84672

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 119 • mar.-abr. / 2016

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 119 • mar.-abr. / 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 e Yuri Corrêa da Luz.

CONSELHO EDITORIAL – Adriana Borghi, Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexey Choi Caruncho, Alexis Couto de Brito, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Américo Bedê Freire Jr., Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Claudia Cifali, Ana Cláudia Bastos de Pinho, Ana Gabriela Mendes Braga, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, André Giamberardino, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, Antonio Carlos Tovo Loureiro, Artur de Brito Gueiros Souza, Augusto Jobim do Amaral, Aury Lopes Jr., Bruna Angotti, Brunna Laporte Cazabonnet, Bruno Shimizu, Bruno Tadeu Buonicore, Caíque Ribeiro Galícia, Carina Quito, 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 Malan, Eduardo Augusto Paglione, Eduardo Reale Ferrari, 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 de Araújo Ifanger, Fernanda Emy Matsuda, Fernanda Regina Vilares, Francis Rafael Beck, Frederico Valdez Pereira, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Flavio Antônio da Cruz, Florence Haret, Francisco Monteiro Rocha Jr., Frederico Gomes de Almeida Horta, Gabriel Antinolfi Divan, Geraldo Prado, Giovani Agostini Saavedra, Guilherme Francisco Ceolin, Gustavo 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 Ferreira 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 Honório de Valois Coelho, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Maíra Rocha Machado, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, 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 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, Oliveiros Guanais de Aguiar Filho, Paulo César Busato, Pedro Vieira Abramovay, Raquel Lima Scalcon, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, 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, Salah Hassan Khaled Junior, Selma Pereira de Santana, Sérgio Salomão Shecaira, Susana Aires de Sousa, Tarsis Barreto Oliveira, Thayara S. Castelo Branco, Thamara Duarte Cunha Medeiros, Thiago Bottino, Thiago M. Minagé, Vanessa Pedroso, Vinicius Gomes de Vasconcelos 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 WieckoVolkmer 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 Righilvahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, IvetteSenise 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 VercherNoguera, Bernardo delRosalBlasco, Carlos GonzalesZorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, CorneliusPrittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio RaúlZaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, IgnacioBerdugo 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, RaúlCervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e UrsKindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



IBCCRIM

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

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 119 • mar.-abr. / 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 ou aval.artigo@thomsonreuters.com
Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [04-2016]
Profissional
Fechamento desta edição: [00.04.2016]

EDITORA AFILIADA

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 119 • mar.-abr. / 2016

Coordenação

Marina Pinhão Coelho Araújo

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™

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.º Secretária
Eleonora Rangel Nacif

1.º Tesoureira
Fernanda Regina Vilares

2.º Tesoureira
Cecília de Souza Santos

Diretora 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

Equipe editorial do IBCCRIM

Adriano Galvão
Eduardo Carvalho
Willians Meneses

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. 119 • mar.-abr. / 2016

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

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

Coordenação Editorial
DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Felipe Jordão Magalhães, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza

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

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

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 da Costa Brito

Sumário

Teoria Geral

O resultado como fundamento do injusto penal
The result as element of crime
Tiago Joffily 17

O problema do consentimento no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual
The issue of consent in the international trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation
Luciana Maibashi Gebrim e Cristina Zackseski 49

Constituição, contraditório e linguagem
Constitution, contradictory and language
Leandro Gornicki Nunes 75

Sobre estelionatos e homicídios: a reserva do possível às avessas
About stellionate and homicide: reserve of possible inside out
Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior 103

Processo Penal

O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a "correr" e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social
The criminal proceedings in exceptional times: the law going down for a "run" and the easing of constitutional guarantees, the new mapping of social control
José Francisco Dias da Costa Lyra 127

Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do processo penal
Dispute in criminal justice? The importance of the conflict of interests between the procedural parties and its irrelevance to the necessity of the criminal process
Vinicius Gomes de Vasconcellos 165

O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade
The judge and the management of evidence in criminal procedure: between the impartiality, the presumption of innocence and the search for truth
MIGUEL TEDESCO WEDY e RAUL MARQUES LINHARES 201

PARTE ESPECIAL

Estupro no Distrito Federal
Rape in Federal District
LANDER DE MIRANDA BOSSOIS 243

A propósito de se aferir a legitimidade de intervenção do direito penal (a partir de uma análise sobre a dignidade penal do bem jurídico que se pretende tutelar)
Apropos to assess the legitimacy of penal law intervention (from an analisys about the penal dignity of the legal interest intended to be protected)
KARLA PADILHA REBELO MARQUES 273

CRIME E SOCIEDADE

A internet e a violência contra a mulher: uma análise sobre a aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência psicológica no contexto virtual
Internet and violence against woman: an analysis about Maria da Penha Law application's to cases of psychological violence in the virtual context
CAROLINE MACHADO DE OLIVEIRA AZEREDO , EMERSON WENDT e PAULA PINHAL DE CARLOS 305

Penas alternativas ou o *governo das pessoas* pela punição?
The use of alternative sentences or exercicing power over people by means of punishmentst?
MARCELO BERDET 327

DIREITO PENAL ECONÔMICO

O crime fiscal como delito antecedente ao crime de lavagem de capitais: novas perspectivas a partir das alterações da Lei 9.613/1998
Fiscal crime as an antecedent crime to money laundry: new perspectives based on the amendments made in Law 9.613/1998
GUSTAVO DE CASTRO TURBIANI 359

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 389

Temas 391

Normas de Publicação para Autores de Colaboração Autoral Inédita 395

84673

O RESULTADO COMO FUNDAMENTO DO INJUSTO PENAL

THE RESULT AS ELEMENT OF CRIME

TIAGO JOFFILY
Doutor em Direito Penal pela UERJ.
Mestre em Direito da Cidade pela mesma Universidade.
Membro do IBCCrim e da LEAP-Brasil.
Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
joffily@msn.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: No presente artigo, é proposto um modelo de injusto penal rigorosamente dualista, assim entendido aquele que, ao lado do desvalor da ação, exige sempre e necessariamente a efetiva ocorrência do desvalor do resultado para seu aperfeiçoamento. A hipótese central defendida no texto é a de que, para ser coerente com o princípio da lesividade, a ocorrência do desvalor do resultado, consistente na afetação causal da esfera de existência de terceiros, deve ser exigida inclusive em relação àqueles delitos em que, aparentemente, o tipo penal se satisfaz com a mera externalização da conduta proibida, como seria o caso dos crimes de perigo abstrato e dos crimes tentados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal - Teoria do injusto - Desvalor da ação e desvalor do resultado - Bem jurídico - Resultado - Crime de perigo abstrato - Punibilidade da tentativa.

ABSTRACT: This paper proposes a concept of crime in which wrongdoing and harmfulness must be always combined and considered together as elements of a crime offense in order to demonstrate the real affectation of third parties. The main hypothesis is that, in regard to harm principle, the effective occurrence of an offense, causing harm to others, must be a condition to the existence of any kind crime, including those apparently based on a simple wrongdoing, as is the case of the so called victimless crimes and the attempted crimes.

KEYWORDS: Criminal law - Concept of crime - Wrongdoing and harmfulness - Harm principle - Offense - Victimless crime - Attempted crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto - 3. O problema do conceito de resultado em matéria penal - 4. O resultado nos crimes de perigo abstrato - 5. Uma hermenêutica possível para os delitos de perigo abstrato - 6. Repercussões do modelo proposto na análise da punibilidade da tentativa - 7. Conclusão - 8. Bibliografia.

JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119. ano 24. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

1. INTRODUÇÃO

Há um movimento em curso nas últimas décadas de franca expansão do poder punitivo.[1] Tal tendência expansionista tem levado a uma crise teórica acerca de qual seria o conteúdo mínimo de uma norma incriminadora legítima, vez que as tradicionais formas de incriminação, baseadas na afetação concreta de bens jurídicos (desvalor do resultado), vêm sendo, cada dia mais, substituídas por tipos penais que se limitam à mera imposição de um dever (desvalor da ação), sem qualquer referência a efeitos lesivos a terceiros ou, quando muito, baseados na mera potencialidade lesiva da conduta. Essa crise, por sua vez, reacende um dos debates mais antigos da dogmática jurídico-penal, consistente na determinação de qual seria, afinal, o mínimo conteúdo possível do injusto: o desvalor da ação ou o desvalor do resultado.

Embora se possa dizer que a tendência da doutrina nacional e estrangeira, a reboque da própria produção legislativa recente, seja no sentido de flexibilizar, cada vez mais, o princípio da lesividade, a hipótese que defendo nesse artigo é a de que ainda é possível insistir num modelo dualista rigoroso de injusto penal, em que o desvalor do resultado, ao lado do desvalor da ação, figure como elemento indispensável para toda e qualquer incriminação.

Para enfrentar essa questão, parto da premissa de que o injusto penal nada mais é do que a descrição de um conflito grave entre duas ou mais pessoas de carne e osso, conforme vem defendendo Zaffaroni; conflito este que o Estado toma como pretexto para o exercício de seu poder punitivo.[2] Assim, conquanto a intervenção punitiva estatal seja sempre irracional, a existência de um *pragma conflitivo*,[3] como condição primeira para a imposição de pena, é o mínimo que se pode exigir de um Estado que não se queira absolutamente autoritário e policialesco. Assim, e na medida em que a afetação conflitiva de terceiros só é possível a partir do momento em que a conduta individual transforma o mundo externo de forma causal, lesionando ou colocando em perigo bens jurídicos reais, não há como se admitir a existência de injustos formados apenas pela exteriorização de uma vontade contrária à norma. É imprescindível, ao contrário, que, ao lado da conduta que viola a norma de

1. Sobre o assunto, por todos, confira-se: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
2. ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 vols., vol. 2, t. I, p. 27 e ss.
3. Segundo Zaffaroni, *pragma conflitivo* é a combinação típica de "certa ação e certo reconhecível produto dela, que reconfiguraram o mundo de certa maneira conflitiva" (idem, p. 105).

determinação, exista um resultado que possa ser submetido a um juízo de desvalor baseado nos prejuízos provocados por um na esfera de existência dos demais.

De que forma um modelo de injusto como este pode ser compatibilizado com a existência de tipos penais que aparentemente se satisfazem com a mera externalização da conduta – como seria o caso dos crimes de perigo abstrato e dos crimes tentados – é o que tentarei explicar a seguir.

2. Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto

A discussão teórica a respeito do que constitui a essência do injusto é antiga, coincidindo com a própria história da sistematização do pensamento dogmático.

Desde os primeiros esboços da dogmática jurídico-penal, os autores contrapõem modelos objetivistas a modelos subjetivistas, causando repercussão em quase todos os institutos relacionados à teoria do delito. Enquanto, para as teorias objetivas, o centro de gravidade do delito está fundado na afetação de bens ou interesses relacionados ao indivíduo, funcionando a atitude interior do agente apenas como critério de imputação pessoal do resultado lesivo, para as teorias subjetivas o fundamento do injusto está centrado na própria violação da norma de conduta, de modo que é a atitude interior contrária ao dever, e não as consequências lesivas da ação, que assume papel de destaque na incriminação.[4]

A partir da obra de Welzel, no entanto, esse debate ganhou uma nomenclatura própria, expressa no binômio: desvalor da ação/desvalor do resultado.[5]

De acordo com a lição de Welzel, entende-se por desvalor da ação a simples exteriorização da vontade contrária à lei, ou seja, o ato de desobediência do sujeito perante a norma de determinação. Já o desvalor do resultado seria o efeito danoso ou perigoso que a conduta desobediente provoca sobre o bem jurídico.

Na maior parte das vezes, dizia Welzel, o desvalor do resultado é essencial para a caracterização do injusto, mas sua exigência típica não pode ser entendida como um elemento autônomo, desvinculado do desvalor da ação. Segundo o conceito de *injusto pessoal*, também cunhado pelo autor, a antijuridicidade "não se restringe à realização do resultado (lesão do bem jurídico), desvinculada em seu conteúdo da pessoa do agente". Bem ao contrário, uma "conduta é antijurídica apenas como

4. Para uma retrospectiva completa da evolução do debate acerca do conteúdo do injusto, confira: Zielinski, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Buenos Aires: Hamurabi, 1990. p. 5 e ss.

5. Welzel, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1970. p. 91-93.

obra de um agente determinado: o fim que o agente buscou ao agir, sua atitude interna, os deveres que sobre ele recaíam, tudo isso determina, de forma decisiva, o caráter injusto da ação diante de uma eventual afetação do bem jurídico".[6] Por isso, acreditava Welzel, em que pese o desvalor do resultado seja exigência de numerosos tipos de injusto, sua ausência eventual não faz desaparecer o desvalor da ação, tal como ocorria, por exemplo, nas tentativas inidôneas[7] e nos chamados delitos de mera conduta.[8]

Dessa proposta original surgiram três correntes distintas acerca do conteúdo do injusto penal.

A primeira, que podemos chamar de monista-subjetiva,[9] radicalizou a guinada subjetivista inaugurada pelo finalismo, propondo a extirpação completa do desvalor do resultado do conceito de injusto. E isso porque, segundo essa corrente, os efeitos causais de uma ação proibida não podem ser dominados pelo agente, dependendo exclusivamente da sorte. Assim, como só se pode atribuir ao agente, como obra sua, aquilo que ele efetivamente domina (princípio da culpabilidade), seria ilegítima a imposição de qualquer espécie de pena ao indivíduo em razão do resultado causal de sua ação, devendo todo o juízo de reprovação penal recair exclusivamente sobre a conduta praticada, independentemente dos efeitos mais ou menos lesivos que dela possam ter resultado. A rigor, portanto, caso se queira levar a sério o princípio da culpabilidade, dever-se-ia punir com a mesma pena a conduta de matar alguém e a conduta de tentar matar alguém, eis que, uma vez acabada a tentativa, qualquer resultado lesivo ou perigoso daí resultante não passa de pura obra do acaso, não podendo ser atribuído à responsabilidade do agente.

A segunda corrente pode ser denominada dualista moderada e é a que mais se aproxima da proposta original de Welzel.[10] De acordo com ela, o injusto pode ser

6. Idem, p. 91-92.
7. Ao contrário do Brasil, a tentativa inidônea continua sendo punível na Alemanha, nos termos do § 23, item 3, do Código Penal daquele país.
8. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 94.
9. Com pequenas variações teóricas e metodológicas, podem ser apontados como principais representantes dessa corrente monista-subjetiva os alemães Armin Kaufmann (*Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Depalma, 1977) e Diethart Zielinski (op. cit.), bem como o argentino Marcelo A. Sancinetti (*Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991).
10. Ainda que possa haver divergência entre os discípulos diretos de Welzel quanto à vertente que seria mais fiel à ideia original do mestre, parece fora de dúvida que a corrente dualista moderada é a que mais seguidores conquistou, dentro e fora da Alemanha, nos anos que se seguiram à publicação de sua obra. Nesse sentido: HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". *Derecho penal. Obras*

formado exclusivamente pelo desvalor da ação (v.g., os crimes tentados e os crimes de mera conduta) ou pela conjugação deste com o desvalor do resultado (crimes de resultado danoso ou perigoso consumados). Tudo depende do que for efetivamente exigido em cada tipo penal. É que, para os seguidores dessa corrente, ainda que a transformação causal do mundo externo não seja uma exigência de todo e qualquer delito, ela não pode ser considerada pura obra do acaso, tal como defendido pela teoria monista-subjetiva, a ponto de impedir a imputação do resultado causal ao agente como obra sua. A atribuição do resultado morte àquele que intencionalmente efetuou disparo à queima roupa contra a cabeça da vítima, por exemplo, não pode ser considerada uma solução arbitrária, contrária ao princípio da culpabilidade. O resultado, num caso como este, não é pura obra do acaso, mas sim produto de um desenrolar causal que pode, perfeitamente, ser atribuído ao agente como *obra sua.*[11]

Uma terceira corrente, a que denomino de dualismo rigoroso, sustenta que a existência do injusto pressupõe sempre, em qualquer circunstância, a combinação do desvalor da ação com o desvalor do resultado.[12] É que, se sem o desvalor da ação (a externalização da vontade contrária à norma), não é possível atribuir ao agente o resultado ocorrido, sob pena de violar-se o princípio da culpabilidade, sem o desvalor do resultado, tampouco seria legítimo punir a conduta realizada, sob pena de violar-se o princípio da lesividade. Afinal de contas, vale perguntar, se o desvalor do resultado está definido como a transformação externa que afeta danosa ou perigosamente o bem jurídico, como admitir a existência de crime sem desvalor do resultado, logo, sem afetação do bem jurídico?

3. O PROBLEMA DO CONCEITO DE RESULTADO EM MATÉRIA PENAL

Da minha parte, sempre pareceu evidente que, uma vez que se leve a sério o princípio da lesividade, exigindo-se a ofensa do bem jurídico para a caracterização de qualquer delito, não há como se deixar de adotar a concepção dualista rigorosa do injusto.

---

completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. t. III, p. 233-258, que cita como seguidores dessa corrente: Rudolphi, Bockelmann/Volk, Maurach/Zipf, Schönke/Schröder/Lenckner, Stratenwerth e Frisch. Aliás, a prevalência da corrente dualista é reconhecida até mesmo por aqueles que não a seguem, como é o caso de Marcelo A. Sancinetti, (op. cit., p. 5-6).

11. Por todos, vide: STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

12. Representativos dessa corrente: Carlos Santiago Nino (*Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006); Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormozábal Malarée (*Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006); e Eugenio Raúl Zaffaroni et al. (op. cit.).

No entanto, esse tipo de interpretação rigorosa do princípio da lesividade leva a uma situação de aparente paradoxo diante de tipos penais como aqueles que se convencionou denominar de mera atividade, entre os quais se destacam os crimes de perigo abstrato.

Nestes casos, a doutrina costuma ser uníssona no sentido de que o tipo penal se aperfeiçoa independentemente de qualquer transformação da realidade externa para além da simples realização da conduta proibida.

Para explicar como seria possível haver afetação de bem jurídico sem a ocorrência de qualquer resultado causal destacado da ação, um caminho muito difundido na doutrina é o de duplicar o conceito de resultado no direito penal. Segundo essa ideia original, haveria duas espécies de resultado com relevância para fins penais: um resultado típico (ou naturalístico), que corresponde aos efeitos causais provocados pela ação sobre o mundo externo; e um resultado jurídico (ou desvalor do resultado), que nada mais seria do que a afetação danosa ou perigosa do bem jurídico vinculado à norma incriminadora.[13]

Entre esses dois conceitos de resultado não haveria nenhuma implicação necessária, ou seja, o resultado típico pode até se confundir com o resultado jurídico em determinados casos (como ocorre, p. ex., no delito de homicídio), mas isso nem sempre é assim. Muitas vezes, há desvalor do resultado (afetação do bem jurídico) a despeito da ocorrência de qualquer transformação do mundo externo (como seria o caso, p. ex., do crime de falso testemunho). Pode também ocorrer do tipo penal exigir a ocorrência de determinado efeito externo separado da conduta, sem que este efeito tenha qualquer relação, direta ou indireta, com a afetação do bem jurídico. Por exemplo, no crime de incêndio (art. 250 do CP), o objeto sobre o qual recaem os efeitos da ação (o objeto incendiado) pode não ter qualquer relação com o bem jurídico posto em perigo (a incolumidade pública; ou – melhor dizendo – o patrimônio e a integridade física de um número indeterminado de pessoas).

Dessa duplicação do conceito de resultado, entre resultado típico e resultado jurídico, decorrem diferentes classificações doutrinárias para os tipos penais. Tomando o resultado típico como parâmetro, os delitos costumam ser classificados

13. Segundo a afirmação muito repetida de um dos mais influentes penalistas alemães: "El resultado típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial y temporal, mientras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de respecto que posee el valor protegido por la disposición penal. También los delitos de actividad contienen, pues, una lesión del bien jurídico" (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 282).

em: *delitos de resultado* (aqueles em que o tipo exige a ocorrência de um resultado externo separável da ação) e *delitos de mera atividade* (aqueles em que nenhum resultado externo separável da ação é exigido pelo tipo). Tomando, agora, o resultado jurídico como parâmetro, os delitos são classificados em: *delitos de lesão* (aqueles que exigem um dano efetivo do bem jurídico para a consumação) e *delitos de perigo* (aqueles que se satisfazem com a mera probabilidade de dano ao bem jurídico para seu aperfeiçoamento).

O problema é que essa separação rigorosa entre resultado típico e resultado jurídico parece desaparecer quando se começa a tratar das diferentes espécies de delitos de perigo. A princípio, a classificação de um crime como sendo de perigo concreto ou abstrato deveria se referir apenas à intensidade ou à forma de afetação do bem jurídico, não tendo tal classificação qualquer relação com a ocorrência de um resultado externo destacado da ação.

No entanto, o que se percebe é que a distinção teórica que se faz entre perigo concreto e perigo abstrato está intimamente relacionada aos efeitos causais provocados pela ação sobre a realidade externa. Nesse sentido, basta ver que o conceito praticamente unânime de perigo concreto é aquele que exige o ingresso do objeto material do delito no raio de ação do agente, de modo que o bem jurídico fique exposto a uma situação de perigo próximo à lesão.[14] Neste caso, há uma evidente identificação entre objeto da ação e substrato do bem jurídico, entre resultado típico e resultado jurídico.

Essa identificação, no caso dos crimes de perigo, não é apenas fortuita, mas verdadeiramente necessária. Tanto assim que a grande maioria dos autores classifica os crimes de perigo concreto sempre e necessariamente como crimes de resultado, enquanto os crimes de perigo abstrato se enquadrariam, obrigatoriamente, no rol dos crimes de mera atividade, na medida em que, no caso deles (dos crimes de perigo abstrato), o tipo penal não exige qualquer repercussão causal da conduta sobre o objeto material do delito.

Pois é justamente aí que as coisas começam a ficar realmente problemáticas. Se, nos crimes de perigo abstrato, não precisa haver sequer aproximação do bem jurídico (ou de seu substrato, tanto faz) do raio de ação do sujeito, como sustentar a satisfação do princípio da lesividade nesses casos? Em outras palavras, como afirmar a existência de ofensa a bem jurídico em delitos que dispensam qualquer vínculo entre a conduta de um e a esfera de existência de outros?

14. É a posição adotada, entre tantos outros, por: Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general.* Madrid: Civitas, 2003. 2 t., t. I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. p. 404-405.

4. O RESULTADO NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Muitos caminhos já foram tentados para responder a essa indagação. Os mais conhecidos são aqueles que fundamentam a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, ou na presunção absoluta de perigo, ou no caráter genericamente perigoso da conduta típica em relação ao bem jurídico. No primeiro caso, o que se faz é presumir, de forma absoluta, que a conduta praticada efetivamente coloca em perigo o bem jurídico, ainda que tal efeito sequer seja exigido pelo tipo legal. Com isso, afasta-se a possibilidade de questionamento sobre a efetiva ocorrência, ou não, do resultado perigoso, que é pura e simplesmente presumido pelo legislador. Já no segundo caso, a validade da incriminação decorre de uma avaliação estatística: como, em geral, na maior parte dos casos, a prática da ação típica leva efetivamente a resultados concretamente perigosos, então não há por que duvidar que, também naquele caso específico levado a julgamento, o resultado perigoso tenha se produzido, apesar disso não ser expressamente exigido pelo tipo.[15]

Essas justificativas tradicionalmente usadas para justificar a incriminação dos crimes de perigo abstrato sempre causaram certo desconforto nos penalistas, haja vista seu caráter nitidamente autoritário. Afinal, seja por meio da presunção absoluta, seja por meio da avaliação estatística do perigo, o que se está fazendo, no final das contas, não é nada mais do que afirmar, categoricamente, aquilo que, de antemão, já se sabe impossível demonstrar em cada caso concreto.[16]

Uma estratégia muito mais democrática é aquela que encara o perigo abstrato, não como uma presunção absoluta, mas como uma presunção relativa de perigo, que pode ser objeto de refutação no processo.[17]

---

15. Vide, a propósito: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 67 e ss.

16. Na crítica aguçada de Hirsch: "Una situación de peligro abstracto, y con ello una puesta en peligro abstracto, tiene tan poca importancia como una lesión abstracta, como por ejemplo un homicidio abstracto" (HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. *Revista Latinoamericana de Derecho*. ano V. n. 9-10. p. 157-181. Ciudad de México, jan.-dez. 2008). Realmente, assim como não existe algo como um homicídio em geral, não pode existir uma situação de perigo em geral. O fato de uma classe de condutas, em regra, levar a situações concretas de perigo conduz necessariamente a duas conclusões: primeiro, que muitas condutas são, de fato, perigosas; segundo, que, em meio a estas, há algumas que não são capazes de criar perigo algum. Do contrário, seria dispensável o uso da expressão "em regra" e mais dispensável ainda o recurso a presunções legais, podendo-se afirmar (e demonstrar), categoricamente, que há uma relação de causalidade necessária (e não somente estatística) entre todas as condutas daquela classe e a situação de perigo que o legislador buscou evitar.

17. É a posição defendida originalmente por Kurt Otto Rabl, e que tem importantes seguidores no Brasil, com destaque para: ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José H. *Manual de direito*

A crítica que se costuma fazer a essa proposta é a de que, desta forma, se estaria violando as regras processuais de distribuição do ônus da prova, ao transferir-se para o réu e sua defesa a obrigação de demonstrar, em cada caso concreto, a ausência de um dos elementos constitutivos do delito, qual seja: a afetação do bem jurídico.[18]

Por conta dessa crítica, alguns autores vêm propondo uma interpretação ainda mais restritiva para os crimes de perigo abstrato. Segundo essa proposta, os crimes de perigo abstrato seriam simplesmente inconstitucionais, por violação ao princípio da lesividade, ou seja, por não exigirem a presença do desvalor do resultado ao lado do desvalor da ação. A única solução hermenêutica possível, segundo esse ponto de vista, seria a de dar aos tipos de perigo abstrato interpretação conforme à Constituição, tomando-os como verdadeiros crimes de perigo concreto não escritos. Assim, mesmo diante de tipos penais que nada digam sobre a produção de um concreto resultado de perigo, caberia ao órgão acusador, e não à defesa, em cada caso levado a julgamento, a demonstração da efetiva ocorrência do resultado de perigo próximo à lesão do bem jurídico.

O problema é que o rol dos crimes de perigo abstrato, atualmente, é tão elástico que uma filiação rigorosa a esse ponto de vista obrigaria o reconhecimento da inconstitucionalidade de incriminações tão distintas quanto: o tráfico de drogas, o porte ilegal de armas, a corrupção, a falsificação de moeda, de documentos, de produtos alimentícios e medicinais, o falso testemunho, os crimes contra as relações de consumo, contra o meio ambiente, contra o sistema financeiro e a ordem econômica etc. Na prática, a adoção dessa tese significaria a abolição imediata de crimes que representam a maior parte dos fatos levados diariamente a julgamento perante os tribunais.[19]

---

penal brasileiro: parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 561; e REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 277.

18. Ainda que isso não deixe de ter um fundo de verdade, o fato é que as alternativas geralmente apresentadas pelos críticos são muito menos respeitosas dos direitos e garantias fundamentais do que a simples inversão do ônus da prova do perigo concreto. Além disso, não é demais notar que a inversão do ônus da prova do perigo, caso admitida, não seria propriamente uma novidade no direito penal. Também no exame da culpabilidade, o sistema está baseado numa presunção *iuris tantum*, vez que, como regra, a responsabilidade individual depende apenas do potencial conhecimento da ilicitude do fato, circunstância esta que é presumida pelo direito para os maiores e capazes, mas que pode ser refutada caso a caso.

19. A princípio, não tenho maiores divergências de fundo com as propostas abolicionistas, conforme já admiti expressamente em outro trabalho (JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 180). No entanto, acredito, na esteira dos ensinamentos de Zaffaroni, que esse ideal emancipatório, em direção a uma sociedade livre de coerções violentas, deve ser perseguido de for-

Exatamente por isso, é raro encontrar algum autor que defenda esse ponto de vista abolicionista de forma coerente e rigorosa.[20] Muitos, em vez disso, mitigam a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por meio da subversão, seja do conceito de bem jurídico, seja do conceito de perigo concreto.

Assim, por exemplo, há quem, julgando inconstitucional os crimes de perigo abstrato, afirme que o delito de embriaguez ao volante não é um crime de perigo abstrato, mas sim um crime de lesão contra a segurança do tráfego viário.[21] Outros, em vez de exigirem a criação de uma situação de perigo próximo à lesão do bem jurídico, o que fazem é considerar, já como um perigo concreto, a simples prática de uma conduta potencialmente perigosa, ou seja, uma conduta que, a partir de uma prognose póstuma objetiva, desde um ponto de vista *ex ante factum*, seja idônea para colocar em risco algum bem jurídico que porventura venha a ingressar no raio de ação do agente.[22]

Nesse último caso, a proposta não passa de uma mera troca de etiquetas, pois essa forma de perigo aferível *ex ante factum*, com base nas potencialidades lesivas da própria conduta, é classificada por praticamente todos os autores estrangeiros como uma das muitas maneiras pelas quais os crimes de perigo abstrato podem se apresentar.

Seja como for, quer se os classifique como crimes de perigo concreto, quer se os classifique como crimes de perigo abstrato, a verdade é que a ideia por trás dos crimes de perigo potencial ou crimes de aptidão vem ganhando bastante espaço entre os autores mais modernos, que apresentam esse modelo típico como uma alternativa legítima para incriminações que, embora fundadas apenas no desvalor da ação, não chegam a desconsiderar por completo o princípio da lesividade.[23]

A ideia é basicamente a seguinte: o desvalor da ação, a partir da teoria da imputação objetiva, não deve mais ser entendido como pura violação à norma de determinação, ou seja, em termos exclusivamente subjetivos. Ao lado desse conteúdo subjetivo, forma o desvalor da ação também um conteúdo objetivo, consistente na

---

ma paulatina, sem radicalismos, sob pena dos espaços vazios criados pela extinção do direito penal serem imediatamente ocupados pelo Estado de polícia, que estará, então, livre de qualquer tipo de controle formal por parte do Estado de direito.

20. Entre as honrosas exceções, merece citação: CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 172 e ss.

21. É o que faz JESUS, Damásio E. de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 8 e 23.

22. A estratégia é adotada, dentre outros, por: BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 69.

23. Na doutrina brasileira, adota expressamente essa estratégia: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 207-208.

idoneidade ou aptidão da conduta realizada para produzir um resultado juridicamente desvalorado. A efetiva ocorrência desse resultado lesivo ou perigoso, como efeito destacado da ação, continuaria sendo denominado de desvalor do resultado e sua ocorrência não seria exigida por todos os tipos legais, mas somente por aqueles definidos como crimes de resultado. Nem por isso, contudo, se pode dizer que o desvalor da ação é um conceito desprovido de conteúdo normativo, sem qualquer relação com a afetação do bem jurídico. Na verdade, o que distingue o desvalor da ação do desvalor do resultado, segundo esse ponto de vista, é o momento em que se dá a aferição da afetação do bem jurídico: no desvalor da ação, há uma análise da lesividade desde um ponto de vista *ex ante*, enquanto no desvalor do resultado, a análise da lesvidade é realizada *a posteriori*, de acordo com os efeitos causais provocados pela ação sobre o bem jurídico.[24]

5. UMA HERMENÊUTICA POSSÍVEL PARA OS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

De minha parte, tenho sérias dificuldades em aceitar que a mera potencialidade lesiva de uma conduta seja suficiente para satisfazer a exigência constitucional de que não pode haver crime sem afetação de bens jurídicos.

Segundo me parece, a simples possibilidade de que outros possam, no futuro, vir a ser afetados pela conduta típica realizada não pode significar, desde logo, que tais pessoas foram de alguma forma lesadas ou expostas a perigo, tal como exigido pelo princípio da lesividade.

De fato, para que se possa aceitar a mera periculosidade da conduta, aferível *ex ante factum*, como condição suficiente para a satisfação do princípio da lesividade seria preciso conferir a este princípio conteúdo diverso daquele que lhe costumamos atribuir: em vez de dizer que não há crime, nem pena, sem ofensa a bem jurídico, seria preciso afirmar que há crime, e também pena, sem ofensa a bem jurídico, desde que a ocorrência desta ofensa não esteja de todo descartada, ou seja, desde que a afetação do bem jurídico seja um resultado possível, naquele caso concreto, em razão da prática da conduta proibida.

Mesmo para aqueles que acreditam nos efeitos preventivos da pena privativa de liberdade, uma afirmativa como esta pode parecer uma concessão ousada demais em favor do poder punitivo, visto que, não se tendo mais a afetação do bem jurídico como critério mensurável para determinar o limite máximo de reprovabilidade da conduta, seria praticamente impossível resistir aos influxos expansivos do direito penal do risco, passando-se a legitimar qualquer incriminação a partir da simples

24. Também adepto dessa tendência e bastante didático em suas explicações: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

constatação de que, em decorrência dela, é possível que algum bem jurídico venha a ser afetado no futuro.

Para aqueles que, como eu, não acreditam nos efeitos utilitários da pena, contudo, a adoção desse conceito elástico de lesividade é, não apenas inoportuna, mas incorreta mesmo.

É que não sendo missão do direito penal proteger bens jurídicos, mas apenas limitar o exercício do poder punitivo estatal, de nada adianta argumentar no sentido de que esta ou aquela conduta típica é capaz de gerar resultados lesivos ou perigosos para bens jurídicos. Afinal a mera possibilidade de afetação do bem jurídico não pode ser concebida desde já como um conflito intersubjetivo grave, à vista do qual a intervenção punitiva do Estado se torna menos arbitrária. Sem afetação do outro, não há conflito, e sem conflito não há razão para a intervenção penal.

Partindo de um ponto de vista crítico em relação às teorias legitimadoras da pena, portanto, a posição que defendo não é, nem no sentido da inconstitucionalidade absoluta de toda e qualquer incriminação na forma de perigo abstrato, nem no sentido da flexibilização do princípio da lesividade em favor da simples potencialidade lesiva da conduta. Para mim, ainda é possível insistir numa concepção dualista rigorosa de injusto, fundada na combinação necessária entre desvalor da ação e desvalor do resultado, mesmo diante de tipos penais que não fazem referência a nenhum resultado lesivo ou perigoso destacado da ação, como é o caso dos crimes de perigo abstrato. E isto é possível porque, segundo me parece, não está de todo descartada a existência de conflito, e, logo, de afetação de bem jurídico, também nessas hipóteses.

Para explicar como isso ocorre, vale recorrer a uma metáfora proposta pela penalista chilena Tatiana Vargas Pinto.

De acordo com essa autora, a prática de uma conduta tipificada na forma de perigo abstrato só satisfaz o princípio da lesividade na medida em que seus efeitos perigosos para bens jurídicos possam ser explicados na forma de um furacão ou de um redemoinho.[25]

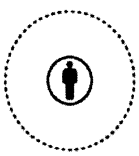
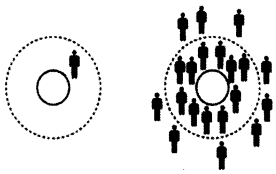
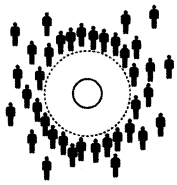
Assim, ainda que um tipo legal dispense o ingresso de determinado bem jurídico no raio de ação do agente, a realização da conduta potencialmente perigosa não esgota o conteúdo do injusto, sendo necessário, ademais, como efeito causal dessa externalização da vontade, que o entorno do sujeito seja transformado, ainda que por curto espaço de tempo, num ambiente em que o eventual ingresso de terceiros importará na automática colocação dos bens jurídicos a eles vinculados em situação de perigo próximo à lesão. Essa transformação do mundo externo se dá quando

25. VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007. p. 393-394.

o sujeito perde o controle sobre os efeitos causais de sua ação e já não pode impedir que bens jurídicos de terceiros venham a ser lesionados ou postos em perigo concreto acaso ingressem no âmbito de interferência da conduta praticada ou, de forma mais ilustrativa, no raio de ação do furacão ou redemoinho formado.

De acordo com a proposta que defendo, portanto, o crime de perigo abstrato seria algo assim como uma conduta espaçosa de um agente egoísta, que, desconsiderando a esfera de existência dos demais, cria um clarão de perigo ao seu redor, impedindo que os outros possam por ali circular sem que tenham seus bens jurídicos lesionados ou, no mínimo, expostos a uma situação de perigo concreto.

O quadro a seguir busca representar, em termos gráficos, a ideia ora defendida. Nele, pode-se visualizar o conteúdo do injusto em cada uma das modalidades de delito (de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato), conforme a intensidade e a forma de afetação do bem jurídico.

Crimes de lesão	Crimes de perigo concreto	Crimes de perigo abstrato
		
– Bens jurídicos individuais (ex.: homicídio).	– Bens jurídicos individuais (ex.: periclitação à vida ou saúde); – Falsos bens jurídicos coletivos (ex.: incêndio).	– Falsos bens jurídicos coletivos (ex.: crimes de trânsito); – Verdadeiros bens jurídicos coletivos (ex.: crimes ambientais).

A figura que ilustra a primeira coluna do quadro explicita como a conduta típica dos delitos de lesão deve atingir em cheio a esfera de existência da pessoa representada pelo bem jurídico,[26] danificando-o. Nestes casos, não basta que algum bem jurídico ingresse no raio de ação da conduta típica, sendo necessário, ao menos

26. A identificação do bem jurídico violado com a figura de uma pessoa não é gratuita. Embora não haja espaço aqui para detalhar meu ponto de vista, é importante registrar que adoto uma concepção personalista de bem jurídico, definindo-o, da mesma forma que Juarez Tavares (*Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 198), como "elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social". Apesar disso, não rejeito a possibilidade de existirem bens jurídicos verdadeiramente coletivos, como seria o caso da fé pública (no crime de moeda falsa) e da probidade administrativa (no crime de corrupção), desde que eles possam ser, de alguma forma, relacionados com a esfera de existência de pessoas de carne e osso, sejam elas tomadas isoladamente ou como um grupo de indivíduos indistinguíveis.

para a consumação delitiva, que a conduta proibida o atinja em cheio. Como nos crimes de lesão o legislador exige sempre a afetação de um número determinado de bens jurídicos, cujo dano deve ser demonstrado no processo, essa forma de incriminação não se presta aos conflitos que envolvam bens jurídicos coletivos, verdadeiros ou falsos,[27] vez que, nesses casos, a amplitude e difusão das pessoas afetadas impede a verificação do resultado danoso exigido pelo tipo.

Na segunda coluna, estão representados os delitos de perigo concreto, cujo aperfeiçoamento dispensa a efetiva lesão do bem jurídico, mas exige que este tenha ingressado no raio de ação do autor, de modo que a transformação externa causada pela conduta represente para ele um perigo próximo à lesão. Neste caso, a proximidade de uma ou mais pessoas do epicentro do âmbito de perigo criado pelo autor é tamanha que o fato delas saírem ilesas após a prática da conduta proibida só pode ser explicado como pura obra do acaso ou, quando menos, como um resultado em cuja ocorrência ninguém poderia confiar.

27. A distinção entre verdadeiros e falsos bens jurídicos coletivos é uma das tarefas a que se vem dedicando parte considerável da doutrina alemã na atualidade. O esforço é efetivamente válido, haja vista a tendência legislativa (não apenas alemã, mas também brasileira) de criar falsos bens jurídicos coletivos, cuja afetação dispensaria a demonstração da lesão ou colocação em perigo concreto dos bens jurídicos individuais efetivamente envolvidos. É que, diante dos inconvenientes envolvendo a demonstração da lesividade nos crimes de perigo abstrato, o legislador passou a substituir os bens jurídicos individuais por conceitos impassíveis de qualquer representação empírica, tais como: a saúde pública (nos crimes de tóxico), a segurança viária (nos crimes de trânsito) e as relações de consumo (nos crimes contra o consumidor). Como é intuitivo, essas abstrações não correspondem a fatos existentes no mundo real. Não existe uma saúde da coletividade, mas apenas a saúde de cada uma das pessoas que compõem a sociedade. O mesmo pode ser dito em relação à vida e à integridade física, bens que, no final das contas, são os afetados, em maior ou menor grau, nos delitos antes mencionados. No entanto, ao serem incluídas no mundo jurídico como se fossem verdadeiros bens jurídicos, tais abstrações terminam causando sérias transformações na estrutura do delito: em que antes exigia-se uma complexa construção teórica para determinar o vínculo entre a conduta típica e o bem jurídico individual ou coletivo afetado, agora, contenta-se com a simples afirmativa de que o (falso) bem jurídico coletivo foi efetivamente lesionado pela mera prática da conduta típica. Para combater essa prática, Henfendehl, dentre outros, vem propondo dois critérios para identificar os verdadeiros bens jurídicos coletivos: o da *não exclusividade de seu gozo* e o da *não rivalidade de seu consumo*. Pelo primeiro deles, somente bens cujo gozo por uma pessoa não interfira no igual gozo por outras poderia ser considerado verdadeiramente coletivo. Pelo segundo critério, o da não rivalidade (ou da não distributividade), "um bem seria considerado coletivo quando fosse conceitual, fática ou juridicamente impossível de dividi-lo em partes e adscrever cada uma delas a indivíduos diversos" (HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 67).

Por também dependerem da demonstração de uma situação real de perigo para o bem jurídico, estes delitos de perigo concreto, da mesma forma que os delitos de lesão, se ajustam, preferencialmente, a condutas que afetem bens jurídicos individuais, como é o caso do delito de periclitação à vida ou saúde, previsto no art. 132 do CP. Nada obstante, há no ordenamento jurídico brasileiro alguns tipos penais que, excepcionalmente, conferem tratamento de crime de perigo concreto a condutas dirigidas a um número indeterminado de bens jurídicos individuais, tratados de forma unitária pelo legislador por meio da criação de falsos bens coletivos. É o caso do crime de perigo comum de incêndio, previsto no art. 250 do CP, em que a pluralidade de vítimas individuais é substituída pelo conceito de incolumidade pública, sem qualquer expressão autônoma no mundo real.[28]

A última coluna retrata exatamente aqueles delitos cuja compatibilização com o princípio da lesividade revela-se mais problemática, na medida em que nenhum bem jurídico precisa sequer ingressar no raio de perigo criado pela ação para que ocorra o aperfeiçoamento do injusto. No entanto, conforme representado na figura acima, parece-me que essa circunstância não deve significar, necessariamente, que a conduta incriminada não produz nenhum efeito prejudicial sobre a esfera de existência dos demais.

Segundo meu ponto de vista, as condutas praticadas na forma de crimes de perigo abstrato podem inaugurar conflitos intersubjetivos graves na medida em que criam no mundo clarões em que o convívio respeitoso entre as pessoas já não é mais possível. Nestes casos, o que ocorre é a prática de uma ação de tal modo espaçosa por parte do agente que todos os demais interlocutores são obrigados a dele se distanciar, privando-se do livre gozo de seus bens jurídicos naquele tempo/espaço egoisticamente ocupado pelo autor do delito. Assim, embora o tipo não exija uma direta lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, não há dúvida de que este é indiretamente afetado pela conduta proibida, na medida em que já não pode ser igualmente desfrutado por seu titular.

Como não há como direcionar os efeitos do furacão em prejuízo desta ou daquela pessoa determinada, defendo também a tese de que a estrutura dos crimes de perigo abstrato só vale para incriminações que tomam bens jurídicos coletivos por objeto de referência, sejam eles verdadeiros ou falsos.

28. Vale notar, contudo, que a indeterminação das vítimas nos crimes de perigo ao mesmo tempo comum e concreto é apenas relativa, eis que, *ex post factum*, será sempre possível determinar quem estava e quem não estava no raio de perigo criado pela conduta. Aos olhos do legislador, no entanto, essa individualização das vítimas não é necessária para o aperfeiçoamento dos delitos de perigo comum, bastando a constatação de que a conduta do autor dirigia-se a um número indeterminado de pessoas e que, após sua execução, muitos dos que estavam em seu entorno de fato tiveram sua esfera de existência exposta a um perigo próximo à lesão.

No caso de falsos bens jurídicos, de que é exemplo o delito de embriaguez ao volante, o raio de perigo criado pela conduta proibida afeta de forma indistinta a vida e a integridade física de um número indeterminado de pessoas, que já não podem circular livremente ao lado do autor do delito sem expor a um perigo próximo à lesão seus bens jurídicos mais caros. Assim, para que se possa afirmar a existência de uma situação objetiva de perigo, da qual as demais pessoas sejam obrigadas a se afastar para preservar sua integridade individual, não basta a simples constatação de que a conduta é, em tese, perigosa, eis que extrapolado o limite máximo de concentração de álcool no sangue autorizado em lei. Tampouco é suficiente a mera constatação da potencialidade lesiva da conduta em concreto, consistente na alteração da capacidade psicomotora daquele sujeito específico. Mais do que a prática de uma ação desvalorada, o aperfeiçoamento do injusto pressupõe a transformação da realidade circundante, por meio da criação daquela espécie de furacão ou redemoinho de que fala Vargas Pinto, o que só ocorre quando o agente efetivamente perde o controle da condução do veículo, ainda que por curto espaço de tempo.[29]

Esse mesmo raciocínio vale para todos os demais tipos penais estruturados na forma de crimes de perigo abstrato. Incriminações desse tipo só serão legítimas na medida em que a conduta do agente importe numa transformação tal da realidade que qualquer pessoa que dele venha a se aproximar fique imediatamente exposta aos

29. De igual opinião, porém, analisando a legislação chilena: "(...) si empleamos él clásico ejemplo de conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo los efectos del alcohol o las drogas, la sola conducción con determinados niveles de alcohol u otras sustancias sicotrópicas o estupefacientes no es suficiente para atribuir responsabilidad penal. La atribución de esta conducta al tipo del artículo 115 A de La Ley 18.290 con relación al artículo 196 E y 196 C de la misma ley constituye el primer nivel de determinación de la responsabilidad penal. Se trata de la constatación de su tipicidad, con base en la valoración de una peligrosidad general de la conducta. Además de ese nivel de alcohol o del consumo de drogas, es necesario que las sustancias afasten las facultades del sujeto, pues su influencia es relativa. Una conducción semejante es peligrosa en concreto, al superar los límites del riesgo permitido. Interpretación que se condice con el inciso primero del artículo 115 B, que permite al tribunal considerar todos los medios de prueba para establecer el 'estado general' del conductor 'en relación con el control de sus sentidos'. Sin embargo, aunque supere posniveles de riesgo permitido, puede ser que no se afecte la seguridad del tráfico rodado si el conductor toma medidas adecuadas para ello, como una conducción lenta por calles sin mucho tránsito, respetando todas las demás reglas del tránsito. Para afectar el bien tutelado es necesario que el conductor cree con su conducta una situación de descontrol, al dejar de ser segura la dirección que realiza. Así, la pérdida de control del vehículo ha de ser concreción de la infracción del deber que el agente tenía que cumplir. De este modo, la falta de control del vehículo no debe ser concreción, por ejemplo, de la pérdida de un neumático, de alguna otra falla técnica o de la acción de un tercero" (VARGAS PINTO, Tatiana. Op. cit., p. 433).

efeitos perigosos de sua conduta, independentemente da realização de qualquer outro ato, seja do próprio agente, seja de terceiros. Por isso, fatos que, por si só, não sejam capazes de afetar bens jurídicos (delitos de acumulação) ou fatos que ainda dependem da prática de alguma conduta posterior para a transformação perigosa da realidade circundante (delitos de atentado) não preenchem os requisitos materiais mínimos de um injusto constitucionalmente fundado. Nesses casos, ainda não tendo sido criado o redemoinho que exterioriza a situação de perigo difuso para um número indeterminado de pessoas, impossível falar-se em incriminação legítima.

É verdade que, com relação a algumas figuras típicas, a avaliação a respeito da perda, ou não, do poder de controle do agente sobre os efeitos de sua conduta dependerá de uma análise mais aprofundada de todas as circunstâncias do caso concreto. A ocorrência do delito de tráfico de drogas, por exemplo, nem sempre exige que o autor do delito já tenha praticado atos de venda ou que esteja expondo a(s) substância(s) entorpecente(s) para a compra imediata de qualquer pessoa que se mostre interessada. Ainda assim, acredita Vargas Pinto ser possível falar na ocorrência do tal redemoinho de perigo nestes casos, desde que o conjunto de elementos objetivos e subjetivos presentes em cada caso concreto indique que a conduta do agente contribui efetivamente para a transformação do mundo externo, criando uma situação de perigo de tal forma descontrolada que qualquer pessoa possa acabar sendo por ela atingida, acaso venha a ingressar em seu raio de ação. A conduta de ter drogas em depósito, nesse sentido, pode, ou não, representar um resultado de perigo abstrato, tudo dependendo da quantidade e qualidade das drogas em questão, das condições e do local em que o sujeito opera, dos instrumentos e da matéria-prima por ele utilizados no fabrico e endolação, da quantidade de dinheiro movimentada, dos aparatos tecnológicos de comunicação e armamentos utilizados para a comercialização etc. Se, diante das circunstâncias do caso concreto, afirma a autora, se puder concluir que a conduta do acusado contribuía para a existência da situação de perigo difuso consistente no funcionamento do complexo e intrincado sistema de produção e distribuição de drogas ilícitas, então, pode-se dizer que a incriminação é válida por satisfazer o princípio da lesividade. Se, ao contrário, as circunstâncias do caso concreto não permitirem antever de que forma aquela conduta já importa numa transformação da realidade externa capaz de colocar em perigo concreto toda e qualquer pessoa que venha a se aproximar de seu raio de interferência, então a conduta deverá ser reputada materialmente atípica, por não afetar, nem mesmo de forma indireta, o bem jurídico vinculado à norma.[30]

Noutros casos, o risco envolvendo a realização da conduta típica é de tal forma elevado que fica difícil imaginar como a simples prática da conduta incriminada não

30. VARGAS PINTO, Tatiana. Op. cit., p. 394.

possa representar já uma transformação do mundo externo capaz de afetar gravemente todas as pessoas no entorno do agente. É o caso, por exemplo, do delito previsto no art. 22 da Lei 6.453/1977, que tipifica a conduta de "possuir, adquirir, transferir, transportar, guardar ou trazer consigo material nuclear, sem a necessária autorização". Ao contrário do que muitos sustentam, contudo, o único fundamento válido para uma incriminação nesses termos não reside na violação dos requisitos administrativos exigidos para a prática de uma atividade potencialmente perigosa, mas sim na evidência de que a simples existência de material nuclear em determinada localidade já transforma radicalmente a esfera de liberdade de todos que por ali transitam, sendo praticamente impossível imaginar uma hipótese em que tal tipo de conduta não fuja ao poder de controle do agente. Ainda assim, mesmo nos casos de condutas extremamente perigosas, o debate acerca dos efeitos provocados pela ação típica sobre a esfera de existência de terceiros não pode ser excluído do processo, nem tampouco transferida sua demonstração para a defesa do acusado, por meio da inversão do ônus da prova. Se, em determinados casos excepcionais, a formação do redemoinho de perigo é de tal forma evidente que a ninguém pareceria pertinente exigir do órgão de acusação a demonstração de sua ocorrência, em todas as demais situações, em compensação, havendo a menor dúvida de que aquela ação especificamente praticada tenha representado algum prejuízo, ainda que indireto, para outras pessoas, o debate em torno dos efeitos causais da ação sobre o entorno do autor torna-se indispensável para o devido processo legal, dependendo uma eventual condenação da efetiva demonstração de que a conduta praticada, não apenas era dotada de periculosidade, como também que contribuiu eficazmente para a alteração da realidade fática de forma prejudicial aos demais.

A disputa aqui, entre um modelo de injusto baseado na mera periculosidade da conduta e outro fundado na efetiva transformação perigosa da realidade social, não é meramente retórica. Ao contrário, é significativo o ganho em eficiência que esta nova forma de avaliar o conteúdo desvalorado de um ilícito penal proporciona àqueles imbuídos do propósito político-criminal de limitar a incidência do poder punitivo. No delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, por exemplo, a exigência de que a arma de fogo portada de forma ilegal esteja devidamente municiada é uma conclusão imposta, tanto pelo juízo *ex ante* de periculosidade, quanto pelo juízo *ex post* de efetiva criação de uma zona de perigo para terceiros. Nada obstante, para que se possa afirmar a ocorrência do tal resultado de perigo na forma de um redemoinho, é preciso mais do que o simples fato da arma estar municiada. Ao lado disso, é necessário convencer os interlocutores de que a simples circulação de pessoas armadas em via pública já constitui, por si só, uma situação de perigo que não pode ser inteiramente controlada pelo agente.

Assim, mesmo que não se possa descartar de plano a validade da incriminação de condutas anteriores à efetiva colocação de produtos potencialmente lesivos ao

alcance de terceiros, tal como ocorre, por exemplo, no ato de ter em depósito armas, drogas ou produtos medicinais adulterados, a exigência da formação do redemoinho de perigo para o aperfeiçoamento do injusto restringe as possíveis justificativas para a edição de tipos penais como estes a uma única hipótese: a convicção do legislador (e do julgador) de que, mesmo quando ainda não disponibilizado a terceiros, a mera existência desse tipo de material sempre representa um âmbito de risco para os demais, visto que, a qualquer momento, pode vir a atingir a esfera de proteção de um número indeterminável de pessoas. Até que medida esse tipo de raciocínio resiste a uma análise crítica diante de um auditório qualificado é uma questão que ainda precisa ser melhor enfrentada.[31] Uma coisa, no entanto, é certa: somente um modelo de injusto rigorosamente comprometido com o desvalor do resultado é capaz de expor o problema da legitimidade dos delitos de perigo abstrato de forma tão clara.

Mas o ganho hermenêutico proporcionado por este modelo explicativo dos delitos de perigo abstrato, conforme já dito, não se restringe aos tipos penais vinculados a falsos bens jurídicos coletivos. Também nos casos envolvendo bens jurídicos verdadeiramente coletivos é possível explicar como se pode satisfazer o princípio da lesividade mesmo diante de tipos penais que não fazem qualquer referência ao ingresso de terceiros no raio de ação do autor. O importante, em todo e qualquer caso, é ter em mente o vínculo que o bem jurídico, qualquer que seja ele, deve manter com a esfera de existência de pessoas concretas, sejam elas tomadas isoladamente ou como um grupo de indivíduos indistinguíveis. Assim, mesmo diante de bens jurídicos coletivos como o meio ambiente, por exemplo, o efeito da ação típica relevante para o direito penal não deve ser reduzido à mera alteração física sofrida pelo bem em si (a destruição da flora ou fauna, a poluição da atmosfera etc.). O que, de fato, importa são as repercussões dessa alteração física do bem jurídico sobre a esfera de existência de todas as demais pessoas indistintamente.

Por isso, não nos parece problemático afirmar que, nos crimes de poluição (art. 54), de pesca predatória (art. 34) ou de desflorestamento (art. 38), por exemplo, todos previstos na Lei 9.605/1998, a estrutura típica segue aquela mesma lógi-

31. É sintomática, no entanto, da fragilidade legitimadora desse tipo de incriminação, a enorme variação no tratamento jurídico que essas condutas sofreram e seguem sofrendo ao longo dos tempos. Se, até recentemente, o porte de arma era uma conduta considerada atípica em nosso ordenamento, passando a figurar como simples contravenção e, posteriormente, como crime, com imensa variação em sua escala penal, o tráfico de drogas, de tipificação ainda mais recente e atualmente equiparado aos crimes hediondos pela própria Constituição da República, já vem tendo sua legitimidade como delito seriamente questionada por um número crescente de juristas, criminólogos, médicos, políticos e estudiosos em geral.

ca de uma afetação indireta da esfera de existência das pessoas, na forma de um redemoinho de perigo, em que o ingresso de terceiros sempre ocorrerá ao preço de ver lesionadas ou, ao menos, postas em perigo concreto as condições pessoais mínimas para uma existência saudável. Nesse sentido, ainda que o tipo penal fale em "destruir ou danificar floresta", o delito ambiental não deve ser classificado entre os de dano propriamente dito, pois a repercussão externa da conduta típica sobre a esfera de existência das demais pessoas não se dá na forma de uma lesão, mas sim como uma restrição do espaço em que o ser humano pode existir de forma minimamente sadia.

Na verdade, a única peculiaridade dos delitos ambientais em relação aos demais crimes de perigo abstrato é que a transformação externa que afeta a esfera de existência das demais pessoas recai sobre trechos da realidade especialmente valorizados em nossa cultura, cujo vínculo com a sadia qualidade de vida de todos é reconhecido pela própria Constituição da República, em seu art. 225, *caput*. O redemoinho de perigo, por assim dizer, é formado exatamente pela degradação dos recursos naturais, culturais ou artísticos dos quais depende a existência humana.

Desta forma, independentemente do grau de afetação do meio ambiente exigido pelo respectivo tipo penal, as pessoas serão sempre atingidas pelo delito ambiental na forma de um perigo abstrato, ou seja, em função das restrições que aquela transformação da realidade impõe à sadia qualidade de vida de todos. Diante da clareira aberta na floresta, da extinção de uma espécie da fauna, da degradação da qualidade do ar, restam às pessoas apenas duas alternativas: ou se comprimem nas áreas ainda não (tão) degradadas, ou expõem sua vida e saúde a perigos concretos de lesão.

Mesmo naqueles tipos penais em que, excepcionalmente, o legislador condiciona a existência do delito ambiental à ocorrência de dano ou de perigo concreto à saúde humana, como é o caso do art. 54 da Lei 9.605/1998,[32] o que fundamenta a incriminação não é a afetação da saúde desta ou daquela pessoa individualmente, mas sim o decréscimo na qualidade de vida de todos provocado por um ato de poluição grave a ponto de atingir diretamente – e não apenas por via reflexa – a saúde de alguns. A lesão ou o perigo concreto de lesão à esfera de existência de pessoas individuais é, neste caso, apenas um parâmetro para avaliar a gravidade das transformações externas e, por conseguinte, o perigo que elas representam para a existência sadia de todas as demais pessoas, indistintamente. Não há dúvidas de que, assim agindo, o legislador acaba por transformar aquele delito ambiental específico em um crime de perigo concreto; mas o perigo próximo à lesão, neste caso, já não

32. "Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

se refere ao bem jurídico verdadeiramente coletivo (meio ambiente), e sim ao bem jurídico individual (saúde) de um número mais ou menos amplo de pessoas.

No caso dos delitos ambientais, a visualização da ofensa ao bem jurídico, na forma aqui explicada, é mais fácil de ser alcançada, haja vista a concretude do objeto sobre o qual recai a ação. Quando se está diante de tipos penais atrelados a bens jurídicos com alto grau de abstração, no entanto, como é o caso dos delitos de moeda falsa, com relação à fé pública, e de falso testemunho, com relação à administração da justiça, a coisa pode parecer um pouco mais complicada. Afinal, diante da própria natureza abstrata desses bens jurídicos, como avaliar os efeitos que a conduta típica provoca sobre eles?

Na opinião de Hefendehl, a resposta a essa indagação não pode ser dada com base em nenhuma das estruturas típicas tradicionalmente reconhecidas pela doutrina. Para esse autor, a impossibilidade conceitual, fática e jurídica de dividir bens jurídicos verdadeiramente coletivos (independentemente de seu grau de abstração) em partes e adscrever cada uma delas a indivíduos diversos inviabilizaria o estabelecimento de qualquer "causalidade lesiva real entre ação típica e bem jurídico", razão por que seria impróprio falar na ocorrência, seja de um dano, seja de um perigo (concreto ou abstrato) para tais bens.[33]

De fato, uma vez que se tomem os bens jurídicos verdadeiramente coletivos como entes com existência completamente desgarrada da esfera de existência das pessoas de carne e osso, fica realmente difícil explicar como uma conduta individual pode lesionar ou colocar em perigo, próximo ou distante, trechos da realidade sem qualquer expressão tangível, como a fé pública ou a administração da justiça. Afinal, a colocação em circulação de moeda falsa, por exemplo, lesa ou coloca em perigo a fé pública (ou a confiança que todos compartilham no curso forçado da moeda, para usar a definição do próprio Hefendehl)? No caso de colocar em perigo, esse perigo seria próximo ou distante da lesão? Mais do que isso, como demonstrar o ingresso da fé pública (*rectius* da confiança de todos) – assim, abstratamente considerada – no raio de ação do autor?

Conforme denunciado por Hefendehl, a maioria dos autores se aproveita da confusão existente entre verdadeiros e falsos bens jurídicos coletivos para sustentar a aplicação da estrutura dos delitos de perigo abstrato – que seria própria "das situações de risco para um número indeterminado de indivíduos" – também aos casos de afronta a bens verdadeiramente difusos.[34] Essa é uma solução que serve bem aos interesses daqueles que, fundando o injusto dos delitos de perigo abstrato ex-

33. Hefendehl, Roland. Op. cit., p. 73.

34. Idem, p. 72.

clusivamente no desvalor da ação, buscam se livrar do pesado ônus de demonstrar de que maneira uma ação individual pode afetar causalmente bens jurídicos tão espiritualizados quanto a fé pública ou a administração da justiça. Assim, se para a caracterização do delito de falso testemunho, por exemplo, basta a realização da conduta proibida, então pouco importa a discussão em torno de como se dá a afetação do bem jurídico neste caso específico. Ainda que se exija, no âmbito do desvalor da ação, que a conduta seja idônea para afetar a administração da justiça – v.g., por meio da demonstração de que a falsa declaração recai sobre ponto relevante do litígio –, isso ainda não é suficiente para explicar de que forma o bem jurídico em questão poderia ser atingido pela ação típica, de modo a justificar a decisão legislativa de incriminá-la.[35] O recurso à estrutura dos delitos de perigo abstrato seria, nesse sentido, somente uma estratégia para fugir das exigências impostas pelo princípio da lesividade, pois, no fundo, ninguém sabe dizer ao certo como os bens jurídicos verdadeiramente coletivos são afetados.[36]

Embora a crítica dirigida por Hefendehl à doutrina majoritária seja, em certa medida, pertinente, a mim parece que a incongruência por ele apontada entre a estrutura dos delitos de perigo abstrato e a incriminação de violações a bens jurídicos verdadeiramente coletivos não é de todo incontornável.

No que pertine aos delitos envolvendo bens jurídicos coletivos com baixo grau de abstração – como é o caso do meio ambiente –, já apontei como acredito ser possível descrever a estrutura típica dos crimes de perigo abstrato de modo a compatibilizar seu uso com esse tipo de afetação da esfera de existência de um número indeterminável de pessoas. Resta, agora, esclarecer como aquela mesma metáfora do tornado ou redemoinho serve para representar a afetação indireta de bens jurídicos tão abstratos quanto a fé pública ou a administração da justiça.

Para isso, é preciso lembrar que tais fatos institucionais não têm existência desgarrada das pessoas que os instituíram, sendo elevados à condição de bem jurídico

35. Nesse sentido, ainda a crítica de Hefendehl: "É analiticamente correto que se diga que, na tutela de bens coletivos, o desvalor do ato se ponha num primeiro plano em relação ao desvalor do resultado. Essa afirmativa se refere, contudo, apenas ao plano do tipo. O bem jurídico continua a ser o ponto de partida da incriminação. Isso significa que ainda é necessário demonstrar a conexão de idoneidade da proibição para proteger o referido bem" (idem, ibidem).

36. Para Hefendehl, nem a lesão nem o perigo concreto, e tampouco o perigo abstrato, seriam suficientes para explicar em que medida bens jurídicos verdadeiramente coletivos são afetados por condutas individuais. É por isso que ele propõe a identificação de algum tipo de "equivalente material", que cumpra o papel da causalidade real entre ação típica e bem jurídico nesses casos. Em sua opinião, "a ideia de cumulação, desenvolvida com base nos delitos ambientais e de corrupção, representa tal equivalente" (idem, p. 73).

apenas para evidenciar que muitos são os aspectos da vida social sem os quais a plena existência de qualquer ser humano seria simplesmente impossível. Quando se pratica uma conduta que atenta contra esses aspectos da vida social, portanto, o que se está atingindo, em última instância, não é este ou aquele *status* social propriamente dito, mas sim os indivíduos que dele se valem para o exercício pleno de suas capacidades.

De novo, a figura do clarão aberto pelo tornado ou redemoinho criado pelo agir espaçoso do autor é ilustrativa de como esse tipo de crime, mesmo tomando bens jurídicos altamente espiritualizados como objeto de referência, afetam a esfera de existência de todos indistintamente. É que, diante da crescente complexidade da sociedade em que vivemos, em que os vínculos intersubjetivos assumem, cada dia mais, um caráter anônimo, a confiança recíproca de que dependem os atos de comunicação entre os sujeitos precisa, muitas vezes, de uma contribuição normativa estatal que assegure a todos os participantes de determinados sistemas especializados o caráter correto, veraz e sincero[37] das mensagens enviadas por seus incontáveis interlocutores. Assim, no sistema de trocas baseado no dinheiro, por exemplo, a garantia estatal de que todo papel-moeda em circulação em determinado território tem curso forçado e equivale ao valor nele expresso permite aos indivíduos negociar sem que seja necessário conhecer a fundo a outra parte. Da mesma forma, num processo judicial, a garantia normativa de que os testemunhos colhidos correspondem ao relato sincero daqueles que os prestaram permite que todos os que venham a ser atingidos direta ou indiretamente pela decisão ao final prolatada aceitem como verdadeiros os fatos nos quais ela se baseou.[38]

37. Faço referência, aqui, aos três âmbitos que devem ser satisfeitos por um ato de fala (uma ação social) para que, segundo Habermas, possa ser classificado como agir comunicativo (HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 vols., vol. 1: Reason and the racionalization of society. p. 308).

38. É justamente esse alto nível de interdependência que há entre as pessoas e algumas instituições representativas do Estado democrático o que confere, segundo Juarez Tavares, dignidade penal a tais bens jurídicos: "(...) em face da complexidade da vida algumas funções vão se materializando, de tal modo que suas variáveis possam constituir uma realidade, ainda que puramente normativa, mas irredutível a simples grandezas, fato que as torna indispensáveis à existência do Estado ou do próprio indivíduo. Isso ocorre, por exemplo, com a administração da justiça, que é hoje uma função indeclinável do Estado democrático. A característica dessa função servir, indistintamente, a todos, no sentido de uma universalidade e sua vinculação à própria estrutura do Estado, dá-lhe estabilidade e a converte em bem jurídico, porque se constitui valor da pessoa humana" (TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 212-213). Em sentido mais ou menos próximo, Hefendehl também fala de alguns bens coletivos, como a administração da justiça, que, "como os bens individuais, acompanham a todo o momento a vida dos membros da sociedade" (HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 60).

Nesse contexto, os crimes de moeda falsa ou de falso testemunho não devem ser compreendidos como afetações lesivas ou perigosas da própria fé pública ou da administração da justiça como entes autônomos, mas sim como embaraços reais para o exercício do agir comunicativo de cada uma das pessoas que compõem o grupo social, ainda que ninguém chegue efetivamente a ingressar no raio de interferência da ação proibida. Assim, ao colocar em circulação moeda falsa ou ao prestar em juízo informações que sabe falsas, o sujeito altera a realidade social de uma forma que já não controla, pois todos aqueles que vierem a ter contato com os efeitos de sua ação acabarão tendo sua esfera de existência exposta a um perigo próximo à lesão ou, até mesmo, lesionada.

É claro que a norma incriminadora nesses casos, ao assumir a estrutura de delitos de perigo abstrato, não exige que esse contato direto, lesivo ou concretamente perigoso, entre o autor e alguma vítima determinada chegue efetivamente a ocorrer. Para o aperfeiçoamento do delito, basta que os efeitos lesivos da conduta realizada já tenham saído da esfera de controle do agente, de modo que, podendo atingir qualquer pessoa que com eles venha a se deparar, represente já uma limitação na esfera de livre determinação de todos indistintamente. Trata-se, como dito anteriormente em relação dos delitos ambientais, de uma afetação indireta ou *sui generis* do bem jurídico (*rectius*, das pessoas). Embora ninguém precise ser diretamente lesionado ou posto em perigo, é imprescindível que a conduta típica importe numa transformação do mundo externo que embarace, naquele tempo/espaço, a livre existência dos demais.

6. REPERCUSSÕES DO MODELO PROPOSTO NA ANÁLISE DA PUNIBILIDADE DA TENTATIVA

De acordo com o que foi dito acima, a estrutura típica dos delitos de perigo abstrato só se coaduna com condutas que afetem bens jurídicos coletivos, sejam eles verdadeiros ou falsos. Tratando-se de ofensas a bens jurídicos individuais, caberá ao legislador optar pela incriminação na forma de um delito de lesão ou na forma de um delito de perigo concreto, eis que somente nestes casos o agente pode dirigir sua conduta no sentido da afetação de um ou mais bens jurídicos determináveis.

Uma vez adotado esse modelo explicativo, impossível dizer que há um escalonamento quantitativo entre os crimes de perigo abstrato, de perigo concreto e de lesão, de modo que este último (o crime de lesão) seria expressão máxima do princípio da lesividade, o qual, por sua vez, teria no perigo abstrato o conteúdo mínimo de afetação de todo e qualquer bem jurídico.[39]

39. Essa forma de explicar os diversos tipos de injusto, cada dia mais difundida na doutrina, é defendida no Brasil por: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 222-223.

Segundo o ponto de vista que defendo, esse escalonamento quantitativo ou de intensidade existe somente entre os crimes de lesão e de perigo concreto, na medida em que ambos referem-se à mesma espécie de bens jurídicos: os bens jurídicos individuais. Os crimes de perigo abstrato, de sua vez, atingem os bens jurídicos de outra forma, de atacado, difusamente, e é exatamente por isso que sua estrutura não se presta a descrever ofensas que recaem sobre vítimas determinadas.

Essa diferenciação teórica traz consequências práticas importantes também no âmbito da punibilidade da tentativa.

É que, sendo a tentativa uma afetação parcial do bem jurídico, sua punição só será admitida quando a realização incompleta do tipo penal já importar, ao menos, na criação de uma situação de perigo para o bem jurídico.

Esse conteúdo mínimo do injusto na tentativa precisa ser menor do que aquele que é exigido pelo tipo para a consumação delitiva. Do contrário, não haveria porque punir de forma mais branda o delito tentado em relação ao delito consumado. Mas também não pode deixar de satisfazer o princípio da lesividade, que condiciona o exercício do poder punitivo, ao menos, à ocorrência de um resultado perigoso, ao lado do desvalor da ação.

Como, nos crimes de perigo, o conteúdo ofensivo exigido pelo tipo já é o mínimo com que se pode trabalhar a partir de uma concepção dualista rigorosa de injusto, a conclusão a que se chega é a de que não há tentativa punível para os crimes de perigo, sejam eles de perigo concreto ou de perigo abstrato. Se o perigo existiu, o crime já se consumou. Se o perigo não existiu, o fato não pode ser punido, por falta de lesividade.

Os crimes de lesão, estes sim, admitem, em tese, punição na forma tentada, caso o início da execução já importe na criação de um perigo para o bem jurídico. O perigo exigido para a punibilidade da tentativa nos crimes de lesão, no entanto, só pode ser o perigo concreto, pois apenas este pode ser compreendido e explicado como uma etapa no caminho da lesão de um bem jurídico determinado.

O perigo abstrato, de outro lado, uma vez compreendido como uma maneira peculiar pela qual são afetados bens jurídicos relacionados a um número indeterminável de pessoas, não pode ser tomado como etapa para a realização, quer dos delitos de lesão, quer dos delitos de perigo concreto. Por isso, sua estrutura não pode ser aproveitada como conteúdo mínimo para fundamentar a punibilidade da tentativa.

Um caso prático talvez ajude a compreender melhor essa distinção qualitativa que defendemos entre os crimes de perigo abstrato, de um lado, e os crimes de lesão e de perigo concreto, de outro. Um homicida invade a casa de seu desafeto com a intenção de matá-lo e, munido de uma arma de fogo, efetua disparos contra o leito vazio, uma vez que a vítima acabara de se levantar para ir ao banheiro. Nesta

hipótese, não parece razoável afirmar a existência de perigo próximo à lesão para a vida da vítima, que em momento algum chegou a ingressar no raio de perigo criado pelo disparo (afinal, nestas condições objetivas, ninguém esperaria que o resultado morte pudesse de fato ocorrer). Desta forma, tomando-se por base o bem jurídico individual vida, não há como falar-se em início da execução de um delito de homicídio, vez que a punibilidade da tentativa depende da efetiva colocação do bem jurídico individual em perigo, circunstância esta que em momento algum existiu. O que pode haver, na hipótese, é a ocorrência de outro delito subsidiário – o de disparo de arma de fogo em local habitado (art. 15 da Lei 10.826/2003) –, que toma como objeto de referência não a vida desta ou daquela pessoa determinada, mas sim a vida e integridade física de todos os que circulam por aquele local indistintamente e que têm sua liberdade de ação restringida pela criação de uma situação de perigo que já não é mais controlada pelo autor e que pode, a qualquer momento, vir a atingi-los, caso não adotem medidas protetivas adequadas (como a de se esconder até que os disparos cessem).

Assim, pode-se dizer que a lógica usada pelo legislador muda conforme a estrutura típica adotada para cada modalidade delitiva: nos crimes de lesão e de perigo concreto, o objeto de referência da norma é sempre uma (ou mais) pessoa(s) determinada(s), de modo que a avaliação acerca do início do perigo para o bem jurídico só pode ter por base os efeitos que a conduta produz sobre a esfera de existência do(s) indivíduo(s) visado(s); já nos crimes de perigo abstrato, o objeto de referência da norma é um grupo indistinguível de pessoas, cuja afetação só pode ser aferida na forma de uma limitação do espaço em que elas podem exercer plenamente suas capacidades comunicativas.

Uma vez aceita essa distinção, fica fácil compreender por que o conteúdo material dos tipos de perigo abstrato não pode ser explicado como um primeiro estágio de afetação do bem jurídico, uma simples etapa na realização de todo e qualquer crime, seja ele de lesão ou de perigo. Na verdade, as incriminações na forma de perigo abstrato representam uma maneira peculiar de afetação a que estão suscetíveis apenas os bens jurídicos coletivos, afetação esta que não passa de abstrata a concreta ou de perigosa a lesiva conforme se aproxime, casualmente, de algum bem jurídico individual. Nesse sentido, pode-se dizer que o conteúdo mínimo de um injusto penal depende sempre da natureza, individual ou coletiva, do bem jurídico afetado. Tratando-se de bem jurídico individual, só há conflitividade a partir do momento em que aquela(s) pessoa(s) determinada(s) ingressa(m) no raio de ação do autor, ficando exposta(s) a um perigo próximo à lesão. Tratando-se, por outro lado, de bem jurídico coletivo, há conflitividade na medida em que, independentemente do ingresso de terceiros em seu raio de ação, a perda do controle do agente sobre os efeitos perniciosos de sua conduta represente, por si só, uma transformação da esfera de existência de um número indeterminável de pessoas.

Isto posto, sendo o perigo, em sua forma abstrata ou concreta, a expressão mínima da conflitividade que fundamenta a existência do injusto penal, podemos concluir que, em nenhuma hipótese, se poderá admitir a existência de tentativa sem que se tenha criado, ao menos, uma situação de perigo para o bem jurídico. Como nos crimes de perigo – abstrato ou concreto, tanto faz –, a ocorrência do resultado perigoso já importa na própria consumação delitiva, então não há como admitir-se a punibilidade da tentativa nesses casos, uma vez que, não tendo o crime se consumado, não há ainda situação de perigo (leia-se, conflito) capaz de justificar a intervenção punitiva estatal.

