (realizado, por exemplo, pela família e pela Igreja), seja pelo controle formal exercido pelo sistema penal.

Salo de Carvalho e Carmen Hein de Campos sintetizam perfeitamente o papel da criminologia feminista, responsável por expandir os horizontes criminológicos através da denúncia do androcentrismo:

"A criminologia feminista, porta-voz do movimento feminista no campo de investigação sobre o sistema penal, permitiu ao *malestream* criminológico compreender a lógica androcêntrica que define o funcionamento das estruturas de controle punitivo. Ao trazer a perspectiva das mulheres para o centro dos estudos criminológicos, a criminologia feminista denunciou as violências

7. Neste sentido, oportunas as palavras da criminóloga feminista Soraia da Rosa Mendes: "É bem verdade que, em estudos mais atuais, o sexismo não é tão rudimentar quanto no período lombrosiano. Contudo, o discurso competente que oculta a mulher como sujeito no campo da criminologia não é campo reservado a esta ou àquela corrente. De etiológicos a críticos todos incorrem em alguma forma de sexismo" (MENDES, 2014, p. 161).

produzidas pela forma mentis masculina de interpretação e aplicação do direito penal. O sistema penal centrado no 'homem' (androcêntrico) invariavelmente produziu o que a criminologia feminista identificou como dupla violência contra a mulher. Em um primeiro momento, invisibiliza ou subvaloriza as violências de gênero, ou seja, as violências decorrentes normalmente das relações afetivo-familiares e que ocorrem no ambiente doméstico, como são a grande parte dos casos de homicídios, lesões corporais, ameaças, injúrias, estupros, sequestros e cárceres privados nos quais as mulheres são vítimas. No segundo momento, quando a mulher é sujeito ativo do delito, a criminologia feminista evidenciou o conjunto de metarregras que produzem o aumento da punição ou o agravamento das formas de execução das penas exclusivamente em decorrência da condição de gênero" (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 152).

Certamente o leitor percebeu que as ramificações da criminologia crítica foram apresentadas de forma bastante sucinta, uma vez que o propósito deste tópico é meramente introdutório, indicando os princípios basilares das correntes críticas e explicando suas tendências. Tendo em vista essas premissas, passamos a abordar a polêmica relação que se dá entre a criminologia crítica e o feminismo.

3. COLOCANDO AS CARTAS NA MESA: TENSÕES ENTRE CRIMINOLOGIA CRÍTICA E FEMINISMO

Estudiosos do direito penal e da criminologia com certeza já perceberam – seja em obras, artigos, eventos, seminários, conferências, e outros meios acadêmicos – que a intersecção entre a questão de gênero e a criminologia crítica sempre enseja discussões acaloradas, ingressando em temas extremamente polêmicos, complexos e de difícil solução imediata. Correndo o risco de assumir uma postura reducionista, pode-se dizer que os debates se polarizam entre aqueles que pretendem recorrer ao direito penal como instrumento de combate da opressão de gênero (geralmente setores ligados à militância feminista) e aqueles que repudiam seu uso (via de regra, setores vinculados à academia), tendo como base os acúmulos teóricos da criminologia crítica e suas constatações sobre o fracasso do sistema penal.

Na sequência, pretende-se expor separadamente (por questões de didática e de sistematização) as críticas formuladas por cada um dos grupos mencionados, para que o leitor compreenda os meandros e as tensões existentes entre o feminismo e a criminologia crítica.

3.1 O feminismo como ícone da "esquerda punitiva"

No Brasil, o termo "esquerda punitiva" foi consagrado por Maria Lúcia Karam, em um artigo publicado na década de noventa na Revista Discursos Sediciosos, do Instituto Carioca de Criminologia (ICC). Segundo Karam, amplos setores da esquerda passam a aderir à ideia distorcida de que o Poder Judiciário teria, em seus quadros, "bons magistrados", nos quais se poderia confiar a tarefa de impor rigorosas penas a réus oriundos das classes dominantes, autores de delitos envolvendo a corrupção (KARAM, 1996, p. 80).

Ao apropriarem-se do clamor contra a impunidade de certos crimes, esses setores deixam de ter a percepção de que a pena é, em sua essência, manifestação de poder, e num Estado capitalista, direciona-se prioritariamente aos excluídos (KARAM, 1996, p. 81). Também não percebem que seus apelos acabam por ampliar o poder punitivo do Estado, ao reivindicarem maior repressão a determinados tipos de criminalidade (KARAM, 1996, p. 88), como os crimes de "colarinho branco" e os crimes ambientais, para citar alguns exemplos.

De acordo com a linha de pensamento defendida pela criminóloga brasileira, as pautas que se limitam a pleitear mais repressão, além de representarem uma crença ingênua no sistema penal, aproximariam a "esquerda punitiva" da "direita penal" (KARAM, 1996, p. 91). Este aspecto, inclusive, foi abordado por Vera Andrade, ao denunciar que parcelas do movimento feminista estariam apostando na punição como meio prioritário de combater uma violência historicamente detectada. As palavras da criminóloga feminista merecem destaque:

"Essa demanda pelo sistema acaba por reunir o movimento de mulheres, que é um dos movimentos mais progressistas do país, com um dos movimentos mais conservadores e reacionários, que é o movimento de 'Lei e Ordem'. Ambos acabam paradoxalmente unidos por um elo, que é mais repressão, mais castigo, mais punição e, com isso, fortalecem as fileiras da panaceia geral que vivemos hoje em matéria de política criminal" (ANDRADE, 1999, p. 112).

Neste contexto de demandas punitivistas, Maria Lúcia Karam afirma, com razão, que é preciso ter muito cuidado com o direito penal enquanto mecanismo utilizado para tutelar ou proteger determinados grupos oprimidos, como as mulheres. Neste sentido, o enfrentamento da violência de gênero e a efetiva superação dos resquícios patriarcais dificilmente serão concretizados plenamente através do sistema penal (KARAM, 2006), que apresenta diversas limitações, mostrando-se seletivo na proteção de bens jurídicos e, especialmente, no encarceramento de indivíduos das classes subalternas.

Não obstante as constatações da criminologia crítica sobre o uso do direito penal para combater as "opressões", parcela considerável do movimento de

mulheres parece continuar imersa no paradigma da pena, como se o aprisionamento dos homens fosse capaz, por si só, de intimida-los a tal ponto que isto proporcionaria mudanças de comportamento e transformações nas relações patriarcais.

Até mesmo feministas do âmbito acadêmico, como Heleieth Saffioti – ícone do feminismo marxista no Brasil – reproduzem discursos que legitimam o direito penal como instrumento apto a resolver problemas sociais tão profundos e complexos como a violência de gênero em sociedades capitalistas e patriarcais.

Neste sentido, merecem atenção as reflexões de Saffioti sobre a temática. Não para deslegitimar a autora, que escreveu obras importantíssimas para as questões de gênero, mas para demonstrar como o feminismo (mesmo em suas correntes de esquerda) está permeado por discursos de criminalização. Vejamos:

"Entretanto, homens continuam matando suas parcerias, às vezes com requintes de crueldade, esquartejando-as, ateando-lhes fogo, nelas atirando e as deixando tetraplégicas etc. O julgamento destes criminosos sofre, é óbvio, a influência do sexismo reinante na sociedade, que determina o levantamento de falsas acusações – devassa é a mais comum – contra a assassinada. A vítima é transformada rapidamente em ré, procedimento este que consegue, muitas vezes, absolver o verdadeiro réu. Durante longo período, usava-se, com êxito, o argumento da legítima defesa da honra, como se esta não fosse algo pessoal e, desta forma, pudesse ser manchada por outrem. Graças a muitos protestos feministas, tal tese, sem fundamento jurídico ou de qualquer outra espécie, deixou de ser utilizada. O percentual de condenações, contudo, situa-se aquém do desejável. O cumprimento da pena constitui assunto de pior implementação. O bom comportamento na prisão pode reduzir o cumprimento da pena a um terço, até a um sexto do estabelecido, o que não é admissível para quem deseja ver esta prática extirpada da sociedade ou, pelo menos, drasticamente reduzida" (SAFFIOTI, 2004, p. 46).

Percebe-se que a feminista em destaque constata que o sexismo perpassa as instâncias do sistema penal, influenciando-o a ponto de transformar uma vítima (mulher) automaticamente em ré, nos casos de violência de gênero. Porém, utiliza parâmetros eficientistas (percentual de condenações) para avaliar a política criminal existente como "aquém do desejável", dando a impressão de que se todos os homens acusados de violência doméstica fossem condenados à pena de prisão, aí sim teríamos uma política criminal satisfatória.

Na seara da execução penal, Saffioti tece críticas quanto à progressão de regime nos casos de bom comportamento (art. 112 da LEP), insinuando que o ideal seria deixar os agressores cumprindo suas penas integralmente no regime

fechado. Tal posicionamento ignora um dos direitos essenciais do preso (direito à progressão de regime nas hipóteses previstas pela lei), além de engrossar o caldo dos movimentos de "lei e ordem" pelo recrudescimento penal e pela supressão de garantias individuais em face do poder punitivo do Estado.

Se a referida socióloga reconhece que o julgamento dos agressores sofre influência do machismo (como decorrência do caráter androcêntrico do sistema penal), mas por outro lado, sustenta que o número de condenações ainda não alcançou números razoáveis, então temos aqui um paradoxo. Parece contraditório acusar o direito penal de ser essencialmente masculino, mas ao mesmo tempo recorrer a este instrumento, que se revela pouco eficaz na luta das mulheres (LARRAURI, 2008, p. 37).

Além disso, segundo Elena Larrauri, é inconsistente a utilização do direito penal para fins meramente simbólicos, pois este setor do ordenamento jurídico é responsável por produzir vítimas reais, sem contar com o fato de que somente determinados homens são "clientes" do sistema penal (LARRAURI, 2008, p. 39).

Pelos motivos apresentados neste tópico, entendemos que o feminismo deve empenhar esforços para superar o paradigma da pena, desvencilhando-se do rótulo de "esquerda punitiva". Isto não significa que o movimento feminista rejeite, em qualquer hipótese, o uso do direito penal.[8] O grande problema se coloca quando este instrumento torna-se prioritário e exclusivo na luta das mulheres, que podem buscar meios alternativos e mais eficazes em face de cada caso concreto.

---

8. Ao avaliar os limites do direito penal para solucionar questões de gênero, é preciso levar em conta o seu papel histórico diante das mulheres. Neste sentido, valiosas as palavras de Encarna Bodelón: "Devemos começar recordando o papel histórico do direito penal em relação às mulheres. Longe de proteger seus interesses, o direito penal do século XIX e boa parte do século XX contribuiu para reproduzir um determinado significado do 'ser social' mulher, ou seja, da estrutura de gênero. De um lado, a mulher é vista enquanto uma pessoa sujeita à tutela e sem responsabilidade; de outro, estabelece um conjunto de controles sociais sobre a sexualidade feminina (criminalização do aborto ou da prostituição) e um conjunto de estereótipos sobre sua sexualidade" Tradução Livre (BODELÓN, 2000, p. 234). No original: "Debemos empezar recordando el papel histórico que há jugado el derecho penal ante las mujeres. Lejos de proteger sus interesses, el derecho penal del s. XIX y buena parte del s. XX contribuyó a asignar y reproducir una determinada significación del ser social mujer, es decir, de la estructura de género. Por uma parte, la mujer aparece sujeta a tutela y sin plena responsabilidad; por otra, establece um conjunto de controles sociales sobre la sexualidad femenina (criminalización del aborto o de la prostitución) y un conjunto de estereotipos sobre su sexualidad".

Embora o feminismo tenha sido objeto de críticas severas por reproduzir discursos punitivistas, a criminologia crítica não está blindada de eventuais objeções, conforme será exposto a seguir.

3.2 A criminologia crítica como cúmplice das relações patriarcais

Se o feminismo foi acusado de ser conivente com a lógica típica de "esquerda punitiva" na proposição de suas pautas, é possível dizer que as tendências da criminologia crítica, em determinadas situações, contextos históricos e debates teóricos, ao se depararem com a questão de gênero, assumiram uma postura que remete àquilo que optamos chamar de "esquerda machista".