7. CONCLUSÃO

É antiga a discussão doutrinária sobre a possibilidade de existirem, ou não, crimes sem resultado. Ao menos no Brasil, contudo, tal discussão não foi muito além de uma mera divergência terminológica.[40] A disputa entre naturalistas e normativistas foi superada a partir da duplicação, largamente difundida, do conceito de resultado para fins penais. De um lado, o resultado jurídico, consistente na afetação do bem jurídico, de outro, o resultado naturalístico, exigido em alguns tipos penais como condição para a consumação delitiva.

Essa multiplicação de conceitos fez com que as aparentes divergências cessassem. Mas o problema prático continuou existindo, ainda que sem a devida atenção da maior parte da doutrina: se é a ofensa ao bem jurídico o que permite afirmar a afetação do outro na execução do delito, então como constatar a existência do resultado jurídico quando a conduta de um não chega a produzir resultados (naturalísticos) sobre a realidade externa, afetando, assim, a esfera de existência de terceiros?

40. A contenda envolvendo a possibilidade, ou não, de haver crime sem resultado rendeu muita discussão no Brasil em meados do século passado. Em termos bastante resumidos, pode-se dizer que os autores dividiam-se em duas correntes: a dos naturalistas e a dos normativistas. Enquanto os primeiros defendiam que o termo resultado só deveria ser usado para descrever o fenômeno natural destacado da ação previsto em alguns tipos penais, os segundos acreditavam que a própria violação da norma jurídica já poderia ser considerada um resultado (jurídico), independentemente de qualquer efeito naturalísitico, de modo que, mesmo nos delitos de mera atividade, seria possível falar na ocorrência de um resultado jurídico. A questão, no fundo, resumia-se a uma divergência terminológica, já que ambas as correntes concordavam que alguns tipos penais não exigiam a ocorrência de um resultado naturalístico destacado da conduta e que, mesmo nestes casos, a ação teria repercussão jurídica. A única discrepância era se essa repercussão deveria, ou não, ser denominada de resultado. Acerca deste debate específico, vide: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 1968; e LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

Essa é uma indagação que continua em aberto e que toca um dos pilares de sustentação do direito penal tal como ainda o conhecemos: o princípio da lesividade.

No presente artigo, busquei apresentar um modelo de injusto capaz de conciliar a existência dos crimes de perigo abstrato com a observância rigorosa do princípio da lesividade, defendendo a ideia de que, mesmo nestes casos, deve haver, sempre, a ocorrência de um resultado externo que materialize (resultado naturalístico) a violação lesiva ou perigosa do bem jurídico (resultado jurídico).

Em última análise, o que defendi, aqui, é que a única resposta – para a pergunta sobre se é possível haver crime sem resultado – compatível com o princípio da lesividade é a negativa. De forma curta e direta: todo crime pressupõe a ocorrência de um resultado, que é, ao mesmo tempo, naturalístico e jurídico, necessariamente. Eventuais dificuldades de conciliação entre tipos penais aparentemente focados na mera prática de uma conduta proibida e o princípio da lesividade devem ser solucionadas, sempre, em favor deste último.

No caso dos crimes de perigo abstrato, o resultado naturalístico que materializa a afetação do bem jurídico também precisa existir para que se possa considerar a incriminação legítima. A maneira como se materializa esse resultado, no entanto, é diversa daquela observada nos crimes de lesão ou de perigo concreto, em que o ingresso de um ou mais bens jurídicos determinados (ou determináveis) no raio de ação do autor é condição para a ocorrência do delito, seja na forma consumada, seja na forma tentada. Como busquei demonstrar ao longo do texto, nos crimes de perigo abstrato, o resultado que caracteriza a afetação de um número indeterminável de pessoas possui características peculiares e se materializa no momento em que o agente perde o controle sobre os efeitos perigosos de sua conduta, transformando o tempo/espaço à sua volta num *locus* em que a aproximação de terceiros não pode se dar sem que algum elemento de sua própria condição de sujeito (bem jurídico) seja colocado ao menos em perigo concreto de lesão. Para usar uma ilustração gráfica, a execução de tais crimes cria no entorno do agente uma espécie de furação ou redemoinho, para o qual pode ser tragado um número indeterminável de bens jurídicos, acaso seus respectivos titulares não adotem as precauções necessárias e suficientes.

Assim, a legitimidade da incriminação de condutas na forma de perigo abstrato também depende da ocorrência de um resultado, consistente em fazer surgir no mundo externo uma zona de perigo análoga àquela formada por um furacão, sob os efeitos da qual ficam expostos bens jurídicos relacionados a um número indeterminável de pessoas.

Sendo ele a forma de afetação própria dos chamados bens jurídicos coletivos, defendo, ainda, que o perigo abstrato constitui o conteúdo material mínimo dos crimes de perigo abstrato, assim como o perigo concreto é o conteúdo material mínimo dos crimes de perigo concreto e dos crimes de lesão tentados. Assim, tra-

tando-se já de incriminações formadas pelo mínimo conteúdo material necessário, nem os crimes de perigo abstrato, nem os de perigo concreto admitem punição a título de tentativa, sob pena de igual violação ao princípio da lesividade.

O modelo aqui defendido, por certo, não está livre de críticas e pode não se ajustar com perfeição a todos os tipos penais em vigor em nosso ordenamento. Tal insuficiência, contudo, conforme tentei demonstrar ao longo do texto, aplica-se, igualmente, aos demais modelos explicativos do injusto penal com que trabalha a doutrina, os quais também não dão conta de compatibilizar todos os tipos de incriminação existentes com o princípio da lesividade, com especial destaque para os crimes de perigo abstrato.

Por fim, nunca é demais lembrar que a finalidade da dogmática penal não é a de encontrar argumentos que legitimem todas as incriminações existentes, mas, justamente o contrário, a de formular requisitos que limitem o exercício do poder punitivo, por meio da exposição dos vícios de legitimidade eventualmente existentes nos tipos penais. Por isso, eventual dificuldade em ajustar determinados tipos penais formalmente em vigor aos critérios de legitimidade do injusto, aqui defendidos, não deve funcionar, por si só e desde logo, como argumento em desfavor da tese, mas sim como comprovação de sua utilidade, tendo em vista os fins político-criminais a que se destina.

8. BIBLIOGRAFIA

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMOZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006.

CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 vols., vol. 1: Reason and the racionalization of society.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". *Derecho Penal. Obras Completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. t. III.

_____. Sistemática y límites de los delitos de peligro. *Revista Latinoamericana de Derecho*. ano V. n. 9-10. p. 157-181. Ciudad de México, jan.-dez. 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho penal. Parte general.* 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Crimes de trânsito.* São Paulo: Saraiva, 2000.

JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal.* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna.* Buenos Aires: Depalma, 1977.

LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no direito penal.* São Paulo: Bushatsky, 1976.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto.* Granada: Comares, 2001.

NINO, Carlos S. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito.* Buenos Aires: Astrea, 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1968.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general.* Madrid: Civitas, 2003. 2 t., t. I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.

SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción.* Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante.* Navarra: Thomson Aranzadi, 2007.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general.* 11. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 vols., vol. 2, t. I.

ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito.* Buenos Aires: Hamurabi, 1990.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiencias, de Claus Roxin – *RBCCrim* 65/9, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/901 (DTR\2007\185);
- La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la ciencia del derecho penal española y en la de los países iberoamericanos, de José Cerezo Mir – *RCP* 12/53 (DTR\2010\583); e
- Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no direito penal, de Bruno Moura – *RBCCrim* 87/7 (DTR\2010\858).

84674

O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO NO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

THE ISSUE OF CONSENT IN THE INTERNATIONAL TRAFFICKING IN PERSONS FOR THE PURPOSE OF SEXUAL EXPLOITATION

LUCIANA MAIBASHI GEBRIM

Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Especialista em Gestão da Investigação Criminal pela Academia Nacional de Polícia – ANP. Membro do Núcleo de Estudos de Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH. Delegada de Polícia Federal.
lucnei@bol.com.br

CRISTINA ZACKSESKI

Doutora em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília. Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal. Integrante do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança.
cristinazbr@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: A despeito da incorporação do Protocolo de Palermo ao ordenamento brasileiro, seguem as dificuldades enfrentadas pelo Sistema de Justiça Criminal no combate ao tráfico internacional de pessoas. Profissionais do sexo que migram para o exterior sem violência, fraude ou coação recebem tratamento de vítimas, enquanto a pessoa que é coagida, enganada ou submetida à exploração sexual no exterior é confundida com imigrantes indocumentados. O propósito deste ensaio é problematizar, por meio do estudo de caso, a irrelevância penal do consentimento no tráfico para fim de exploração sexual, oferecendo uma nova leitura de bem jurídico tutelado para o delito, ao mesmo tempo em que pretende analisar as implicações da ausência do consentimento sobre o tratamento dado pelo Sistema de Justiça Criminal à vítima desse crime.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de pessoas – Exploração sexual – Prostituição – Vítima – Sistema de Justiça Criminal.

ABSTRACT: Despite the incorporation of the Palermo Protocol to the brazilian law, follow the difficulties faced by the Criminal Justice System in combating international trafficking in persons. Sex workers who migrate abroad without violence, fraud or coercion receiving treatment of victims, while the person who is coerced, cheated or submitted to sexual exploitation abroad is treatment like undocumented immigrants. The purpose of this essay is to discuss, through the case study, the criminal irrelevance of consent in human trafficking for purposes of sexual exploitation, offering a new reading of the legal interest protected. At the same time, we intend to analyze the implications of the absence of consent on the treatment given by the Criminal Justice System to the victim of this crime.

KEYWORDS: Trafficking in persons – Sexual exploitation – Prostitution – Victim – Criminal Justice System.

GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristina. O problema do consentimento no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119. ano 24. p. 49-74. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O tráfico de pessoas e o problema do consentimento: 2.1 Prostituição voluntária, mas exercida em condições análogas à de escravo, e prostituição forçada: 2.1.1 Caso S.: prostituição voluntária; 2.1.2 Caso R.O.: prostituição voluntária, mas em condições degradantes; 2.1.3 Caso Maria Bonita: prostituição forçada; 2.1.4 Análise dos casos apresentados; 2.2 Estereótipos, represálias e deportação: a vitimização secundária: 2.2.1 Mulher, deportada de Lisboa; 2.2.2 "Trans", deportada de Milão; 2.2.3 A deportação como mecanismo de violência estatal – 3. Considerações finais – 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O consentimento da profissional do sexo que trabalha no exterior é penalmente relevante para a configuração do delito de tráfico internacional de pessoas? De acordo com a legislação brasileira, não. Embora o art. 231 do CP brasileiro, que prevê o delito de tráfico internacional de pessoas, tenha sofrido modificações nos anos de 2005 e 2009,[1] o consentimento continuou sendo irrelevante para se identificar uma situação de tráfico, mesmo se tratando de pessoa maior de idade. Basta a ação (promover ou facilitar a entrada ou saída) e o fim (exercício de prostituição ou outra forma de exploração sexual) para a configuração do tipo penal. Da mesma forma, o meio empregado (violência, grave ameaça ou fraude) não é elemento constitutivo do tipo penal, mas sim causa de aumento de pena.

A legislação penal brasileira continua restringindo o tráfico internacional de pessoas às hipóteses de deslocamento internacional para fins de exploração sexual e/ou prostituição. Todos os que recebem algum tipo de ajuda para trabalhar na indústria do sexo no exterior, em tese, são vítimas do tráfico de pessoas, ainda que não venham a sofrer qualquer tipo de exploração sexual ou a suportar condições análogas a de escravo.

A exploração sexual é presumida na prostituição e a supressão da voluntariedade é justificada com base em um suposto abuso da posição de vulnerabilidade da pessoa que optou pelo exercício da prostituição no exterior. A profissional do sexo que decidiu sair do país, onde já exercia a prostituição, para buscar melhores condições remuneratórias no exterior, é confundida com a vítima do tráfico, aquela que é coagida, enganada e explorada sexualmente.

Ao desconsiderar o consentimento da profissional do sexo maior de 18 anos que trabalha no exterior, a legislação penal brasileira caminha em sentido contrário ao

1. Nos anos de 2005 e 2009, o crime de tráfico de pessoas previsto no art. 231 do CP brasileiro sofreu alterações. Em síntese, a Lei 11.106/2005 substituiu a palavra "tráfico de mulheres" por "tráfico de pessoas", enquanto a Lei 12.015/2009 modificou o nome do Título VI da Parte Especial do Código Penal, que passou a ser "Dos crimes contra a dignidade sexual", acrescentando a finalidade do tráfico internacional para fins de exploração sexual.

GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristina. O problema do consentimento no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119. ano 24. p. 49-74. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

atual entendimento adotado pela Organização das Nações Unidas sobre o assunto – no Protocolo de 2000 para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional[2] (Protocolo de Palermo) –, optando pela linha adotada pelo primeiro tratado das Nações Unidas sobre o tema – a Convenção de 1949 para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem.[3]

Os primeiros tratados específicos sobre o tema, o Acordo Internacional de 1904[4] para a Supressão do Tráfico de Mulheres Brancas e a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Escravas Brancas de 1910,[5] lidavam com um conceito de tráfico relacionado ao recrutamento de mulheres e meninas brancas para finalidades imorais no exterior. Posteriormente, sob o patrocínio da Liga das Nações Unidas, foram concluídos mais dois tratados de tráfico, a Convenção de 1921[6] para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e a Convenção Internacional de 1933 para a Repressão do Tráfico de Mulheres.

As citadas convenções ampliaram a compreensão do tráfico para inclusão de crianças e para a eliminação da conotação racial. Com a Convenção de 1933,[7] a coação da vítima maior de idade, que até então era exigida para a configuração do crime, torna-se irrelevante. O aliciamento de menores e adultas para fins de prostituição no exterior é crime, independentemente do consentimento.

O primeiro tratado das Nações Unidas sobre o tráfico de pessoas foi a Convenção de 1949 para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem. Embora tenha adotado uma linguagem mais neutra, referindo-se a "pessoas" em vez de mulheres e/ou crianças, ainda estava preocupada com o tráfico para fins de prostituição, independentemente do consentimento da "vítima", mantendo o foco diretamente sobre mulheres e crianças.

2. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, adotado em Nova York em 15.11.2000.
3. Convenção para Supressão do Tráfico de Pessoas e Exploração da Prostituição de Outrem, 25.03.1950 [doravante, Convenção de 1949].
4. Acordo Internacional para a Supressão do Tráfico de Brancas, 18.05.1904, alterado pelo Protocolo aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas a 03.12.1948.
5. Convenção Internacional Relativa à Supressão do Tráfico de Brancas, 04.05.1910, alterada pelo Protocolo acima mencionado.
6. Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, 30.09.1921, alterada pelo Protocolo aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas a 20.10.1947.
7. Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres Adultas, 11.10.1933, alterado pelo Protocolo anterior.

A prostituição era caracterizada como "incompatível com a dignidade e o valor da pessoa humana",[8] colocando em "perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade".[9] Os Estados eram obrigados a punir todos aqueles que explorassem a prostituição de outrem, mesmo com o consentimento dessa pessoa.

O Protocolo de Palermo veio a alargar o conceito de tráfico internacional de pessoas, abrangendo, além da exploração sexual, no mínimo a exploração do trabalho análogo ao de escravo, a servidão involuntária e a remoção de órgãos, oferecendo a primeira definição internacional do tráfico de pessoas em seu art. 3.º.[10]

Nos termos do Protocolo de Palermo, o consentimento da vítima do tráfico de pessoas será considerado irrelevante, se qualquer um dos meios previstos no art. 3º (ameaça, uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade) estiver presente, reconhecendo, assim, um grau de escolha individual ou autodeterminação dentro do contexto do tráfico.[11]

A hipótese do artigo segue a linha adotada pelo Protoloco de Palermo, especialmente no que diz respeito à questão do consentimento penalmente relevante para a configuração do delito de tráfico internacional de pessoas. O objetivo do trabalho é oferecer uma nova leitura de bem jurídico tutelado para o delito, o que implica, diretamente, a reconsideração das ações puníveis sob o tipo em questão e, por consequência, a exclusão de certo tipo de profissional do sexo (a que não trabalha em condições degradantes, e nem à força) do âmbito material de sua tutela penal.

Observar-se-á de que modo a dinâmica de funcionamento do Sistema de Justiça Criminal (SJC), incluindo as suas normas, as suas instituições e os indivíduos que nele atuam, pode agravar as situações problemáticas com as quais procuram lidar, isto é, o SJC como parte do problema e não da solução.

---

8. Convenção para Supressão do Tráfico de Pessoas e Exploração da Prostituição de Outrem, 25.03.1950 [doravante, Convenção de 1949].
9. Idem.
10. O artigo terceiro (a) do Protocolo de Palermo define o tráfico de pessoas como: "(...) o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou o acolhimento de pessoas recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou de outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade, ou de situação de vulnerabilidade, ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. Exploração inclui, pelo menos, a exploração de prostituição ou outras formas de exploração sexual, de serviços ou trabalhos forçados, de escravatura ou práticas semelhantes à escravatura, servidão ou à extração de órgãos".
11. No caso de menor de 18 anos, o consentimento é considerado irrelevante.

2. O TRÁFICO DE PESSOAS E O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO

Para os países que adotaram a definição do Protocolo de Palermo, o crime de tráfico de pessoas exige a ausência de consentimento válido ou, ainda que inicialmente válido, que posteriormente tenha deixado de ser, quer por engano, quer por fraude ou por coação. Na legislação penal brasileira, no entanto, o consentimento válido da vítima maior de idade é irrelevante para caracterização do tráfico de pessoas. Isso implica que, enquanto no Brasil a pessoa que recebe ajuda para trabalhar como prostituta no exterior é potencialmente uma vítima do tráfico de pessoas, no estrangeiro, ela nada mais é do que uma imigrante em situação irregular, sujeita à devolução.

A *Pestraf – Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil*[12] assinala que a maior parte das vítimas brasileiras traficadas para o comércio de sexo é composta de mulheres adultas, cujo principal destino internacional é a Espanha. Desde 2004, Adriana Piscitelli[13] realiza pesquisas sobre deslocamentos de brasileiras no eixo Brasil-Espanha, vinculados ao mercado transnacional de sexo e ao casamento, especialmente em Barcelona, Madri, Bilbao e Granada. Entretanto, relata que é extremamente difícil encontrar brasileiras que se consideram vítimas do tráfico de pessoas, particularmente do tráfico com fins de exploração sexual.

O tráfico de pessoas é um fenômeno cronicamente subnotificado. Dentre as causas da subnotificação, os atores estratégicos entrevistados na *Pesquisa Enafron – Diagnóstico sobre Tráfico de Pessoas nas Áreas de Fronteira* – citam os seguintes: o aparato estatal deficitário e a cultura leniente com certas violações, sobretudo trabalho escravo e exploração sexual (representante da Gesfron em Rondônia); a tolerância tácita a essa problemática em regiões fronteiriças (PF no Paraná); não formalização de denúncias pelas pessoas traficadas, seja porque não se consideram vítimas, ou pelo fato de ver no explorador um aliado, na medida em que têm seus interesses econômicos atendidos (PF no Rio Grande do Sul); e a ausência de denúncias por parte de familiares das vítimas (Secretaria da Polícia Civil Pública do Acre), "acentuando a falta de informações que poderiam colaborar com as investigações e, consequentemente, com a repressão ao tráfico de pessoas".[14]

12. LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org.). *Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial – Pestraf: Relatório Nacional – Brasil*. Brasília: Cecria, 2003.

13. PISCITELLI, Adriana. Procurando vítimas do tráfico de pessoas: brasileiras na indústria do sexo na Espanha. *REMHU*. vol. 37. p. 11-26. Brasília, 2011.

14. SNJ. *Pesquisa Enafron: diagnóstico sobre tráfico de pessoas nas áreas de fronteira*. Brasília: SNJ, 2013. p. 134. Disponível em: [file:///C:/Documents%20and%20Settings/dpf.adm/

De todas as causas citadas, chama atenção deste estudo a ausência de denúncias por parte das pessoas traficadas e de seus familiares. As trabalhadoras do sexo, em regra, não se reconhecem como vítimas do tráfico de pessoas, inclusive aquelas "que passaram pelo processo de pagamento de dívidas em *clubs* e apartamentos voltados para a prostituição, sendo vigiadas ao longo dele".[15] Na literatura, há várias explicações para que essas mulheres não se reconheçam como vítimas. As causas mais comuns são: o medo de represálias dos grupos criminosos organizados; a situação de exploração por um longo período que acaba construindo uma dependência psicológica em relação aos exploradores; o não reconhecimento de que a situação em que se encontram constitui um crime contra elas próprias; o temor de que suas famílias descubram a atividade desempenhada no exterior; a associação do tráfico a imagens de cárcere/escravidão, que faz com que as pessoas que não tiveram experiências extremas de cerceamento de liberdade e de violência não se considerem vítimas etc.[16]

Nessa pesquisa trabalhamos com duas hipóteses: (1) a pessoa "aliciada" não é realmente vítima, pois não se identifica com as situações de cárcere/escravidão disseminadas na mídia e nas campanhas de prevenção ao tráfico de pessoas; (2) a falta de denúncia deve-se ao chamado processo de "vitimização secundária", que envolve não só o medo de represálias por parte dos traficantes, mas também o tratamento que a vítima receberá do SJC.

Em nosso entendimento, o bem jurídico protegido pelo legislador brasileiro no delito de tráfico internacional de pessoas é a dignidade sexual, e não a "moral pública sexual". Assim como Guilherme Nucci, inferimos que se busca proteger com a criminalização do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual "a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência".[17]

A opção político-criminal pela desconsideração do consentimento da vítima no tráfico de pessoas é perfeitamente legítima tratando-se de crianças, adolescentes, enfermos mentais e de sujeitos que, por alguma razão, encontram-se impossibilitados de manifestar validamente sua vontade. Nesses casos, a postura paternalista se justifica, seja em razão da ausência de maturidade (crianças e adolescentes), seja

---

Meus%20documentos/Downloads/Pesquisa_%20enafron_202x266mm_1710_19h00_WEB.PDF]>. Acesso em: 20.02.2014.

15. PISCITELLI, Adriana. Op. cit., p. 12.

16. Idem, ibidem.

17. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 14.

porque a pessoa não tem discernimento para tomar uma decisão livre e consciente (enfermos mentais), seja porque se encontra sob o efeito de drogas ou submetida a algum de tipo de coação ou ameaça (ausência de consentimento válido).

Fala-se nesses casos de um paternalismo débil ou leve, em que não há oposição entre o propósito beneficente e o respeito à autonomia individual, haja vista a ausência de autonomia dos sujeitos protegidos. No paternalismo débil ou leve, a pessoa é protegida "de suas próprias decisões potencialmente prejudiciais involuntárias que, ao não serem fruto de sua livre decisão, são como um comportamento estranho ou alheio e, por isso, podem ser consideradas como um dano provocado por um terceiro".[18]

Joel Feinberg[19] distingue dois casos de incidência do paternalismo jurídico: para evitar um dano a terceiros (*harm to others principle*) e para evitar que o indivíduo cause um dano a si mesmo (*harm to self*). O paternalismo legal propriamente dito, censurável pelo autor, é aquele que ocorre quando o Estado interfere na autodeterminação e na autonomia da vontade de adultos capazes, forçando-os a agir ou deixar de agir de determinadas maneiras para seu próprio bem, sem importar com os seus desejos na matéria. Neste caso, estar-se-á diante de um paternalismo duro ou forte.

De acordo com Dworkin,[20] embora a autoproteção e a prevenção de lesão a terceiros possam, às vezes, ser garantias suficientes para interferir na liberdade de alguém, o bem da própria pessoa nunca é razão suficiente para intervir em sua liberdade. Dworkin[21] define o paternalismo como a "interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, benefício, felicidade, necessidades, interesses ou valores da pessoa coagida".

Essa interferência incide tanto sobre a liberdade do próprio sujeito que se quer proteger, como pode se dirigir ao terceiro que, de alguma forma, concorre ou participa para promoção do comportamento que a medida paternalista busca evitar. Na primeira situação, "paternalismo puro" para Dworkin ou "paternalismo direto" para Feinberg, "as classes de pessoas cuja liberdade é restringida por meio da amea-

18. CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. Direito penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. In: BORGES, P. C. C. (org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2013. Série Tutela Penal dos Direitos Humanos. n. 3. p. 67.

19. FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University, 1986. vol. 3.

20. DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (ed.). *Philosophy of law*. California: Dickenson, 1975.

21. Idem, p. 230.

ça de punição é idêntica à classe de pessoas cujo benefício se pretende promover com tais sanções".[22]

Na segunda situação, "paternalismo impuro" para Dworkin ou "paternalismo indireto" para Feinberg, "o pedido de uma das partes (ou seu consentimento para) a ação da segunda parte não dá à segunda parte licença para fazer o que a primeira parte quer (ou está desejando) que seja feito. Se a segunda parte, apesar disso, executa o acordo, então ela terá violado a lei e será punida".[23]

A diferença entre o *harm to other principle* e o paternalismo indireto está no consentimento: o "princípio do dano a outros" proíbe A de aplicar uma droga danosa em B sem o seu consentimento, mas permite A dar ou vender uma droga perigosa a B com o seu consentimento, enquanto o paternalismo indireto proíbe A de dar uma droga perigosa a B com ou sem o seu consentimento.[24]

O crime de tráfico internacional de pessoas, tal como previsto no *caput* do art. 231 do CP brasileiro, assenta-se em razões manifestamente paternalistas e moralistas. Fundamenta-se na ideia de que "a prostituição é ruim (fundamento moralista)" e busca "impedir que alguém se torne uma prostituta, para seu próprio bem (paternalismo indireto)".[25] Se, do ponto de vista filosófico, a limitação da autonomia individual da pessoa maior de 18 anos e capaz, para seu próprio bem, não se justifica, do ponto de vista estritamente jurídico, também não.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 aponta manifesta opção pelo Estado de Direito Democrático. O limite político-criminal de atuação do Estado é a dignidade da pessoa humana. No caso do tráfico de pessoas, especialmente após as reformas introduzidas pela Lei 12.015/2009, a dignidade humana se expressa na autodeterminação sexual. Neste contexto, não é possível desprezar a manifestação de vontade da "vítima", pois o consentimento é "a principal expressão da liberdade e da autonomia individual".[26] "Mais que uma nova perspectiva dogmática ou uma necessidade político-criminal, a influência do consentimento à teoria do delito é uma questão constitucional, pois se baseia na dignidade da pessoa humana."[27]

---

22. FEINBERG, Joel. Op. cit., p. 9.
23. Idem, ibidem.
24. Idem, p. 10.
25. ESTELITTA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia.* vol. 56. n. 227. p. 340. jul.-ago.-set. 2007.
26. DE LUCA, Heloíza Meroto. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.* vol. 100. p. 745. jan.-dez. 2005.
27. Idem, p. 741.

Se a pessoa permite que terceiros tenham ingerência em seus bens juridicamente relevantes, a responsabilidade penal do ofensor deve ser diminuída ou excluída, pois a conduta deste último decorre de expressão da autonomia da própria vítima, que foi quem incrementou seu risco, autocolocando-se em perigo. O consentimento válido da vítima gera, ao mesmo tempo, sua autorresponsabilidade e a não responsabilidade penal do agente.

Para que o consentimento não seja nulo, três requisitos devem estar presentes: existência, validade e eficácia. O consentimento depende para sua existência da presença do ofendido, do ofensor, da ingerência em um bem juridicamente relevante pelo ofensor e da manifestação de aquiescência, pelo ofendido, sobre esta ingerência. A validade está relacionada à imputabilidade penal, ou seja, à capacidade natural de discernimento, por parte do ofendido, do caráter criminoso da conduta realizada pelo agente, e à necessidade de que a vontade seja produzida e manifestada sem vícios (erro, coação e fraude).[28] No caso de tráfico de pessoas, o abuso de autoridade e o abuso de uma situação de vulnerabilidade são somados aos requisitos de validade.

A eficácia, por sua vez, diz respeito à disponibilidade do bem jurídico objeto da lesão. O consentimento somente será eficaz quando recair sobre um bem totalmente ou parcialmente renunciável. No último caso, a análise das circunstâncias concretas (importância social do bem tutelado, gravidade da lesão, estado em que se encontra o bem, a finalidade da disposição etc.) é que irá autorizar ou não a renúncia pelo ofendido. Embora controversa a definição do que é um bem jurídico disponível, filiamo-nos à corrente que entende que bem jurídico disponível é "aquele em que seu titular pode abrir mão como exercício de sua autonomia, sem causar lesão a terceiros".[29]

Quanto a não responsabilidade do agente, há duas teorias sobre a questão, a dualista e a monista. A dualista, de forma geral, caracteriza-se por um consentimento bipartido (acordo e consentimento): o consentimento excludente do tipo e o consentimento excludente da antijuridicidade. Baseada na tese elaborada por Geerdes, em 1953, o acordo jurídico-penal válido exclui o tipo, pois a ausência de concordância do titular do bem jurídico ofendido integra o tipo, como, ocorre, por exemplo, no crime de invasão de domicílio (art. 150 do CP).[30]

28. Idem, ibidem.

29. RODRIGUES, Thaís de Camargo. *O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. São Paulo, USP, 2012, p. 168.

30. DE LUCA, Heloíza Meroto. Op. cit.

Já o consentimento excludente da antijuridicidade ocorre nos casos em que, apesar do dissenso da vítima não figurar como elemento integrante do tipo, o titular do bem jurídico disponível protegido renuncia à sua tutela. Há um conflito entre o interesse pessoal, com supedâneo na autonomia do indivíduo, e o interesse social, com fundamento no valor público do bem tutelado, a ser resolvido com base no princípio da ponderação de valores.[31]

A teoria monista, por sua vez, não faz qualquer distinção entre acordo e consentimento. Para os defensores dessa corrente, o consentimento exclui o tipo, pois coloca o bem jurídico fora da área de tutela penal, não havendo que se falar em lesão.[32]

Para efeitos desse trabalho, adotaremos a teoria monista. Tal como Claus Roxin,[33] entende-se que a principal função dos bens jurídicos é garantir o desenvolvimento do indivíduo, ou seja, a sua capacidade de disposição de bens, e não os bens em si mesmos considerados (bem em espécie). Na medida em que o titular do bem jurídico consente livremente em sua disposição, não há que se falar em desvalor do resultado e, tampouco, da ação.

No tráfico internacional de pessoas, se a pessoa livremente consente que terceiro lhe promova ou facilite a saída do país para exercer a prostituição no exterior, o resultado lesivo (prostituição) não poderá ser imputado ao consentido, pois o tipo protege antes a liberdade de disposição da dignidade sexual do que a dignidade sexual propriamente dita. Neste caso, estar-se-á diante de uma heterolesão mediante o consentimento da vítima, na qual esta última se autocoloca em risco, razão pela qual a lesão ao bem jurídico pessoal é apenas aparente.

À luz da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1985: "Entende-se por 'vítimas' as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que prescreve o abuso criminal de poder".[34]

O conceito acima pressupõe um ato de violência (física ou mental), produzido por terceiros, contra valores jurídicos relevantes previamente consagrados no orde-

31. Idem.

32. Idem.

33. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2001.

34. Disponível em: [www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhuniversais/dhaj-AplicDeclaracaoVitimas-LXXV.html]. Acesso em: 10.02.2014.

namento jurídico, que traz como consequência o sofrimento da vítima. Se a pessoa pede a terceiro que lhe auxilie a migrar para o exterior para exercer a prostituição, tal pessoa não se enquadra no conceito de vítima, haja vista que, neste caso, não houve um ato ilegítimo de negação da sua própria vontade.

Conforme Alberto Peixoto,[35] "a violência consiste num comportamento de afirmação ilegítima de uma vontade por via da comunicação persuasiva, verbal ou não verbal, sobrepondo-se à vontade do outro". Sendo a violência um ato ilegítimo da imposição de vontade de um sobre outro, então vítima é "o indivíduo que foi alvo de um acto ilegítimo de negação da sua própria vontade".[36]

Sob a perspectiva jus-psico-sociológica, Peixoto define vitimização como "todo o atentado de forma directa ou indirecta por um ou vários agressores contra uma ou mais vítimas de forma a produzir um efeito contrário à vontade legítima de livre autodeterminação de um ser humano".[37]

2.1 *Prostituição voluntária, mas exercida em condições análogas à de escravo, e prostituição forçada*

Neste item serão analisadas algumas situações-problemas reais, produzidas a partir de investigações empíricas desenvolvidas pela Asbrad,[38] por pesquisadores da Pestraf[39] e pela *Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública* da FGV/Edesp.[40] A partir do estudo de caso, almeja-se identificar a vítima do tráfico de pessoas para fim de exploração sexual, sob a perspectiva teórica do paternalismo jurídico-penal e vitimodogmática.

35. PEIXOTO, Alberto da Costa Ribeiro. *Propensão, experiências e conseqüências da vitimização: representações sociais*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Lisboa, Universidade de Lisboa, 2012. p. 27.

36. Idem, ibidem.

37. Idem, p. 31.

38. Pesquisa resultado da experiência de atendimento a mulheres e "trans" brasileiras, deportadas e inadmitidas, voltada principalmente para vítimas do tráfico de pessoas, pelo Posto de Atendimento Humanizado aos(às) Migrantes do aeroporto internacional de São Paulo, em Guarulhos, entre dezembro de 2006 e dezembro de 2007.

39. Referente ao Primeiro Relatório Nacional sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de exploração comercial no Brasil, publicado em julho de 2003.

40. RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio; TERESI, Verônica Maria. Sonhos de liberdade, vidas traficadas. O fluxo de atenção/atendimento às vítimas brasileiras de tráfico de pessoas encontradas/libertadas na Espanha. *Casoteca DIREITO GV*. São Paulo, 2007. Disponível em: [http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/narrativa_final_trafico_mulheres.pdf]. Acesso em: 05.02.2014.

2.1.1 Caso S.: prostituição voluntária

S., 34 anos, residente no Rio de Janeiro, divorciada, cursando, em 2001, o 3.º período de Psicologia e 1.º período de Direito, profissão "*striper* e garota de programa", condição socioeconômica "não especificada", trabalhou no mercado sexual em vários países, incluindo Espanha, faz trabalho voluntário em uma ONG. "Já fiz de tudo um pouco. Já fui garçonete, subgerente de restaurante, babá, acompanhante de idoso, secretária (...) Na prostituição, até hoje, eu somo 10 anos. Porém, desses 10 anos, eu só trabalhei 3 anos e meio. Eu paro, volto, paro, volto... (...) Nunca gostei de trabalhar com carteira assinada! (...) Eu pago minha autonomia... (...) Eu quero me aposentar antes dos 60. Gosto de me vestir bem, de comer bem, mas procuro economizar o máximo possível! Até porque não vou ter esse corpinho, essa carinha para sempre!."[41]

Por meio de "colegas da noite", ficou sabendo da possibilidade de trabalhar como prostituta no exterior. De forma livre e consciente, procurou saber o que precisava fazer para inserir-se no esquema, pois queria ganhar dinheiro e conhecer outros países. Viajou com um contrato previamente assinado para "trabalhar" por três meses e ganhar US$ 18.000,00. Deste total, cerca de três a quatro mil dólares seriam descontados para cobrir gastos com passagem, alimentação e estadia. Seu relato sobre este processo é o que segue: "A minha primeira viagem demorou dois meses e meio por causa de passaporte, visto... estas coisas. A partir do momento que eu estava com o passaporte, as outras viagens foram mais rápidas! Até porque o visto mais complicado é para os EUA e para isso eu não preciso, eu não quero ir, eu não faço questão. E outra: eu consigo visto fácil para Europa, porque tenho cidadania portuguesa. Eu quis manter meu padrão de vida, o padrão que eu sempre tive com a minha mãe... foi a posição mais econômica possível (...) A primeira viagem que eu fiz foi estranho, né! Eu estava num país que não falava a minha língua; eu não tinha os meus amigos, a minha família! Mas foi bastante proveitosa! Eu sabia exatamente o que estava indo fazer... prostituição, que eu também faço aqui. Até vale a pena, para nós que vivemos aqui no Brasil. Quando, aqui no Brasil, você ganha US$ 6,000 por mês? Pois os contratos de show eram de US$ 6,000 por mês! (...) Eles descontam US$ 1,000 todo mês, que é a despesa da passagem e da alimentação. O que eu acho que é errado, mas, ao mesmo tempo, é justo. É que eles cobram de três a quatro mil dólares para passagem de ida e volta. É justo porque, para assinar o contrato, tem que estar com a passagem na mão, para poder marcar a data. E para você pagar do seu bolso, você tem? É mil e quinhentos a dois mil dólares para viajar! Ele cobra a mais, muito mais do que ele gasta realmente. Para Espanha

41. O caso relatado nesta subseção foi retirado da Pestraf (LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org.). Op. cit.).

tá em torno de US$ 1,700, por aí. Se eu for pela agência, eu pago US$ 4,000, mas eu também não tenho pra ir sozinha".[42]

Não relata qualquer tipo de regime análogo à escravidão, alegando que era livre para sair, passear, desde que, no horário acertado, estivesse de volta: "Fazia cinco refeições diárias, tinha toda liberdade pra passear, fazer o que quisesse, desde que, na hora combinada, estivesse de volta. O nosso trabalho é de 22h às 4h. É tipo um horário padrão! Então, até às 21h, eu tenho toda a liberdade... passeava pela cidade, ia em museus para saber a história da cidade, como que aquilo surgiu".[43]

Demonstra autodeterminação e participação ativa no processo migratório: "Já rodei muito, já viajei muito, conheço esse Brasil quase todo! Depois saí. Fui para fora trabalhando com prostituição. Eu já fui ao Japão, em Tóquio especificamente; na Espanha, em Madri; em Milão, na Itália; em Frankfurt, na Alemanha; na Holanda... Quando vou para Portugal, não é para prostituição, é a passeio, porque tenho família lá".[44]

Considera normal a condição de trabalho no exterior, não se sentindo explorada, tampouco enganada: "Violência, (já sofri) duas vezes aqui no Brasil. Lá fora, nunca! E nem me senti explorada! Tem um contrato... Se você não cumpre a sua parte, não pode exigir que a outra cumpra a parte dela. Apartamento à disposição, era só na Alemanha e no Japão. Nos outros, você fica no local ou você aluga por conta própria, se quiser ficar isenta dos descontos, ou dentro daquele valor que eles estipulam para desconto. Sempre cumpri os contratos e fiquei por três meses. Mas há possibilidade de progressão e aí... ou você retorna ao Brasil ou você consegue renovar o visto para ficar mais três, seis meses (...)".[45]

Diz não acreditar na existência de máfias para fins sexuais de mulheres adultas, a não ser "no meio do mato, na Amazônia, em Rondônia", onde "as mulheres são totalmente despreparadas para a vida": "Ou faz igual muitas idiotas, que pagam pelo casamento (...) o cara passa a cafetizá-la! Porque não é [*sic*] os donos do estabelecimento que fazem o tráfico! Não é [*sic*] eles que exploram a mulher! (...) é quando a idiota quer ficar no país e casa com um cliente! [e conta o caso de uma mulher que foi enterrada no quintal pelo marido]. Não são os agenciadores que fazem esse tipo de coisa! Pelo menos, eu nunca vi! Para fins sexuais, eu não acredito no tráfico, exceto o de crianças e adolescentes. O máximo que existe de tráfico é por causa de órgãos. (...) Pra mulher, não existe a questão do envolvimento ou do

42. Idem, p. 135-136.

43. Idem, p. 136.

44. Idem, ibidem.

45. Idem, p. 137-138.

aliciamento. A não ser para pessoas muito bitoladas, lá do fim do mundo! Mas aqui nas metrópoles, sinceramente, não. Eu lido com a noite. (...) Será que a mulher é tão idiota? Ou é o famoso estereótipo da... loira burra? (...) Eu acho que quando ela vai contar a história, ela conta a versão que ela foi instruída a contar. (...) Na hora que ela quer ajuda do consulado, na hora de voltar, ela tem que contar a versão que o nosso governo quer! Nem sempre pode falar a verdade! (...) Aí as pessoas dizem; 'é uma máfia!' Mas onde não existe máfia? Se você não sabe, no Brasil tem máfia até pra banca de jornal! Você não pode simplesmente mandar fabricar uma banca e dizer que você vai ser distribuidora de tais e tais revistas! Existe uma máfia! Onde não existe máfia? (...) Primeiro, eu não vou buscar uma menininha dentro da casa dela! (...) Quando chamam a gente pra trabalhar no exterior, chamam de outras boates! (...) Mas pode até existir tráfico de crianças lá para aqueles cantos! Lá no meio do mato, na Amazônia, em Rondônia! Lá elas são totalmente despreparadas para a vida! Aqui, nas metrópoles, não tem isso!".[46]

Conforme será visto mais adiante, S. se enquadra no caso de prostituição voluntária, não se podendo, portanto, afirmar que é uma vítima do tráfico internacional de pessoas.

2.1.2 Caso R.O.: prostituição voluntária, mas em condições degradantes

R. O., 23 anos, residente em Foz do Iguaçu, estado civil "tinha um companheiro, que estava preso", três filhos, escolaridade "primeiro grau incompleto", condições socioeconômicas "vivia em um bairro modesto". Começou a trabalhar com 16 anos e já foi cozinheira, zeladora, auxiliar de serviços gerais e empregada doméstica, todos sem carteira assinada e recebendo um salário mínimo. Por necessidade de sobrevivência, optou pela prostituição, pois trabalhava das 19h à 0h e chegava a ganhar um salário mínimo por noite.[47]

Foi convidada por uma amiga para trabalhar como prostituta na Argentina. A amiga tinha contato com um aliciador, o qual providenciou o transporte de R. O. até Santa Fé, Província de Córdoba, na Argentina, onde foi recebida por uma mulher de alcunha "Turca", responsável pela casa noturna Wiskeria Serena.

Permaneceu na Argentina cerca de quatro meses. À noite, trabalhava na casa noturna, enquanto houvesse clientes, qualquer que fosse a hora. Durante o dia, ela e outras nove meninas que viviam na casa, tinham que cuidar de toda a limpeza e manutenção, fazendo serviços pesados, como tirar água do poço e cortar lenha,

46. Idem, p. 138-139.

47. O caso relatado nesta subseção foi retirado da Pestraf (LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org.). Op. cit.).

além de fazer a comida. A alimentação, remédios e outros "gêneros de primeira necessidade" eram descontados da metade do pagamento devido às prostitutas.

As dez meninas dormiam em apenas dois dormitórios, sendo o local sujo e distante do comércio local. Não podiam ir além do quintal da casa. Quando as normas da "casa" eram infringidas, as mulheres apanhavam do dono do local.

2.1.3 Caso Maria Bonita: prostituição forçada

Solteira, 23 anos, ensino médio incompleto, mãe de três filhos. Maria Bonita[48] trabalhava como balconista de uma vendinha num bairro de uma cidade mineira. Foi convidada por sua prima Janaína, que era casada com um espanhol e vivia na Espanha, para trabalhar como atendente numa boate naquele país. A prima lhe auxiliou a tirar o passaporte, dando-lhe dinheiro para arrumar o cabelo, comprar roupa e mala, a ser descontado posteriormente do seu salário pelo dono da boate.[49]

Maria Bonita e sua prima desembarcaram em Paris e, depois, seguiram viagem para a Galícia. Janaína facilitou o ingresso de Maria Bonita no território europeu, apresentando seu passaporte de residência na Espanha e dizendo para o policial do setor de imigração que o motivo da viagem de sua prima era passear e visitar sua família. Em Santiago de Compostela, Maria Bonita foi deixada por Janaína em um *club*, onde, após ter seu passaporte retirado pela gerente da boate, descobriu que estava presa numa casa de prostituição, sem documento, sem opção. Caso não trabalhasse para pagar a dívida da passagem e os gastos do clube, seus filhos no Brasil arcariam com as consequências.

Diante da situação de constrangimento, intimidação e ameaça, Maria Bonita passou a fazer uso de comprimidos para relaxar durante o trabalho e acabou se viciando naquelas "bolinhas", até chegar a um ponto em que não se sentia mais uma mulher, mas um objeto que dava prazer para os clientes que consumiam. Seu universo restringira-se ao espaço da boate e aos quartos onde atendia os clientes.

Certa noite, a boate recebeu visita de representantes de uma ONG, a fim de orientar as moças a não contrair doenças sexualmente transmissíveis (DST). Maria Bonita foi convidada por uma das moças da ONG para visitar um pessoal que pode ajudá-la. Depois de um ano e meio na boate, Maria Bonita obteve permissão da gerente para ir à cidade, entretanto, seu passaporte continuou retido com o visto de permanência no país expirado há muito tempo. Numa das idas à cidade, uma de suas colegas a levou para uma casa de atendimento a mulheres.

48. Nome fictício.

49. O caso relatado nesta subseção foi retirado da *Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública* (RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio; TERESI, Verônica Maria. Op. cit.).

Nesta casa, ofereceram-lhe ajuda para recuperar sua liberdade, sua vida e retornar ao Brasil. Contudo, viciada em drogas, humilhada, envergonhada pelo que fez e sem perspectiva de emprego, se voltasse, Maria Bonita resolveu seguir sua vida em Compostela, estando decidida a trazer seus filhos para junto de si. Mas, uma situação inesperada mudou o curso da vida de Maria Bonita.

A polícia espanhola realizou uma *redada* (batida) no clube e flagrou um tipo de exploração de mulheres. Maria Bonita e outras estrangeiras em situação irregular foram levadas para a delegacia de polícia, onde, em vez de serem tratadas como vítimas em situação de vulnerabilidade, receberam o tratamento de imigrantes em situação irregular e foram deportadas do país.

2.1.4 Análise dos casos apresentados

A diferença entre prostituição voluntária, prostituição voluntária, mas exercida em condições degradantes e prostituição forçada é objeto de controvérsias no cenário internacional. Abordagens abolicionistas, como as organizadas em torno da *Coalition Against the Trafficking in Women* (CATW), não reconhecem a distinção entre prostituição forçada e por livre escolha. Entendem que as mulheres nunca entram livremente na prostituição, sendo sempre forçadas por alguma circunstância a ela.[50]

A prostituição é uma violência inerente contra as mulheres, "a pior forma de opressão patriarcal e a forma mais intensa de vitimização de mulheres".[51] Essa visão foi preponderante nos principais instrumentos internacionais sobre tráfico de mulheres do início do século XX e na Convenção de 1949.

Contudo, a partir da segunda metade do século XX, surge na Europa um novo viés sobre a prostituição, conhecido como perspectiva transnacional, de direitos humanos ou justiça social, defendida, entre outros, pela *Global Alliance Against Trafficking in Women* (GAATW). De acordo com essa abordagem, o trabalho sexual no exterior está ligado a uma estratégia de sobrevivência ou de geração de renda adotada pelas mulheres de forma voluntária e consciente,[52] como ocorreu no caso de S., que trabalhou, de forma voluntária e consciente, como profissional do sexo em vários países.

Não é a prostituição, em si, que representa uma violência contra as mulheres, mas sim "as condições de vida e de trabalho em que as mulheres podem se encontrar no trabalho do sexo, e a violência e terror que cercam esse trabalho num setor

50. KEMPADOO, Kamala. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. *Cadernos Pagu*. n. 25. p. 55-78. Campinas, jul.-dez. 2005.

51. Idem, p. 58.

52. Idem, ibidem.

informal ou subterrâneo que são tidos como violadores dos direitos das mulheres e, portanto, considerados como 'tráfico'".[53]

Segundo Kempadoo,[54] ao contrário do que é divulgado na mídia, raramente as mulheres são abduzidas ou raptadas, acorrentadas e mantidas como escravas sexuais em bordéis. De acordo com a referida autora, "o que as pesquisas mostram é que a coerção, extorsão, violência física, estupro, fraude e detenção têm lugar dentro de processos migratórios ou de recrutamento de trabalho e/ou em locais de trabalho no destino".[55]

Tal realidade foi reconhecida no âmbito das Nações Unidas que, em 1996, passou a reconhecer o tráfico "não como escravização de mulheres, mas como comércio e exploração do trabalho em condições de coação e força".[56]

O caso de R. O. ilustra bem essa situação. Quando foi para a Argentina, R. O. já trabalhava como profissional do sexo no Brasil. O que a revoltou não foi nem tanto o trabalho sexual propriamente dito, mas as condições de exploração a que estava submetida (trabalho contínuo, sem descanso, não pagamento dos valores devidos, cerceamento da liberdade de locomoção, agressão física etc.).

R. O., assim como S., teve acesso a outras oportunidades de emprego (cozinheira, zeladora, auxiliar de serviços gerais e empregada doméstica), mas optou pela prostituição como uma forma mais eficaz de ter ascensão socioeconômica (enquanto nos outros trabalhos, R. O. ganhava um salário mínimo por mês, na prostituição, ela chegava a ganhar um salário mínimo por noite).

S. e R. O., adultas e capazes, livremente consentiram para que terceiros promovessem ou facilitassem suas idas ao exterior para fim de prostituição. Entretanto, os dois casos se diferenciam. S., estudante universitária, por iniciativa própria, autocoloca-se em risco, correndo atrás dos aliciadores para "se inserir no esquema". Viaja com contrato de trabalho assinado e com prazo determinado, não encontrando no exterior nada além da expectativa inicial esperada. Não visualiza exploração no fato de ter que pagar a mais pela passagem de ida e volta, considerando normal o desconto da alimentação e estadia em seu salário. Para S., tudo faz parte da lógica do mercado.

R. O., ao contrário, é "convidada" para trabalhar como prostituta no exterior. Com três filhos para criar e o companheiro preso, sem condições de sustentar a família a contento, não vê alternativa outra, a não ser tentar a vida no exterior. A

53. Idem, p. 62.

54. Idem, p. 63.

55. Idem, ibidem.

56. Idem, p. 65.

situação de vulnerabilidade em que se encontra é fator determinante para a decisão tomada. Nesse caso, o consentimento dado é inválido, por vício na manifestação da vontade (abuso de uma situação de vulnerabilidade). R. O. é vítima, na medida em que a situação de vulnerabilidade e as condições degradantes de trabalho na Argentina produzem um efeito contrário à sua vontade legítima.

Já no caso de Maria Bonita, o consentimento foi dado mediante fraude. Em momento algum, Maria Bonita se dispõe a trabalhar como prostituta no exterior. A confiança na prima faz com que ela viaje para a Espanha, acreditando que irá trabalhar como atendente em um bar. Maria Bonita é vítima de um ato ilegítimo de negação da sua própria vontade.

Nos termos do paternalismo legal exposto anteriormente, das três, apenas Maria Bonita e R. O. fariam jus à proteção jurídico-penal do Estado.

2.2 Estereótipos, represálias e deportação: a vitimização secundária

Para Vera Andrade, o SJC é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência, na medida em que "não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero".[57] O SJC é, em síntese, incapaz de proteger, prevenir e resolver conflitos. Em 1999, quando escreveu o artigo, a autora entendia que, além de ineficaz, o SJC duplicava a violência exercida contra as mulheres, pois, além de não protegê-las da violência sexual representada por diversas condutas masculinas, a mulher tornava-se vítima da violência institucional, em razão de uma seleção diferencial do sistema – pautada pela reputação sexual da vítima –, que a levava a sofrer constrangimentos e humilhações ao longo do inquérito policial e do processo penal.

Do ponto de vista da moral sexual dominante, estabelecia-se uma grande linha divisória entre mulheres consideradas "honestas" e as "desonestas". Enquanto as primeiras recebiam todo o apoio necessário do SJC, as segundas eram abandonadas, já que não se adequavam aos "padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcalismo à mulher".[58]

Embora avanços no campo de proteção dos direitos das mulheres tenham ocorrido desde 1999,[59] a profissional do sexo continua sendo o modelo mais radicaliza-

57. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 113.

58. Idem, p. 114.

59. Como, por exemplo, a criação de delegacias especializadas no atendimento à mulher.

do da mulher "desonesta". Posturas conservadoras insistem em enxergar todas as profissionais do sexo como vítimas (a ponto de confundir tráfico de pessoas com situações de auxílio à imigração ou prostituição voluntária), todavia, essas mulheres, quando retiradas da situação de "exploração", não recebem qualquer assistência e proteção contra danos adicionais.[60-61]

Além de sofrerem a vitimização primária, por parte do agente explorador, são hostilizadas pela sociedade do país de destino como "putas" e imigrantes indocumentadas e, muitas vezes, pela própria família, vindo a sofrer também nas mãos da polícia, na medida em que são aprisionadas e retiradas do país de destino em razão de sua situação irregular. A condenação moral atrapalha o enfrentamento do problema, dificultando a assistência às vítimas.[62]

Há uma maior preocupação dos recursos policiais com a repressão à prostituição, por meio de "resgates" das profissionais do sexo estrangeiras, do que com a exploração propriamente dita, tratada como mero exaurimento do crime. Em vez de se reprimir os clientes, punem-se as "vítimas".[63]

Conforme Borges e Gebrim,[64] "o estigma de criminosas, 'putas' e imigrantes potencializa a violência que essas mulheres experimentam nas mãos de recrutadores, contrabandistas, empregadores, da polícia, de funcionários da imigração e de carcereiros de centros de detenção, cadeias ou prisões, promovendo um intenso desrespeito de seus direitos fundamentais e tratamento desumano".

Como consequência, a própria pessoa "resgatada" não se reconhece como vítima e, dificilmente, irá colaborar com a polícia e a justiça na persecução dos verdadeiros criminosos.

Para refletirmos sobre a vitimização secundária, traremos ao debate dois casos em que supostas vítimas do tráfico, em vez de apoio e proteção, foram criminalizadas como imigrantes em condição irregular e devolvidas para os seus países de origem, sem qualquer avaliação quanto ao risco que aqui poderiam estar expostas.

60. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero? *Cadernos Pagu*. n. 31. p. 101-123. Campinas, jul.-dez. 2008.

61. OLIVEIRA, Mariana Pereira Pires. Sobre armadilhas e cascas de banana: uma análise crítica da administração de Justiça em temas associados aos Direitos Humanos. *Cadernos Pagu*. n. 31. p. 125-149. Campinas, jul.-dez. 2008.

62. BORGES, Paulo César Corrêa; GEBRIM, Luciana Maibashi. Combate ao tráfico de mulheres ou controle migratório da prostituição? In: ZÚÑIGA, Pilar Cruz; RAMOS, Nuria Cordero (ed.). *Análises, retos y propuestas em torno a la trata de personas*. Sevilla: Aconcagua Libros, 2014. p. 151-176.

63. OLIVEIRA, Mariana Pereira Pires. Op. cit., p. 125-149.

64. BORGES, Paulo César Corrêa; GEBRIM, Luciana Maibashi. Op. cit., p. 166.

2.2.1 Mulher, deportada de Lisboa

"Mulher, 30 anos, natural do estado de Goiás, deportada de Lisboa. Morava em Portugal há 1 ano e 5 meses, na Ilha dos Açores, mas quando saiu do Brasil seu destino era Zurique."[65]

Aparecida[66] viajou para a Suíça, a convite de C., uma mulher de sua cidade natal, para trabalhar em um restaurante ganhando 5 mil francos por mês. Às 11 horas da manhã, chegou em Zurique, onde um português chamado M. e uma romena lhe disseram para descansar até às 4 horas da tarde. C. a acordou mais cedo que o combinado e a arrumou, vestindo-a com trajes curtos e sensuais.

A seguir, foi levada para uma sala, na qual estavam 7 moças "seminuas". Neste momento, descobriu que ali não era um restaurante, mas uma "casa de sobe e desce" e que o preço da passagem, inicialmente de 3 mil reais, havia subido para 3 mil francos. Durante 16 dias, Aparecida foi explorada sexualmente. Os clientes lhe pagavam 80 euros por programa, ou seja, o mesmo valor que era cobrado pela diária do quarto que Aparecida usava. Para comer, ela tinha que fazer mais de um programa por noite.

Neste tempo, aproximou-se de outra brasileira, também levada enganada a Zurique, que se encontrava naquele local há 6 meses. Certo dia, os "chefes" saíram para beber. Aproveitando-se da ocasião, pegaram os passaportes de volta e, com a ajuda de um português, fugiram para Portugal, transportadas em um caminhão, sem pagar o valor da dívida devido à quadrilha.

Logo depois da fuga, o filho de Aparecida, de 8 anos de idade, foi sequestrado na porta da escola em Anápolis-GO. Entretanto, Aparecida, com vergonha de contar para a família o que tinha acontecido, continuou na Europa, envolveu-se com um português e passou a trabalhar como profissional do sexo, de forma independente e autônoma, até ser pega pela polícia de imigração.

Nesta ocasião, denunciou os traficantes, dando nomes e endereços, mas a polícia portuguesa não acreditou na história dela. Aparecida ficou detida por 3 dias antes de ser retirada do país, sem ser ouvida como testemunha, nem considerada vítima.

---

65. O caso relatado nesta subseção foi retirado da Pesquisa Asbrad – Posto de Atendimento Humanizado aos Migrantes (ASBRAD; SNJ/MJ; UNODC. *Metodologia de recepção e atendimento a mulheres e "trans" possíveis vítimas de tráfico de pessoas no universo de deportadas e inadmitidas recebidas pelo Posto de Atendimento Humanizado aos(às) Migrantes*. Brasília: Asbrad; SNJ/MJ; UNODC, 2008. Disponível em: [www.asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/Metodologia.pdf]. Acesso em: 15.03.2014.

66. Nome fictício.

Chegou ao Brasil com vários hematomas nas pernas que, segundo ela, eram resultado dos maus-tratos recebidos da polícia portuguesa nos 3 dias em que ficou detida em um presídio comum. Recusou qualquer tipo de ajuda, no Brasil, pois a aliciadora continuava morando em sua cidade natal e temia que a denúncia a exporia.

2.2.2 *"Trans", deportada de Milão*

Ana,[67] *trans*,[68] morava na Itália havia 9 anos, quando foi retirada daquele país. Destes 9 anos, 6 passou presa, cumprindo sentença pela tentativa de assassinato de seu *papone* (cafetão). Foi para Milão, com a passagem paga e, de lá, para a Suíça. Mas como a lei suíça era muito rígida, voltou para a Itália, onde teve seus documentos retidos, passando a viver em cárcere privado.[69]

Na tentativa de se livrar de seu agressor, tentou matá-lo. O agressor foi preso, mas o chefe da máfia fugiu para o Brasil. Após sair da prisão, Ana permaneceu na Itália por mais de um ano, quando foi detida por estar em situação irregular na Itália. Ficou 30 dias no centro de imigração, que considerava mais desorganizado do que a prisão.

Disse que pretendia retornar para a Europa, mas, desta vez, para a França, porque "os italianos são muito preconceituosos com o homossexualismo". Comentou que a maioria das transexuais sai de casa cedo, expulsa ou não e, sem ter como ganhar dinheiro para a sobrevivência, acaba se prostituindo.

2.2.3 *A deportação como mecanismo de violência estatal*

Os casos analisados são pertinentes ao debate por dois motivos: primeiro, porque demonstram a forma como o estigma de profissional do sexo e desviante pode atrapalhar o adequado tratamento da vítima do tráfico de pessoas; e segundo, porque ilustra a questão da violência institucional, por vezes praticada pelo próprio Estado contra a vítima do tráfico.

No caso de Aparecida, apesar de ter denunciado à polícia as pessoas que a traficaram, recebeu, em contraprestação, a retirada do país, muito embora, nos dois casos – tanto de Aparecida, quanto de Ana – todos os elementos do tráfico de pes-

67. Nome fictício.

68. Segundo a pesquisadora Adriana Piscitelli, "trans" é um termo êmico frequentemente utilizado para aludir ao conjunto de pessoas consideradas travestis, transexuais ou transgêneros (ASBRAD; SNJ/MJ; UNODC. Op. cit.).

69. O caso relatado nesta subseção foi retirado da Pesquisa Asbrad – Posto de Atendimento Humanizado aos Migrantes (idem).

soas se encontrassem presentes (recrutamento com passagem paga, passaporte retido, cárcere privado, condição de trabalho degradante, violências ou ameaças etc.).

A devolução para o país de origem, para a maioria das vítimas, é vista como um processo humilhante, violento e traumático, conforme relato a seguir de uma brasileira atendida pela Asbrad em Guarulhos, em 13.06.2005: "Ao ser encaminhada para a delegacia, sem dinheiro, foi espancada por três pessoas, dois homens e uma mulher. Algemada, teve inclusive a cabeça pisada por eles. Fizeram oferta para que ela cooperasse, mas ela já tinha conhecimento de que outras moças, mesmo cooperando, acabaram sendo maltratadas e deportadas".[70]

O medo da retirada forçada do país e da prisão, devido à condição irregular, pode levar a vítima a criar "mecanismos de autodefesa, seja através do desligamento de realidade, perda de memória ou algum comportamento de risco; vergonha da situação/experiência que foi vivenciada e, portanto, não fala sobre sentimentos e experiências".[71]

De acordo com Piscitelli,[72] na Espanha, considerado um dos principais destinos de brasileiras traficadas, o governo não garante proteção às mulheres em grave situação de privação de liberdade, dispostas a denunciar os traficantes. Para que a pessoa seja tratada como vítima do tráfico, há necessidade de que a colaboração se refira a "redes criminosas organizadas", o que não é o caso da maioria dos movimentos transfronteiriços, que envolve redes informais.

Antes das alterações introduzidas pela Lei 2/2009 (Nova Lei de Imigração Espanhola), além da colaboração se referir a "redes criminosas organizadas", a Lei Orgânica 4, de 11.01.2000, previa que as informações prestadas tinham que ser suficientes, ficando a não abertura de procedimento de retirada do país e a isenção de responsabilidade administrativa condicionadas à colaboração com a polícia e a justiça.[73]

No Brasil, o Conselho Nacional de Imigração editou a Res. Normativa 93, de 23.12.2010, a qual prevê a possibilidade de concessão de visto permanente ou permanência no Brasil a estrangeiro considerado vítima do tráfico de pessoas, independentemente de colaborar com eventual investigação ou processo criminal em curso (art. 1.º, § 1.º).

---

70. PISCITELLI, Adriana. Op. cit., p. 18.

71. ASBRAD; SNJ/MJ; UNODC. Op. cit.

72. PISCITELLI, Adriana. Op. cit.

73. TERESI, Verônica Maria. *A cooperação internacional para o enfrentamento ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: o caso Brasil-Espanha*. Dissertação (Mestrado em Direito). Santos, Universidade Católica de Santos, 2007.

No nosso entendimento, a medida adotada pelo Brasil é a mais adequada, uma vez que a vítima de tráfico, em razão da situação de vulnerabilidade, deve ter uma proteção diferenciada, não podendo ser tratada como simples imigrante em situação de irregularidade. A proteção especial da vítima não pode ficar condicionada a uma contraprestação sua.

Nem sempre o repatriamento da vítima é a alternativa mais adequada. Em alguns casos, o repatriamento pode colocar a vítima e seus familiares em risco de vida (como é o caso de Aparecida, a qual teve um filho sequestrado e corre o risco de encontrar sua aliciadora em sua cidade natal) e/ou acarretar consequências negativas à primeira, na medida em que pode vir a ser estigmatizada e sofrer com a discriminação/preconceito na comunidade de origem.

Por outro lado, perde-se uma boa oportunidade para que a vítima contribua de forma mais eficaz com a investigação criminal. A prisão, o julgamento e a condenação dos traficantes dependem fortemente de sua cooperação. Entretanto, como a colaboração das vítimas pode implicar riscos significativos para a sua segurança física, pessoal e ao seu bem-estar emocional – em troca de pouco ou nenhum benefício –, há necessidade de se pensar um modelo de investigação criminal que leve em consideração a perspectiva das vítimas, com a minimização dos riscos e a maximização de sua colaboração.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias de hoje, não se admite que a investigação criminal permaneça atrelada a um modelo de Direito Penal preso a concepções moralistas e sexistas do século passado. Após a Constituição Federal de 1988, é cada vez mais forte o entendimento de que o bem jurídico protegido pelo art. 231 do CP é a dignidade pessoal, na forma de liberdade de autodeterminação sexual, e não mais a honra ou a moral sexual.

A tutela penal da moral sexual, em pleno século XXI, é contrária ao princípio da dignidade humana, que tem na liberdade a sua principal manifestação. O Direito Penal, como *ultima ratio*, não pode servir como instrumento para a imposição de uma concepção moral dominante sobre a sexualidade.

A desconsideração pelo Direito Penal brasileiro do consentimento válido e eficaz de pessoa maior de idade que, voluntariamente e sem qualquer vício ou fraude, recebe ajuda de terceiros para exercer a prostituição no exterior, representa um paternalismo legal inaceitável, na medida em que viola a autodeterminação e a autonomia de vontade da mulher adulta e capaz, desconsiderando seus anseios na matéria.

Se a própria pessoa livremente consente que terceiro lhe promova ou facilite a saída do país para exercer a prostituição no exterior, estar-se-á diante de uma hete-

rolesão mediante o consentimento da vítima, na qual esta última se autocoloca em risco, razão pela qual a lesão ao bem jurídico pessoal é apenas aparente, não havendo que se falar na existência de uma vítima.

Conforme demonstrado no artigo, a vítima do tráfico de pessoas não é aquela que exerce a prostituição voluntária, mas sim a que exerce a prostituição forçada ou em condições degradantes, análogas à de escravo. Para diferenciar estas três situações, foram trazidos para exame três casos concretos, nos quais três mulheres, em diferentes situações, tiveram sua saída para o exterior promovida/facilitada por terceiros.

Procurou-se demonstrar que a confusão na correta identificação da vítima traz prejuízos indeléveis à investigação criminal, acarretando, não só sua inefetividade, com o retorno da pessoa "resgatada" ao exterior para o exercício da prostituição, como também a não prevenção de novas violências contra as vítimas do tráfico internacional de pessoas, na medida em que são confundidas com imigrantes irregulares, sujeitas à criminalização, represálias e deportação para o país de origem, sem qualquer análise dos riscos envolvidos.

A situação de extrema vulnerabilidade da vítima exige uma atenção especial por parte dos profissionais do SJC, especialmente dos órgãos policiais, normalmente os primeiros a estabelecerem contato com a mesma. É de fundamental importância que o investigador criminal reconheça quando está diante de uma vítima e como lidar com ela, de modo a lhe oferecer um tratamento digno e humanitário, despido de qualquer preconceito ou estigma.

Dessa forma, contribuir-se-á para que novas violências não ocorram, diminuindo-se a probabilidade de que se tornem vítimas novamente, seja de traficantes (vitimização primária), seja da sociedade ou do Estado (vitimização secundária), aumentando-se, ao mesmo tempo, as chances de que colaborem com as investigações criminais, com o fornecimento de provas robustas da exploração a que foram submetidas.

Assim, poder-se-á alcançar não só uma investigação criminal mais efetiva, como também mais humana e restauradora, harmonizando a atuação dos órgãos policiais com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

ASBRAD; SNJ/MJ; UNODC. *Metodologia de recepção e atendimento a mulheres e "trans" possíveis vítimas de tráfico de pessoas no universo de deportadas e inadmitidas recebidas pelo Posto de Atendimento Humanizado aos(às) Migrantes*. Brasília:

Asbrad; SNJ/MJ; UNODC, 2008. Disponível em: [www.asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/Metodologia.pdf]. Acesso em: 15.03.2014.

Borges, Paulo César Corrêa; Gebrim, Luciana Maibashi. Combate ao tráfico de mulheres ou controle migratório da prostituição? In: Zúñiga, Pilar Cruz; Ramos, Nuria Cordero (ed.). *Análises, retos y propuestas en torno a la trata de personas*. Sevilla: Aconcagua Libros, 2014.

Carvalho, Érika Mendes; Carvalho, Gisele Mendes. Direito penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. In: Borges, P. C. C. (org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2013. Série Tutela penal dos direitos humanos. n. 3.

Castilho, Ela Wiecko Volkmer. A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero? *Cadernos Pagu*. n. 31. p. 101-123. Campinas, jul.-dez. 2008.

De Luca, Heloíza Meroto. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 100. p. 739-815. jan.-dez. 2005.

Dworkin, Gerald. Paternalism. In: Feinberg, J.; Gross, H. (ed.). *Philosophy of Law*. California: Dickenson, 1975.

Estelitta, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*. vol. 56. n. 227. p. 333-342. jul.-ago.-set. 2007.

Feinberg, Joel. *Harm to self: the moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University, 1986. vol. 3.

Kempadoo, Kamala. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. *Cadernos Pagu*. n. 25. p. 55-78. Campinas, jul.-dez. 2005.

Leal, Maria Lúcia; Leal, Maria de Fátima P. (org.). *Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial – Pestraf: Relatório Nacional – Brasil*. Brasília: Cecria, 2003.

Nucci, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

Oliveira, Mariana Pereira Pires. Sobre armadilhas e cascas de banana: uma análise crítica da administração de Justiça em temas associados aos Direitos Humanos. *Cadernos Pagu*. n. 31. p. 125-149. Campinas, jul.-dez. 2008.

Peixoto, Alberto da Costa Ribeiro. *Propensão, experiências e consequências da vitimização: representações sociais*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Lisboa, Universidade de Lisboa, 2012.

Piscitelli, Adriana. Procurando vítimas do tráfico de pessoas: brasileiras na indústria do sexo na Espanha. *REMHU*. vol. 37. p. 11-26. Brasília, 2011.

Rodrigues, Gilberto Marcos Antonio; Teresi, Verônica Maria. Sonhos de liberdade, vidas traficadas. O fluxo de atenção/atendimento às vítimas brasileiras de tráfico de pessoas encontradas/libertadas na Espanha. *Casoteca DIREITO GV*. São Paulo,

2007. Disponível em: [http://direitogv.fgv.br/casoteca/sonhos-de-liberdade-vidas-traficadas]. Acesso em: 05.02.2014.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. *O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. São Paulo, USP, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2001.

SNJ. *Pesquisa Enafron: diagnóstico sobre tráfico de pessoas nas áreas de fronteira*. Brasília: SNJ, 2013. Disponível em: [file:///C:/Documents%20and%20Settings/dpf.adm/Meus%20documentos/Downloads/Pesquisa_%20ENAFRON_202x266mm_1710_19h00_WEB.PDF]. Acesso em: 20.02.2014.

TERESI, Verônica Maria. *A cooperação internacional para o enfrentamento ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: o caso Brasil-Espanha*. Dissertação (Mestrado em Direito). Santos, Universidade Católica de Santos, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Das diferenças entre extradição, expulsão e deportação, de Ronaldo Rebello de Brito Poletti – *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 4/817 (DTR\2012\2429);
- Lei 11.106/2005: novas modificações ao Código Penal Brasileiro, de Renato Flávio Marcão – *RT* 840/457-474 (DTR\2005\714); e
- Tipicidade e causa de aumento de pena, de Miguel Reale Júnior – *RBCCrim* 46/391-402 (DTR\2004\11).

84675

Constituição, contraditório e linguagem

Constitution, contradictory and language

Leandro Gornicki Nunes

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL). Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR. Professor de Direito Penal e Criminologia. Advogado.
leandro@gnsc.adv.br

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente texto tem por objetivo fazer uma análise do princípio do contraditório, dialogando com a teoria da Constituição e a filosofia da linguagem, apurando a sua configuração teórica e as consequências empíricas da sua violação no processo penal.

Palavras-chave: Constituição – Democracia – Direito processual penal – Contraditório – Linguagem.

Abstract: The present text has for objective to make a analysis of the principle of the contradictory, dialogue with the Constitution theory and philosophy of language, with its theoretical configuration and the empirical consequences of their violation in criminal procedure.

Keywords: Constitution – Democracy – Criminal Procedure Law – Contradictory – Language.

Sumário: 1. Introdução – 2. Teoria da Constituição e Contraditório – 3. Contraditório e filosofia da linguagem – 4. Contraditório e processo penal – 5. Considerações finais: "faltou combinar com os russos" – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente ensaio tem por preocupação central o *princípio constitucional do contraditório* em uma estrutura processual penal condizente com o Estado Democrático de Direito, em que o *processo* seja visto como um instrumento moderno para a resolução de casos penais e em que a garantia dos direitos fundamentais de todos os envolvidos seja o seu *fim teleológico*, com destaque à *liberdade individual* (objeto primário de tutela).

Nesses primeiros anos do século XXI é evidente a proliferação de *discursos bélicos* correlacionados à definição de *inimigos* (*unpersonen*),[1] fato que corrói e degenera o projeto de democratização das relações de poder no processo penal, culminando em retrocessos na contenção e redução da perspectiva inquisitorial de resolução dos casos penais, com graves prejuízos à liberdade individual.

A epistemologia garantista – atrelada à limitação do poder punitivo e à tutela da pessoa contra a arbitrariedade e o decisionismo estatal – fica bloqueada pela intolerância do totalitarismo e pelo obscurantismo penal da epistemologia antigarantista/inquisitiva, constituída por práticas de investigação e de julgamento cunhadas no positivismo (com a figura do "delinquente natural"),[2] no "direito penal da vontade antijurídica" (*willensstrafe*) de matriz nazista,[3] na "defesa social"[4] e, enfim, em um primado incondicional da "guerra contra o crime", despreocupado com os direitos e garantias individuais no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Além disso, a *estrita jurisdicionalidade*, dependente da verificação ou refutação das hipóteses acusatórias, acaba se reduzindo às valorações discricionárias do julgador.[5]

Nessa epistemologia inquisitiva, o Direito Processual Penal acaba consubstanciando um instrumento de opressão e violação das liberdades individuais em busca – dentre outras coisas – da "verdade real", sendo incalculável o prejuízo para a *democracia*, compreendida como a forma de Estado em que *todo o poder emana do povo* (art. 1.º da CF/1988). Então, se todo o poder emana do povo, cada indivíduo

1. A categoria de *unpersonen* (não pessoas) é central no Direito Penal do Inimigo desenvolvido por Jakobs. Trata-se de um Direito Penal que busca privilegiar a *segurança* em detrimento da *liberdade*. O Direito Penal se dividiria em: (a) Direito Penal com garantias para o cidadão; (b) Direito Penal sem garantias para o inimigo. No Direito Penal do Inimigo há uma lógica de guerra contra os terroristas, os mafiosos e os excluídos sociais, que comporiam uma classe de indivíduos não confiáveis e, por isso, não pessoas. Ver: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções críticas. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
2. LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente*. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1896.
3. Nessa matriz, há um "abandono do individualismo" (*Abkehr vom Individualismus*) e do racionalismo, típicos da ilustração e do liberalismo; enfim, há o abandono da ideia de proteção de bens jurídicos individuais como fim do Direito Penal, que passa a seguir uma lógica substancialista (juízos éticos valorativos), confundindo direito e moral, além de proteger "a dignidade do Estado e a honra da nação", por exemplo. A propósito, ver: DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*. Hamburg, 1933.
4. Ver: ANCEL, Marc. *Social defense*: a modern approach to criminal problems. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1965.
5. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 33-90.

constitutivo desse povo é um sujeito igual em direitos e deveres, surgindo daí o princípio da *igualdade* como consequência lógica da democracia. Por isso, não pode o povo – representado pelos aparelhos repressivos de Estado – admitir qualquer violação a direito fundamental de qualquer indivíduo que o constitui enquanto povo. Por tal razão o processo penal, fundado na dignidade humana, na igualdade, na legalidade, na presunção de inocência, e, principalmente, no contraditório e na ampla defesa, deve configurar um – senão "o" – instrumento de proteção das liberdades individuais contra o possível abuso de poder oriundo do próprio Estado. Assim, tanto mais democrático será um Estado quanto mais ele defender a liberdade dos acusados no processo penal. Em outras palavras: na democracia, qualquer violação a direito fundamental no campo do processo penal implica negação da própria democracia e da vida dos sujeitos em sociedade, o que configura uma *contradição pragmática* ou *performativa*, na seara do paradigma da *linguagem*.

Por isso, na perspectiva de um processo penal democrático, surge como indispensável a superação da crítica cognitiva (enquanto análise da *consciência*) pela crítica cognitiva (enquanto análise da *linguagem*),[6] em que a validação da *verdade* é vista como "um problema da formação intersubjetiva de consensos com base em um acordo mútuo linguístico (argumentativo)".[7] Desse modo, para a apuração da validade das proposições (teses acusatórias e defensivas nos casos penais concretos), discutidas com pretensão de verdade no âmbito do processo penal, deve-se buscar um critério ou método intersubjetivamente válido. Nesse método, a linguagem da comunidade discursiva servirá como solução dos problemas propostos pelas partes (acusação e defesa), conforme determinadas regras de argumentação (*condições normativas de possibilidade da discussão*). Assim, a igualdade entre os sujeitos processuais, por exemplo, passa a ser uma condição inexorável para a validação da verdade no campo processual penal, de modo que qualquer forma de violência (delação premiada, ameaça, tortura e medida cautelar pessoal infundada) fulmina qualquer pretensão de verdade intersubjetivamente válida.[8]

6. "Essa mudança é decisiva para a filosofia, pois significa um movimento que vai da consciência para a linguagem, modificando o procedimento filosófico em relação à validação da verdade que de monológico passa a ter uma exigência dialógico-discursiva." Ludwig, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 94.

7. Apel, Karl-Otto. *Transformação da filosofia*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. vol. 2. p. 354.

8. "Deve, por exemplo, ser pressuposto que existe algo assim como verdade de proposições à diferença da falsidade. E que, ainda, há proposições – chamadas hipotéticas – que podem ser postas em discussão com pretensão de verdade, ainda que sem pretensão de evidência, num discurso argumentativo. E isto se faz de tal modo que em princípio se pressupõe que

Em um contexto de violência (física ou discursiva), apenas o inquisidor terá algum tipo de "verdade" decorrente de um solipsismo – um "vício em si mesmo" (*selbsüchtiger*) – que define o *thema probandum* e, consequentemente, o *thema decidendum*.[9] Portanto, sem democracia (igualdade material e discursiva entre os sujeitos do processo), fica fulminada qualquer possibilidade de validação da verdade no âmbito do processo penal. E, paradoxalmente, a partir do paradigma filosófico do agir comunicativo (*linguistic turn*), o processo penal fundado no princípio inquisitivo, em que o juiz é o *gestor da prova*, jamais revelará "a" verdade, esse objeto de desejo (fetiche) do inquisidor que, desde Carnelutti, sabe-se ser "demais para nós".[10]

Aqui é fundamental um alerta: negar a possibilidade de serem encontradas *verdades fundantes* – como a "verdade real", por exemplo – no âmago do processo penal não autoriza a construção da decisão penal com proposições relacionadas à matéria de fato (*teoria da prova*) ou à matéria jurídica (*teoria do direito*) desgarradas dos critérios ou métodos de validade apregoados pelo paradigma da ação comunicativa. Admitir isso é admitir o *decisionismo* ou um relativismo nocivo à democracia.

---

as proposições podem ser examinadas e ser demonstradas como intersubjetivamente validadas (capazes de consenso) ou falsas, utilizando certos critérios. Nisto está implicado, ainda, que existe em princípio uma comunidade de discurso e argumentação que tem à sua disposição uma linguagem comum e clara, na qual pode formular seus problemas e soluções. E, por fim, está pressuposto que se devem respeitar determinadas regras de argumentação como condições normativas da possibilidade da discussão, isto é, da satisfação consensual ou da crítica de pretensões de verdade. Por exemplo, aquela de que todos os participantes do discurso em princípio são iguais. Não devem, portanto, ser excluídos quaisquer argumentos e que somente deve valer o melhor argumento e não pode ter papel algum a violência aberta ou oculta, como, por exemplo, ofertas de negociação, ameaças ou modos de convencer sugestivos na discussão de pretensões de verdade." APEL, Karl-Otto. Fundamentação última não metafísica. In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. *Dialética e liberdade*: *festschrift* em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 312.

9. "No *sistema inquisitório*, como se sabe da história, o problema não está em quem faz o papel de inquisidor: basta estar lá, naquele lugar, que o *modus pensandi* trata de fazer o resto, sob a batuta da *analítica aristotélica*. De *premissas falsas* – forjadas pelo imaginário – chega-se, sem grande esforço, a conclusões falsas. É assim que sempre se fabricou – e segue-se fabricando – delitos e delinquentes, em nome da *crença nas imagens*, hoje disseminadas (as imagens) como nunca a partir dos meios de comunicação." COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal (penal) e o Poder Judiciário. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, António José Avelãs. *Diálogos constitucionais*: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 296.

10. "A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros chamava de verdade formal, não é a verdade" (...) "a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o *todo* é demais para nós". CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. XX p. 4-9. Padova: Cedam, 1965.

É, assim, inevitável reconhecer que apenas com a observação dos princípios processuais previstos na Constituição da República – dentre eles o *contraditório* – será possível a construção de decisões penais vinculadas à base acusatória, refratárias ao princípio inquisitivo, antidemocrático e antigarantista. Que fique, desde já, registrado: sem igualdade não há contraditório! Sem contraditório não há prova! Sem prova não há decisão justa! Sem decisão justa não há democracia!

2. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E CONTRADITÓRIO

Antes da apresentação dos contornos de um modelo de processo penal fundado no princípio constitucional do *contraditório*, é necessário trabalhar *um* – e não "o" – conceito de Constituição, enquanto fonte dos princípios que constituem o processo penal em nosso Estado Democrático de Direito.

Com apoio em Hesse, é indispensável refutar a tese de Lassale, afirmando: a Constituição *não* é "um pedaço de papel" (*ein stück papier*)![11] Uma Constituição – modernamente falando – representa a ordem sistemática e racional da comunidade política de um Estado, havendo a declaração das liberdades e dos direitos fundamentais, acompanhada de limites ao poder político, como forma de garantia de todos os sujeitos em sociedade (constitucionalização das liberdades). Sem isso, o poder político poderá se tornar ilimitado e imoderado. Logo, não haverá Constituição sem a garantia dos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo e sem a ordenação, fundamento e limitação do poder político. Esses elementos do conceito moderno de Constituição promovem a *fundação e legitimação do poder político* e a *constitucionalização das liberdades*.[12] Como consequência dessa concepção de Constituição, o Estado Constitucional de Direito não deve(ria) sucumbir diante da hegemonia política de algum grupo (*Realpolitik*), ou seja, não sendo a Constituição formada apenas por questões políticas, mas também por questões jurídicas, seria ela apta para controlar o poder político, não havendo sentido estabelecer a dicotomia entre *Constituição Real* e *Constituição Jurídica*, conforme propôs Lassale, em Berlim, no ano de 1862.

---

11. HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1959. No Brasil: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991. No referido texto, Hesse responde à tese de Lassale, sustentando, em síntese, que, no conflito entre a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) e a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*), a Constituição pode, a partir de pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*), ter a sua força normativa assegurada. Ver: LASSALLE, Ferdinand. Über *das Verfassungswesen*. Berlin: Buchhandlung Vorwäts Paul Singer, 1907. No Brasil: LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição política*. Trad. Manuel Soares. São Paulo: Global, 1987.

12. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-55.

Nas palavras de Hesse, "a ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica".[13] Portanto, havendo uma relação de interdependência entre o político e o jurídico, não há como negar uma significativa carga de poder do *jurídico* em controlar a atuação das *forças políticas*. Essa relação de interdependência é, na realidade, uma tensão necessária, imanente e não eliminável em qualquer Estado Constitucional. Trata-se de um *condicionamento recíproco*. Para que o Direito não seja simplesmente um setor das superestruturas do Estado a serviço de uma ordem injusta, cuja função espúria seria justificar as relações de poder, é necessário defender a *força normativa da Constituição*, sem deixar de observar a realidade e sem que isso signifique apego a qualquer ilusão legalista.

Em outros termos, o *jurídico* não pode ser despido da realidade política, enquanto as *forças políticas* não podem estar esvaziadas de elementos normativos advindos da Constituição de um Estado. Para tudo isso ser compreendido, é indispensável abandonar a ideia reducionista de que a Constituição é um "pedaço de papel" ou mais um "diploma legal". Desse modo, é possível assegurar a eficácia da Constituição (ou do *jurídico*) como elemento autônomo no campo de forças da *Realpolitik*. Só assim ela terá *força normativa*.

A partir dessa concepção de Constituição, é dedutível que as normas constitucionais devem se projetar para o futuro, com base na realidade do presente, para terem alguma *força normativa*, razão pela qual um dos pressupostos indispensáveis a um *modelo ideal* de Constituição é a sua *longevidade* ou *duração no tempo*. Isso implica negar a existência de uma verdadeira Constituição quando ela for concebida apenas como um "diploma legal" no ápice da estrutura escalonada das normas ou quando o número de emendas constitucionais for capaz de gerar um novo conjunto de disposições, cujas dimensões desvirtuam aquilo que originariamente se chamou de Constituição. Caso isso ocorra, a Constituição não será a *lei suprema do país*, uma vez que não será reconhecida pelo povo soberano como a *supremacy clause*. Concebida a Constituição como *supremacy clause*, nem mesmo uma decisão judicial – de qualquer instância (!) – ou a vontade da maioria, representada no parlamento, poderá modificá-la, já que passa a ser o *vértice do poder*, a razão superior do próprio Estado.

O consectário lógico dessa concepção é a ligação inexorável entre a *supremacia constitucional* e a *vontade do povo* no momento de inauguração da ordem estatal. No entanto, para o sucesso desse *modelo ideal* de Constituição, é necessário compreender que a *vontade popular* – ou da maioria – não é o fundamento da autoridade da lei ou da Constituição, especialmente, na solução de casos penais.

13. HESSE, Konrad. *A força normativa*... cit., p. 11.

Isso demanda uma estrutura dualística, em que o sujeito-povo exprime duas vontades distintas: (a) a *vontade constituinte* (funda a *supremacia constitucional*); (b) a *vontade política/legislativa* (funda uma singular maioria). Só desta forma o legislador – ainda que o reformador – estará impedido de se colocar no lugar do povo. Neste esquadro, a Constituição será gerada por um corpo do povo (*constituinte*), enquanto as leis serão geradas por outro corpo do povo: aquele que exprime a vontade da maioria. São os "dois corpos do povo": nesse modelo, a *supremacia constitucional* se identifica com a *supremacia do povo*. Com esse modelo dualista a *força normativa da Constituição* fica protegida dos possíveis ataques advindos do Poder Legislativo,[14] e até mesmo do Poder Executivo, desde que o Poder Judiciário seja efetivamente o *guardião da Constituição*, conforme pretendido por Hans Kelsen,[15] sem que isso consista colocar o Poder Judiciário em um patamar superior aos demais Poderes do Estado. Afinal, a não aplicação de uma lei inconstitucional serve apenas para (re)afirmar a autoridade da Constituição.

Sendo observado esse pressuposto do *modelo ideal* aqui defendido, todos os Poderes terão o seu âmbito de atuação delimitado na própria Constituição, de modo que não serão poderes por excelência, assumindo particular relevância a dimensão do *checks and balances* (balanceamento entre os Poderes) ou "freios e contrapesos". Além disso, o sujeito-povo é a base da Constituição, não cabendo qualquer transferência dos seus poderes para o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário. Isso consiste uma *ordem primária* que radica o pressuposto da Constituição, não estando o poder do povo disponível e não podendo ser violada a *supremacia constitucional* por qualquer força política.

O corolário lógico dessa estrutura de Estado Constitucional de Direito é o fim de qualquer antagonismo entre o povo e a Constituição: o povo deixa de ser uma ameaça para a Constituição e passa a ser o fundamento da *supremacia constitucional*. Por isso, é fundamental a existência da *limitação constitucional do poder*: todo o poder deve ter limites estabelecidos na própria Constituição, de modo que nenhum dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) possa se intitular "poder por excelência" (soberano).[16]

Sem essa limitação a Constituição não terá *força normativa*, o poder não advirá do povo e o moderno Estado Democrático de Direito deixará de existir, havendo apenas um *simulacro* de Constituição, pelo menos, desde a perspectiva da *democracia política*.

14. FIORAVANTI, Maurizio. *Costitucionalismo*: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma: Laterza, 2009. p. 51-55.

15. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

16. FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 55-66.

Essas digressões de caráter constitucional servem para demonstrar que, em termos jurídicos, a Constituição da República é o *vértice do poder* em nosso Estado Democrático de Direito, e, para além das discussões inerentes à *teoria do poder* no campo político e filosófico, isso traz sérias implicações no campo do Direito Processual Penal, porque ela – a Constituição – prevê várias garantias aos acusados e várias limitações aos atores jurídicos (juízes, representantes do Ministério Público, advogados e os demais envolvidos no processo penal),[17] dentre as quais está o *contraditório*, que, a partir do pensamento de Fazzalari, constitui a própria definição de processo.

3. CONTRADITÓRIO E FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Dentro da perspectiva do paradigma do agir comunicativo, em que é possível promover uma *transformação pragmático-linguística* ou *semiótica transcendental*, para uma decisão penal não ser um ato de fé, moral, pré-racional ou irracional – características intrínsecas ao trabalho do inquisidor – é necessário que ela seja construída a partir de condições normativas de um discurso crítico-argumentativo, cuja matriz está na Constituição da República, com destaque ao *contraditório*.

O *contraditório* deve ser concebido como uma condição de validade intersubjetiva da argumentação dos sujeitos processuais, seja no momento propriamente dito de argumentar (lugar da acusação e da defesa), seja no momento de fundamentar a decisão (lugar do julgador). Somente com a dialética inerente ao *contraditório*, com o afastamento de estratégias de imposição ou imunização de opiniões próprias (retórica, manipulação, dogmatização ou violência, por exemplo), é possível atribuir à *síntese* última do processo penal (a decisão penal) alguma validade intersubjetiva.

Em outros termos, o solipsismo (*síntese de minha apercepção*) não valida a verdade porque não tem validade intersubjetiva, pois ele é monológico.

Nessa matriz filosófica – avessa ao logocentrismo, ao idealismo e à solidão dos inquisidores – as condições de possibilidade e validade do conhecimento produzido ao longo do processo penal poderão ser aferidas sob o crivo do *contraditório*, pois é ele que auxilia a limitar o solipsismo e o decisionismo inerentes ao juiz-inquisidor. É o *contraditório*, desse modo, a ponte entre a democracia e a linguagem que constitui a decisão penal no sistema acusatório.

17. "Tem-se, no Brasil, um arsenal capaz de conduzir o sistema processual penal à base acusatória, mas isso não ocorrerá enquanto o Poder Judiciário não assumir a Constituição da República contra o CPP; enquanto se ficar fazendo concessões imperdoáveis ao fundamento inquisitorial, contra a CR. (...) é preciso um câmbio definitivo de mentalidade e um compromisso sério e duradouro com os valores democráticos." COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal... cit., p. 298-299.

Mas, é importante salientar: o *contraditório*, embora seja uma condição inexorável de possibilidade e validade do conhecimento produzido ao longo do processo penal democrático, ou seja, das proposições que antecedem e constituem a decisão penal, ainda não é a panaceia contra as profundas raízes da *filosofia da consciência* (modelo metafísico de cunho platônico) que ainda sustentam o trabalho de grande parte dos atores jurídicos ou sujeitos processuais em nosso país. Ademais, o *contraditório* também não é a panaceia contra a *seletividade* do poder político, nos momentos de *criminalização primária* e *criminalização secundária*,[18] cujas raízes transcendem o âmbito processual penal e são desveladas pelo trabalho da criminologia crítica. De qualquer modo, com o *contraditório* – vinculado à *filosofia da linguagem* e à *razão comunicacional* – há um meio para dificultar a ação de prolatar de decisões penais oriundas da subjetividade transcendental.

Para isso, é necessário abandonar verdades reais ou fundantes, concebidas pelo paradigma da consciência como o grande objeto de desejo (fetiche) a ser dominado – "custe o que custar" –, mesmo que sangrando a Constituição da República, ou seja, com violação do devido processo legal, da presunção de inocência, da liberdade individual, da intimidade, da vida privada, da integridade física e do *contraditório*. A "verdade" do processo penal democrático – sem pretensão fundante – somente pode ser validada na intersubjetividade constituída de sujeitos capazes de linguagem e ação (*razão comunicativa*), nunca na solidão do trabalho inquisitorial (*razão instrumental e subjetiva*).[19]

Em termos mais diretos, um processo penal que promova o integral respeito ao *contraditório* será um instrumento capaz de diminuir o emprego de decisões violen-

18. "*Criminalização primária é* o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. (...) *Criminalização secundária é* a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente." ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1. p. 43.

19. "No paradigma da consciência temos uma razão centrada no sujeito, razão esta que se determina como razão instrumental e subjetiva. É instrumental na medida em que torna possível ao sujeito o controle teórico (conhecimento) e prático (dominação) das coisas e do mundo. É subjetiva porque privilegia o sujeito, em detrimento do objeto, tanto ontológica como epistematicamente. Dada essa premissa do sujeito na razão monológica, no quadro paradigmático da consciência, como visto, a noção central é a da subjetividade. De outro lado, no novo paradigma, temos uma razão centrada na comunicação, alargando os horizontes da racionalidade, ao buscar suas medidas não só na consciência e autoconsciência, mas em procedimentos argumentativos que possibilitam, além do elemento cognitivo, o prático, o moral, o emancipatório e o estético." LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit., p. 104-105.

tas – leia-se: decisões fundadas na racionalidade monológica (*lógica autoritária*). Um processo penal com integral respeito ao *contraditório* é um processo penal que privilegia a racionalidade dialógica e a ética intersubjetiva (*lógica garantista*). Configura uma maneira de superar o paradigma da filosofia do sujeito monológico (solipsista) e, assim, de superar um processo infectado por qualquer manifestação de autoritarismo, de decisionismo e, em última análise, de inquisitorialismo. Comentando a dicotomia que há entre a técnica inquisitorial (antidemocrática) e a técnica acusatória (democrática), Franco Cordero expõe:

"L'universo giudiziario è classificabile secondo alcune dicotomie: segreto-pubblico, solitario scandaglio introspettivo-escussione corale, induzione monologante-disputa, crime detector-decisores neutrale, ossessione terapeutica-fair play. Sommati, i primi termini delle singole coppie significano 'tecnica inquisitoria'. L'antimodello è uno spettacolo agnoistico senza misteri, dove gli esiti dipendano dalle respettive performances, essendo esclusa dalle regole ogni disparità organica (qual è relevabile, ad esempio, nella cosiddetta istruzione: giudice e pubblico ministero vi soverchiano l'imputato)".[20]

Isso demonstra, conforme assinalado por Ferrajoli, que há um nexo entre garantismo, convencionalismo legal e cognitivismo jurisdicional, de um lado, e entre despotismo, substancialismo e decisionismo valorativo, de outro.[21] No entanto, para além da preocupação inerente à lógica do direito positivado (*momento instrumental*), o *contraditório* também faz parte da dimensão ética do processo penal, merecendo, na *teoria do agir comunicativo*, igual atenção no plano da justificação (*momento material*),[22] corroborando a força normativa da Constituição.

---

20. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986. p. 288. Tradução livre: "O universo judiciário é classificável segundo algumas dicotomias: secreto-público, solitário introspectivo-dialogado coletivamente, indução monológica-disputa, *crime detector*-julgadores neutros, obsessão terapêutica-*fair play*. Somados, os primeiros termos de cada dicotomia haverá a 'técnica inquisitória'. O antimodelo é um espetáculo agnóstico sem mistérios, onde os êxitos dependem das respectivas performances, ficando afastada pelas regras cada disparidade orgânica (sendo relevante, por exemplo, na assim dita instrução: juiz e Ministério Público se sobrepondo ao acusado)".

21. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 46.

22. "Sin embargo, el *medio 'derecho'* permanece conectado con el *derecho como institución*. Por instituciones jurídicas entiendo las normas jurídicas que no pueden quedar suficientemente legitimadas con sólo apelar en términos positivistas a su corrección procedimental. Típicos en este sentido son los fundamentos del derecho constitucional, los principios del derecho penal y del derecho de enjuiciamiento criminal e toda la legislación relativa a asuntos penales próximos a casos morales (como el asesinato, el aborto, la violación etc.). Tan pronto como en la práctica cotidiana queda en cuestión la validez de *estas* normas, ya no basta con apelas a su legalidad. Necesitan de una justificación material, pues forman parte de los órdenes *legítimos del mundo de la vida* y, junto con las normas informales que

4. Contraditório e processo penal

O processo penal, em um Estado Democrático de Direito, tem por fim a garantia dos direitos fundamentais de todas as pessoas envolvidas em um caso penal, especialmente, o acusado, por ser a parte mais vulnerável diante do Estado. Em suma, a liberdade individual é o objeto primário de tutela dentro do processo penal democrático, porque é inconcebível a punição de uma pessoa que não seja autora ou partícipe de uma conduta, típica, antijurídica e culpável. Não por acaso o poder punitivo do Estado tem inúmeras limitações previstas na Constituição da República (*constitucionalização das liberdades*), cujas origens históricas estão relacionadas a muitos casos de autoritarismo e perseguição.

Para a democracia constitucional efetivar a sua missão de proteger o indivíduo da "ditadura da maioria" ou da turba inflamada pelos discursos midiáticos punitivistas, a Constituição da República traz direitos e garantias fundamentais que formam aquilo que Ferrajoli denomina "esfera do indecidível".[23] Por isso, o processo penal democrático é um instrumento que garante essas liberdades e tutela direitos fundamentais, sendo indispensável que a atuação de todos os sujeitos processuais tenha por referente-primeiro a Constituição da República, em cujo conteúdo está o *princípio do contraditório* (CR, art. 5.º, LV).

Para o *contraditório* viger na solução dos casos penais é necessário superar um modelo de processo penal vinculado ao *sistema inquisitório*, unificado pelo princípio inquisitivo, em que o juiz é o *gestor da prova*. Nas mais variadas épocas o processo penal foi caracterizado por dois sistemas: *sistema acusatório* e o *sistema inquisitório*.[24] O princípio unificador de cada sistema é diverso: no *sistema acusatório* a regência é feita pelo *princípio dispositivo* (as partes produzem as provas, sob o crivo do contraditório, para que, após o devido processo legal, o juiz resolva o caso penal); no *sistema inquisitório* a regência é feita pelo *princípio inquisitivo* (a gestão da prova fica a cargo do juiz, cuja missão é buscar a "verdade real"). É a forma pela qual se realiza a instrução criminal, ou seja, a reconstrução do fato investigado por meio de informações ou provas, que definirá o tipo de sistema ao qual o processo penal está ligado.[25]

---

rigen la acción, constituyen el trasfondo de la acción comunicativa." Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988. p. 516-517.

23. Trata-se do conjunto de princípios que, na democracia, estão protegidos da vontade das maiorias. Ferrajoli, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*. vol. 6. n. 1. p. 337-343. 2008. Trad. Miguel Carbonell.

24. Pisapia, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1982. p. 19.

25. Nesse sentido: Coutinho, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. ano 30. n. 30. p. 163-198. Curitiba, 1998.

Logo, ao contrário do que é defendido por significativa parcela da doutrina brasileira, é um equívoco imaginar que processo penal inquisitorial é aquele sem partes, em que as figuras do acusador e do julgador se fundem, ficando o acusado na condição de mero objeto de julgamento.[26] A característica fundamental do sistema inquisitório está na *gestão judicial da prova*: o juiz produz as provas a partir das suas íntimas convicções – por vezes inconscientes – impedindo a consolidação do *contraditório* na sua busca pela "verdade real". Nessa perspectiva, o processo se assemelha a um filme[27] e o contraditório se reduz à condição de simulacro. Por isso o *contraditório* depende da existência de um processo penal sustentado pelo *sistema acusatório*. Conforme lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, "no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*)".[28]

Topicamente é possível descrever os sistemas da seguinte maneira:

Sistema inquisitório: (a) gestão da prova compete ao Juiz (protagonismo judicial); (b) o juiz investiga, acusa e julga; (c) processo escrito, secreto e sem contraditório (trabalho solitário e o primado das hipóteses); (d) admite-se a denúncia secreta ("bocas da verdade") e a acusação *ex officio*; (e) há tarifação da prova; (f) o acusado é o depositário da verdade; (g) a prisão processual surge como regra; (h) ausência de coisa julgada a partir da sentença;

Sistema acusatório: (a) gestão da prova compete às partes; (b) juiz coletivo; (c) processo oral, público e contraditório; (d) a prova é valorada sem obedecer regras

26. "È falso che metodo inqusitorio equivalga a processo senza attore: nell'ordennance criminelle 1670, monumento dell'ingegno inquisitoriale, il monopoli della'azione spetta agli hommes du roi ('les procès seront porursivis à la diligence et sous le nom de nos procureus')." CORDERO, Franco. Op. cit., p. 47. Tradução livre: "É falso que método inquisitório equivale a processo sem ator: nas Ordenações Criminais de 1670, monumento da genialidade inquisitorial, o monopólio da ação pertencia aos homens do rei ('os processos serão promovidos sob o cuidado e em nome dos nossos procuradores')".

27. "Se o processo era um jogo em 1950 para Piero Calamandrei, em tempos modernos certamente ele diria que o processo é um filme, que o juiz dirige, escreve o roteiro, faz seu olhar girar numa panorâmica, aproxima a sua objetiva dos fatos, corta e reinicia perícias, trabalha com tempos, prazos e espaços, dá o ritmo narrativo da conclusão que deseja violentar ao final com o seu dispositivo, ou pior ainda, é muitas vezes o protagonista, que expõe de modo dramático, mas técnico-legal, a montagem incontrolável de seus planos, a satisfação incontrolável de seu ego, a sua desvairada subjetividade em busca do riso ou da lágrima dos expectadores." BORGES, Guilherme Roman. O direito em 24 quadros-por-segundo: o processo constituído entre fotogramas. *Jornal O Estado do Paraná*. Curitiba, jul. 2005. p. 5.

28. COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais... cit., p. 166.

tarifárias; (e) a liberdade do acusado é regra (o sistema acusatório é presidido pela liberdade do acusado); (f) há coisa julgada a partir da sentença.

O processo *acusatório* é cognitivo, imune ao arbítrio, com igualdade entre os sujeitos: no lugar da verdade, o que se busca é a *solução do caso penal*, com respeito aos pressupostos do *agir comunicativo*: igualdade entre os sujeitos comunicantes e aceitação do resultado por esses sujeitos, desde que respeitadas as regras processuais democráticas. Logo, trata-se de um processo muito mais vinculado à *filosofia da linguagem* e muito mais democrático, embora seja forçoso reconhecer que jamais houve um processo puro.[29] E a realidade processual penal brasileira demonstra que a unificação da linguagem no campo doutrinário e na práxis forense é uma necessidade candente, não estando superada a discussão a respeito dos sistemas processuais, lamentavelmente. De qualquer modo, como ressalta Dezza: "Il rapporto tra *accusatio* e *inquisitio* costituisce dunque, a mio sommesso avviso, un punto di riferimento se non irrinunciabile certo assai difficilmente sostituibile, anche e, direi, specialmente nella prospettiva del dialogo tra giuristi storici e giuristi positivi".[30]

Para a efetiva implementação do *contraditório* também é necessário que, além da discussão em torno dos sistemas processuais, seja discutida a concepção de processo a guiar a práxis forense. O processo enquanto meio para o acertamento de casos penais (atuação da jurisdição) não pode mais ser visto como uma *relação jurídica* (*iudicium est actus trium personarum: iuducis, actoris et rei*)[31] ou como uma *situação*

29. "Pur nell'indiscutibile validità schematica dei modelli storico-comparativi (*accusatio/inquisitio*; *common law/civil law*), gli studi che negli ultimi venti anni circa la storiografia ha prodotto, hanno certamente descrito un quadro più complicato, dove le linee pure dei due modelli non hanno trovato mais una concreta applicazione, ma piuttosto si sono sempre presentati con contaminazioni, interferenze, scorie e ibridazioni." PIFFERI, Michele. Le ragioni di um dialogo qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 34-35. Tradução livre: "Apesar da indiscutível validade esquemática dos modelos histórico-comparativos (*accusatio/inquisitio*; *common law/civil law*), os estudos que nos últimos vinte anos a historiografia produziu, tem certamente descrito um quadro mais complicado, onde as linhas puras dos dois modelos não encontraram uma concreta aplicação, mas regularmente estão sempre apresentados com contaminações, interferências, resíduos e hibridações".

30. DEZZA, Ettore. Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporânea. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 102. Tradução livre: "A relação entre *accusatio* e *inquisitio* constitui então, a meu ver, um ponto de referência se não irrenunciável dificilmente substituível, ainda, e diria, especialmente na perspectiva do diálogo entre juristas historiadores e juristas positivistas".

31. BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Gießen: Emil Roth, 1868.

jurídica.[32] Sendo o *contraditório* uma condição inexorável para a resolução racional e democrática de casos penais, deve o processo ser concebido como um *procedimento em contraditório*, conforme defendido por Fazzalari:

"C'è processo, insomma, quando nell'iter di formazione de in atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare alla fase di recognizione dei pressuposti sul piede di reciproca e simetrica parità, di svolgere attività di cui l'autore deve tener conto, i cui resultati cioè egli può disatendere, ma non obliterare".[33]

Fazzalari é peremptório em relação à necessidade do *contraditório* para poder se falar em processo: "dov'è assente il contraddittorio, cioè la possibilita, prevista dalla norma, che esse si realizzi, ivi non c'è processo".[34] É que, em uma democracia, somente se pode falar em processo se houver a garantia da participação paritária e dialética entre os sujeitos, ou seja, se houver *contraditório* (que é um princípio de envergadura constitucional). É, assim, o *contraditório* um antídoto contra o modelo inquisitório (antidemocrático).

A efetiva recepção da teoria do processo como *procedimento em contraditório* – uma exigência constitucional urgente – traz algumas implicações práticas:

O processo penal se constitui de duas razões que se complementam reciprocamente: a *razão instrumental* (procedimento em contraditório) e a *razão substancial* (inexistência de lide);[35]

O juiz deixa de ser o *gestor da prova*, sendo vedada a sua iniciativa nas investigações de qualquer natureza; afinal, é da nossa cultura – inquisitorial – primeiro decidir (culpado/inocente; condenação/absolvição) e depois investigar, sendo que, na busca pela "verdade real", o investigador/juiz buscará – solitariamente – os elementos que confirmam a sua prévia decisão, ou a sua prévia "verdade", impedindo a dialética exigida pelo contraditório;[36]

---

32. GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage*: eine kritik des prozessualen denkens. Berlim: J. Springer, 1925.

33. FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano XII. vol. 2. p. 861-88. 1958. Tradução livre: "Há processo, em suma, quando no *iter* de formação de um ato exista contraditório, ou seja, quando seja permitido aos vários interessados participarem da fase de reconhecimento dos pressupostos, em pé de igualdade, e desenvolver atividade da qual o autor deva tomar conhecimento, cujos resultados este pode até descumprir, porém não pode suprimir".

34. Idem, p. 872. Tradução livre: "Onde está ausente o contraditório, ou a possibilidade, prevista pela norma, que ele se realize, não existe processo".

35. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

36. CORDERO, Franco. Op. cit., p. 51. "La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavorìo poliziesco, ma

As partes trabalharão dialeticamente para reconstruir o fato histórico sem qualquer pretensão de se chegar a uma "verdade real" (fundante), ficando afastada a iniciativa judicial, pois, na relação sujeito-objeto (juiz-prova), é o sujeito (juiz) que retira do (objeto) a "verdade" (leia-se: sentido ou natureza); eis a razão para o afastamento de verdades fundantes;

Sendo o contraditório constituído pela informação processual (direito de audiência) e pela possibilidade de reação dos sujeitos processuais (refutação), só existirá prova válida se produzida sob o contraditório;[37]

O juiz fica impedido de decretar medidas cautelares *ex officio*, notadamente prisão processual, cabendo à acusação qualquer provocação nesse sentido, pois, do contrário, esse juiz passará a ser mais um acusador e já terá antecipado o seu veredicto, fulminando qualquer *contraditório* durante a instrução;

Os *elementos indiciários de informação* (trabalho policial) não poderão constituir *prova*, exceto as perícias indispensáveis à demonstração material do fato punível a ser apurado e que não podem ser reproduzidas – sob o crivo do contraditório – durante a instrução criminal;[38]

A liberdade do acusado é a regra, porque sem liberdade o acusado não pode efetivamente participar do *contraditório*, pois tal participação depende da *ampla defesa* que é constituída pela *defesa técnica* e pela *autodefesa*;

---

sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotese sui fatti'". Tradução livre: "A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, alheios aos grilhões da dialética, pode ser útil ao trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-los 'primado das hipóteses sobre os fatos'". Por isso é importante concluir: se a gestão da prova permanecer nas mãos do juiz, a prova deixa de ser um direito das partes para se tornar um ato arbitrário do juiz.

37. "Il giudizio, pertanto, deve essere basato sul controllo empirico e ciò esige che le ipotesi acusatorie siano concretamente sottoposte a verifica ed esposte a confutazione in modo da risultare convalidate solo se suffragate da prove e contraprove". PASTORE, Baldassare. Criteri epistemologici e princìpi costituzionali nel processo penale. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (Org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 164. Tradução livre: "O processo, portanto, deve se basear sob o controle empírico e isto exige que as hipóteses acusatórias sejam concretamente submetidas a verificação e expostas à refutação de modo a resultarem convalidadas só se sufragadas por provas e contraprovas".

38. "La atribución al Ministerio Público de potestad exclusiva para desarrollar las funciones de investigación del hecho delictivo, debe estar compensada con la ineficacia probatoria de las diligencias de averiguación que *él* mismo lleva a cabo." ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 153.

O conceito de *lide* – caro aos adeptos da TGP (teoria geral do processo) – deixa de existir no âmbito processual penal, tendo em vista que não há conflito entre as partes (acusação e defesa), e sim um objetivo comum de solução do caso penal, evitando que um inocente seja punido e, consequentemente, privado da sua liberdade e de seus demais direitos;

O processo passa a obedecer à *legalidade* (rito preestabelecido), à *publicidade* (controle democrático das decisões), à *oralidade* (concentração probatória), à *motivação* (refutação diante dos fundamentos da decisão);[39]

Se os debates no acertamento do caso penal se fundarem nas informações colhidas sem o *contraditório*, a *oralidade* perderá a importância, servindo apenas para legitimar a decisão previamente desejada por aqueles que sustentam a estrutura inquisitorial.

Enfim, sem o contraditório não há dialética no processo penal e a estrutura se torna inquisitória, com violação à igualdade entre as partes.

No Brasil, a realidade forense demonstra que o contraditório é um simulacro, uma simples formalidade. Enquanto não eliminada a supremacia inquisitória do nosso modelo processual não será possível constitucionalizar o processo penal brasileiro. Não há um progresso linear, apenas movimentos pendulares, sem um formato racional e sistemático, que não conseguem evitar a violação de garantias e de liberdades individuais, exigindo dos teóricos uma revisão dos acontecimentos e das próprias teorias.[40]

---

39. "Da ciò deriva una struttura del giudizio assicurata normativamente da tres criteri procedurali riguardanti: la *contestazione dell'accusa*, con la quale è formata l'ipotesi accusatoria e si instaura il contraddittorio; l'*onere della prova* di tale ipotesi, gravante sull'accusatore; il *diritto di difesa* attribuito all'imputato. A tali criteri, aventi la qualità di garanzie epistemologiche, se ne connettono altri riguardanti: la *pubblicità*, che rende possibile il controllo interno ed esterno dell'intera attività processuale; l'*oralità*, che comporta l'immediatezza e la concentrazione dell'istruzione probatoria; la *legalità* delle procedure, che richiede lo svolgimento di tutte le attività giudiziarie secondo un rito giuridicamente prestabilito; la *motivazione*, che documenta e garantisce la fondatezza o l'infondatezza, suffragate da prove, delle ipotesi accusatorie contestate." PASTORE, Baldassare. Op. cit., p. 163. Tradução livre: "Disto resulta uma estrutura de julgamento assegurada normativamente por três critérios processuais protetores: a *constatação da acusação*, com a qual é formada a hipótese acusatória e se instaura o contraditório: o ônus *da prova* de tal hipótese, que compete ao acusador; o *direito de defesa* atribuído ao imputado. A tais critérios, com força de garantias epistemológicas, se conectam outros processuais: a *oralidade*, que comporta o imediatismo e a concentração da instrução probatória; a *legalidade* dos procedimentos, que requer o desenvolvimento de todas as atividades judiciais segundo um rito juridicamente preestabelecido; a *motivação*, que documenta e garante a fundamentação ou não fundamentação, sufragada pelas provas, das hipóteses acusatórias constatadas".

40. "O contraditório precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado. Rompe-

Para ilustrar esse quadro fatídico é possível citar as prisões cautelares ou condenações baseadas em acordos de delação premiada, em que as informações são colhidas unilateralmente pelas polícias ou pelo Ministério Público e transformadas em prova na instrução. Cabe frisar que as confissões são obtidas mediante o uso abusivo da prisão cautelar e, uma vez ameaçado ou pressionado pela prisão, o acusado passa a confessar – nem sempre o que fez ou deixou de fazer – e a delatar outras pessoas – nem sempre com honestidade –, "colaborando" dessa forma com a busca pela "verdade real". Nessa realidade inquisitorial, a prisão se torna a *extrema ratio* do sistema, com vistas à obtenção da confissão e da delação. O delator recebe tratamento especial (prisão domiciliar ou revogação da prisão) e as suas palavras são incorporadas à instrução com valor de prova. E aqueles que invocarem o *nemo tenetur se detegere* e a presunção de inocência, permanecerão presos temporariamente ou preventivamente. Isso demonstra a necessidade de mudança da mentalidade dos juízes criminais. A esse respeito, Zilletti faz a seguinte crítica:

"Al tema della 'mentalità' ben si legano le questione della formazione e del reclutamento dei magistrati: tutto si svolge ancor oggi in un regime di autarchia, ove la cultura dei diritti individuali, nel settore del diritto penale, soccombe dinanzi alla primazia dello Stato e alla sua pretesa punitiva. Finchè la formazione comune del ceto dei giuristi sarà confinata soltanto nel momento universtiario e non sarà favorita la circolazione tra i vari attori del processo, ci sara sempre un magistrato intimamente convinto che la presunzione di innocenza sia soltanto una favola".[41]

E, conforme a crítica de Garapon: "l'immaginario inquisitorio mal sopporta (...) l'idea che un soggeto gravemente indiziato, e sul quale pende la minaccia de una pena grave, possa sottrarsi al regime de custodia cautelare".[42]

-se, outrossim, a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, auxiliares, ministério público, acusado, defensor) do processo possa conferir ao ato o *status* de contraditório. É preciso mais. É preciso a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, apurando-se o melhor argumento em face do Direito e do 'caso penal', na via intersubjetiva, sem perder de vista o critério ético material (Dussel)." Rosa, Alexandre Morais da. *Decisão penal*: a *bricolage* de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 262-263.

41. Zilletti, Lorenzo. Il mondo nuovo e il errori del 1988. In: Pifferi, Michele; Negri, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 149. Tradução livre: "Ao tema da 'mentalidade' bem se ligam as questões da formação e do recrutamento dos magistrados: tudo se desenvolve ainda hoje em um regime de autarquia, onde a cultura dos direitos individuais, no setor do direito penal, sucumbe diante da primazia do Estado e a sua pretensão punitiva. Enquanto a formação dos juristas for confinada apenas no momento universitário, não será favorecida a circulação entre os vários atores do processo, haverá sempre um magistrado intimamente convencido que a presunção de inocência é apenas uma fábula".

42. Garapon, Antoine. *Del giudicare*: saggio sul rituale giudiziario. Milano: Raffaello Cortina, 2007. p. 152. Tradução livre: "O imaginário inquisitório mal suporta (...) a ideia de que um

De modo muito semelhante ao que ocorreu na Itália, durante a "Operação Mãos Limpas",[43] no Brasil, muitas das operações desenvolvidas pelo Ministério Público violam completamente a Constituição da República, porque: o contraditório não é observado; as testemunhas são ameaçadas com prisões; há um uso abusivo de acordos de delação e escutas telefônicas deferidas por longos períodos de tempo; o Poder Judiciário admite, em muitos casos, o emprego desses mecanismos inconstitucionais.

O sacrifício dos direitos e garantias fundamentais, em homenagem ao discurso de *segurança pública* ou da "guerra contra o crime", é irracional e aumenta sobejamente o risco de ocorrerem *erros judiciários*, algo que deve ser uma – senão a maior – das preocupações éticas de qualquer jurista ou ator jurídico no campo do processo penal democrático.

A propósito da importância de se repensar o ordenamento à luz da Constituição, ou seja, da sua *constitucionalização*,[44] sustenta Pietro Costa: "I diritti fondamentali sono quindi effettivamente il nucleo germinale del nuovo ordinamento repubblicano e possono essere presi in considerazione come il più importante parametro cui rapportare il processo di costruzione della democrazia costituzionale".[45]

Logo, com o advento da Constituição brasileira de 1988, configura-se uma exigência retirar do processo penal os elementos autoritários típicos dos regimes pas-

---

sujeito gravemente indiciado, e sobre o qual pende a ameaça de uma pena grave, possa subtrair-se ao regime de prisão cautelar".

43. A propósito, ver: ILLUMINATI, Giulio. I riflessi della stagione di "mani pulite" sulla procedura penale degli anni novanta. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 277-283. Aqui cabe uma indagação: estamos em 2015, e, lá, na Itália, a corrupção diminui após a desgraçada operação?...

44. "Per 'costituzionalizzazione, infatti, si intende un processo di trasformazione al termine del quale l'ordinamento risulta totalmente 'impregnato' dalle norme costituzionali, capaci, così, di condizionare la legislazione, la giurisprudenza, la dottrina, le azioni degli attori politici, come pure le relazioni sociali." PASTORE, Baldassare. Op. cit., p. 162-163. Tradução livre: "Por 'constitucionalização', de fato, se entende um processo de transformação ao fim do qual o ordenamento resulta totalmente 'impregnado' pelas normas constitucionais, capaz, assim, de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos, como também as relações sociais".

45. COSTA, Pietro. Il modello accusatorio in Italia: fra "attuazione della Costituzione" e mutamenti di paradigma. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 153. Tradução livre: "Os direitos fundamentais são assim efetivamente o núcleo germinal do novo ordenamento republicano e podem ser levados em consideração como o mais importante parâmetro ao qual referir o processo de construção da democracia constitucional".

sados e implementar o *contraditório* como garantia individual fundamental, para fins de assegurar um sistema processual *acusatório*.[46]

Possui o *contraditório* um valor heurístico-epistemológico em face do seu método dialético. Negar isso é um grande equívoco, pois é o *contraditório* a força motriz do processo democrático, conforme lição de Baldassare Pastore:

"Il contradditorio, dunque, presenta un essenziale valore euristico-epistemologico, in ragione della considerazione del método dialettico come quello migliore finora escogitato per 'laccertamento della verità degli enunciati fattuali formulati dalle parti, in quanto presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la norma applicabile al caso conceto. Il contradditorio, così, va inteso in senso soggettivo, ma anche in senso oggettivo. È contradditorio sulla prova, ma anche per la prova. Oppore il contradittorio alla ricerca della verità si configura, pertanto, come um infelice equivoco'. (...) 'È solo il 'libero ad aperto contradditorio tra accusa e difesa davanti ad un giudice non vincolato nella formazione del suo convincimento' che 'consente all'imputato di far valer i suou diritti di liberà ed a esse presunto innocente sino a tanto che non è stata prunuziata una sentenza penal passata in giudicato. La forza motrice di un processo che risponda ai princìpi degli ordinamenti liberal-democratici è costituita dal contradditorio, espressione del carattere della dialetticità. Proprio nella contrapposizione dialettica delle parti, che implica l'esclusione dal processo di ogni prova ottenuta fuori dal loro controllo, è possibile trovare il miglior mezzo per vedere, illuminata sotto diversi profili, la verità' (...) Emerge, con progressiva consapevolezza, l'idea che nel processo si ottiene una ricostruzione dei fatti attraverso l'accertamento della verità delle contrapposte enunciazioni delle parti, costituenti la rappresentazione 'storica' da ciascuna di esse offerta al giudice, per cui l'esito processuale consegue ad 'un'attiva partecipazione di tutti i soggetti che intervengono da diverse prospettive in ogni momento del dibatimento, influenzandone il corso. Il confronto dialettico delle 'verità', che il contradditorio garantisce, si lega al rispetto della dignità della persona. Il principio del contradditorio, inteso come *modus procedendi* per l'accertamento del vero, esprime, dunque, sia una scelta gnoseologica sia una scelta etico-politica".[47]

---

46. "L'attuazione dei diritti individuali diventa così una funzione della dialettica accusa/difesa e della scelta fra stile inquisitorio e modello accusatorio." ORLANDI, Renzo. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 80. Tradução livre: "A efetivação dos direitos individuais se torna assim uma função da dialética acusação/defesa e da escolha entre inquisitorialismo e modelo acusatório".

47. PASTORE, Baldassare. Op. cit., p. 167-169. Tradução livre: "O contraditório, assim, apresenta um essencial valor heurístico-epistemológico, em razão da consideração do método dialético como aquele melhor cogitado para o acertamento da verdade dos enunciados fáticos

As considerações epistemológicas de Pastore a respeito do *contraditório* evidenciam que não há verdades fundantes, sendo que o acertamento da verdade no âmbito processual penal depende diretamente do contraditório, devendo ficar afastada qualquer prova produzida arbitrariamente, ou seja, a partir da vontade subjetiva do julgador. Nunca é demais lembrar que a prova dos fatos relevantes ao caso penal não é uma atividade somente cognitiva, mas também configura uma expressão das escolhas a respeito das hipóteses.[48] Por isso, o juiz não pode participar dessa reconstrução histórica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: FALTOU "COMBINAR COM OS RUSSOS"[49]

Desde a psicanálise, é preciso reconhecer que muitas decisões que violam o *contraditório* não são fruto de uma intenção deliberada de violar a liberdade ou os direitos dos acusados no âmbito do processo penal. Elas partem do inconsciente, de

---

formulados pelas partes, enquanto pressuposto para poder adequadamente decidir qual seja a norma aplicável ao caso concreto. O contraditório, assim, vai entendido em sentido subjetivo, mas também em sentido objetivo. É contraditório sobre a prova, mas também pela prova. Opor o contraditório à busca da verdade se configura, portanto, como um infeliz equívoco". (...) "É só o 'livre e aberto contraditório entre acusação e defesa diante de um juiz não vinculado na formação do seu convencimento' que 'consente ao acusado fazer valer os seus direitos de liberdade e a ser presumido inocente até que seja pronunciada uma sentença penal transitada em julgado. A força motriz de um processo que responda aos princípios dos ordenamentos liberal-democráticos é constituída pelo contraditório, expressão do caráter da dialeticidade. Mesmo na contraposição dialética das partes, que implica exclusão do processo de toda prova obtida fora dos seus controles, é possível encontrar o melhor meio para ver, iluminada sob diversos pontos, a verdade" (...) "Emerge, com progressiva sabedoria, a ideia que no processo se obtém uma reconstrução dos fatos através do acertamento da verdade das contrapostas enunciações das partes, constituindo a representação 'histórica' de qualquer delas apresentadas ao juiz, para qual êxito processual consegue a 'uma' ativa participação de todos os sujeitos que intervenham de diversas perspectivas em cada momento da instrução, influenciando o curso. O confronto dialético das 'verdades', que o contraditório garante, se liga ao respeito à dignidade humana. O princípio do contraditório, entendido como *modus procedendi* para o acertamento da verdade, exprime, assim, uma escolha gnosiológica ou uma escolha ético-política".

48. "(...) la prova dei fatti rilevanti non riguarda un'attività solamente cognitiva, ma è espressione di schelte respetto ad ipotesi esplicative alternative." PASTORE, Baldassare. Op. cit., p. 173.

49. A expressão nasceu durante uma preleção do técnico da seleção brasileira de futebol, na Copa de 1958. Antes do jogo com a URSS, Vicente Feola ordenou que Garrincha pegasse a bola e driblasse os zagueiros soviéticos, fosse até a linha de fundo e cruzasse forte para trás, para Vavá marcar o gol. Então, Garrincha indagou: – Tudo bem, Feola, mas o senhor já combinou com os russos? A partir daí, a expressão "faltou combinar com os russos" é usada quando algo que parecia combinado não acontece.

modo que uma aproximação entre o Direito Processual Penal e a Psicanálise há muito tempo se mostra inevitável e indispensável. Alexandre Morais da Rosa lembra que "para além do assentimento sincero, existem mecanismos inconscientes que roubam a cena, conforme deixa evidenciada a psicanálise".[50] Assim, torna-se necessária uma leitura de tais violações ao contraditório – expressamente previsto na Constituição – a partir da psicanálise.

Frequentemente profissionais do direito lamentam o caráter discrepante de decisões judiciais no âmbito do Sistema de Justiça Criminal quando comparadas aos textos legais (*fato gráfico*). É percebível uma *dimensão de absurdo* em muitas decisões judiciais,[51] inclusive, naquelas proferidas pelas chamadas Cortes Superiores, em que os seus atores, por força da Constituição da República deve(ria)m ser pessoas com "notável/notório saber jurídico". Em grande parte, o caráter teratológico de algumas decisões está atrelado à crise do ensino jurídico no Brasil. No entanto, essa *dimensão de absurdo* é uma decorrência de se julgar *outra coisa* para além do caso penal, trazendo como consequência *um julgamento para além do mito da legalidade*.

Apesar de todo o desenvolvimento do princípio do contraditório, são comuns os *desvios hermenêuticos* que, de tão aberrantes, causam estranheza no mais inexperiente dos estudantes durante a graduação em Direito. Por isso, a compreensão desses *desvios hermenêuticos* está para além do mito da legalidade, exigindo do jurista uma imersão, um flanar, na psicanálise e na psicologia social, abdicando da pretensão cartesiana de domínio dos acontecimentos pela via do racionalismo da modernidade, ou seja, deve buscar *um lugar diferente de fala*, desgarrado de fetiches epistemológicos, buscando os interstícios da ciência, ampliando o grau de reflexão sobre os acontecimentos concretos da vida em sociedade. Tal postura não implica concordância com esses desvios hermenêuticos!

Por tal razão, no plano psicanalítico, mais importante do que o *dito* é o *não dito*, ou seja, o que mais importa é observar que aquilo que esteja sendo dito pelo sujeito julgador possa significar outra coisa. É forçoso reconhecer um subjetivismo cuja carga consegue suplantar – antidemocraticamente – os limites semânticos das palavras que constituem os textos legais. Dessa forma, sairá vencedor aquele ator jurídico que seguir os valores que constituem o *imaginário coletivo*. Trata-se da manutenção de valores instituídos, implicando negação de toda subjetividade antagônica, ou seja, *negação da alteridade* de quem não segue a lógica do grupo social

50. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal*... cit.,, p. 273.

51. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O estrangeiro: a justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise*: interseções a partir de "O Estrangeiro" de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.

dominante. É constatada a predominância de uma razão instrumental destinada à preservação do sistema de poder vigente.[52]

Abandonada a ingenuidade legalista, é possível compreender que, antes da repressão criminal, a decisão está procurando reafirmar a realidade do sistema que a tornou possível. Há a reafirmação da ideologia dominante, ainda que a raiz do fenômeno criminal tenha que ser ocultada, pois, é sabido que sem a ocultação da luta de classes, das desigualdades sociais e da opressão política, a preservação do sistema de poder e a consequente dominação estará em risco. Para a canalha, é preciso, portanto, preservar o sistema! Essa preservação dependerá, em última análise, da apropriação e da manipulação discursiva, ainda que com violação dos primados da *filosofia da linguagem* defendidos por um Wittgenstein, por exemplo.

A partir dos avanços da *filosofia da linguagem* o sentido dos *entes* (no caso o texto legal) não está no *texto* (conforme desejou a metafísica clássica), assim como não está no *sujeito* (conforme desejou a *filosofia da consciência* de matriz cartesiana). Por isso, é temerário e inútil construir um debate entre *objetivismo* e *subjetivismo*, pois, não há vontade no texto, nem sentido no sujeito intérprete, exceto o sujeito solipsista.[53] Na ação de interpretar, não deve(ria) o intérprete almejar verdades fundantes e, desde a legalidade, não pode falar qualquer coisa sobre qualquer coisa. Mas, há no texto um lugar velado (*outra cena*) que não temos domínio, porque está no *inconsciente*. Nossa interpretação racional chega apenas até o estabelecimento de assentimentos ou acordos semânticos (*universalismo de Habermas*). Pensar o contrário é pedir para permanecer no "país das maravilhas". O problema é que tal empulhação é apaziguadora para muitos sujeitos incapazes de se afastar do "porto seguro" – enganador – cartesiano. Aqui é imperioso transcrever o pensamento de Alexandre Morais da Rosa:

"A empulhação universal da leitura objetiva desconsidera a singularidade e que cada resposta ao texto será única, de acordo com nossas necessidades, defesas (in) conscientes e valores, no tempo e espaço. Nela se joga com a identificação, projeção, introjeção, transferência. Sem garantias. A cadeia de significantes não se inicia com o texto. O leitor, o autor, as condições intervêm no sentido. O sujeito precisa se acomodar com o que quer ver e o que pode ver, porque o seu desejo, sujeitado ao desejo do outro, afeta mais o sentido do que o orgulhoso sujeito da modernidade pode aceitar".[54]

---

52. Idem, p. 14-21.

53. Ver a crítica de STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

54. ROSA, Alexandre Morais da. O estrangeiro, a exceção e o direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise*: interseções a partir de "O Estrangeiro" de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 54.

Assim, a interpretação e a aplicação do princípio do contraditório estão atreladas à singularidade e aos preconceitos desse *um* sujeito que decide – em regra – em favor da conservação do sistema de poder que lhe sustenta. É na tríade *sujeito/intérprete – pequeno outro – grande outro* que se produzirá o desvelamento do sentido de cada ente ou texto legal, sendo ilusória a defesa de uma hermenêutica fundada em interpretações objetivas. Mas, embora essa sedutora ilusão não ultrapasse o registro do *imaginário*, é necessário repetir: não é possível falar qualquer coisa a respeito de qualquer coisa! Eis o desafio garantista (Ferrajoli)!... Pois, (in)felizmente, há na *ação comunicativa* muito silêncio e o *inconsciente* é poderoso na forjadura dos consensos intersubjetivos. Será na estrutura linguística imposta pelo *grande outro* que se buscará negar o *pequeno outro* (*negação da alteridade*), tudo *in the name of love*... em nome da segurança nacional (ditadura)... da segurança pública ("caveira"!)... do combate à corrupção... com o referendo da decisão judicial, independentemente do limite semântico das palavras que constituem a legislação vigente em nosso país.

É o combate entre o *bem* e o *mal* que servirá de estímulo para todos que possuem o desejo de neutralizar ou matar o inimigo (jovem, pobre, afrodescendente, sem instrução escolar e sem influência política ou midiática, ou, ainda, o agente de "colarinho-branco", como quer a esquerda punitivista ou a oposição derrotada). Então, é forçoso reconhecer que os justiceiros podem estar pelas ruas, mas, também, pelos gabinetes e escritórios, dispostos a estabelecer um *estado de exceção*, compreendido assim a partir do trabalho de Giorgio Agamben.[55]

A busca da *justiça* funda a missão do justiceiro, ainda que pensado a partir da ilustre figura do aplicador da lei forjado na melhor tradição racionalista da modernidade. Por isso, tal qual um messias, esse tipo de intérprete da lei permanece no plano da metafísica, muito mais autocrático ou solipsista do que pode imaginar.

Embora isso não retire qualquer responsabilidade dos justiceiros, é necessário reconhecer também que o seu/nosso *Eu*, na perspectiva psicanalítica, não passa de um pronome, uma figura alienada; o *Eu* é pura miragem, pois constituído, na realidade, pelo *grande outro*, cuja estrutura linguística, nos tempos atuais, quer mais violência (*estrutural* e *institucional*).[56] Dito de outro modo: cada um de nós vê o

55. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

56. A *violência estrutural* está ligada às relações de produção no processo de trabalho, em todos os setores da atividade humana, enquanto a *violência institucional* se liga ao conteúdo e à atuação ou funcionamento diferencial das superestruturas do poder político e jurídico do Estado. SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime*: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 85.

mundo com os olhos que tem! Isso significa que a interpretação do texto de lei ou *fato gráfico* dependerá – também – da estrutura psíquica de quem lê e das correspondentes condições de tempo e espaço (*lugar de fala*), não tendo o significante plena força de controlar o sentido a ser emitido pelo intérprete.

A partir do conjunto de significantes inseridos em cada caso penal, a eficácia da defesa será uma das coisas mais difíceis no exercício da advocacia criminal, uma vez que o controle democrático das decisões pode naufragar diante da simples coerência retórica, mormente em tempos de crise do ensino jurídico e das técnicas de "copiar e colar" nas decisões alguns precedentes jurisprudenciais desconectados da realidade fática de cada caso penal.

Em síntese: o sentido advirá das experiências pessoais, nelas inseridos sentimentos de frustração, medo, angústia, vaidade etc. Na busca pelo gozo dentro do processo penal do *estado de exceção*, alguns neossujeitos,[57] já denominados de *neojulgadores*[58] podem adotar uma postura inquisitória e paranoica rumo à condenação – *primado das hipóteses sobre os fatos* –, como estratégia de redução das ansiedades decorrentes dos conflitos internos, mediando desejo, culpa e realidade.[59] Preservar o contraditório para eles é algo doloroso, causador de frustração. Afinal, para o justiceiro, só merece ganhar o "Oscar" um filme no qual o "mocinho" vence o "bandido" e, de brinde, recebe aquele "beijo" no final como prêmio pela conservação do *estado de exceção*.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANCEL, Marc. *Social defense*: a modern approach to criminal problems. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1965.

APEL, Karl-Otto. Fundamentação última não metafísica. In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. *Dialética e liberdade*: *festschrift* em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Transformação da filosofia*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. vol. 2.

57. LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum*: viver juntos sem o outro. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

58. GORNICKI NUNES, Leandro. Neojulgadores e a perversão comum no processo penal brasileiro. *Revista de Direito e Psicanálise do PPGD da UFPR*. vol. 2. n. 3. p. 62-76, Curitiba, 2011. Disponível em: [www.direitoepsicanalise.ufpr.br/index.php?option=com_content&view=article&id=119:v2n3a02&catid=40:numerosanterioresartigos&Itemid=95].

59. ROSA, Alexandre Morais da. O estrangeiro, a exceção e o direito... cit., p. 64-67.

Borges, Guilherme Roman. *O direito em 24 quadros-por-segundo*: o processo constituído entre fotogramas. *Jornal O Estado do Paraná*. Curitiba, jul. 2005.

Bülow, Oskar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Gießen: Emil Roth, 1868.

Canotilho, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Carnelutti, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. XX. p. 4-9. Padova: Cedam, 1965.

Cordero, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986.

Costa, Pietro. Il modello accusatorio in Italia: fra "ttuazione della Costituzione" e mutamenti di paradigma. In: Pifferi, Michele; Negri, Daniele (org.). *Diritti Individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal (penal) e o Poder Judiciário. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda; Nunes, António José Avelãs. *Diálogos constitucionais*: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. ano 30. n. 30. p. 163-198. Curitiba, 1998.

_____. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

Dahm, Georg; Schaffstein, Friedrich. *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*. Hamburg, 1933.

Dezza, Ettore. Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea. In: Pifferi, Michele; Negri, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.

Fazzalari, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano XII. vol. 2. p. 861-880. 1958.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. La esfera de lo indecidible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*. vol. 6. n. 1. p. 337-343. 2008. Trad. Miguel Carbonell.

Fioravanti, Maurizio. *Costitucionalismo*: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma: Laterza, 2009.

Garapon, Antoine. *Del giudicare*: saggio sul rituale giudiziario. Milano: Raffaello Cortina, 2007.

Goldschmidt, James. *Der Prozeß als Rechtslage*: eine kritik des prozessualen denkens. Berlim: J. Springer, 1925.

Gornicki Nunes, Leandro. Neojulgadores e a perversão comum no processo penal brasileiro. *Revista de Direito e Psicanálise do PPGD da UFPR*. vol. 2. n. 3. p. 62-76. Curitiba, 2011. Disponível em: [www.direitoepsicanalise.ufpr.br/index.php?option=com_content&view=article&id=119:v2n3a02&catid=40:numerosanterioresartigos&Itemid=95].

Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988.

HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1959.

_____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. Riflessi della stagione di "mani pulite" sulla procedura penale degli anni novanta. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.

JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções críticas. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição política*. Trad. Manuel Soares. São Paulo: Global, 1987.

_____. Über *das Verfassungswesen*. Berlin: Buchhandlung Vorwäts Paul Singer, 1907.

LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum*: viver juntos sem o outro. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente*. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1896.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O estrangeiro: a justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise*: interseções a partir de "O estrangeiro" de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.

PASTORE, Baldassare. Criteri epistemologici e princìpi costituzionali nel processo penale. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.

PIFFERI, Michele. Le ragioni di um dialogo qualche riflessione sulle alterne vicende di um cmplesso confronto disciplinare. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1982.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal*: a *bricolage* de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O estrangeiro, a exceção e o direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise*: interseções a partir de "O estrangeiro" de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime*: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. *Dialética e liberdade*: *festschrift* em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1.

ZILLETTI, Lorenzo. Il mondo nuovo e il errori del 1988. In: PIFFERI, Michele; NEGRI, Daniele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no Processo Penal brasileiro: à luz da teoria da ação comunicativa habermasiana, de Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo – *RCP* 7/109 (DTR\2007\754); e
- Processo Penal constitucional e democrático. A necessidade de manifestação do Defensor após parecer do Ministério Público em Tribunal e desfavorável ao acusado, de João Eduardo Ribeiro de Oliveira – *RT* 910/235 (DTR\2011\2298).

84677

O PROCESSO PENAL EM TEMPOS DE EXCEPCIONALIDADE: O DIREITO SE PONDO A "CORRER" E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, A NOVA CARTOGRAFIA DO CONTROLE SOCIAL

THE CRIMINAL PROCEEDINGS IN EXCEPTIONAL TIMES: THE LAW GOING DOWN FOR A "RUN" AND THE EASING OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES, THE NEW MAPPING OF SOCIAL CONTROL

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos. Mestre em Direito, Cidadania e Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do RS – Unijuí-RS. Especialista em Direito pela Faculdade de Santo Ângelo – Fadisa. Especialista em Direito Privado pela Unijuí-RS. Professor do curso de Mestrado em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, instituição onde leciona as disciplinas de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal no Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA. Juiz de Direito.
jfdclyra@tj.rs.gov.br

Área do Direito: Processual; Penal; Constitucional

Resumo: O presente artigo objetiva tratar da importante questão do direito processual penal estar submetido a práticas excepcionais e, portanto, estar a correr. Expressando em outros termos, o direito, submetido à heurística do medo e à sociologia do risco, passa a adotar medidas excepcionais e flexibilizar as garantias constitucionais, consistindo, enfim, num direito em trânsito.

Palavras-chave: Excepcionalidade – Processo penal do inimigo – Direito em trânsito – Controle social.

Abstract: This article aims to address the important issue of criminal procedural law being subjected to exceptional practices and therefore, to be running. Putting it in other words, the law, subject to the heuristics of fear and to the sociology of risk, adopts exceptional measures and makes the constitutional guarantees flexible; in short, it becomes law in transit.

Keywords: Exceptionalism – Criminal Procedure of the enemy – Law in transit – Social control.

Sumário: 1. Introdução: nas pegadas do surgimento da excepcionalidade no âmbito do controle social – 2. A excepcionalidade penal como característica do Subsistema Penal de Exceção – 3. A formatação do subsistema penal de exceção e o declínio do sistema de garantias: o *habitus* do caráter emergencial no âmbito do processo penal – 4. Algumas considerações finais – Referências bibliográficas.

Lyra, José Francisco Dias da Costa. O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a "correr" e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 127-164. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

1. INTRODUÇÃO: NAS PEGADAS DO SURGIMENTO DA EXCEPCIONALIDADE NO ÂMBITO DO CONTROLE SOCIAL

A transição do Estado-providência à sociedade do risco, momento em que a sociedade assistencial se desintegra (triunfo do mercado e privatizações) e o medo regressa (heurística do medo), o risco reflexivo reflete nos juízos normativos, uma vez que o tempo, na lição de Ost, passa a operar "fora dos gonzos". É o império do *reino do instante* (tempo virtual) ou da aceleração do tempo, instalando-se, no Direito, o tempo e a cultura da impaciência. Nesse cenário, os processos, premidos por imperativos midiáticos, são selvagens e imediatos, na lição do referido autor, na medida em que é preciso uma solução rápida, sem delongas. O Direito se põe a correr, estando, portanto, em trânsito, desaparecendo o tempo da duração, confirmando-se, no campo jurídico, a urgência, a temporalidade do excepcional, que se converte em regra,[1] acarretando uma involução na função garantista do Direito.

Com efeito, após o final da Segunda Guerra Mundial e os horrores do Holocausto, desenvolveu-se o movimento conhecido como constitucionalismo social[2-3] com o aprimoramento de um garantismo penal[4] e um Direito internacional dos direitos humanos, que foram, de certa forma, estruturalmente, impulsionados pelo razoável desenvolvimento econômico do Estado de bem-estar.[5] Nesse estágio, o Direito Penal e sua lei instrumental limitaram e consolidaram o monopólio da violência legítima nas mãos do Estado, suprimindo a violência exercida por particulares,

1. OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 336-350. De relevo, no trato do tempo virtual, a leitura de: LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* 2. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: 34. p. 15-24. Também VIRILIO, Paul. *A velocidade de libertação*. Trad. Edmundo Cordeiro. Lisboa: Relógio D'Água, 2000.
2. Ver, por todos, FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.
3. Segundo Santiago Mir Puig (*Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011. p. 18-19), corresponde à fórmula Estado social e democrático de Direito, no qual o Direito Penal se legitima como um sistema de proteção social efetiva (ao qual se atribui a missão de prevenção de delitos, na medida do estritamente necessário) e, por outro lado, enquanto Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, deve se submeter à prevenção penal por uma série de limites, denominadas garantias constitucionais.
4. Conforme FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2004. p. 851-905.
5. Consultar DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. De igual sorte, NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

forjando o *minimalismo radical* na expressão de Ferrajoli.[6] O Estado, por consequência, avoca para si o monopólio da violência, que não lhe concede um poder absoluto e ilimitado para exercer todo o tipo de violência;[7] ao contrário, trata-se de um poder limitado pelo respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais.[8] Tal marco corresponde ao projeto da modernidade, centrado em duas pilastras: regulação e emancipação,[9] nas quais o modelo garantista se converte na aspiração dos Estados sociais e democráticos.[10] O controle penal, dessa forma, passou a ser orientado por práticas inclusivas, tais como o ideal ressocializante e estrito respeito as garantias constitucionais.[11-12] Sob tais influxos, a política criminal e o Estado social caminhavam juntos, no que se denomina de modelo fordista de economia da pena.[13]

---

6. Na formulação de Ferrajoli, o "direito penal mínimo" é aquele que se estabelece com o máximo respeito à legalidade, estando, portanto, em profundo nexo com o racionalismo. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 103-109.
7. Conforme MUÑOZ CONDE, Francisco. La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de derecho. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, 2009. p. 485--510.
8. Ver ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Reey, 2007. p. 3-22.
9. Ver SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013. p. 44 e seguintes.
10. Importa leitura de MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 16-20.
11. Idem, p. 19-20.
12. Consultar: BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: BERGALLI, Roberto (org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82. Como refere Bergalli, quando se implementou um constitucionalismo social, o sentido das penas era a reeducação ou ressocialização. Dessarte, a filosofia punitiva dos Estados sociais aparece guiada por um fim de prevenção especial positiva, no caso, a ressocialização. Todavia, com a instalação do pós-fordismo e já em pleno auge da dualização das sociedades pós-industriais, com uma aguda polarização da riqueza e difusão da miséria, também os cárceres europeus aderiram ao projeto de globalização, convertendo-se em contendores de homens e mulheres afetados pela marginalização e exclusão social (leia--se, grupos de riscos e/ou classes perigosas). Idem, p. 54-72.
13. Vejam-se, nesse particular, os ensinamentos de: DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multidud*. Trad. José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 60 e seguintes. Segundo De Giorgi, do ponto de vista da economia política da pena, pode-se referir que o cárcere e a disciplina nascem e se consolidam como instituições subordinadas à fábrica. Ver. p. 66.

Entretanto, na era pós-moderna ou dos tempos *hipermodernos* (idade pós-disciplinar), em que os principais fenômenos espaciais são os da globalização[14-15] e de um capitalismo financeiro (também denominado pós-fordista, pela adoção de orientação empresarial),[16] o controle social passou a ser orientando por uma política criminal que prima por segregar e excluir grupos de riscos,[17] perdendo sua lógica inclusiva de reabilitação.[18] Por tal motivo, vive-se em uma época em que ir-

14. JAMESON, Fredric. A estética da singularidade. In: WOLF, Eduardo (org.). *Pensar a filosofia.* Porto Alegre: Arquipélago, 2013. p. 180-203. Para o autor pós-modernidade e globalização são a mesma coisa, pois "a pós-modernidade constitui, por assim dizer, a dimensão superestrutural e cultural da infraestrutura que é a globalização e sua realidade econômica", que tem o efeito de substituir o tempo pelo espaço.

15. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 20-32.

16. Conforme LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos.* Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 13-48. Também, no trato do tema, de relevo a leitura de VIRILIO, Paul. *Ciudad pánico: el afuera comienza aquí.* Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.

17. Ver PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 105-134.

18. Consultar DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estratégias y práticas de la sociedad de control.* Trad. Iñaki Rivera Beiras e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 46 e seguintes. No pensamento de De Giorgi, a chamada criminologia atuarial representa uma decisiva viragem da prática criminológica, representada pela superação da ideologia do tratamento e da disciplina. No nível de política geral, coincide com a crise fiscal do Estado, que levará a uma drástica reconversão da orientação político-econômica de matriz keynesiana, que, até então, prevalecia. Passa a haver uma deslegitimação progressiva dos objetivos perseguidos pela reinserção/reeducação/erradicação da desviação, com o fracasso das políticas de tratamento. O controle penal passa a ser informado pelo *cost-benefits análisis,* ou análise econômica do Direito, o núcleo do problema passa a ser como conciliar o objetivo de máxima segurança (incrementando, por óbvio, os custos do delinquente, com o progressivo aumento da punição). Assim, o criminoso não mais é visto como um produto do meio (como queriam as teorias etiológicas), mas, sim, como um sujeito racional, assimilado ao comportamento econômico, que se comporta como um ator do mercado que valora os custos que está disposto a suportar a respeito dos benefícios que resta convencido poder obter. Dessa maneira, as estratégias de punição passam a obedecer a uma lógica empresarial, impregnadas pela filosofia da eficácia, a qual cumpre identificar os grupos de riscos (ou classes perigosas), a fim de poder neutralizá-los. Ver p. 53-57. No mesmo sentido, a respeito do atuarismo na "modernidade recente", ver YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 102-120. Para Young, o atuarismo é um motivo principal do controle social na sociedade moderna recente, que corresponde a uma transição em que há mais preocupação com a minimização dos riscos do que com a justiça, em que as causas do crime e desvios não são mais vistas como indícios vitais para a solução do problema da criminalidade. Dessa forma, a postura atuarial calcula riscos, não mais se preocupando com causas, mas, sim, com probabilidades, minimização dos danos. Idem, p. 105. Para

rompeu o que Riveira Beiras denomina de "fenômeno da violência política",[19] que acomete diversos países europeus e se dissemina para o mundo, notadamente nos países que conheceram o problema do terrorismo e passaram a reagir contra ele.[20] Inaugura-se, portanto, uma nova legislação, ou melhor dizendo, a cultura da emergência,[21-22] especialmente pelo surgimento de leis antiterroristas, com uma legislação processual que permite a incomunicabilidade de determinados detentos, com a flexibilização das garantias constitucionais, ampliação das competências e práticas policiais, com reforço da segurança nacional e, por fim, com a criação de Tribunais

---

uma análise da superação do previdenciarismo penal (controle correcionalista do crime) rumo a um controle atuarial (ou criminologia do outro), consultar GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.* Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 104-401. De outro lado, conforme LAZO, Gemma Nicolás. La desembocadura en la sociedad del riesgo: su marco teórico europeo. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas.* Barcelona: Anthropos, 2005. p. 226-243, com a transformação da sociedade industrial clássica de bem-estar em uma nova figura: a sociedade do risco, os conflitos são solucionados em termos discursivos e tecnológicos igualmente de risco. Dessarte, a criminalidade é tratada como um fenômeno não mais erradicável, mas como algo que deve ser controlado, especialmente os comportamentos indesejados. A criminologia passa a ser atuarial (*manager: law and economics*), com o abandono do discurso correcionalista do *Welfare*. O projeto disciplinatário foucaultiano é substituído pelo controle do risco. Idem, p. 232-233.

19. Conforme PAVARINI, Massimo. Op. cit. p. 131, cuida-se, na pós-modernidade, de uma penalidade expressiva ou *economia do excesso*.

20. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad.* Barcelona: Anthropos, 2005. p. 120-121. Conforme Rivera Beiras, aqui surge, de igual sorte, um convencimento no sentido de que, para fazer frente ao novo fenômeno do terrorismo, eram necessárias novas ferramentas, no caso, extraordinárias.

21. Não se pode esquecer de que o estado de exceção enquanto suspensão da própria ordem jurídica, na lição de Agamben, tende, cada vez mais, a se apresentar como o modelo dominante na política dos Estados constitucionais. Ver AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 12-13.