Uma análise feminista da criminologia crítica é capaz de expor as entranhas do sistema penal, orientado não só pela seletividade, mas também por meta-regras sexistas,[9] aspecto que aparentemente foi (e continua sendo) ignorado pela maioria dos teóricos da criminologia crítica. Como bem colocado por Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho, "(...) não é aceitável – para um modelo de pensamento criminológico que se intitule crítico – o tradicional olhar androcêntrico que demonstra complacência com os danos provocados às mulheres quando atoras ou vítimas de delitos" (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 165).

9. A princípio, tal afirmação pode parecer genérica, ou um mero preciosismo acadêmico. No entanto, alguns exemplos evidenciam o caráter sexista do sistema penal, seja na criminalização primária, secundária ou terciária. No Brasil, por muitos anos, advogados utilizaram a tese da "legítima defesa da honra" para defender homens que assassinavam suas parceiras por terem praticado o crime de adultério. A referida tese não só era acatada pelos jurados (tendo como consequência a absolvição de diversos "assassinos") como também por grande parte dos juristas. Um segundo exemplo diz respeito ao crime de estupro (art. 213 do CP), que na redação anterior à Lei 12.015/2009, somente se configurava quando um homem constrangia uma mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Isto significa, desde o ponto de vista da dogmática penal, que somente ocorreria estupro em relações heterossexuais com conjunção carnal (penetração do pênis na vagina). Atos libidinosos diversos da conjunção carnal (como o sexo anal ou oral) eram considerados apenas enquanto "atentado violento ao pudor". Essas são algumas das incontáveis situações em que o sistema penal (no qual se inclui, inevitavelmente, o direito penal) demonstra o seu caráter masculino, como bem explicou Samantha Buglione: "Apesar da previsibilidade garantista no direito penal moderno, resultado da incorporação de princípios constitucionais fundamentais ao discurso e teoricamente ao exercício da sanção, da operacionalidade do sistema, há uma imprevisibilidade de questões de gênero" (BUGLIONE, 2000, p. 207).

Ainda que esse viés "tradicional", de silenciamento das mulheres, seja incompatível com as correntes críticas, vários penalistas e criminólogos críticos (sejam eles abolicionistas, minimalistas, radicais etc.) não têm contribuído para o debate da violência doméstica, limitando-se a rejeitar imediatamente as demandas feministas (tidas como punitivistas), com afirmações genéricas de que "outros meios devem ser utilizados para tratar da violência", sem ao menos apontar a quais instrumentos a militância feminista pode recorrer.[10]

A ausência de respostas concretas se dá por um motivo muito simples: grande parte dos teóricos mencionados não se ocupa nem busca estudar as questões de gênero. Neste contexto, as críticas da jurista feminista Ana Lúcia Sabadell, direcionadas aos minimalistas e abolicionistas, merecem transcrição integral:

"Em nosso entender, os defensores do minimalismo penal, quiçá por não se ocuparem da problemática de gênero, não percebem a contradição presente em seu discurso. Estes estudiosos não têm dificuldades em criticar a estrutura discriminatória que divide os cidadãos entre 'bons' (honestos, trabalhadores) e 'maus' (marginais, criminais), quando analisam temas como a política de drogas ou a criminalidade de rua. O mesmo ocorre quando estudam temas como a criminalidade organizada ou a poluição ambiental, enfrentando o problema das omissões estatais. Porém, omitem-se no que diz respeito à crítica da estrutura patriarcal que estabelece papeis diferenciados para homens e mulheres e que implica uso de violência física e psíquica contra as mulheres.

10. Um exemplo deste tipo de reflexão é aquela realizada por Renato de Mello Jorge Silveira (professor titular de Direito Penal na USP), em artigo publicado no *Boletim* 166 do IBCCrim. Segundo o referido penalista, a lei penal não deve guardar destinatários específicos ao sexo, senão ao ser humano de modo geral: "O direito penal não pode aceitar ou copiar moldes alienígenas influenciados por impulsos criminalizantes que desmoronem seu mais fundo alicerce, como o que diz respeito à isenção de seus destinatários. O cuidado específico é, sempre, no sentido de se evitar um direito penal orientado pelo gênero, mostrando-se indistintamente, válido a homens e mulheres" (SILVEIRA, 2006). Não obstante as ressalvas quanto ao clamor por punição, o autor parece desconhecer o fato de que o direito penal não é neutro, aplicável igualmente a homens e mulheres. Como já sustentamos, trata-se de um setor do ordenamento jurídico que, em sua aplicação, reproduz as desigualdades da sociedade na qual está imerso, sejam elas sociais, de raça ou gênero. Essas conclusões são provenientes tanto do feminismo como da criminologia feminista, áreas do conhecimento que passam despercebidas pela maioria dos penalistas e dos criminólogos, inclusive os defensores das correntes críticas (é preciso dizer: comunidade acadêmico-profissional formada majoritariamente por homens).

Analisando temas como a violência doméstica, é necessário evitar o discurso de moral *panic*. No entanto, isso não pode significar omissão, já que a coerência do sistema jurídico é um requisito central e vincula-se diretamente ao princípio da igualdade: quando o direito reprova determinada conduta, deve prever a punição de forma consequente ou não punir. O inaceitável é, como ocorre hoje, dar continuidade à discriminação das mulheres em relação à violência doméstica, por tratar-se de delito cometido por homens e, ademais, no âmbito das relações privadas, que, de acordo com a ideologia do patriarcado, devem permanecer fora da intervenção estatal. Se considerarmos que o direito penal não permite tutelar os interesses da mulher maltratada, devemos adotar o abolicionismo de forma coerente, concluindo que o direito penal também não deve ser empregado para proteger os homens de agressões físicas e crimes patrimoniais" (SABADELL, 2005, p. 438).

Ao pleitear penas mais elevadas e mais repressão para os agressores das mulheres, afirma-se que o movimento feminista – um dos mais progressistas dos movimentos sociais – se encontra com os discursos de "lei e ordem", nitidamente conservador e reacionário. Da mesma forma, pode-se dizer que penalistas e criminólogos críticos que deslegitimam a Lei Maria da Penha em sua integralidade reforçam a lógica capitalista neoliberal, pois partem do pressuposto de abstenção do Estado nas relações privadas. Em outras palavras, é preciso ter em mente que a não intervenção do sistema penal nesta esfera representa a legitimação do poder patriarcal, conforme destacou Alessandro Baratta em suas reflexões sobre direito penal e gênero.[11] Além disso, não custa lembrar que, durante séculos, houve um direito penal "mínimo" para os autores de violência contra as mulheres nas relações afetivas.[12]

11. "A não intervenção do sistema penal na esfera privada e a sua abstinência no confronto da violência masculina não podem mais ser considerados, então, como uma tutela da esfera privada por parte do aparelho estatal, mas sim como falta estrutural de tutela das mulheres, vale dizer, a legitimação 'pública' em si do incondicionado poder patriarcal" (BARATTA, 1999, p. 54).

12. Esta constatação irônica (porém verdadeira) foi feita pela jurista e feminista Leila Barsted: "Outros setores, não conservadores, consideram que essa Lei [Lei Maria da Penha] está em oposição à tendência de um direito penal mínimo. No entanto, revendo as práticas culturais e os dados estatísticos sobre violência contra as mulheres, observa-se a operacionalidade na prática, há séculos, da vigência de um direito penal 'mínimo' para os autores de violência contra as mulheres nas relações afetivas" (BARSTED, 2012, p. 109).

Este pode ser considerado um dos pontos de tensão absoluta entre o feminismo e a criminologia crítica, evidenciando uma série de incoerências e insuficiências desta vertente do pensamento criminológico. Isto porque a criminologia, ao longo dos tempos, tornou-se um discurso de homens, para homens e sobre homens (MENDES, 2014, p. 157), ocultando o "feminino" como sujeito de uma realidade própria (MENDES, 2014, p. 214).

Embora esta constatação gere desconforto e indignação, é preciso dizer que mesmo as correntes da criminologia crítica, formuladas a partir dos "marginalizados", costumam não fazer referência às mulheres das classes subalternas, contrariando seus princípios fundantes a partir de um discurso que não contempla a totalidade dos indivíduos vulneráveis numa sociedade capitalista-racista-pratriarcal.

Neste sentido, observem-se as colocações das criminólogas latino-americanas, Alda Facio e Rosalía Camacho:

"Mesmo as teorias sobre o controle social que são escritas a partir 'dos marginalizados', não fazem referência às mais marginalizadas dos marginalizados, nem às relações de poder que se dão entre homens marginalizados por classe, etnia, idade, preferência sexual, deficiência visível etc., e mulheres dessa mesma classe, setor ou grupo discriminado, contribuindo assim à marginalização e silenciamento das mulheres desses grupos, mas, pior ainda, contradizendo seus próprios princípios de partir do ponto de vista do marginalizado e, por fim, caindo no erro de não ver a totalidade da realidade.

Isto nos leva a fazer uma crítica a essas(es) especialistas pela sua responsabilidade como divulgadoras(es) do paradigma dominante neste patriarcado, que já tem mais de 30 séculos" (FACIO; CAMACHO, 1995, p. 63-64).[13]

Concordamos com as criminólogas supracitadas, no que diz respeito à necessidade de criticar determinados pensadores e acadêmicos enquanto divulgadores (direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente) do paradigma dominante (patriarcal). Neste contexto turbulento, Anitua afirma que uma das discussões teóricas mais acirradas foi aquela travada entre feminismo

13. No mesmo sentido, confira-se as reflexões de Soraia da Rosa Mendes: "(...) até mesmo a criminologia crítica, que adota um ponto de vista das classes subalternas como garantia de uma práxis teórica e política alternativa, fixa sua atenção em situações definidas pelo que é o espaço público, limitando seu conceito de atores sociais aos que são visíveis na esfera pública, tal como ocorre com as classes sociais. Tomando a perspectiva de gênero, no máximo, em termos aditivos" (MENDES, 2014, p. 214).

e abolicionismo (ANITUA, 2008, p. 756), em relação à legitimidade da intervenção penal nos casos envolvendo violência contra as mulheres.

Mesmo cientes das limitações do sistema penal, alguns setores do feminismo reivindicam o uso simbólico da pena.[14] Esta estratégia, por sua vez, sofre críticas severas dos abolicionistas, sustentando que no fim das contas, isto só perpetuaria um sistema de controle social, responsável por reproduzir as desigualdades já existentes na sociedade (ARGÜELLO, 2012, p. 175). Em contrapartida, as feministas defendem o seguinte raciocínio: "(...) se bem que o uso simbólico da pena mereça críticas, não se deve esquecer que também o não uso da lei penal tem efeitos simbólicos que não deveriam ser descuidados" (ANITUA, 2008, p. 757).

Essas breves considerações já são suficientes para que o leitor perceba que as divergências entre feminismo e abolicionismo são verdadeiros "becos sem saída", ou (para ser mais otimista) tangenciam questões polêmicas que dificilmente serão solucionadas a curto prazo. O mesmo pode ser dito a respeito das demais tendências da criminologia crítica.

A par das discordâncias, algumas críticas devem ser feitas ao abolicionismo, ainda que isto desagrade parte dos criminólogos contemporâneos. Neste contexto, a socióloga e criminóloga Gerlinda Smaus teve a coragem e a ousadia de fazer algumas ressalvas a essa corrente do pensamento criminológico, cuja comunidade científico-acadêmica é formada, em sua maioria, por homens.

Segundo Smaus, apesar de a relação entre os sexos representar um meio de poder e dominação, o gênero continua sendo uma zona obscura para os abolicionistas (SMAUS, 1993, p. 10), que até o presente momento têm se ocupado pouco (ou nada) com os problemas feministas (SMAUS, 1993, p. 11). É preciso que esses teóricos reconheçam que, enquanto homens, ocupam um lugar privilegiado na sociedade patriarcal, na qual as relações de gênero são relações de poder.

14. Mencionamos somente "alguns setores" porque no feminismo e na criminologia feminista não há um consenso estratégico quanto ao uso do direito penal e/ou da pena, a partir de suas funções simbólicas. Importante destacar, neste sentido, as considerações de Anitua: "Justamente por isso a criminologia feminista foi amplíssima. E todas essas vozes apresentariam características diferentes. Haveria defensoras do direito penal e da criminalização da violência sexista, outras que não estariam interessadas no castigo efetivo, mas sim no uso simbólico e na discussão pública para mudança de valores, outras seriam críticas em relação à toda lógica penal que, em si mesma, é machista, outras ainda consideram que falar em termos de leis desvia a atenção para mudanças materiais e ajudas concretas" (ANITUA, 2008, p. 757).

Conscientes dessa posição, talvez seja um bom momento para que o abolicionismo reveja suas teses, que no caso do Brasil, não contemplam mais da metade da população (que em sua composição, conta com 51,4% de mulheres).[15] Embora seja possível constatar um aumento significativo da população carcerária feminina (principalmente em decorrência do tráfico de drogas, conforme apontam pesquisas realizadas nos últimos anos),[16] isto não exclui o fato de que o direito penal, historicamente, foi um instrumento consolidado com a função de controlar o desvio masculino (SMAUS, 1993, p. 11).

Considerando essas premissas, entendemos que o abolicionismo não pode se sobrepor ao feminismo, pois isto contribuiria ainda mais para o silenciamento do discurso feminista e suas pautas. Nas palavras de Smaus:

"Quando os abolicionistas insistem que as mulheres compreendam seus esforços, estão repetindo o velho clichê segundo o qual as mulheres deveriam colocar em segundo plano seus próprios interesses em favor de interesses alheios. Seria possível afirmar, do mesmo modo, que os abolicionistas busquem (...) compreender os interesses das feministas desde o interior de seu ponto de vista, ao invés de acreditarem que são os donos da verdade" (SMAUS, 1993, p. 11).[17]

Para finalizar, é imprescindível esclarecer que todas as observações e ressalvas realizadas, quanto às tendências da criminologia crítica, não têm o intuito de deslegitima-la, muito menos de colocar em xeque o trabalho teórico-político descomunal elaborado durante décadas, que se contrapôs à criminologia tradicional e questionou os seus dogmas.

---

15. Disponível em: [www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho]. Acesso em: 02.06.2015.

16. ROMFELD, Victor Sugamosto; TELES, Gabriela Caramuru. Penitenciária Feminina de Piraquara: um ensaio sobre vida e tráfico. *Anais da XIV Jornada de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba: Grupo PET Direito e Centro Acadêmico Hugo Simas, 2012. p. 81-105. No mesmo sentido, ver: ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres; MURARO, Mariel. *Las mujeres encarceladas por tráfico de drogas en Brasil: las muchas caras de la violencia contra las mujeres*. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2611052]. Acesso em: 08.08.2015.

17. No original: "Cuando los abolicionistas pretenden que las mujeres compreendan sus esfuerzos, están repitiendo el viejo cliché de rol femenino, según el cual las mujeres deberían poner en segundo plano sus propios intereses a favor de los intereses de los otros. Se podría pretender, del mismo modo, que los abolicionistas busquen (...) comprender los intereses de las feministas desde el interior de su ponto de vista, en lugar de creer son los dueños de la verdad".

O objetivo consistiu em demonstrar que o androcentrismo é paradigmático nas ciências criminológicas. Feita esta constatação, é possível que criminólogas e criminólogos promovam uma releitura da criminologia crítica, aprimorando-a, tendo como resultado a criação de modelos teóricos unificados, que abarquem as diversas variáveis da realidade humana: classe, raça, gênero, sexualidade (FACIO; CAMACHO, 1995, p. 74). Desse modo, de acordo com o nosso entendimento, este processo de síntese somente poderá ser concluído a partir de uma criminologia crítica feminista.

Superando o impasse: Lei Maria da Penha interpretada a partir de uma criminologia crítica feminista

Conforme já mencionamos, o feminismo teve um papel fundamental ao desestabilizar os paradigmas científico-filosóficos até então vigentes, especialmente aqueles utilizados na criminologia. Neste contexto, acerca do impacto do feminismo no campo criminológico, nos valemos das palavras de Vera Andrade:

"Fundamental, portanto, invocar a importância do feminismo como outro sujeito coletivo monumental que, fazendo a medicação entre a história de um saber masculino onipresente e a história de um sujeito ausente – o feminino e sua dor –, e ressignificando a relação entre ambas, aparece como fonte de um novo poder e de um novo saber de gênero, cujo impacto (científico e político) foi profundo no campo da criminologia, com seu universo até então completamente prisioneiro do androcentrismo" (ANDRADE, 2012, p. 127).

Com a adoção do paradigma feminista nas ciências criminais, a perspectiva de gênero não pode mais ser encarada como um mero "aditivo" das pesquisas criminológicas, tendo em vista o giro epistemológico que exige tomar como ponto de partida a realidade vivida pelas mulheres (MENDES, 2014, p. 158).

Desse modo, há uma expansão considerável no objeto de estudo da criminologia crítica, que passa a analisar o aumento das taxas de encarceramento das mulheres, as teses da criminologia etiológica sobre criminalidade feminina, além de desbravar os mecanismos de controle social informal. Isto significa que a questão criminal deve ser examinada levando-se em conta as variáveis de gênero. Como bem salientou Baratta, "a criminologia crítica e a feminista não podem ser duas coisas diversas; devem, necessariamente, constituir uma única" (BARATTA, 1999, p. 43).

Esta criminologia deve ser marcada não apenas pela "classe" enquanto categoria de análise, mas principalmente pelos recortes de gênero, raça, sexualidade e outros aspectos inerentes à realidade vivida pelas mulheres brasileiras e latino-americanas (MENDES, 2014, p. 215). Todavia, é preciso deixar claro

que com essas considerações, não estamos reivindicando uma criminologia feminista pós-moderna, uma vez que os referidos recortes não tratam de fragmentos dispersos, mas elementos de uma mesma realidade social, ou seja, um sistema de dominação-exploração capitalista, patriarcal e racista, articulado, no qual as variáveis mencionadas coexistem, simbioticamente. Por isso, como bem observou Gerlinda Smaus, uma criminologia crítica feminista que abarque todas essas referências implica em uma "grande narrativa" da opressão de gênero/raça e da exploração de classe (SMAUS, 2009, p. 240).

É justamente este pressuposto teórico que pretende auxiliar a responder uma das perguntas centrais: afinal, é possível conciliar a defesa da Lei Maria da Penha com os princípios e tendências da criminologia crítica? Atenta às dificuldades de responder essa indagação, Soraia da Rosa Mendes reconhece que o grande problema consiste em "(...) encontrar uma resposta que, de um lado, não seja meramente legitimadora do poder punitivo, mas que também não seja, por outro lado, a manutenção do déficit de proteção do qual as mulheres historicamente são vítimas" (MENDES, 2014, p. 177).

Conforme já tivemos a oportunidade de analisar neste trabalho, a criminologia crítica é uma corrente teórico-política que não se encerra em um único autor, tendo em vista a pluralidade de criminólogas e criminólogos que adotam essa vertente. Não obstante a constatação, utilizamos como ponto de partida a obra de Alessandro Baratta, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, para avaliar a compatibilidade da Lei 11.340/2006 com os princípios da criminologia de viés crítico.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que, se as mais diversas tendências da criminologia crítica têm como objeto de estudo as relações de poder e de dominação nas sociedades capitalistas, "tomando o partido" dos excluídos e dos oprimidos, então esta criminologia (ao menos no que diz respeito à realidade brasileira) não pode ignorar ou desconsiderar em suas análises as mulheres, as pessoas negras, e os LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais), sob o risco de estar contrariando suas próprias diretrizes fundantes.

Não por um acaso, no último capítulo de sua obra, Alessandro Baratta sustenta a formulação de uma política criminal "das classes atualmente subordinadas" (BARATTA, 2002, p. 197). Apesar de o conceito "classe" estar vinculado à teoria marxista, fazendo referência à exploração econômica e à contradição "capital *x* trabalho assalariado", o criminólogo italiano certamente utilizou o plural para incluir, além do proletariado, outros grupos marginalizados e discriminados.

A elaboração de uma política criminal das classes subalternas pressupõe, basicamente, quatro diretrizes de atuação, que consolidam um verdadeiro plano estratégico da criminologia crítica.

A primeira delas seria distinguir a política penal da política criminal. Aquela é entendida como uma resposta à questão criminal limitada ao âmbito do exercício do poder punitivo estatal, enquanto esta seria uma política "(...) de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas" (BARATTA, 2002, p. 201).

A segunda diretriz consiste na despenalização, contraindo ao máximo o sistema punitivo, com a exclusão de inúmeros crimes dos códigos penais (delitos de injúria, aborto, crimes contra a moralidade pública etc.). Isto porque não se pode supervalorizar o uso "alternativo" do direito penal, legitimando o sistema repressivo vigente, mas buscar meios alternativos de controle, não menos rigorosos, que podem se revelar mais eficazes (BARATTA, 2002, p. 202).

Na sequência, o terceiro pilar é a tomada de consciência a respeito do fracasso histórico do cárcere para fins de controle da criminalidade e da reinserção do indivíduo desviante na sociedade. No entanto, considerando que atualmente não existem condições histórico-políticas para a abolição das prisões, alguns passos devem ser tomados para que esse objetivo seja alcançado, como o alargamento do sistema de medidas alternativas, a ampliação de hipóteses de suspensão condicional da pena e liberdade condicional, além da possibilidade de execução de pena em regimes de semiliberdade (BARATTA, 2002, p. 203).

Por fim, uma estratégia político-criminal alternativa deve levar em conta a função da opinião pública e dos processos ideológicos que nela se desenvolvem. Se existem mecanismos que operam dentro da opinião pública legitimando o sistema penal, é essencial, para a criminologia crítica, a disputa cultural e ideológica, no sentido de desenvolver uma consciência alternativa no campo do desvio e da criminalidade (BARATTA, 2002, p. 204-205).

Tendo em vista os princípios apresentados, defendemos a possibilidade de conciliação da Lei Maria da Penha com os princípios estratégicos da criminologia crítica, desde que a lei não ceda, em reformas posteriores, aos clamores punitivistas por mais repressão e pelo aumento das penas privativas de liberdade.

No que diz respeito à oposição entre política penal e política criminal, a Lei 11.340/2006 está situada muito mais no âmbito da política criminal, uma vez que previu uma quantidade ínfima de dispositivos legais de natureza penal: (i) hipótese de prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas

de urgência (art. 42);[18] (ii) adição de uma circunstância agravante da pena (art. 43); (iii) inclusão de uma qualificadora do crime de lesão corporal (art. 44). Para além destes dispositivos, a lei ultrapassa o campo meramente repressivo e os maniqueísmos determinados pela lógica binária das jurisdições cíveis ou criminais (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 166), ao preocupar-se em conferir um tratamento jurídico adequado à violência doméstica. Isto fica evidente quando se observa o papel das equipes de atendimento multidisciplinar (arts. 29-32), a importância das medidas protetivas de urgência (art. 18-24) entre outros aspectos extra-penais da lei.

Quanto à despenalização, ainda que a Lei 11.340/2006 disponha expressamente, sobre a cominação de pena privativa de liberdade ao agressor, deve-se privilegiar, na execução da pena eventualmente imposta, a possibilidade de comparecimento a programas de "recuperação e reeducação" (art. 152, parágrafo único, da LEP, incluído pelo art. 45 da Lei Maria da Penha). Estes programas são meios verdadeiramente alternativos em relação ao poder punitivo estatal, e se mostram muito mais eficazes para lidar com a violência de gênero do que submeter o agressor à reclusão, privando-o da liberdade e estando sujeito aos efeitos perversos do sistema penal.

É evidente que o fracasso do cárcere como instituição de controle social formal não conduz, necessariamente, à abolição imediata das prisões e da privação de liberdade enquanto a resposta oficial do Estado ao fenômeno da criminalidade. Primeiro, por conta dos discursos ideológicos que ainda sustentam a pena e a prisão como aparatos legítimos para conter aqueles que apresentam comportamento tido como "desviante". Segundo, porque mesmo penalistas e criminólogos críticos admitem que o direito penal ainda é uma resposta legítima para certos problemas sociais, desde que esteja em consonância com um "núcleo duro" de bens jurídicos individuais, que constituem a base de um direito penal mínimo.[19]

---

18. Esta mudança trazida pela Lei Maria da Penha é aquela que deve ser vista com maior cuidado, especialmente considerando a tendência, no Brasil, de tornar a prisão preventiva a regra, e não a exceção. Além disso, importante recordar a advertência feita pelo processualista Aury Lopes Jr., pois o legislador brasileiro, ao permitir a decretação de ofício da prisão preventiva, compromete o princípio da imparcialidade do juiz, que assume uma postura inquisitória incompatível com o sistema acusatório e suas garantias constitucionais (LOPES JR., 2012, p. 823-824).