22. Ver RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas.* Barcelona: Athropos, 2005. p. 243-286. Conforme o pensamento de Rivera Beiras, após a Segunda Guerra Mundial, a Europa inaugurou um momento de constitucionalismo social. Dessa maneira, a ressocialização (prevenção geral especial) se erigia como a finalidade suprema das penas privativas de liberdade. Todavia, segundo ele, contemporaneamente, o fenômeno da violência política e o terrorismo também irromperam no continente. A partir daí, os Estados recorreram a algumas legislações e práticas antiterroristas que foram conhecidas sob o nome da *cultura da emergência ou da excepcionalidade penal.* Dessarte, o controle penal, paulatinamente, foi contaminado pela cultura da emergência, sob a auréola ou fetiche da eficácia (policial, judicial e penitenciária), com a expansão da emergência para vários âmbitos. Idem, p. 249-250.

e Jurisdições especiais para julgamento de terroristas fora da área geográfica em que ditos crimes foram praticados.[23-24]

Cumpre notar que, em princípio, dita legislação tinha como foco combater somente os crimes de terrorismo, enquanto perdurasse a situação, tratando-se de uma legislação excepcional e temporária. Hodiernamente, mesmo com o desaparecimento de tais crimes para cujo combate se edificou, a legislação de emergência continua em vigor e terminou por invadir outras esferas da vida ordinária. Agora, sob o fetiche da eficácia, converteu-se, como manobra política, em um discurso legitimado, expandindo a emergência para outros âmbitos, reafirmando as práticas de exceção.[25]

O cenário apresenta uma "política criminal de expressão legislativa", na fala de Quintero Olivares, que se aprecia, com claridade, porque é uma política propagandista de exploração e aproveitamento populista de leis penais, que se socorre do recurso da insegurança como manobra política para suprimir o sistema de garantias penais e, no mais obsceno, distrair a cidadania dos reais problemas de governabilidade, reforçando a sólida crença na prevenção geral negativa ou intimidatória, o que implica o endurecimento das penas.[26]

Nesse marco de irrupção e difusão da cultura de emergência no controle social, que tem subvertido os princípios e garantias de um sistema penal liberal, bem como princípios humanistas de ressocialização, calha a interrogação de Rivera Beiras que investiga se a Europa (e sua tradição liberal) pode resistir à denominada cultura da emergência. Será que vai adotar a criminologia da intolerância americana e inglesa? Rivera Beiras responde negativamente e com acerto, muito especialmente pelo fato de que o terrorismo, na Espanha e na Europa, tem gerado uma obsessão por segurança, conferindo à legislação tons de brutalidade e dureza.[27] Parece que a Europa não resistiu à tentação penal, organizando seu sistema

23. Idem, p. 122.

24. Consultar BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*. Madrid: Catarata, 2005.

25. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas*... cit., p. 123. Para Rivera Beiras, a emergência tem sido conceituada como um conjunto de medidas que se caracterizam por fundamentar-se na urgência e na exceção; criar tensão social e ativar um sentido autoritário da sensibilidade social; pôr em prática medidas restritivas e repressivas, que quebram direitos e garantias fundamentais; e alterar sem suprimir os princípios básicos da ordem constitucional. Idem, p. 123.

26. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal: reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid: Civitas, 2004. p. 93-104.

27. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas*... cit., p. 134-135.

penal em torno do medo e do terror,[28] optando pelo modelo político de *governar pelo crime* cunhado por Simon.[29] Com isso, (re)afirma-se a nova subjetividade do controle penal pós-moderno:[30] os sujeitos da nova pobreza e exclusão social que se apresentam como categorias de risco,[31] em face da dissolução do capitalismo maduro e o fenômeno da divisão internacional do trabalho.[32] Cuida-se de uma política criminal seletiva que busca gestionar, pelo sistema penal, novas categorias de risco/perigo,[33] seguindo a lógica da seletividade e do etiquetamento, que, de resto, sempre aparelharam o controle penal conforme os ensinamentos da criminologia crítica.[34-35]

28. Idem, p. 139.
29. SIMON, Jonathan. *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa, 2011.
30. Nesse sentido, consular MONCLÚS MASÓ, Marta. Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanção penal especial. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 330-348.
31. RIVERA BEIRAS, *Recorridos y posibles formas*... cit., p. 140. E essa orientação se intensificou após os atentados de 11.09.2001, quando, então, se acentuaram os propósitos de política penal na Espanha. Como sinaliza Rivera Beiras, o problema da segurança foi construído de modo meramente populista. Dessarte, o recurso à ameaça terrorista, à segurança cidadã, aos perigos da imigração e a outros clichês representa a versão mais aguda do populismo punitivo. Idem, p. 152.
32. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. La construcción de los migrantes como categoria de riesgo: fundamento. Funcionalidad y consecuencias para el sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 142-196.
33. Nesse sentido, LAURENZO COPELLO, Patricia (org.). Prólogo. *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002. p. 11-14. Para Laurenzo Copello, o Estado (no caso espanhol) deu mão do recurso punitivo para fortalecer uma política de exclusão. Também consultar LAURENZO COPELLO, Patricia. El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluídos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarro: Thomson Civitas, 2008. p. 223-249.
34. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. La construcción de los migrantes... cit., p. 144.
35. No trato da questão da seletividade do sistema penal, consultar BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. especialmente p. 85-222. De igual sorte, ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 45-59. Da mesma autora, ver *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 198-229. Por fim, consultar SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 74-124.

Em resumo, soa inegável que a expansão do sistema penal rumo à edificação de uma *sociedade excludente do controle atuarial*, coincide, sincronizadamente, com o progressivo desmonte do Estado social. Nesse contexto de pauperização social, cumpre ao controle penal administrar o excedente humano, ou seja, gerir populações problemáticas e de risco, consumidores falhos ou o excedente da força de trabalho. Dita funcionalização do controle corresponde a uma nova estratégia repressiva euro-americana globalizada mundo afora, que pode ser cunhada como a fase de transição do fordismo ou pós-fordismo. Expressando em outros termos, com Wacquant,[36] transita-se de um Estado de bem-estar para um Estado penitenciário.[37] Nessa transição paradigmática, o pensamento criminológico passa a ser orientado pelo *atuarismo*, cobertura teórica à cultura da excepcionalidade, que se constitui, na lente de Brandariz García,[38] em um conjunto de práticas e procedimentos criminais que se remetem às lógicas econômicas próprias das empresas, a saber: controle flexível das fontes de perigo, que devem ser catalogadas nos moldes de um contrato de seguro, pois o que interessa é conhecer as fontes donde provêm os riscos e gestioná-las. Sob tais influxos, ainda na lição do referido mestre, tende-se a consolidar determinados sujeitos como destinatários prioritários do sistema penal.[39] Logo, o sistema penal se apresenta como uma solução simplificada de uma sociedade mundial de consumo, que não consegue gerir seus conflitos de forma solidária.[40] Efetivamente, o cenário é favorável ao descortinamento, na pena de Portilha Contreras, de uma "suspensão pós-política do político", uma vez que o Estado se converte em um mero agente policial (*guardião noturno*) a serviço das necessidades mercadológicas, num declive do Estado assistencial, transfigurado em um *Leviatã* onipresente e incontrolável.[41] Cumpre notar que tal cultura da emergência ou da exceção escamoteia o fato de que a *insegurança sentida*, inclusive a decorrente do terrorismo religioso e fundamentalista, são, em grande medida, efei-

36. DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud.* Trad. José Àngel Brandariz García e Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 128-129.

37. DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia...* cit., p. 133. Também de DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero...* cit., p. 102-110.

38. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. La construcción de los migrantes... cit., p. 147.

39. Idem, p. 148-149.

40. MOSCONI, Giuseppe. Inmigración, seguridad y cárcel en Itália (en la perspectiva de la guerra global). Trad. Roberto Bergalli. In: BERGALLI, Roberto. BEIRAS, Iñaki Rivera Beiras (org.). *Política criminal de la guerra.* Barcelona: Anthropos, 2005. p. 144-169.

41. PORTILHA CONTRERAS, Guilhermo. El derecho penal de la "seguridad": una secuela inevitable de la desapación del estado social. In: BRANDARIZ GARCIA, José Ángel (ed.). *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad.* Madrid: Catarata, 2005. p. 52-79.

tos correlatos da desnacionalização da economia pós-fordista e da crise do Estado de bem-estar.[42] Ora, a partir do momento em que os estados passaram a competir com os grandes conglomerados financeiros, "abrindo mão" de receitas tributáveis, reduzindo sua capacidade de incrementar políticas assistencialistas, a conflituosidade social naturalmente se incrementaria. A consequência, portanto, afigurava-se previsível e, o pior, passou-se a aceitar as taxas de desempregos altas e duradouras[43] para concorrer no mercado internacional, exaurindo as fontes de solidariedade social, formando uma nova classe social global: os *underclass*, ou uma subclasse representada na parcela marginalizada/segregadas na definição de Habermas.[44] No limite, neste ambiente de exclusão/violência/ressentimentos/criminalidade e insegurança, o terreno é fértil para o retorno dos discursos totalizantes do tipo *lei e ordem*,[45] *tolerância zero*, da retórica militar de "guerra" ao crime, que se propagaram pelo mundo, numa velocidade alucinante.[46-47]

42. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 228-232.

43. Ver BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005. p. 67, para quem o processo de globalização acarretou o desmonte das instituições do bem-estar, que "(...) são desmanteladas aos poucos e ficam defasadas, enquanto restrições antes impostas às atividades comerciais e ao livre jogo da competição do mercado e suas consequências são removidas. As funções protetoras do Estado se reduzem para atingir uma pequena minoria dos não empregáveis e dos inválidos, embora até mesmo essa minoria tenda a ser reclassificada e passar de um assunto do serviço social para uma questão de lei e ordem. Assim, a incapacidade de participar do mercado tende a ser cada vez mais criminalizada. O Estado lava as mãos à vulnerabilidade e à incerteza provenientes da lógica (ou da ilogicidade do mercado livre), agora redefinida como assunto privado, questão que os indivíduos devem tratar e enfrentar com os recursos e posses particulares".

44. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos da teoria política*. 2. ed. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2001. p. 140-141. No conceito habermasiano, os *underclass* constituem os grupos pauperizados, que se veem abandonados a si mesmos, sem forças para alterar sua situação social. São os miseráveis que habitam o mundo e, com suas atitudes despropositadas e autodestrutivas, só podem ser controlados com recursos repressivos.

45. FARIA, José Eduardo. *Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 115. No relato de Faria, tal tendência tem sido alimentada pela deterioração difusa do tecido social, bem como pela multiplicação de espaços em que a autoridade estatal enfrenta dificuldades de se impor. Também a expansão é ditada pela progressão geométrica do terrorismo, do crime organizado, do narcotráfico etc.

46. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 30. Para o autor, "tolerância zero" constitui-se na penalidade neoliberal, ou seja, no novo *Washington Consensus* penal, reafirmando a autoridade do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem: Estado de polícia, no qual a dimensão da segurança é relegada à mera dimensão criminal. É o Estado penal para responder às desordens causadas pela desregulamentação da economia e dessocialização do trabalho assalariado, restabelecendo uma verdadeira

Em definitivo, nesse quadro de "luta" e "guerra" à criminalidade (germe da cultura da excepcionalidade), instrumentalizado no discurso hegemônico da "segurança mundial", o Direito passa a ser funcionalizado como uma "arma, trazendo consideráveis perigos ao Estado de Direito.[48] Nesse entorno dramático, soam importantes questionamentos de ordem político-criminal de Massimo Donini,[49] a saber: se o Direito é instrumentalizado como arma, como pode servir de garantia? Como o Direito poderá tutelar as garantias do cidadão se é visto como meio para golpear inimigos? Ora, razão assiste a Donini quando ensina que o denominado Direito Penal de luta, que vincula intimamente a magistratura, que não o vê como ilegítimo, possui uma orientação de ordem político-normativa próxima ao Direito (?) Penal do inimigo, de Jakobs,[50] especialmente pela propaganda bélica que propõe, porque, no pensamento de Jakobs, o Estado de Direito não dialoga com inimi-

---

ditadura sobre os pobres. Ver, do mesmo autor: *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Para Wacquant, houve uma reforma no Estado, que passou do Estado caricato (simulacro de bem-estar social) ao penal, numa verdadeira criminalização da miséria. (...) Mais do que de Estado-providência, seria justo falar de Estado caritativo, na medida em que os programas voltados para as populações vulneráveis foram, desde sempre, limitados, fragmentários e isolados do resto das atividades estatais, informados que são só uma concepção moralista e moralizante da pobreza como produto das carências individuais dos pobres". p. 20. Bem assinala o autor que, com o desmonte do caritativo Estado social e o desfazimento da rede de segurança, a legitimidade e o poder de afirmação do Estado vai ser buscada na repressão, derradeira forma de o Estado impor sua autoridade, que se encontra esfacelada. Também de Wacquant, merece leitura *Castigar els pobres: el nou govern de la inseguretat social*. Trad. Lourdes Bigorra. Barcelona: Edicions, 2006.

47. Nesse sentido, consultar BAUMAN, Zygmunt. *Vida de consumo*. Trad. Mirta Rosenberg e Jaime Arrambide. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

48. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 20-24. Para o autor, isso corresponde a uma *involução* do sistema penal, gestada por um neoliberalismo conservador, que modificou as funções do Estado rumo a uma política criminal declaradamente expansiva (ou seja, um Estado mínimo na intervenção econômica e, por outro, expressivo na luta contra o delito, que prolonga as penas e diminui as alternativas à prisão). Logo, conforme o autor, a justiça deixa de ser um sistema de proteção preferente dos direitos do acusado, convertendo-se em um meio de luta contra o delinquente e de proteção das vítimas.

49. DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no deve limitarse a exorcizar. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; PÉREZ, Laura Pozuelo (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Madrid: Thomson Civitas, 2008. p. 29-75.

50. Os contornos do "direito penal do inimigo", de formulação jakobsiana, consultar CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: "derecho penal" del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: en discurso de la exclusión*. Buenos Aires, Montevideo: IBDEF, 2006. vol. 1, p. 341-382.

gos, que devem ser combatidos pelo Estado de exceção. Não é por outra razão que, para Donini, o *Direito de luta* se apresenta como um fenômeno sociológico e normativo, assumindo uma dimensão jurisdicional, já que as legislações, mundo afora, estão impregnadas de finalidades bélicas, por exemplo, no combate ao crime organizado,[51] na guerra ao tráfico de drogas, aos crimes sexuais, à pedofilia, aos crimes econômicos, dentre outros. Não há como se negar, há uma *normalização* do excepcional e *instrumentalização* da *luta* no âmbito do Direito.[52]

Com a *normalização* da *luta* no Direito, este passa a funcionar sob a lógica da emergência, especialmente nos crimes organizados, terrorismo, corrupção, mormente pela antecipação da punição e flexibilização das garantias constitucionais, chegando a um momento de verdadeira ruptura com o princípio da legalidade. Dessa forma, o julgador se encontra submetido (ou *superexposto,* na visão de Moccia)[53] a duas lógicas contrapostas: a dimensão serena das garantias, com o foco no passado, *versus* o combate da criminalidade, absorvendo, aqui, as funções de política e polícia, com os olhos voltados para o futuro (segurança cognitiva).[54] Em tal dualismo, arma e Direito, luta ou garantia,[55] que pauta o sistema jurídico, o Estado de Direito aproxima-se da forma do *Estado de exceção.* Cabe observar que, nesse cenário em que as práticas excepcionais permeiam o sistema do Direito, em que a cultura da emergência e a prática da exceção restam impregnadas na produção legislativa, assiste-se ao fenômeno que Ferrajoli vaticina como a *involução* do ordenamento jurídico, implicando uma ruptura entre o Estado de Direito e a crise do princípio da legalidade, que é apresentada pela crescente divergência entre o dever normativo e o ser efetivo. Com efeito, conforme Ferrajoli, é a partir, principalmen-

51. Ver, por todos, MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada no estado social de direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 92. p. 31-57. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2011. No articulado, Moccia analisa a "história" italiana, mas que vale, sem sombra de dúvida, como metáfora para uma realidade difundida, inclusive no Brasil. Segundo ele, a significativa ampliação da intervenção penal que se propaga aos crimes "modernos" (criminalidade das classes político-administrativas e empresariais, que se defronta como o crime organizado) corresponde a uma "perversão" do sistema de controle, produzindo processos de ilegalidade difusas, de clandestinidade e de autoimunização do poder.

52. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 32-38.

53. MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada... cit., p. 33. Na lição de Moccia, a crise de legalidade e de legitimidade que acomete amplos sistemas da sociedade confere novos poderes à magistratura, que resulta no comprometimento das garantias individuais, tornando presente o risco de uma crise de legalidade e de legitimidade da ação da própria magistratura.

54. Conforme FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 807-837.

55. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 38-39.

te, da análise do caso concreto, que se detecta o terreno fértil à excepcionalidade e a técnicas inquisitivas sujeitas a atropelos e injustiças. Veja-se a questão da flexibilização da teoria da prova ilícita, a ampliação do espectro das prisões cautelares,[56-57] na ampliação dos poderes discricionários dos juízes,[58] legitimando o agir *ex officio*, no retorno da tortura. De tais exemplos paradigmáticos,[59] edificados sob o *telos* da *razão do Estado*, constrói-se um imaginário social no sentido de que as práticas excepcionais fazem bem ao Estado e à sociedade na luta contra o inimigo, o que justifica os procedimentos excepcionais.[60]

Dessa forma, no presente ensaio, parte-se do fato de que o "emergencialismo",[61] que gera o uso simbólico/populista do controle penal, caracterizado, especialmente, pelo rigorismo repressivo e fragilização das garantias,[62] contaminou o processo penal, o qual, submetido à *eficácia* similar à do espetáculo do mercado, se "põe a correr", premido, sobretudo, por reações emocionais e midiáticas, que culminam

56. LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24-25. Na pena de Lopes Jr., as prisões cautelares estão inseridas na dinâmica da urgência, fortemente influenciada pelo efeito "sedante" da opinião pública e pela ilusão da "eficiente" justiça instantânea.

57. Nesse aspecto, merece leitura SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SCHECARIA, Sergio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001. p. 256-295.

58. Consultar a importante abordagem crítica de LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 1, p. 125, quando trata da função do juiz no processo penal, expressa nos seguintes termos: "Aqui está um outro grave problema: o juiz assume uma cultura subjacente de forte conotação de defesa social, incrementada pela ação persistente dos meios de comunicação, reclamando menos impunidade e maior rigor penal, derivada, por sua vez, de uma cultura geral política autoritária, como a herdada nos países latino-americanos, que afeta o juiz (enquanto homem político e social) fazendo com que ele imponha uma concepção de processo menos dialética e igualitária para as partes".

59. Ver por todos o excelente artigo da lavra do talentoso GLOECNER, Ricardo Jacobsen. Alguns perigos do constitucionalismo contemporâneo no processo penal. *Revista Síntese*. vol. 1. p. 35-53. Porto Alegre: Síntese, 2012.

60. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 807-813.

61. Para SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e as alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 82 e seguintes, o "emergencialismo penal", originado do "pan-penalismo", que se sobrepõe ao minimalismo de Baratta e Ferrajoli, que alarga os limites opressivos, influenciado por imposições sociopolíticas, assume, como finalidades do Direito Penal e sua lei instrumental, a eficiência e garantia, nas quais a pena de prisão assume "ampla dimensão emergencial". No trato do tema, ver MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1997.

62. Idem, p. 34-35.

na violação do princípio da imparcialidade do juiz, que já não se apresenta como um terceiro/garantidor na dialética entre a acusação e defesa.[63] Cumpre, num primeiro momento, demarcar o surgimento das práticas excepcionais no âmbito do Direito, que, como já observado, está intimamente relacionado com o desmonte do Estado social e sua substituição pelo Estado policial,[64] "ponto cego" da verdadeira *revolução policial* operada no âmbito do Estado de Direito.[65-66]

2. A EXCEPCIONALIDADE PENAL COMO CARACTERÍSTICA DO SUBSISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO

É sabido que as teorias políticas e jurídicas do plano normativo se caracterizam pela admissão de postulados valorativos e descritivos, que se constituem em saberes da realidade, isto é, juízos de valores e a descrição do real (crítico e ideal). Em outras palavras, cuida-se da distinção entre teoria e realidade, sendo de notar, com Pietro Navarro, que a teoria transcende, em certo sentido, as urgências da prática, mas não escapa delas.[67] Todavia, a referida evidência, na atualidade, é submetida a

63. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 65-69.

64. Conforme GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 246-249. Segundo Garapon, nessa transição do Estado-previdência ao Estado penal, o controle penal se torna um meio que a sociedade moderna utiliza para exorcizar as suas dificuldades, ou seja, de um Estado que não pode afirmar sua potência em matéria econômica e vê-se tentando, na sua política obrigação principal, a virar para a segurança. Na sua leitura: "Quando uma sociedade tem impressão de ter perdido o controle das suas ruas, dos bairros, das suas cidades, recorre à justiça para exprimir a sua cólera, mesmo até para tirar a sua desforra".

65. PALIDDA, Salvatore. La "revolución policial". In: PUENTE ABA, Luz María (org.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Trad. José Ángel Brandariz García e José Antonio Ramos Vásquez.Granada: Comares, 2008. p. 41-68. No pensamento de Palidda, o fenômeno da *revolução policial* corresponde à hibridização de práticas militares-policiais com o Direito, bem como com o uso do termo guerra contra o inimigo externo/interno.

66. De outro lado, a "revolução policial" relaciona-se com o modelo "guerra-mundo" preconizado por DAL LAGO, Alessandro. La guerra-mundo. In: BERGALLI, Roberto; RIVEIRA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 19-54. Para Dal Lago, o Estado-guerra corresponde, em última instância, à militarização do controle social, isto é, a sua gestão em termos bélicos, seguindo o primado da segurança. Daí que a presença da guerra em nossas vidas já não se limita mais ao terrorismo, produzindo uma mobilização rumo ao estado de exceção (exasperação no controle das fronteiras, nos aeroportos, nos lugares de trânsito, na suspeita generalizada com relação aos estrangeiros, especialmente africanos, árabes e islâmicos.

67. PIETRO NAVARRO, Evaristo. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguarda: in-*

uma *prova de fogo*, principalmente pelo fato de que a "vigência do contrato social", que se instrumentalizou sob pilares da segurança e direitos (denominada como a normalidade política), tem se apresentado de forma frágil. Por isso, segundo Pietro Navarro, a normalidade do contrato social dá-se com a estabilização das potências originárias que lhe dão suporte: poder constituinte e estados políticos de exceção. O primeiro instrumentaliza-se nas instituições jurídico-constitucionais, enquanto o segundo viria dominado pelas contemplações constitucionais das hipóteses de exceção.[68] A problemática que se impõe na atualidade repousa no fato de que, nos dias atuais, o tempo de normalidade (tempo do processo) parece ter sofrido uma forte convulsão, desvelando a fragilidade de tal relação, que é decorrente de sua construção artificial.[69]

A paisagem da política moderna passa a ser informada pela excepcionalidade e inimizade, elementos que refundam o *nomos* moderno, tornando opaca a relação entre o político e o jurídico, revelando a necessidade de se repensar os conceitos de soberania e exceção, que põem em questão a compreensão consolidada da política jurisdicional no âmbito do Estado de Direito, a fim de não perder de vista a capacidade "contaminante" da exceção, que altera a normalidade do funcionamento do entramado normativo-institucional.[70] Ora, com a excepcionalidade, a nudez do político ou *razão* do Estado[71] retorna violentamente, expondo, de forma crua, a questão da sobe-

migración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 77-136.

68. Idem, p. 78.

69. A afirmação é de Evaristo Pietro Navarro. idem, p. 74.

70. A normalidade institucional é, para Pietro Navarro, a coincidência entre vigência e eficácia. De outro lado, a exceção corresponde ao fracasso do ordenamento jurídico para satisfazer às expectativas criadas e seu amparo, que, em termos luhmannianos, corresponderia à função do Direito (manter as expectativas normativas, a fim de evitar desapontamentos e frustrações). Idem, p. 84-85.

71. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 807-808. Para Ferrajoli, a cultura da emergência e a prática da exceção são responsáveis pela "involução" do ordenamento jurídico italiano, implicando uma alteração das fontes de legitimação do ordenamento jurídico, que se apresenta (especialmente na legislação antiterrorista e antimáfia) como uma justificativa para a política de ruptura/mudança das regras de jogo. Na sua dicção, o estado de exceção não é outra coisa que não a primazia da "razão de estado" sobre a "razão jurídica". Equivale, portanto, a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva com bases políticas, e não jurídicas, não o estado, assim, subordinado à lei como sistema de vínculos e de garantias. Nas suas palavras, "derecho penal de exceção, en efecto, designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las regras de juego, y la jurisdicción de excepción, degradada a su vez respecto de la misma legalidad alterada (...) Ciertamente, las leyes de la emergencia tienen enormemente desplegado el poder judicial de disposición, legitimando arbitrios y atrope-

rania, minando o espaço conferido ao subsistema jurídico. Não é por outro motivo que a emergência do crime de terrorismo político na Europa e EUA impulsionou o desenvolvimento das práticas da exceção,[72] trazendo, à tona, um antigo tema de filosofia jurídica: o tratamento dos delitos políticos, que são os que ofendem, diretamente, cidadãos e instituições estatais, lesionando a soberania de Estado e seus interesses políticos fundamentais.[73] Dessa maneira, ante o delito de *laesa maiestatis*, a razão de Estado, entendida como um princípio normativo de política ligada ao bem do Estado, legitima-se como forma de se manter a potência estatal.[74]

Portanto, no interior do sistema jurídico, mantém-se, de forma "parasitária", o político (a soberania fundante da ordem), restando "coagulado", na situação de normalidade, no edifício jurídico-constitucional, podendo ser reivindicado para restabelecer a ordem, quando essa estiver sob ameaça ou ruína.[75] O político apresenta-se como o soberano, isto é, o garantidor da ordem, podendo, pois, declarar a suspensão temporal do Direito quando isso se mostrar necessário e suficiente para restaurar a ordem ameaçada e como fonte de produção de um novo Direito. De outro lado, a excepcionalidade da suspensão do Direito permite o estabelecimento de regimes jurídicos diferenciados para os sujeitos que inobservam as normas, ou seja, os perigosos ou inimigos. Logo, o indivíduo vê condicionada a sua inclusão conforme a distinção amigo/inimigo do Estado, que corresponde a uma reafirmação política e soberana do Estado, que recupera o seu poder originário[76] (ou soberano de Schmitt).[77-78]

---

los. Ciertamente, la repressión del terrorismo y de la delincuencia organizada há requerido em los años pasados procesos difíciles y complexos, donde los márgenes de error eran mayores que em los ordinarios, así como también lo era los espacios abiertos a las injusticias involuntárias".

72. Conforme Emilio Viano para quem o maior impacto dos acontecimentos de 11.09.2001 sobre a criminologia e direito penal se referem à diminuição da importância e centralidade dos direitos humanos, constitucionais e processuais, o que corresponde à centralidade da preocupação com a questão da segurança o que culmina por legitimar a violência estatal e abuso do poder executivo. VIANO, Emilio C. "Medidas extraordinárias para tiempos extraordinários"; política criminal tras el 11.09.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 52. p. 286-308. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2005.

73. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 809.

74. Idem, p. 810.

75. PIETRO NAVARRO, Evaristo. Excepción y normalidad... cit., p. 77-136.

76. Idem, p. 84.

77. SCHMITT, Carl. *O conceito do político: teoria do Partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 19 e seguintes. É sabido que, para Schmitt, o político não se mostra no caráter vinculativo das decisões de uma autoridade estatal; ao contrário, ele se manifesta a partir da autoafirmação da soberania do Estado contra inimigos internos e

A excepcionalidade corresponde a uma decisão política que parte da distinção entre amigo/inimigo, como condição de reafirmação da soberania estatal, acarretando uma releitura do contrato social, na medida em que o soberano pode decidir sobre o *estado de exceção*. E é dotada de atualidade, principalmente pela proliferação de guerras mundiais e totalitarismos modernos, em que a excepcionalidade tende, cada vez mais, a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea".[79] Nesse cenário de guerras, segundo Agamben, o estado de exceção permite não só a eliminação física de adversários políticos, mas também a de categorias inteiras de pessoas, que, por qualquer motivo, não se apresentem como integráveis a determinado sistema político.[80] É a *biopolítica* do Estado de exceção,[81] que, na sua estrutura original, inclui em si o vivente por meio da própria

---

externos. Nas palavras de Schmitt, "uma definição do conceito político só pode ser obtida pela identificação e verificação das categorias especificamente políticas. A diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*, fornecendo uma definição conceitual no sentido de um critério, não como uma definição exaustiva ou expressão de conteúdo (...) A diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou desassociação, podendo existir na teoria ou na prática". Idem, p. 28.

Pode-se referir que, para Schmitt, a essência da política e do agrupamento das pessoas em torno do Estado centra-se na distinção amigo/inimigo (que é o outro, o desconhecido, bastando que a intensidade do desconhecimento seja suficiente para desencadear o conflito), cumprindo ao Estado, como unidade política organizada, o poder de decidir quem são amigos e quem são catalogados como inimigos, podendo declarar a guerra (negação ôntica do outro ser), que representa a realização extrema da inimizade. Em uma palavra, para Schmitt, o fenômeno do político só pode ser compreendido por meio da referência ao agrupamento do tipo amigo/inimigo, isto é, na incumbência de se proceder a tal distinção, que corresponde a uma decisão política soberana. Consultar p. 40-41.

78. Merece leitura, de igual sorte, SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. especialmente p. 19-53, quando ele estabelece os limites da jurisdição constitucional ante a decisão política, limitando a atividade de interpretação constitucional às hipóteses de lacunas e dúvidas das normas; negando, de outro lado, a função de atuar como "guardião" da Constituição. Ver. p. 28-29.
79. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 13.
80. Idem, ibidem.
81. No entendimento de AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, a biopolítica moderna caracteriza-se pela inclusão de toda a *zoé* (que se exprimia no simples ato de viver comum a todos os seres vivos) na *bíos* (que indicava a forma de viver própria de um indivíduo ou grupo). Nesse passo, Agamben faz referência a Foucault e sua obra *Vontade de saber*, dizendo que, nos limiares da idade moderna, a vida natural (*zoé*) começa a ser incluída nos mecanismos e cálculos do poder estatal, com a política transformando-se em biopolítica, isto é, o simples

suspensão de seu *status* jurídico[82] e que tende a se tornar a regra, transformando-se em prática duradoura de governo, principalmente pela proliferação mundo afora.[83] Efetivamente, nos dias de hoje, no momento em que as grandes estruturas estatais e sociais entram em crise e dissolução, a emergência torna-se a regra, reascendendo a definição de Schmitt no sentido de que o "soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção", apresentando-se como um lugar comum de uma nova ordem planetária.[84] Convive-se, enfim, com formas de suspensão de validade de ordenamentos jurídicos,[85] um novo *nómus* soberano (ou exceção soberana): zonas de in-

---

corpo do vivente torna-se aposta das estratégias políticas. Em definitivo, no pensamento de Agamben, com a biopolítica, há o ingresso da *zoé* na esfera da *polis*, ou seja, a politização da vida nua, que constitui o evento decisivo da modernidade, o que corresponde ao poder penetrando no corpo (implicação da vida nua na esfera da política). Ver p. 9-20.

82. Conforme AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 14-15, o estado de exceção aparece claramente na *military order*, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13.11.2001 e que autoriza a *indefinite detencion* e o processo perante as *military commissions* dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas. No mesmo sentido, segundo Agamben, é o *USA Patriot Act*, de 26.10.2001, que permite manter preso o estrangeiro suspeito de atividades que ponham em "perigo a segurança nacional dos EUA, sendo que, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei da imigração ou de algum outro delito. Na lição de Agamben, a "novidade da nova ordem" do presidente Bush está em anular radicalmente o estatuto jurídico dos indivíduos, uma vez que não são nem prisioneiros de guerra, tampouco são acusados conforme a lei americana, mas apenas detentos, objetos de pura dominação de fato (indeterminada no sentido temporal, mas também de sua própria natureza), porque totalmente fora da lei e do controle judiciário.

83. Para Agamben, o Estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, correspondendo a uma "zona de "indiferença", em que "dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam", isto é, uma zona de anomia.

84. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*... cit., p. 19.

85. No pensamento de Agamben (*Estado de exceção* cit., p. 23-30), o soberano é aquele em que, segundo o ordenamento jurídico, se reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender a aplicação da Constituição, isto é, o soberano detém o monopólio da decisão e da coação. Nas suas palavras, "a exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão (...) Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela (...) A situação que vem a ser criada na exceção, possui, portanto, o particular, de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença". Idem, p. 25-26.

diferença entre a natureza e o direito, operacionalizando-se, no dizer de Agamben, uma "exclusão inclusiva", que serve para incluir o que é expulso.[86]

Em síntese, em Schmitt, o termo soberania está intimamente ligado à forma de decisão sobre a exceção, que não se expressa como vontade de um sujeito superior hierarquicamente, mas, sim, como uma inscrição no corpo do *nómos*, ou seja, como "a implicação do ser vivente na esfera do direito, ou, nas palavras de Schmitt, como a 'estruturação normal das relações da vida'",[87] em que um fato é incluído na ordem jurídica para sua exclusão. Assim, o estado de exceção apresenta o paradoxo da *inclusão excludente* do sujeito (Pavarini),[88] uma vez que implica que o indivíduo seja objeto de consideração pela ordem, podendo ser excluído pela própria ordem, o que consiste em uma verdadeira desobjetivação, já que a lei ordinária se aplica desaplicando-se.[89]

Nesse estado da arte, razão assiste a Pietro Navarro quando alude que o marco da contemporaneidade impõe um retorno a Schmitt, como forma de se proceder a um diagnóstico do novo clima político forjado para dar resposta aos perigos da modernidade, especialmente do Direito Penal do inimigo[90] e propostas legislativas

86. Idem, p. 28-29.

87. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 33. Para Agamben, se a exceção é a estrutura da soberania, tem-se que a soberania não se trata nem de conceito político, nem uma potência externa ao direito, como quer Schmitt, nem uma norma suprema do ordenamento jurídico (na pirâmide kelsiana); cuida-se de uma "estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão". Ver p. 35.

88. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 121-122.

89. PIETRO NAVARRO, Evaristo. Excepción y normalidad... cit., p. 77-136. Segundo Pietro Navarro, ao Estado se reconhece a potência punitiva que se manifesta no poder de matar qualquer um, uma vez que a cidadania (e seus direitos absolutos) já não se dá com o nascimento, dependendo de declaração expressa ou tácita por parte do Estado soberano. Com efeito, consoante Pietro Navarro, o Estado degrada os cidadãos à condição de súditos: *sacer*, sujeitos considerados desde a perspectiva da vida nua, no seu abandono da potência acolhedora do soberano estatal. Assim, a vida nua encontra-se na exterioridade de todo o direito, exposta à violência, e qualquer um pode matá-la. Idem, p. 87.

90. Idem, p. 131-135. Para o autor, a teoria de Jakobs aproxima-se, de forma indissimulada, da proposta de Schmitt, na medida em que Jakobs trabalha, de igual sorte, com o não direito/ou excepcionalidade, para aqueles que defraudam, de forma duradoura, as expectativas normativas, sendo, portanto, guiado por uma lógica da excepcionalidade para neutralizar uma fonte de perigo (o inimigo), como forma de se alcançar a paz social (ou normalidade). Conforme Pietro Navarro, Jakobs não quer se dar conta do caráter perverso das premissas do Direito Penal do inimigo, que, como toda exceção, pode converter-se em regra, em virtude da "potência infecciosa" que possui a anormalidade patológica, especialmente na questão da despersonalização da pessoa, em que os efeitos biopoliticos e imunitários são patentes. Ver, ainda, PIETRO NAVARRO, Evaristo. Ciudadanos y enemigos: Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt. In: BACIGALUPO, Silvina. CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). *Derecho penal y*

em matéria da luta contra o terror, que têm provocado um profundo desassossego.[91] Com efeito, como alude Agamben, com o aporte específico da teoria schmittiana, é possível, de forma paradoxal, uma articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica, a ponto de existir uma ordem, mesmo que não jurídica, já que a Constituição pode ser suspensa, sem, no entanto, deixar de estar em vigor.[92] Cuida-se de um espaço "anômico", ou seja, de "pura força da lei sem lei".[93-94] Em outros termos, seguindo os passos de Agamben, "o estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força (...)"[95] realiza o Direito, desaplicando a norma.

De relevo, notar que a urgência do estado de exceção habita, com centralidade, o biopolítico Estado moderno, tendo atingido, na atualidade, seu máximo desdobramento planetário, visto que o espaço normativo do Direito pode ser violado/contestado/suspenso por uma "razão de Estado" e sua violência governamental, que passa por alto pelo sistema de garantias do Direito, produzindo um estado de exceção permanente,[96] que está levando o Ocidente rumo a uma guerra mundial, em que a vida nua se encontra totalmente à disposição da biopolítica.[97-98] Assiste-se

politica transnacional. Barcelona: Atelier, 2005. p. 49-81. E o motivo de tal aproximação decorre do fato de que Shmitt possui a crença de que a essência do político consiste em delimitar a oposição entre amigo/inimigo, correspondendo ao Estado declarar a inimizade e a guerra àqueles que se situam à margem do ordenamento jurídico. Ora, no entendimento de Pietro Navarro, a inimizade ontológica de Schmitt está presente em Jakobs, que também trabalha com uma lógica de excepcionalidade para caracterizar o inimigo e para adotar medidas excepcionais, baseando-se na carência de garantia cognitiva. Ver. p. 80.

91. Idem, p. 96-97.

92. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 54-55. Com razão, afirma Agamben que o estado de exceção separa, portanto, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação, introduzindo no Direito uma zona de anomia, a fim de tornar possível uma normativização efetiva do real.

93. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*... cit., p. 61.

94. Nesse sentido, consultar DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el "fundamento mistico de la autoridad"*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 21 e seguintes, quando aborda a diferença entre a força da lei (violência originária) e a justiça enquanto desconstrução.

95. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 63.

96. Idem, p.131.

97. Daí o acerto de Agamben, quando insiste que deve ser demonstrado o direito em sua não relação com a vida e a vida em sua não relação com o direito (pois a política foi contaminada pelo direito), como forma de abrir um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome política. Idem, p. 133.

98. Consultar, de igual sorte, AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*... cit., p. 126-131, quando alude que, com o advento da biopolítica, houve uma crescente implicação da vida natural do

a um deslocamento e a um progressivo alargamento, para além do estado de exceção, da decisão sobre a vida nua, na qual consistia a decisão soberana, não havendo mais distinção entre a linha que separa a decisão sobre a vida e sobre a morte (o "tanatopolítica" de Agamben).[99] E de tal política de poder dar a morte, ressurge, dramaticamente, a metáfora do *Leviatã,* uma vez que os corpos dos súditos, na lente de Agamben, são "absolutamente matáveis".[100] Nesse cenário, não é sem motivo que, no continente europeu e da América, transbordam refugiados, imigrantes, miseráveis e criminosos, os novos apátridas,[101] que constituem o fenômeno mais significativo na ordem jurídica global, especialmente pela existência de normas que permitem a "desnaturalização e a desnacionalização" em massa de cidadãos (uma vida nua privada de sentido político), o que passa pela afirmação do "campo" como o *nomos* do moderno.[102]

---

homem (*zoé*) nos mecanismos e nos cálculos do poder, tendo o homem deixado de ser um animal vivente e, para além disso, capaz de ter existência política (Aristóteles). Com efeito, o homem moderno, segundo Agamben, é um animal em cuja política está, na sua totalidade, em questão a sua vida de ser vivente (vida nua). Assim, o entrelaçamento de política e a vida (nua ou sacra) tornou-se íntimo e opaco, tendo o "rio da biopolítica" arrastado a vida do *homo sacer*. Idem, p. 125-126.

99. Idem, p. 128.

100. É o sinal do declínio dos direitos do homem, que, no ensinamento de Agamben, "no sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus e, no mundo clássico era (ao menos na aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora, em primeiro plano, na Estrutura do Estado e torna-se, aliás, o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania". Idem, p. 133-134.

101. Conforme ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo.* Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 300-336. Segundo Arendt, "muito mais persistente na realidade e muito mais profunda em consequências tem sido a condição de apátrida, que é o mais recente fenômeno de massas da história contemporânea, e a existência de um novo grupo humano, em contínuo crescimento, constituído de pessoas sem Estado, grupo sintomático do mundo após a Segunda Guerra Mundial" (p. 310). Para Arendt, portanto, "apátrida" corresponde ao povo sem direito nenhum, como refugiados de guerras, imigrantes, enfim povos desprovidos de importância, uma anomalia legal.

102. Conforme AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*... cit., p 173. No pensamento do Agamben, o retorno do "campo", que nasceu com o estado de exceção, restando mais evidente aos *lager* nazistas, como locais de custódia e contenção, retorna agora no trato dos refugiados e imigrantes, reeditando-se a condição inumana. No seu entendimento, "o campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra" (p. 175). Mais adiante, conclui Agamben: "Se isto é verdadeiro, se a essência do campo consiste na materialização

3. A FORMATAÇÃO DO SUBSISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO E O DECLÍNIO DO SISTEMA DE GARANTIAS: O *HABITUS* DO CARÁTER EMERGENCIAL NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

O Direito Penal ordinário, aquele cercado das garantias constitucionais[103] e respeitoso com os direitos humanos, corresponde, em certa medida, à fórmula do Estado de bem-estar, que priorizava a proteção e a reabilitação do desviante. Entretanto, com a deriva do modelo do Estado social na modernidade recente ou reflexiva, o controle *evoluiu* para um subsistema de exceção.[104] Esse modelo correspon-

---

do estado de exceção e na consequente criação de um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção, devemos admitir, então, que nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que é criada uma tal estrutura, independentemente da natureza dos crimes que aí são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica" (p. 181).
Dessarte, na trilha de Agamben, não é temeroso afirmar que o campo é o *nomos* do espaço político da modernidade, que pode facilmente ser detectado nas periferias das cidades (veja-se as favelas do Rio de Janeiro), nas *zones d'attente* dos aeroportos do mundo afora, nos locais de detenção dos imigrantes clandestinos, nas áreas destinadas aos refugiados.

103. Conforme FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 814, a "razão do estado" (ou excepcionalidade) é informada por meios (que são indeterminados e não regulados) à consecução de fins políticos, confiados nas mãos do soberano político. Já, no "Estado de Direito", na dicção de Ferrajoli, o princípio-guia é a subordinação dos fins políticos a meios jurídicos preestabelecidos, isto é, nem abertos nem indeterminados, senão que vinculados à lei e às regras constitucionais (rígidas e fundantes).

104. Para HART, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do império*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 26-27, "o 'estado de exceção' é um conceito da tradição jurídica alemã que se refere à suspensão temporária da constituição e do império da lei, semelhante ao conceito de estado de sítio e à noção de poderes de emergência nas tradições francesa e inglesa. Uma longa tradição de pensamento constitucional considera que em épocas de graves crises e perigo, como o tempo de guerra, a constituição deve ser suspensa temporariamente, conferindo-se poderes extraordinários a um executivo forte ou mesmo a um ditador, para proteger a república (...). O conceito de 'estado de exceção' é evidentemente contraditório, a constituição precisa ser suspensa para ser salva, mas esta contradição é resolvida ou pelo menos atenuada pelo entendimento de que o período de crise e exceção é breve".
No mesmo sentido, é o pensamento de AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 39, quando refere que o estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, ou seja, constitui uma verdadeira anomia do ordenamento jurídico. Nesse passo, diz Agamben: "Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica". E, mais adiante

de à superação da lógica da inclusão, conferindo relevância social à questão da segurança e da gestão segregadora de determinadas populações. A realidade, como já visto, apresenta a cultura da emergência ou excepcionalidade penal.[105] Os fatores que determinam essa transcendência são a crescente obsessão social por segurança, que assume contornos globais, e, por fim, numa articulação do controle social jurídico-penal com lógicas bélicas.[106-107-108] Isso ocorre, na leitura de Brandariz García, quando cresce a dificuldade de diferenciar os âmbitos clássicos da gestão estatal da segurança interior, reservada aos dispositivos policiais e jurisdicionais, e do exterior, espaço próprio dos dispositivos militares e bélicos.[109] Há, portanto, uma indiferenciação entre guerra-controle penal e uma tendência de que a expressão guerra se acomode em termos jurisdicionais. Em outras palavras, a guerra transformou-se numa condição geral, representando uma potencialidade constante ou um estado generalizado de guerra global, um estado de natureza hobbesiano.[110]

(p. 48), aduz: "(...) refere-se, antes, a uma suspensão do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência. Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência e sua aplicabilidade à situação normal".

105. No entendimento de FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 825-851, cuida-se de uma jurisdição de emergência, que corresponde a uma deformação da justiça penal produzida pela emergência, engendrando-se um subsistema penal e processual confiado à polícia, que passa a exercer funções próprias do Poder Judiciário, com efeitos destrutivos ao sistema de garantia dos direitos. Em uma palavra, conforme Ferrajoli, a função judicial tem um papel tendencialmente policial, legalizando e confiando, diretamente, aos magistrados, tarefas e instrumentos de investigação tipicamente próprios da polícia.

106. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del estado social y crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 201.

107. É a "Revolução Policial", no pensamento de PALIDDA, Salvatore. Op. cit., p. 41-68, ou o "Direito Penal de luta", descrito por DONINI, Massimo. Op. cit., p. 29-75.

108. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (org.). *Guerra global permanente*... cit., p. 11-14. Também consultar, MEAD, Walter Russell. *Poder, terror, paz e guerra: os Estados Unidos e o mundo contemporâneo sob ameaça*. Trad. Bárbara Duarte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

109. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (org.). *Guerra global permanente*... cit., p. 201.

110. HART, Michael; NEGRI, Antonio. Op. cit., p. 23. Segundo os autores, o estado de exceção, que era a guerra, torna-se a regra, sendo o tempo da guerra interminável, transformando-se numa relação social permanente, implicando um entrecruzamento das atividades policiais e militares para garantir a segurança. Assim, o inimigo, que era enxergado "fora", e as "classes perigosas", que viviam "dentro", passam a ser identificados como inimigos, borrando-se a distinção. Com isso, tende-se a criminalizar várias formas de contestação e resistência. O inimigo agora é abstrato e ilimitado. Idem, p. 33-40.
Ver, no mesmo sentido, CAPELLA, Juan-Ramón. *Entrada en la barbarie*. Madrid: Trotta, 2007. p. 202-213, mormente quando assinala que, após o atentado às torres gêmeas, os

O contexto da *guerra global permanente*[111] assume contornos mais dramáticos, como já observado, a partir do atentado de 11.09.2001, pois, a partir deste evento, se criou a oportunidade política de se globalizar a ideologia de guerra, na qual os conflitos bélicos abandonam a morfologia de confronto entre Estados soberanos, assumindo maior flexibilidade e, como difusos, adaptando-se ao entorno nacional. A guerra passa a ser permanente, e, não mais, algo temporário e excepcional,[112] como é o calendário de guerra ao terrorismo.[113] A guerra converte-se em uma condição geral, fato normal, na medida em que a violência letal se manifesta constantemente.[114]

Por tais razões, a guerra configura-se, na atualidade, como um regulador das transformações sistêmicas em curso, especialmente, demarcando o surgimento de uma soberania global-imperial. Dessarte, os Estados, para a garantia da ordem interior, passaram a adotar instrumentos com características bélicas, o que se detecta quando forças militares intervêm contra riscos criminais, ou quando os adversários das forças públicas transcendem a referência clássica de infrator, adquirindo o *status* de inimigo.[115]

EUA declararam, diante do terrorismo, (crime comum) uma guerra indeterminada, bem como aprovaram uma legislação excepcional, o *Patriotic Act*, que permite praticamente tudo, desde detenções prolongadas sem acusação formal e controle judicial, tortura e assassinatos, tudo em nome da "guerra ao terrorismo".

111. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*... cit., p. 201.

112. Conforme HART, Michael; NEGRI, Antonio. Op. cit., p. 21-22, a guerra transformou-se num fenômeno geral, global e interminável, perdendo seus contornos tradicionais, quando era entendida como um conflito armado entre entidades políticas soberanas, ou seja, entre Estados-nação. Com efeito, com o declínio da soberania dos estados, informando o surgimento do Império global, há uma guerra civil no interior dos estados.

113. Por todos, ver CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010. p. 17-51. Com acerto, afirma Cancio Meliá que a legislação de combate ao terrorismo, que, em ares de política criminal, tem experimentado uma expansão punitivista, está intimamente ligada ao estado de exceção e, pois, ao Direito Penal do inimigo. De leitura obrigatória, CANCIO MELIÁ, Manuel. Terrorismo y derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del estado de derecho. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 307-324. Segundo Cancio Meliá, no plano do direito positivo, dentro de um marco geral, está se construindo uma legislação puramente simbólica e de impulsos punitivistas, desembocando em uma expansão quantitativa e qualitativa, chegando às bordas do Direito Penal do inimigo (máximo de eficácia preventiva e mínimo de racionalidade garantista).

114. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*... cit., p. 203.

115. Conforme Brandariz García (idem, p. 226), o estado de guerra-exceção conta com uma formidável potencialidade para conformar a percepção social da realidade. Assim, "el nue-

Assim, o inimigo bélico já não é mais um Estado soberano, aproximando-se dos perfis tradicionais da criminalidade, como lógicas ou cruzadas do "bem contra o mal". Em tais "guerras justas", o inimigo é o infrator criminal tradicional: o traficante, o criminoso sexual; enfim, o delinquente tradicional, que, geralmente, com sua conduta, atenta contra bens jurídicos básicos,[116] que vão, pouco a pouco, adquirindo caráter de normalidade, perdendo a característica de ruptura, que sempre caracterizou os conflitos bélicos. As atividades bélicas aparecem funcionalmente normais como operações destinadas à manutenção da ordem social sob o *slogan* da luta contra a criminalidade, permanentemente incorporada ao controle jurisdicional.[117]

É inegável que o caráter de inimigo, que se adapta, com facilidade, ao criminoso tradicional, legitimando a legislação penal de exceção,[118] que se expande pelos ordenamentos jurídicos, contando com a porosidade do conceito de terrorismo, que se apresenta com notável potencialidade de expansão difusa, pode alcançar, inclusive, o mero dissidente político, o que, em termos políticos, é totalmente perverso. Na oportuna observação de Brandariz García, o subsistema de exceção, que conta com potencialidades para incrementar a sensação social de insegurança e gerar consenso, agora pode reforçar um estatuto de alteralidade apto a despojá-lo da condição de cidadão ou de pessoa, fomentando um renovado subsistema penal de exceção: Direito Penal do inimigo. Legitimam-se, assim, privações de liberdade de forma indiscriminada e reservada, com a cobertura normativa do crime de terrorismo, que, funcionalizada, fundamenta a privação de liberdade e a exceção. Cuida-se de uma nova anomia do ordenamento jurídico.[119]

---

vo enemigo, en tanto que *otro* arriesga ser plenamente desprovido del estatuto no ya de ciudadano, sino de persona (como admite expresamente Jakobs) perdiendo de este modo los derechos y garantías que en su confrontación con el sistema penal deberían asistirle (...), y desde la perpectiva del Estado de Derecho manifientamente más grave: la etapa de progresiva consolidación del Drecho penal del *no-cidadano* (al cual se remitiría el conjunto de dispositivos, penales o penal-administrativos, dispuestos para el control de los imigrantes irregulares) o más bien, de la *no-persona,* del Derecho Penal del Enemigo".

116. Na era em que a incerteza tornou-se a única certeza, o inimigo deixou de ser unívoco; trata-se de um monstro de múltiplas cabeças (droga, máfia, proliferação nuclear, crime organizado, integrismo islâmico, efeito estufa, imigrações etc.), conforme RAMONET, Ignacio. *Geopolítica do caos*. 4. ed. Trad. Guilherme João Freitas Teixeira. Petropólis: Vozes, 1998. p. 17-18.

117. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*... cit., p. 210-213.

118. LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração: criminalização e subsistema penal de exceção*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 335-366.

119. Idem, p. 231-232.

Em resumo, pode-se concluir que o denominado estado de exceção, que exclui sujeitos do circuito da comunicação do Estado de Direito (as não pessoas da modernidade, na leitura de Dal Lago),[120] corresponde à formalização do estado de emergência, que, por sua vez, se enquadra na teorização do Direito Penal do inimigo e na sua vocação de afrontar a emergência. O que se revela problemático nesse entorno é que a normalização da emergência acarreta, do ponto de vista processual,[121] a consolidação de um Direito de cariz emergencial,[122] com a decorrente ampliação dos poderes de investigação do juiz para, por exemplo, decretar medidas cautelares de ofício, até mesmo na fase do inquérito policial; limitação das garantias constitucionais; ampliação dos meios investigatórios a respeito de entidades bancárias, sociedades financeiras, gestores de comunicações, interceptações das comunicações, chegando, em casos extremos, até à exclusão de controle jurisdicional sobre certos atos adotados.[123] Dessa forma, sob os influxos da emergência e excepcionalidade, as legislações processuais penais, que se relacionam em uma complementaridade funcional com o Direito Penal, institutos concebidos como participantes de uma mesma unidade e sujeitos aos influxos da política criminal,[124] são submetidas a um processo de supressão das garantias constitucionais na busca da eficiência, arrostando os princípios constitucionais e a feição garantista do processo. Esquece-se de que a característica marcante do processo penal é a de que ele é considerado um direito constitucional aplicado, um "sismógrafo" ou "espelho da realidade constitucional".[125]

O *habitus* de caráter emergencial, que se torna recorrente na medida em que se volta os olhos à questão da segurança cognitiva dos indivíduos, põe em discussão

120. DAL LAGO, Alessandro. *Personas y no personas*. In: GORSKI, Hector C. Silveira. *Identidades comunitárias y democracia*. Trad. Juan Carlos Gonzáles Pont. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

121. É sabido que, no plano material, a formulação jakobsiana destaca-se por defender penas desproporcionais, flexibilização dos princípios garantistas e, por fim, a antecipação da barreira de punição, apanhando atos meramente preparatórios, como no caso do crime de terrorismo.

122. MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 59. p. 223-259. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2006.

123. Conforme CRESPO, Eduardo Demétrio. El drecho penal del enemigo *Darf nicht sein!* sobre a legitimidade del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*. Buenos Aires, Montevideo: IBDEF, 2006. vol. 1, p. 473-509.

124. SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 52. p. 224-267. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2005.

125. Idem, p. 250-275.

as garantias individuais fundamentais, empurrando o sistema processual ao arbítrio, conferindo espaço extraordinário *eficientismo*, que, segundo Moccia,[126] constitui uma variante do Direito Penal de emergência, uma degeneração que tem acompanhado, desde sempre, o sistema do controle penal moderno. Ora, com o acolhimento da orientação emergencial, apagam-se as conquistas do Estado social de Direito, que, em uma democracia, ainda que em face das formas graves de criminalidade,[127] deve respeitar os princípios de legalidade, de tutela da dignidade da pessoa humana, de presunção da inocência,[128] de juiz natural, de inviolabilidade dos direitos de defesa,[129] De tudo isso, para fins processuais, ainda segundo o mestre italiano, derivam consequências fundamentais, tais como a ilegalidade de técnicas acusatórias fundadas sobre teoremas, e, não, sob encontros probatórios; as práticas extorsivas de declarações não espontâneas (uso de meios ilícitos como ameaças e violências;[130] a ausência da figura do juiz imparcial) e, por fim, o uso desvirtuado da custódia cautelar.[131] Por tudo, o processo penal passa a ser funcionalizado a serviço do poder punitivo, deixando de cumprir o importante papel de limitação de tal poder e de garantir os direitos do acusado.[132] E o exemplo mais significativo de tal tendência de restrição das garantias constitucionais em favor do interesse público ou defesa social vem da banalização da aplicação do princípio da proporcionalidade para relativizar princípios constitucionais,[133] principalmente na admissão de provas ilícitas ou na busca de legitimação de práticas excepcionais, fazendo tábula

126. MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 100. p. 42-43. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2013.

127. Veja-se, por paradigmática, a Lei 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado), que, no entendimento correto de Malan, se constitui num verdadeiro subsistema de processo penal do inimigo incrustrado no ordenamento jurídico pátrio, especialmente quando permite o agente infiltrado; a realização de diligências investigativas pelo juiz para ter acesso de dados de natureza sigilosa; quando prevê institutos de delação premiada; proibição da concessão de liberdade provisória; o prosseguimento da ação penal à revelia do réu, dentre outros. MALAN, Diego Rudge. Op. cit., p. 223-259.

128. Ver MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e a para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-421.

129. MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna... cit., p. 43-45.

130. Ver MOURA, Bruno. A propósito da chamada "tortura salvadora": outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 101. p. 229-282. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2013.

131. MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada... cit., p. 41-54.

132. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

133. Veja-se, nesse particular, a contundente crítica de Aury Lopes Jr., idem, p. 73-78.

rasa na questão se existem, efetivamente, mandamentos de criminalização nas cartas constitucionais.[134-135]

No limite, sob influxos da excepcionalidade e emergência, o processo penal resta desconfigurado, atuando como um instrumento de luta e combate da criminalidade a qualquer custo, mesmo sacrificando o sistema de garantias.[136] Todavia, com tal funcionalização, o processo penal não se presta para *encenar a justiça*, deixando, pois, de encarnar o *espaço do sagrado* e da *simbolização da ordem*.[137] É consabido que o processo penal busca ordenar o caos e a violência existente na sociedade e intensificada pelo crime. Logo, a aplicação da lei penal, no "templo simbólico da justiça", propicia a assunção de novos compromissos sociais, de uma aproximação entre as partes e a normalização da violência existente na sociedade, culminando no estabelecimento de responsabilidades penais. Dita sacralização do processo, observando um tempo formalizado respeitoso à legalidade e às máximas garantistas, confere visibilidade aos conflitos sociais, retirando-os do manto da invisibilidade determinadas categorias da população.[138] Entretanto, essa *cena judiciária* já não se revela mais possível, pois, sob forte orientação da cultura da sociedade do risco e sua heurística do medo,[139] fatores sociológicos da emergência, o processo se põe a correr, acarretando um atropelo nas garantias constitucionais na busca de uma eficiência punitiva maior. Sob o *império do efêmero* ou da *sociedade do tempo real* (Lipovetski), modelo sociológico em que o tempo é apartado do poder integrador do passado e sua tradição (veja-se que o tempo atual é o tempo das trocas rápi-

134. Segundo MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna... cit., p. 51, pois para o autor inexiste obrigações éticas de criminalização. Tal discussão é tratada de forma exaustiva por GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 35-53.

135. Os limites do princípio da proporcionalidade no processo penal também são tratados por SANCHÍS, Luis Pietro. *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011. p. 81-97.

136. O que Ferrajoli denomina de poderes selvagens, que correspondem à militarização populista do território. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 44-45.

137. GARAPON, Antoine. *Bem julgar*... cit., p. 40-51.

138. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48-49.

139. OST, François. Op. cit., p. 336-340. Para Ost, a sociedade transitou do Estado-providência à sociedade do risco, mormente pela necessidade de se antecipar o futuro, que, por ser desconhecido, faz o medo, daí o porquê de o risco estar no princípio da sociedade moderna. E, quando o Estado social, garantidor de certa qualidade de vida e preocupado com a realização das promessas da igualdade e liberdade para todos, pretende dominar os riscos, impõe a lógica da segurança generalizada. Todavia, com a crise do modelo assistencial e triunfo do mercado e sua privatização, além do regresso do medo, a sociedade do risco toma o lugar da providência. O discurso hegemônico passa a ser o da segurança, e não o da solidariedade, com o isolamento do indivíduo.

das, anônimas e infindáveis na acurada obervação de Ost),[140] a urgência (aquilo que não pode esperar) deixa de ser um registro excepcional e se constitui numa modalidade geral de ação (*tirania da urgência*).[141]

Nesse quadro desolador, há um retorno do militarismo, que, normalmente advém quando as grandes mobilizações políticas e ideológicas dão lugar a reivindicações individualistas e a confrontos ideológicos, premidos na "urgência da emoção midiática" na acurada observação de Ost,[142] impondo a todos o dever de agir em tempo real, sem combater os problemas pela raiz e aplicar-lhes um tratamento em profundidade.[143] Conforme Ost, o melhor exemplo disso ocorre pela maneira em que os meios de comunicação tratam dos casos judiciais que atribuem valor, reforçando o autor que os processos midiáticos são "selvagens" e "imediatos", diversamente dos processos judiciais, lentos e irreversíveis. Por isso, na lente de Ost, é que o Direito está em *trânsito,* isto é, submetido à urgência. Logo, a temporalidade do excepcional se impõe como tempo normal. Disso deflui o pensamento corrente de simplificar procedimentos, abreviar prazos, contornar as formas, tudo sob a presidência de um juiz de urgência para decisões executórias, com certo afrouxamento da juridicidade.[144] Nesse aspecto, não pode ser desconsiderado que o *tempo ritual* do processo é afetado pela nefasta imiscuição da mídia na vida democrática[145] (a nova *democracia de opinião),*[146] que, invocando um *novo direito de transparência,*[147] promoveu uma deslocalização do palco do judiciário para os meios de comunicação, alterando, sobremaneira, o ritual da prática judiciária. Promove-se, dessa forma, uma "desagregação do tempo", porque, na lição de Garapon, as novas tecnologias dos meios de comunicação permitem superar o fator tempo, já que agora se quer saber de tudo de forma instantânea.

No limite, ainda com Garapon, "a transparência imediata de todos os atos da justiça, a começar, obviamente, pelos atos instrutórios, arrisca-se a desencadear como que um curto-circuito simbólico no tempo".[148] Mais adiante, após assentar que a verdade processual necessita de maturação e de uma elaboração (e, pois, de

140. OST, François. Op. cit., p. 350-351.

141. Idem, p. 351-353.

142. Idem, p. 351.

143. Idem, p. 356.

144. Idem, p. 364-365.

145. Consultar FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes*... cit., p. 43-64.

146. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 132.

147. Direito tal que não se encontra consagrado em nenhuma parte, segundo GARAPON, Antoine. *Bem julgar*... cit., p. 273.

148. Idem, p. 277-278.

um tempo diverso das trocas mercadológicas que pedem a instantaneidade), anota que uma verdade prematura modifica o comportamento das pessoas envolvidas no processo, até mesmo dos juízes, produzindo, a partir daí, consequências que podem ser dramáticas, como o pré-julgamento e perda da imparcialidade. Dessa maneira, pressionado pela instantaneidade dos *mass midia,* o processo e sua representação simbólica não conseguem recalcar a violência que, ao contrário, passa a ser exibida, de forma crua e absurda, como um espetáculo ou produto a ser consumido,[149] desintegrando a unidade do tempo, do lugar e da ação.[150] O problema que se revela é que a justiça passa a buscar a *arbitragem da opinião* ou a aprovação popular sob influência da mídia, conferindo ao julgador uma *arma terrível* que é o *desvio populista,* entendido por Garapon como "política que pretende encarnar o sentimento profundo e real do povo".[151] É o populismo[152] ou *simbolismo punitivista,* na dicção de Cancio Meliá,[153] apresentando-se como *arma terrível* a *serviço* de punições excepcionais e exemplares.

4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concordar com Pavarini quando ele adverte que a penalidade, na pós-modernidade, não obstante a ênfase dada aos valores da racionalidade burocrática, da eficiência e do cálculo, termina por se entregar a uma economia do excesso ou de uma penalidade expressiva. Na idade atual, a sociedade deu por superada a fase da denominada *economia da parcimônia,* que recomendava uma autolimitação garantista da penalidade, ou da "pena mínima", orientação essa que vigorou na filosofia da penalidade moderna.[154] Na atualidade, a pena vem informada pelo excesso; por isso, pode ser definida como *grotesca,* funcionando como um verdadeiro poder de vida ou de morte, na lição de Pavarini. A penalidade expressiva é motivada, se-

149. Para Garapon, o processo é uma "domesticação" da violência por meio do rito, da temporalização do conflito. Enfim, anula a violência selvagem pelo espetáculo do rito da cena judiciária, reabsorvendo a violência. Pela mídia, ao contrário, a violência é dada ao conhecimento de forma absurda, para que provoque reações incontroladas. p. 283.

150. VIRILIO, Paul. *Un paisaje de acontecimientos.* Barcelona: Paidós, 1997. p. 103-113.

151. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...* cit., p. 66.

152. Os contornos do uso político e espetacular do Direito Penal (denominados, a partir de fundamentos sistêmicos, como *alopoiesis* do sistema penal) são dados em HOMMERDING, Adalberto; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica.* Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 81-111.

153. CANCIO MELIÁ, Manuel. Errores en la graduación de las penas. In: MTUS, Jean Pierre (dir.). *Becaria 250 años después dei delitti e delle pene.* Montevídeo, Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 93-102.

154. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 131-133.

gundo ele, pela crise da democracia representativa e pela irrupção de uma prepotente "democracia de opinião", que exalta a percepção emocional do sujeito, principalmente as mais elementares: o medo e o rancor. O novo discurso político tende, cada vez mais, a se articular sobre tais emoções e nos sentimentos das vítimas. A justiça penal, nesse entorno, assume um protagonismo inédito na produção simbólica do sentido, na busca de consolidar a fidelidade da maioria e como forma de organização social.[155] A aludida orientação forja um "governo de segurança", decorrente da crise do Estado social e da práxis da política neoliberal, que suplanta o governo político da segurança social, constituindo um modelo cultural apropriado para naturalizar a imposição de novos modelos de exclusão social. Logo, cabe à política neoliberal determinar os novos critérios para o acesso aos direitos, mas, somente "aqueles que merecem". Conforme Pavarini, excluem-se as pessoas dos benefícios do Estado social (e do sistema laboral do pleno emprego), para incluir/excluindo pela criminalização.[156-157] Enfim, as sociedades assumem atitudes opostas e hostis em relação a quem é advertido como perigoso, na esperança de neutralizar sua periculosidade, incluindo-o no corpo social para, ao depois, *vomitá-lo* para fora como estranho, numa espécie de *anorexia e bulimia* que abarca toda a organização social e seu sistema de penalidade.[158]

Cumpre notar que, dessa "desinstituição" dos elos sociais pelo regresso do mercado e precarização da questão salarial, o sistema penal experimenta a tentação da segurança (Ost), desenhando uma instituição negativa, que, por defeito, subsiste apenas na forma repressiva.[159] Dessa forma, o "movimento de sobrepenalização", observável em toda parte, ocorre quando o Direito Penal surge como a derradeira expressão de uma moral comum de uma "sociedade órfã", que perdeu outros referentes morais e éticos. Constitui-se o caldo cultural para o movimento de repenalização da vida social, que interfere no processo penal, que passa a se constituir em um instrumento à disposição do poder punitivo do Estado. Nesse sentido, é o diagnóstico de Luís Pietro Sanchís, quando aduz que os sistemas penais atravessam uma profunda crise que afeta o modelo minimalista (máximo de garantias e economia na aplicação do controle penal),[160] na medida em que se convive com uma

155. Idem, p. 133-134.

156. Idem, p. 228-231.

157. YOUNG, Jock. Op. cit., p. 15-51.

158. As expressões são de PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 122.

159. OST, François. Op. cit., p. 374-377.

160. O programa garantista de Direito Penal mínimo centra-se no princípio do bem jurídico, principalmente na sua versão crítica de deslegitimar determinadas normas penais (versão ético-política), dando por certo que nem todos os bens jurídicos merecem tutela penal, espaço em que entram em jogo os princípios da necessidade, lesividade e materialidade da ação, culminando na proposição da pena mínima, cujo principal efeito é evitar a vingança

suspensão permanente das garantias constitucionais, a ponto de se desenvolver um subsistema penal de reduzidas garantias, que caminha paralelamente com o sistema comum (subsistema ordinário). O subsistema penal de exceção transita, conforme o autor, pelas investigações sobre organizações criminosas, pelo crime de terrorismo e tráfico de drogas, nos quais podem ser suspendidas as garantias da liberdade individual pela detenção preventiva ilimitada, podendo-se, de igual sorte, violar o princípio da inviolabilidade de domicílio ou das correspondências. Nesse contexto, há, efetivamente, uma atribuição de poderes excepcionais ou de espaços isentos de controle, que restringem os direitos fundamentais, como, por exemplo, no estímulo à delação premiada e "justiça negociada".[161] Não é por acaso que as garantias constitucionais, que se apreendem pela *faticidade* atual do Direito Penal do inimigo, são apresentadas, pelo discurso oficial midiático, como um obstáculo à luta contra as formas mais graves de violência organizada (os etiquetados como fontes do mal), propugnando-se que o Direito do Estado somente seja conferido aos cidadãos,[162] já que para os inimigos vale a *razão do Estado*[163] e toda sua potência militarizada.

O que é velado pelo discurso da excepcionalidade penal é que a jurisdição penal desempenha um papel essencial para o funcionamento do Estado de Direito, que consiste na anulação dos atos inválidos (quando violadores dos direitos fundamentais) e a sanção pelos atos ilícitos, assegurando, enfim, os limites e vínculos de proteção dos direitos. Ao processo penal corresponde dar cumprimento às garantias secundárias de anulação de atos que violem o sistema de garantias, bem como sancionar os atos que violem garantias primárias de direitos de outrem (ilícitos penais). Portanto, a legitimidade da jurisdição, na acurada observação de Sanchís, não é democrática; ao contrário, é contramajoritária (constitui o que Ferrajoli de-

privada e as penas brutais, com o final abrandamento/suspensão das penas privativas de liberdades. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 33-89. De relevo, a leitura de FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañéz et al. Madrid: Trotta, 2009. p. 19-56. Também, ver SANCHÍS, Luís Pietro. Op. cit., p. 120-147. No que concerne à discussão atual do rendimento da teoria do bem jurídico, remeto ao meu artigo: O que protege o direito penal: bens jurídicos ou vigência da norma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 97. p. 143-180. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2012.

161. SANCHÍS, Luís Pietro. Op. cit., p. 92-93.

162. Como quer JAKOBS, Günther. La autocompresión de la ciencia del derecho penal ante los desafios del presente. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn (coord.). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milenio*. Trad. Teresa Manso Porto.Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64. Para Jakobs, quem quer ser tratado como pessoa deve ofertar certas garantias cognitivas de se portar como tal, sob pena de o Direito passar a ser uma reação da sociedade diante de um inimigo, uma vez que, com tal instrumental, o Estado não fala com seus cidadãos, senão que ameaça inimigos.

163. SANCHÍS, Luís Pietro. Op. cit., p. 94.

nomina como o não decidível/indisponível ou garantias negativas),[164] porque a maioria (envolta em sentimentos primários do medo líquido e identificação com as vítimas, num processo de demonização do criminoso) concebe o sistema penal e processual como instrumento inesgotável de defesa social, que, no limite, pode desembocar num terrorismo penal.

Em definitivo, à jurisdição penal cabe assegurar a satisfação das garantias processuais estabelecidas em proteção dos direitos fundamentais do acusado.[165] Não é por outra razão que o modelo garantista propugna por um modelo acusatório como a pedra angular do sistema processual, requerendo, na figura do juiz, um sujeito passivo e independente das partes; o terceiro imparcial, que, mediante sua livre apreciação motivada, dirime uma contenda entre iguais, devidamente iniciada pela acusação, a quem corresponde a carga probatória, mantendo o contraditório.[166] Do contrário, o que se detecta é um processo penal do inimigo, que, na lição de Malan, ocorre quando há uma conotação partidária entre o órgão acusador e o juiz, transformando o processo em um instrumento de luta. Ora, nesse processo penal do inimigo, não se apreende a atividade cognitiva de um julgador imparcial,[167] condição indispensável para a existência do devido processo legal. Dessa maneira, resulta difícil compreender a resistência da doutrina e da própria magistratura em dar efetividade às inovações trazidas no sistema processual na tentativa de acolher, na totalidade, o sistema acusatório. Veja-se, por exemplo, a recalcitrância em se observar ao disposto no art. 212 do CPP, que alterou os poderes instrutórios do juiz, mantendo-se apegada ao vetusto sistema presidencialista/inquisitivo que atribui ao julgador a presidência da gestão da prova, na busca da *verdade real* ou *na luta contra a criminalidade*. Trata-se de uma manifesta violação ao princípio acusatório, que, na gestão da prova, reclama do julgador uma atividade simplesmente mediadora e secundária.

O processo penal deve preservar as garantias constitucionais do acusado, parte débil da relação processual. Nisso constitui o paradoxo da relação processual (Malan), já que deve haver uma convivência entre duas finalidades inerentes ao sistema processual, a saber: a eficácia na realização da justiça e a proteção dos direitos fundamentais do acusado. Referida tensão dialética, mesmo para combater a criminalidade mais grave, entende-se que não pode ser resolvida com o abrandamento dos direitos fundamentais do réu, sob pena de se colocar em questão a própria existência do Estado de Direito.[168] Enfim, o Direito não se constitui num instrumento de luta e, tam-

164. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos*... cit., p. 36-37.

165. SANCHÍS, Luís Pietro. Op. cit., p. 151-152.

166. Idem, p. 156.

167. MALAN, Diego Rudge. Op. cit., p. 253,

168. Idem, p. 250-251.

pouco, pode estar em *trânsito*; ao contrário, deve buscar neutralizar a violência reinante na sociedade. Nesse sentido, a jurisdição não se presta a correr, uma vez que a cena judiciária reclama certa temporalização, tempo diverso dos meios de comunicação e das trocas mercadológicas, informados pelos imperativos do transitório, efêmero e da instantaneidade. Portanto, deverá manter certa distância com relação aos imperativos midiáticos, revelando-se discutível a crescente midiatização das audiências e dos julgamentos, bem como a busca do ideal da efetividade, muitas vezes, informando julgamentos rápidos, céleres e exemplares ao sabor do poder midiático e sua democracia de opinião. No limite, a jurisdição é um poder vinculado, cujos atos devem atentar para a fiel aplicação das normas substanciais (princípios constitucionais), guardando considerável diferença com relação aos demais poderes discricionários e autônomos: o Legislativo e o Executivo, que apenas se movem em respeito à Constituição. Por isso, na lição de Sanchís,[169] amparado pela doutrina garantista de Ferrajoli, o poder judicial e a jurisdição constituem-se num poder-saber, que será mais legítimo quanto maior for o saber, e mais ilegítimo quanto maior for o poder.[170] Dessa forma, em tempos de excepcionalidade e emergência penal, não é necessária muita imaginação para se saber para onde pende a questão.[171]

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

169. SANCHÍS, Luís Pietro. Op. cit., p. 150-151.

170. Essa é a contradição não resolvida que aflige os fundamentos da jurisdição penal, na medida em que a atividade jurisdicional, que é cognosciva, conforme Ferrajoli, abre inevitáveis espaços à discricionariedade, mesmo mantendo nexo com a estrita legalidade, que, todavia, não pode deslizar para um *decisionismo processual, nem* a um *subjetivismo inquisitivo*, verdadeiras técnicas de prevenção e de defesa social, pois a *verdade processual* (ou verdade mínima) não pode ser obtida mediante indagações inquisitivas, senão que condicionada por procedimentos e garantias (saber), sob pena de se deslocar para um puro ato de poder. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*... cit., p. 40-70.

171. Veja-se, nesse particular, as atuais tentativas legislativas para tipificar o crime de terrorismo, para ampliar o espectro da lei dos crimes hediondos, da redução da menoridade penal, dentre outras, para se vislumbrar que se desliza para o poder, com total desprezo ao saber.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida de consumo*. Trad. Mirta Rosenberg e Jaime Arrambide. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: BERGALLI, Roberto (org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (org.). *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*. Madrid: Catarata, 2005.

_____. La construcción de los migrantes como categoria de riesgo: fundamento. Funcionalidad y consecuencias para el sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

_____. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del estado social y crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: "derecho penal" del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: en discurso de la exclusión*. Buenos Aires, Montevideo: IBDEF, 2006. vol. 1.

_____. Errores en la graduación de las penas. In: MTUS, Jean Pierre (dir.). *Becaria 250 años después dei delitti e delle pene*. Montevídeo, Buenos Aires: IBDEF, 2011.

_____. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010.

_____. Terrorismo y derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del estado de derecho. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 307-324.

CAPELLA, Juan-Ramón. *Entrada en la barbarie*. Madrid: Trotta, 2007.

CRESPO, Eduardo Demétrio. El drecho penal del enemigo *Darf nicht sein!* sobre a legitimidade del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*. Buenos Aires, Montevideo: IBDEF, 2006. vol. 1.