19. Neste sentido, as palavras certeiras de Juarez Cirino dos Santos: "(...) existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais, como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas que configuram a base de um direito penal mínimo e dependem de

Finalmente, no que tange à opinião pública, esta parece ser fundamental para o enfrentamento da violência doméstica. Se a cultura patriarcal é apreendida, tanto por homens como por mulheres, que assimilam papéis pré-estabelecidos, então isto significa que há uma tendência de a opinião pública manifestar consensos machistas sobre as relações de gênero.

Neste contexto, a lei em destaque, atenta a esses fatores, deu o devido destaque para a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral (art. 8.°, V), que podem ser criadas e promovidas no limite das competências de cada ente federativo (art. 35, IV). Obviamente, as campanhas, por si só, não são capazes de erradicar a violência contra a mulher, mas exercem função importantíssima ao disputar a consciência das pessoas, questionando práticas e comportamentos tidos como "normais" em uma sociedade patriarcal.

Por todas as razões apresentadas, entendemos que a Lei Maria da Penha não contraria os princípios da criminologia crítica,[20] podendo ser utilizada, inclusive, na perspectiva de uma política criminal alternativa, com todas as ressalvas realizadas neste artigo.

Ainda que a lei mencionada escape da lógica punitiva em grande parte de seus dispositivos, há casos envolvendo violência doméstica em que a pessoa atingida/discriminada (ou seja, as mulheres) aciona o direito penal, e nesta atitude reside uma grande controvérsia para os pensadores críticos. A questão é respondida com o brilhantismo de Zaffaroni, para o qual esse instrumento deve ser utilizado a partir de um nível tático, em face das circunstâncias de cada caso:

"A resposta não pode ser nem jurídica nem ética, mas simplesmente tática. Sem dúvida, nada impede que façam aquele uso, e nisto não radica o problema, mas em que esse uso signifique mais que um recurso tático conjuntural, ou seja, em que não se converta num fortalecimento do mesmo poder que as

proteção penal, ainda uma resposta legítima para certos problemas sociais" (CIRINO DOS SANTOS, 2010, p. 16).

20. Importante salientar que o posicionamento adotado neste trabalho não é isolado, pois é defendido por criminólogos críticos, como Salo de Carvalho e Carmen Hein de Campos: "A conclusão, portanto, é a de que a mera especificação da violência de gênero para hipóteses de condutas criminalizadas já existentes não produz o aumento da repressão penal, sendo compatível inclusive, conforme explicitado, com pautas político-criminais minimalistas" (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 150).

discrimina a submete. Não há a respeito disso resposta válida para todos os casos, mas sim que qualquer tática deve definir-se frente a cada caso concreto. A única certeza é que ninguém pode crer seriamente que sua discriminação será resolvida pelo próprio poder que a sustenta, ou que um maior exercício do poder discriminante resolverá os problemas que a discriminação criou. Sua ocasião instrumentação deve ser valorizada tendo em conta o risco de seu uso tático: que não se volte contra. Ninguém pode reprovar a vítima que use uma tática oriental muito antiga, isto é, a de valer-se do próprio poder do agressor para se defender, mas que sempre leve em conta que esse poder, seja qual for o uso que dele se faça, em última análise, não perde seu caráter estrutural de poder seletivo" (ZAFFARONI, 1995, p. 38).

Devidamente abordadas as questões centrais, passamos à etapa conclusiva deste trabalho.

CONCLUSÃO

Avaliar a compatibilidade da Lei Maria da Penha com a criminologia crítica significa enfrentar alguns obstáculos, especialmente os pontos de divergência existentes entre essa corrente do pensamento criminológico e o feminismo como um todo.

A criminologia crítica classifica algumas demandas feministas como pautas típicas de "esquerda punitiva", pois tendem a recorrer ao sistema penal para solucionar questões que dificilmente serão efetivamente combatidas através da aplicação de pena privativa de liberdade. Se o referido sistema opera através de uma lógica machista, então nas hipóteses em que é acionado pelos movimentos feministas, isto deve ser feito com muita cautela. Seria um paradoxo identificar o seu caráter androcêntrico e, ao mesmo tempo, reivindica-lo irrestritamente para todo e qualquer caso de violência contra a mulher.

Por outro lado, sob a ótica feminista, a criminologia crítica pode ser considerada, em diversas ocasiões, como uma "esquerda machista", visto que o sistema penal também é orientado por meta-regras sexistas, o que foi (e tem sido) ignorado e/ou silenciado nas pesquisas criminológicas. Partindo do pressuposto que a criminologia crítica "toma partido" em relação aos grupos marginalizados, não há como deixar de lado as mulheres, oprimidas e exploradas pelas sociedades capitalistas-racistas-patriarcais, sob pena de contrariar os seus próprios princípios.

Feitas as devidas ressalvas teóricas, apresentamos argumentos convincentes pela possibilidade de conciliar a Lei Maria da Penha com a criminologia crítica. Este processo de síntese deve ser realizado a partir de uma criminologia crí-

tica feminista, que tenha como ponto de partida "a transversalidade das lutas de todos os excluídos" (BARATTA, 1999, p. 63).

Como não poderia deixar de ser, encerramos este artigo com a genialidade do criminólogo Alessandro Baratta:

"A estrada rumo ao desenvolvimento humano e à democracia é a da sinergia, não a da fragmentação das lutas. A resposta ao pacto social da modernidade, compreendido como pacto de exclusão, é a aliança de todos os excluídos. Tal fato torna necessária, em particular, uma nova reflexão sobre o relacionamento entre as variáveis do gênero e de classe. Qual é, entre as duas variáveis, a fundamental? E esta pergunta faz sentido? Pode-se estabelecer uma relação de prioridade entre as lutas pelos direitos dos sujeitos e dos grupos sociais mais frágeis? Ou, em contrapartida, é melhor que se veja o universo das lutas pela emancipação na ótica específica de cada um deles? Sob este último enfoque, cada luta poderia parecer fundamental em relação ao complexo de todas as outras, mas, ao mesmo tempo, cada uma receberia sentido e força do contexto de todas as outras, bem como a consciência da contextualidade.

Certamente, as posições mais avançadas da teoria e da política feminista permitiriam a reconstituição, exatamente na ótica do gênero, de uma concepção unitária da Justiça e do desenvolvimento humano que nos possibilite reconhecer que as distorções do desenvolvimento econômico no capitalismo globalizado, a violência masculina contra mulheres e crianças, o racismo e o neocolonialismo são aspectos estreitamente complementares de uma mesma desumanidade, e que, para combatê-la, a condição epistemológica necessária consiste na reunificação daquilo que foi violentamente separado no próprio conceito de ser humano" (BARATTA, 1999, p. 63-64).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIMENA, Carla Marrone. *A tentativa do (im)possível: feminismos e criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *Sistema penal máximo* x *cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARGÜELLO, Katie. Processo de criminalização e marginalidade social. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário.* Curitiba: LedZe, 2012.

_____; MURARO, Mariel. Las mujeres encarceladas por tráfico de drogas en Brasil: las muchas caras de la violencia contra las mujeres. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2611052]. Acesso em: 08.08.2015.

BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? (entrevista a Victor Sancha Mata). *Dei Delliti e delle pene* 1/52-81, Roma: Abele, 1991.

_____. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo.* Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARSTED, Leila Linhares. O avanço legislativo contra a violência de gênero: a Lei Maria da Penha. In: MELLO, Adriana Ramos de (org.). *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, vol. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 90-110, jan.-fev.-mar. 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira.* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BERGALLI, Roberto. O pensamento crítico e a criminologia. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS-RAMÍREZ, Juan (orgs.). *O pensamento criminológico I: uma análise crítica.* Trad. Roberta Duboc Pedrinha e Sérgio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BODELÓN, Encarna. Relaciones peligrosas: género y derecho penal. *RBCCrim*, ano 8, n. 29, p. 233-246, São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2000.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. *Discursos Sediciosos – Crime Direito e Sociedade*, ano 5, vol. 9/10, p. 203-219, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1.º e 2.º semestres, 2000.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (coord.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143-169.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação.* Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical.* 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito penal – Parte geral.* 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

FACIO, Alda; CAMACHO, Rosalía. Em busca das mulheres perdidas – ou uma aproximação – crítica à criminologia. *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo: Cladem, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, vol. 1, n. 1, p. 79-92, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, jan.-jun. 1996.

_____. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCrim*, ano 14, n. 168, nov. 2006.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F. 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PLATT, Tony. Perspectivas para uma criminologia radical nos EUA. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (orgs). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

ROMFELD, Victor Sugamosto; TELES, Gabriela Caramuru. Penitenciária Feminina de Piraquara: um ensaio sobre vida e tráfico. *Anais da XIV Jornada de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba: Grupo PET Direito e Centro Acadêmico Hugo Simas, 2012.

SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentos e/ou repressão penal. *RT* 840/429-456, São Paulo: Ed. RT, out. 2005.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado e violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal?. *Boletim do IBCCrim*, ano 14, n. 166, set. 2006.

SMAUS, Gerlinda. Abolicionismo: el punto de vista feminista. Trad. Mary Beloff, *Revista No Hay Derecho* 7/10-12, Buenos Aires, 1993.

SOARES, Lúcia. Violência contra a mulher e abolicionismo penal. *Verve: Revista Semestral do NU-SOL (Núcleo de Sociabilidade Libertária)* 3/246-256, São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais (PUC-SP), 2003.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology: for a social theory of deviance*. London: Routledge & Kegan Paul, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A mulher e o poder punitivo. *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo: Cladem, 1995.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Dos limites processuais e penais à Lei Maria da Penha, de Leonardo Isaac Yarochewsky e Thiago Augusto Vale Lauria – *Ciências Penais* 11/303 (DTR\2009\726);
- Lei Maria da Penha: instrumento de emancipação da mulher?, de Gláucia Falsarella Foley – *RT* 894/443 (DTR\2010\191);
- Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos, de Lenio Luiz Streck e Vinicius de Melo Lima – *RBCCrim 111*/333 (DTR\2015\248); e
- Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero, de Shelma Lombardi de Kato – *RBCCrim* 71/266, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/521 (DTR\2008\173).

85362

Competição violenta e controle territorial: quadrilhas prisionais e conflito armado no mercado de drogas da grande Salvador

Violent rivalry and territorial control: prison gangs and the armed conflict in the drug market of greater Salvador

Antonio dos Santos Lima

Possui graduação (2009), mestrado (2013) e é doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia, atuando principalmente nos seguintes temas: violência e juventude e inserção social.
maiakoviski_175@yahoo.com.br

Área do Direito: Penal

Resumo: Tendo como pano de fundo a estruturação e dinâmica de funcionamento de um mercado de drogas ilegais da Grande Salvador, o presente artigo analisa a centralização deste mercado e posteriormente os seus conflitos e sua divisão entre duas quadrilhas prisionais rivais. Mostra que a consolidação do mercado de drogas, baseada no comércio de cocaína, principalmente, e operado por presidiários catalisou os conflitos pelo controle de territórios. Busca explicar que esta nova estrutura organizacional estabeleceu novas relações comerciais, levando em consideração a cooperação entre operadores e moradores, novos mecanismos de segurança e transformou em meta principal a expansão dos limites e abrangência do controle do comércio de drogas. Observa que embora tenha havido uma redução dos conflitos interpessoais, cresceram aqueles relacionados ao controle do mercado varejista de drogas ilegais. Argumenta ainda que as disputas armadas, permeadas por períodos de trégua entre grupos rivais, caracterizam um padrão específico de mercado de drogas.

Palavras-chave: Quadrilhas prisionais - Competição violenta - Território - Conflitos armados - Criminalidade.

Abstract: Having a structural background in the dynamics and functioning of an illegal drug market in greater Salvador, the present article analyzes the centralization of the market, and later, the conflicts and division between rival prison gangs. It shows that the consolidation of the cocaine drug market is operated by convicts and promotes conflicts for territorial control. The article seeks to explain the new organizational structure established in commercial relationships, taking into consideration the cooperation between operators and residents, new mechanisms of security and how the principal goal of expansion of the range of control of the drug market has transformed. It observes that although there has been a reduction of interpersonal conflicts, there has been a growth in the population involved with illegal drug trade. Finally, It argues that the armed disputes, permeated by periods of truce between rival groups, characterize a specific pattern of drug market.