DAL LAGO, Alessandro. La guerra-mundo. In: BERGALLI, Roberto; RIVEIRA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 19-54.

_____. Personas y no personas. In: GORSKI, Hector C. Silveira. *Identidades comunitárias y democracia*. Trad. Juan Carlos Gonzáles Pont. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Trad. José Àngel Brandariz García e Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

_____. *Tolerancia cero: estratégias y práticas de la sociedad de control*. Trad. Iñaki Rivera Beiras e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005.

DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el "fundamento mistico de la autoridad"*. Madrid: Tecnos, 2002.

DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no deve limitarse a exorcizar. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FARIA, José Eduardo. *Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2004.

_____. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañéz et al. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Alguns perigos do constitucionalismo contemporâneo no processo penal. *Revista Síntese*. vol. 1. p. 35-53. Porto Alegre: Síntese, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos da teoria política*. 2. ed. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2001.

HART, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do império*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HOMMERDING, Adalberto; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

JAKOBS, Günther. La autocompresión de la ciencia del derecho penal ante los desafios del presente. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn (coord.). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milenio*. Trad. Teresa Manso Porto. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

JAMESON, Fredric. A estética da singularidade. In: WOLF, Eduardo (org.). *Pensar a filosofia*. Porto Alegre: Arquipélago, 2013.

LAURENZO COPELLO, Patricia. El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluídos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Po-*

lítica criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Navarro: Thomson Civitas, 2008.

_____. Prólogo. *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002. LAZO, Gemma Nicolás. La desembocadura en la sociedad del riesgo: su marco teórico europeo. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* 2. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: 34, 2011.

LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

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

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 1.

_____. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração: criminalização e subsistema penal de exceção*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou vigência da norma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 97. p. 143-180. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2012.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 59. p. 223-259. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2006.

MEAD, Walter Russell. *Poder, terror, paz e guerra: os Estados Unidos e o mundo contemporâneo sob ameaça*. Trad. Bárbara Duarte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada no estado social de direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 92. p. 31-57. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2011.

_____. A involução pós-moderna do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 100. p. 42-43. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2013.

_____. *La perene emergenza*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1997. MONCLÚS MASÓ, Marta. Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanção penal especial. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 330-348.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e a para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOSCONI, Giuseppe. Inmigración, seguridad y cárcel en Itália (en la perspectiva de la guerra global). In: BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki Rivera Beiras (org.). *Política criminal de la guerra*. Trad. Roberto Bergalli. Barcelona: Anthropos, 2005.

MOURA, Bruno. A propósito da chamada "tortura salvadora": outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 101. p. 229-282. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de derecho. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, 2009.

NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALIDDA, Salvatore. La "revolución policial". In: PUENTE ABA, Luz María (org.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Trad. José Ángel Brandariz García e José Antonio Ramos Vásquez. Granada: Comares, 2008.

PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PIETRO NAVARRO, Evaristo. Ciudadanos y enemigos: Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt. In: BACIGALUPO, Silvina. CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.

_____. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguarda: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

PORTILHA CONTRERAS, Guilhermo. El derecho penal de la "seguridad": una secuela inevitable de la desapacición del estado social. In: BRANDARIZ GARCIA, José Ángel (ed.). *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*. Madrid: Catarata, 2005.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal: reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid: Civitas, 2004.

RAMONET, Ignacio. *Geopolítica do caos*. 4. ed. Trad. Guilherme João Freitas Teixeira. Petropólis: Vozes, 1998.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Athropos, 2005.

_____. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Reey, 2007.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SCHECARIA, Sergio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de "garantia", "eficiência" e "funcionalidade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 52. p. 224-267. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político: teoria do Partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e as alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SIMON, Jonathan. *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa, 2011.

VIANO, Emilio C. "Medidas extraordinárias para tiempos extraordinários"; política criminal tras el 11.09.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 52. p. 286-308. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2005.

VIRILIO, Paul. *Ciudad pánico: el afuera comienza aquí*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.

_____. *Un paisaje de acontecimientos*. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. *A velocidade de libertação*. Trad. Edmundo Cordeiro. Lisboa: Relógio D'Água, 2000.

WACQUANT, Loïc. *Castigar els pobres: el nou govern de la inseguretat social*. Trad. Lourdes Bigorra. Barcelona: Edicions, 2006.

_____. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal, de Danielle Souza de Andrade e Silva – *RBCCrim* 62/197 (DTR\2006\551);
- Ética, velocidade e processo penal: limites de um direito penal econômico, de Augusto Jobim do Amaral – *RCP* 5/243 (DTR\2006\393); e
- O direito constitucional processual penal: o processo penal como garantia do indivíduo, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 897/405 (DTR\2010\236).

81618

Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do processo penal

Dispute in criminal justice? The importance of the conflict of interests between the procedural parties and its irrelevance to the necessity of the criminal process

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutorando em Direito na USP. Mestre em Ciências Criminais PUCRS (2014), bolsista integral Capes. Pós-graduado em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM – Espanha). Bacharel em Direito pela PUCRS. Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC (2009/2012).
vgomesv@gmail.com

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo pretende desenvolver uma análise crítica do conceito carneluttiano de lide e suas tentativas de importação ao direito processual penal. Partindo-se da trajetória de seu desenvolvimento e reformulações em razão das objeções apontadas pela doutrina, descrever-se-á sua recepção no campo jurídico-penal brasileiro e o intenso debate científico acerca da viabilidade e adequação de sua utilização. Assim, a partir desse estudo crítico, almeja-se propor a pertinência do reconhecimento da existência de um conflito de interesses entre as partes processuais. Pensa-se que tal visão é indispensável para a devida caracterização do processo penal como um processo de partes, afastando-se uma insustentável imparcialidade do acusador e criticando-se as tendências atuais de expansão dos espaços de consenso por meio da justiça criminal negocial. Desse modo, ressalta-se a importância do referido conflito de interesses, a qual, contudo, é relativa, diante do princípio da necessidade, essencial ao processo penal democrático, que impõe a imprescindibilidade do processo com todas as suas garantias para a imposição de uma sanção penal.

Palavras-chave: Processo penal – Lide – Partes processuais – Parcialidade do acusador – Princípio da necessidade – Julgamento antecipado.

Abstract: This article aims to develop a critical analysis of carneluttian concept of dispute and the attempts to import it to criminal law. Starting from the development path and its reformulation due to the objections posed by the doctrine, it will be described its reception in the Brazilian legal-criminal field and the intense scientific debate on the feasibility and appropriateness of its use. Thus, after reviewing the definitions of its fundamental institutions contents, this paper aims to propose the recognition of the conflict of interest between the procedural parties. It is thought that such a view is essential for the proper characterization of the criminal process as a process of parts, moving away from an unsustainable impartiality of the accuser and criticizing the current trends of expanding consensus spaces through plea-bargaining alike institutes. In this sense, it highlights the importance of that conflict of interests, which, however, is relative, due to the necessity principle, essential to a democratic criminal procedure, the imposes the essentialness of the process with all its guarantees for the imposition of a criminal sanction.

Keywords: Criminal procedure – Dispute – Procedural parties – Prosecutor partiality – Necessity principle – Summary judgment.

Vasconcellos, Vinicius Gomes de. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do processo penal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119. ano 24. p. 165-199. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O caminho do pensamento de Carnelutti sobre a lide no processo penal e suas principais críticas: 2.1 O "jovem" Carnelutti e a construção do conceito de lide como fundante da teoria geral do processo; 2.2 O início da fragilização do conceito e suas mudanças diante das críticas; 2.3 O "maduro" Carnelutti e a rejeição à lide no processo penal: a estranha descrição de sua natureza como jurisdição voluntária – 3. A lide penal como publicização do conceito privatístico e sua recepção pela doutrina brasileira – 4. A posição crítica e o desvelamento da impossibilidade de transplante do conceito de lide do processo civil ao penal – 5. A importância do reconhecimento de um conflito de interesses entre as partes processuais penais: a posição parcial do acusador público e a essencialidade da defesa como resistência no contraditório – 6. O princípio da necessidade e a importância relativa do conflito no processo penal – 7. Considerações finais – 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo[1] aborda temática amplamente debatida no direito processual e especialmente controvertida em âmbito penal, em razão das tensões ocasionadas pelas tentativas de sua importação da esfera civil para a criminal. Trata-se do conceito de lide, vastamente desenvolvido (e inclusive posteriormente fragilizado) por Carnellutti, além de criticado por inúmeros doutrinadores, o que acarretou um interessante e profícuo cenário de debates científicos no estudo sistemático do processo. Um exemplo cabal da intranquilidade que permeia esse instituto é o seu questionamento no próprio prefácio de uma das clássicas obras da teoria geral do processo brasileira, em que Bueno Vidigal define a tentativa de caracterização da lide no processo penal como uma "tarefa ingrata".[2]

Diante de tal panorama, este trabalho almeja analisar o conceito carneluttiano de lide, enfocando principalmente suas aporias em relação à esfera criminal, com o objetivo de desvelar suas fragilidades fundantes. Contudo, pretende-se ponderar os riscos da total exclusão da ideia de conflito de interesses no processo penal, como, por exemplo, o fortalecimento de uma insustentável imparcialidade do órgão acusador. Assim, neste artigo focar-se-ão os seguintes problemas: 1. o conceito de lide é compatível com o processo penal?; 2. a necessária configuração de um processo penal de partes pressupõe o reconhecimento de um conflito de interesses entre as partes processuais?; 3. há possíveis contribuições científicas em tal reconhecimen-

1. Agradeço as gentis e atentas revisões realizadas pelos professores Gustavo Badaró, Marta Saad e Daniel Leonhardt.

2. VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Prefácio. In: CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 3. Sobre tal discussão, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 67, nota 1.

to?; e, 4. a caracterização de um processo penal de partes fragiliza o princípio da necessidade (*nulla poena sine judicio*)?

Assim, cogita-se a hipótese de que, embora o conceito de lide se mostre incompatível com o processo penal, o reconhecimento da existência de um conflito de interesses entre acusação e defesa é apto a contribuir para reforçar a configuração de um processo de partes (afastando qualquer possibilidade de um acusador imparcial) e a importância da posição de resistência da defesa, realçando a demarcação de seus espaços legítimos no campo jurídico-penal. Entretanto, também desvelar-se-á a indiferença de tal conflito com relação à exclusividade do processo como único meio para imposição de uma sanção penal no Estado Democrático de Direito, ao passo que sua resolução foge às finalidades essenciais da justiça criminal em razão da importância vital do princípio da necessidade, que consagra o processo penal como instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

2. O CAMINHO DO PENSAMENTO DE CARNELUTTI SOBRE A LIDE NO PROCESSO PENAL E SUAS PRINCIPAIS CRÍTICAS

Inicialmente, abordar-se-á o trajeto do pensamento de Carnelutti na construção do conceito de lide na sua teoria do direito processual.[3] Trata-se de elemento chave nessa visão acerca do sistema jurídico, "o centro gravitacional sobre o qual iria girar toda a sua doutrina processual",[4] que, em razão de sua importância, foi objeto de diversas críticas relevantes, as quais influenciaram diretamente na sua revisão. Como se perceberá, o autor italiano partiu de uma generalização da aplicabilidade do conceito tanto ao processo civil como ao penal e findou por rejeitar totalmente seu transplante à seara criminal, reconhecendo humildemente em tal intento imperfeições e limitações.[5] Para realizar tal descrição intentar-se-á citar as obras do autor de modo

3. Conforme Jacinto Coutinho, o conceito de lide desenvolvido por Carnelutti não foi uma construção integralmente inédita na doutrina processual, embora isso se reconheça à sua sistematização (COUTINHO, Jacinto N. Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 19).

4. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 59.

5. "O que fiz, nesse sentido, no livro *Lezioni* é nada mais que uma tentativa. Reconheço de plano a imperfeição. O difícil caminho da ciência não se percorrer se não por etapas. Agora parece-me hora de ir um pouco mais além. É um prazer reconhecer que me intriguei com a crítica espirituosa de meu amigo Calamandrei, sereno e honesto jurista." CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 28. Padova, 1928 (tradução livre). Conforme Gustavo Badaró, em relação ao conceito de lide carneluttiano "em vez de evolução, operou-se uma revolução" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 84).

cronológico, entretanto também serão adicionadas referências que, embora se apresentem em estudos distintos, ajudem a elucidar o conceito em análise.

2.1 O "jovem" Carnelutti e a construção do conceito de lide como fundante da teoria geral do processo

Ao desvelar a necessidade de diferenciação entre o processo (continente) e o seu conteúdo, em razão da inaplicabilidade dos conceitos de "controvérsia" e "causa" para tal finalidade, Carnelutti afirmou a adequação da palavra "lide" como elemento central da teoria processual. Em relação aos termos preteridos, o primeiro não expressava consistentemente a intenção do autor de ressaltar um conflito de interesses entre as partes, pois significa "diferença de opinião e de sentimento entre duas ou mais pessoas", ou seja, "aos interesses em contraste não alude nada".[6] Por outro lado, o segundo era amplamente confundido na doutrina italiana com a definição do próprio processo, o que o tornaria ilegítimo para descrever com precisão científica o fenômeno abordado.[7] Tais explanações foram expostas em réplicas às críticas ao conceito de lide, cuja estruturação se iniciou em momento anterior, mas contribuem para delimitar o problema que Carnelutti pretendia responder: qual o conteúdo/objeto do processo?

Para tanto, o autor define que *interesse* é uma "situação favorável à satisfação de uma necessidade".[8] Esta se verifica a respeito de um *bem*,[9] cuja disputa é inerente à vida em sociedade, em que há uma limitada oferta de proveitos: assim surge o "conflito de interesses".[10] Desse modo, inicia-se a estruturação do conceito de *lide*, cujo

6. CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. vol. XVIII. parte I. p. 349. Padova, 1941 (tradução livre).

7. Idem, ibidem. Sobre isso, na doutrina brasileira: COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 21-22; LEITE, Luciano Marques. O conceito de "lide" no processo penal – Um tema de teoria geral do processo. *Justitia*. vol. 70. p. 183. São Paulo, 1970.

8. "A noção fundamental para o estudo do direito é a noção de interesse. Ela, por seu turno, é estritamente relacionada ao conceito de necessidade; interesse é uma relação entre uma necessidade do homem e algo apto a sua satisfação. Mais precisamente o interesse se define como uma situação favorável à satisfação de uma necessidade." CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1920. vol. 1, p. 5-6 (tradução livre).

9. "(...) bem é um ente, material ou imaterial, que traz felicidade, não sendo outra a razão pela qual a sua escassez é uma das principais causas de conflitos intersubjetivos." CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro. Dogmática e crítica:* conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. vol. 1, p. 281.

10. "Há um conflito entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa." CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto*... cit., vol. 1, p. 19 (tradução livre).

elemento material é esse conflito de interesses, mas somente quando regulado pelo direito.[11] A ele devem ser somados os elementos formais, que se caracterizam pela *pretensão* e pela *resistência* das partes opostas.[12] Aquela ocorre "quando, em um conflito de interesses, uma das partes afirma contra a outra que a proteção do direito lhe compete",[13] ou seja, "a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio",[14] esperando que ocorra uma aceitação imediata do adversário e, assim, a satisfação de sua necessidade com a obtenção do bem. Contudo, se não ocorrer tal reconhecimento do direito, apresenta-se a resistência, cuja definição foi objeto de maiores variações no pensamento de Carnelutti, mas inicialmente configurava-se como "contraste real à pretensão, consistente na lesão efetiva ao interesse feito valer mediante a pretensão".[15] Assim, deve-se notar, conforme Jacinto Coutinho, que "não se trata de um mero jogo teórico, uma possibilidade qualquer de um ato futuro e, portanto, abstrato, mas de algo vivo, presente, concreto".[16]

Logo, em sua conceituação essencial, a *lide carneluttiana* é "um conflito de interesses qualificado por uma pretensão e uma resistência a ela".[17] De um modo esquematizado:

elemento material **elementos formais**

^ ^ ^

Bem » Necessidade » Interesse » *Conflito de interesses* » *Pretensão* X *Resistência* = *LIDE*

11. De um modo amplo, os termos lide e controvérsia, na visão carneluttiana, podem ser utilizados como sinônimos de conflito de interesses. Contudo, ao se adicionar os elementos formais e se caracterizar a situação de um conflito de interesses "regulado ou composto pelo direito", configura-se a hipótese de uma lide (Idem, p. 131) (tradução livre). Sobre isso, na doutrina brasileira: COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 28-29; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus *da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 200 e nota 21. Posteriormente, Carnelutti esclarece: "Lide e não controvérsia, que não é a mesma coisa. Preste atenção meu amigo a essa diferença; e perceberá a razão de distinguir, na minha teoria, o novo do velho. A controvérsia pode ser um indício da lide; mas não é dela condição necessária nem suficiente" (CARNELUTTI, Francesco. *Lite e funzione processuale (postilla)*... cit., p. 34) (tradução livre).
12. "O conceito de lide apresenta como característica a intersubjetividade, isto é, não pode haver lide envolvendo uma única pessoa. Assim, a pretensão e a resistência que qualificam o conflito de interesses devem partir de pessoas diferentes. (...) não pode haver lide sem pretensão e sem resistência." BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 60.
13. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto*... cit., vol. 1, p. 299 (tradução livre).
14. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. vol. 1, p. 40 (tradução livre). Na doutrina brasileira: OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Notas sobre o conceito de lide. *Revista de Processo*. vol. 34. p. 88. São Paulo: Ed. RT 1984.
15. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 61.
16. COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 30.
17. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto*... cit., p. 40 (tradução livre). Em resumo: "Lide é o resultado de uma pretensão insatisfeita em razão da resistência encontrada. Isto é, quando alguém exige do outro que se deixe o seu interesse subordinar-se ao do primeiro e o

Conforme o autor italiano, tal elemento seria o diferenciador entre a jurisdição contenciosa e a voluntária: "Quando se diz que o processo voluntário opera não em presença, mas em prevenção da lide, resta saber qual é a realidade que constitui sua matéria. O conceito para essa realidade pode ser adequadamente indicado mediante a palavra *negócio*".[18] Trata-se de tema complexo, que vai além das pretensões deste trabalho,[19] embora relevante ao estudo do último posicionamento de Carnelutti em relação à lide no processo penal e, por isso, será posteriormente retomado.

Nesse diapasão, a lide assume ponto chave na ciência processual, tornando-se a base unificadora do processo, "pedra angular" da construção de uma teoria geral do processo na visão de Carnelutti.[20] O objetivo do processo contencioso de conhecimento, ou seja, sua finalidade essencial (embora unida aos fins acessórios), seria, assim, a "justa composição da lide",[21] "fazer que cesse a dis-

---

segundo não concorda, nascendo daí a resistência que somada à pretensão vai se formar a lide" (SOUZA, Gelson Amaro de. A lide no processo civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*. vol. 52. p. 58. Uberaba, 1986). Além disso, essa é a construção adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973, pois, conforme o item II, do capítulo I, da parte II, da sua exposição de motivos: "O projeto só usa a palavra 'lide' para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra constituiu uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo, e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes".

18. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. da 5. ed. italiana por Santiago Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1959. vol. 1, p. 47 (tradução livre). Adotando tal posicionamento na doutrina brasileira: "(...) o objeto dessa atividade não é uma lide, como sucederia sempre com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado" (CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 171).

19. Sobre isso, ver exemplificativamente: DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 145-150; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus *da prova*... cit., p. 201, nota 23 e 202, nota 24.

20. PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Considerações sobre a impossibilidade de uma teoria geral do processo penal e civil a partir da investigação acerca do conteúdo do processo penal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*. n. 49. p. 205. Lisboa, jan.-mar. 2003; CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 287; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação processual penal entre política e constituição*. Outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 35.

21. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1920. vol. 2, p. 182 (tradução livre). Assim também em: CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 99. Padova, 1928. Sobre isso na doutrina brasileira:

puta".[22] Essa afirmativa é fundamental para o entendimento da crítica a ser realizada no item 5 deste trabalho: embora se reconheça como basilar a percepção de um conflito de interesses (que idealmente deve ocorrer no processo penal – e é a regra na prática jurídica),[23] sustentar-se-á que a composição desse conflito de interesses não é sua finalidade, ou seja, é irrelevante diante do princípio da necessidade e da presunção de inocência, que impõem a premissa essencial de que a acusação precisa produzir provas lícitas suficientes para demonstrar a materialidade e a autoria do crime além de qualquer dúvida razoável.

Nesse primeiro momento (aqui denominado "jovem"),[24] Carnelutti realiza um transplante sem maiores adaptações do conceito de lide desenvolvido (tendo em vista fundamentalmente o âmbito civil) ao processo penal.[25] Conforme o autor, "a função essencial da jurisdição é aquela de decidir uma lide. Para mim, essa é a função tanto do juízo civil como do penal".[26]

2.2 *O início da fragilização do conceito e suas mudanças diante das críticas*

A partir da publicação de tais estudos e da estruturação teórica de um conceito de tamanha importância e impacto ao direito processual, diversos doutrinadores redigiram críticas a seus contornos fundamentais. Em louvável postura científica, Carnelutti respondeu a alguns dos questionamentos, findando por, inclusive, alterar pontos importantes de sua construção. Assim, neste tópico almeja-se descrever as principais objeções que surgiram na doutrina italiana após a conceituação da lide carneluttiana.

COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 34-36; GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A lide como categoria comum do processo*. Porto Alegre: LeJur, 1991. p. 32.

22. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso*... cit., p. 27 (tradução livre). Sobre isso, na doutrina brasileira: MENEZES, Bruno S.; FERNANDES, Daniel B.; OLIVEIRA, Eduardo T. A questão da lide no processo penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n. 21. p. 57. São Paulo, dez.-jan. 2008.
23. Como se aprofundará no item 5 deste trabalho, tal percepção de um conflito de interesses se mostra relevante à estruturação de um processo penal de partes com o desvelamento da função parcial do representante do Ministério Público e a crítica das tendências de expansão da justiça criminal negocial.
24. A definição "jovem" empregada neste trabalho de modo ilustrativo é rotineiramente utilizada no estudo de pensadores da filosofia e não quer necessariamente dizer respeito à idade do autor, mas a uma primeira fase de sua construção teórica, a qual posteriormente será revisada pelo próprio cientista.
25. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 287-288.
26. CARNELUTTI, Francesco. Sulla *reformatio in peius*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 183-184 Padova, 1927 (tradução livre).

Inicialmente, Piero Calamandrei desvela que o processo penal não tem a finalidade de remover qualquer desacordo entre o acusador e o réu, pois, em razão da indisponibilidade dos interesses em discussão, um eventual consenso entre as partes (por exemplo, a confissão do acusado ou o pedido de absolvição pelo promotor) não acarreta qualquer consequência à decisão jurisdicional.[27] Ou seja, em razão do caráter necessário do processo em relação à sanção penal (*nulla poena sine judicio*), a existência da lide não se aplica ao processo criminal.[28] Assim, fragiliza-se especialmente o elemento formal da resistência à pretensão, visto que, na construção original de Carnelutti, somente se caracteriza como pretensão insatisfeita aquela que poderia ter sido diretamente atendida pelo devedor[29] (o que não ocorre em âmbito criminal, já que o acusado não pode simplesmente concordar em cumprir uma pena sem a existência de uma condenação após o devido processo).

Além disso, o autor aponta que o conceito de lide apresenta caráter fundamentalmente sociológico, em lugar de jurídico,[30] pois, para entrar no processo, o conflito de interesses deve ser apresentado ao juiz por meio da demanda, delimitada pelas partes, pelo pedido e pela causa de pedir, o que caracteriza aquilo de visível e relevante da lide.[31] Ou seja, a jurisdição analisa a pretensão conforme exposta pelas partes, não como ocorrido fora do processo, o que fragiliza o conceito de Carnelutti, que se pauta fundamentalmente por definições voltadas à realidade social.[32]

27. "A verdade é que no processo penal em geral, como no processo civil inquisitório, o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pois os interesses, cuja regulamentação pressupõe a intervenção necessária do juiz, não são disponíveis àqueles que figuram como partes no processo." CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. Parte 1. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. vol. I. p. 17. Pádua: Cedam, 1928 (tradução livre).

28. "Portanto, o processo penal tem, em qualquer caso, para obter os efeitos jurídicos da punição do réu, aquele mesmo caráter de necessidade (*nulla poena sine judicio*) que no campo civil, para obter os efeitos jurídicos não disponíveis às partes por meio do contrato, próprio do processo de tipo inquisitório." Idem, p. 16 (tradução livre).

29. CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. Op. cit., p. 150.

30. "Para que a lide possa entrar no processo é necessário que ela seja apresentada ao juiz, não em seu aspecto sociológico, mas em seu desenho jurídico (...)." CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. Parte 2. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. vol. II. p. 93. Pádua: Cedam, 1928 (tradução livre).

31. "(...) os três elementos tradicionais (partes, causa de pedir e pedido), que constituem ao juiz a parte visível, talvez a única processualmente relevante da lide." Idem, p. 97 (tradução livre).

32. Em descrição dessa crítica, na doutrina brasileira: GIORGIS, José Carlos Teixeira. Op. cit., p. 38; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Op. cit., p. 86-87.

Assim, Calamandrei conclui que a construção carneluttiana "corresponde a verdadeiro retrocesso" ao reduzir a jurisdição à finalidade de compor controvérsias.[33]

Em resposta a tais críticas, Carnelutti primeiramente afirma que inexiste lide entre o acusador e o imputado, reforçando sua visão de que o conflito de interesses relevante se dá entre este e a parte lesada (ofendido).[34] Assim, o autor revisa sua definição de resistência, expandindo seu conceito para além da real resistência/oposição (lesão do interesse), de modo a incluir também a simples contestação da pretensão e a consequente insatisfação da pretensão,[35] ou seja, um "não reconhecimento do dever de subordinar o próprio interesse ao interesse alheio".[36] Nesse sentido, Carnelutti cita a redação do art. 87 de seu projeto de Código de Processo Civil: "Existe lide quando alguém pretende a tutela de um seu interesse em contraste com o interesse de outro e este resiste mediante a lesão daquele interesse ou mediante a contestação da pretensão".[37] Com relação à finalidade do processo, o autor reitera: "Se o processo serve à composição da lide, atua sobre ela, que constitui o objeto ou a matéria, como a doença representa o objeto da cura".[38]

Outros apontamentos que merecem atenção são os de Giulio Paoli. O autor rebate a construção de Carnelutti ao criticar as possibilidades de sujeitos do conflito

33. CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero... parte 1, cit., p. 7 (tradução livre).

34. "Está em lide o ladrão, contra quem se faz o processo penal; não, como aponta Calamandrei confundindo ainda a lide com a contradição, contra o Ministério Público, a quem eu claramente caracterizo não como sujeito da lide, mas como um sujeito da ação; mas com o roubado, de quem se contrastou a pretensão, violando o interesse." CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (postilla)... cit., p. 31 (tradução livre). Adotando postura semelhante, afirma Dinamarco ao adotar um conceito amplo de conflito: "A amplitude do conceito, no contexto deste trabalho, coincide com o de insatisfação, como fenômeno psíquico decorrente da carência de um bem desejado. Assim, há conflito entre a vítima do delito (ou seus familiares) e o indigitado agente criminoso, no sentido de que aquele se considera em estado de insatisfação enquanto não sentir que sobre este se efetivaram as atividades repressivas consistentes na pena" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 138-139, nota 150).

35. CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (postilla)... cit., p. 28-29. Em crítica a tal expansão do conceito, Jardim e Amorim afirmam: "Ora, pelo simples fato de haver uma pretensão insatisfeita não se pode afirmar a ocorrência de um real conflito de interesses. Em sendo este, por definição, essencial ao conceito de lide, cai-se numa incoerência incontornável: lide é o conflito de interesses, mas também seria pretensão insatisfeita (onde não há conflito necessariamente)" (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto. *Direito processual penal*. Estudos e pareceres. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 25-26).

36. BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus *da prova*... cit., p. 200, nota 22.

37. CARNELUTTI, Francesco. *Lite e funzione processuale (postilla)*... cit., p. 29 (tradução livre).

38. CARNELUTTI, Francesco. *Lite e processo (postilla)*... cit., p. 99 (tradução livre).

de interesses, afirmando que não há lide entre o Ministério Público e o réu, e nem entre este e o ofendido. Nesse sentido, estrutura três proposições: "1.ª) se no processo penal fosse possível se encontrar o critério da lide, como elemento essencial e característico da função jurisdicional, ela só poderia ser entre o Ministério Público e o imputado; 2.ª) mas lide, no sentido estabelecido, não existe entre o Ministério Público e o imputado; 3.ª) muito menos entre o imputado e a parte lesada".[39] Resta claro que a relação entre ofensor e ofendido não influi no processo penal, pois, se a vítima perdoar o agressor, haveria uma composição espontânea da lide, a qual, entretanto, não obsta em nada o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público em crimes de ação penal de iniciativa pública incondicionada, que são a regra no sistema brasileiro, por exemplo.[40] Ademais, Gustavo Badaró ainda idealiza situação em que a ação civil *ex delicto* não possa ser discutida em âmbito penal, mas somente no civil, o que caracterizaria o absurdo de a lide penal estar no processo civil; e, assim, conclui: "A relação réu-Ministério Público é imanente ao processo penal, enquanto a relação entre o imputado e o ofendido é apenas contingente".[41] Já com relação à possibilidade de lide entre acusado e acusador, além das críticas já levantadas por Calamandrei acerca da indisponibilidade e do princípio da necessidade, Paoli sustenta que o Ministério Público tem interesse na condenação do culpado, mas também na absolvição do inocente, ou seja, a sentença absolutória não compõe o conflito, mas em verdade o exclui, o que configura um paradoxo: como pode o Estado, sobre o mesmo objeto, sucumbir e triunfar?[42]

A resposta de Carnelutti não aborda todos os questionamentos de Paoli, mas somente intenta fragilizar algumas de suas premissas argumentando ironicamente que a pretensão por ele desenhada contra um culpado nunca restaria infundada.

---

39. PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 65-66 Padova, 1930. (tradução livre).

40. Idem, p. 69-70. O autor ainda questiona quem seria o sujeito passivo da lide nos crimes de mutilação voluntária ou maus-tratos de animais próprios, mostrando a incongruência do posicionamento criticado. Também afirmando a impossibilidade de conflito de interesses entre acusado e vítima, Montero Aroca sustenta que: "Não existe relação jurídica material penal entre quem se envolveu na realização do crime, seja autor ou vítima, e também por isso não se pode falar que entre eles surja um conflito em sentido estrito que deva ser decidido por órgãos jurisdicionais e por meio do processo" (MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Thompson Civitas, 2008. p. 38) (tradução livre).

41. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 85.

42. PAOLI, Giulio. Op. cit., p. 66. Como se sustentará posteriormente (item 5), tal visão pressupõe que o acusador seja um órgão imparcial sem interesse na condenação do acusado a partir do seu convencimento exarado na denúncia (posição inadmissível em um processo penal acusatório) ou confunde a atuação do Estado como juiz do exercício da acusação.

Além disso, afirma que o sujeito passivo nos delitos apontados seria o Estado, cujos interesses estariam em jogo como representante da sociedade.[43] Assim, pode-se asseverar que as críticas não foram totalmente afastadas.[44] Com relação à primeira réplica, Gustavo Badaró esclarece que há uma confusão entre as pretensões material e processual, pois esta "poderá ser fundada ou infundada, mas nunca poderá se dizer que a pretensão processual estatal resultou insatisfeita".[45]

Por fim, neste breve resumo das críticas levantadas por doutrinadores italianos após a proposta do conceito carneluttiano de lide, cumpre citar Francesco Invrea. Fundamentalmente, o autor fragiliza a ideia de pretensão, desvelando que, em razão do caráter público da sanção penal, o ofendido não tem qualquer pretensão sobre ela; já em relação ao Ministério Público, ao lembrar um suposto caráter inquisitório do processo penal, afirma que não é relevante a pretensão do acusador público, visto que o juiz pode condenar o réu mesmo diante de um pedido de absolvição do promotor.[46] Em resposta, Carnelutti parece perceber cada vez mais as fragilidades de sua definição e finda por afirmar o problema: "Ou a lide existe no processo penal ou não existe também no processo civil".[47]

Diante do exposto, percebe-se que Carnelutti retrucou as sólidas críticas à sua construção, mas paulatinamente demonstrou o reconhecimento de suas deficiências. Assim, finaliza-se este tópico expondo o que se denomina como "segundo posicionamento sobre a lide", em que o autor adotou uma posição conciliatória, definindo o processo penal como intermediário entre contencioso e voluntário[48] e depois como um tipo misto entre ambos.[49]

Primeiramente, reformou amplamente sua visão sobre a função do processo penal, afirmando que ela seria a aplicação da sanção penal por meio da verificação da

43. CARNELUTTI, Francesco. Postilla. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 75-76. Padova, 1930.

44. COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 64-65.

45. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 88.

46. INVREA, Francesco. La servitù del giudicato. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 227. Padova, 1930.

47. CARNELUTTI, Francesco. Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 245. Padova, 1930. (tradução livre).

48. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso...* cit., p. 54. Essa publicação se trata de tradução da 5.ª edição do livro *Istituzioni del processo civile italiano*, de 1956, cuja 1.ª edição foi publicada em 1941, ou seja, anterior ao *Lezioni sul processo penale*, que é de 1946.

49. "(...) ao processo penal não se deve reconhecer um caráter intermediário entre o contencioso e o não contencioso, mas um caráter misto, de um e de outro; isso é, em realidade, a fusão de um processo contencioso com um voluntário." CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Ateneo, 1946. vol. 1, p. 101 (tradução livre).

pretensão punitiva (o que ocorre ainda que inexistente a resistência), e não a composição da lide.[50] Assim, por um lado há uma pretensão (caráter contencioso), mas, por outro, haveria somente uma parte em sentido material, o réu, cujo interesse é o único relevante no processo (caráter voluntário).[51] Aqui Carnelutti inicia sua "fase mística, marcado pela idade e pela religião",[52] começando a afirmar que o próprio acusado tem interesse na sua punição para "liberar o réu do mal que tenha cometido ou que pode ainda cometer", assim afirma que o conteúdo do processo penal é um negócio, e não uma lide.[53]

Posteriormente, o autor realiza uma pequena reformulação a tal visão, asseverando que o processo de cognição penal tem a finalidade de obter conjuntamente as declarações da certeza do delito e do ilícito material sobre o mesmo fato, ou seja, contencioso para este e não contencioso para aquele (seu objeto verdadeiramente penal). Contudo, os conteúdos se mostrariam intimamente relacionados, pois a consequência civil do delito é inseparável da penal, de modo que o juiz criminal deve sempre decidir sobre ambas em conjunto.[54] Assim, como já exposto, o processo penal não seria intermediário, mas misto entre contencioso e voluntário.[55]

---

50. "(...) quando se trata de aplicação da sanção penal, a função do processo é distinta da função de composição da lide, mais exatamente, não se trata da composição de uma lide, mas da verificação de uma pretensão, qual seja, a pretensão penal ou punitiva, verificação que deve se realizar ainda que essa pretensão não encontre resistência." CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso...* cit., p. 56 (tradução livre).

51. Idem, p. 55-57. Sobre isso, na doutrina brasileira: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 91.

52. COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 87.

53. "(...) a punição é preventiva e repressiva, e consiste, em primeiro lugar, na liberação do réu do mal que tenha cometido ou que pode ainda cometer; pois bem, sendo essa liberação um interesse, e até um interesse supremo do próprio réu, a pretensão penal, diferentemente da civil, tende a subordinar um interesse do imputado, não a um interesse alheio, mas a um outro e superior interesse dele mesmo. Assim, o conteúdo do processo penal é mais precisamente um negócio que uma lide, pois não há razão para limitar o conceito de negócio, em sua pureza, ao campo exclusivamente dos interesses econômicos." CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso...* I, cit., p. 56-57 (tradução livre).

54. "A verdade é que o conteúdo penal e o conteúdo não penal do processo penal são tão intimamente conexos que não é possível se realizar uma cisão, pois a consequência civil do crime é inseparável da penal e sobre ambas o juiz penal deve decidir conjuntamente." CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale* cit., p. 101 (tradução livre).

55. Gustavo Badaró apresenta crítica a tal construção, afirmando que não há uma inevitável conexão entre a reparação do dano civil causado e a responsabilização penal, mas trata-se, em verdade, de uma opção de política legislativa, sendo possível, inclusive, sua total separação (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 92).

2.3 *O "maduro" Carnelutti e a rejeição à lide no processo penal: a estranha descrição de sua natureza como jurisdição voluntária*

Após tais mudanças no conceito de lide e na sua aplicabilidade ao processo penal, Carnelutti chega ao posicionamento final:[56] trata-se de um processo de jurisdição voluntária, sem lide, em que há apenas um interesse em questão. Essa visão se pauta, fundamentalmente, pela percepção carneluttiana da pena como um bem,[57] o que se remete diretamente à importância da religiosidade em sua fase madura.[58] Assim, o autor sustenta que o ofensor tem interesse em sua própria punição, com a finalidade de redimir-se pelo crime praticado, do mesmo modo que o enfermo tem interesse na descoberta e na cura da doença; não há, portanto, conflito de interesses.[59] Além disso, afirma que o Ministério Público não apresenta qualquer pretensão, "mas somente propõe, ou melhor, projeta um negócio (*affair*, de algo que se propõe fazer) com a finalidade de que o juiz possa lhe autorizar".[60] Desse modo, Carnelutti admite o erro de ter afirmado que a lide se apresentava como conteúdo tanto do processo civil como penal e cita as críticas desenvolvidas por Calaman-

56. Tal concepção teve traços apresentados no livro *Istituzioni del processo civile italiano* de 1941, sendo reforçada em *Lezioni sul processo penale* de 1946. Sobre esse caminho, Carnelutti descreveu que: "A exposição indireta que fiz no *Istituzioni*, apontando o processo penal como um tipo intermediário entre o processo voluntário e o contencioso, foi uma aproximação, mas não mais que isso. O que necessito dizer é que o processo penal, em si, na sua pureza, é um verdadeiro processo voluntário, o que apontei no *Lezioni* espero de ter demonstrado; mas deve-se perceber que essa pureza existe somente na teoria, mas não na realidade. Do processo penal alude-se a mesma coisa que do ilícito penal: nem um nem o outro estão sozinhos. Como o ilícito penal tem em si, inevitavelmente, um ilícito civil, o processo penal tem um processo civil (...)" (CARNELUTTI, Francesco. La tutela del terzo nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. I. parte II. p. 41. Padova, 1946 – tradução livre).

57. "Crer que o juízo para a aplicação de uma sanção penal implica em um conflito entre duas partes de modo semelhante ao juízo para a aplicação de uma sanção reparatória é um efeito de uma concepção pessimista da pena (...) concebida a pena como um bem, reconhecida a falsidade da relação entre mal e dor, se afasta aquela aparência de conflito de interesses diante da sanção, que ofuscava o conhecimento do processo penal." CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958. p. 48 (tradução livre).

58. Tais referências à religiosidade são percebidas em diversos escritos, como: "O processo penal, visto ao espelho do processo de beatificação, nos releva sua verdadeira essência, que é e não pode ser mais do que um meio de redenção" (CARNELUTTI, Francesco. El proceso penal visto en el espejo. In: CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: El Foro, 1960. p. 101) (tradução livre).

59. CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: EJEA, 1971. p. 41.

60. Idem, p. 95 (tradução livre).

drei, Invrea e Paoli.[61] Em estudo mais recente, adotando tais considerações, Luso Soares reitera a visão do processo penal como jurisdição voluntária a partir da percepção da pena como um bem de interesse do próprio acusado: "O que o juiz faz por meio da sentença penal é autorizar que procurem modificar o ser daquele que é como não deve ser".[62]

As críticas a tal posicionamento saltam aos olhos. Como se retomará posteriormente (item 5), a completa exclusão da percepção de um conflito de interesses entre acusação e defesa acarreta a desvirtuação de aspectos fundamentais do processo penal, tornando nebuloso o contraste entre as partes que demarca suas posturas e espaços legítimos de atuação. Em questionamento à construção carneluttiana, Gustavo Badaró assevera: "Não há, pois, como falar em interesse único no processo penal, o que, por si só, é suficiente para afastar o seu caráter de jurisdição voluntária".[63] Ademais, a ideia de que a punição seria aplicada em atenção ao interesse do próprio condenado é absolutamente distorcida, já que parte de premissas equivocadas à racionalidade do sistema criminal.[64]

3. A LIDE PENAL COMO PUBLICIZAÇÃO DO CONCEITO PRIVATÍSTICO E SUA RECEPÇÃO PELA DOUTRINA BRASILEIRA

O pensamento carneluttiano a respeito da lide perpassa, portanto, dois extremos: da simples transposição ao processo penal à total rejeição de sua configuração no âmbito criminal. Contudo, sua construção influenciou direta ou indiretamente inúmeros doutrinadores, inclusive no Brasil, os quais revisaram em parte o conteúdo de seu conceito com a finalidade de tentar escapar das já referidas críticas. Assim, neste tópico almeja-se descrever a ideia da lide penal e sua importação ao campo jurídico-penal brasileiro.

Diante das relevantes objeções apontadas pela doutrina italiana ao transplante da lide de Carnelutti ao processo penal, percebeu-se que sua principal aporia se relacionava com a essência privatística de seus contornos, ou seja, seus conceitos

61. "Fui eu quem inicialmente sustentou a analogia entre o processo penal e o processo civil contencioso, chegando ao extremo de colocar a lide como conteúdo de ambos (...) provavelmente era necessário que se chegasse a esse extremo para que eu me desse conta do erro, que percebi ao assumir, na Universidade de Roma, a responsabilidade de ensinar o processo penal (...)." CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal* cit., p. 36, nota 6 (tradução livre).

62. SOARES, Fernando Luso. *O processo penal como jurisdição voluntária.* Coimbra: Almedina, 1981. p. 56

63. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 94.

64. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto. Op. cit., p. 26.

fundamentais foram desenvolvidos a partir de noções de Direito Privado e de relações civis entre pessoas, o que dificultava (ou impedia) a sua introdução no pensamento da ciência criminal. A percepção dos autores que aqui serão descritos foi a distinção entre a lide no processo penal e a "lide penal",[65] esta redesenhada a partir da inspiração em relações públicas.[66]

Nesse sentido, a construção de Giovanni Leone inspirou diversos autores brasileiros ao descrever a lide penal como o conflito de interesses entre a pretensão punitiva (direito estatal de punir) e a resistência defensiva (direito à liberdade), a partir de uma visão em que esse conflito se torna imanente, independente da efetiva atuação das partes no processo,[67] pois "a negação de qualquer poder dispositivo sobre o conteúdo da relação processual mantém consistente o contraste de interesse entre as partes, ainda quando não existente em concreto".[68] Assim, o autor afasta-se da crítica que questiona a caracterização da lide quando o réu confessa ou quando o acusador pede a absolvição: "A oposição dos interesses – a controvérsia, a lide – existe sempre e efetivamente, e não hipoteticamente como afirmaram muitos escritores".[69] Em outros termos, conclui que "lide, no processo penal, não deve significar conflito de atividade, conflito aparente de interesses, que é qualificado por uma pretensão e uma resistência; em verdade, no processo penal significa conflito permanente e indisponível de interesses e, portanto, mais essencial, pois transcende qualquer posicionamento particular e contingente".[70]

A visão de Leone, embora apresente contribuições ao ressaltar a importância do conflito de interesses para a caracterização de um processo de partes,[71] falha em

65. COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 13.

66. "Trata-se de uma espécie de 'publicização' do conceito de lide. Antes conflito de interesses privados, agora de interesses públicos." SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Op. cit., p. 38.

67. LEONE, Giovanni. *Sistema delle impugnazioni penali*. Napoli: Jovene, 1935. p. 317, nota 1. Em estudo posterior, Leone desvela: "Uma situação imanente de conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade (jurídica) do acusado; e uma situação contingente de relação entre o MP e o réu, a qual pode reproduzir a primeira situação ou divergir por completo" (LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951. p. 31) (tradução livre). Sobre isso, na doutrina brasileira: COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 94-101.

68. LEONE, Giovanni. *Sistema delle impugnazioni*... p. 318 (tradução livre).

69. Idem, p. 317. E explica: "(...) a oposição de interesses existe seja quando o MP pede um provimento favorável ao imputado, pois nesse caso se demonstrou que ele não atua como titular da ação penal, mas somente como consultor; seja quando o réu confessa, porque a lei não dá eficácia decisiva à declaração do imputado e não consente que o seu comportamento oculte o seu interesse (...)" (Idem, p. 317-318) (tradução livre).

70. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto*... cit., p. 33 (tradução livre).

71. COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 97.

razão da hipervalorização da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal, que chega a sustentar uma pretensa obrigação do acusador de "promover a ação penal, também no caso de evidente improcedência da *notitia criminis*".[72] A crítica é manifesta, já que tal inescusável indisponibilidade se relativiza, por exemplo, quando o MP pode não recorrer de uma decisão absolutória.[73] Diante disso, o autor resta obrigado a afirmar que a lide penal existiria somente no processo em primeiro grau,[74] distorcendo totalmente a aplicabilidade de sua teoria. Ademais, Ricardo Gloeckner questiona a existência de um direito de punir em tal fase processual, visto que "esse direito que nasce é a sujeição à tutela jurisdicional, de um provimento, é um direito a uma declaração", e, por outro lado, afirma que o direito à liberdade não está em jogo, pois até o trânsito em julgado da condenação ele se encontra resguardado por todas as garantias.[75]

Em que pesem tais relevantes objeções, essa construção foi adotada por diversos doutrinadores brasileiros, de modo a determinar o pensamento pátrio em determinada época: Canuto Mendes,[76] Frederico Marques,[77] Hélio Tornaghi,[78] Tourinho Filho,[79] Ada Grinover.[80] Essa última, em estudo conjunto com Cintra e Dinamarco,

72. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto*... cit., p. 29 (tradução livre).

73. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Op. cit., p. 39.

74. LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. 12. ed. Napoli: Jovene, 1988. p. 89.

75. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*. Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 229.

76. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 76-79.

77. "O Estado tem o dever e o direito de punir. Mas o direito de liberdade do réu lhe cria certas limitações. Daí surge a lide penal, cuja solução é imposta jurisdicionalmente (...)." MARQUES, José Frederico. A unidade do processo. In: MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001. p. 8.

78. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 243-244.

79. "(...) com o simples surgimento da pretensão punitiva forma-se a lide penal. Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão estatal, deverá fazê-lo, pois o Estado também tutela e ampara o *jus libertatis* do indigitado autor do crime. Revela-se, assim, a lide penal por meio do binômio direito de punir *versus* direito de liberdade." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1. p. 29.

80. "(...) a patologia é representada pela dúvida em torno da existência ou do significado do preceito concreto ou pela insatisfação de uma pretensão fundada neste. Nesses casos é que o Estado poderá exercer soberanamente a jurisdição, fazendo-o através do processo, único modo de solucionar a lide penal." GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 36.

afirma que a lide penal se "estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade", embora finde por adotar o conceito de "controvérsia penal", em razão das fragilidades daquele.[81] Em boa parte esse transplante é influenciado pelo pensamento de Liebman, que, direcionando seus estudos ao processo civil, adota o conceito de lide com ressalvas ao afirmar que se trata de fenômeno sociológico que se apresenta ao mundo jurídico conforme determinado pelo autor em seus pedidos.[82] Ou seja, "lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir (...) julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas".[83]

4. A POSIÇÃO CRÍTICA E O DESVELAMENTO DA IMPOSSIBILIDADE DE TRANSPLANTE DO CONCEITO DE LIDE DO PROCESSO CIVIL AO PENAL

Em contraste aos autores que importaram o conceito de "lide penal" ao processo penal brasileiro, inúmeros estudos nacionais rejeitam tal construção, em parte utilizando-se das críticas clássicas da doutrina italiana (expostas no item 2.2 deste trabalho), mas também inovando em seus argumentos questionadores. Neste tópico serão apresentados posicionamentos relevantes em nível pátrio, em regra recentes na discussão objeto deste estudo, com a finalidade de elucidar as principais fragilidades da tese que propõe o transplante do conceito de lide do processo civil ao penal.

Inicialmente, cumpre analisar o pensamento de Lauria Tucci, que, ao afastar o conceito de pretensão (característico do âmbito civil)[84] e reafirmar o caráter públi-

81. CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. Op. cit., p. 150.

82. LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001. p. 102. Trata-se de crítica semelhante à exposta por Calamandrei (CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite... parte 2, cit., p. 93). Sobre isso: GONÇALVES, Aroldo P.; BRASILEIRO, Ricardo A. M. Notas em torno da ideia de lide como objeto do processo. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. n. 14. p. 37. Nova Lima, 2007; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 62-63.

83. LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 103. De modo semelhante: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 10-12.

84. "(...) é a pretensão, na realidade, uma declaração de vontade impositiva, formulada em face de outrem, a fim de obter-se a satisfação de um interesse, e, portanto, somente verificável concretamente, isto é, como fato da vida, ocorrente entre duas ou mais pessoas, com efetivas atuação ('exigência de subordinação de interesse de outrem ao próprio', na necessariamente relembrada e insuperada formulação de Carnelutti) de uma das partes e negação da outra. E isso, obviamente, como explicitado ao final do parágrafo anterior, não acontece em âmbito penal." TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. Jurisdição, ação e processo

co dos interesses em jogo na justiça criminal, conclui: "Reafirmamos nossa convicção acerca da inadmissibilidade do traslado do conceito carneluttiano de lide para o processo penal".[85] Ademais, conforme o autor, o próprio texto constitucional de 1988 rejeita a ideia de lide no processo penal, ao diferenciar entre litigantes e acusados no inc. LV do art. 5.º: "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".[86] Contudo, há quem afirme que Tucci não superou totalmente a ideia da lide,[87] pois admite um conflito de interesses em termos semelhantes aos propostos por Giovanni Leone: "Cogita-se, com efeito, no âmbito da jurisdição penal, da resolução de um conflito intersubjetivo de interesses – interesses, sempre, públicos –, retratados, por um lado, na intenção punitiva do Estado, ínsita ao *ius puniendi,* (...) e, por outro, no direito cívico de liberdade do cidadão".[88] Em resposta, Tucci afirma que os críticos confundem as noções de conflito de interesses e lide, "sem a necessária percepção de que aquele pode ocorrer sem que haja litígio".[89] Diante dessa discussão, pensa-se que não há como negar a semelhança entre o pensamento de Tucci e Leone, embora este defina seu "conflito de interesses" como lide[90] e aquele não. De modo semelhante, Luciano Leite, embora afirme a inaplicabilidade do conceito técnico de lide ao processo penal, adota posicionamento semelhante a Leone, somente substituindo a ideia de conflito de interesses por "conflito de direitos".[91]

Assim, para se afastar totalmente a ideia de lide penal também é necessário repudiar a concepção de conflito de interesses imanente (que, embora não corresponda à formulação original carneluttiana, é a mais aceita na doutrina brasileira).

---

penal (estudo sistemático). São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 35. De modo semelhante: EBLING, Cláudia M. da S. A. *Teoria geral do processo.* Uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54. Ademais, afirmando a inexistência de qualquer pretensão no processo penal: SOARES, Fernando Luso. Op. cit., p. 57.

85. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 37.

86. Idem, p. 176.

87. COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 129-131; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Op. cit., p. 37, nota 79.

88. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 51.

89. Ibidem, p. 47.

90. LEONE, Giovanni. *Sistema delle impugnazioni...* cit., p. 317. Como exposto anteriormente, no item 3 deste trabalho.

91. "(...) no processo penal, encontramos sempre um 'conflito' de direitos subjetivos ('direito de punir' e 'direito de liberdade') que, *a priori*, deve ser examinado pelo magistrado através de um processo de partes." LEITE, Luciano Marques. Op. cit., p. 194.

Conforme Gustavo Badaró, essa posição desnatura o conceito de Carnelutti, que parte da subjetividade da lide no aspecto de contraste de vontades, e que, tendo em vista uma ampliação da definição original, deve-se questionar a real utilidade científica de tal intento,[92] a qual é negada por Pacelli de Oliveira.[93] Como se sustentará posteriormente (item 5 deste trabalho), a revisão da concepção de conflito de interesses no processo penal é apta a contribuir para reforçar a necessidade de existência de partes (afastando qualquer possibilidade de um acusador imparcial) e a importância da posição de resistência da defesa, realçando a demarcação de seus espaços legítimos no campo jurídico-penal.

Propondo uma efetiva exclusão do conceito de lide, Jacinto Coutinho atesta: "A lide, em qualquer de suas formas, é inaceitável no processo penal, isto é, para referir o conteúdo do processo penal, não serve a lide do processo civil e nem a lide penal".[94] De modo semelhante também posicionam-se Gustavo Badaró,[95] Teixeira Giorgis,[96] Nunes da Silveira,[97] Ricardo Gloeckner,[98] Aury Lopes Jr.,[99] Rubens Casara e Antonio Melchior.[100]

Já com relação à proposta de Jacinto Coutinho não há tamanha aderência. Conforme o autor, o termo adequado para determinar o conteúdo do processo penal é o "caso penal", de modo que a sua função seria o acertamento deste.[101] Contudo, Lopes Jr. ressalta que "não é o caso penal o conteúdo do processo penal, pois ele, sozinho, não é capaz de fazer nascer ou desenvolver o processo".[102] Desse modo,

92. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 90 e nota 196.

93. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 89.

94. COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op. cit., p. 152.

95. GIORGIS, José Carlos Teixeira. Op. cit., p. 118.

96. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 89; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus *da prova*... cit., p. 205.

97. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Op. cit., p. 39.

98. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*... cit., p. 224.

99. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148.

100. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 290.

101. Para Jacinto Coutinho, com a ideia de caso penal "estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente, que, com uma conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo autoexecutável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acertamento do caso penal" (COUTINHO, Jacinto N. Miranda. Op., cit., p. 138). Adotando tal definição: CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 289-290; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Op. cit., p. 40.

102. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 146.

conclui que o caso penal é o conteúdo da pretensão acusatória, a qual figura como conteúdo do processo penal.[103] Tal discussão se trata de complexa problemática, que foge aos objetivos deste trabalho e, por isso, carece de estudos específicos.[104]

5. A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DE UM CONFLITO DE INTERESSES ENTRE AS PARTES PROCESSUAIS PENAIS: A POSIÇÃO PARCIAL DO ACUSADOR PÚBLICO E A ESSENCIALIDADE DA DEFESA COMO RESISTÊNCIA NO CONTRADITÓRIO

A partir das considerações expostas a respeito da evolução e crítica da lide como "conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida", percebe-se que o conteúdo dos conceitos fundamentais apontados por Carnelutti aos seus institutos (conflito de interesses, pretensão e resistência) não são compatíveis com as premissas do direito processual penal. Contudo, aqui se pretende ressaltar possíveis contribuições do reconhecimento da existência de um conflito de interesses entre as partes processuais, embora para isso se mostre indispensável a utilização de definições intrinsecamente distintas. Pensa-se que a consagração do processo penal como um processo de partes (com a basilar visão do acusador público como agente parcial e o realce da defesa em sua posição inerente de resistência) pressupõe o desvelamento de que a persecução penal se realiza adequadamente quando por um lado há um interesse pela condenação e, por outro, pela absolvição. Ou seja, situações em que o acusador finda por não pedir a condenação ao final da instrução[105] ou quando a defesa adere e se conforma com a denúncia são patológicas: como se analisará a seguir, aquela representa a ilegitimidade de todo o transcorrer processual anterior (que, em atenção à legalidade, deveria ter afastado previamente uma denúncia infundada), e esta resulta na total distorção dos pressupostos e princípios de um processo penal democrático.

---

103. "Ou seja, a pretensão acusatória é conteúdo em relação ao processo (continente), mas, noutra dimensão, passa a ser continente do caso penal (seu conteúdo), pois visto como elemento objetivo da pretensão." Idem, p. 147.

104. Sobre o objeto do processo penal, ver: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 64-98; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 399-413.

105. Por óbvio não está se sustentando que o promotor deva manter desarrazoadamente o pedido de condenação em todos os processos, visto que a retirada da acusação após a instrução probatória pode ser excepcionalmente causada por uma total fragilização de uma denúncia que apresentava justa causa inicialmente. Contudo, pode-se aventar que tal situação, em regra, representa a ilegitimidade do transcorrer processual que em muitos casos impõe indevida ingerência sem fundamentos suficientes para o recebimento da denúncia, por exemplo.

Conforme descrito anteriormente (item 2), Carnelutti aponta que a *pretensão* ocorre "quando, em um conflito de interesses, uma das partes afirma contra a outra que a proteção do direito lhe compete",[106] ou seja, "a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio",[107] que na seara penal é a "exigência de submissão de alguém à pena";[108] a *resistência* é um "contraste real à pretensão, consistente na lesão efetiva ao interesse feito valer mediante a pretensão",[109] que posteriormente inclui também a simples contestação e a consequente insatisfação da pretensão,[110] ou seja, um "não reconhecimento do dever de subordinar o próprio interesse ao interesse alheio";[111] assim, "há um conflito entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa".[112]

Portanto, sua visão (e, consequentemente, também da doutrina que siga sua postura, ainda que tacitamente) é inadequada por não distinguir a pretensão que se coloca materialmente daquela que se estabelece no processo, o que acarreta a distorção dos demais conceitos fundamentais. O principal equívoco é, como exposto por Goldschmidt, conceber o acusador no processo penal como credor,[113] em termos semelhantes ao processo civil (ou seja, aqui há uma indevida importação de categorias intransponíveis).[114] Ao pensar assim, o "conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida" na lide carneluttiana ocasiona as seguintes aporias: 1. pressupõe que o acusador tem um direito à punição, que configura um interesse próprio de submeter o réu à pena, a qual pertenceria ao representante do Ministério Público; 2. adota um conceito de pretensão material,[115] uma pretensão punitiva, que distorce o posicionamento do promotor e do juiz na justiça criminal; e, 3. im-

106. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto...* cit., p. 299 (tradução livre).

107. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto...*cit., p. 40 (tradução livre).

108. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo...* p. 130, n. 76 (tradução livre).

109. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 61.

110. CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (postilla)... cit., p. 28-29.

111. BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus *da prova...* cit., p. 200, nota 22.

112. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto...* cit., p. 8 (tradução livre).

113. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James; QUIROGA, Jacobo (ed.). *Derecho, derecho penal y proceso.* Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 758.

114. Percebe-se que Carnelutti adota postura que posteriormente é criticada em seus próprios trabalhos, ao colocar o processo penal como receptor acrítico de influências indevidas do direito processual civil. Sobre isso, ver: CARNELUTTI, Francesco. La cenicienta. In: CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal.* Buenos Aires: El Foro, 1960. p. 13-21.

115. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 67-70.

plica a necessidade de uma suposta resistência do réu em relação a essa pretensão punitiva do acusador, o que careceria da possibilidade de sua realização extraprocessual e de uma ação a ela dirigida na prática.

Para a revisão crítica de tal arcabouço teórico, inicialmente mostra-se imprescindível a compreensão do objeto do processo penal a partir de necessária revisão do conteúdo da *pretensão jurídica*. Com base no questionamento da utilização acrítica de construções do processo civil na esfera penal,[116] pode-se afirmar que, em verdade, a pretensão que caracteriza o objeto do processo penal é acusatória, e não punitiva.[117] Nesse sentido, James Goldschmidt atestou que a pretensão punitiva estatal se realiza no processo "não como parte, mas como juiz",[118] ou seja, o acusador exerce papel distinto do autor em demanda civil, já que não há a adjudicação de um direito próprio pelo promotor ou querelante, pois o poder de punir "não lhe corresponde" e, na verdade, "está nas mãos do juiz".[119]

Assim, resta inviável a visão de que o acusador afirmaria contra o réu a proteção de um direito próprio à punição e que desse modo exigiria àquele a subordinação ao seu interesse.[120] Em realidade, o Ministério Público (ou querelante) deduz em juízo uma pretensão acusatória/processual,[121] que se define como um poder/dever de submeter alguém ao juízo penal, ou seja, "uma declaração petitó-

116. "É claro que as construções anteriores fundamentam uma transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal. (...) Entretanto, desde que a pena pública substituiu a composição privada, e, assim, o processo penal se separou do processo civil, o processo penal requer suas próprias categorias adequadas à essência do seu objeto (...)." GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 755 (tradução livre).

117. "O poder de condenar o culpado é um direito potestativo, anterior ao processo, porque nasce do delito, conforme a lei penal. Por isso, o conteúdo da pretensão no processo penal é acusatório, e não punitivo. O poder punitivo não é outra coisa que o poder concreto da Justiça Penal – personificado no juiz – de condenar o culpado e executar a pena." LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 165.

118. GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 755 (tradução livre).

119. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 164. Nesse sentido, afirma Goldschmidt: "(...) não há como construir o processo acusatório mecanicamente segundo o processo civil. A situação jurídica do querelante é completamente outra que a do autor. Não faz valer, como esse, um direito próprio e pede sua adjudicação, mas sim afirma o nascimento do direito judicial de penar e exige o exercício deste direito que ao mesmo tempo representa um dever. Esse é o sentido verdadeiro de acusar" (GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 758 – tradução livre).

120. "Não existe pedido de adjudicação alguma por parte do acusador, pois não lhe corresponde o poder de penar. Por isso, o acusador detém o poder de acusar, não de penar. Logo, jamais poderia ser uma pretensão punitiva." LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 165.

121. Aqui são referidos os pensamentos de Lopes Jr. e Badaró, que, embora utilizem terminologias distintas (aquele fala em pretensão punitiva/acusatório e este em pretensão material/

ria de que existe o direito potestativo de acusar e que procede a aplicação do poder punitivo estatal".[122]

Assim, recolocado o conteúdo da pretensão do acusador como acusatória/processual, retoma-se a ideia de *resistência defensiva*, tendo-se em mente que "a tentativa de 'salvar' a aplicação do conceito de pretensão em âmbito processual penal só será juridicamente válida se assentada sob a ideia de pretensão acusatória entendida em sua contraposição intermitente com a resistência defensiva".[123] Desse modo, para superar a aporia do conceito carneluttiano, deve-se deslocar o sentido da resistência: não mais direcionada a uma inexistente pretensão punitiva do acusador, mas dirigida ao julgador (Estado-juiz), este sim detentor do poder/dever de punir, que depende da manutenção e total procedência da pretensão acusatória para se realizar.[124] Ou seja, a resistência defensiva se coloca como oposição, questionamento e fragilização da tese acusatória, ou, ao menos, não aderência a tal interesse pela condenação, em manifestação da presunção de inocência e do direito a não autoincriminação.[125] Assim, juntamente com o princípio da necessidade (a ser analisado no item 6 deste trabalho), a concepção da defesa como resistência em um interesse pela absolvição[126] tem o condão de ressaltar a importância do afastamento das ten-

processual), reconhecem a similitude de suas visões: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 73, nota 140; LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 145, nota 4.

122. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 155. Ou, conforme Gustavo Badaró: "A pretensão processual é aquela veiculada em juízo, através do exercício da ação, e terá existência independentemente do direito material que fundamenta o pedido do autor. Sem a pretensão processual não existiria o processo" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 72).

123. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 287.

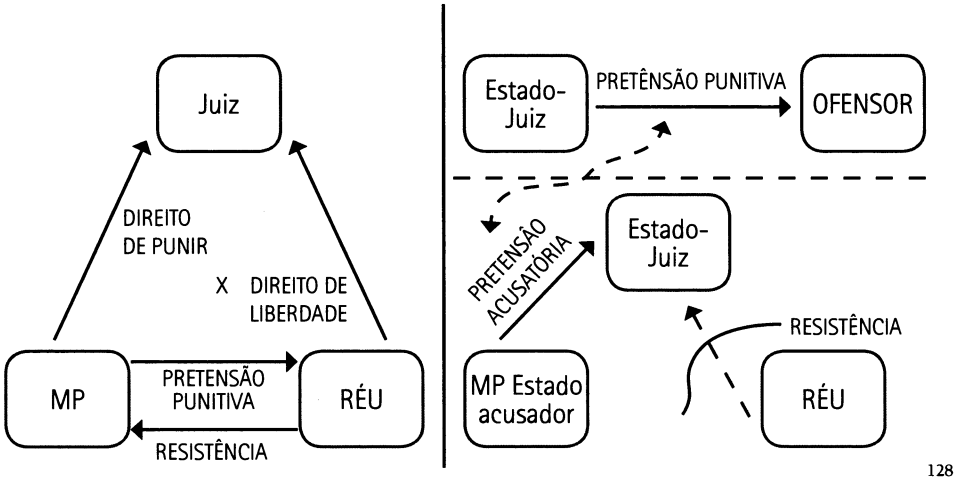
124. Uma consequência de tal visão é a impossibilidade de condenação se houver pedido de absolvição pelo acusador. Trata-se de tema complexo, que demanda análise específica, a qual foge às pretensões deste trabalho. Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 168-170.

125. Com essa afirmação não se quer dizer que há uma resistência como insatisfação inevitavelmente imposta pela legalidade e pela *nulla poena sine iudicio*, pois, conforme Gustavo Badaró: "Se foi o próprio Estado que autolimitou seu poder de punir, determinando que o *ius puniendi* somente se concretizasse após o devido processo penal, não há porque falar em insatisfação se foi o próprio insatisfeito que criou e impôs a insatisfação" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença* cit., p. 71, nota 131).

126. Com tal afirmação não se quer afastar por completo a possibilidade da confissão do acusado, mas ressaltar seu caráter excepcional na formação regular do processo penal e a inviabilidade da fundamentação de uma condenação exclusivamente em tal elemento, sob pena de completa distorção do princípio da necessidade (*nulla poena sine iudicio*). Além disso, cumpre citar Tucci, ao afirmar que na seara criminal o contraditório deve ser efetivo, ou seja, mais do que uma mera possibilidade (TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 181). Por fim,

dências de expansão dos espaços de consenso, de justiça negocial, no processo penal, em que, por meio de acordos (barganha), são impostas punições com base no reconhecimento de culpabilidade do réu em troca de benefícios, o que finda por distorcer fundamentalmente as premissas do processo penal democrático.[127]

A partir de tais considerações, esquematiza-se o seguinte organograma:



128

De um lado, há a construção com influência na ideia de lide carneluttiana, em que o acusador opõe uma pretensão punitiva, supostamente resistida pelo réu, de modo que o juiz, em atenção à visão clássica da jurisdição,[129] substitui as vontades das partes para resolver o conflito entre direito de punir e direito de liberdade. Por

---

remete-se ao exemplo da obrigatoriedade da resposta à acusação como manifestação inicial defensiva, conforme o art. 396-A, § 2.°, do CPP.

127. Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBC-Crim, 2015. Também nesse sentido: "Em resumo, defender-se significa, de modo simples, apresentar algum grau de resistência à atividade persecutória. Em consequência, a admissão integral da culpabilidade pelo fato descrito na denúncia, de sua qualificação legal e da sanção penal estabelecida, ou seja, a 'conformidade' requerida pelo art. 431 *bis*, inc. 2, do CPP da Nação da Argentina, não pode ser considerada uma medida defensiva" (BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 83) (tradução livre).

128. Fluxograma desenvolvido a partir de adaptação baseada em: GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 755-756.

129. Sobre isso, ver: TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 18-26; CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. Op. cit., p. 147-149.

outro, a proposta aqui descrita, que distingue as pretensões material e processual, com seus respectivos manifestantes, Estado-juiz e Estado-acusador.

Com relação aos contornos do *conflito de interesses* entre as partes processuais (indispensável para a caracterização de um processo de partes), deve ser reconhecido o antagonismo entre acusação, com seu interesse pela condenação, e defesa, a partir de sua resistência, com interesse pela absolvição.[130] Cumpre ressaltar que esse é o conflito que interessa ao processo penal, aquele entre as partes processuais e não o de caráter material entre a vítima e o ofensor.[131] Salvo nos excepcionais (e talvez criticáveis) casos de ação penal de iniciativa privada, o objetivo do processo é expropriar o conflito material para racionalizar a resposta estatal, de modo que resta afastado o escopo de sua composição.[132] Por certo, esse ponto expõe problemática complexa, que carece de estudos específicos, indo além das possibilidades deste trabalho.

Em face do reconhecimento do interesse da acusação pela condenação, uma das principais contribuições da proposta aqui desenvolvida é o desvelamento da total *impossibilidade de concepção do Ministério Público como parte imparcial* na justiça criminal.[133] Fundamental e inevitável perceber que a aceitação dessa ficção acarreta consequências violadoras ao direito de defesa e à presunção de inocência, visto que autoriza uma indevida crença na legitimidade e na licitude preconcebida dos atos do acusador,[134] o que caracteriza quase uma presunção judicial de veracidade das

130. "Nunca se proibiu réu algum de confessar, e isso não teria sentido, pois violaria a liberdade de agir peculiar ao ser humano. Tampouco em terras habituadas a torturas estimula-se a confissão como meio de demonstrar algo. Do ponto de vista puramente formal, nada impediria o Ministério Público de se aproveitar da confissão, como fonte de prova, para aprofundar sua pesquisa e introduzir provas obtidas em razão da fonte. O que acontece agora é que a partir dessa sutil diferenciação, promovida pela indicação de um resultado da atividade processual do réu como meio de prova, no lugar de suas próprias declarações, intenta-se contornar as proibições constitucionais e transformar acusado em testemunha." PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCrim*. n. 159. p. 10. São Paulo: IBCCrim, fev. 2006.

131. Visão inquestionavelmente exposta por: PAOLI, Giulio. Op. cit., p. 66.

132. Conforme Calamandrei, "(...) se nega que no Estado de Direito contemporâneo, em que o princípio da *nulla pena sine judicio* deve ser fundamental, o processo penal possa ser um reduto da mera composição do conflito (...)" (CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite... parte 1, cit., p. 17) (tradução livre).

133. "A conotação de imparcialidade do Ministério Público é uma forma de mascarar a verdadeira conflituosidade não só jurídica, mas também política e social, entre acusador e acusado, que é imanente ao processo penal." BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus *da prova*... cit., p. 221.

134. "A crença na regularidade dos atos do poder, sobretudo do poder punitivo (*potestas puniendi*), define postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise

suas alegações.[135] Assim, esclarece Montero Aroca que "deixando de lado a *contraditio in terminis* que implica qualificar uma parte de imparcial, ocorre que nem por razões que fundamentam a essência de sua função pode se caracterizar o Ministério Público como 'parte imparcial'".[136]

A respeito desse cenário, Bernd Schünemann realizou instigante pesquisa empírica com juízes e promotores alemães, buscando verificar a influência do acesso ao inquérito policial e da decisão acusatória do órgão ministerial.[137] Conforme o autor, há cristalina identificação entre o posicionamento do julgador e aquele do acusador, especialmente em casos mais complexos, de modo que o juiz é diretamente influenciado por decisões anteriores do promotor, as quais, em verdade, ele deveria controlar: "(...) os juízes na audiência de instrução e julgamento simplesmente confiam em que o promotor já examinara os resultados da investigação preliminar e os considera suficientes para provar a culpa do acusado".[138] Trata-se do efeito *aliança*, um dos mecanismos descritos por Schünemann como corretores de dissonância cognitiva.[139]

---

através da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional. O reflexo concreto é violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas autoritárias." CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 87.

135. "A percepção dos atos do acusador como atos supostamente neutrais diminui as possibilidades de que o tribunal cumpra com suas funções de controlar estritamente a legalidade e, também, de proteger os direitos fundamentais do acusado. Quanto maior objetividade se atribua à tarefa persecutória, menor será a importância que se outorgará ao dever de controlar a legalidade dos atos do acusador." BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 40 (tradução livre).

136. MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 122 (tradução livre). E o autor esclarece: "Em um processo não podem existir dois elementos subjetivos, isso é, não duas pessoas, mas dois sujeitos processuais, que sejam imparciais, pois isso conduziria ao absurdo de que, diante da parte parcial que é o acusado, não houvesse outra parte, evidentemente também parcial, mas dois órgãos imparciais" (idem, ibidem) (tradução livre).

137. Sobre o desenho da pesquisa e a metodologia empregada, ver: SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 209-211.

138. Idem, p. 213.

139. "Segundo a teoria da dissonância cognitiva, formulada por Festinger, na versão de Irle, toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância." Idem, p. 208.

Ademais, tal visão restringe a possibilidade de convencimento do julgador pela tese defensiva,[140] pois a contraposição às alegações supostamente percebidas como imparciais de um funcionário público acusador torna-se representante de um interesse inválido e ilegítimo, "uma atitude que inevitavelmente obstaculiza o processo de reconstrução da verdade organizado a partir da única perspectiva considerada legítima: a da autoridade estatal".[141] Nesse sentido também atesta Schünemann, ao apontar o pensamento comum entre juízes de que o sobrecarregamento da justiça criminal se dá em razão do "comportamento obstrutivo dos advogados", de modo que o julgador "vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação".[142]

Portanto, na esfera penal o representante do Ministério Público adota uma postura acusatória, que é claramente manifestada no oferecimento da denúncia, expressão de uma pretensão processual com o interesse pela condenação do acusado.[143] Eventual entendimento diverso, por exemplo, com um pedido absolutório em alegações finais ou de arquivamento do inquérito policial, não decorre de uma insustentável imparcialidade do acusador, mas de sua estrita submissão à legalidade:[144] requerer a condenação de alguém sem provas suficientes, além da dúvida razoável, para romper a presunção de inocência representa evidente abuso do poder de acusar, acarretando a inerente ilegalidade de tal conduta. Assim, sustentar que o acusador tem interesse tanto na condenação do culpado como na absolvição do inocente acarreta inevitável aporia: crer em insustentável imparcialidade do pro-

140. "Conceber o Ministério Público como parte imparcial significa inviabilizar a dialética de partes, ou, ao menos, tornar a contraposição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal. No processo acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público dever ser uma parte verdadeira, isto é, uma parte parcial." BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* cit., p. 195.

141. BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal...* cit., p. 38 (tradução livre).

142. SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 217.

143. "Ao formular a acusação, embora esteja buscando o acertamento judicial sobre a ocorrência ou não do fato crime imputado ao acusado, o Ministério Público já se convenceu previamente da culpabilidade e buscará prová-la. Embora para o exercício da ação penal não se exija a certeza da autoria, o representante do Ministério Público, quando acusa, certamente entende que esta é a hipótese mais provável. Mais do que isso, ao oferecer a denúncia, o Promotor de Justiça acredita que, ao cabo da instrução, conseguirá provar, além de qualquer dúvida razoável, a tese da acusação." BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus *da prova...* cit., p. 220. Importante ressaltar que o representante do MP, como órgão acusador, apresenta essência acusatória e, por óbvio não imparcial, mesmo antes do oferecimento da denúncia, durante a fase pré-processual, por exemplo, manifestando tal postura em pedidos de imposição de medidas cautelares reais ou pessoais ao acusado.

144. Idem, p. 225.

motor ou confundir as funções legítimas de julgador (Estado-juiz) e membro do Ministério Público (Estado-acusador).

Diante do exposto, aponta-se que afirmar a inexistência de conflito entre acusação e defesa no processo penal ocasiona riscos às suas premissas fundamentais,[145] possibilitando argumentações questionáveis, como a imparcialidade do Ministério Público,[146] visões distorcidas sobre um suposto interesse do próprio réu na punição[147] ou a abertura de espaços para abusos na pretensa busca da verdade desinteressada.