Keywords: Prison gangs - Violent competition - Territory - Armed conflict - Criminality.

Lima, Antonio dos Santos. Competição violenta e controle territorial: quadrilhas prisionais e conflito armado no mercado de drogas da grande Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 120. ano 24. p. 409-429. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2016.

SUMÁRIO: Introdução – Metodologia – Descrição do contexto urbano – O comércio de drogas ilegais como trabalho avulso – O surgimento dos comandos e as disputas por exclusividade comercial – Competição violenta, dissidência e vitimização – Considerações finais – Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a dinâmica e a estruturação sob o controle de quadrilhas prisionais de um mercado de drogas da Região Metropolitana de Salvador. Sua ideia central reside no tipo de sociabilidade e de organização caracterizado por competições violentas e pelo controle territorial do varejo de drogas ilegais. Esta forma de sociabilidade tem como seu escopo fundamental a venda no varejo, uma estrutura empresarial, o uso da violência, a competição por território, o contexto social e os mecanismos de segurança e vigilância.

Inicialmente o texto trás uma breve descrição da inserção e do trabalho no campo. Os principais procedimentos adotados na pesquisa foram a observação direta e as entrevistas informais. No entanto, esses dados foram triangulados com dados estatísticos colhidos em instituições diversas e com histórias de vida. A coleta das entrevistas e a observação direta proporcionariam maiores dificuldades ao pesquisador se não se tratasse de um nativo, um sujeito pertencente e inserido no universo da pesquisa. Este fator permitiu o desenvolvimento de uma relação de confianças entre os sujeitos da pesquisa e o pesquisador e também propiciou a capacidade de maior trânsito pelas ruas, pelos bares, pelas praças, campos de futebol, pelos locais em que estavam ocorrendo o varejo de drogas ilegais.

Logo em seguida o artigo faz uma descrição do Rio Bonito, que está inserido na Grande Salvador, local onde ocorreu o processo de reestruturação e reorganização do mercado de drogas sob o controle prisional. Neste ponto do texto é demonstrado o perfil socioeconômico da população e elementos estruturais do território estudado. Assim, são descritos elementos como população total, densidade demográfica, origem social, aspectos dos índices de desenvolvimento humano. A intenção subjacente desta contextualização do lócus da pesquisa é dar ao leitor a possibilidade de pensar como as relações sociais constantes na área pesquisada ocorrem. Objetiva também demonstrar as possíveis conexões existentes entre os elementos socioeconômicos e geográficos deste aglomerado urbano e a atividade criminal em questão.

A terceira parte do artigo mostra como funcionava o comércio de drogas da Grande Salvador antes de ser controlado por quadrilhas prisionais, ou seja, com o surgimento da figura do revendedor individual logo após a proibição na

década de 1930, de acordo com um levantamento feito nos principais jornais da Bahia sobre a emergência do tráfico de drogas. No bairro Rio Bonito sua presença passou a ser facilmente notada a partir do início da década de 1990. Este personagem utilizava uma estratégia de comercialização de maconha (o produto principal até o início da década de 2000) que diferia completamente do modelo que é praticado atualmente. Eles não usavam ostensivamente arma de fogo, a concorrência entre eles era livre, proibiam a participação de crianças e adolescentes e pediam sigilo do local de venda e do uso ao usuário. Quer dizer, era uma rede composta por/para usuários. Era um modelo que praticamente não recorria ao uso da força e que baseava suas relações no diálogo e na discrição.

E, finalmente, o trabalho mostra como ocorreu o reordenamento da estrutura do varejo de drogas sob o controle de quadrilhas coordenadas de dentro do Sistema Prisional da Bahia. Tal reordenamento significou a entrada da cocaína como mercadoria principal, a formação de um modelo empresarial fundamentado pela imposição de uma hierarquia e de uma divisão funcional e a introdução de um arsenal bélico como instrumentos de vigilância, de segurança e de resolução de conflitos. Temos então o ponto crucial da pesquisa que aborda como a participação de grupos armados no mercado de drogas baiano impôs uma nova forma de organização caracterizada por competições violentas e aumento expressivo da vitimização de jovens e adolescentes.

Metodologia

Para discutir as questões presentes neste trabalho foram analisados os resultados de uma pesquisa de mestrado, realizada em um período de dois anos e meio, sobre a emergência de quadrilhas prisionais e grupos armados no mercado de drogas da Grande Salvador. Tomando como contexto um bairro de uma cidade da Região Metropolitana a que foi dado o nome fictício de Rio Bonito por razões de segurança, realizou-se um trabalho com base numa etnografia urbana (Magnani, 2002), associada à coleta e a análise de entrevistas em profundidade com operadores do varejo de drogas, comerciantes locais, moradores e usuários. Além disso, realizou-se uma ampla pesquisa em arquivos de jornais que retrataram o problema nos últimos anos.

Na realização do trabalho de campo utilizamos alguns procedimentos de pesquisa. A pesquisa fundamentou-se em técnicas como a observação direta, em entrevistas semiestruturadas e não estruturadas e em histórias de vida (Nogueira, 1977). Foram realizadas trinta e quatro entrevistas em profundidade com sujeitos pertencentes direta ou indiretamente ao contexto do mercado de

drogas, mas com maior ênfase para os operadores do varejo de drogas (14), pertencentes às duas principais quadrilhas prisionais da Bahia, o Comando da Paz (CP) e o Comando Caveira. As entrevistas foram realizadas em locais públicos fora do bairro como bares, praias e restaurantes e o único interesse delas era mapear e entender o fenômeno da violência urbana.

Cardoso (2000) ressalta, com muita clareza, a importância do "olhar" na construção do objeto embora estejamos já disciplinados por "esquemas conceituais". Neste sentido, a observação direta dos pontos de venda de drogas foi um elemento metodológico muito importante na realização deste trabalho de tal sorte que durante o trabalho de campo, começaram a se tornar mais visíveis no varejo de drogas ilegais elementos como a origem social de seus associados, o uso da violência, as formas de sociabilidade, as características do território etc. E isso contribuiu não somente na compreensão do objeto, mas até mesmo na escolha dos sujeitos da pesquisa. Em outras palavras, os sujeitos foram selecionados a partir da observação que fizemos de suas ligações diretas ou indiretas com o mercado de drogas e a partir de suas diferentes características pessoais tal qual idade, ocupação e tempo de residência na região.

Os dados que foram coletados neste trabalho podem permitir uma ampliação do debate teórico-empírico já existente sobre os mercados de drogas brasileiros, bem como estabelecer paralelos e ou contradições sobre como está estruturado o varejo de drogas ilegais em regiões diferentes do país. Procurou-se com este trabalho contribuir para a ampliação das discussões sobre as características relevantes e prementes de um tipo específico de mercado informal que é o varejo de drogas e a sua atual fundamentação em diversos municípios da Bahia, com as quadrilhas prisionais (Lima, 2013). Os dados aqui levantados trazem em si um fator positivo porque recolocam e explicam as formas de organização e regulação social do mercado informal de drogas na mais importante região do estado da Bahia.

Descrição do contexto urbano

O bairro Rio Bonito integra e representa estrutural, social e economicamente a periferia da Região Metropolitana de Salvador. O bairro possui uma população de 27.000 habitantes e está situado numa cidade que tem população superior a 150.000 habitantes. A cidade é litorânea e seu perímetro é majoritariamente urbano, de tal maneira que possui altíssima densidade demográfica, uma média de 2833,38 hab./km². O Município ainda preserva, através das Apas, (Áreas de Preservação Ambiental) algumas áreas de mata atlântica, mas não possui área rural. Trata-se de uma cidade composta por sete bairros dis-

tribuídos em quase sessenta quilômetros quadrados de extensão. Esta divisão territorial continua em permanente mudança e criação de novos logradouros devido à especulação imobiliária e regulação por parte da prefeitura de áreas subnormais.

O bairro é composto quase que completamente por domicílios precários, por moradias improvisadas em áreas subnormais em que não há nenhum planejamento. A maioria dos moradores vive em locais sem a infraestrutura básica, o que significa dizer, sem saneamento básico, iluminação e asfalto. O censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística indica que o percentual de pobreza da cidade é de 42,65% da população, ou seja, quase a metade da população é pobre. O censo também mostra que 4,9 % dos moradores, com quinze anos ou mais, são analfabetos. Quer dizer, um universo de 6.133 analfabetos.

De maneira contraditória dentro deste cenário, condomínios fechados de classe média e de luxo cercam ou estão no meio do bairro. A prefeitura da cidade estima que a população residente nestes condomínios gire em torno de 10.000 habitantes. Os condomínios e loteamentos nem sempre foram parte deste cenário urbano e compõem mesmo uma realidade social recente em toda cidade. O surgimento deles é resultado do "*boom* imobiliário", que teve início nas áreas nobres do Município (áreas litorâneas e fluviais) e que se consolidaram em todas as regiões do Município. Este processo data da década de 1980 quando a houve ampla expansão demográfica e urbana no Município.

As "invasões", ou áreas subnormais, que representam mais de 80% do perímetro local, apontam explicitamente para o perfil socioeconômico da população, que embora seja muito variável, podendo oscilar nos dois extremos de riqueza e pobreza, a maior parte desta população é formada de imigrantes que vieram de alguns estados do Nordeste e do interior da Bahia em busca de trabalho na região mais desenvolvida política e economicamente do Estado. Outros migrantes são oriundos de áreas subnormais que foram desocupadas, com violência e sem garantia de direitos, pelo Governo do Estado da Bahia e pela prefeitura municipal e de Salvador na década de 1980 e início da década de 1990. A Lagoa do Abaeté é um caso histórico e emblemático.

Enfim, os elementos socioeconômicos e geográficos apresentados aqui servem como um panorama da formação e história recente do bairro Rio Bonito. Os traços aqui descritos refletem o perfil dos habitantes e mostram uma composição do aglomerado urbano (condomínios e favelas) diversificada social, econômico e culturalmente. Entretanto, a maioria da população é formada por pobres e negros. As residências são majoritariamente precárias, as habitações não são regularizadas e não há equipamentos urbanos como áreas de esportes

e lazer. Esta contextualização intenciona fazer uma demonstração panorâmica do local da pesquisa, no seu contexto metropolitano, no qual os problemas da vida urbana estão presentes e escancarados, assim como na grande maioria dos bairros periféricos.

O COMÉRCIO DE DROGAS ILEGAIS COMO TRABALHO AVULSO

O tráfico de maconha na Bahia, especialmente no centro de Salvador, passou a ser praticado por vendedores avulsos após a proibição do seu uso na década de 1930. Estes microtraficantes estavam concentrados no centro da capital de tal sorte que a grande maioria das apreensões da droga entre 1932 e 1970 ocorreu em locais como Águas de meninos, Praça Cairu, Elevador Lacerda e Cosme de Farias (Lima, 2014). Este comércio era caracterizado como associado à pequena criminalidade na Cidade Baixa. Foi primeiro nesta região, centro econômico e político do estado, que o comércio de maconha estabeleceu uma forte clientela.

No bairro Rio Bonito, entre o fim da década de 1980 e início da década de 1990, foram implantadas as primeiras "bocas de fumo". A revenda era praticada individualmente, sem o uso da força e sem a presença de grupos armados. Em outras palavras, quando não havia a competição entre grupos aramados, controlados de dentro das prisões de Salvador e Região Metropolitana, a compra e a revenda era praticada por moradores que na maioria das vezes, não tinham nenhum envolvimento criminal. Neste bairro que pesquisamos, por exemplo, havia quatro pontos de drogas em 1992, distribuídos por suas duas áreas geográficas distintas, a Alta-mata e a Baixa-mata. Os pontos de revenda eram o mesmo local de domicílio do revendedor, que não usava arma de fogo como recurso para negociação de dívidas e solução de conflitos.

"Todo mundo podia vender na quebrada (bairro). Ninguém oprimia ninguém. Quando não tinha maconha na minha casa, eu indicava o boqueiro (dono de boca de fumo) mais próximo ou aquele que eu sabia que tinha a mercadoria. Cara, às vezes, eu mesmo comprava nas mãos dos caras da 'Rua do Campo' ou lá do 'Morro'. Não era como hoje. Hoje tem a vontade. Mas antigamente, a gente saia daqui para buscar na Fazenda Grande do Retiro, no Uruguai e no IAPI e nem sempre tinha a mercadoria ou tínhamos que trazer de lá o que dava para trazer. Sempre faltava maconha aqui no bairro e se um não tivesse e outro tivesse era a maior festa" (Osório, operador).