6. O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE E A IMPORTÂNCIA RELATIVA DO CONFLITO NO PROCESSO PENAL

Embora aqui se tenha ressaltado a importância do reconhecimento de um conflito de interesses entre acusação e defesa, consolidando o desenho de um processo penal de partes, não decorre de tal afirmação a possibilidade de resolução do caso penal a partir do consenso entre acusador e réu. Ainda que se caracterize o conflito, deve-se ressaltar que a sua relevância para a imprescindibilidade do respeito às regras do devido processo penal é relativa: a finalidade do processo não é a sua composição, ou seja, em caso de um eventual (e patológico) acordo entre acusação e

145. Embora seu raciocínio inspire o desenvolvimento deste trabalho, Lopes Jr. conclui de modo diverso: "(...) não existe uma exigência punitiva que possa ser realizada fora do processo penal, logo, não existe o conflito de interesses. Não existe um direito para adjudicar (como no cível) fora do processo penal que possa produzir a lide pelo conflito de interesses. Existe, sim, no processo, uma tensão entre acusação e defesa (resistência), não uma lide ou menos ainda uma controvérsia" (LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 148). Pensa-se que o autor centraliza sua argumentação na oposição ao conceito carneluttiano de lide, afastando, sem maiores restrições, qualquer ideia de conflito de interesses no processo penal. Contudo, enfocando a análise nas partes processuais, a partir dos conceitos revistos conforme proposto neste trabalho, cogita-se que nossas conclusões não destoam em essência daquilo almejado por Lopes Jr.

146. "Existe uma forte tendência a negar a ocorrência de lide no processo penal, o qual seria, consequentemente, um processo sem partes. Argumenta-se com o fato de que não haveria dois interesses em conflito, mas dois diversos modos de apreciar um único interesse, porque o interesse do Ministério Público é o de que se faça justiça, sendo a sua posição imparcial. Tal afirmação levada a suas últimas consequências por aqueles que entendem inexistir processo quando não há lide, implicaria concluir que não há processo penal, mas procedimento administrativo." CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. Op. cit., p. 275-276.

147. Como defendido por Carnelutti em sua última visão acerca da lide no processo penal (ver item 2.3 acima).

defesa, em nada se fragiliza o princípio da necessidade, que condiciona a imposição de uma sanção penal ao transcorrer do processo com todas as suas garantias.[148]

Nesse sentido, a alternativa proposta por certos doutrinadores a respeito da admissibilidade de um "julgamento antecipado da lide penal" para autorizar uma sentença condenatória baseada na confissão do acusado se mostra fundamentalmente violadora das premissas de um processo penal democrático.[149] Logo, devem ser criticadas as tendências contemporâneas de expansão dos espaços de consenso no processo penal, que, por meio de institutos negociais, como a barganha, pretendem autorizar a imposição de sanções penais por meio de reconhecimentos de culpabilidade negociados com o acusado em troca de benefícios.[150]

Em oposição, o processo penal inquestionavelmente deve se consolidar como instrumento de limitação do poder punitivo estatal, percebido como um caminho necessário para se legitimar o quanto for possível a imposição de uma sanção

148. "Diante do exposto, assenta-se que, embora o modelo acusatório desenhe a justiça criminal a partir de um processo de partes diante de um juiz imparcial, consagrando a proeminência da acusação e da defesa na condução da instrução (o que representa, essencialmente, o poder de gestão da prova), isso não significa que se autorize a disposição sobre a necessidade do devido processo para a imposição legítima da punição estatal. Ou seja, embora as partes possam conduzir a apresentação do caso ao juiz conforme seus interesses, o princípio da necessidade, maior expressão da basilar distinção entre processo civil e penal, não resta afetado pela acusatoriedade, de modo que os mecanismos de barganha contradizem mais do que as premissas do modelo acusatório, mas os contornos do processo penal como um todo. Por conseguinte, conclui-se que o modelo negocial e o instituto da barganha, ao possibilitar a imposição de uma punição com base na confissão do réu obtida por meio de oferta de redução de pena, violam as premissas do processo penal democrático, o que, inclusive, ultrapassa a discussão acerca da compatibilidade com os modelos processuais." VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha no processo penal e o autoritarismo consensual nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*. vol. 953. p. 275-276. São Paulo: Ed. RT, São Paulo, mar. 2015.

149. Conforme Gavião de Almeida, em caso de confissão, o juiz pode, por analogia ao Código de Processo Civil, proferir sentença condenatória antecipada, argumentando que isso se justifica não na vontade do acusado, mas em uma suposta existência de lastro probatório suficiente para tanto (ALMEIDA, José Raul Gavião de. Do julgamento antecipado da lide penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 3. vol. 12. p. 126. São Paulo: Ed. RT, 1995). Contudo, o autor, além de desconsiderar totalmente o princípio da necessidade, essencial ao processo penal, propõe a imposição da sanção penal com fundamento exclusivo no reconhecimento de culpabilidade do acusado, o que, ademais de vedado pelo Código de Processo Penal, distorce por completo as premissas do devido processo, violando a presunção de inocência e o ônus probatório exclusivo da acusação.

150. Em sentido crítico, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal*... cit., p. 143-208.

penal, ainda que o réu tenha sido preso em flagrante ou confessado integralmente o cometimento dos fatos delituosos. O direito ao processo e ao julgamento são opções em prol do respeito aos direitos fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, visto que a culpabilidade de um acusado somente pode ser afirmada após o transcorrer completo do procedimento, com o respeito às regras do devido processo penal, e o exaurimento da pretensão acusatória, devidamente comprovada por meio de lastro probatório produzido licitamente e sob o crivo do contraditório. Desse modo, a punição estatal depende inevitavelmente da comprovação da culpabilidade por meio de provas produzidas pelo acusador suficientes ao rompimento da presunção de inocência,[151] em atenção aos princípios da necessidade e da jurisdicionalidade;[152] ou seja, a imposição de uma sanção penal pelo Estado depende indissociavelmente do processo (*nulla poena sine iudicio*).[153] Consolida-se, assim, a instrumentalidade do processo como limitação/legitimação do poder punitivo estatal, configurando-se ferramenta de proteção aos direitos fundamentais do imputado.[154]

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto neste trabalho, impõe-se a retomada das problemáticas que direcionaram seu desenvolvimento, apontadas anteriormente: 1. o conceito de lide é compatível com o processo penal?; 2. a necessária configuração de um processo penal de partes pressupõe o reconhecimento de um conflito de interesses entre as partes processuais?; 3. há possíveis contribuições científicas em tal reconhecimen-

151. "(...) a presunção de inocência não é mais um princípio do processo, é o próprio processo. O princípio da presunção de inocência constitui uma proibição de desautorização ao processo." SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia.* Análisis funcional desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 37 (tradução livre).

152. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2014. p. 401-406; LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 85-88; CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 134-136.

153. "Com efeito, a definição do *nulla poena sine iudicio* requisita que se compreenda a função (re)cognitiva do processo, assumido como condição para fundamentar a obrigatoriedade da decisão que seja adotada, de modo a cobrar que esteja estruturado e seja capaz de se constituir em terreno jurídico de verificação e refutação das teses antagônicas deduzidas pela acusação e defesa." PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos.* A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19.

154. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal.* Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 23-49.

to?; e, 4. a caracterização de um processo penal de partes fragiliza o princípio da necessidade (*nulla poena sine judicio*)?

1. A partir da descrição da trajetória do conceito de lide no pensamento de Carnelutti, percebeu-se a mutação de um transplante sem maiores adaptações para a seara criminal à total renúncia de sua aplicação no processo penal. Tal variação, em muito causada pelas sólidas críticas opostas pela doutrina na época da proposta carneluttiana (as quais são fundamentalmente reproduzidas por quem apresenta objeções à lide penal contemporaneamente), desvela a fragilidade de seus contornos e sua inadmissibilidade no processo penal.

2. Assim, embora se tenha frisado a incompatibilidade do conceito de lide à justiça criminal, pensa-se que a total exclusão da ideia de conflito de interesses em meio aos atores processuais acarreta riscos indevidos à estruturação do processo penal como um processo de partes, podendo justificar impróprias visões acerca de uma inviável imparcialidade do acusador e de questionáveis deveres de colaboração da defesa à persecução penal.

2.1 Com base na distinção entre pretensão acusatória/processual e punitiva/material, possibilitou-se uma análise adequada da atuação do órgão acusador na dinâmica processual penal, que tem um poder/dever de submeter alguém ao juízo penal, e não um direito à punição, que seria adjudicado e substituído pelo juiz. Por outro lado, ressaltou-se a importância da defesa como resistência à acusação, como oposição e fragilização, ou seja, não aderência ao interesse pela condenação.

2.2 Portanto, a consagração do processo penal como um processo de partes (com a basilar visão do acusador público como agente parcial e o realce da defesa em sua posição inerente de resistência) pressupõe o desvelamento de que a persecução penal se realiza adequadamente quando por um lado há um interesse pela condenação e, por outro, pela absolvição.

3. O desvelamento da existência de conflito entre acusação e defesa no processo penal consolida suas premissas fundamentais, afastando argumentações questionáveis, como a imparcialidade do Ministério Público, certas visões distorcidas acerca de um suposto interesse do próprio réu na punição ou a abertura de espaços para abusos na pretensa busca da verdade desinteressada.

3.1 Ademais, afirma-se que a resistência defensiva deve se colocar como oposição, questionamento e fragilização da tese acusatória, ou, ao menos, não aderência a tal interesse pela condenação, em manifestação da presunção de inocência e do direito a não autoincriminação. Assim, juntamente com o princípio da necessidade, a concepção da defesa como resistência em um interesse pela absolvição tem o condão de ressaltar a importância do afastamento das tendências de expansão dos espaços de consenso, de justiça negocial, no processo penal, em que, por meio de acordos (barganha), são impostas punições com base no reconhecimento de culpa-

bilidade do réu em troca de benefícios, o que finda por distorcer fundamentalmente as premissas do processo penal democrático.

4. Por fim, embora julgue-se pertinente o reconhecimento de um conflito de interesses entre acusação e defesa, isso de modo algum autoriza a imposição de uma sanção penal a partir de eventual resolução consensual. Afastam-se, assim, as tendências de expansão dos mecanismos negociais, como a barganha, em razão de sua total incompatibilidade com as premissas de um processo penal democrático. Ou seja, a afirmação de um processo penal de partes de nenhuma maneira afasta o princípio da necessidade, que consagra o processo como único meio para a punição estatal, somente se houver a produção pela acusação de provas lícitas suficientes ao rompimento da presunção de inocência. Portanto, nada pode fragilizar a consagração do processo penal como instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973.

ALMEIDA, José Raul Gavião de. Do julgamento antecipado da lide penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 3. vol. 12. p. 124-129. São Paulo: Ed. RT, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. Ônus *da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.

_____. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. Parte 1. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. vol. I. p. 3-22. Pádua: Cedam, 1928.

_____. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. Parte 2. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. vol. II. p. 89-98. Pádua: Cedam, 1928.

CARNELUTTI, Francesco. Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 245-248.Padova, 1930.

_____. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

_____. El proceso penal visto en el espejo. In: CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: El Foro, 1960.

_____. *Instituciones del proceso civil*. Trad. da 5. ed. italiana por Santiago Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1959. vol. 1.

_____. La cenicienta. In: CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: El Foro, 1960.

_____. La tutela del terzo nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. I. parte II. p. 36-42. Padova, 1946.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1920. vol. 1.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1920. vol. 2.

_____. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Ateneo, 1946. vol. 1.

_____. Lite e funzione processuale (postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 23-37.Padova, 1928.

_____. Lite e processo (postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 99-105. Padova, 1928.

_____. Lite e processo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. vol. XVIII. parte I. p. 348-350. Padova, 1941.

_____. Postilla. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 74-77. Padova, 1930.

_____. *Principios del proceso penal*. Buenos Aires: Ejea, 1971.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. vol. 1.

_____. Sulla reformatio in peius. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 181-188. Padova, 1927.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. vol. 1.

CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COUTINHO, Jacinto N. Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

EBLING, Cláudia M. da S. A. *Teoria geral do processo*. Uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A lide como categoria comum do processo*. Porto Alegre: LeJur, 1991.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Risco e processo penal. Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James; QUIROGA, Jacobo (ed.). *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GONÇALVES, Aroldo P.; BRASILEIRO, Ricardo A. M. Notas em torno da ideia de lide como objeto do processo. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. n. 14. p. 35-44. Nova Lima, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

_____. Liberdades públicas e processo penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

INVREA, Francesco. La servitù del giudicato. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 223-244. Padova, 1930.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto. *Direito processual penal. Estudos e pareceres*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LEITE, Luciano Marques. O conceito de "lide" no processo penal – Um tema de teoria geral do processo. *Justitia*. vol. 70. p. 181-195. São Paulo, 1970.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951.

_____. *Manuale di diritto processuale penale*. 12. ed. Napoli: Jovene, 1988.

_____. *Sistema delle impugnazioni penali*. Napoli: Jovene, 1935.

LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001.

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

MARQUES, José Frederico. A unidade do processo. In: MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

MENEZES, Bruno S.; FERNANDES, Daniel B.; OLIVEIRA, Eduardo T. A questão da lide no processo penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n. 21. p. 55-64. São Paulo, dez.-jan. 2008.

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Thompson Civitas, 2008.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Notas sobre o conceito de lide. *Revista de Processo*. vol. 34. p. 85-95. São Paulo: Ed. RT, 1984.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. p. 63-74. Padova, 1930.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Considerações sobre a impossibilidade de uma teoria geral do processo penal e civil a partir da investigação acerca do conteúdo do processo penal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*. n. 49. p. 201-226. Lisboa, jan.-mar. 2003.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCrim*. n. 159. p. 10-12. São Paulo: IBCCrim, fev. 2006.

_____. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Análisis funcional desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação processual penal entre política e constituição*. Outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SOARES, Fernando Luso. *O processo penal como jurisdição voluntária*. Coimbra: Almedina, 1981.

SOUZA, Gelson Amaro de. A lide no processo civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*. vol. 52. p. 57-66. Uberaba, 1986.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Ed. RT, 2002.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

_____. Barganha no processo penal e o autoritarismo consensual nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*. vol. 953. p. 261-279. São Paulo: Ed. RT, mar. 2015.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Prefácio. In: CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Princípios penais constitucionais da oportunidade, da moralidade e da proporcionalidade como limitação ao poder punitivo do estado, de Luís Paulo Sirvinskas - *RT* 802/452 (DTR\2011\1497);
- Notas sobre o conceito de lide, de Eduardo Ribeiro de Oliveira - RePro 34/85 - 95 - *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 1/689-703 (DTR\1984\11); e
- Nota sobre o direito e o tratamento dos conflitos, de Maria Paula Dallari - *RT* 657/246 (DTR\1990\132).

84679

O JUIZ E A GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL: ENTRE A IMPARCIALIDADE, A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A BUSCA PELA VERDADE

THE JUDGE AND THE MANAGEMENT OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE: BETWEEN THE IMPARTIALITY, THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE SEARCH FOR TRUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Unisinos e na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos (mestrado e Doutorado). Advogado criminalista.
miguelwedy@via-rs.net

RAUL MARQUES LINHARES

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, bolsista Capes. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Unisinos. Membro do grupo de pesquisa "Sistemas Punitivos", sob a coordenação do prof. Dr. André Luís Callegari. Advogado criminalista.
raullinhares@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O presente estudo objetiva discorrer sobre a problemática da gestão da prova no processo penal, principalmente sua atribuição ao julgador, contrapondo essa atribuição com a garantia da imparcialidade do juiz, com a preservação do princípio da presunção de inocência e com a busca da verdade no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal - Imparcialidade - Presunção de inocência - Verdade - Gestão da prova.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the problem of management of proof in the criminal procedure, especially their attribution to the judge, opposing this attribution with the guarantee of the judicial impartiality, preservation of the principle of the presumption of innocence and the search for the truth in criminal procedure.

KEYWORDS: Criminal procedure - Impartiality - Presumption of innocence - Truth - Burden of proof.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A imparcialidade do julgador: 2.1 Processo como *actum trium personarum*; 2.2 A separação dos poderes e a função do juiz - 3. O princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*: 3.1 A presunção de inocência e o *in dubio pro reo*; 3.2 Direito Penal garantista e ônus probatório - 4. A verdade real no processo penal: 4.1 A verdade no processo: linhas históricas; 4.2 A verdade real; 4.3 A verdade real e o critério de decisão; 4.4 A ideológica posição processual da verdade - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

WEDY, Miguel T.; LINHARES, Raul M. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 201-240. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

1. INTRODUÇÃO

Na definição de James Goldschmidt, as atividades probatórias são "(...) *los actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho*"[1] (grifo do autor). Por sua vez, a prova pode ser entendida como aquilo que confirma ou desvirtua uma hipótese afirmada.[2]

Nesse sentido e pela lição de Francesco Carnelutti, no processo penal, nada mais se faz do que voltar na história, para se tentar reconstruir um fato passado. Nessa perspectiva, o autor conclui que a prova é justamente o que permite esse "voltar atrás", essa possibilidade de reconstrução histórica.[3]

Por essas linhas iniciais, demonstra-se que o objeto de análise do juiz no processo é o fato imputado pelo órgão acusatório ao réu e, para além dele, as provas produzidas. Ou seja, justamente por se referir a um fato passado, no processo, o juiz tem acesso aos elementos probatórios que se refiram ao fato acontecido, este último valorado pelo juiz indiretamente.[4]

Tem-se, portanto, que a prova se destina a demonstrar algo ao julgador, convencendo-o em um ou outro sentido. Note-se que o próprio termo prova tem sua origem etimológica do termo latino *probatio*, advindo do verbo *probare* (examinar, persuadir, demonstrar).[5] A prova se destina, por conseguinte, a convencer o magistrado a decidir de uma ou outra maneira.[6]

Levando-se em conta essa finalidade, é de suma importância saber quais os limites dos poderes do juiz em relação à produção probatória, necessário para que se determine a permissibilidade ou não de o juiz produzir prova de ofício, buscando, com isso, convencer a si próprio de algo.

Quanto ao procedimento constitutivo da prova no processo, diferenciam-se os momentos de proposição e produção. A proposição da prova se constitui no oferecimento, por uma parte, de determinado meio destinado a comprovar algo. A pro-

1. GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoría general del proceso*. Buenos Aires: EJEA, 1961. p. 143.
2. CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal: con especial referencia a la Ley 23.984*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 3.
3. CARNELUTTI. Francesco. *As misérias do processo penal*. 1. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2007. p. 47-48.
4. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 55.
5. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 55.
6. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 12.

dução, por sua vez, consiste em fazer eficaz o meio de prova oferecido.[7] No presente trabalho, quando se fala em iniciativa/produção probatória do juiz, quer se referir ao segundo momento constitutivo da prova, sem a prévia proposição pela parte.

Destaca-se que a questão da prova no processo penal carrega consigo grandiosa relevância, considerando-se que a prova repercute diretamente na definição da liberdade do cidadão. Nesse sentido, a solução da questão processual se define pela existência ou não de prova válida no processo.[8]

Tal é a amplitude da discussão referente à questão da prova no processo que seu exaurimento se apresenta como tarefa árdua e, talvez, inalcançável. Por esse motivo, decide-se, no presente trabalho, por desenvolver o estudo de três dos temas que maior repercussão exercem na definição da gestão da prova no processo: a garantia da imparcialidade do julgador, o princípio da presunção de inocência e a busca pela verdade no processo.

2. A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

2.1 *Processo como* actum trium personarum[9]

Ao identificar no Estado o sujeito passivo de todo o crime, porquanto a conduta criminosa seria a negação de um valor do qual o Estado é portador, Giuseppe Bettiol se questiona: "(...) como conciliar a imparcialidade do órgão que julga com a consideração de que o Estado é lesado pelo crime?".[10]

A resposta a esse questionamento é encontrada no modo de operacionalização do processo. A atuação da jurisdição se constitui na existência de duas partes que se enfrentam entre si, perante um terceiro imparcial titular do poder jurisdicional.[11]

Mais do que mera exigência ou garantia processual, Juan Montero Aroca considera a imparcialidade como essência da jurisdição, princípio basilar da função jurisdicional.[12] Do mesmo modo é a doutrina de Piero Calamandrei: "Histórica-

7. GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., p. 145-146.
8. WEDY, Miguel Tedesco. A sistemática da prova na reforma processual penal. In: CALLEGARI, André Luís; _____ (org.). *As reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. cap. 11, p. 159.
9. Em tradução livre: "ato de três pessoas/sujeitos".
10. BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. p. 205.
11. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 87.
12. MONTERO AROCA, Juan. et al. *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 29.

mente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la *imparcialidad*"[13] (grifo do autor). Ainda, reforçando essa postura doutrinária, Bernd Schünemann entende ser pressuposto indispensável para a atuação do terceiro responsável pela resolução de um conflito, segundo as convicções modernas de justiça, o fato de ser ele imparcial.[14]

A exigência da imparcialidade judicial se vincula intimamente com o princípio acusatório,[15] sendo um dado essencial do sistema processual acusatório.[16]

Como condição de possibilidade da imparcialidade, se fez necessário outorgar os atos de acusação a um órgão diferente do juiz. Em razão disso, se institui o Ministério Público, responsável pela persecução penal pública.[17] Desse modo, o Ministério Público é tomado como uma "parte fabricada" para se preservar a imparcialidade do juiz.[18-19] O processo penal passa a se configurar como um *actum trium personarum*, composto por sujeitos parciais e um sujeito imparcial (partes e juiz).[20] O juiz imparcial, nessa composição processual, torna-se possível, pois ao juiz se passa a exigir a condição de terceiro desinteressado em relação às partes, um "estar alheio" aos interesses processuais.[21]

---

13. CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universitad Nacional Autonoma de Mexico*. Buenos Aires: EJEA, 1960. p. 60.
14. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 206.
15. BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 13.
16. REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. *Revista de Estudos Criminais*. ano 10. n. 43. p. 99. São Paulo, out.-dez. 2011.
17. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 47.
18. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.
19. A separação entre os Poderes Executivo e Judiciário necessária para a preservação da imparcialidade do julgador é destacada na obra de Bernd Schünemann, que, referindo-se a estudo realizado por Peter Collin, defende que a finalidade primeira da criação do órgão ministerial, na Prússia, foi permitir uma maior influência do Executivo nos tribunais, pois eram considerados pouco confiáveis politicamente. (SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 223).
20. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001. p. 10.
21. LOPES JR., Aury. Juízes inquisidores? e paranoicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Revista de Estudos Criminais*. ano 3. n. 10. p. 122. Porto Alegre, 2003.

Seguindo a analogia de José Luís Aramburo Restrepo entre o processo e as artes cênicas (especialmente o teatro), deve-se definir, principalmente em relação à gestão da prova, quem deve se limitar a observar e a quem compete atuar nessa atividade.[22] A esse respeito, Piero Calamandrei refere ser comum equiparar o processo penal a um drama, como um desenrolar de atos exercidos por diversas pessoas, de forma dialogada, culminando em uma sentença final.[23] Seguindo em seu raciocínio, o autor refere: "El más importante entre los personajes del proceso, el verdadero protagonista, es el juez. Asiste mudo e impenetrable a todo el desenvolvimiento del drama, siempre presente, aun cuando se limite a escuchar en silencio la disputa de los otros personajes. Pero al final, la última palabra, la palabra resolutiva, es la suya; todo lo que ha sido dicho en el curso del debate se resume y se disuelve en su decisión".[24]

Na lição de Francesco Carnelutti, a própria lógica dialética do processo exige essa forma de organização. Considerando que o réu tende a negar sua culpa e a defender sua inocência, inexistindo um órgão acusador, o juiz acabaria por ter de enfrentar o acusado no processo, tomando-o como um inimigo seu e comprometendo sua imparcialidade.[25]

Apesar da necessidade de separação de funções, o poder penal, tanto de julgamento quanto de acusação, segue pertencendo ao Estado. Contudo, o que se evita é a confusão entre ambos, para que não exista identidade entre o órgão responsável pelo julgamento sobre a existência ou não da infração e o órgão que afirma essa existência e postula a aplicação da reprimenda.[26]

Por isso, inexistirá processo democrático quando se confundirem as funções do juiz e do acusador. Para o correto desenvolvimento de um processo, deve-se exigir a presença de dois sujeitos e um terceiro imparcial.[27]

2.2 A separação dos poderes e a função do juiz

Com a instituição do Estado de Direito e da divisão de poderes, na lição de Giuseppe Bettiol, deu-se maior viabilidade à imparcialidade judicial. Nesse sentido, o

22. ARAMBURO RESTREPO, José Luís. El papel del juez: una aproximación teórica. *Pensamiento Jurídico*. n. 27. p. 86. Bogotá, jan.-abr. 2010.
23. CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universitad Nacional Autonoma de Mexico*. Buenos Aires: EJEA, 1960. p. 58.
24. Idem, p. 59.
25. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal: principios del proceso penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971. p. 38-39.
26. MAIER, Julio B. J., 1989, p. 137 apud BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 12.
27. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso*... cit., p. 96.

crime seria uma violação ao Estado-administração, no desempenho de sua função de garantia da vida em sociedade. O Estado-juiz, por sua vez, atuaria de forma desinteressada em relação à ofensa e independente em relação aos interesses do Poder Executivo.[28] Exalta-se, para que essa lógica seja possível, a importância das garantias intrínsecas à carreira judiciária (como, por exemplo, a inamovibilidade), consideradas por Giovanni Leone as responsáveis pela total independência do julgador em relação a qualquer tipo de pressão no desempenho de suas funções, especialmente por outro órgão do Estado.[29]

Desse modo, a imparcialidade judicial pode ser considerada como a essência do conceito de juiz em um Estado de Direito.[30]

Além de influenciar na imparcialidade judicial, a divisão de poderes relaciona-se diretamente com a problemática da atividade jurisdicional em matéria probatória. Conquanto não identifique qualquer incompatibilidade com a função jurisdicional e a atividade de produção de provas, Juan Montero Aroca ressalva a utilização, pelo juiz, de seus conhecimentos privados sobre os fatos e as fontes de prova. Essa utilização da ciência privada, em sua visão, provocaria uma fusão entre a função do juiz e a da testemunha, ocasionando, ao final, uma incompatibilidade entre ambos os papéis.[31]

Essa incompatibilidade de funções, no magistério de Denilson Feitoza Pacheco, deve alcançar, também, as funções de acusar e de julgar, especialmente no que se refere à produção de prova. Conforme o autor, o art. 95, parágrafo único, I, da CF,[32] estabelece a vedação ao juiz exercer outro cargo ou função, à exceção do magistério. Assim, permitir ao juiz, titular da atividade de natureza jurisdicional, exercer atos próprios do Ministério Público, é um atentado à tripartição de poderes.[33] Por isso, entende-se que o princípio da divisão dos poderes restringe a atuação do juiz a funções estritamente decisórias no processo, compatíveis com o poder judicial.[34]

---

28. BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 207-208.
29. LEONE, Giovanni. *Come si svolge un processo penale*. Torino: ERI, 1967. p. 116.
30. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 17.
31. MONTERO AROCA, Juan. et al. *Derecho jurisdiccional*... cit., p. 291.
32. *Verbis*: "Art. 95. (...) Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; (...)." (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 18 mar. 2014).
33. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 65.
34. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 21.

Desse modo, mesmo quando o julgador procede nos limites do art. 156, II, do CPP,[35] determinando, no curso da instrução, a realização de diligência para sanar dúvida sobre ponto relevante, verifica-se sua atuação como se parte fosse, atividade incompatível com sua função.[36]

Instituída a separação entre juiz, acusação e defesa, faz-se necessário extrair do julgador toda a competência para exercer atividade própria das partes processuais. Ou seja, não basta a separação entre os sujeitos do processo. Mesmo havendo essa distinção, não se garante, necessariamente, o respeito à imparcialidade. Assim ocorre, por exemplo, com a separação formal entre juiz e acusador, mas com a aceitação da produção probatória de ofício pelo juiz.

Conforme Giulio Ubertis, a atribuição de iniciativa probatória ao juiz representa uma afronta à exigência de "(...) *'neutralità metodologica' del giudice 'nella ricostruzione del fato'* (...)"[37] (grifo do autor). Esse raciocínio *é* fundamentado no fato de a atividade probatória ser previamente condicionada a escolhas (in)conscientes do sujeito requerente, que pauta a atividade instrutória na sua pertinência *à* comprovação de uma hipótese mentalmente adotada.

Assim ocorre porque o juiz, como qualquer ser humano, está sujeito a impressões prévias sobre o caso, pelas mais diversas influências. Nesse sentido é a exposição de Denilson Feitosa Pacheco, ao aduzir que o juiz, mesmo antes de ter acesso à prova, encontra-se vinculado a pré-compreensões, a conceitos prévios, a valores e crenças, que utiliza como marco teórico-conceitual para analisar os fatos.[38]

Em igual sentido são as palavras de Miguel Reale Júnior: "Mesmo antes da produção da prova, o juiz assume, em seu íntimo, como humanamente é impossível de não o fazer, simpatia ou antipatia diante do fato a ser julgado em suas circunstâncias objetivas e subjetivas, e, por exemplo, na oitiva de testemunhas, já toma posição deferindo ou indeferindo perguntas em decisões que refletem sua predisposição".[39]

35. *Verbis*: "Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 18 abril 2014).

36. GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 36.

37. UBERTIS, Giulio apud AMARAL, Augusto Jobim do. *Discurso penal e política da prova: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. Tese (Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos – Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Letras. Coimbra, Portugal, Universidade de Coimbra, 2011. p. 146.

38. PACHECO, Denilson Feitoza. Op. cit., p. 831.

39. REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 100.

Essa situação de adoção de uma hipótese mental antes mesmo da atividade instrutória e de tentativa de sua confirmação é denominada por Franco Cordero de "quadro paranoico".[40]

Referindo-se a isso, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho aborda a tendência do ser humano em, quando da análise de fatos passados, criar hipóteses fáticas ditadas pela razão, as quais tendem a prevalecer sobre os próprios fatos. Desse modo, a atividade probatória seria conduzida pelo sujeito na direção da comprovação da hipótese mental (consciente ou inconscientemente).[41]

Nesse caminho, o sujeito tenderia a considerar o imaginário como sendo "real possível" e, por isso, a atividade probatória restaria contaminada pelo desejo de confirmação da hipótese.[42]

Essa atividade probatória tendenciosa aparece na obra de Bernd Schünemann, ao abordar a teoria da dissonância cognitiva. De acordo com o autor e conforme essa teoria, toda pessoa tenderia a procurar a conformidade entre o seu conhecimento e a sua opinião, evitando ou desfazendo qualquer contradição entre ambos, em prol de um equilíbrio cognitivo. Fazendo-se presente uma dissonância cognitiva (contradição entre conhecimento e opinião), manifestar-se-ia para o sujeito uma tendência em reduzi-la ou desfazê-la.[43] Assim, dois efeitos seriam verificáveis: "(...) por um lado, segundo o chamado *efeito inércia ou perseverança* (mecanismo de autoconfirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o *princípio da busca seletiva de informações*, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (...)"[44] (grifos do autor).

Bernd Schünemann direciona sua crítica ao modelo de processo que permite ao juiz responsável pela instrução e pela sentença a leitura dos autos da investigação preliminar. Diz que, nesse caso, o conhecimento da investigação preliminar, de

40. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 2000. p. 21.

41. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 46. n. 183. p. 112. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/194935]. Acesso em: 19 fev. 2014.

42. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCrim*. n. 188. p. 12. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

43. SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 208.

44. Idem, ibidem.

competência policial, faz surgir no intelecto do juiz uma imagem em relação ao fato objeto do processo. Em razão disso, o juiz tenderia, nos atos posteriores, à busca pela confirmação da hipótese mental,[45] constituindo-se uma persistência na imagem do fato pré-concebida pela leitura dos documentos produzidos pela polícia.[46]

Para demonstrar essa tendência judicial, Bernd Schünemann realiza experiência com juízes e promotores, conferindo-lhes o julgamento de um mesmo caso e assegurando-lhes o acesso ao mesmo conteúdo de informação sobre o caso. Todavia, divide-os em dois grupos: aqueles que não têm acesso aos elementos da investigação preliminar (parte com possibilidade de inquirir testemunhas, parte sem) e aqueles que o têm (da mesma forma, com e sem possibilidade de inquirir testemunhas). O resultado de tal experiência pode ser demonstrado pela seguinte tabela,[47] na qual "(c)" representa condenação e "(a)" absolvição:

	Existência de possibilidade de inquirir testemunhas	Inexistência da possibilidade de inquirir testemunhas
Acesso aos autos da investigação preliminar e à audiência de instrução e julgamento	8 (c) 0 (a)	9 (c) 0 (a)
Acesso apenas à audiência de instrução e julgamento	3 (c) 8 (a)	5 (c) 2 (a)

Conclui-se, pelo estudo apresentado, que o acesso à investigação preliminar, de caráter predominantemente incriminador, contribui para uma tendência condenatória do provimento judicial final,[48] evidenciando o apego judicial à imagem mental prévia desenvolvida em relação ao fato a ser julgado.

A solução para tal problema seria o próprio juiz questionar, incessantemente, suas próprias hipóteses, colocando-as à prova, possibilitando-se uma produção probatória não tendenciosa. Todavia, é essa uma tarefa impossível ou muito difícil, assim como se exigir do homem resistir sempre às pulsões do inconsciente.[49]

Em razão disso, Augusto Jobim do Amaral aduz que a atribuição de iniciativa probatória ao julgador permite a perpetuação de um esquema decisório conhecido: aquele em que o juiz primeiro escolhe, consciente ou inconscientemente, buscando, posteriormente, os elementos probatórios necessários para fundamentar a esco-

45. Assim como referido no que Franco Cordero designou por quadro paranoico (CORDERO, Franco. Op. cit., p. 21).

46. SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 208-209.

47. Idem, p. 209-211.

48. Idem, p. 211.

49. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório... cit., p. 112.

lha já feita.[50] Nessa atividade probatória, o juiz estaria previamente inclinado à hipótese psicologicamente adotada como preferível, tornando a produção da prova contaminada pela parcialidade, sujeita ao ânimo do julgador.

Ademais, deve-se atentar para a inafastável capacidade de se deixar influenciar do homem, motivo suficiente para se fazer crer na impossibilidade de desenvolvimento da atividade instrutória com total imparcialidade. Quanto a isso, refere Cesare Beccaria: "Nada é mais perigoso do que o popular provérbio de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotá-lo é abrir-se a uma torrente de opiniões. (...) Cada homem tem seu ponto de vista e, em diferentes momentos, vê os mesmos temas sob diferentes perspectivas. O espírito da lei será, portanto, o resultado da boa ou má lógica do juiz, e isso dependerá de sua boa ou má digestão, da violência de seus interesses, da fraqueza de quem a sofre, das relações do juiz com o acusado e de todas aquelas pequenas circunstâncias que alteram a aparência de cada objeto, na flutuante mente humana. Assim, vemos o destino de um cidadão alterado várias vezes ao passar por diferentes tribunais e sua vida ser vítima de falsas ideias ou do mau humor do juiz, que confunde a legítima interpretação das leis com o vago resultado de toda aquela confusa série de noções que lhe move a mente".[51]

De igual modo, Luigi Ferrajoli leciona que, por mais que tente ser objetivo ou isento de influências externas ao processo, o juiz sempre se encontra condicionado às circunstâncias ambientais, às suas preferências, aos seus sentimentos, aos seus valores eticopolíticos etc.[52]

Como consequência do quadro de eleição prévia de uma hipótese fática, o argumento de que o juiz não perderia sua imparcialidade, ao produzir prova de ofício, pois "(...) não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar",[53] não se apresenta compatível com a doutrina acima exposta. De fato, o conteúdo final da prova nem mesmo a acusação e a defesa podem prever com segurança. Todavia, conquanto não saiba o resultado da prova, sabe-se (mesmo que sem tomar consciência disso) o que se deseja com a produção probatória (comprovação da hipótese mental), residindo nisso a perda da imparcialidade.[54]

O modo de operação da lógica probatória fundamentada nos quadros paranoicos pode ser constatado pela análise do desenvolvimento de processos dominados

50. AMARAL, Augusto Jobim do. Op. cit., p. 143.

51. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 18-19.

52. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 58.

53. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus *da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 83.

54. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP... cit., p. 12.

pelo princípio inquisitivo, que possui na figura do juiz-ator (de iniciativa probatória) seu núcleo essencial, afronta à sua imparcialidade.[55] Nesse sentido, tome-se, como exemplo, a cruzada dos processos da Inquisição pela confirmação da hipótese criada, mediante a busca da confissão.[56]

Desse modo, a garantia da imparcialidade, na lição de Alberto Bovino, impõe ao juiz permanecer inativo, à espera dos requerimentos acusatórios (ou defensivos).[57]

Avesso à impossibilidade total de produção probatória pelo juiz, Eugênio Pacelli diferencia a iniciativa probatória e a iniciativa acusatória (esta última sim proibida ao juiz). O autor aduz ser uma afronta à imparcialidade judicial a atuação ativa do juiz, produzindo prova de ofício, quando considerar deficiente a atividade desenvolvida pelo Ministério Público. Todavia, aceita a iniciativa probatória judicial em favor da defesa, quando o juiz entender ser capaz a prova de demonstrar a inocência do réu, fundamentando-se na realização da efetiva igualdade material no processo, pois a acusação se encontraria em posição processual superior ou mais bem equipada em relação à defesa.[58]

Em sentido diverso, Aury Lopes Jr. entende que, diante do inconveniente de o juiz se contentar com a atividade insuficiente das partes, deve-se fortalecer a estrutura dialética do processo e não destruí-la com a atribuição de iniciativa probatória ao julgador.[59] Em mesma direção se dirige a doutrina de Bernd Schünemann que, na lição de Luís Greco, conquanto seja simpático à figura de um juiz com certa iniciativa probatória no processo penal, procura encontrar um limite a essa iniciativa no fortalecimento da posição dos outros sujeitos processuais.[60]

Com fundamento nas lições precedentes, se pode perceber a existência de grande dificuldade em se respeitar a imparcialidade judicial em um processo que possibilite a iniciativa probatória do juiz, porquanto ele sempre se encontrará sob a influência de circunstâncias externas e internas ao processo, não mais se aceitando a crença no isolamento mental do julgador à realidade na qual se insere. Antes domi-

55. LOPES JR., Aury. Juízes inquisidores?... cit., p. 122-123.

56. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Juridica de Chile, 2000. p. 321.

57. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 21.

58. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 289.

59. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 165.

60. GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 16.

nante, essa crença na possibilidade de isolamento do sujeito no exercício de análise de algo cedeu espaço à concepção de inter-relação e interferência mútua entre o sujeito e o objeto analisado.[61] O abandono desse pensamento influencia diretamente a ciência processual, porquanto se torna claro o fracasso de toda tentativa de afirmação da neutralidade absoluta do juiz (sendo, como é, um ser humano influenciado pelo meio e, ao mesmo tempo, a ele influenciando).[62]

Por conseguinte, a exigência de um julgador passivo no processo se torna adequada com o que aqui se expôs, devendo-se afastar o juiz de toda iniciativa probatória sem a prévia provocação das partes, porquanto uma postura ativa sua resultaria em uma atividade probatória contaminada desde o princípio por tendências subjetivas.

3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O *IN DUBIO PRO REO*

3.1 A presunção de inocência e o in dubio pro reo

O conteúdo do princípio da presunção de inocência é refletido nas palavras de Cesare Beccaria: "Ninguém pode ser condenado como criminoso até que seja provada sua culpa, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública até que tenha sido provado que ele violou as regras pactuadas. (...) aos olhos da lei, todo homem é inocente se o crime não for provado".[63]

Essa presunção é prevista expressamente em nossa Constituição Federal, em seu art. 5.º, LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)".[64] Também recebe acolhida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a qual dispõe, em seu art. XI: "Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".[65]

---

61. Edgar Morin refere ser esse método de isolamento do objeto analisado pelo sujeito proveniente da ciência experimental, que acreditara no sucesso do processo de retirada de objetos a serem analisados de seus ambientes naturais para, após, inseri-los em ambientes artificiais, possibilitando modificar e controlar seu desenvolvimento para melhor conhecê-los (MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 8. ed. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 183).
62. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz... cit., p. 45.
63. BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 47.
64. BRASIL. Constituição (1988)... cit.
65. ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos: proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assem-

Igualmente, consta no art. 8.°, II, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), promulgada no Brasil pelo Dec. 678:[66] "2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".[67] Ainda, institui a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu art. IX: "Todo homem é presumido inocente até que tenha sido declarado culpado e, se for considerado necessário prendê-lo, todo o rigor desnecessário para garantir a sua guarda deve ser severamente reprimido pela lei".[68]

Apesar da discussão a respeito de se tratar de presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, deve-se ter em mente a importância desse postulado, que reflete um direito fundamental da pessoa humana, assegurado constitucionalmente e, ainda, pelas Cartas Universais referentes aos Direitos Humanos.[69]

Dos dispositivos normativos expostos, especialmente pelo inc. LVII do art. 5° da CF brasileira, pode-se extrair uma regra de cunho processual que institui um ônus probatório. Partindo-se da inocência do réu, quando alguém afirmar o contrário, tem-se que a culpa do acusado deve ser provada por quem o alega.[70] Em decorrência disso, Juan Montero Aroca conclui que o acusado não possui a necessidade de produzir qualquer prova no processo, atribuindo o ônus probatório exclusivamente à acusação, sendo que, à falta de prova, a sentença absolutória torna-se uma medida impositiva.[71]

Deve-se atentar para o fato de que existe, doutrinariamente, certa dúvida em relação ao tratamento da relação entre a presunção de inocência e o princípio *in*

---

bleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: [http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf]. Acesso em: 24 mar. 2014.

66. BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm]. Acesso em: 18 abr. 2014.

67. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. Convenção Americana sobre os Direitos Humanos: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm]. Acesso em: 18 abril 2014.

68. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DA FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, em 26 de agosto de 1789. Disponível em: [www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp]. Acesso em: 24 mar. 2014.

69. WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 114.

70. GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 15.

71. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso*... cit., p. 153.

dubio pro reo (se sinônimos ou se distintos). Ainda com Juan Montero Aroca, pode-se estabelecer uma diferença fundamental entre ambos os postulados. A presunção de inocência, como já referido, é considerada um direito fundamental conferido a toda pessoa, impositivo da condição de inocência presumida, até a existência de prova em contrário. O princípio *in dubio pro reo*, por sua vez, determina um padrão de valoração probatória, impondo ao julgador uma interpretação favorável ao réu quando a prova não se apresenta capaz de desfazer sua dúvida em relação à matéria probanda.[72]

Essa mesma distinção, inclusive, é encontrada nos escritos de Joan Picó i Junoy, ao referir o entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, identificando os dois postulados como manifestações de um genérico *favor rei*, sendo o *in dubio pro reo* referente ao momento de valoração da prova e a presunção de inocência aplicável no momento decisório, para os casos de falta de prova da culpa.[73]

Diferentemente é o entendimento de José I. Cafferata Nores, que compreende o *in dubio pro reo* como uma máxima derivada do princípio da presunção de inocência, aplicável no momento decisório do processo, quando se estiver em situação de dúvida.[74]

O que se pode perceber, apesar da divergência em relação ao assunto, é a ligação do *in dubio pro reo* (como o próprio nome já esta a indicar) a uma situação produtora de dúvida, o que não se verifica na lógica da presunção de inocência. Conforme Giuseppe Bettiol, como princípio inspirador de interpretação, o *in dubio pro reo* institui que, nos casos em que não se encontre uma posição unívoca, mas, ao contrário, duas interpretações se apresentem possíveis, opte-se por aquela mais favorável ao réu.[75] Contudo, isso não acontece, propriamente, no momento da sentença. Nesse caso, se da análise das provas não se puder alcançar segurança da culpa do acusado, quer significar que o órgão acusador não logrou afastar a presunção de inocência, impondo-se uma só solução: a absolvição do réu. Apenas restará desfeita a presunção de inocência, permitindo-se a condenação, em caso de válida atividade probatória com conteúdo incriminador suficiente.[76]

Nesse último sentido é a doutrina de Francesco Carnelutti, que diz: "Es necesario, pues, para condenar, que las pruebas sean suficientes para eliminar una duda

72. MONTERO AROCA, Juan. et al. *Derecho jurisdiccional*... cit., p. 288.

73. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 164.

74. CAFFERATA NORES, José I. Op. cit., p. 13.

75. BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 296.

76. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso*... cit., p. 154.

relevante tanto sobre la existencia de los requisitos constitutivos como sobre la inexistencia de los requisitos invalidativos o extintivos".[77] Essa exigência se faz necessária em um Estado Democrático de Direito no qual somente se pode legitimar uma condenação quando fundamentada em provas concludentes e aptas a superar a presunção de inocência do acusado.[78]

3.2 Direito Penal garantista e ônus probatório

A presunção de inocência pode ser encontrada, inclusive, como um dos princípios fundamentais do modelo garantista do Direito Penal, de Luigi Ferrajoli, ao lado de princípios como o da legalidade, da materialidade e da lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório, entre outros.[79] A presunção de inocência, nesse viés, atua de maneira semelhante ao próprio princípio da legalidade, conferindo segurança aos cidadãos contra a ameaça da aplicação de penas arbitrárias.[80]

Essa visão garantista se faz necessária, sobretudo, para evitar os riscos da eleição do julgador, quando se encontrar em dúvida. Nesse caso, já o legislador procede à escolha do risco socialmente menos grave (a eventual absolvição de um culpado, em detrimento da possível condenação de um inocente – conquanto esse risco seja humanamente inafastável em sua totalidade) e institui critérios de escolha favoráveis ao acusado, como é o *in dubio pro reo*.[81]

Em um sentido inverso ao da segurança, pode-se pensar em modelos autoritários de processo, calcados no ideário de que nenhum culpado reste impune e, desse modo, aceitando o ônus de que algum inocente seja punido. Essa lógica processual é baseada no critério do *in dubio contra reum*.[82]

Reconhecendo-se, aqui, a relação inevitável entre o processo e o meio no qual se insere, deve-se assumir a principiologia processual como decorrência do atual momento histórico civilizatório. Conforme observa Giuseppe Bettiol, em regimes totalitários, verifica-se a preponderância do abandono do princípio *in dubio pro reo* (que, mesmo quando diferenciado da presunção de inocência, apresenta com ela íntima relação ideológica) em prol do princípio inverso *in dubio pro civitate*.[83] No

77. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil*... cit., p. 255.

78. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 13.

79. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 37.

80. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo*... cit., p. 187.

81. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil*... cit., p. 252-253.

82. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 104.

83. BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 195.

atual domínio de um Estado democrático de direito e em decorrência da concepção garantista do processo penal, deve-se admitir não só o princípio do *in dubio pro reo*, mas a presunção de inocência (se distinguidos) e todas as demais garantias necessárias ao mais adequado desenvolvimento do processo penal.

O que se presencia é a indispensabilidade do princípio do *favor rei* a um Estado que priorize a liberdade do cidadão. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do cidadão, deve, sempre, se primar pelo último, no sentido determinado pelo princípio *in dubio pro reo/favor rei*, porquanto um Estado verdadeiramente democrático e livre é inconcebível sem o acolhimento desse princípio.[84]

A presença dessa racionalidade garantista de segurança ao acusado, especialmente com a presunção de inocência, resulta na atribuição do ônus probatório à acusação.[85] Presumida a inocência do imputado, permanece ele desincumbido desse ônus, porquanto se constrói uma presunção a ser desfeita pelo órgão acusatório.[86]

Quanto a essa atribuição do ônus probatório à acusação, encontra-se divergência doutrinária no tocante ao alcance dessa responsabilidade acusatória. Eugênio Pacelli de Oliveira entende não caber à acusação a prova de todos os elementos analíticos do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Em sua doutrina, a tipicidade e a ilicitude não dizem respeito à matéria de prova, pois se trata de mero juízo de abstração, de valoração do fato em relação à norma. Especificamente em relação ao dolo, diz que a prova é aferida por um conhecimento dedutivo, da análise das circunstâncias já provadas e com respeito a regras de experiência comum do que normalmente acontece. Refere que, nesse caso, a prova será obtida por meio de indícios.[87-88]

Em relação à culpabilidade (ressalva a desnecessidade de prova da maioridade penal), traz como critério de verificação uma presunção legal[89] de que o réu é capaz e mentalmente são. Em razão disso, cabe à acusação a prova da materialidade do

84. Idem, p. 295.

85. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 287.

86. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo...* cit., p. 189.

87. Sobre o conceito de indício: "El indicio es un hecho conocido del cual se infiere necesariamente la existencia de otro desconocido llamado presunción" (RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento penal*. 38. ed. México: Porrúa, 2009. p. 279).

88. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 287.

89. Sobre o conceito de presunção: "(...) o raciocínio presuntivo deduz o conhecimento do desconhecido partindo do princípio da identidade (...). A presunção não é para nós mais que uma espécie de prova indireta" (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927. p. 196).

fato e da autoria, não ficando a cargo seu provar a inexistência de quaisquer causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade.[90]

Contrariamente se manifesta Manuel Rivera Silva, conforme se constata: "Si por principio general, toda persona es inocente hasta que se pruebe lo contrario, la carga de la prueba del delito, imputabilidad, culpabilidad y demás circunstancias, así como el monto del daño causado, descansa en el Ministerio Público".[91]

Para além dessa discussão a respeito da matéria específica a ser provada pelo órgão de acusação, tem-se que o princípio da presunção de inocência impõe formas de tratamento do acusado no processo. Em uma delas, estabelece o respeito à condição de inocência presumida, impedindo medidas de cumprimento antecipado de pena e outros gravames anteriores ao trânsito em julgado de decisão condenatória. De outro modo, a presunção de inocência atua como definidora do ônus probatório, que recai sobre a acusação em relação aos fatos alegados[92] (não ao acusado ou ao julgador).

Ademais, quando se discute a respeito da posição do juiz em relação à produção probatória, a presunção de inocência traz consigo reflexos diretos em outra garantia, qual seja a necessidade de preservação da igualdade das partes no processo.

O direito à igualdade se destina a evitar uma situação de supremacia de uma parte processual em relação à outra.[93] No juízo penal, para se analisar essa igualdade, deve-se, antes, tomar consciência do estado garantido ao réu pela presunção de inocência, motivo pelo qual não possui o dever de provar. Desse modo, deve-se questionar a que órgão estatal compete a prova da culpa do acusado. Outorgando-se essa competência ao juiz (além do Ministério Público), admitir-se-ia o julgador como corresponsável (ou responsável principal) pela "desconstituição" da presunção de inocência. Como decorrência, restaria estabelecida uma situação de desigualdade entre acusação e defesa, pois essa "(...) admisión de la regla del 'todos contra uno' (el acusado) es francamente contraria al principio de 'plena igualdad' de éste con el acusador (...)".[94]

Dessa forma, a permissibilidade concedida ao juiz de produção probatória de ofício passa a ser identificada como um vestígio inquisitorial, fundado na presunção de culpabilidade,[95] própria dos regimes totalitários.

90. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 288.

91. RIVERA SILVA, Manuel. Op. cit., p. 203.

92. BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. *Revista Jurídica*. ano 53. n. 338. p. 80-82. Porto Alegre, 2005.

93. PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit., p. 132.

94. CAFFERATA NORES, José I. Op. cit., p. 36.

95. GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 8.

Por tudo isso, somente se pode aceitar a desconstituição da presunção de inocência quando as alegações acusatórias se encontrarem apoiadas em provas obtidas legalmente, em respeito a princípios como o contraditório, a igualdade, a publicidade etc. Sendo assim, impositivo se faz o respeito ao princípio acusatório, a determinar a atividade probatória exclusiva da acusação, em relação aos fatos alegados,[96] em compatibilidade com a ideologia de garantia processual do acusado.

Conquanto se possa gerar um sentimento de insegurança social diante da absolvição de um culpado, tem-se que a perturbação social pela condenação de um inocente seria muito mais grave, pois, além de se desrespeitarem os direitos do próprio acusado, toda a sociedade encontrar-se-ia vulnerável a condenações injustas. Em razão disso, do conflito entre um direito individual e o interesse social (no âmbito do caso concreto, porquanto, sob uma análise ampla, as garantias processuais individuais representam mais a defesa do coletivo do que do individual), deve-se primar pelo primeiro.[97]

4. A VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

4.1 A verdade no processo: linhas históricas

Já na Grécia antiga a verdade ocupava lugar de destaque no pensamento filosófico. Concebia-se a verdade como descobrimento do ser, daquilo que realmente é, mas que se fazia oculto pela capa da aparência.[98]

Desenvolve-se, aqui, a ideia de verdade como concordância com a realidade. Essa concepção de verdade pode ser encontrada no dizer de Aristóteles, como se vê: "(...) embora se pudesse sustentar que asserções e opiniões admitem contrários, quer dizer, que a mesma afirmação possa parecer tanto verdadeira quanto falsa. Se, por exemplo, se afirma 'ele esta sentado', isto pode ser verdadeiro; se ele se levanta, então se torna falso. E assim também com as opiniões. Pode-se ter a opinião, e verdadeiramente, de que esta ou aquela pessoa está sentada e, no entanto, uma vez esta pessoa tenha levantado, se tal opinião persistir será falsa. (...) A asserção 'ele está sentado' é inalterável, porém conforme as condições existentes a classificamos *ora* como verdadeira, *ora* como falsa"[99] (grifo do autor).

---

96. CAFFERATA NORES, José I. Op. cit., p. 37.

97. JOFRÉ, Tomas. *Manual de procedimiento: civil y penal*. 5. ed. Buenos Aires: La Ley, 1941. t. II, p. 17.

98. FERRATER MORA, José. Verdad. *Diccionário de filosofia*. 5. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964. t. II, p. 884.

99. ARISTÓTELES. *Categorias*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2001. p. 41.

Com essa passagem, estabelece-se uma relação íntima entre verdade e enunciado, este último sim dotado (ou não) de verdade. O enunciado sempre se referirá a uma "coisa" e, por um juízo de adequação entre enunciado e "coisa", poderá ele ser verdadeiro ou não. Portanto, o critério de verdade é determinado pela *adaequatio rei et intellectus*.[100-101]

Nessa doutrina, advoga-se a capacidade humana de alcance intelectual da verdade das coisas. A essência dos objetos seria acessível ao homem, que, por sua vez, seria capaz de atingir um estado de convicção perfeitamente compatível com a realidade.[102]

Adotada no período romano, essa concepção de verdade não se fazia compatível com a verdade divina que veio a predominar no processo por volta do século III. Nesse período, marcado pela queda de Roma (e pelo desaparecimento do poder punitivo próprio do Direito Romano, que ressurgiu nos séculos XII e XIII), os conflitos sociais passaram a ser resolvidos por meio de duelos e das ordálias.[103] O juiz, nesse tipo de processo, exercia a mera função de árbitro do procedimento, assegurando que as regras fossem respeitadas. Ao final, no caso, por exemplo, dos duelos, aquele que saísse vitorioso da contenda era tomado como o portador da verdade, considerada essa a decisão de Deus.[104]

Por volta dos séculos XII e XIII, abandonou-se o sistema das ordálias e se passou a adotar a busca da verdade por meio do interrogatório (ou *inquisitio*). No dizer de Eugenio Raúl Zaffaroni, operou-se a "(...) substituição da *disputatio* (estabelecimento da verdade por luta) pela *inquisitio* (estabelecimento da verdade por interrogação)".[105] Aqui, o inquisidor (sujeito de conhecimento) interrogava o inquirido (objeto de conhecimento), sendo que, se não fossem alcançadas as respostas suficientes ou se proferidas respostas sem clareza, aplicavam-se métodos de tortura ao inquirido para obtenção da verdade.[106] Assim se permitia proceder, pois o acusado era considerado o "portador" da verdade, a ser extraída a qualquer custo.[107]

---

100. Em tradução livre: "correspondência entre a 'coisa' e o intelecto".
101. FERRATER MORA, José. Op. cit., p. 884-885.
102. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49-50.
103. As ordálias ou ordálio representavam práticas sem qualquer evidência racional, conhecidas como provas de fogo e água, demonstrativos da vontade divina (WOODS JR., Thomas E. *Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental*. Trad. Élcio Carillo; revisão de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 2008. p. 182).
104. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. p. 38.
105. Idem, p. 42.
106. Idem, p. 38.
107. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório... cit., p. 105.

Essa lógica processual de busca pela verdade era fundamentada por um viés marcantemente divino, do qual se extraia o entendimento de que era impossível o inquisidor errar no procedimento de revelação da verdade. Como, segundo a concepção dominante, o investigador jamais errava, a ele era permitida uma ampla liberdade na investigação. Nesse sentido é a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni: "A necessidade ou *apetite de verdade* do *dominus* (sujeito cognoscente) legitimava a violência contra o objeto de conhecimento sem que este fosse culpável. O *dominus* é quase infinitamente bom ou, se não for, Deus, que é seu prisioneiro, é; por isso o *domunis* necessita – para concretizar essa bondade – ser também quase infinitamente sábio; consequentemente, nada podia opor-se ao seu voraz *apetite de verdade*. A infinita bondade do *dominus* se manifestava em sua generosa empresa libertadora dos males cósmicos que ameaçavam todos, e que se expressavam em Satã, através da bruxaria ou da heresia"[108] (grifo do autor).

Esse modelo processual apresentado, amplamente aplicado na época da Santa Inquisição, conferia para o soberano e seus juízes um direito absoluto e poder exclusivo no estabelecimento da verdade em matéria criminal.[109] A verdade defendida nesse processo seria, propriamente, aquela extraída inquisitorialmente pelo julgador, não como adequação à realidade, mas como aquilo determinado pela consciência do juiz.[110]

Com o passar do tempo, o conceito de verdade é novamente alterado e uma perspectiva científica passa a tomar o espaço da antes imperante concepção de verdade divina. Nesse processo evolutivo, por volta dos séculos XVII e XVIII, a verdade divina passa a ser desvalorizada em razão do desenvolvimento científico, com o nascimento da procura por uma nova racionalidade a respeito da realidade, que permitiu a concepção de um universo determinista completamente inteligível, passível de ser descoberto ou conhecido pela mente humana.[111] Percebe-se, aqui, um retorno à exaltação da verdade como adequação do conhecimento à realidade das coisas.

Todavia, deve-se sempre ter em mente que os povos se encontram em constante e inevitável transformação. Essa transformação é marcada pela tomada de consciência a respeito da história, levando o homem à superação de preconceitos antes inquestionáveis.[112] Assim, se apresentou na doutrina moderna a negação de qual-

108. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 39.

109. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 39. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 37.

110. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto...* cit., p. 49-50.

111. MORIN, Edgar. Op. cit., p. 158-159.

112. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 61.

quer tentativa de racionalismo – compreendido como uma concepção de mundo que aceita a perfeita concordância entre a razão e a realidade do universo. Tal é a descrença moderna nas capacidades da razão humana que Edgar Morin expõe com ênfase o nascimento da "(...) revelação da desrazão dentro da razão".[113]

A ciência, nesse curso evolutivo, se depara com inúmeras relativizações (ou "desracionalizações"), que levam a se questionar todo o tipo de conhecimento. Nesse sentido é, novamente, a lição de Edgar Morin: "O novo curso científico, há um século, faz arrebentar o quadro de uma racionalidade estreita. Observa-se a irrupção da desordem (acaso, aleatoriedade) nas ciências físicas (termodinâmica, microfísica, teoria do universo); a irrupção de aporias (ou antinomias lógicas) no âmago do conhecimento microfísico e do conhecimento antropossociológico (como pode o homem ser seu próprio objeto, como encontrar um ponto de vista universal quando se faz parte de uma sociedade particular?), e a irrupção correlativa da questão do sujeito observador-concebedor nas ciências físicas e humanas".[114]

Com esse novo pensamento, passa-se a questionar a própria consciência da realidade. Na crítica de Israel Drapkin Senderey, o homem possui o costume de tomar, sem maior raciocínio, o "mundo real" como cópia exata de seu mundo mental (realidade percebida sensitivamente), unicamente pela razão de ser esse "mundo sentido" o único conhecido pelo homem.[115] Atualmente, a realidade perceptível se torna alvo de dúvida e se admite a impossibilidade, inclusive nas teorias científicas, de se qualificar o conhecimento como verdadeiro (no sentido de acabado, insuperável, imutável). Entende-se que toda teoria científica (se não toda, boa parte delas) está fadada a ser superada, com o passar do tempo, por uma nova teoria ainda a surgir. Por isso, quando se afirma algo por "verdadeiro", quer-se dizer que é plausivelmente verdade diante dos conhecimentos atuais sobre o assunto.[116]

Nesse sentido, sendo as faculdades humanas finitas, é impossível ao homem captar as infinitas características da realidade histórica. Em razão disso, deve-se contentar com o conhecimento de partes da realidade.[117]

Como não poderia ser diferente, esse estágio do pensamento científico exerceu influência direta na doutrina processual penal, parte da qual passou a criticar a crença no alcance de uma verdade real, imutável, insuperável, dos fatos como real-

113. MORIN, Edgar. Op. cit., p. 157-160.

114. Idem, p. 165-166.

115. SENDEREY, Israel Drapkin. *Imprensa e criminalidade*. Trad. Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatsky, 1983. p. 24.

116. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 52-53.

117. RIVERA SILVA, Manuel. Op. cit., p. 197.

mente ocorreram, especialmente em razão das limitações do ser humano na investigação da verdade e da própria limitação da linguagem. Defensor dessa doutrina, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assim discorre a respeito da limitação da linguagem, tópico imprescindível para a problemática da incompletude da compreensão humana: "(...) sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*"[118] (grifo do autor).

Nesse caminhar, a busca pela verdade absoluta e incontestável resultaria em uma tarefa de Sísifo,[119] fadada à perpetuidade. Ademais, como já demonstrado por Platão, em sua *Alegoria da caverna*, os sentidos humanos são traiçoeiros e, limitados, dificilmente tomam conta de suas próprias limitações.[120]

---

118. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. ano 1. n. 1. p. 27. Porto Alegre, jul. 2001. Justamente pela incompletude da linguagem, questiona-se Sócrates: "Quando ouvi sobre as palavras do oráculo, ponderei comigo mesmo: 'O que quis dizer o deus e qual o significado oculto de suas palavras?" (PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Trad. Sueli Maria de Regino. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 30-31).

119. Na mitologia grega e romana, por ter cometido atos ofensivos aos deuses, Sísifo é condenado a rolar incessantemente uma enorme pedra até o topo de uma montanha. Chegando ao cume, a pedra desce, em razão de seu próprio peso, até a base da montanha, devendo Sísifo retomar sua tarefa desde o início, em um trabalho sem fim e descanso (COMMELIN, P. *Mitologia grega e romana*. 4. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 201).

120. Nas palavras do autor: "Suponhamos uns homens numa habitação subterrânea em forma de caverna, com uma entrada aberta para a luz, que se estende a todo o comprimento dessa gruta. Estão lá dentro desde a infância, algemados de pernas e pescoços, de tal maneira que só lhes é dado permanecer no mesmo lugar e olhar em frente; são incapazes de voltar a cabeça, por causa dos grilhões; serve-lhes de iluminação um fogo que se queima longe, numa eminência, por detrás deles; entre a fogueira e os prisioneiros há um caminho ascendente, ao longo do qual se construiu um pequeno muro (...). Visiona também ao longo desse muro, homens que transportam toda a espécie de objectos (...). Em primeiro lugar, pensas que, nestas condições, eles tenham visto, de si mesmo e dos outros, algo mais que as sombras projectadas pelo fogo na parede oposta da caverna? (...) Então, se eles fossem capazes de conversar uns com os outros, não te parece que eles julgariam estar a nomear objectos reais, quando designavam o que viam? (...) E se a prisão tivesse também um eco na parede do fundo? Quando algum dos transeuntes falasse, não te parece que eles não julgariam outra coisa, senão que era a voz da sombra que passava?" (PLATÃO. *A república*. 9. ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 315-316).

4.2 A verdade real

Assim como a ciência, na lição de Michele Taruffo, também o processo possui como objetivo primordial (ou um deles) a busca da verdade, residindo no seu alcance o critério de correção, validade e aceitabilidade da decisão judicial.[121] Considerando que a prova é o único caminho à comprovação da hipótese delitiva,[122] tem-se que é justamente essa atividade probatória o elemento determinante da verdade do processo.

Assim se considerando, a análise da verdade buscada no processo se faz intimamente relacionada com o estudo dos poderes probatórios do julgador, porquanto parte da doutrina elenca, como um dos fundamentos da permissibilidade da atividade probatória *ex officio judicis*, a busca por uma verdade material ou a vinculação do processo ao princípio inquisitivo.[123]

Dessa forma, o princípio da verdade material (da busca processual pela verdade dos fatos) é assumido como argumento permissivo para uma atividade probatória judicial desvinculada de restrições legais.[124] Esse princípio torna mais acessível a atividade probatória, exaltando a busca pela verdade dos fatos e considerando a busca de provas, além de uma faculdade, um dever do juiz.[125]

Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete entende que o princípio da verdade real confere plena liberdade probatória ao julgador, que não encontra limitações formais e nem depende da iniciativa das partes. Mais do que liberdade, diz decorrer desse princípio o dever de o juiz providenciar, de ofício, as provas necessárias à instrução processual em caso de inércia das partes. Contudo, conclui que esse princípio não vige em sua inteireza no processo penal brasileiro,[126] porquanto existem algumas limitações legais à atividade probatória. A esse respeito, Michele Taruffo considera as regras limitativas da atividade probatória como barreiras capazes de retirar do processo provas de extrema relevância, enfraquecendo a busca pela verdade. Em razão disso, entende ser necessário "(...) admitirse todas las pruebas relevantes, ya que la utilización de todas las pruebas relevantes maximiza la posibilidad

121. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. ano 38. n. 114. p. 1285-1286. México, set.-dez. 2005.

122. CAFFERATA NORES, José I. Op. cit., p. 6.

123. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 148.

124. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934. p. 60.

125. FLORIAN, Eugenio. *Prove penali: in generale*. Milão: Vallardi, 1924. vol. 1. p. 232 e 235.

126. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 44.

WEDY, Miguel T.; LINHARES, Raul M. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 201-240. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

de alcanzar una reconstrucción verídica de los hechos".[127] Todavia, como será exposto à frente, a busca pela verdade real e a ausência de limitações legais a essa busca traz consigo forte carga ideológica inquisitiva.[128]

O princípio da verdade material possui uma clara vinculação com o princípio inquisitivo. Jorge de Figueiredo Dias aponta, como objetivo do princípio da investigação (ou princípio inquisitório) a obtenção das bases de decisão pelo juiz, permitindo-se a ele a busca por provas além dos limites estabelecidos pelas partes, por isso também o nomeando de princípio da verdade material.[129]

Pode-se perceber que, quando se defende o predomínio de uma verdade historicamente acontecida, também conhecida como verdade real, verdade material ou verdade correspondência,[130] está-se a utilizar um conceito de verdade fundamentado na mencionada concepção aristotélica[131] de adequação do intelecto com a realidade.[132]

Todavia, mesmo quando defendido o princípio da verdade real, parte da doutrina costuma admitir ser essa verdade uma aspiração ideal, a qual jamais se alcançará. Por isso, José I. Cafferata Nores alega ser objetivo do processo a obtenção de uma verdade "mais" correspondente possível com a realidade. Dessa maior correspondência com a realidade obtém-se a idoneidade probatória capaz de provocar uma firme convicção no juiz de que se alcançou o que é certo (certeza).[133]

Considerando o entendimento judicial atualmente majoritário de que ao juiz é permitido exercer atividade probatória de ofício,[134] Marcellus Polastri Lima defende a aplicação, no processo penal brasileiro, do princípio da verdade material, indican-

---

127. TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: _____; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. cap. 2, p. 21-22.

128. Vide tópico intitulado "A ideológica posição processual da verdade".

129. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 148.

130. CAFFERATA NORES, José I. Op. cit., p. 6.

131. ARISTÓTELES. Op. cit., p. 41.

132. FERRATER MORA, José. Op. cit., p. 884-885.

133. CAFFERATA NORES, José I. Op. cit., p. 7-8.

134. Nesse sentido, veja-se, ilustrativamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 109713-RJ. Paciente Abraão José Bueno. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2013. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3467143]. Acesso em: 17.04.2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 176.424-MS. Paciente Bruno Adorno Lopes. Coator Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2012. Disponível em:

do a vigência de um "(...) processo inquisitivo com forma acusatória".[135] Nesse caminho, Charles Emil Machado Martins concebe a verdade real como uma "utopia necessária" ao processo, um ideal a ser pretendido em prol de uma maior aproximação processual da justiça.[136]

Portanto, para parte da doutrina, ainda que se admita a existência apenas de verdades relativas e contextuais, toma-se como imperativa, no processo, a presença da busca pela verdade dos fatos como um ideal regulador a partir do qual o juiz deve fundamentar sua decisão.[137]

4.3 A verdade real e o critério de decisão

Apesar de difundida a crença na verdade real, no processo, a possibilidade de alcance dessa verdade se apresenta ainda mais problemática do que na ciência em geral. Não só impede esse alcance a incapacidade humana em sua aquisição, senão também as limitações à sua busca inerentes a um processo democrático.

Em um primeiro momento, a reconstrução da realidade processual se encontra submetida à precariedade do conhecimento humano,[138] razão pela qual a verdade "absoluta" será sempre a expressão de um ideal inatingível.[139] Nesse aspecto, a complexidade da ciência moderna surge como forma de se reintroduzir a dúvida em um ambiente que caminhava, até então, ao alcance da certeza absoluta.[140]

Entretanto, a verdade processual é relativa não só em razão de ser inalcançável, pelos sentidos humanos, uma verdade absoluta; mas, também, porque somente se fundamenta na prova produzida no processo.[141] Tudo o que está fora do processo não poderá ser utilizado como critério de decisão, motivo pelo qual a verdade do processo será sempre limitada e, por isso, relativa. No dizer de Michele Taruffo, "(...) las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para 'conocer', y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa".[142]

[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1205556&sReg=201001102848&sData=20130201&formato=PDF]. Acesso em: 17 abr. 2014.

135. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 64.

136. MACHADO MARTINS, Charles Emil. Prova (arts. 155 a 250). In: BOSCHI, Marcus Vinicius (org.). *Código de Processo Penal comentado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 170.

137. TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006. p. 187.

138. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 25.

139. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 52.

140. MORIN, Edgar. Op. cit., p. 188.

141. TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba... cit., cap. 2, p. 28.

142. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico... cit., p. 1293.

Para apreciação dos fatos alegados em juízo, o julgador não experimenta os fatos imputados por uma das partes à outra, mas as provas produzidas. Semelhante a um historiador, não exerce a observação direta sobre os fatos objeto do juízo, mas examina as provas remissíveis a esses fatos,[143] o que por si só já representa uma invencível insegurança quanto à análise dos fatos.

Essa impossibilidade de uma total segurança em relação ao exame dos fatos objeto do processo se acentua mais ainda no que tange à denominada prova histórica.[144] Nesse caso, não só se desenvolverá a limitação sensorial de um indivíduo, mas de dois ou mais, como um juízo sobre outro juízo.[145] Não bastasse isso, verifica-se uma tendência a que cada sujeito processual (voluntária ou involuntariamente) procure criar atrativos à sua versão dos fatos, para que seja bem recepcionada pelos ouvintes de seu discurso.[146]

Desse modo, nas palavras de Gaetano Salvemini: "Entre o que alguém conseguir aprender e o que nunca aprenderá, existe a mesma proporção que entre uma quantidade finita e o infinito. Quer dizer, o nosso limitado conhecimento será sempre igual a zero em relação a nossa infinita ignorância".[147]

Outro argumento evocado para justificar a incompatibilidade da concepção de verdade absoluta no processo é a impossibilidade advinda de sua defesa com o acolhimento do "livre" convencimento do juiz no processo, pois, restando o julgador vinculado a uma só verdade (aquela dos fatos),[148] não se compreende como poderia ele ser livre na formulação do convencimento. Conforme alude Lenio Luiz Streck, a busca pela verdade real e a defesa do "livre" convencimento judicial são teses conflitantes, não se podendo admitir a existência mútua de ambas no processo.[149]

Quanto ao livre convencimento, deve-se notar que é inevitável se aceitar a utilização de uma valoração subjetiva, pelo juiz, na análise das provas. Do con-

143. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 55.

144. Encontra-se em Francesco Carnelutti a classificação das provas em históricas, aquelas às quais se exerce um juízo baseado no juízo de outro homem (v.g., prova testemunhal), e provas críticas, que exigem a verificação de algo por meio do juízo sobre outra coisa (v.g., prova pericial). (CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil*... cit., p. 170).

145. Idem, p. 172.

146. BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51.

147. SALVEMINI, Gaetano, 1939, p. 171 apud SENDEREY, Israel Drapkin. Op. cit., p. 23.

148. BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 212.

149. STRECK, Lenio Luiz. O sentido comum teórico dos juristas e o "princípio" da "verdade real": o ponto de encontro do solipsismo com o arbítrio. *Revista de Estudos Criminais*. ano 10. n. 44. p. 134. São Paulo, jan.-mar. 2012.

trário, estar-se-ia retornando ao sistema da prova legal ou tarifada.[150] Todavia, salienta-se que isso não deve significar a adesão ao conceito de íntima convicção no sentido de que a valoração da prova deriva de persuasões estritamente internas do julgador. Nesse sentido, Michele Taruffo refere não bastar, no processo penal, a simples convicção do juiz pela culpabilidade do acusado, mas se faz indispensável o alcance de uma *certeza* ou de uma "probabilidade altíssima", como requisito para uma sentença condenatória, motivo pelo qual a convicção do julgador é vinculada e não livre.[151]

O alcance da certeza também é considerado um requisito de justificação da decisão judicial condenatória por Francesco Carnelutti, não se confundindo esse alcance com a ideia de verdade absoluta. Para o autor, a certeza é alcançada pelo julgador quando a fundamentação reduz a dúvida a pequenas dimensões, podendo-se confrontar facilmente o risco inerente à escolha. Com isso, não se anula a possibilidade de erro na eleição/decisão, apenas toma-se como improvável sua ocorrência.[152]

Na mesma direção aponta a doutrina de Carl Joseph Anton Mittermaier que, ao conceituar a verdade como a concordância entre um fato e a ideia formada no entendimento (mesmo sentido da antes referida *adaequatio rei et intellectus*),[153] adverte: "No discutiremos sobre la naturaleza de la verdad *transcendental*, reivindicada por el filósofo con el conocimiento del mundo metafísico; ni nos proponemos hablar sino de una verdad *empírica*, aplicada a las cosas del mundo *sensible*, y que nos basta para dirigir por ella nuestras acciones"[154] (grifos do autor). Ao final, o autor refere que considera alcançada a verdade processual quando as ideias *parecerem*, ao sujeito, adequadas à realidade.[155] Ou seja, concebe um critério de decisão fundamentado na convicção do julgador, quando convencer-se da adequação dos fatos com a realidade (não significando uma verdade absoluta).

---

150. Conforme Giovanni Leone, a prova legal era adotada naqueles sistemas nos quais se preestabelecia, legalmente, o valor a ser atribuído a determinados meios de prova pelo juiz, no momento da decisão. Como exemplo, refere o autor: "(...) era scritto: 'se c'è un solo testimone, non è sufficiente a dare la convinzione al giudice'; (...) 'la prostituta non può essere indotta come testimone'" (LEONE, Giovanni. Op. cit., p. 115).

151. TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba... cit., cap. 2, p. 22-23 e 35.

152. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil*... cit., p. 252.