A maconha foi o produto majoritariamente comercializado pelos vendedores avulsos até 2003, mas a cocaína passou a ter importância comercial também a partir deste ano. E em menos de um ano passou a condição de mercadoria

mais vendida e consumida no bairro. Ao final da primeira metade da década de 2000, a cocaína já tinha se tornado a "bola de vez" e a "maior parte" dos clientes comprava unicamente cocaína. O fornecimento dos produtos comercializados era feito através da compra nas mãos de operadores dos bairros da periferia de Salvador e da revenda na cidade. Os deslocamentos dos revendedores do bairro para Salvador, no final da década de 1990, foram substituídos pelo transporte das drogas feito pelo "contato". Assim o fornecimento podia ser agenciado através de telefone e os produtos eram trazidos ao local combinado por um atacadista.

O fornecimento e o abastecimento eram precários neste período. Os fornecedores não mantinham uma regularidade na disponibilidade dos produtos e além disso ocorriam variações na demanda. Quer dizer, havia além do problema do fornecimento, uma demanda crescente. Em consequência disso, a maconha faltava em toda cidade na década de 1990 e muitos usuários se deslocavam até o Subúrbio Ferroviário da capital para obter a droga. Alguns faziam dessa carência um meio de ganhar dinheiro, comprando na capital e revendo no bairro.

A comercialização era livre e feita por empreendedores individuais. Qualquer um morador com dinheiro e disposição para investir no comércio de drogas podia fazê-lo, não havia exclusividade e a concorrência era livre. Quando a maconha era escassa e estava em falta no seu ponto de venda, o vendedor avulso normalmente indicava o local mais próximo onde se podia encontrar a droga, pois não havia rivalidade entre os vendedores. A venda avulsa se baseava na concorrência livre, o mercado de drogas não era disputado por quadrilhas prisionais e havia muita afinidade e tolerância entre os revendedores individuais. Buscava-se na verdade consolidar uma clientela através da "qualidade da erva", do tratamento dispensado ao consumidor e da manutenção do abastecimento, que frequentemente era insuficiente para abastecer a demanda local. O uso da força não tinha valor instrumental, assim como não tem em redes de tráfico baseadas em territorialidades alternativas e operadas por jovens de classe média (Grillo, 2008).

Os elementos organizacionais característicos do período anterior à centralização da venda de drogas em locais sob o controle de grupos armados de varejo eram o empreendedorismo de revendedores individuais, a livre iniciativa, a concorrência livre, e o fornecimento de uma única mercadoria por diversos fornecedores. O mercado de drogas da Grande Salvador passou a ser controlado por quadrilhas prisionais no início da década de 2000(Lourenço; Almeida, 2013). O modelo de comércio baseado na concorrência livre começou a ser alterado para um novo modelo baseado no controle exclusivo do varejo de dro-

gas ilegais, em quadrilhas prisionais de dentro e de fora dos presídios estaduais e em disputas armadas por controle territorial em toda Região Metropolitana de Salvador (Lima, 2013).

O SURGIMENTO DOS COMANDOS E AS DISPUTAS POR EXCLUSIVIDADE COMERCIAL

A análise da trajetória de grupos criminosos controlados por presidiários tem sido o objeto de estudos sobre o tráfico de drogas no Brasil desde o início dos anos 1990 (Misse, 2011, 2010, 2007; Abramovay et al. 1999; Beato e Zilli, 2012; Paes Manso, 2005; Amorim, 2003; Biondi e Marques, 2010; Marques, 2010; Minguardi, 2007; Adorno, 2007). Estas pesquisas mostraram explicitamente o processo de formação de quadrilhas dentro do sistema prisional brasileiro. O pioneirismo deste modelo de organização criminal é atribuído ao sistema penitenciário do Rio de Janeiro, na década de 1970, que tem consequente consolidação nos anos 1980. Estes estudos também apontaram para a formação de quadrilhas prisionais em São Paulo e em Minas Gerais, nas décadas de 1990 e 2000, respectivamente.

Dois trabalhos realizados na Bahia (Lima, 2013; Conceição, 2015) mostram como o mercado de drogas da Região Metropolitana de Salvador se estruturou sob o comando de quadrilhas prisionais a partir dos anos 2000. Estes trabalhos demonstram que antes desta mudança ocorrer, o mercado de drogas era completamente dominado por empreendedores individuais. O surgimento destas quadrilhas na Bahia está relacionado ao aumento da população carcerária e ao consequente desencadeamento de conflitos e rivalidades no início da década de 2000 (Lourenço e Almeida, 2013). Conforme este estudo, as rivalidades dos internos dos presídios de Salvador tinham como elemento explicativo as rivalidades já existentes entre os bairros de origem de cada preso. Por exemplo, os jovens de Itapuã, Boca do Rio, Suburbana e Nordeste de Amaralina eram rivais em suas relações cotidianas na capital do estado e quando cometiam algum crime e eram detidos no sistema penitenciário baiano mantinham tal rivalidade. Estes grupos de presos não eram consistentemente estruturados nem coordenados e o único critério de filiação era a origem sócio territorial de cada interno.

Na segunda metade da década de 1990, com inspiração no Primeiro Comando da Capital (PCC), quadrilha prisional do estado de São Paulo, os presos que estavam precariamente organizados em torno da identificação na origem territorial, passaram a se organizar em torno de questões como melhorias nas condições de existência no presídio e na interação entre os presos, na busca da garantia de direitos e necessidades fundamentais (Lourenço; Almeida, 2013),

Neste sentido, eles organizaram no Presídio Salvador uma comissão, que reivindicava a garantia de seus direitos e o fim dos conflitos permanentes entre eles. Por conta desta ultima reivindicação, o grupo foi denominado pelos agentes do Estado de "Comissão da Paz". Estão comissão se tornou o Comando da Paz, que é a quadrilha prisional mais importante do estado da Bahia, embora tenha permitido, a partir de uma dissidência na hierarquia interna do grupo, a formação de outro comando.

Estas duas quadrilhas passaram a controlar as unidades prisionais e estabeleceram disputas violentas, pautadas no uso de arma de fogo, pelo controle exclusivo do varejo de drogas ilegais em quase todo estado. O mercado de drogas, que era operado por revendedores individuais, passou então a ser disputado e controlado por grupos armados coordenados de fora e de dentro dos presídios. A estrutura organizacional dessa nova configuração da operação do tráfico se baseia em regime de consignação das mercadorias ilegais vendidas, na exclusividade comercial e no amplo recurso ao uso de arma de fogo na proteção e expansão de áreas de varejo de drogas e na resolução de conflitos.

A formação da quadrilha prisional denominada "Caveira" foi fruto de uma dissidência durante o processo de formação do Comando da Paz. A transferência de alguns líderes deste grupo para o presídio Lemos Brito provocou modificações na própria hierarquia do comando. Um dos líderes do grupo, conhecido por sua recorrência ao uso da violência, assumiu o comando das atividades no Presídio Salvador. Neste momento, as práticas desta liderança começaram a ser questionadas e desta rivalidade surgiu um grupo dissidente, mas com as mesmas estratégias de atuação. Desde então estas quadrilhas prisionais se rivalizavam nos presídios do estado. Em outras palavras, desde o início dos anos 2000 estes dois grupos competem recorrendo ao uso da violência letal, pelo controle da cadeia e do tráfico de drogas no estado da Bahia.

O Comando da Paz (CP) assumiu o comando do mercado de drogas do bairro Rio Bonito no mês de outubro de 2004. Todo o varejo de drogas local passou a ser controlado pelos operadores associados ao CP. O varejo de drogas passou sem resistência ao controle prisional e, embora não tenha havido "boqueiros" que se opusessem a esta mudança, a tomada do controle da venda de drogas se baseou no uso da força e da recorrência ao uso de armas de fogo. Desde então, a atividade foi se organizando de maneira bem diferente do tipo de comércio que praticavam os revendedores individuais. Este grupo estabeleceu pontos móveis de varejo, introduziu a cocaína, o crack e o uso de arma de fogo, impondo nestes pontos um formato empresarial com divisão funcional, além de investir em mecanismos de segurança e proteção.

O formato empresarial do comércio de drogas ilegais se baseia numa complexa divisão de funções. A atividade se organizou através de uma estrutura hierárquica. Tal divisão hierárquica não é monolítica:

"Ninguém faz tudo que quer fazer aqui, meu velho! E cada um tem seu trabalho. Tem gente aqui que só vende. Uns pivetes olham o bairro todo, vigiam a polícia e 'os alemão' (os rivais). Eu gerencio tudo.Tem gente aqui que só faz 'cortar' (matar), quando tem que fazer, quando a ordem chega. Nos pontos de venda, você já viu alguém por aí. Ali são os 'boqueiros', são eles que vendem. Cada um faz o seu, quer dizer, faça o seu que eu faço o meu. E tem aquele em quem todo mundo se inspira que é o 'patrão', o dono" (Operador Everaldo).

No mercado de drogas, essa tendência de formação de uma hierarquia e divisões das funções já foi observada em outros trabalhos empíricos (Barbosa, 1998; Misse, 1999; Zaluar, 2000; Feltran, 2008). O que não há no comércio de drogas do Rio Bonito é o mesmo tempo de formação e amadurecimento da divisão funcional constatada nos estudos citados acima. A divisão funcional do mercado de drogas da Grande Salvador não é clara nem especializada. Tanto nos períodos de calmaria, quando o varejo de drogas segue sem disputas armadas, quanto nos períodos de competição territorial em que se aglutinam operadores sem distinção de função hierárquica. Contudo, neste modelo empresarial, há quem é dono, quem gerencia, quem vende, quem mata e quem vigia.

A centralização do comércio de drogas ilegais no bairro ocorreu "de dentro" para "fora" do Presídio Salvador e em menos de um ano todo território estava sob o controle do Comando da Paz. Na época, o líder deste grupo coordenou a tomada dos pontos de droga do bairro Rio Bonito através de um varejista local, Matias. Estes se conheceram em 2000, quando começavam as articulações por direitos dos presidiários dentro dos presídios baianos. Um grupo de homens envolvidos com o varejo de drogas e outros delitos de pequeno porte formaram com Matias o grupo que passou a controlar a compra e venda de drogas nos pontos desse local. Todos os revendedores individuais deixaram de ser autônomos e se associaram ao CP. Quem resistiu a este processo ou foi expulso do bairro ou foi morto.

Todos os revendedores individuais foram convidados pelos novos líderes do varejo local para conversas informais em locais definidos pela quadrilha prisional, com a intenção de deixar todos a par do novo modelo de controle do tráfico submetido aos presídios da Grande Salvador. A orientação passada pelo grupo era para que todos deixassem de vender "por conta própria" e se associassem e submetessem à hierarquia e às ordens dos que estavam cumprindo pena. Ficou estabelecido que a partir de então ninguém iria vender de maneira avulsa, não haveria mais autonomia.Todos então se associaram ao CP e passa-

ram a receber os produtos de uma gerência, em regime de consignação e passaram a prestar contas de setenta e cinco por cento (75%) do que era vendido.

"As conversas foram marcadas em lugares que já eram considerados perigosos. Eu fui com medo. Os caras começaram dizendo que eles mandavam em tudo e que tudo era de um só dono. Eu resolvi ir para o lado dos caras. Nunca tinha visto tanta arma em minha vida. Mas, cara, depois disso meu medo acabou e só quem não concordava morria. Acabou também a falta de droga que tinha antes, faltava maconha sempre. E o objetivo que o comando tinha era crescer, os caras invadiram a região toda. Todo mundo agora vendia para um só dono. E foi crescendo cada vez mais, agora a gente tem contatos (conexões) com bairros e cidades inteiras" (Operador Osório).

O medo aparece como um sentimento comum durante a passagem da revenda individual para o controle prisional do mercado de drogas do bairro Rio Bonito. Mas para além deste sentimento, já superado, o entrevistado lança luz sobre tal processo de mudança e controle de bairro a bairro em toda Região Metropolitana de Salvador. As ações dos grupos armados objetivavam a busca pela unificação de pontos de venda em toda região. Baseado num modelo empresarial, a expansão territorial e a ampliação dos lucros se tornaram as principais metas do tráfico. As disputas pelo controle do varejo de drogas de territórios (cidades e bairros) são respaldadas pelo uso de arma de fogo e este tipo de competição, violento, tem garantido a concentração desta atividade informal e ilegal nas mãos de uma das duas quadrilhas prisionais, em curtos espaços de tempo sucedidos por longos períodos de conflitos armados.

COMPETIÇÃO VIOLENTA, DISSIDÊNCIA E VITIMIZAÇÃO

A competição por territórios e pela centralização do mercado de drogas da Grande Salvador baseou-se no uso de armas de fogo. Os mercados de drogas não carregam única e exclusivamente essa marca porque o varejo de drogas também é praticado através de territorialidades alternativas (Grillo, 2000). No bairro Rio Bonito, assim como na maioria dos bairros da cidade e região, a violência letal se tornou um mecanismo expressivo e recorrente. Quer dizer, no período que vai do ano 2000, momento em que as quadrilhas prisionais assumem o controle do tráfico, até 2013, as taxas de homicídio na região aumentaram 528,4%. O gráfico abaixo demonstra esta escalada das taxas de homicídios. Os homicídios estão relacionados a diversos fatores tais como a impunidade (o Ministério da Justiça reconhece que apenas 8% dos assassinatos no Brasil são esclarecidos), o uso de armas (há uma estimativa de que haja 15,2 milhões de armas distribuídas legal ou ilegalmente na população brasileira),

uma política de segurança pública ineficiente e a legitimação social e oficial da violência contra as classes populares.

TABELA 1 – TAXA DE HOMICÍDIOS (POR 100 MIL) NA REGIÃO METROPOLITANA DE SALVADOR.

Ano	Taxa
2000	11.6
2001	19.2
2002	21.9
2003	29.4
2004	29.7
2005	40.0
2006	45.2
2007	50.4
2008	63.3
2009	67.9
2010	60.1
2011	57.63
2012	72.89

Fonte: *Datasus*, Mapa da violência 2001, 2012 e 2013.

Após o levantamento de dados, as informações coletadas revelaram uma relação entre as disputas pelo controle do varejo de drogas, as operações policiais realizadas no bairro e a trajetória crescente dos homicídios. Os dados coletados ao longo dos anos de 2011 e 2012 nas delegacias de polícia, nos hospitais estaduais e municipais, bem como na Secretaria de Serviços Públicos (responsável pelo registro de *causa mortis* e sepultamentos no cemitério da cidade) permitiram confirmar essa tendência. A sociabilidade tipicamente violenta (Silva, 2008) permitiu enfatizar a análise num tipo de violência baseado no recurso da arma de fogo, para além das outras formas de uso da força contra a lei e o direito.

O trabalho de campo permitiu desenvolver um perfil social das vitimas. Assim, foi observado um padrão incidente nas taxas de homicídio que apontava para as motivações e causas e para o perfil étnico e de gênero. O quadro abaixo é um indicador dos significados do uso da violência letal, baseado no recurso do uso de arma de fogo nesta nova configuração do mercado de drogas da Grande Salvador. Entre 2011 e 2012, a taxa de homicídio variou de

147.6/100mil para 135.3/100 mil, quando quarenta e oito (48) pessoas foram assassinadas no bairro. Em média 89.2 % das vítimas eram do sexo masculino e 10.8 % do sexo feminino. A competição violenta no interior do varejo de drogas é responsável pela maioria das mortes, ou seja, nos anos pesquisados, 72% e 52% respectivamente. Esta cifra registrada de homicídios chega a uma média de 37% quando se trata de sua ocorrência nas operações policiais.

QUADRO 1 – EVOLUÇÃO DOS HOMICÍDIOS NO BAIRRO RIO BONITO ENTRE 2011 E 2012

Ano	N. de homicídios		Ocorrência (%)		Sexo (%)		Média de idade
	Total	Taxa/100mil	*DVD	Operação policial	Homens	Mulheres	
2011	25	147.6	72%	28%	91.4 %	8.6 %	23.7
2012	23	135.3	52.17%	47.83%	87 %	13%	21.15

*DVD – Disputas no interior do varejo de drogas

Com a centralização do varejo de drogas nas mãos de quadrilhas prisionais, a prática do homicídio passou a ser o principal instrumento de resolução de conflitos. Deflagrou-se uma perseguição a vendedores avulsos desacreditados (resistentes), a homicidas, a ladrões e ex-ladrões, a estupradores, a pedófilos e alcaguetes. Todos eles foram comunicados sobre o processo de unificação das bocas de fumo sob o controle prisional e que suas práticas não seriam mais toleradas. O Comando da Paz, usando uma estratégia de controle social, proibiu aos moradores o uso de arma de fogo. Aqueles que possuíam arma em casa deviam procurar o ponto central do tráfico e entregá-la e desta maneira estariam poupados de uma tomada violenta. A recusa da entrega da arma resultou em invasões domiciliar, conflito e morte. Enfim, o porte de armas passou a ser uma prerrogativa exclusiva dos operadores do varejo de drogas e isto significou o início de várias mudanças nas relações sociais entre o mercado de drogas e o morador.

A introdução da cocaína como principal produto de comercialização não é o responsável pelo crescimento vertiginoso da violência letal. Na verdade tal mudança se deveu ao estabelecimento de um modelo de operação do varejo de drogas pautado na recorrência ao uso de arma de fogo na resolução de litígios. Antes do domínio prisional, os revendedores avulsos se mantinham na invisibilidade, não ostentavam armas, exigiam respeito dos usuários aos moradores e não permitiam a participação de crianças e adolescentes. Por outro lado, os operadores associados às quadrilhas prisionais buscam visibilidade como uma estratégia de dominação e trabalham ostensivamente armados e recru-

tam crianças e adolescentes para atividades de suporte no fortalecimento dos mecanismos de segurança e vigilância. A inserção de crianças e adolescentes aumentou o potencial de vitimização nesta faixa etária de tal maneira que os moradores, que foram sujeitos desta pesquisa, veem isso como um dos lados negativos desta mudança de organização do tráfico de drogas.

Este modelo de organização estabeleceu novas regras no tocante ao fornecimento, ao varejo, à divisão funcional, à segurança e à vigilância. Embora os revendedores individuais resistentes tenham deixado a cidade, os conflitos armados e a sua consequente vitimização desenvolveram profundas rivalidades na passagem de um mercado de drogas descentralizado para um mercado centralizado. As mudanças estruturais do mercado de drogas ilegais se tornaram perceptíveis nas relações entre operadores e os moradores, os comerciantes formais e informais locais e os usuários. A imposição do controle prisional baseado num regime de consignação intolerante a calotes promoveu todos as mudanças aqui descritas.

Em 2007, os integrantes do grupo que impôs o controle prisional ao varejo local de drogas começaram a ser desarticulados. Seu líder foi assassinado no início do ano durante uma emboscada feita por matadores de aluguel. A morte do líder foi encomendada por um grupo étnico, que teve dois familiares assassinados no bairro pelos integrantes do comando local. No final do ano anterior, com a intenção de resolver um conflito entre moradores, os traficantes assassinaram um casal de idosos pertencentes ao grupo étnico. Neste momento do líder, a estrutura do varejo era composta por quatro carros, seis motocicletas, inúmeras bicicletas, casas e apartamentos alugados e um arsenal, que incluía desde um simples trinta e oito até metralhadora e fuzil.

O modelo de comércio de drogas, imposto de dentro dos presídios baianos, amparou-se na regulação social violenta (Garland, 2008; Ruggiero, 2005), das normas informais e de todas as práticas de seus operadores. Contudo, o controle local da atividade passou a ser disputado palmo a palmo após a morte das "antigas" lideranças e da desobediência às "novas". O bairro Rio Bonito tem o fornecimento e a venda de drogas controlados por presidiários integrantes do Comando da Paz, mas este controle é frágil já que as competições se acirraram e crescem os focos de resistência. Em consequência disso, quando foi constatado um movimento no sentido da centralização, da estruturação da atividade sob um único controle, o movimento oposto a descentralização foi igualmente percebido.

O que foi chamado aqui de centralização tem como características o controle exclusivo do varejo de drogas por uma quadrilha prisional e a unificação e expansão dos territórios dominados. A expressão "crime organizado" trás em

si a ideia de alta especialização e divisão funcional do controle das mais variadas atividades criminais e que, em tese, possuiria uma estrutura burocratizada e racionalizada por uma seleta coordenação. O mercado de drogas da Grande Salvador não está estruturado de tal forma. Na verdade, o que foi chamado de organização do varejo de drogas no bairro Rio Bonito são os elementos do controle prisional, a centralização da atividade e a divisão funcional. Em outras palavras, o propósito da centralização do tráfico é a expansão do mercado e dos lucros.

"Quando isso começou foram na minha casa porque sabiam que eu vendia e como eram camaradas, me convidaram a participar. Eu fui, velho! Eu tenho um filho para criar. Foi aí que entrou a facção e começou a comandar de dentro da cadeia. Uma coisa que aconteceu logo: parou de faltar droga na área. Os caras lá de dentro (do presídio) conheciam quem fornecia maconha, cocaína, tudo, velho. Começamos a crescer e entrar em vários 'canais' (bairros) e levar o 'bagulho'(drogas) pra tudo que é lugar. Sem contar pivete, que é massa segurar uma 'quadrada'(pistola automática). Mas hoje eu quero esquecer e sair disso" (Operador Carcamano).

Com a estrutura significativamente aumentada depois da inclusão em 2004 da cocaína e do crack, o tráfico aumentou o número de associados, disponibilizou um forte arsenal para realização dos trabalhos e se expandiu sobre territórios. Este arsenal é parte ostensiva da estratégia de dominação destes territórios. Há no bairro uma rede com mais de cem (100) associados ligados direta ou indiretamente ao tráfico, uma rede que engloba desde as mulheres que cozinham para os operadores até o gerente que administra tudo isso. Então, a centralização e a expansão do varejo de drogas significaram maior complexificação da estrutura do tráfico, criação de mecanismos de segurança e vigilância e inclusão de novas mercadorias.

Na Grande Salvador, a competição por exclusividade sobre o mercado de drogas desencadeou movimentos por hora intermitentes de concentração e dispersão. As duas principais quadrilhas prisionais do estado, o Comando da Paz e a Caveira, lutam por meio de verdadeiras guerras urbanas para centralizar o comércio de drogas sob um único domínio. As disputas, caracterizadas pelo uso recorrente de armas de fogo representam um refluxo nesse processo de organização, que optamos por chamar de centralização, que significa maior divisão do trabalho e tentativa de unificação da atividade sob o controle e gerência de presos.

A participação de quadrilhas prisionais no mercado de drogas baiano teve início no começo dos anos 2000 (Lourenço e Almeida, 2013; Lima, 2013; Conceição, 2015) e embora estes grupos busquem a centralização através da exclu-

sividade comercial, a atividade é descentralizada e é alvo de competições pautadas no uso da força. Trata-se na verdade de elementos de dispersão e disputas no interior do varejo de drogas. Mesmo nas cidades que não compõem a Região Metropolitana de Salvador, os grupos organizados naqueles presídios, que controlam a venda de drogas naquelas cidades, sofrem a influência das duas principais quadrilhas prisionais do estado, estão embasados nas mesmas diretrizes e fundamentos e utilizam as mesmas estratégias de controle territorial.

Em outras palavras, podemos dizer que a competição violenta no interior do mercado de drogas de Salvador e região significa irrupções de desorganização, de dissidência e dispersão, que cruzam com movimentos no sentido contrário, cuja marca é estruturação exclusiva do tráfico sob o controle prisional. A partir desta estrutura são definidas todas as relações de sociabilidade presentes no contexto territorial da pesquisa. Os elementos característicos e definidores desta sociabilidade violenta (Silva, 2008) são as disputas pautadas no uso da força no interior de cada quadrilha, a impossibilidade de impor pacificamente a exclusividade comercial, as dificuldades de controlar sem o uso da força os limites de abrangência de cada ponto central de uma cidade média e grande, a repercussão da prática de homicídios, as retaliações daí advindas e a imposição da hierarquia. Estes elementos impossibilitam qualquer tentativa de estabilizar social e economicamente a atividade em questão.