153. FERRATER MORA, José. Op. cit., p. 884-885.

154. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Trad. Primitivo Gonzalez del Alba. Madrid: Reus, 1929. p. 54.

155. Idem, p. 55.

A respeito dessa diferenciação entre "verdade objetiva" (real) e certeza/convicção, Nicola Framarino dei Malatesta aduz: "A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espirito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros".[156]

Para o autor, a certeza não corresponde, necessariamente, à verdade objetiva. A certeza é um estado subjetivo que, levando-se em conta a imperfeição da capacidade de compreensão humana, pode, ou não, refletir a verdade objetiva, no sentido de adequação entre o conhecimento e a realidade.[157] Dessa maneira, é identificada uma verdade subjetiva, relativa, falível, pois as percepções humanas são limitadas e incapazes de alcançarem um estado totalmente seguro de conformidade com a realidade ontológica.

Como decorrência das lições acima, tem-se que, para fundamentar uma decisão (ao menos a condenatória), o juiz deve atingir a certeza em relação aos fatos. Não é suficiente uma mera probabilidade de culpa[158] para a condenação, senão deve ter o juiz atingido a certeza da culpa do réu, representativa da verdade subjetiva, como crença fundada do julgador na conformidade entre as suas percepções e a realidade.[159]

É defendida essa verdade formal no processo, pois os procedimentos desenvolvidos pelo homem para compreender a realidade, conquanto algumas vezes se acredite no sucesso desse objetivo, se limitam a demonstrar uma realidade possível.[160] O que se tem, pois, é a impossibilidade de a prova, influenciada por diversas variáveis temporais, oferecer uma verdade absoluta.[161]

Em correspondência a esse raciocínio, dever-se-á tomar como resultado o fato de que a decisão judicial não se constitui no desvelamento da verdade dos fatos, mas em uma escolha judicial (destaca-se não se tratar de escolha discricionária,

156. MALATESTA, Nicola Framarino dei. Op. cit., p. 21.

157. Idem, ibidem.

158. Probabilidade é entendida como sendo a existência de maiores motivos/argumentos/provas convergentes a uma afirmação e, consequentemente, existência de menores motivos divergentes à afirmação. Na certeza, não se deve fazer presente na mente do julgador qualquer motivo relevante divergente da afirmação (Idem, p. 57-58).

159. Idem, ibidem.

160. RIVERA SILVA, Manuel. Op. cit., p. 197. Conquanto o autor mantenha a crença de essência das coisas.

161. BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação penal... cit., p. 51.

mas escolha a partir de uma demonstração probatória, de um critério de convencimento dotado de certeza, no sentido exposto por Nicola Framarino dei Malatesta,[162] mencionado acima e da necessidade de justificação decisória), sempre passível de erro.

Para ilustrar-se essa racionalidade decisória, veja-se a decisão condenatória proferida pelo Tribunal Penal Internacional, no dia 7 de março de 2014, no caso The Prosecutor *vs.* Germain Katanga, no qual se julgou o congolês Germain Katanga por crimes cometidos em 2003. No resumo do julgamento, que resultou na condenação do acusado, consignou-se o entendimento do Tribunal de que, pelas evidências demonstradas, foi comprovada "(...) beyond reasonable doubt (...)"[163] a culpa do acusado pelas acusações formuladas.[164]

Desse modo e se considerando os entendimentos indicados a respeito da matéria, caminha-se em direção ao reconhecimento da impossibilidade de alcance de uma reconstrução perfeita do passado, devendo-se conduzir a atividade probatória no processo penal à demonstração dos fatos objetos do processo e ao convencimento do julgador, alcançando-se um estágio suficiente para justificação de uma decisão judicial final.

Defendendo como fim processual a obtenção de uma decisão que declare o direito do caso concreto, Jorge de Figueiredo Dias refere que essa decisão deverá ser alcançada com o respeito a três critérios: ser obtida de uma maneira processualmente admissível e válida; se apresentar como justa em relação ao direito substantivo; conferir ao direito declarado segurança e estabilidade.[165] O primeiro critério exposto pelo autor, pode-se perceber, não se atém ao momento da decisão, mas ao transcorrer processual em seu todo, que deve se desenvolver de maneira regular. Desse modo, a própria busca pela verdade é tocada por essa exigência, motivo pelo qual se deve defender, no processo penal, a busca de uma verdade que advenha do processo judicial, prática e processualmente válida em sua obtenção.[166]

Em síntese, percebe-se que a dita verdade real é inalcançável pelo homem.[167] O que se deve buscar é uma verdade, tão somente isso, que seja acessível, uma verda-

162. MALATESTA, Nicola Framarino dei. Op. cit., p. 57-58.

163. Em tradução livre: "além de qualquer dúvida razoável".

164. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Summary of Trial Chamber II's Judgment of 7 March 2014, pursuant to article 74 of the Statute in case of *The Prosecutor v. Germain Katanga*. Disponível em: [www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/986/14_0259_ENG_summary_judgment.pdf]. Acesso em: 24 mar. 2014.

165. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 49.

166. Idem, p. 194.

167. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1996. vol. 1, p. 64.

de legal, sendo aquela obtida em um processo regular (verdade processualmente válida, como mencionado no parágrafo anterior) e a única ao alcance dos sentidos humanos. Por isso, a amplitude do poder probatório do julgador não significa a garantia de um bom resultado.[168]

Ada Pellegrini Grinover refere que a distinção entre verdade real e verdade formal não mais se sustenta, devendo-se defender a busca por uma verdade processual, como estágio mais próximo possível da certeza, busca para a qual, no entendimento da autora, se faz necessária a iniciativa probatória do julgador.[169] Todavia, no tocante a esse último ponto, pode-se perceber que, ao adotar a postura de investigador da verdade, o juiz passa a se assemelhar ao *prudens inquisitor* do processo canônico, que "(...) vai cercando cada vez mais a questão fundamental da acusação, até chegar à verdade",[170] o que, ao final, tende a representar um exercício desmedido dos poderes judiciais e uma ameaça ao desenvolvimento válido do processo.

4.4 A ideológica posição processual da verdade

Avançando-se na discussão a respeito da busca processual pela verdade, apresenta-se, ainda, a necessidade de se perceber o papel desempenhado pela verdade no sistema do processo penal e sua relação com a ideologia processual.

Voltado a esse interesse, Rui Cunha Martins propõe uma alteração da análise da problemática da verdade no processo. O autor almeja vencer a usual dicotomia entre a possibilidade ou impossibilidade de alcance da verdade (verdade real *versus* verdade processual), direcionando o foco de abordagem não à concepção de verdade, mas à posição da verdade no sistema processual. Ou seja, deve-se priorizar o estudo da disposição da verdade no processo e não o exame da (im)possibilidade de seu alcance.[171]

Elegendo como centro de discussão a posição da verdade no processo, o autor identifica o sistema inquisitivo como aquele obcecado pela "verdade dos fatos", por isso conferindo a gestão da prova a um magistrado.[172] Nesse sistema, a verdade desempenha um papel de fundamental relevância e seu alcance é uma necessidade constante no desenvolver do processo, motivo pelo qual o magistrado, livre para

168. RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*. Barcelona: Bosch, 1979. p. 303.

169. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*. vol. 347. p. 8. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago.-set. 1999.

170. EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 113.

171. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 64.

172. Idem, p. 73.

colaborar com esse objetivo, possui ampla liberdade probatória. Essa racionalidade a respeito da relação entre processo e verdade pode ser percebida pela análise de processos fundamentados não em uma concepção de garantia do cidadão, mas em um ideal de defesa social, com predomínio do interesse público.[173]

Essa ideologia de defesa social em matéria penal se manifestou de forma acentuada entre o final do século XIX e o século XX, na Europa, com a manifestação da Escola Positiva do Direito Penal. Nesse período, o Direito Penal (e, especificamente, a pena) tinha como função primordial a prevenção do crime.[174] Eram dirigidas diversas críticas aos julgamentos populares, ao contraditório, à presunção de inocência, à publicidade processual, porquanto esses postulados eram considerados contrários ao interesse público do processo.[175]

Dessa forma, no processo penal, movido pela ideologia de defesa social e consequente predominância do interesse público, tomava-se como legítima a iniciativa probatória do julgador, justificando-se isso na busca da verdade real. Esse entendimento era defendido por um de seus maiores expoentes: Eugenio Florian.[176] Em suas palavras, no processo, "(...) dado que está dominado por un interés público, es necesario que la verdad resplandezca en su totalidad sin ninguna clase de limitaciones. En él se averigua la llamada *verdad material*"[177] (grifo do autor). Ainda na doutrina desse autor, entendia-se que o processo penal era movido por um esforço incessante de descobrimento da verdade dos fatos.[178]

Esse discurso em muito se assemelha ao defendido no processo canônico da Inquisição, no qual o julgador era investido de ilimitado poder na revelação de uma verdade incontestável.[179] Em prol da verdade real, permitia-se o recurso a quaisquer meios na busca por sua obtenção.[180] Aliás, tal é a importância da posição da verda-

173. Em relação ao predomínio da busca pela segurança pública no processo penal, a permitir a atividade probatória do juiz, tem-se que: "O juiz, mercê dessa concepção mantida no Código, tenderá ainda mais a se transformar num aríete para o atingimento não da verdade, mas da ilusória segurança pública. O juiz como agente das políticas criminais de Lei e Ordem, e não um juiz como garante das garantias do réu ou da própria vítima" (WEDY, Miguel Tedesco. A sistemática da prova... cit., cap. 11, p. 161).

174. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 32 e 41.

175. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 34.

176. Idem, p. 34-35.

177. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho*... cit., p. 59.

178. FLORIAN, Eugenio. *Prove penali*... cit., p. 1.

179. AMARAL, Augusto Jobim do. Op. cit., p. 39-40.

180. PACHECO, Denilson Feitoza. Op. cit., p. 64.

de no processo que, para Eugenio Raúl Zaffaroni, não se pode identificar o sistema processual da *inquisitio* com a Inquisição, mas sim com as práticas exercidas para o estabelecimento da verdade em um modelo processual.[181]

Em mesmo sentido é a advertência de Eugênio Pacelli de Oliveira, que adverte: "(...) a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal".[182] Independentemente da (im)possibilidade de alcance da verdade dos fatos, de acordo com a proposta de Rui Cunha Martins,[183] torna-se imprescindível definir qual o papel da verdade na lógica processual: se objetivo obsessivamente buscado, capaz de legitimar a ação ativa do julgador em prol dessa função, ou se a verdade seria, como defendido pelo autor, apenas mais um elemento participante do dispositivo de processualidade (por processualidade se entende o movimento e a conexão de elementos e de tempos do processo, no sentido de que o sistema processual é composto por diversos elementos relacionados em movimento e desenvolvimento – aqui, a verdade seria mais um desses elementos componentes do processo a se relacionar com os demais).[184]

Os modelos processuais, que priorizam a busca pela verdade real e permitem a liberdade probatória ao julgador, destacam-se pelo domínio do interesse público na punição, identificando-se, nesse contexto, com um Direito Penal máximo.[185] Luigi Ferrajoli, nesse sentido, indica que: "A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune".[186] Conforme o autor, mesmo em sistemas de Estado absoluto a verdade pretendida no processo se faz acompanhada da incerteza, motivo pelo qual tanto no modelo de processo garantista quanto no modelo de processo autoritário a verdade será subjetiva e relativa. O que alteraria a lógica da verdade processual seria a predominância, no processo autoritário, da tutela de uma certeza pública em relação aos delitos e, no processo garantista, o domínio da tutela da liberdade individual em relação a penas arbitrárias.[187]

---

181. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 39.

182. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 286.

183. MARTINS, Rui Cunha. Op. cit., p. 64.

184. Idem, p. 66 e 69.

185. O Direito Penal máximo é o que apresenta uma debilidade garantista, ao contrário do Direito Penal mínimo, de completude garantista (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 101).

186. Idem, p. 103.

187. Idem, ibidem.

Conforme alerta Augusto Jobim do Amaral, a concepção de verdade absoluta ou verdade real é um ideal típico de processos tomados por discursos totalitários e intolerantes – ou seja, de modelos processuais inquisitórios. Em processos pautados por essa ideologia, o juiz é concebido como o portador da verdade incontestável.[188]

Percebe-se, aqui, o embate entre duas ideologias conflitantes, cada qual adotando uma postura em relação à busca da verdade. Enquanto o processo fundado em uma ideologia de defesa social (inquisitivo) exalta a busca pela verdade dos fatos e o papel ativo do juiz na atividade probatória, o processo de ideologia acusatória volta-se ao respeito às garantias processuais do indivíduo, prezando por um juiz passivo. Em razão disso, Luigi Ferrajoli estrutura, como modelo processual compatível com o sistema garantista, o processo de cognição ou de comprovação, no qual se exclui, na medida do possível, valorações, admitindo-se predominantemente afirmações e negações qualificáveis como processualmente verdadeiras ou falsas.[189] Nesse sistema, o processo penal recebe alegações pertinentes a fatos, formuladas pelas partes, permitindo-se-lhes o desenvolvimento da confirmação ou contestação das alegações e, sempre amparado no princípio da legalidade, sendo concluído com uma decisão judicial fundamentada sobre a ocorrência ou não do desvio punível, do que se entende ser a verdade obtida no processo.

Por isso, Luigi Ferrajoli trabalha com a distinção entre duas formas de processo, cada qual valorando a verdade de uma maneira. Na primeira, referente ao processo de modelo formalista, fundamentado no cognitivismo jurisdicional e compatível com o sistema garantista, impera a concepção de verdade formal, a qual deve ser alcançada com estrito respeito às regras procedimentais e às garantias da defesa,[190] não pretendendo ser "a verdade" histórica. A segunda forma processual desenvolvida pelo autor é o modelo substancialista, calcado em um voluntarismo judicial e afeito à busca da verdade substancial ou material. Isto é, esse modelo pretende uma verdade absoluta e não estabelece limites legais precisos para essa busca, que se desenvolve desvinculada de rígidas regras processuais.[191]

Crítico a esse segundo modelo processual e afeito ao segundo, Francisco das Neves Baptista leciona: "A verdade necessária à conclusão justa do processo é a que se pode atingir sem arranhaduras na integridade humana do cidadão, não uma

188. AMARAL, Augusto Jobim do. Op. cit., p. 40.

189. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 41.

190. Sentido semelhante à concepção de verdade processualmente válida, anteriormente referida (DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 194).

191. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 47-48.

verdade real arrancada a qualquer preço".[192] O autor defende, no processo, a busca de uma verdade ética, suficiente, construída mediante argumentação.[193]

Para isso, não mais se alberga a busca livre da verdade real, própria dos sistemas inquisitivos, que alçam a verdade ao posto de finalidade sagrada do processo. Ao contrário, a busca da verdade passa a ser disciplinada detalhadamente pelo ordenamento jurídico, o que pode já ser constatado, por exemplo, com os termos preclusivos, com as nulidades dos atos processuais, com a presunção de inocência, com o ônus probatório, com o princípio *in dubio pro reo* etc. Com isso, não só a verdade condiciona a validade da decisão, senão a própria validade condiciona a verdade.[194] Diante dessa regulamentação da verdade no processo, Luigi Ferrajoli refere ser essa uma "verdade normativa", basicamente por três razões: (a) uma vez comprovada, tem valor normativo; (b) é convalidada por normas; e (c) somente é verdade se sua produção respeita determinadas normas.[195]

Por fim, impõe-se afirmar que a defesa que se faz de uma ideia de verdade, uma ideia de verdade para o processo penal válido, justo, democrático, não é o decaimento no relativismo fácil e estéril, na crença de que tudo é fluído e relativo, sem densidade, de que uma verdade não existe, algo tão comum nos dias de hoje; mas sim a afirmação de que a complexidade imanente ao Direito nos impõe um caminhar permanente para nos aproximarmos da ideia de Justiça.

5. CONCLUSÃO

Estabelecida a divisão de funções e a vedação de iniciativa probatória do juiz como elementos do processo penal acusatório, tem-se que a adoção de uma postura ativa do julgador acarreta no sacrifício de sua imparcialidade, elemento essencial da jurisdição. Não bastando apenas a separação formal das funções processuais, deve-se primar pela efetiva desoneração do juiz de qualquer iniciativa probatória, atividade que determinaria a sua atuação de maneira parcial, em maior ou menor intensidade.

No que toca à presunção de inocência, postulado previsto expressamente por normativas internacionais e pela legislação brasileira, deve ser reconhecida sua natureza de direito fundamental do acusado em processo penal, atribuindo-se a responsabilidade probatória no processo ao órgão acusatório, quanto aos elementos necessários para uma decisão condenatória. Nesse sentido, o acusado deve ser tra-

192. BAPTISTA, Francisco das Neves. Op. cit., p. 186.

193. Idem, p. 212.

194. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 61-62.

195. Idem, p. 62.

tado como sendo presumivelmente inocente, devendo o juiz prezar pelo respeito, no desenvolvimento processual, às regras procedimentais estabelecidas.

Conquanto a diferenciação, por parte da doutrina, entre a presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*, tem-se, como decorrência da racionalidade processual identificada com tais postulados, a constituição da figura do "juiz de garantias", desincumbido de qualquer atividade de iniciativa probatória, competência atribuída às partes.

A respeito da matéria referente à verdade no processo, atribuiu-se aos processos de ideologia inquisitiva a aproximação a um critério de busca da verdade absoluta, inquestionável, como aquela pretendida pelo processo canônico da Santa Inquisição, reflexo de uma verdade divina inquestionável.

Em contrapartida, em processos de índole acusatória, pôde-se constatar a atribuição de maior relevância ao respeito às regras processuais e aos direitos do acusado, motivo pelo qual a busca da verdade, nesses sistemas processuais, embora seja relevante, deva ser feita dentro de limites claros e precisos, que afirmem a dignidade da pessoa humana. Em razão disso, a concepção de verdade real é desconsiderada e se admite uma verdade suficiente para uma decisão final justa, democrática e garantista.

Esse último entendimento se apresenta adequado com o acolhimento do que se conhece por paradigma científico da complexidade, que assume as incertezas do conhecimento humano, a impossibilidade de isolamento de qualquer realidade do seu meio externo, entre outras concepções. Nessa direção, aceita-se a inafastável limitação da atividade probatória processual, bem como das capacidades cognitivas humanas, não mais se pretendendo o alcance de um conhecimento pautado na adequação absoluta do intelecto à realidade.

Desse modo, no processo penal, passa-se a defender a busca por uma verdade processualmente válida; ou seja, a atividade de produção da prova fica limitada ao respeito dos procedimentos legais estabelecidos, de maneira que se tem por verdade aquela obtida regularmente, capaz de proporcionar, no julgador, um estado de consciência suficiente para uma decisão justa e democrática.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. *Discurso penal e política da prova: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. Tese (Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos – Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Letras, Coimbra, Portugal, Universidade de Coimbra, 2011.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ARAMBURO RESTREPO, José Luís. El papel del juez: una aproximación teórica. *Pensamiento Jurídico*. n. 27. p. 85-106. Bogotá, jan.-abr. 2010.

ARISTÓTELES. *Categorias*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2001.

ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos: proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Disponível em: [http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf]. Acesso em: 24 mar. 2014.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DA FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, em 26 de agosto de 1789. Disponível em: [www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp]. Acesso em: 24 mar. 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus *da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. *Revista Jurídica*. ano 53. n. 338. p. 75-108. Porto Alegre, 2005.

BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 18 mar. 2014.

_____. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm]. Acesso em: 18 abr. 2014.

_____. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 18 abril 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 109713-RJ. Paciente Abraão José Bueno. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2013. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3467143]. Acesso em: 17 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 176.424-MS. Paciente Bruno Adorno Lopes. Coator Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1205556&sReg=201001102848&sData=20130201&formato=PDF]. Acesso em: 17 abr. 2014.

CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal: con especial referencia a la ley 23.984*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universitad Nacional Autonoma de Mexico*. Buenos Aires: EJEA, 1960.

CARNELUTTI. Francesco. *As misérias do processo penal*. 1. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2007.

_____. *Derecho procesal civil y penal: principios del proceso penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. Convenção Americana sobre os Direitos Humanos: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm]. Acesso em: 18 abr. 2014.

COMMELIN, P. *Mitologia grega e romana*. 4. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. ano 1. n. 1. p. 26-51. Porto Alegre, jul. 2001.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCrim*. n. 188. p. 11-13. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

_____. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 46. n. 183. p. 103-115. Brasília: Senado Federal, jul.-set. 2009. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/194935]. Acesso em: 19 fev. 2014.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Juridica de Chile, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FERRATER MORA, José. *Diccionário de filosofia*. 5. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964. t. II. p. 884-892

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934.

_____. *Prove penali: in generale*. Milão: Vallardi, 1924. vol. 1.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 39. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoría general del proceso*. Buenos Aires: EJEA, 1961.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 5-25.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*. vol. 347. p. 3-10. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago.-set. 1999.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Summary of Trial Chamber II's Judgment of 7 March 2014, pursuant to article 74 of the Statute in case of The Prosecutor v. Germain Katanga. Disponível em: [www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/986/14_0259_ENG_summary_judgment.pdf]. Acesso em: 24 mar. 2014.

JOFRÉ, Tomas. *Manual de procedimiento: civil y penal*. 5. ed. Buenos Aires: La Ley, 1941. t. II.

LEONE, Giovanni. *Come si svolge un processo penale*. Torino: ERI, 1967.

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

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Juízes inquisidores? e paranoicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Revista de Estudos Criminais*. ano 3. n. 10. p. 121-126. Porto Alegre, 2003.

MACHADO MARTINS, Charles Emil. Prova (arts. 155 a 250). In: BOSCHI, Marcus Vinicius (org.). *Código de Processo Penal comentado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Trad. Primitivo Gonzalez del Alba. Madrid: Reus, 1929.

MONTERO AROCA, Juan; et al. *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

_____. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1997.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 8. ed. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1996. vol. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Trad. Sueli Maria de Regino. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____. *A república*. 9. ed.Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*. Barcelona: Bosch, 1979.

REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. *Revista de Estudos Criminais*. ano 10. n. 43. p. 99-115. São Paulo, out.-dez. 2011.

RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento penal*. 38. ed. México: Porrúa, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SENDEREY, Israel Drapkin. *Imprensa e criminalidade*. Trad. Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatsky, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. O sentido comum teórico dos juristas e o "princípio" da "verdade real": o ponto de encontro do solipsismo com o arbítrio. *Revista de Estudos Criminais*. ano 10. n. 44. p. 125-154. São Paulo, jan.-mar. 2012.

TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. ano 38. n. 114. p. 1285-1312. México, set.-dez. 2005.

_____. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: _____; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

_____. *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.

WEDY, Miguel Tedesco. A sistemática da prova na reforma processual penal. In: CALLEGARI, André Luís; _____ (org.). *As reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WOODS JR., Thomas E. *Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental*. Trad. Élcio Carillo; revisão de Emérico da Gama. São Paulo: Quadrante, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Da atuação dos juízes penais, de ambas as instâncias, na pesquisa da verdade real, de José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/847 (DTR\2012\450188); e
- O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz, de Artur César de Souza, *RT* 868/429, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/655 (DTR\2008\159).

84680

Estupro no Distrito Federal

Rape in Federal District

Lander de Miranda Bossois

Especialista em Criminologia pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Análise Criminal pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Execução de Políticas de Segurança Pública pela Academia Nacional de Polícia. MBA em Segurança Pública e Defesa Social pela UPIS/Faculdades Integradas. Bacharel em Direito. Professor na Academia Nacional de Polícia. Membro do IBCCRIM. Papiloscopista Policial Federal lotado na Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal em Goiás.
landerbossois@yahoo.com.br

Área do Direito: Penal

Resumo: O crime de estupro é um dos delitos mais graves que continuam a ocorrer em nossa sociedade. É neste contexto que a análise criminal, a criminologia ambiental, bem como o uso de bancos de dados, a exemplo do Sistema Nacional de Informações Criminais (Sinic) podem contribuir na elucidação deste fenômeno, auxiliando os organismos de segurança pública na investigação e prevenção deste tipo de crime. O presente artigo procura, por intermédio dos postulados da analise criminal, oferecer maiores detalhes sobre o cometimento dos delitos de estupro no Distrito Federal, no período de 1994 a 2004, tendo por referência os dados dos violadores identificados criminalmente neste período. Para tanto são levantados registros, com tabelas e gráficos, pertinentes ao dia da semana, hora e locais dos fatos, bem como outros crimes correlacionados e dados como idade, grau de instrução e estado civil dos seus autores.

Palavras-chave: Análise criminal – Estupro – Distrito Federal – Criminologia ambiental.

Abstract: The crime of rape is one of the most serious crimes that still occur in our society. In this context, crime analysis, environmental criminology, as well as the use of databases such as the Sinic: National Crime Information System can contribute to the elucidation of this phenomenon, helping public safety agencies in investigating and preventing these crime. This paper, through analysis of the postulates of crime, provide details about the commission of the offenses of rape in the Federal District, in the period 1994 to 2004, with the reference data of criminal violators identified in this period. For both records are collected, with tables and charts relevant to the week, hours and locations of events, as well as other crimes and related data such as age, education level and marital status of their authors.

Keywords: Analysis criminal – Rape – Federal District – Environmental criminology.

Sumário: 1. Introdução – 2. Metodologia adotada: 2.1 Abordagem; 2.2 Descrição da técnica utilizada; 2.3 Variáveis – 3. Resultados: 3.1 Hora do fato; 3.2 Dia da semana; 3.3 Meios empregados; 3.4 Idade dos autores; 3.5 Grau de instrução; 3.6 Estado civil; 3.7 Outros delitos – 4. Discussão – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Poucos atos têm acompanhado a história da humanidade, detendo com o passar dos séculos a mesma capacidade de proporcionar às pessoas um sentimento de insegurança, como o delito de estupro. Relatos deste tipo de crime podem ser obtidos praticamente em todas as sociedades e ao longo dos séculos. Seu poder de perturbação é tão evidente que facilmente nos lembramos do tema em noticiários escritos, assim como na mídia televisiva, filmes e livros.

E o assunto continua tendo relevância nos dias de hoje, pois o estupro permanece sendo objeto de preocupação pelos organismos formais de controle, a exemplo das secretarias de segurança pública estaduais, assim como da Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp). De fato, estudos internacionais levam à conclusão de que ainda é altíssimo o número de vítimas de estupro,[1] gerando inclusive uma indesejável cifra negra para estas instituições. Conforme Oliveira,[2] "com base em dados da Organização das Nações Unidas, um quarto de todas as mulheres do mundo são estupradas pelo menos uma vez na vida".

"Quanto à violência sexual, estudos de prevalência e incidência são difíceis de estimar em qualquer lugar do mundo, em função do baixo número de denúncias que chegam até a polícia ou aos serviços de saúde pública. Um estudo realizado em um departamento de emergência médica americano mostrou que menos da metade das mulheres vitimadas de violência sexual que ali buscavam atendimento fizeram a denúncia junto à polícia. Quando a agressão partia de um parceiro intimo, diminuíam ainda mais os registros policiais (OMS, 2002)".[3]

Esta constatação merece uma especial atenção para entendermos como anda a realidade brasileira neste tipo de delito, posto que Teixeira[4] "chama a atenção para os estudos que ressaltam a elevada incidência dos crimes sexuais nos Estados Unidos da América, e conforme estima, comparativamente, no Brasil, deve acontecer mais de 1.000 estupros por dia".

---

1. O conceito de estupro para o presente estudo ainda é o de "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça".
2. OLIVEIRA, F. *Reflexão e ação feminista sobre violência de gênero e saúde* Apud SUDÁRIO, Sandra; ALMEIDA, Paulo César de; JORGE, Maria Salete Bessa. *Mulheres vítimas de estupro: contexto e enfrentamento desta realidade. Psicologia & Sociedade.* set.-dez. 2005. p. 80. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/psoc/v17n3/a12v17n3.pdf]. Acesso em: 03.01.2012.
3. ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 12.
4. TEIXEIRA, W. R. G. *A importância do swab na perícia de estupro.* Apud SUDÁRIO, Sandra; ALMEIDA, Paulo César de; JORGE, Maria Salete Bessa. Op. cit., p. 80.

Não é por outros motivos que este delito, além de constar como um item a ser analisado nos levantamentos de estatísticas criminais regionais e nacionais, também foi no ano de 2010, objeto de um diagnóstico promovido pela Senasp e que resultou, dentre outros aspectos, na criação de um curso de ensino a distância voltado exclusivamente para o aprimoramento da investigação dos crimes de estupro. Tal fato decorreu da constatação na referida pesquisa, de que para os crimes de estupro faltam "conhecimento e metodologia na investigação e ausência de equipes especializadas".[5]

Vargas[6] já alertava que "quando o autor da violência é desconhecido existe um maior índice de desistência da vítima em fazer a denúncia, provavelmente pela incapacidade da polícia para identificar o agressor".

O referido diagnóstico desenvolvido no âmbito da Senasp sugere ainda, entre outros itens, a criação de um banco de dados do *modus operandi* (M.O.) como uma possível inovação na busca da solução destes delitos. Este instrumental seria de grande valia para "classificar o criminoso, porque depende disso para entender o crime".[7] Relata anda que nenhum ente federado detém este tipo de banco de dados. Por fim, destacam-se no referido curso, os diversos itens que deveriam compor este modelo de arquivo do M.O., cabendo ressaltar para o presente estudo: data, dia da semana e hora; assim como dados do autor, a situação da abordagem e o local onde o estupro foi consumado.

De fato em nossa realidade, inexiste um sistema nacional de informações voltado para investigações, a exemplo do Violent Criminal Apprehension Program – Vicap[8] norte-americano.[9] Este é um tipo de sistema com capacidade para armazenar e confrontar aspectos de crimes não solucionados, assim mapeando semelhanças entre fatos, arquivando dados que poderiam sob outras circunstâncias serem perdidos. Funciona como um importante facilitador para a sistematização de crimes de estupro sem suspeitos.

Todavia, no Brasil existe desde a década de 1960, e posteriormente a partir da década de 90 por meio informatizado, o Sistema Nacional de Informações Criminais (Sinic).

---

5. SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Curso à distância em investigação de estupro*. Brasília, 2011. Disponível em: [http://ead.senasp.gov.br]. Acesso em: 15.12.2011.
6. VARGAS, J. D. *Familiares ou desconhecidos? A relação entre os protagonistas do estupro no fluxo do Sistema de Justiça criminal* Apud ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. Op. cit., p. 76, nota 3.
7. SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. Op. cit., nota 5.
8. Programa de prisão de criminosos violentos.
9. DOUGLAS, John E. et al. *Crime classification manual*. New York: Lexington Books, 1992. p. 331-350.

O Sinic foi criado com o objetivo de centralizar as informações dos prontuários criminais existentes em âmbito nacional, com o consequente armazenamento e disseminação das informações criminais de indiciados pelas polícias judiciárias federal e estaduais.[10] Seu gerenciamento encontra-se sob responsabilidade do Instituto Nacional de Identificação, órgão do Departamento de Polícia Federal, sendo que o Poder Judiciário e as Polícias Civis, dentre estas a do Distrito Federal, auxiliam no processo de alimentação, inclusive detendo por meio de acordos de cooperação técnica acesso às informações.

A previsão legal para a sistematização das informações de indiciados encontra-se normatizada no art. 809 do CPP:

"Art. 809. A estatística judiciária criminal, a cargo do Instituto de Identificação e Estatística ou repartições congêneres, terá por base o boletim individual,[11] que é parte integrante dos processos e versará sobre:

I – os crimes e as contravenções praticados durante o trimestre, com especificação da natureza de cada um, meios utilizados e circunstâncias de tempo e lugar;

II – as armas proibidas que tenham sido apreendidas;

III – o número de delinquentes, mencionadas as infrações que praticaram, sua nacionalidade, sexo, idade, filiação, estado civil, prole, residência, meios de vida e condições econômicas, grau de instrução, religião, e condições de saúde física e psíquica;

(...)

§ 1º Os dados acima enumerados constituem o mínimo exigível, podendo ser acrescidos de outros elementos úteis ao serviço da estatística criminal.

§ 2º Esses dados serão lançados semestralmente em mapa e remetidos ao Serviço de Estatística Demográfica Moral e Política do Ministério da Justiça.

§ 3º O boletim individual a que se refere este artigo é dividido em três partes destacáveis, conforme modelo anexo a este Código, e será adotado nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios. A primeira parte ficará arquivada no cartório policial; a segunda será remetida ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere; e a terceira acompanhará o processo, e, depois de passar em julgado a sentença definitiva, lançados os dados finais, será enviada ao referido Instituto ou repartição congênere".[12]

---

10. BRITO, Maria Perpétua Rocha. Sistema Nacional de Informações Criminais – Sinic. *Impressões*. n. 3. p. 75. Brasília, jul. 1999.

11. O boletim individual atualmente é conhecido por boletim de identificação criminal ou simplesmente boletim de identificação.

12. BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm]. Acesso em: 04.01.2012.

É diante deste contexto que encontraremos na Análise Criminal (AC) um importante instrumental na melhoria do conhecimento pertinente aos crimes de estupro, permitindo que os dados existentes no Sinic viabilizem melhores informações sobre o assunto, contribuindo assim na resolução e prevenção deste tipo de ocorrência, uma vez que, segundo Gottlieb, AC é:

"Um conjunto de processos analíticos sistemáticos com a finalidade de prover informação oportuna e pertinente relativa a padrões criminais e correlações de tendências de modo a auxiliar o pessoal operacional e administrativo no planejamento e emprego de recursos para prevenção e supressão de atividades criminais, auxiliando o processo investigativo e aumento da quantidade de prisões e esclarecimentos de casos".[13]

Souza e Dantas[14] destacam, ainda, que o conhecimento a respeito da criminalidade e da violência é um atributo característico da democracia, assegurando à cidadania o "direito de saber" sobre as probabilidades de vitimização a que a nação está submetida. Aqui cumpre ressaltar o papel das estatísticas criminais, como ferramenta para "identificar, e assim controlar e neutralizar, tendências (expressões quantitativas) e padrões (expressões qualitativas) do fenômeno da criminalidade e violência".[15] Finalmente, deve-se considerar como elemento de grande relevância a possibilidade do mapeamento de informações sensíveis como data, hora e local das ocorrências, visto que "a análise criminal inclui a identificação de parâmetros temporais e geográficos do crime, proporcionando indicações que poderão contribuir para o seu esclarecimento, incluindo a identificação de delinquentes eventuais (...)".[16]

Sem esgotar o tema, o presente artigo se propõe a contribuir por intermédio de recursos da Análise Criminal, na consolidação de informações pertinente aos delitos de estupro ocorridos no Distrito Federal e registrados no Sistema Nacional de Informações Criminais, por intermédio dos Boletins de Identificação oriundos do Instituto de Identificação da polícia civil do DF, num período de 11 anos. Objetiva assim, prioritariamente, estabelecer padrões destas ocorrências quanto ao dia da

13. SOUZA, Nelson Gonçalves de; DANTAS, George Felipe de Lima. A integração de sistemas de informação: base para a gestão do conhecimento, inteligência policial e análise criminal. In: Seminário "Inteligência & Criminalidade de Massa", 2004. *Curso de inteligência de segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça, 2004. p. 28.

14. Idem, p. 34.

15. Idem, p. 33-34.

16. DANTAS, George Felipe de Lima et al. *A análise criminal como instrumento da gestão integrada da segurança pública. Curso de inteligência de segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça, [200?]. p. 66.

semana, hora e local; bem como em um segundo momento, relacionar algumas características sociais de seus autores. Almeja ainda demonstrar a importância do Sinic como banco de dados para estudos criminológicos úteis a segurança pública.

2. METODOLOGIA ADOTADA

Preliminarmente foi solicitado aos dirigentes do Instituto Nacional de Identificação autorização para o levantamento e utilização dos registros do Sinic e Sistema de Gerenciamento Eletrônico de Dados (GED) para a referida pesquisa, ressalvando inclusive o respeito aos direitos e garantias individuais das pessoas indiciadas e constantes nos referidos bancos de dados.

2.1 Abordagem

Consolidada a devida aprovação, a operacionalização do presente estudo envolveu a utilização dos métodos estatístico e quantitativo, utilizando-se de informações presentes no Boletim de Identificação Criminal, constantes tanto no Sinic, quanto no GED.

No aspecto descritivo, objetiva alcançar a definição de um padrão em algumas das características deste tipo de indiciamento, inclusive por intermédio da comparação com outros estudos já apresentados. Destaque-se que no presente caso, "o pesquisador não concentra a sua atenção no porquê de observar certa distribuição, mas no que é tal distribuição".[17] Também quanto ao delineamento adotado, tem-se por meta utilizar de recursos bibliográficos e documentais, na apresentação dos conhecimentos pertinentes aos crimes de estupro e as características de seus autores.

A escolha dispensada ao período de 1994 a 2004 alcança duas peculiaridades: primeiramente, como efeito da distância temporal entre os anos de 2004 e seguintes, vislumbra-se atingir uma maior consolidação dos registros existentes no Sinic e GED, posto que são bancos de dados alimentados por diversas instituições, o que usualmente envolve a necessidade de um relativo lapso temporal entre a ocorrência do delito e a inserção dos registros.

O foco da análise, voltada tão somente para as ocorrências do Distrito Federal (DF), decorre da então relevante atuação do Instituto de Identificação local no preenchimento e posterior encaminhamento ao Instituto Nacional de Identificação, dos respectivos boletins de identificação, praticamente em sua totalidade.

17. RICHARDSON, Robert Jarry et al. *Pesquisa social, métodos e técnicas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 146.

O segundo aspecto diz respeito à alteração no corpo do texto do art. 213 do CP brasileiro, ocorrida por intermédio da Lei 12.015/2009, cuja tipificação deixou de alcançar apenas o gênero feminino como vítima, passando a ter por sujeito passivo também o gênero masculino.[18] Têm-se assim uma melhor definição do comportamento do autor (violência sexual com conjunção carnal), assim como o perfil da vítima (gênero feminino).

2.2 Descrição da técnica utilizada

Como metodologias de trabalho foram adotadas as fases do processo de análise criminal descritas por Bruce[19] que envolveram as etapas de coleta, tratamento, categorização, associação, cruzamento e identificações de padrões e apresentação de cenários prospectivos.

Preliminarmente, portanto, foram levantadas todas as incidências pertinentes ao delito do art. 213 do CP (crime de estupro), durante o período de 1994 a 2004 e referentes às ocorrências no Distrito Federal, perfazendo 1.598 registros.

Numa segunda etapa, ficou estabelecida como critério de seleção a existência de uma única incidência no referido crime por indivíduo, agregado ao fato de que este tenha sido identificado criminalmente.

Tal medida objetivou uma melhor qualidade da informação, posto que assim foi tabulada apenas uma incidência por autor,[20] bem como passaram a ser utilizados como referência apenas os boletins de identificação mais completos.[21] Nesta fase, atenderam estas especificações 161 ocorrências.

---

18. Ressalte-se que com a absorção do crime de "atentado violento ao pudor" no conceito do crime de "estupro", os autores das duas condutas delitivas passaram, consoante alguns julgados, a ser processados por um só crime, mesmo com diversas ações contra suas vítimas. Acreditamos que para algumas áreas da criminologia, esta diversidade de condutas teria um aspecto relevante, explicando-se no fato de que os autores de crimes de estupro ou de atentado violento ao pudor atuam mediante motivações psíquicas, determinando inclusive a busca na materialização de perversões, o que acarreta muitas vezes como resultado mais de uma ação contra a vítima.
19. BRUCE, C. 2005. Apud DANTAS, George Felipe de Lima et al. Op. cit., p. 77, nota 15.
20. Evita-se assim, o risco de analisar vários registros de autores contumazes e que poderiam alterar o resultado da amostra.
21. Os boletins de identificação dos identificados criminalmente (que não apresentam documento de identidade), usualmente são mais bem preenchidos. Nos demais casos, as informações podem ser decorrentes de diferentes documentos, como qualificações indiretas ou oriundas de expedientes como ofícios e certidões, casos em que dados importantes, a exemplo da data, hora e local, deixam de ser comunicados.

O presente artigo, todavia, utiliza-se tão somente de uma amostra de 103 indiciamentos por estupro, inclusive na forma tentada, e devidamente selecionados dentre os 161 documentos definidos na segunda etapa. Correspondem, portanto, a 6,45% da população total de indiciados no período (1.598 casos). Para se alcançar estes 103 registros sob análise, foram utilizados os boletins que continham preenchidas as informações pertinentes à data (dia da semana), hora e local dos atos criminosos.

Uma das dificuldades detectadas estava no fato de que, apesar do boletim de identificação criminal procurar ser autoexplicativo no seu preenchimento, alguns tópicos acabaram por ficar sujeitos a uma possível análise subjetiva em seus conceitos pelo responsável por esta atividade quando do registro do dado; não obstante em diversas vezes a informação deixar de ser anotada, por motivos que desconhecemos.

Outro aspecto limitante, no presente estudo, diz respeito à ausência de dados no boletim de identificação, voltados para caracterizar o perfil das vítimas.

Houve, portanto, no processo de construção do material final sob análise, a necessidade de limpeza e recodificação de alguns itens dos boletins. Tal fator, cumpre lembrar, compõe o trabalho de qualquer analista criminal, uma vez que na colagem e organização dos dados são tarefas a estas intrínsecas a limpeza (correção de erros e inconsistências), bem como criação de novas variáveis ou recodificação destas.

2.3 Variáveis

As variáveis presentes neste estudo foram extraídas de alguns dos campos preenchíveis no boletim de identificação, contendo este questões tanto fechadas, quanto abertas.[22] Em linhas gerais, o boletim de identificação relaciona informações pertinentes ao inquérito policial (delegacia, cidade, unidade da federação, número dos autos e data de autuação); ao indiciado (nome, filiação, alcunha, sexo, data de nascimento, local de nascimento, nacionalidade, documento apresentado, endereços, profissão e residência); nome da vítima; infrações penais; natureza da infração; data, dia, hora e local dos fatos; causas e meios empregados; e dados antropológicos (tipos de cútis, rosto, cabelo, testa, sobrancelhas, olhos, orelhas, nariz, boca, lábios, barba, bigode, pescoço, altura, compleição, tatuagens, cicatrizes, amputações, deformidades, peculiaridades, grau de instrução, estado civil e número de dependentes).[23]

22. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 204.

23. Cabe informar que, ao longo dos anos, o boletim de identificação tem sofrido pequenas alterações em seu formato, todavia sem alterar de maneira substancial o seu conteúdo.

Foram então selecionados os seguintes itens para tabulação: *data de autuação do inquérito policial* (dia, mês e ano); *sexo do indiciado:* definindo-o como do gênero masculino ou feminino (campo fechado, com as opções: 1-M e 2-F); *data de nascimento do indiciado* (dia, mês e ano); *outros delitos relevantes:* relacionados no mesmo inquérito policial e cometidos pelo autor no mesmo fato (campo aberto); *data do fato:* correspondendo à data do ano em que cometeu o ato delituoso (dia, mês e ano); *dia da semana* em que o delito foi cometido (campo fechado, com as opções: segunda-feira, terça-feira, quarta-feira, quinta-feira, sexta-feira, sábado e domingo); *hora do fato:* momento em que o delito foi executado (campo aberto); *meios empregados:* recursos utilizados para subjugar a vítima (campo fechado, com as opções: arma de fogo, arma cortante ou perfurante, arma contundente, fogo, veneno, sem instrumento, veículos; outros); *local da ocorrência:* ambiente em que a vítima foi submetida ao ato delituoso (campo fechado, com as opções: habitação coletiva; casa de tolerância; café, bar etc.; edifício público; casa comercial; indústria; hotel, pensão etc.; hospital; prédio em obras; penitenciária, reformatório; propriedade agrícola; prostíbulo; residência particular; transporte coletivo; via pública; mar, rio, lagoa; via férrea; outros); *grau de instrução:* assinala o nível de instrução, a escolaridade do indiciado (campo fechado, com as opções: não alfabetizado, 1° grau incompleto, 1° grau completo, 2° grau incompleto, 2° grau completo, superior incompleto, superior completo) e *estado civil*: situação do indivíduo indiciado com relação à situação conjugal (campo fechado, com as opções: casado, solteiro, separado, desquitado, viúvo, amigado, divorciado).

Tendo por referência estes dados elencados foram gerados tabelas e gráficos, objetos de análise e comparação.

3. RESULTADOS

Na etapa inicial dos resultados apresentados após consulta junto ao Sistema Nacional de Informações Criminais, foram tabuladas todas as ocorrências que tivessem catalogado o crime de estupro (art. 213 do CP brasileiro) durante os anos de 1994 a 2004 no Distrito Federal. Foram listadas ainda as etapas de seleção de boletins de indiciados criminalmente (1ª fase) e posteriormente os boletins com informações sobre data, hora e local (2ª fase), conforme Tabela 1.

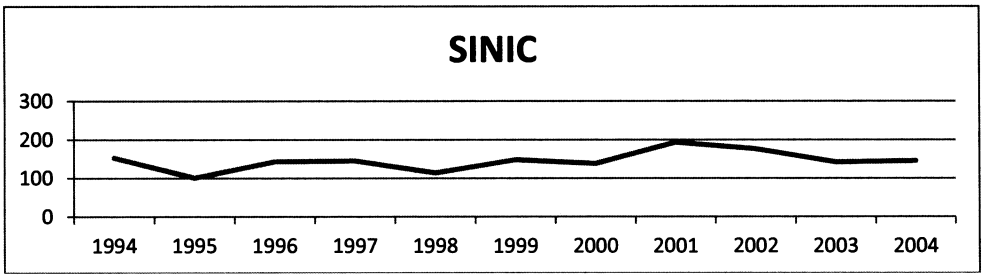
Tabela 1 – Total de indiciamentos no Sinic contendo o art. 213 do CP brasileiro no Distrito Federal

Etapas	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	Total	%
Inic.	153	101	143	145	114	148	138	193	176	142	145	1598	100%
1ª Fase	6	5	5	5	7	4	7	28	29	30	35	161	10,08%
2ª Fase	6	5	3	3	6	3	7	15	19	16	20	103	6,45%

Fonte: Sinic (2011)

No Gráfico 1 é possível visualizar o volume dos registros pertinentes a indiciamentos no Sinic e relacionados ao delito de estupro durante o período estudado, com referência ao Distrito Federal. Cabe mais uma vez destacar que esta totalidade de casos é alimentada tanto pela polícia civil quanto pelo Poder Judiciário e Ministério Público. Nesta situação o modo de inserção e a diversidades dos itens informados são muito grandes. Quando os dados são relatados por meio do boletim de identificação ocorre uma melhor padronização no conteúdo da informação.

Gráfico 1 – Volume de registro no Sinic referente a estupros no DF.



Percebe-se uma oscilação ao longo dos anos de 1994 a 2004. Todavia permanecem os registros com uma média de 145,27; moda de 145 e mediana também de 145. Como amplitude teremos 92 casos e um desvio padrão de 145 ± 23,92 casos.

Já para a construção das informações úteis ao artigo em tela, foram selecionados 103 registros que continham os dados pertinentes ao local, data e hora, gerando como resultado preliminar as informações da Tabela 2.

Tabela 2 – Lista de local das ocorrências do crime de estupro – DF

LOCAL	Frequência	Percentual	Percentual acumulado
Via pública	35	33,98%	33,98%
Residência particular	45	43,69%	77,67%
Propriedade agrícola	8	7,77%	85,44%
Hotel/pensão	3	2,91%	88,35%
Habitação coletiva	2	1,94%	90,29%
Casa comercial	2	1,94%	92,23%
Outros	8	7,77%	100,00%
Total	103	100,00%	

Fonte: GED (2011)

Segundo os registros levantados na Tabela 2, cerca de 85,44% dos casos no período ocorreram ou em vias públicas,[24] ou em residências particulares[25] ou em propriedades agrícolas.[26] Trata-se aqui da aplicabilidade da teoria "80-20", mencionada por Clarke e Eck[27] e que significa que "algo ou algum grupo é o responsável por uma grande porcentagem de algum resultado".

Clarke e Eck[28] alertam assim para diversas pesquisas criminológicas que constataram a existência de um princípio muito importante na prevenção do crime: sua concentração em determinados lugares, tipos de coisas ou pessoas.

Para o estudo em tela, 85,44% dos casos de estupro foram vinculados a três tipos de locais: via pública, residência particular e propriedade agrícola, merecendo estes locais especial atenção em seu detalhamento, na busca de soluções preventivas.

Portanto foram levantadas em separado as 35 ocorrências pertinentes a crimes de estupro cometidos em vias públicas; os 45 registros referentes à pratica do delito em residência particular e as 8 incidências pertinentes a propriedade agrícola.[29] Visando uma melhor compreensão do fenômeno, foram elaboradas Tabelas e Gráficos ilustrando o dia e hora em que o fato ocorreu para os grupos destas 88 situações, assim como os meios empregados, a idade dos autores quando da autuação, seu grau de instrução e estado civil. Foram relacionados ainda outros atos delituosos considerados relevantes e cometidos concomitantes ao estupro.

3.1 Hora do fato

Na Tabela 3, podemos constatar a distribuição dos horários de ocorrência dos delitos nos locais descritos.

Tabela 3 – Distribuição da hora do crime de estupro x local da ocorrência – DF

Local	Via pública		Res. particular		Prop. agrícola		Geral	
Período	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Total	Percentual
00h - 5h59	7	20%	15	33%	0	0%	22	25%
6h - 11h59	8	23%	8	18%	2	25%	18	20%

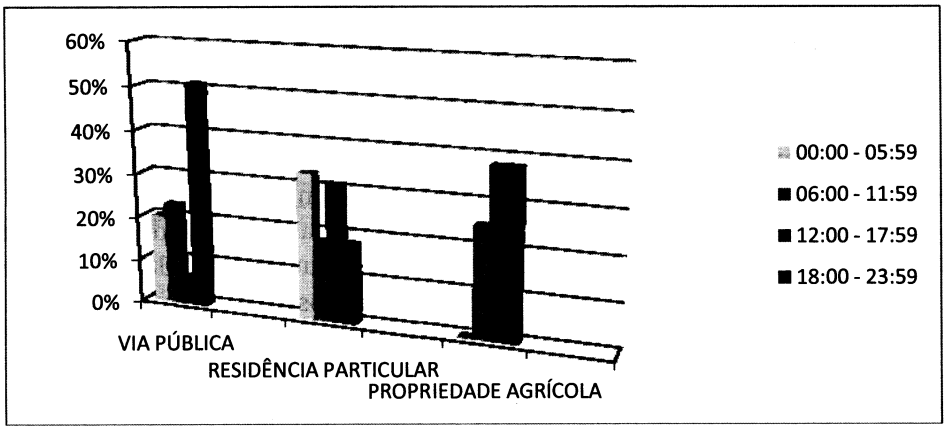
24. Além do termo usual, também encontramos referencias à "DF – 480", "pinheiral" e "matagal".
25. Houve também um relato pertinente a "outros (casa)".
26. Também transcritas nos boletins como "chácara", "setor rural" ou "meio rural".
27. ECK, Jonh E.; CLARKE, Ronald V. Análise de crime para solucionadores de problemas em 60 pequenos passos. Disponível em: [www.popcenter.org/library/reading/PDFs/60steps-portuguese.pdf]. Acesso em: 4. jan. 2012. p. 71.
28. Idem, ibidem.
29. Aqui cumpre destacar a cautela usual que deve envolver a análise em quantitativos de registros baixos.

Local	Via pública		Res. particular		Prop. agrícola		Geral	
Período	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Total	Percentual
12h - 17h59	2	6%	14	31%	3	38%	19	22%
18h - 23h59	18	51%	8	18%	3	38%	29	33%
Total	35	100%	45	100%	8	100%	88	100%

Fonte: GED (2011)

Como resultado é apresentado o Gráfico 2:

Gráfico 2 – Horários do crime x local da ocorrência



Fonte: GED (2011).

Na totalidade dos 88 casos analisados, 51 delitos (58%) ocorreram no período entre 18 e 5h59 (noturno). Já os 37 casos remanescentes, ou 42%, dizem respeito ao período diurno (6h às 17h59).

Tratando o tema quanto ao local da ocorrência, constata-se aqui uma prevalência acentuada de crimes de estupro em período noturno, das 18 horas às 5h59 min, nas vias públicas (71%). Uma situação que não é fato quando os casos ocorrem em residências particulares: 51% dos casos entre às 18h e 5h59min, contra 49% de registros ocorridos entre 6 horas e 17h59min. Em propriedades agrícolas, apesar de termos um percentual de 38% no período da noite (18h às 23h59min), predominam as ocorrências durante o dia (6h às 17h59), com 63%.

3.2 Dia da semana

Também foram verificados os dias da semana com maior número de incidentes, consoante a Tabela 4 e Gráfico 3.

Quanto ao somatório dos registros em conjunto temos o domingo como o dia de mais ocorrências (22), equivalendo a 25% do total. O segundo dia mais usual

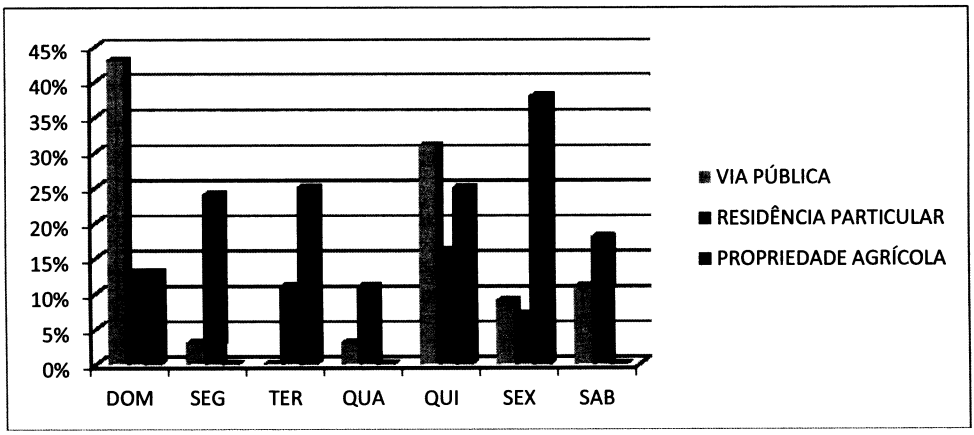
para os crimes de estupro é a quinta-feira, com 20 registros (23%). Em terceiro lugar teremos a segunda-feira e o sábado, com 12 registros cada um (14%). A situação fica diferenciada quando passamos a analisar o local da ocorrência, pois nos casos de "via pública", existe semelhança com os índices gerais (prevalência do domingo e quinta). Entretanto, quando os delitos são cometidos em residências ou propriedades agrícolas, os dias preferidos são segunda-feira e sexta-feira respectivamente.

Tabela 4 – Distribuição da data do crime de estupro x local da ocorrência – DF

Local	Via pública		Res. particular		Prop. agrícola		Geral	
Dia	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Total	Percentual
Domingo	15	43%	6	13%	1	13%	22	25%
Segunda	1	3%	11	24%	0	0%	12	14%
Terça	0	0%	5	11%	2	25%	7	7%
Quarta	1	3%	5	11%	0	0%	6	7%
Quinta	11	31%	7	16%	2	25%	20	23%
Sexta	3	9%	3	7%	3	38%	9	10%
Sábado	4	11%	8	18%	0	0%	12	14%
Total	35	100%	45	100%	8	100%	88	100%

Fonte: GED (2011)

Gráfico 3 – Dia do crime x local da ocorrência



Fonte: GED (2011).

3.3 Meios empregados

Os meios empregados dizem respeito à forma de cometimento e execução do delito. Particularmente no crime de estupro, envolve saber como a vítima foi subjugada.

Para uma melhor compreensão dos itens levantados, passa a ser importante preliminarmente trazer à colação os ensinamentos de Quintela et al[30] ao conceituar o instrumento contundente como o de superfície romba; instrumentos cortantes, como os dotados de gume e vulgarmente caracterizados como afiados, a exemplo de facas e navalhas; e instrumentos perfurantes, os que produzem lesões com penetração acentuada.

Dentre os itens relacionados, cumpre ainda lembrar que a "arma de fogo" é um agente traumático da classe dos perfurocontundentes.[31] Todavia por ser um tipo de instrumento diferenciado e muitas vezes um elemento do M.O., merece ser considerada como uma variável em separado.

O levantamento dos meios empregados encontra-se relatado na Tabela 5:

Tabela 5 – Distribuição dos meios empregados no crime de estupro x local da ocorrência – DF

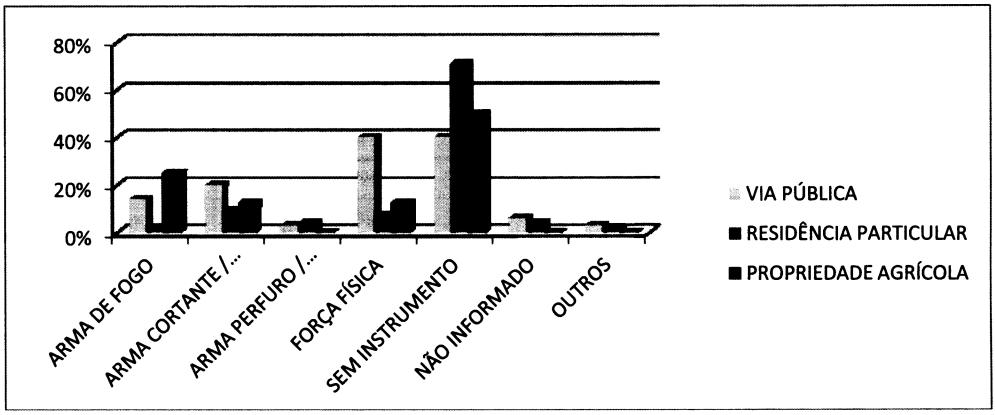
Local	Via pública		Res. particular		Prop. agrícola		Geral	
Meios	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Total	Percentual
Arma de fogo	5	14%	1	2%	2	25%	8	9%
Arma cortante/ perfurante	7	20%	4	9%	1	12,5%	12	14%
Arma perfurocontundente	1	3%	2	4%	0	0%	3	3%
Força física	5	14%	3	7%	1	12,5%	9	10%
Sem instrumento	14	40%	32	71%	4	50%	50	57%
Não informado	2	6%	2	4%	0	0%	4	5%
Outros	1	3%	1	2%	0	0%	2	2%
Total	35	100%	45	100%	8	100%	88	100%

Fonte: GED (2011)

30. QUINTELA, Victor; STUMVOLL, Victor Paulo; DORCA, Luiz Eduardo Carvalho. *Criminalística*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2005. p. 113-116.

31. GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 28. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992. p. 449.

Gráfico 4 – Meios empregados x local da ocorrência



Fonte: GED (2011).

Da análise da Tabela 5 e Gráfico 4 percebe-se que na grande maioria dos casos apresentados, os estupradores submeteram suas vítimas à conjunção carnal, sem a necessidade de instrumentos (57%). Quanto ao local dos fatos, este percentual aumenta de 40% nos registros de incidentes em vias públicas para 50% em propriedades agrícolas e 71% em residências particulares.

3.4 Idade dos autores

Quanto à idade dos autores do delito de estupro, esta foi calculada tendo por referências os anos de nascimento e o ano da autuação do inquérito policial. Portanto as faixas etárias constantes na Tabela 6 e Gráfico 5 dizem respeito ao tempo de vida do autor, quando da instauração do respectivo inquérito policial.[32]

Tabela 6 – Distribuição da idade x local da ocorrência – DF

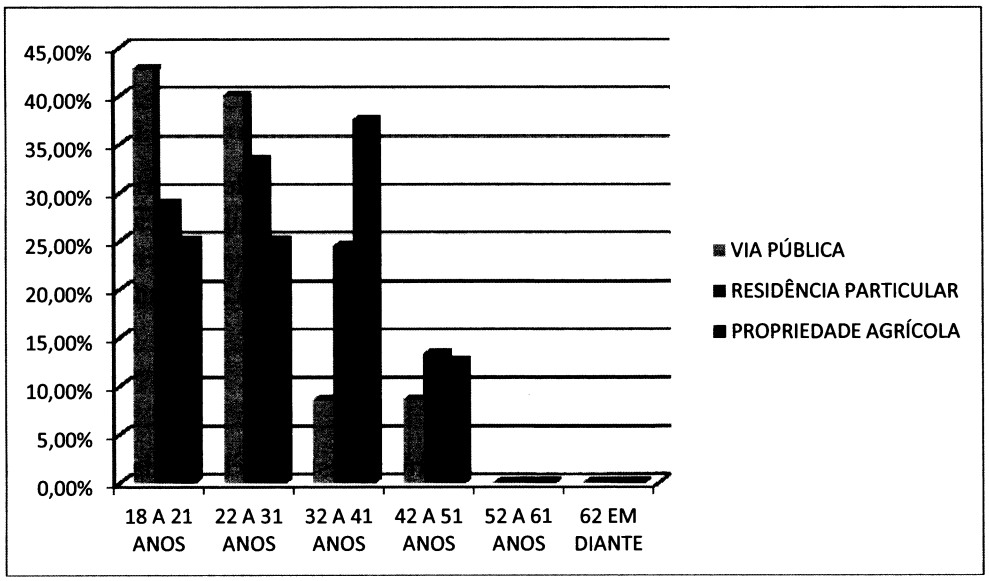
Local	Via pública		Res. particular		Prop. agrícola		Geral	
Idade	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Total	Percentual
18 a 21 anos	15	42,86%	13	28,89%	2	25,00%	30	34,09%
22 a 31 anos	14	40,00%	15	33,33%	2	25,00%	31	35,23%
32 a 41 anos	3	8,57%	11	24,44%	3	37,50%	17	19,32%
42 a 51 anos	3	8,57%	6	13,33%	1	12,50%	10	11,36%

32. Foi adotada a dinâmica: ano autuação do IPL (menos) ano de nascimento do indiciado, em decorrência do fato de que em diversos boletins, os campos de data do fato (dia/mês/ano) não eram preenchidos, ao contrário dos campos de data de autuação e data de nascimento, que sempre foram anotados.

Local	Via pública		Res. particular		Prop. agrícola		Geral	
Idade	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Total	Percentual
52 a 61 anos	0	0%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%
62 em diante	0	0%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%
Total	35	100%	45	100%	8	100%	88	100%

Fonte: GED (2011)

Gráfico 5 – Idade x local da ocorrência



Fonte: GED (2011).

A maioria dos indiciados, quando da instauração do inquérito policial, era composta por indivíduos jovens, entre 18 e 31 anos (69,32%). Este percentual tende a variar consoante a localidade, passando para 82,86% nos casos de crimes de estupro em via pública, 62,22% nos casos de estupros em residências particulares e 50% nos casos que ocorrem em propriedades agrícolas. Cabe destacar ainda o percentual de 37,50% de ocorrências na faixa etária de 32 a 41 anos, quando em ambiente dito rural. Percebe-se ainda que na faixa etária de 52 anos e acima disto, não foram registradas ocorrências.

3.5 Grau de instrução

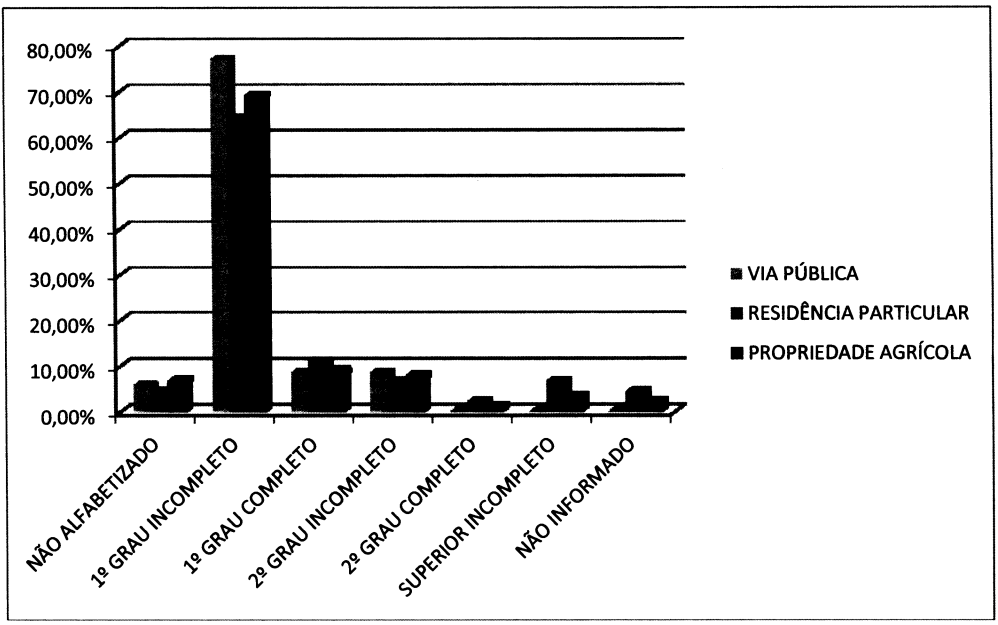
Uma avaliação do grau de escolaridade dos indiciados também foi realizada, tendo como resultados obtidos os elencados na Tabela 7 e Gráfico 6:

Tabela 7 – Distribuição do grau de instrução x local da ocorrência – DF

Local	Via pública		Res. particular		Prop. agrícola		Geral	
Grau de instrução	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Total	Percentual
Não alfabetizado	2	5,71%	2	4,44%	2	25,00%	6	6,82%
1º Grau incompleto	27	77,14%	29	64,44%	5	62,50%	61	69,32%
1º Grau completo	3	8,57%	5	11,11%	0	0,00%	8	9,09%
2º Grau incompleto	3	8,57%	3	6,67%	1	12,50%	7	7,95%
2º Grau completo	0	0,00%	1	2,22%	0	0,00%	1	1,14%
Superior incompleto	0	0,00%	3	6,67%	0	0,00%	3	3,41%
Não informado	0	0,00%	2	4,44%	0	0,00%	2	2,27%
Total	35	100%	45	100%	8	100%	88	100%

Fonte: GED (2011)

Gráfico 6 – Grau de instrução x local da ocorrência



Fonte: GED (2011).

Grande parte dos indiciados pelo crime de estupro declarou não ser alfabetizado (6,82%), ou não concludente sequer do primeiro grau (69,32%). Somando estas duas situações, teremos o quantitativo de 76,14% dos casos (69 registros).

Especificamente, quanto ao local da ocorrência, podermos informar que a situação supracitada é de 82,85% nos casos de crimes em via pública; 68,88% e 87,50% nos registros em residência particular e propriedade agrícola, respectivamente.

3.6 Estado civil

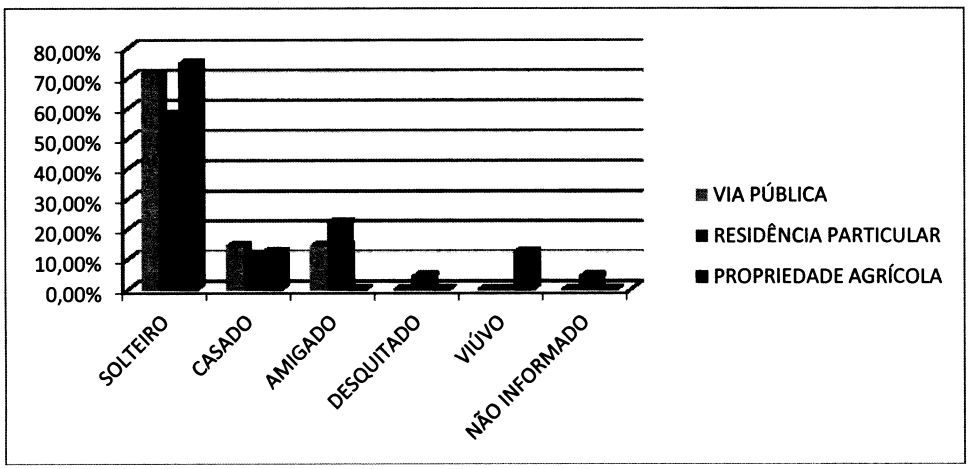
Em face das características do delito, uma abordagem quanto às uniões afetivas também é um critério de análise interessante e para tanto foi utilizada como variável o estado civil dos indiciados, como ilustram as Tabelas 8 e Gráfico 7.

Tabela 8 – Distribuição do estado civil x local da ocorrência – DF

Local	Via pública		Res. particular		Prop. agrícola		Geral	
Estado civil	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Total	Percentual
Solteiro	25	71,43%	26	57,78%	6	75,00%	57	64,77%
Casado	5	14,29%	5	11,11%	1	12,50%	11	12,50%
Amigado	5	14,29%	10	22,22%	0	0,00%	15	17,05%
Desquitado	0	0,00%	2	4,44%	0	0,00%	2	2,27%
Viúvo	0	0,00%	0	0,00%	1	12,50%	1	1,14%
Não informado	0	0,00%	2	4,44%	0	0,00%	2	2,27%
Total	35	100%	45	100%	8	100%	88	100%

Fonte: GED (2011)

Gráfico 7 – Estado civil x local da ocorrência



Fonte: GED (2011).

Dentre os resultados apresentados, 64,77% do total de indiciados são solteiros. Indivíduos casados correspondem a 12,50% do total e amigados 17,05%. Por local da ocorrência, o número de indivíduos solteiros passa a ser ainda maior quando o crime é cometido em via pública ou propriedade agrícola (71,43% e 75%, respectivamente).

3.7 *Outros delitos*

A existência de outros crimes que ocorrem na mesma ação em que o estupro se consuma pode ser de grande importância da compreensão dos objetivos visados pelos respectivos autores dos atos. Dentro do grupo de 88 incidências analisadas, foram selecionados os seguintes fatos para o estabelecimento de levantamentos: atentado violento ao pudor (art. 214 do CP),[33] roubo (art. 157 do CP),[34] lesões corporais (art. 129 do CP)[35] e presunção de violência contra menores (art. 224, *a*, do CP).[36] A quantidade de casos e os respectivos crimes concomitantes encontram-se elencados na Tabela 9.

Tabela 9 – Crimes cometidos em concomitância ao estupro – DF

Local	Via pública		Res. particular		Prop. agrícola	
Fato concomitante	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual	Freq.	Percentual
Atentado violento ao pudor	11	31%	14	31%	1	13%
Roubo	8	23%	2	4%	2	25%
Lesões corporais	2	6%	0	0%	0	0%
Violência contra menor	1	3%	11	24%	0	0%

Fonte: GED (2011)

Os resultados apresentados demonstram que nas vias públicas, em 31% das ocorrências cometeu-se ainda o então delito de atentado violento ao pudor. Em 23% dos crimes neste mesmo tipo de ambiente, as vítimas foram submetidas ainda ao crime de roubo. Perceba que nestes casos, somente 3% das vítimas foram menores.

Quanto às residências particulares, também 31% das ocorrências manifestam o delito de atentado violento ao pudor de maneira conjunta. Todavia, nestes casos a violência contra menores atinge 24% dos registros, ao contrário do crime de roubo, com somente 4% das incidências.

Nas propriedades agrícolas, prevalecem em concomitância com o estupro o roubo (25%) e atentado violento ao pudor (13%).

33. "Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal." DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 396.
34. "Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência." Idem, p. 305.
35. "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem." Idem, p. 237.
36. "Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: (a) não é maior de 14 anos (...)." Idem, p. 409.

4. DISCUSSÃO

Para uma melhor discussão dos resultados aqui apresentados, cumpre preliminarmente conhecer alguns estudos comparativos nacionais já realizados, sempre situando o fenômeno do estupro, sob os preceitos da criminologia, em especial da criminologia ambiental, pois segundo Brantingham:[37]

"El enfoque de la criminologia ambiental centra su atención en el estudio criminológico sobre el medio ambiente e factores del entorno que pueden influir en la actividad delictiva. Se incluyen el espacio (geografia), el tiempo, el delito, el delincuente y la víctima u objetivo. Estos cinco componentes son una condición necesaria y suficiente ya que, sin uno de ellos, os otros cuatro – incluso juntos – no constituyen un incidente delictual".

Neste contexto, o triangulo do delito[38] é muito elucidativo ao demonstrar que dentre os lados do triângulo que simbolizam o problema do crime temos como objeto de estudo: o local, seu ofensor e a vítima (Figura 1). Portanto, atuando sobre um ou mais destes flancos, pode-se impedir o ato delitivo.

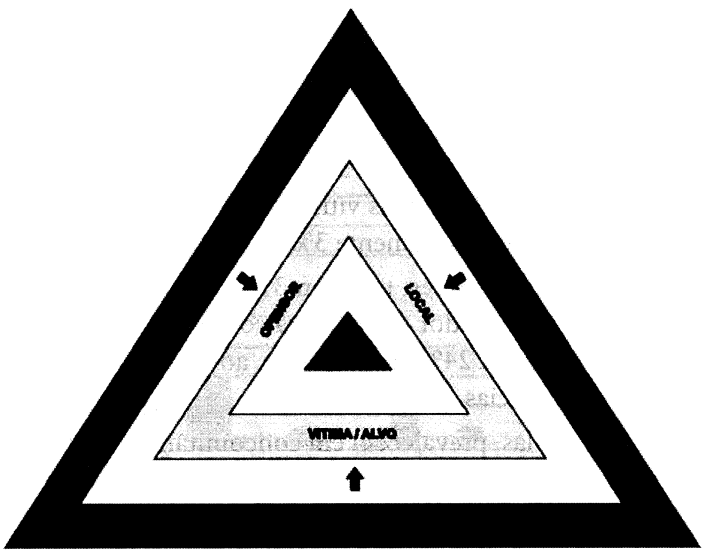


Figura 1 – Triângulo do delito

37. BRANTINGHAM, P. J.; BRANTINGHAM, P. L. *Environmental criminology.* 1991. Apud SCARPA, Martha Sepúlveda. *Análisis delictual: conceptos básico. Análisis delictual: enfoque y metodologia para la reducción del delito.* 1. ed. Chile: Fundacion Paz Ciudadana, ago. 2010. p. 62.

38. ECK, Jonh E.; CLARKE, Ronald V. Op. cit., p. 38, nota 26.

Quanto ao espaço e tempo, bem como o local do evento, Pimentel et al.,[39] em estudo realizado tendo por fonte 50 casos de processos brasileiros datados entre 1985 e 1994, destacam que:

"(...) a maioria (56%) teria ocorrido no fim de semana, entre 6.ª e 2.ª feira, 20% entre 3ª e 5ª, (...) Quanto ao período do dia em que teriam ocorrido os estupros, consta que a maioria (58%) teria se dado durante a noite (32%) – das 18:01 às 24:00 – e durante a madrugada (26%) – das 24:01 as 06:00. Outros 32% teriam ocorrido durante o dia – 8% pela manhã (entre 06:01 e 12:00) e 16% à tarde (entre 12:01 e 18:00). (...) Quanto ao local dos 50 estupros ora pesquisados, consta que 54% teriam ocorrido em espaços públicos, tais como becos, terrenos baldios, ruas; e 46% em locais privados, geralmente no interior das casas das vítimas, de réus ou de ambos, quando parentes. Nesta categoria de 'locais privados' também foram incluídos estupros ocorridos no interior de veículos".

De maneira semelhante, no presente trabalho referente ao Distrito Federal, teremos 63% dos registros no período citado (sexta a segunda). Quanto ao horário dos fatos, 58% das ocorrências também se deram no período noturno (18 às 5h59min).

Todavia se levarmos em consideração o ambiente, veremos que existe o predomínio do delito no Distrito Federal no período noturno (18 às 5h59min) nas vias públicas (71%) e nas propriedades agrícolas (38%), fato que não ocorre quando o cometimento é nas residências particulares (51% dos fatos no período de 18 às 5h59min e 49% entre 6 e 17h59min).