No bairro Rio Bonito estes elementos de dispersão tomaram as ruas a partir de 2007, quando a liderança que empreendeu o processo de unificação morreu. Desde então, as duas principais quadrilhas do estado se rivalizam pelo controle da área. No período em que realizamos a pesquisa, em dois anos e meio, houve somente seis meses de trégua entre os grupos rivais. A imposição de exclusividade não poderia sufocar completamente interesses comerciais de ascensão de todos os microtraficantes que não foram assassinados e que foram expulsos ou se submeteram ao controle prisional, que embora tenha criado regras e engendrado um novo regramento para o comércio varejista de drogas, não impediu que reaparecessem vontades contrárias a este processo de dominação. O próprio tamanho do mercado drogas com suas subdivisões propiciou ambições e dificuldades de controle. A estrutura empresarial, com lucros ampliados, possuidora de motos e veículos, colocou "um brilho nos olhos" e o desejo de ascensão rápida na hierarquia do tráfico.

"A luta é pelo controle do comércio e isso gera muitas rivalidades. O negócio dá lucro e eu quero ganhar o meu. O cara que quer comprar vai ao lugar que quiser e não dá para vigiar isso, por isso nós queremos é tudo. Se a gente dominar a outra área, a gente ganha mais. Mas não é só pelo dinheiro! Tem outras coisas em questão. Um 'alemão' (inimigo) vem aqui e mata um de nós. Vai ficar barato (sem retaliação), é? Não! Eu já te falei uma vez, paz aqui é coisa

rara. O bairro tá quieto, final de semana começa as trocas de tiro. Velho é igual a feira, eu quero vender a minha 'fruta' e ganhar mais que os outros vendedores. Se alguém tentar me impedir, passo por cima dele" (Operador Everaldo).

A descrição deste informante dá indicações de que as competições urbanas pelo controle exclusivo do tráfico não resultarão em um comando monolítico da venda de drogas. Não é mesmo possível porque a observação de campo mostrou que em tempos trégua, quando os associados das quadrilhas rivais se cruzam no perímetro urbano, há sempre a retomada das disputas armadas. Os lucros do mercado de drogas e as rixas construídas dentro ou fora dos presídios baianos é o fator catalisador dos conflitos. O modelo empresarial, centralizado, hierarquizado, pautado numa divisão do trabalho (existente embora rudimentar) não conseguiu superar os conflitos e a desobediência no interior das quadrilhas, tampouco entre elas.

A lógica de atuação das duas quadrilhas prisionais promove no meio urbano um ciclo intermitente de violência. As disputas por território não se baseiam em meios pacíficos de negociação. Não se trata de territorialidades alternativas (Grillo, 2000) em que a manutenção e a expansão da venda de drogas estão respaldadas em relações amistosas e de confiança. O uso de arma de fogo na busca de controle e lucro exclusivo, a prática de homicídio e sua consequente repercussão formam um constante movimento pendular. Quer dizer, a competição por exclusividade comercial submeteu os revendedores individuais ou microtraficantes, proibiu a concorrência livre e desencadeou contradições permanentes no mercado de drogas da Grande Salvador.

Concluímos então que duas principais quadrilhas prisionais se rivalizam dentro e fora do Sistema Prisional da Bahia desde o início da década de 2000. O Comando da Paz e a Caveira são as duas maiores estruturas do tráfico baiano que tentam, com estratégias parecidas, controlar o varejo de drogas na Bahia. Estes dois grupos agiram como empreendedores morais (Becker, 2008) e impuseram um controle regulatório difuso, na região e no bairro Rio Bonito (a partir de 2004), sobre diversas atividades da vida cotidiana da população. Comerciantes, moradores e usuários passaram a obedecer à normatização imposta pelos operadores do tráfico. Esta medida foi fundamental para que os presidiários centralizassem, em meio a competições violentas, o comércio de drogas ilegais em suas mãos.

Considerações finais

Enfim, este artigo descreve o reordenamento e a reorganização da estrutura do mercado varejista de drogas ilegais do bairro Rio Bonito, que está inserido no contexto socioeconômico e geográfico da Região Metropolitana de Salva-

dor. Esta mudança implicou na a passagem de um tipo de comércio, operado por microtraficantes, baseado na concorrência livre e na revenda avulsa, para um mercado de drogas controlado por quadrilhas prisionais coordenadas de dentro e de fora dos presídios baianos. Em consequência desse modelo de estruturação aumentou o grau de letalidade e vitimização na prática da atividade.

Em suma, foram apresentadas neste trabalho duas tipologias do comercio ilegal de drogas. Em uma delas, quem operava o varejo de drogas eram revendedores individuais de um só produto, a maconha, que estruturavam sua prática comercial sobre as relações de livre iniciativa, livre concorrência, fornecedores diversos e baixo recurso ao uso de armas de fogo na solução de conflitos e imposição informal-normativa. Na outra, em contraposição, o mercado passou a ser controlado por quadrilhas prisionais, operado por seus associados, baseado na exclusividade e no monopólio, fornecimento (de cocaína, maconha e crack) controlado e vigiado de dentro do sistema prisional e no uso recorrente de armas de fogo.

No estado da Bahia, tal estruturação da atividade do tráfico sob o controle de presos tomou forma a partir dos anos 2000 e se expandiu até o bairro do Rio Bonito no final de 2004. Esta mudança e sua manutenção só foram possíveis pela imposição e através do uso recorrente de armas de fogo de tal maneira que houve desde então um incremento da violência letal no exercício da atividade e na relação entre seus operadores e a população. No momento da tomada do comércio varejista de drogas, houve imediatamente um amplo aumento no grau de vitimização de operadores do tráfico, de pessoas consideradas "perigosas" (homicidas, ladrões, ex-ladrões, estupradores e antigos revendedores individuais) e pessoas comuns envolvidas em antigas rixas. A inserção das quadrilhas prisionais engendrou relações sociais mais violentas.

Os operadores do mercado de drogas impuseram uma série de regras sobre o cotidiano dos moradores em cada território dominado. Este controle regulatório, capilar e difuso, baseou-se numa normatividade subterrânea, com regras informais que passaram a controlar desde o trânsito pelas ruas até o direito de matar no bairro. O tráfico expandiu sua interferência e imposição sobre diversas relações públicas e privadas e controlou informalmente o direito ao julgamento de comportamentos "certos" e "errados". As áreas submetidas à lógica do comércio ilegal de drogas passaram a perceber, ouvir e ver a imposição desta "legislação" informal como estratégia de controle social e dominação.

Enfim, o aspecto fundamental desta reestruturação do mercado de drogas é a competição violenta pelo domínio e expansão de territórios pautada no uso de armas de fogo. Em consequência dessa mudança diminuiu a violência letal entre os moradores já que eles perderam o "direito de andar armados" e o "di-

reito de matar", mas por outro lado, aumentou expressivamente as ocorrências de mortes por armas de fogo no bairro e na região devido às disputas por exclusividade comercial. Com certeza, a explicação para o amplo crescimento da violência letal está vinculada muito mais ao modelo de organização do comércio de drogas e o tipo de controle nele exercido do que à inclusão da cocaína e aumento significativo dos lucros do mercado de drogas da Grande Salvador.

Referências

Abramovay, M. et al. *Gangues, galeras, chegados e rappers: juventude, violência e cidadania nas cidades da periferia de Brasília.* Rio de Janeiro: Giramond, 2004. 200 p.

Adorno, Sérgio. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Revista Estudos Avançados* 21/7-29, São Paulo, 2007.

Amorim, Carlos. *CV – PCC: a irmandade do crime.* Editora Record, 2003. p. 470.

Barbosa, Antonio Carlos Rafael. *Um abraço para todos os amigos: algumas considerações sobre o tráfico de drogas no Rio de Janeiro.* Niterói: Eduff, 1998.

Beato, Cláudio; Zilli, Luiz Felipe. A estruturação de atividades criminosas: um estudo de caso. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 27, n. 80, p. 71-88, São Paulo, 2012.

Becker, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio.* Rio de Janeiro: Zarah, 2008.

Biondi, Karina; Marques, Adalton. *Memória e historicidade em dois comandos prisionais.* Revista Lua Nova, n. 79, p. 39-70, São Paulo, 2010.

Conceição, Thiago Neri da. *O comando é noiz: descobrindo o tráfico na periferia de salvador.* 71 f. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia/UFBA, 2015.

Feltran, Gabriel De Santis. *Fronteiras de tensão: um estudo sobre política e violência nas periferias de São Paulo.* 2008. 102 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Programa de pós-graduação em Ciências Sociais, Unicamp, 2008.

Garland, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.* Rio de Janeiro: Revan, 2008. 440 p.

Grillo, Carolina Christoph. *Fazendo a doze na pista: um estudo de caso do mercado de drogas na classe média.* 2008. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Programa de pós-graduação em sociologia e antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008. 102 f.

_____. O "morro" e a "pista": um estudo comparado de dinâmicas do comércio ilegal de drogas. *Dilemas* 1/127-148, jul.-ago.-set., 2000.

LIMA, Antonio dos Santos. *Rastros de fogo e sangue: estudo sobre a (des) centralização de um mercado varejista de drogas na Grande Salvador*. 142 f. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia/UFBA, 2013.

LOURENÇO, Luiz Claudio; ALMEIDA, Odilza Lines de. Cultura do descontrole: notas sobre a dinâmica e a estrutura das gangues prisionais no Estado da Bahia. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; GOMES, Geder Luiz rocha (org.). *Prisões e punição no Brasil Contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2012. p. 45-76.

MAGNANI, José Guilherme Cantor. De perto e de dentro: notas para uma etnografia urbana. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 17, n. 49, p. 11-29, 2002.

MANSO, Paes. *O homem x: uma reportagem sobre a alma do assassino em São Paulo*. Ed. Record, 2005. 362 p.

MARQUES, Adalton. Liderança, proceder e igualdade: uma etnografia sobre as relações políticas no Primeiro Comando da Capital. *Etnográfica*, vol. 14, n. 2, p. 311-335, Lisboa, 2010.

MARQUES, Ana Cláudia. Sobre lutas de família e suas tramas. In: PALMEIRA, Moacir; BARREIRA, Cezar. *Política no Brasil: visões de antropólogos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Núcleo de Antropologia da política/UFRJ, 2006. p. 353-366.

MERTON, Robert K. *Estrutura social e anomia. Sociologia; teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 203-234.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho de inteligência no controle do crime organizado. *Revista de Estudos Avançados*, vol. 21, n. 61, p. 51-69, São Paulo, 2007.

MISSE, Michel. Crime organizado e crime comum no Rio de Janeiro: diferenças e afinidade. *Revista Sociologia Política*, vol. 19, n. 40, p. 13-25, 2011.

_____. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". *Revista Lua Nova*, n. 79, São Paulo, 2010.

_____. *Malandros, marginais e vagabundos: a acumulação social da violência do Rio de Janeiro*. Tese (Doutorado em sociologia). Programa de pós-graduação em sociologia e ciências políticas do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Iuperj/Ucam, 1999.

_____. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime organizado no Rio de Janeiro. *Revista de Estudos Avançados*, vol. 21, n. 61, São Paulo, 2007.

NOGUEIRA, Oracy. *Pesquisa Social: Introdução às suas técnicas*. São Paulo: Ed. Companhia Nacional, 1977.

OLIVEIRA, R. C. O trabalho do antropólogo: olhar, ouvir, escrever. *O trabalho do antropólogo*. 2. ed. São Paulo: Unesp/Paralelo 15, 2000. p. 17-36.

RUGGIERO, Vicenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

SILVA, Luis Antonio Machado (org.). *Vida sob cerco: violência e rotina nas favelas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta: as organizações populares e o significado da pobreza*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- À luz da dignidade humana: o princípio da proporcionalidade e a concessão da benesse no crime de drogas, de Tereza Cristina Zabala – *RDCI* 94 (DTR\2016\4510);
- Autoria pelo domínio do fato em organizações criminosas, de Marcelo Batlouni Mendroni – *RT* 937/437 (DTR\2013\9843);
- Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre *second codes* no julgamento dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil, de Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Cristhovão Fonseca Gonçalves – *RBCCrim* 117 (DTR\2016\116); e
- Nova lei sobre organizações criminosas (Lei 12.850/2013): primeiras considerações, de Mauricio Schaun Jalil – *RIASP* 32/87 (DTR\2013\12534).