Pimentel et al.[40] também menciona os meios empregados, ao relatar que "em 60% dos casos, consta que o indiciado agrediu a vítima sem usar instrumentos como armas, cordas ou outros objetos e em 36% houve o emprego de algum instrumento, não constando qualquer informação em 4% dos casos".

Rovinski[41] relata que nos casos de mulheres vítimas de violência:

"Os resultados mostram que o agressor geralmente não usa instrumentos durante a agressão (43,6%), mas quando o faz têm a preferência por objetos cortantes – facas (26,4%) – e contundentes (20,0%) – objetos da própria casa. A arma de fogo foi utilizada em 17,3% dos casos.

A distribuição das respostas frente a esta questão apresenta-se de forma diferente para os dois subgrupos da amostra. Enquanto mulheres vítimas de maus-tratos

39. PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou "cortesia"? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998. p. 79-82.

40. Idem, p. 81.

41. ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. Op. cit., p. 143-144, nota 3.

relatam com maior frequência que seus agressores não utilizam nenhum tipo de arma (49,3%), as vítimas de violação sexual salientam o uso de arma de fogo (35,9%). A soma das respostas apresenta frequência superior ao número de sujeitos porque, em vários casos, foram utilizados mais de um instrumento para a agressão.

(...)

Outro aspecto levantado foi a alta incidência de ameaça verbal associado às vitimizações (87%), principalmente quanto ao fato de as vítimas virem a denunciá-los. Estes dados são indicadores da importância do fator estressante da vitimização, em que há percepção clara por parte das vítimas de ameaça a sua integridade física e emocional".

Nos casos do Distrito Federal, a ausência de instrumento está consignada em 57% dos registros, sendo que podem ser acrescidos outros 10% relacionados ao uso da força física, perfazendo um total de 67% dos casos analisados. Armas cortantes ou perfurantes dizem respeito a 14% das incidências e o uso de arma de fogo, acrescido do conceito de arma perfurocontundente estão relacionados a 12% do total.

Todavia, mais uma vez o elemento "ambiente" proporciona alterações nos percentuais, pois se observarmos a ocorrência do estupro em residências particulares, o valor relacionado tão somente à variável "sem instrumento" sobe para 71% dos casos; decaindo para 40% das incidências em vias públicas no DF.

Explicações para esta alta incidência de casos de estupro, sem o uso de um instrumento específico no cometimento do delito, podem ser levantadas com o auxílio de Rovinski[42] ao expor que 84,2% das vítimas relataram "medo de morrer", tendo por consequência um alto índice de reação passiva (69,2%) neste perfil de vítima. Já Pimentel et al.,[43] citando Susan Brownmiller, alertam que:

"Na opinião desta autora, muitas mulheres foram predominantemente educadas e condicionadas a se submeterem a agressões e violências como se tais fatos fossem fatalidades, ou seja, em muitos casos, as agressões nuas, sem emprego de instrumentos, podem ser suficientemente eficazes para submeter uma mulher às violências de um estuprador".

Sensível contribuição pode ser oferecida para a compreensão deste fenômeno, na proporção em que acrescentarmos uma variável presente em 24% dos casos cometidos em residências: violência contra menores de 14 anos. A desnecessidade de uso de instrumentos pode estar em muitos casos relacionada a um temor reverencial da vítima, uma menor, ante seus agressores: indivíduos com possível autorida-

42. Idem, p. 145.

43. BROWNMILLER, Susan. *Le Viol*. 1976. Apud PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. Op. cit., p. 81, nota 38.

de sobre àquela, a exemplo de parentes próximos. Nestes casos, Pimentel et al.[44] lembram que "quanto aos locais privados e especialmente os domiciliares, é provável que, boa parte dos estupros que nestes ocorrem, os quais, geralmente, envolvem familiares, vizinhos e conhecidos, sejam menos socialmente visíveis e, consequentemente, os menos policial e judicialmente constatáveis e punidos".

Quanto ao concurso de crimes, Pimentel et al.[45] alertam para 16% de enquadramentos do crime de atentado violento ao pudor; sendo que este percentual aumenta para 18% quando da instauração do processo-crime. No presente trabalho, em 31% dos casos das violações cometidas em via pública, bem como em residências particulares, constatou-se também o então delito de atentado violento ao pudor.

Por outra vertente, apesar de não influenciar no estudo citado;[46] foram detectados 23% de estupros em via pública combinados com roubo; aumentando este percentual para 25% quando o crime ocorre em propriedades agrícolas. Douglas et al.[47] advertem para o fato de que estupro pode ser ou crime principal, ou um resultado secundário de um crime principal. Nos casos de roubo e estupro seria interessante compreender as reais intenções dos autores do delito para uma melhor definição do *modus operandi*. O tipo de arma empregado pode ser um forte indicativo destas intenções do agente. Nos casos sob análise, das 12 incidências que envolviam o crime de roubo em 7 delas encontraremos o uso de arma de fogo. Em todos os demais 76 registros em que não estava relacionada na ação o crime de roubo, somente em 2 casos encontraremos relatos do uso de objeto perfurocontundente e arma de brinquedo.

Pimentel et al.[48] também relacionam informações pertinentes a acusados, absolvidos e condenados pelo crime de estupro, tendo como resultados os seguintes percentuais quanto à escolaridade: 70% tinham apenas o 1° grau (completo e incompleto), 4% tinham o 2° grau e em 26% dos casos, não foi possível recuperar a informação. Já com relação à faixa etária, informam que:

44. Idem, p. 82-83.

45. Idem, p. 81.

46. Na pesquisa apresentada por Pimentel et al., deve-se levar em consideração o fato de que muitos inquéritos de estupro são distribuídos na justiça em função do tipo de delito investigado. Em muitos destes casos esta violação pode acabar sendo considerada um delito "secundário", como no caso do concurso com delitos contra o patrimônio, sendo estes julgados em varas próprias. Nestes casos é possível que deixem de ser computados os atos ocorridos contra a liberdade sexual em pesquisas sobre o tema, consoante a origem do objeto de estudo.

47. DOUGLAS, John E. et al. Op. cit., p. 200-201, nota 9.

48. PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. Op. cit., p. 74-75, nota 38.

"Quanto à idade dos indiciados à época do crime, consta que 8% tinham entre 18 e 21 anos, 56% estavam na faixa dos 22 aos 30 anos, 22% na faixa dos 31 aos 40, 10% na faixa dos 41 aos 50, 2% com idades entre 51 e 60 anos e 2% com 61 anos ou mais, portanto, a maioria (64%) tinha menos de 31 anos à época dos fatos.

Segundo o *Uniform Crime Report*, produzido pelo FBI, 61% dos autores de estupro nos Estados Unidos, por volta de 1975, tinham menos de 25 anos, sendo que o maior número deles situava-se na faixa dos 16 aos 24 anos (idem).

Menachen Amir também sustenta que a maioria dos estupradores norte-americanos, nos anos 1970, era jovem: 40% na faixa dos 15 aos 19 anos e, por conseguinte, tipicamente solteiros (Léon e Marga, 1995).

No México, Patrícia Mar Velasco (...) em estudo publicado em 1990, apontou que as idades mais susceptíveis à violência sexual em seu país situam-se entre a adolescência e os primeiros anos da maturidade, pois, lá, quase 3/5 dos denunciados eram menores de idade e 36% estavam na faixa dos 12 aos 17 anos (Velasco, 1990)".

Semelhantemente aos dados acima relatados, os resultados aqui levantados encontram consonância. Quanto à idade, 69,32% dos autores detinham entre 18 e 31 anos, quando da sua identificação criminal. Em 76,14% dos registros do DF, os indiciados afirmaram serem não alfabetizados, ou no máximo, alcançaram o primeiro grau de forma incompleta. Estes percentuais também se encontram acima da faixa de 70% em qualquer uma das situações analisadas: via pública, residência particular ou propriedade agrícola.

Para muitos criminólogos, mormente os da corrente radical,[49] este alto índice de indivíduos com baixa instrução tão somente demonstra o processo de rotulação de determinado grupo social marginalizado, uma vez que a baixa escolaridade nada mais é que o resultado da falta de acesso das classes sociais menos favorecidas ao sistema educacional.

"Para os radicais, as pessoas são rotuladas criminosas porque, assim as definindo, serve-se aos interesses da classe dominante. Estes afirmam que as pessoas das classes mais baixas são rotuladas criminosas e as da burguesia não, porque o controle da burguesia sobre os meios de produção lhes dá o controle do Estado, assim como da aplicação da lei."[50]

Considerando esta corrente de pensamento, o que poderia não estar ocorrendo seria o indiciamento dos autores classificados como representantes das classes média e alta e que, portanto, estariam acobertados pela cifra negra que envolve o tema.

49. Entendam-se aqui os partidários da criminologia crítica.

50. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 329.

Tal perspectiva não pode deixar de ser considerada, uma vez que o processo de vitimização nos crimes de estupro é muito estigmatizante.

Todavia é preciso cogitar que este relevante percentual de baixa escolaridade pode também representar, no caso dos estupradores, indicativos de uma inadaptação nos processos de socialização, sendo um exemplo a vivência escolar. Esta premissa pode encontrar algum reforço se analisado em conjunto com o estado civil destes mesmos indivíduos.

No vigente artigo constatou-se que 64,77% das notificações envolvem solteiros, e que este número aumenta quando os delitos são cometidos em vias públicas (71,43%). Diante desta evidência é possível cogitar também como um dos fatores geradores do comportamento em questão uma possível inadaptação para relações afetivas destes indivíduos enquanto adultos. Entretanto, somente estudos de caráter qualitativo e relacionados ao histórico de vida serão capazes de aprofundar na elucidação da questão.

Finalmente, cabe destacar que Pimentel et al.[51] apresentam resultados contrários ao acima exposto quanto à situação conjugal dos indiciados por estupro. Tais autores expuseram valores de 34% para solteiros, 36% para casados e 18% para amasiados. Esta divergência de constatações, mais uma vez justifica a necessidade de outras pesquisas sobre o tema.

5. CONCLUSÃO

Partindo-se dos postulados da criminologia ambiental, constata-se a eficiência da analise criminal na determinação de padrões que facilitam a atuação dos organismos de segurança pública, seja no processo investigativo ou principalmente, na sua atuação preventiva.

No presente artigo sob a perspectiva do triângulo do crime, ao analisar o lugar em que o crime de estupro é cometido no âmbito do Distrito Federal, o ambiente deve ser levado em consideração como um fator decisivo para o controle deste tipo de delito.

Constatou-se, da amostra estudada, que no Distrito Federal 71% dos crimes de estupro ocorrem em via pública tendo por horário o período noturno, entre 18 e 5h59min, com prevalência nos finais de semana (sábado e domingo) e excepcionalmente as quintas-feiras. Em 40% das vezes o autor não necessita de instrumentos para dominar suas vítimas. Em 31% das vezes a vítima é submetida ainda a algum outro ato libidinoso, e em 23% das ocorrências, ainda é roubada.

51. PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. Op. cit., p 75, nota 38.

Quando o crime é cometido em residência particular, existe o predomínio do período da tarde ou da madrugada, com 64% de anotações para estes momentos no dia. Existe, todavia, uma distribuição mais homogênea entre os dias da semana, com a prevalência da segunda-feira (24%). Quanto aos meios empregados, é ainda maior a ausência de instrumentos, com 71% dos registros. Nas residências, também é relevante o índice de atentado violento ao pudor[52] conjugado ao estupro (31%), alertando para o fato de que neste ambiente é alta a violência contra menores (24%).

Nas propriedades agrícolas, apesar da pequena amostra (8 casos) sobressaem os períodos da tarde/noite para o cometimento da violação. A sexta se destaca. A ausência de instrumentos encontra-se listada em 50% dos registros. Como crimes concomitantes prevalece o roubo (25%), seguido do atentado violento ao pudor (13%).

Os dados pertinentes ao autor dos fatos (outra face do triângulo do crime) demonstram que nos crimes em vias públicas predomina a idade de 18 a 31 anos, sendo indivíduos solteiros e com o primeiro grau incompleto. Já para os que atuam em residências particulares e propriedades agrícolas, a faixa etária predominante passa a ser de 22 a 41 anos, também solteiros e com o primeiro grau incompleto.

No âmbito da analise criminal tática[53] o presente artigo oferece os primeiros direcionamentos de atuação ao confirmar padrões diferenciados para os estupros cometidos em ambientes com maior possibilidade de controle formal,[54] como nos casos ocorridos em via pública; em situação diversa aos cometidos em residências particulares ou propriedades agrícolas, locais estes de menor acesso pelos órgãos de segurança. Para os primeiros (vias públicas) faz-se possível um maior monitoramento por meio da distribuição e alerta dos efetivos policiais nos dias e horários críticos, bem como o repasse de orientações à população quanto aos dias e horas de maior risco. No segundo caso (residências particulares e propriedades agrícolas) a solução deveria ser acrescida de um trabalho conjunto com os organismos infor-

52. Mesmo tendo desaparecido do Código Penal como tipo penal, percebe-se o quanto esta informação é relevante para outras áreas do conhecimento: sabendo-se que a vítima é uma mulher, pode-se constatar que a mesma foi submetida de maneira forçada a outros atos violentos, que invariavelmente repercutirão no seu corpo e na sua percepção enquanto pessoa. Compreender os motivos destes atos diversos da conjunção carnal deve ser objeto de estudo para outras ciências, como a sociologia, psicologia e a própria análise criminal. Compreender é o primeiro passo para se evitar.

53. Identificação de padrões criminais, condução de investigações, identificação de suspeitos e esclarecimento de casos.

54. A exemplo dos órgãos de segurança pública do estado, como as forças policiais.

mais de controle criminal,[55] para o acompanhamento e denúncia de situações suspeitas, *lembrando que praticamente 1/4 das vítimas em residências particulares são meninas*, indivíduos em processo de formação e que necessitam de uma especial atenção estatal.

Para os fins almejados pela analise criminal estratégica,[56] o Sinic demonstrou poder oferecer informações sobre o quantitativo de indiciamentos por crime de estupro ao longo dos anos, possibilitando pesquisas específicas para cada estado ou mesmo municípios, do país. Permite assim cálculos estatísticos, como o de medidas de tendência central, bem como de dispersão, facilitando a compreensão e monitoramento de fenômenos delitivos específicos ao longo dos anos.

Particularmente no presente trabalho ficou demonstrada uma uniformidade nos números de indiciamentos de estupradores ao longo destes 11 anos (1994-2004) no Distrito Federal, uma vez que a média (145,27), a moda (145) e a mediana (145) permaneceram muito próximas. Sob esta perspectiva temos uma indicação de estabilidade do fenômeno estudado. Não obstante, estes números podem informar também a existência de variáveis que atuariam para perpetuação do delito de estupro e que estariam fora do alcance de atuação dos órgãos de controle formal. Demonstraria assim um "esgotamento" dos recursos gerenciais normalmente aplicáveis na constante tentativa de diminuição das incidências de violação, por parte das instâncias de controle estatal. Podem caracterizar, ainda, uma necessidade de atuação dos gestores públicos em outras frentes, como nas políticas sociais que fortaleçam o controle informal sobre este tipo de delito, vislumbrando iniciativas que possam ir além das estratégias já usualmente desenvolvidas pelos organismos de segurança pública.

Um exemplo desta possibilidade é o fortalecimento de políticas preventivas voltadas para o aprimoramento de um processo educacional que valorize as inter-relações humanas e objetive uma maior integração psicossocial, com a consequente internalização por parte dos indivíduos, de valores humanitários que respeitem os direitos das mulheres e crianças enquanto membros do nosso corpo social. É uma ação complexa, mas possível de ser realizar.

No aspecto acadêmico ressaltamos que para fins de consolidação dos argumentos aqui discutidos, mostrar-se-ia muito interessante o confronto destes resultados com outros estudos envolvendo bancos de dados diferentes, a exemplo dos de boletins de ocorrência ou mesmo de inquéritos instaurados para apurar violações, porém sem indiciamentos.

55. Vizinhos, escola, igreja etc.

56. Determinação de identificação de padrões em longo prazo.

Finalmente cabe destacar a plena capacidade do Sistema Nacional de Informações Criminais em agrupar dados referentes ao *modus operandi* de indiciados, incluindo informações sobre o ofensor, o local dos fatos e das vítimas, permitindo assim que o Sinic permaneça como uma rica referência para as mais diversas pesquisas acadêmicas e investigações criminais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei 3689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm]. Acesso em 4 jan. 2012.

BRITO, Maria Perpétua Rocha. Sistema Nacional de Informações Criminais – Sinic. *Impressões*. n. 3. p. 75. Brasília, jul. 1999.

DANTAS, George Felipe de Lima et al. *A análise criminal como instrumento da gestão integrada da segurança pública. Curso de inteligência de segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça, [200?]

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 961 p.

DOUGLAS, John E. et al. *Crime classification manual*. New York: Lexington Books, 1992.

ECK, Jonh E.; CLARKE, Ronald V. Análise de crime para solucionadores de problemas em 60 pequenos passos. Disponível em [www.popcenter.org/library/reading/PDFs/60steps-portuguese.pdf]. Acesso em: 4. jan. 2012.

GOMES, Helio. *Medicina legal*. 28. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992. 708 p.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 311 p.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou "cortesia"? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998. 288 p.

QUINTELA, Victor; STUMVOLL, Victor Paulo; DORCA, Luiz Eduardo Carvalho. *Criminalística*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2005. 338 p.

RICHARDSON, Robert Jarry et al. *Pesquisa social, métodos e técnicas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 334 p.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 271 p.

SCARPA, Martha Sepúlveda. *Análisis delictual: conceptos básico. Análisis delictual: enfoque y metodologia para la reducción del delito*. 1. ed. Chile: Fundacion Paz Ciudadana, ago. 2010.

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Curso à distância em investigação de estupro*. Brasília, 2011. Disponível em: [http://ead.senasp.gov.br]. Acesso em: 15 dez. 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. 384 p.

SOUZA, Nelson Gonçalves de; DANTAS, George Felipe de Lima. A integração de sistemas de informação: base para a gestão do conhecimento, inteligência policial e análise criminal. In: Seminário "Inteligência & Criminalidade de Massa", 2004. *Curso de inteligência de segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

SUDÁRIO, Sandra; ALMEIDA, Paulo César de; JORGE, Maria Salete Bessa. Mulheres vítimas de estupro: contexto e enfrentamento desta realidade. *Psicologia & sociedade*. set.-dez. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/psoc/v17n3/a12v17n3.pdf]. Acesso em: 3 jan. 2012.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA. Curso de Pós-Graduação em Análise Criminal. Brasília, 2010. Disponível em: [www.catolicavirtual.br/]. Acesso em: 15 dez. 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Estupro e atentado violento ao pudor – Violência real e presumida, de José Carlos Scalambrini Carneiro – *RT* 741/521 (DTR\1997\315);
- Estupro e atentado violento ao pudor, nas formas típicas simples, são hediondos?, de Damásio E. de Jesus – *RT* 789/506 (DTR\2001\349);
- Estupro: um crime falsamente complexo, de Carlos Alberto Marchi de Queiroz – *RT* 712/509 (DTR\1995\96);
- O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP), de Guilherme de Souza Nucci, Jamil Chaim Alves, Rafael Barone, Juliana Burri, Patrícia Cunha e Raphael Zanon – *RT* 902/395, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/59 (DTR\2010\923); e
- O estupro simples como crime hediondo. considerações ante a nova composição do Supremo Tribunal Federal, de Lya Rachel Brandão E Mendes Pinheiro – *RT* 821/475 (DTR\2004\180).

84681

A PROPÓSITO DE SE AFERIR A LEGITIMIDADE DE INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL (A PARTIR DE UMA ANÁLISE SOBRE A DIGNIDADE PENAL DO BEM JURÍDICO QUE SE PRETENDE TUTELAR)

APROPOS TO ASSESS THE LEGITIMACY OF PENAL LAW INTERVENTION (FROM AN ANALISYS ABOUT THE PENAL DIGNITY OF THE LEGAL INTEREST INTENDED TO BE PROTECTED)

KARLA PADILHA REBELO MARQUES

Mestre em Direito Público – UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra-Portugal (início em 2013/2014). Professora convidada em cursos de pós-graduação da FEJAL – Cesmac (Maceió/AL). Ex-Professora substituta concursada da UFAL – Universidade Federal de Alagoas. Membro da ASC – The American Society of Criminology. Pesquisadora Visitante do Max Planck Institute, Freiburg, Deutschland, nos períodos de 03 e 04/2015 e 04 e 05/2016. Associada do IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Investigadora em Projeto do IDPEE – Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu. Promotora de Justiça Criminal de Alagoas. karlapadilha@ig.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: Este artigo presta-se a analisar critérios que se possam revelar úteis à identificação da dignidade penal de bens juridicamente tutelados, de modo que se verifique a conveniência de criminalização de condutas, com foco no delito de lavagem de capitais. O estudo se centra na teoria do bem jurídico e na sua utilidade para mensuração do grau de danosidade ou ofensividade social de certos comportamentos, sob a perspectiva de se aplicar o princípio da proporcionalidade na aferição da legitimidade da intervenção penal, com base na teoria do garantismo integral. Estuda-se ainda o papel do Legislativo e do Judiciário na busca da justa medida da carência de tutela penal. Tudo sob inspiração nos valores insculpidos nas Cartas Constitucionais, por meio de um estudo comparado dos direitos brasileiro e lusitano, em termos legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico – Dignidade penal – Lavagem de capitais – Princípio da proporcionalidade – Garantismo integral

ABSTRACT: The objective of this paper is to analyze criteria that can be considered useful to identify the penal dignity of protected legal interests, so that It can make possible to verify the convenience of criminalization, focused on money laundering crime. This study concentrates on legal interest theory and its efficiency to measure the social damage effects or offensiveness of certain behaviours, from the perspective of applying the proporcionality principle in search of the legitimacy of criminal intervention, based on full garantism theory. It also studies the role of Legislative and Judiciary in the search of the right size of lack of penal intervention. All under the inspiration of values inserted in the Constitutions, through a comparative study of Brazilian and Portuguese laws, in legislative, doctrine and case-law terms.

KEYWORDS: Legal interest – Penal dignity – Money laundering – Proporcionality principle – Full garantism.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. A propósito de se aferir a legitimidade de intervenção do direito penal (a partir de uma análise sobre a dignidade penal do bem jurídico que se pretende tutelar) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 273-302. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A teoria do bem jurídico como elemento aferidor da legitimidade jurídica das normas penais (ou o direito penal do bem jurídico) – 3. A legitimidade da intervenção penal testada a partir das decisões dos tribunais constitucionais, sob a égide da teoria do bem jurídico – 4. A criminalização da lavagem de capitais inspirada nos novos paradigmas do direito penal econômico – O desafio entre a superação da tradicional tutela clássica do direito plasmado nos direitos individuais da personalidade e a necessidade de contenção do direito penal – 5. À guisa de conclusão – Em busca da justa medida para a intervenção do direito penal enquanto solução adequada e suficiente à proteção da sociedade e ao cumprimento dos objetivos maiores insculpidos na Constituição – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A temática que se dedica ao estudo dos limites e meandros da intervenção do direito penal longe está de atingir patamares de univocidade. A própria evolução social se encarrega de alterar as cargas valorativas em todas as searas do conhecimento e das relações humanas, a ponto de imprimir um conteúdo dinâmico ao direito – leia-se: sistema jurídico – que chega ao empós e a reboque das demandas e reclamos comunitários por equilíbrio e paz, com a pretensão de viabilizar um rearranjo no sistema vivo das condutas perpetradas pelo homem, quando se identificam ameaças ou "quebras" às regras que norteiam o bom convívio social.

Nesse contexto, o direito penal reserva-se a atuar apenas diante das hipóteses mais gravosas, que representem demandas justificadoras da necessidade de imposição de sanções penais, como forma de se prevenir eficazmente a reiteração delitiva, salvaguardando-se, assim, certa harmonia social, por meio da garantia de parâmetros aceitáveis de criminalidade, partindo-se da consciência resignada de que o fenômeno criminal é imanente à natureza humana e irá sempre permear qualquer ambiente de interação comunitária.

Atualmente, tendo-se em conta os reclamos que hodiernamente são lançados, no sentido de se buscar no Estado a adequada proteção do cidadão, tanto em face do próprio Poder Público quanto de terceiros, aliados a uma sensação de insegurança generalizada, sobretudo nos países em que a desigualdade econômica e social se faz mais presente – como é o caso do Brasil – está-se a repensar o atual modelo posto, que se prestaria a apresentar caminhos direcionados a uma solução possível para conflitos que abalam o equilíbrio social e coletivo.

Diante de tal moldura histórica e política, exsurge a teoria do bem jurídico como ferramental que se presta a oferecer parâmetros, com certo grau de segurança e coerência material, visando apresentar subsídios que se propõem a auxiliar o legislador – num primeiro momento – e, em última análise e de forma residual, o aparato jurisdicional incumbido do controle de constitucionalidade, a aferir se a intervenção penal voltada à garantia e proteção dos direitos insculpidos explicita ou implicitamente na Carta de direitos e garantias fundamentais – tanto individuais quanto coletivos ou transindividuais – está sendo implementada numa medida que

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. A propósito de se aferir a legitimidade de intervenção do direito penal (a partir de uma análise sobre a dignidade penal do bem jurídico que se pretende tutelar) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 273-302. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

possa ser admitida como razoável e adequada, com base no reconhecimento da dignidade jurídico-penal do bem a ser tutelado.

Em face dos desafios que diuturnamente se nos apresentam, voltados à mitigação da problemática ínsita à moderna criminalidade, há também que se questionar acerca da possibilidade de se construir uma hierarquização[1] (em escala axiológica) que possa anunciar os bens jurídicos passíveis (merecedores) de tutela jurídico-penal. Indo mais além, no presente trabalho também se buscará discutir se o "decisionismo" do Poder Legislativo poderia, por via inversa, ser igualmente monitorado, a partir da ideia da suposta existência de mandados implícitos ou explícitos de criminalização que possam defluir dos preceitos contidos na Carta Constitucional, com base na teoria do garantismo integral, que imprime solução de "mão dupla" ao princípio da proporcionalidade. Nesse diapasão, deverá ainda constar a necessidade de que se identifique nessa temática um perfil dinâmico e um conteúdo multidisciplinar, o que lhe suscita níveis de complexidade ainda mais densos, emergentes das experiências diuturnas que, não raro, apontam para o seu mau uso pelos órgãos legislativos, a partir de uma demanda midiática de urgência, calcada em premissas equivocadas, como a que sugere a política de tolerância zero, que em nada resultou de positivo quando se está a falar na redução dos índices de criminalidade a níveis aceitáveis.

Com supedâneo na ideia basilar da subsidiariedade do direito penal, que resulta no princípio da máxima restrição das penas, pretende-se também analisar o comportamento da doutrina e jurisprudência, em Portugal e no Brasil, quando se trata de se lançar mão do direito criminal para fins de proteção e defesa de bens jurídicos. Finalmente, o trabalho também se prestará a analisar, como estudo de caso, mas sem pretensões de se esgotar o tema, o crime de lavagem de capitais e sua positivação no direito penal português e brasileiro, dentro da problemática do direito penal econômico, a fim de que se possa, em um tipo legal concreto, testar – ainda que perfunctoriamente – alguns conceitos e elementos doutrinários e jurisprudenciais explorados, de forma a se aferir a pertinência da criminalização ali posta.

2. A TEORIA DO BEM JURÍDICO COMO ELEMENTO AFERIDOR DA LEGITIMIDADE JURÍDICA DAS NORMAS PENAIS (OU O DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO)

Roxin[2] assinala o marco histórico da 2.ª Guerra Mundial como o período em que a ciência jurídico-penal alemã começou a construir parâmetros voltados ao estabelecimento de limites à intervenção penal, a partir da teoria do bem jurídi-

1. STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: [www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf]. Acesso em: 20.11.2013. p. 4.

2. ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria del bien juridico*. Madrid:Marcial Pons, 2007. p. 444-445.

co,[3] excluindo, portanto, de sua esfera de intervenção crenças políticas ou morais, doutrinas religiosas, ideologias ou meros sentimentos, o que fez subtrair da seara criminal comportamentos então considerados desconformes com os padrões vigentes de moralidade,[4] em face da constatação de ausência de violação a bem jurídico. Inicialmente, a fim de se aferir a função e os limites do direito penal, há de se partir da premissa de que o conceito material de crime[5] situa-se para além da esfera do direito penal legislado.[6]

Noutras palavras, é como se tal conceito fosse previamente disponibilizado ao legislador,[7] impondo-se como um padrão crítico tanto do direito posto quanto daquele *de lege ferenda*, no sentido de se lhe apresentar caminhos críticos sobre o que pode e/ou deve permanecer dentro ou fora do alcance do direito penal. Inicialmente, a noção de bem jurídico[8] esteve associada a uma proteção, concedida pelo direito penal clássico, em relação aos interesses individuais, como a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio.

Nesse diapasão, o Estado somente poderia interferir, lançando mão da imposição de limites à liberdade, por meio da cominação de penas, quando tais esferas de direitos estivessem ameaçadas de lesão por condutas de terceiros. Posteriormente, com a evolução e extensão do rol de direitos e garantias catalogados nas Cartas Constitucionais e igualmente inseridos na pauta dos valores axiológicos considerados relevantes para o convívio e equilíbrio sociais, novos bens jurídicos[9] foram se

3. Idem, p. 445.

4. Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que o direito penal possui uma aspiração ética, consistente na meta de garantir a segurança, evitando-se o cometimento e repetição de ações atentatórias, de modo intolerável, aos bens jurídicos penalmente tutelados. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral.* 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1, p. 93-94.

5. Associado à ideia dos *delicta in se* já referida no direito romano, como observa o Professor Figueiredo Dias. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime.* 2. ed. 2. reimpr. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 109.

6. Idem, p. 107.

7. Isso sem se descurar da ideia de que a penalização de uma conduta há que se sustentar em argumentos outros que não a mera vontade do legislador, como de resto se demonstrará ao longo deste trabalho. ROXIN, Claus. Es la protección de bienes... cit., p. 444.

8. Segundo Figueiredo Dias: "A expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso". DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal....* cit, p. 114.

9. Por isso o argumento de que os bens jurídicos não são necessariamente "dados" ao legislador, mas este também os cria, como, por exemplo, no caso dos impostos. ROXIN, Claus. Es la protección de bienes... cit., p. 448.

somando e alterando o perfil de tal concepção, com a agregação de bens igualmente dotados de dignidade penal, mas agora detentores de um perfil transindividual, coletivo ou difuso.[10]

Remanesce, portanto, a teoria do bem jurídico como instrumento idôneo à conformação de parâmetros indicadores das fontes e limites do *jus puniendi* estatal, malgrado deva se reconhecer que tal concepção deixou de ser elemento estruturado pela dogmática jurídico-penal, para se transformar em elemento estruturante e informador da política criminal do Estado.[11]

Outro aspecto a merecer análise é o critério de se identificar ou não na dignidade da pessoa humana um bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal. Roxin,[12] neste particular, resiste a tal tentativa, argumentando que a lesão da própria dignidade não supõe a lesão de um bem jurídico, propondo que se proceda a uma análise concreta do caso, a fim de aferir se há ou não bem jurídico digno de tutela penal. A partir do conceito de "dignidade penal"[13] se deflui a lógica de que só a possuem aqueles bens jurídicos comunitários cuja violação malfira aspectos essenciais da vida em sociedade e alcance elevada gravidade ética.

Assim, o delito não pode ser fruto do arbítrio do legislador, devendo toda norma penal possuir como pressuposto de validade a proteção de algum interesse ético-social relevante em certa contextura social.[14] Por outro lado, a diversidade de interesses em jogo em qualquer sociedade, muitas vezes conflitantes, faz realçar a necessidade e importância da fixação de instrumentos dotados de coercibilidade, na defesa dos bens jurídica e socialmente relevantes. Ademais, há de se reconhecer a função social do direito penal, consubstanciada na sua intervenção para a garantia de uma existência pacífica,[15] livre e socialmente segura, somente legítima quando

10. Aqui, também, de forma mediata, tais bens jurídicos repercutem em benefício do cidadão, individualmente considerado, ainda que por meio de atividades prestacionais do Estado. ROXIN, Claus. p. 448.

11. FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: FELDENS, Luciano. *A Constituição penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 382.

12. ROXIN, Claus. Es la protección de bienes... cit., p. 450.

13. Esta, precisamente, figura como o ponto de distinção entre ilícito penal e ilícito "sem mais". COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 2. fasc. 2. p. 196-197. Lisboa: Aequitas, 1992.

14. AZEVEDO, André Mauro Lacerda et al. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

15. Roxin refere-se à concepção do contrato social típico do movimento iluminista em que os cidadãos, titulares do poder, cederiam ao legislador prerrogativas penais no estrito limite

tais objetivos não logrem ser alcançados por outras medidas sociopolíticas menos invasivas da esfera de liberdade dos cidadãos.[16]

Ainda se acentuam dificuldades e controvérsias, apesar de toda a construção teórica já consolidada – sobretudo na doutrina alemã – em se definir com clareza um sistema teleológico racional que possa dar cabo à temática da infração penal, inserindo-se, nesse ambiente de incertezas, as noções de dignidade e carência de tutela penal.[17] Entretanto, parece que o caminho mais seguro estaria pautado nas ideias de Roxin e de Figueiredo Dias de que o direito penal só pode intervir na medida em que logre assegurar a proteção – necessária e eficaz – dos bens jurídicos fundamentais.[18] A propósito da teoria do bem jurídico,[19] Roxin sublinha que tal discussão, nos ordenamentos jurídicos francês e anglo-americano, não encontra qualquer amparo,[20] malgrado haja autores, neste último país, que apontem para a conveniência de que tais parâmetros pudessem vir a ser aplicados, de forma sistemática. Aduz, a propósito, que o sistema estadunidense do *harm principle*, em certa medida, guarda relação com a teoria do bem jurídico, porquanto se pauta em critérios de limitação da sanção criminal a condutas consideradas danosas.[21]

Nesse sentido, Roxin[22] opõe-se frontalmente às ideias de Jakobs, quando este último identifica que a finalidade do direito penal seria a reafirmação da vigência da norma, e não a proteção do bem jurídico. Vale concluir, nesse diapasão, que somente uma concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico[23] pode se revelar compatível com o conceito material de crime e, nesse sentido, apresentar-se como um padrão crítico legitimador dos processos legislativos de inserção e exclusão de

---

do quanto necessário à garantia dessa convivência pacífica, na hipótese de ausência de meios menos gravosos à liberdade individual. ROXIN, Claus. Es la protección de bienes... cit., p. 447.

16. Idem, p. 446-447.
17. COSTA ANDRADE, Manuel da. Op cit., p. 174-175.
18. Idem, p. 178.
19. Figueiredo Dias refere-se a verdadeiro princípio jurídico-constitucional implícito. DIAS, Jorge de Figueiredo. O "Direito Penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional. *Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 2008. XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa.* Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 36.
20. ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Trad. Susana Aires de Sousa, revista por Jorge de Figueiredo Dias, do original *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* ano 23. n. 1. p. 7-43. Coimbra, jan.-mar. 2013. p. 2.
21. Idem, p. 2.
22. Idem, p. 3.
23. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...* cit., p. 116.

certas condutas do universo do direito penal, mediante processos de criminalização e descriminalização, passíveis de monitoramento pelo Poder Judiciário. Pode-se ir além, concluindo que a noção de bem jurídico deve estar associada, de modo inexorável, à concretização dos valores constitucionais expressa ou implicitamente afetos aos direitos e deveres fundamentais e à ordem social, política e econômica,[24] ou seja, ao quanto essencial à subsistência de um estado de democrático de direito, de acordo com as opções que possam defluir do (con)texto constitucional de uma Nação.

Feitas as considerações acima, resta concluir pela necessidade de se estabelecer certo *standard* de potencialidade lesiva,[25] sobretudo quando se trata de interesses coletivos ou transindividuais emergentes, associado à constatação da insuficiência de outras formas de controle, a fim de que a intervenção penal possa ser reconhecidamente legítima, à luz da teoria do bem jurídico. Atento a critérios de ponderação, há de se partir da premissa de que, malgrado todo crime pressuponha uma danosidade ou ofensividade[26] social, a recíproca não é verdadeira.

Vale observar: nem toda danosidade há que reclamar a interferência do direito penal.[27] Isso porquanto algumas condutas, inobstante ostentem um considerável grau de ofensividade e danosidade social,[28] não obtêm na incriminação a melhor alternativa, em termos de política criminal, para o seu enfrentamento, o que estaria a excluir, em última análise, a legitimidade de sua tipificação penal. Ao direito penal, portanto, resta a função de tutela subsidiária (*ultima ratio*) de bens jurídicos investidos de dignidade penal,[29] noutras palavras, de bens jurídicos cuja lesão suscita a necessidade de inflição de pena, apesar de todas as possibilidades, em tese, disponibilizadas alternativamente para enfrentamento de tal lesão, por meio de outros ramos jurídicos menos invasivos e restritivos de direitos. Nessa seara, inafastável o uso do princípio da proporcionalidade, de matriz alemã, positivado art. 18.º, 2, da Constituição Portuguesa, o qual estatui que a lei somente poderá restringir os direitos, garantias e liberdades nas hipóteses fixadas na Constituição, *devendo as restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

24. Idem, p. 35.
25. AZEVEDO, André Mauro Lacerda et al. Op. cit., p. 20.
26. E essa ofensividade se traduz na ocorrência de lesões tangíveis ou de ameaças à integridade de um bem juridicamente tutelado, compatível com um direito penal liberal e idônea a justificar a incriminação legislativa, por uma norma penal. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* ano 4. fasc. 2. p. 154. Lisboa: Aequitas, abr.-jun. 1994.
27. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...* cit., p. 110.
28. Idem, p. 111.
29. Idem, p. 114.

Na Constituição brasileira, referido princípio não se encontra explícito, mas sua aplicação constitui-se atualmente em ferramenta inarredável de hermenêutica jurídica, sobretudo quando se está a tratar de restrição a bens e direitos fundamentais. O recurso a tal princípio encontra-se consolidado, na medida em que a análise circunstancial e casuística obtida a partir dos parâmetros por ele fornecidos disponibiliza ao jurista um *check list* capaz de conduzir a *standards* mais seguros de atuação e interpretação, notadamente quando se trata do direito penal e da violência intervencionista que ele encerra para o núcleo de liberdades do cidadão. Tradicionalmente, há de se lançar mão dos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Tratando-se de sua aplicação para aferição da legitimidade da intervenção penal, pode-se partir da análise da *necessidade,*[30] enquanto sinônimo da *carência* ou idoneidade da tutela penal. Noutras palavras, trata-se de aferir se a criminalização de determinada conduta, à luz da teoria do bem jurídico, revela-se necessária e consentânea com a desejada harmonia entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da maioria, consubstanciado pela positivação em matéria penal, a partir das opções legislativas operadas pelo Parlamento.

O segundo critério aferidor – a *adequação*[31] – reflete-se na exigibilidade de que se avalie, no caso concreto, se a opção legislativa operada (tratando-se da hipótese de criminalização de uma conduta) se apresenta adequada aos fins a que se propõe, restando inoportuna toda e qualquer tentativa de positivação penal que exacerbe tal margem limitada, a qual consiste na possibilidade de restrição a bens e direitos, por meio da intervenção penal. Noutras palavras, cuida-se aqui de perquirir se o diploma criminalizador positivado se revela idôneo à obtenção do fim pretendido,[32]

30. Trata-se de verificar se a opção do legislador pode ser considerada a melhor e única possibilidade viável para se alcançar a finalidade pretendida, com menor sacrifício pessoal para o cidadão. Noutras palavras, fala-se aqui da análise da relação custo-benefício, em cada decisão político-jurídica, na seara penal. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79-80. Alexy traduz o subprincípio ou a máxima da necessidade como *o postulado do meio mais benigno* e reproduz o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o assunto: "el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo". ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, rev. Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 112-114.

31. Princípio da "conformidade ou adequação de meios", de acordo com a doutrina alemã (*geeignetheit*). STUMM, Raquel Denize. Op. cit., p. 79.

32. Ou seja, traduz-se no exercício de um controle intrínseco de legiferação que possa analisar a pertinência lógica na relação meio-fim (instrumento escolhido-resultado pretendido). Tal sopesamento já é capaz, por si só, de afastar o legislador "onipotente, capaz de criar situações desarrazoadas ou até mesmo bizarras". BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Brasília Jurídica, 2000. p. 76-7.

ou seja, ao enfrentamento da violação a certo bem jurídico. Se assim, não o for, estar-se-á diante de uma norma restritiva de direitos *inconstitucional*.

Finalmente, a *proporcionalidade em sentido estrito* ou o princípio da aferição da justa medida: superados os parâmetros de sopesamento anteriores, faz-se necessário analisar se os fins pretendidos justificam os meios que se pretende empregar (*in casu*, dentro da esfera de *ultima ratio* do direito penal), com o fito de se conferir a proteção justa e adequada a um direito ou interesse juridicamente protegido, ou seja, titular de dignidade jurídico-penal. Há situações em que, malgrado se identifique desequilíbrio na relação meio-fim, não se pode prescindir da providência legislativa em matéria penal, porquanto se cuida de reconhecer a precedência de um bem ou interesse em detrimento de outro,[33] com base em um juízo de proporcionalidade em sentido estrito.[34]

Embora se possa imaginar estar diante de um padrão seguro de exercício de um juízo de ponderação, a verdade é que nem sempre se logra atingir resultados hermenêuticos pacíficos e imunes a críticas, dentro do universo da doutrina jurídica, quando se trata de aferir a legitimidade e pertinência da criminalização de determinada conduta ou, ao revés, da sua retirada do universo do direito penal, sobretudo se a hipótese se situa para além do sistema jurídico-penal clássico, que se presta a tutelar os direitos e garantias individuais, epicentro da legitimidade da intervenção criminal. Ademais, circunstâncias inexistentes no cenário posto à época da edição legislativa podem, *a posteriori*, transmutar norma anteriormente considerada constitucional em diploma legislativo inconstitucional e vice-versa, o que suscita uma abordagem percuciente e dinâmica da questão.

Buscando abrir outras perspectivas e, nesse sentido, com a pretensão de "melhorar" a metódica de controle da proporcionalidade, surgem novos modelos,[35] como a proposta de alteração da clássica trilogia alemã para uma tetralogia de conteúdo universal que expande o princípio da proporcionalidade para os níveis de adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade, como mecanismo disponibilizado à autoridade jurisdicional incumbida de aferir a proporcionalidade ou não da opção firmada pelo Poder Público, quer enquanto legislador, quer gestor administrativo.

33. Idem, p. 83.

34. Alexy observa que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito se dedica a uma otimização das *possibilidades jurídicas*, enquanto os demais postulados – da necessidade e da adequação – se circunscrevem a uma otimização em relação às *possibilidades fáticas*. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 112-113.

35. Proposta da professora Suzana Tavares da Silva, contida em seu texto: O *tetralemma* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. Disponibilizado aos alunos do curso de Mestrado (2.º Ciclo da Faculdade de Direito de Coimbra), no ano 2013/2014, em 11/2013, p. 2-3 e 37.

Esse novo viés restaria justificado pelo fenômeno da globalização econômica, idôneo a reclamar novos parâmetros[36] que permitam compatibilizar as diversidades culturais imanentes aos diferentes constitucionalismos com as demandas advindas dos padrões afetos ao direito dos negócios ou do desenvolvimento econômico. Ainda que o direito penal positivado seja nacional e não haja perspectivas de se criminalizarem condutas, sob o ponto de vista da legalidade e da taxatividade, em nível internacional, sói reconhecer que, nos delitos cuja operacionalização reste favorecida pela transnacionalidade – como o crime de branqueamento ou lavagem de capitais – já não se pode prescindir do respeito ao cumprimento de pautas mínimas fixadas mediante acordos internacionais e que refletem propostas de conformidade e adequação dos direitos penais nacionais, dentro de um disciplinamento jurídico que contemple, inclusive, a criação de estruturas de cooperação internacional, com repercussões no combate à criminalidade.

Isto posto, reconhecido o princípio da proporcionalidade como um *padrão universal de valoração de poderes e medidas de eficácia incontrastável para o controle do poder e avaliação das medidas restritivas de direitos fundamentais,*[37] propõe a autora que, de acordo com a problemática e a casuística da matéria[38] a ser submetida a tal juízo ou teste de ponderação, se intente selecionar previamente[39] a melhor estratégia e metódica para enfrentamento da questão (objeto da análise), que pode incluir um juízo de razoabilidade (típico do direito anglo saxônico), ou até resultar na supressão de alguma das tradicionais e sucessivas fases da trilogia tradicional do princípio da proporcionalidade.

Tudo em prol de um mais adequado exercício do dever de autocontenção imanente ao Poder Judiciário, diante de opções políticas do legislador, em matéria de

---

36. A autora está a se referir às opções legislativas hodiernamente operadas, que consistem em interferências no livre desenvolvimento econômico, a pretexto de salvaguarda de interesses públicos "globais", em detrimento de direitos fundamentais. Idem, p. 2. Decerto tais padrões se prestam, *mutatis mutandis*, a fomentar a discussão e análise da legitimidade da intervenção penal, quando se está a falar da criminalidade econômica e da tutela de valores que suscitam a possibilidade de violação do equilíbrio do mercado, da economia ou da livre concorrência, por exemplo, como é o caso do delito de lavagem de capitais.

37. Idem, p. 3-4.

38. No sentido de reconhecer a fundamental importância e universalização do princípio da proporcionalidade, sem deixar de registrar a ausência de um padrão no que concerne aos seus efeitos, a depender do *locus* de sua aplicação, considerando-se as diferentes culturas constitucionais: SCHLINK, Bernhard. Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? *Duke Journal of Comparative and International Law. DJCIL*. vol. 22. n. 2. p. 12. 2012. Disponível em: [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=djcil]. Acesso em: 08.12.2013.

39. TAVARES DA SILVA, Suzana. Op. cit., p. 39-40.

criminalização, com um olhar no sistema jurídico interno e um *passar de olhos* na problemática internacional[40] em que se contextualiza hoje a temática da criminalidade, mormente se tratando de modalidades delitivas de perfil econômico e difuso, sob pena de se atuar na contramão do que reclama um sistema jurídico globalizado. Nesse diapasão, é possível afirmar que o direito penal econômico contempla aqueles bens jurídicos instrumentais,[41] vale dizer, que representam meios para a salvaguarda dos direitos fundamentais tradicionais.

Por tal razão, sua legitimação se funda em uma lógica de consenso ou desaprovação generalizada da conduta a ser incriminada ou, por outra, em uma decisão legítima e racional por parte do legislador, que logre introduzir novos valores capazes de atender a interesses da coletividade e a proteger, de forma mediata, valores elementares da vida humana. Se, por um lado, resta consolidado que o direito penal[42] não pode ir para além do mínimo necessário à defesa e proteção dos bens jurídicos com dignidade penal,[43] por outro não se pode deixar de reconhecer que, em algumas situações, a própria Carta constitucional aponta – de modo explícito[44] ou não – para nichos do sistema jurídico em que já se conformaram opções no sentido de se punir criminalmente determinadas condutas que violem bens jurídicos dig-

40. Nesse contexto, o conceito de bem jurídico impõe-se enquanto padrão crítico de normas penais constituídas e a constituir (ou postas e propostas), verdadeiro critério legitimador da criminalização. Noutras palavras: "Algo trans-sistemático relativamente à incriminação, mas politicamente orientado e reconhecido pela comunidade internacional como condição essencial". AIRES DE SOUSA, Susana. Sobre o bem jurídico penal protegido nos crimes contra a humanidade. *Boletim da Faculdade de Direito LXXXIII*. p. 615-637. Coimbra, 2007. p. 615-637. Texto disponibilizado em PDF para a matéria Direito Constitucional, do Curso de Mestrado da Universidade de Coimbra 2013/2014, Profa. Suzana Tavares da Silva. Também disponível em: [www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/01)_Do_bem_juridicopenal_protegido_nos_crimes_contra_a_humanidade_de_Souza.pdf]. Acesso em: 08.12.2013. p. 9.

41. TIEDEMANN, Klaus. *Constitucion y derecho penal*. Trad. Luis Arroyo Zapatero. *Revista Espanõla de Derecho Constitucional*. año 11. n. 33. p. 167. Madrid, set.-dez. 1991.

42. Acresça-se a ideia de que o direito penal parece não possuir existência autônoma em face da Constituição, mas, ao revés, dela há de obter os limites, fontes e fundamentos de sua estruturação. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 376.

43. Observe-se que tal excesso não se cinge apenas ao fenômeno da criminalização em si mesmo, mas ainda, à eventual (des)proporcionalidade das sanções impostas *in abstrato* quando da criação do tipo penal. ANTUNES, Maria João. Direito penal fiscal – Algumas questões da jurisprudência constitucional. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (org.). *Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p. 795-797.

44. O assunto será melhor abordado ao longo do texto, com pontual menção aos dispositivos contidos nas Cartas Constitucionais analisadas.

nos de especial proteção. Esse duplo viés do garantismo (ou garantismo integral) poderia se subsumir, inclusive, no argumento de que o equilíbrio desejado consiste em se poder assegurar ao indivíduo a necessária proteção que lhe seja devida pelo Estado e, doutra banda, em se garantir o quanto possível sua liberdade individual.[45]

Esta última concepção, a propósito, tem conduzido a doutrina e a jurisprudência a reconhecerem a inconstitucionalidade de tipos penais que constituem descabida interferência na liberdade de autodeterminação do indivíduo na esfera de sua privacidade,[46] ainda que tais condutas ou estados sejam, em última análise, auto-ofensivos ou eticamente reprováveis, com base no rol das liberdades e garantias individuais constitucionalmente asseguradas e no direito a todos conferido de se determinarem e conduzirem de forma autônoma e livre,[47] de acordo com suas íntimas convicções, dês que não violem bens jurídicos alheios, constitucionalmente relevantes.

A ideia da proibição do excesso se situa imune a maiores resistências, na medida em que se harmoniza com os primados do direito penal enquanto tutela jurídica de *ultima ratio* ou com o princípio da subsidiariedade ou fragmentariedade do direito criminal, estabelecendo nortes que possam funcionar como instrumentos idôneos a refrear os impulsos advindos de uma política de hipertrofia penal. Referida tendência

45. ROXIN, Claus. Es la protección de bienes...cit., p. 447.

46. ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico*... cit., p. 22. Essa a razão pela qual, em 1969, foi descriminalizada a prática de condutas homossexuais consentidas, em privado, entre adultos, na Alemanha. Da mesma forma, a descriminalização do consumo de estupefacientes na Argentina, em 2009. No Brasil, esta última matéria ainda gera polêmica, já que, embora excluída a possibilidade de imposição de sanção penal privativa de liberdade, não se pode falar em descriminalização da conduta, pois o consumo de drogas passou a ser inserido no rol dos delitos de pequeno potencial ofensivo, podendo resultar na inflição das "penas" de: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28 da Lei 11.343/2006). Há quem sustente, no entanto, que se trata de "delito *sui generis*", e não crime (GOMES, Luiz Flávio et al. (coord.). *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 13). Já para o STF brasileiro, teria havido uma "despenalização", e não a descriminalização, apesar do texto da Lei Antitóxicos e do que prescreve o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro.

47. Noutras palavras, o que justifica a intervenção do direito penal é o dano a terceiros (*harm to others principle*). Pensar diferente é admitir como lícita e adequada uma postura estatal paternalista, que se preste a tutelar o dano a si mesmo (*harm to self*), plasmada na justificativa da proteção de uma tal "moralidade pública", o que implica, em última análise, uma inadequada interferência na liberdade e autonomia de ação de uma pessoa, a pretexto de lhe proteger de algum "mal" que ela supostamente estaria a produzir em seu próprio desfavor. Sobre o assunto, ver Gerald Dworkin, quando trata de paternalismo jurídico em sua obra *Paternalism. Chapter 7. Liberty and paternalism*. p. 181-188. Disponível em: [www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil186fall2012/s1/Paternalism.pdf]. Acesso em: 12.01.2014.

expansionista parece calcada em objetivos de política criminal de consistência e validade duvidosas, mais voltados à confecção de respostas rápidas à sociedade, em uma realidade de criminalidade aparentemente crescente e impassível de controle, pautada na necessidade de penalização a qualquer preço e a qualquer custo.

Está-se a falar de verdadeira subversão dos fins do direito penal, na medida em que se o alça a direito de *prima ratio*, implementando-se, pois, mecanismos típicos de estados totalitaristas e juridicamente irracionais. Resta concluir, assim, que o princípio penal da prevenção geral somente poderia explicar motivadamente a intervenção penal quando a violação ao bem jurídico, no caso sob análise, dentro da esteira da culpa e da reprovabilidade social, estivesse a imprimir alarme social suficiente para justificar o recurso à incriminação penal e, por conseguinte, ao sancionamento da conduta.[48] Noutra vertente, já o princípio da proibição da proteção deficiente encontra resistências de maior densidade na doutrina jurídica, na medida em que se está a falar da possibilidade de identificação de verdadeiros *mandados de criminalização*, de cumprimento coercitivo pelo Poder Legislativo, passíveis de aferição pelo Judiciário. Nessas hipóteses, poder-se-ia aduzir, ainda, a respeito da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade (ou de não constitucionalidade) de normas descriminalizadoras, na medida em que estariam a suprimir, de forma desarrazoada, mecanismo de tutela de bem juridicamente tutelado, ainda que não se estivesse a falar de mandado explícito de criminalização. Ora, em relação ao princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente, o STF brasileiro[49] assinala que a doutrina já discorre sobre uma espécie de *garantismo positivo*,[50] *em oposição a um garantismo negativo*, já consolidado pelo princípio da proibição do excesso, que está a vedar a criminalização estatal para além do necessário (perfil tradicional do princípio da proporcionalidade).

O desafio se centra, justamente, na busca por uma compatibilização, nas ciências jurídico-criminais, entre a proibição do excesso (garantismo negativo) e a proibição da proteção deficiente (garantismo positivo), materializada nas omissões inconstitucionais, em relação às quais, inclusive, se sustenta a possibilidade de exercício de controle concentrado de constitucionalidade[51] (lei *in abstrato*, efeitos *erga omnes*), para fins de correção das intervenções penais que se revelem insuficientes,

48. ANTUNES, Maria João. Direito penal fiscal... cit., p. 793.

49. RE 418376/MS, 09.02.2006.

50. Ou "controle positivo" de constitucionalidade, no sentido de que o legislador estaria obrigado a suprimir uma lacuna de proteção penal, mediante a criação de novos tipos penais. TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 165.

51. Na verdade, sustenta-se a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no caso analisado pelo autor. STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição... cit., p. 12-13.

desproporcionadas ou desvestidas de razoabilidade, quando se fala na necessidade de uma justa e adequada tutela de bens jurídicos, pelo Estado. *Eis* o duplo viés do princípio da proporcionalidade, que reduz sobremaneira a discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador, inclusive o penal.

Impende seja firmado o entendimento de que o legislador penal não pode dispor livremente do grau de ofensividade ou danosidade das condutas incriminadas, até porquanto esse grau não advém de sua vontade, mas dos primados básicos enfileirados no contexto dos direitos e garantias estatuídos na Carta Constitucional, *topos* hermenêutico[52] de todo o ordenamento jurídico. No que concerne ao controle de constitucionalidade em matéria penal, o STF já se reportou a *mandados constitucionais de criminalização explícitos,*[53] tendo-se em conta os bens e valores envolvidos.[54] Refere-se aos princípios construídos sob a égide da jurisprudência tedesca atinente à proibição do excesso *(Übermassverbote)*, por um lado e, em perspectiva oposta, à proibição da proteção deficiente *(Untermassverbote)*, traduzíveis no princípio da proporcionalidade.

Mas o mesmo *decisum* vai ainda mais além, quando aduz que o modelo de controle de constitucionalidade das leis em matéria criminal haveria que se fundar em níveis de intensidade, assim identificados: (a) o controle da evidência (*evidenzkontrolle*); (b) o controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*vertretbarkeitskontrolle*) e, por fim, (c) o controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). Nessa linha de abordagem, não se pode também deixar de reconhecer que o direito penal possui a função de garantir o adequado cumprimento das normas penais ditas programáticas,[55] no sentido da sua efetividade no mundo real, como aquelas que se referem ao direito à igualdade, redução da pobreza, proteção da dignidade.

O viés da proibição da proteção deficiente, de incidência mais restrita e cuidadosa por parte do órgão jurisdicional de controle de constitucionalidade, a partir de uma

52. Idem, p. 10.

53. HC 104410/RS, 06.03.2012; HC 102087/MG, 28.02.2012.

54. Sobre o assunto, Maria João Antunes assim aduz: "Não existindo injunções constitucionais expressas de criminalização, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais não é legítimo deduzir 'sem mais' a exigência de criminalização dos comportamentos que o violem, porque não pode ser ultrapassado 'o inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena'". ANTUNES, Maria João. Direito penal fiscal... cit., p. 788-789. Também no texto: A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: CORREIA, Fernando Alves et al. (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. vol. 1. p. 102.

55. STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição... cit., p. 5.

iniciativa de descriminalização ou em face de uma indesejada omissão do legislador penal ordinário, há de ser aplicado de forma corretiva, tão somente quando se identificarem *déficits de proteção constitucionalmente indesejáveis.*[56] Cite-se, por exemplo, o art. 227, § 4º, da CF brasileira,[57] quando aduz em seu texto que *a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.* Da mesma forma, a previsão expressa contida no próprio art. 5.º da CF brasileira, em seu inc. XLII, que assim estatui: *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.* E, igualmente, o inciso subsequente,[58] quando dispõe que a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes ditos hediondos serão considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, mediante edição legislativa.

Há, ainda, previsão similar em relação aos delitos ambientais, quando se observa o texto do art. 225, § 3.º, da mesma CF brasileira, o qual estabelece que as condutas ofensivas ao ambiente *sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.* Observa-se que tais comandos parecem reclamar a necessária intervenção do legislador penal, impassível de substituição por outros ramos do direito, à medida que a própria Carta Constitucional já firmou sua opção, plasmada em critérios consentâneos com os princípios inspiradores lá catalogados, no sentido de que a criminalização há de ser imposta ainda que os parâmetros, intensidade, modo de intervenção e demais detalhamentos sejam reservados à esfera de atuação do legislador penal, a partir de critérios de política criminal e de sua harmonia com o arcabouço positivado no direito interno, em matéria penal.[59] Entretanto, malgrado seja

56. FELDENS, Luciano. Op. cit. p. 378.

57. De igual forma, o art. 117.º, 3, da Constituição Portuguesa, quando estatui que: "A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos públicos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato". Há quem sustente, contudo, que tal referência se revela inadequada para indicar mandado de criminalização, por se referir especificamente a crimes de responsabilidade. Observe-se, ainda, que o n. 1 do mesmo dispositivo constitucional estatui que os titulares de cargos políticos responderão criminalmente por seus atos e omissões no exercício das funções, sem prejuízo da incidência de outras espécies sancionatórias, nas searas política e civil. No restante dos casos, porém, deixa o legislador Constituinte originário a critério do legislador ordinário optar entre criminalizar determinada conduta dentro do sistema jurídico tradicional ou inseri-la na seara dos ilícitos de mera ordenação social, como se depreende do art. 37.º, 3, da Carta Constitucional Portuguesa.

58. Do mesmo modo, o inc. XLIV do mesmo dispositivo constitucional, com o seguinte teor: "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional".

59. As imposições expressas, de fato, declaram implicitamente não só a dignidade, mas tam-

pacífico o entendimento de que ao Estado não é permitido uma atitude passiva (de não interferência, como de resto se construiu a perspectiva liberal dos direitos humanos, que identifica no ente estatal um inimigo das liberdades), mas antes lhe é imposta uma postura de proteção dos bens e valores constitucionais,[60] não se revela razoável identificar na criminalização de condutas desviadas dos valores postos na Carta Constitucional a única alternativa viável para se conferir eficácia à Constituição[61] e vida aos valores basilares nela insculpidos.

3. A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL TESTADA A PARTIR DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS, SOB A ÉGIDE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição[62] de um país constitui fonte, a um só tempo, de *legitimação* (fundamento normativo) e *limitação* (formal e material) do poder constituído,[63] ou seja, de abertura e de contenção do poder estatal, há de se ter em conta que em seu conteúdo repousa consolidado todo o arcabouço principiológico necessário a uma análise da adequação de atuação do Poder Legislativo, em matéria penal, à medida que se está a falar da área de intervenção mais sensível do direito, que não pode prescindir de controle quanto a sua conformidade e compatibilidade com os ditames implícitos e explícitos de criminalização.

Dotando-se os Estados de Direito de um sistema que prevê um recíproco e mútuo mecanismo de *checks and balances* (freios e contrapesos), indissociável da ideia

bém a carência de tutela penal, malgrado detenha o legislador penal a prerrogativa de estabelecer os contornos e extensão da atividade legiferante, dentro de critérios harmônicos e que denotem coerência do direito penal com o ordenamento valorativo constitucional. CUNHA, Maria da Conceição Fonseca Ferreira da. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e descriminalização.* Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-penais, sob a orientação do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Depositada na Biblioteca da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991. p. 183-184.

60. Idem, p. 167-168. A autora questiona se o caminho do direito penal, que dispõe do sistema preventivo mais "forte" da ordem jurídica vigente, seria o único possível para o adimplemento, pelo Estado, desse dever de proteção dos valores constitucionais, em face das agressões de "terceiros".

61. Não havendo outro instrumento equivalente que proporcione a proteção pretendida, o âmbito de arbítrio do legislador, na hora de decidir sobre a punibilidade de uma conduta, se reduz a zero. TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 165.

62. Luciano Feldens chega a utilizar o termo "*Constituição Penal*", inserindo em tal conceito os dispositivos que tratam de elementos como culpabilidade, legalidade, irretroatividade da lei mais gravosa, responsabilidade pessoal, proporcionalidade. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 384-385.

63. Idem, p. 375-378.

de poderes limitados e relacionados entre si, não há como se afastar o dever dos Tribunais Constitucionais de se imiscuírem, quando provocados (previamente ou *a posteriori*, *in abstrato* ou *in concreto*), em hipóteses que possam pôr em xeque a atividade legislativa, quando se trata de proteger os pilares em que se sustenta a Carta Constitucional, enquanto vértice superior do sistema jurídico vigente, verdadeiro catalisador de todos os anseios e necessidades de uma determinada sociedade, em dado momento histórico.

É certo que o *princípio da não controlabilidade do âmbito de prognose legislativa*[64] reafirma as prerrogativas de liberdade do legislador, na medida em que lhe assegura um espaço de deliberação conformador, sobretudo quando tal movimentação legislativa se circunscreve a aspectos atinentes a decisões políticas em contextos econômicos e sociais, ainda que tais opções, na prática, possam ser consideradas inadequadas ou inoportunas. Nessa seara, qualquer interferência meritória do Poder Judiciário poderia significar violação ao princípio da separação dos poderes e, nesse sentido, ofensa às prerrogativas outorgadas pelo cidadão, dentro de um regime democrático, aos seus representantes no Poder Legislativo, justamente para atuar na seara da produção normativa. Por outro lado, a esses *juízos de prognose*[65] operados pelo Legislativo é defeso contrariar imposições constitucionais, o que, mais uma vez, resulta na constatação de que se está aqui a tratar de uma liberdade regrada e adstrita aos comandos que defluem do corpo normativo e principiológico insculpido na Constituição Federal.

Tratando-se de produção no campo penal, com maior ênfase, a atividade do legislador há de merecer monitoramento pelo viés do controle de constitucionalidade, por meio dos mecanismos formais previamente impostos, consoante se poderá observar nas análises que se seguem, e que enfocam as experiências dos Tribunais Constitucionais de Portugal e do Brasil.

O Tribunal Constitucional Português,[66] em suas decisões a respeito da constitucionalidade de normas penais, refere-se ao princípio da congruência ou de analogia substanciais entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal.[67] Adota a perspectiva, portanto, de que, no caso

64. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1271-1272.

65. Idem, p. 1272.

66. Observe-se que a presunção *ab initio* há de ser sempre no sentido de que a norma legislativa submetida à análise pelo Tribunal máximo de um País é constitucional, e não o contrário, como muitas vezes se pode defluir, de forma equivocada, de eventos concretos, divulgados fartamente pelos meios de comunicação social.

67. Acórdãos 83/95 e 337/2002.

concreto, incumbe-lhe verificar se há, de fato, bem jurídico a ser tutelado,[68] na perspectiva de constitucionalidade da norma penal criminalizadora. Por outro lado, o mesmo Tribunal pontua que a liberdade de conformação legislativa (discricionariedade) somente se pode restringir *quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva.*[69] Na mesma esteira de pensamento, ainda sobre a necessidade ou conveniência de serem criminalizadas determinadas condutas, o Tribunal Constitucional Português reconhece que lhe é defeso emitir valorações para além daquelas que a Constituição admite e que repercutem nos objetivos políticos do legislador.[70]

Noutras palavras, está-se a falar do espaço de deliberação do Parlamento – ainda que regrado e limitado – que implica identificar a necessidade ou conveniência, sob a perspectiva de política criminal, de se criminalizar certo comportamento em detrimento de outros e, ademais, de se lançar mão do sistema penal quando seria possível, ao menos em tese, a incidência de uma intervenção estatal menos violenta, por meio de medidas não penais.

Um julgamento a merecer destaque – dentre tantos que integram o acervo de apreciações de constitucionalidade que enfrentam a temática do bem jurídico – diz respeito à apreciação da (in)constitucionalidade do tipo penal de lenocínio,[71] após a alteração legislativa que lhe suprimiu o aspecto atinente ao aproveitamento, por parte do autor, da condição de *hipossuficiência econômica ou abandono* da suposta vítima. No bojo da referida decisão,[72] restou argumentado que tal supressão acabou por desnaturar o tipo penal, restringindo-o a campo de conteúdo moral, não mais afeto ao bem jurídico da liberdade ou da autodeterminação sexual da prostituta, aspecto que excluiria, destarte, a legitimidade da intervenção penal.

---

68. A esse propósito, no caso do crime de enriquecimento ilícito, o TC decidiu pela inexistência de bem jurídico a ser tutelado, o que resultou na declaração de inconstitucionalidade da lei, conf. Acórdão 297/2013. No mesmo sentido, reconhecendo as dificuldades de identificação de um tipo penal autônomo (e, por conseguinte, com bem jurídico penal distinto) do referido delito, à época ainda na fase legislativa. SILVA, Germano Marques da. Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado), Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (coord.). *Jornadas de Ciências Criminais em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias. Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 61.
69. Acórdãos 639/93, 83/95; 527/95; 274/98; 99/2002; 605/2007.
70. Acórdão 25/84.
71. Acórdão 654/2011.
72. Em decisão não unânime, entretanto, o TC Português acabou por sustentar a não inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, ao argumento de que legislador estaria sim a proteger a liberdade e uma *autonomia para a dignidade das pessoas que se prostituem.*

No Brasil, o STF[73] tem decidido, ao abordar a problemática do bem jurídico, que, no caso concreto, há de incidir um juízo de avaliação acerca das circunstâncias fáticas, a fim de que se possa verificar se a hipótese em análise importa em violação *grave e penalmente relevante* de um bem juridicamente tutelado, ou seja, para se aferir se há ou não que se reconhecer a incidência do princípio da insignificância, para fins de reconhecimento da atipicidade da conduta. Noutros julgados,[74] vai ainda mais além, inserindo o termo *contundente* quando se trata de sopesar a gravidade da lesão ao bem jurídico, tudo na perspectiva de se reconhecer a atipicidade da conduta decorrente da insignificância operada pela lesão ao bem jurídico, no caso *sub judice*.

Há também decisões que aduzem que os princípios da insignificância e da adequação social hão de ser analisados de forma criteriosa, sob pena de se fragilizar a tutela penal de *bens jurídicos relevantes para a vida em sociedade*.[75] Em sentido diverso, mas conduzindo às mesmas conclusões, aborda-se a questão do bem jurídico para afirmar, no caso concreto, que a *lesão teria se dado de forma inexpressiva*,[76] de molde a não ofender significativamente o bem juridicamente tutelado, o que geraria a *atipicidade da conduta*, pela sua *mínima ofensividade*. Fala-se ainda no *reduzido grau de reprovabilidade do comportamento*.

A teoria do bem jurídico é também utilizada pelo STF quando se trata de verificar se teria havido concurso de crimes, a depender do *animus* do autor da conduta, de atingir ou não mais de uma vítima e, ainda, de ofender bens jurídicos pertencentes a titulares diversos, bem como de se analisar os crimes pluriofensivos ou complexos, quando existe mais de um bem juridicamente tutelado ou protegido, a fim de se aferir, no caso sob análise, se a prática delitiva teria se dado de forma integral e compatível com a previsão legal.[77]

Na tão polêmica Ação Penal 470,[78] que cuidou de processar e julgar, em instância originária, o mais controvertido e divulgado escândalo de corrupção política do Brasil, enfrentou-se a temática do bem jurídico para justificar a elevação da pena-base para o crime de corrupção ativa, tendo-se em conta a alegada profunda lesão

73. HC 118320/ES, 06.11.2013; HC 115246/MG, 28.05.2013; HC 97129/RS, 11.05.2010; HC 96057/RS, 17.03.2009; HC 96496/MT, 10.02.2009.

74. HC 119621/MG, 05.11.2013; HC 118089/MG, 08.10.2013; HC 115707/MS, 25.06.2013.

75. HC 118322/MS, 22.10.2013; RHC 115986/ES, 25.06.2013.

76. HC 106458/RS, 01.10.2013; HC 112224/DF, 22.05.2012; HC 110841/PR, 27.11.2012; HC 108149/RS, 15.05.2012; HC 112506/DF, 02.10.2012; HC 118359/PR, 05.11.2013; HC 114300/RS, 14.05.2013; HC 111518/DF, 05.02.2013; HC 112858/MS, 19.03.2013; RHC 118014/AM, 06.08.2013.

77. HC 96736/DF, 17.09.2013; RHC 117129/SC, 10.09.2013.

78. AP 470 EDj-sétimos/MG, 05.09.2013.

que o crime teria provocado, com o uso de órgãos estatais, em desfavor de bens jurídicos da mais alta relevância para o País, especificamente o regime democrático e representativo de governo, conforme definição contida no ordenamento e na Constituição do País. Por outro lado, há decisões[79] que utilizam o conceito de *bem jurídico* sob a vertente do *sujeito passivo do crime*, quando afirmam que o delito de estelionato, previsto no art. 171[80] do CP, teria atingido bem jurídico de caráter supraindividual – *in casu* – o *patrimônio* da Previdência Social ou a sua *subsistência financeira* (conforme referido Acórdão). A hipótese estaria a sugerir, nesse diapasão, a causa de aumento de pena ou forma qualificada do delito preconizada no § 3º do mesmo dispositivo legal, por atingir *entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência* (sujeito passivo).

Em tais circunstâncias, o conceito de bem jurídico foi utilizado para afastar a incidência do princípio da insignificância, por não se poder falar em reduzido grau de reprovabilidade da conduta perpetrada, já que atingiu ente público e não particular, o que imprime à prática delitiva um grau de potencialidade lesiva mais elevado, em face dos riscos de que tal conduta possa ter repercutido negativamente na consecução dos objetivos maiores do Estado, em relação à prestação dos serviços públicos essenciais à coletividade.

Em decisão[81] já citada anteriormente, que lança mão de critérios de ponderação do grau de intervenção do Estado para incriminação de condutas, o STF reconhece e confere ampla margem de discricionariedade ao legislador ordinário em matéria criminal, quanto à sua faculdade de "eleger" os bens jurídico-penais carentes de tutela penal e, no mesmo diapasão, das medidas que forem julgadas adequadas e necessárias (princípio da proporcionalidade, nos moldes acima expostos), cabendo, contudo, àquele Pretório Excelso identificar eventuais excessos perpetrados no exercício da atividade legiferante, que possam implicar descabida ultrapassagem dos limites imanentes a tal prerrogativa, por meio da declaração de inconstitucionalidade da norma penal produzida pelo Poder Legislativo. No referido *decisum*, reconhece a possibilidade de tipificação inclusive de condutas que representem crime de perigo abstrato (como é o caso do crime de porte ilegal de arma de fogo, ainda que desmuniciada), desde que, com base em critérios empíricos, o legislador, ao selecionar grupos ou classes de ações que representem indesejado perigo a bem jurídico, conclua que a tipificação penal traduz-se na melhor alternativa ou na medida mais adequada e de maior eficácia para a efetiva proteção de bens jurídico-pe-

79. RHC 117095/SP, 27.08.2013.

80. "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento."

81. HC 104410/RS, 06.03.2012. No mesmo sentido: HC 102087/MG, 28.02.2012.

nais individuais ou de caráter coletivo, em atividade que se consubstancie em um direito penal preventivo, dês que não se ultrapassem os limites da proporcionalidade. Em sua conclusão, a mesma decisão, prolatada pelo Órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, deixa claro que restou verificado, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma cuja (in)constitucionalidade se discute, aparente lesividade da conduta, identificando-se um bem jurídico que se tutela de forma imediata (a segurança pública – arts. 6.º e 144 da CF/1988) e, ainda, bens jurídicos mediatos (vida, liberdade, integridade física e psíquica do indivíduo), circunstâncias que resultariam, segundo o próprio STF, num *inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta.* A decisão refere-se ainda à *lesividade* (ainda que potencial) inerente à conduta criminalizada, bem como à sua *danosidade*, ressaltando a possibilidade de descriminalização pontual e casuística em hipóteses concretas, quando presentes aspectos que revelem a insignificância da conduta perpetrada.

4. A CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE CAPITAIS INSPIRADA NOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO – O DESAFIO ENTRE A SUPERAÇÃO DA TRADICIONAL TUTELA CLÁSSICA DO DIREITO PLASMADO NOS DIREITOS INDIVIDUAIS DA PERSONALIDADE E A NECESSIDADE DE CONTENÇÃO DO DIREITO PENAL

A legitimação do direito penal econômico[82] se afirma, justamente, quando se pode extrair dos comportamentos reprimidos efeitos outros que ultrapassam meras repercussões econômicas advindas das condutas, as quais, em regra, poderiam ser puníveis por esferas do direito menos invasivas e ameaçadoras à liberdade individual. A intervenção penal clássica, malgrado dotada de legitimidade irretorquível e resistente ao tempo e a inúmeras alterações globais, há de se render diante de novos padrões de criminalidade, na medida em que, por questões históricas e de evolução social, não lhe foi possível prever e, por conseguinte, absorver os desafios opostos a partir do surgimento de bens jurídicos transindividuais ou coletivos – e até transnacionais – socialmente relevantes, cuja violação resulta em danos à sociedade de tamanha gravidade que não podem, em muitas hipóteses, subtrair-se ao interesse e necessidade de tutela penal.

82. Tal fragmento do direito é classificado pela doutrina dominante como integrante do direito penal secundário ou acessório, em oposição ao direito penal comum ou clássico. Há quem sustente, contudo, que não haveria uma distinção substancial ou uma "linha de fratura teórica" entre tais áreas normativas, não identificando qualquer impeditivo para que condutas inseridas no contexto da criminalidade econômica passem a ser topograficamente situadas dentro do *Codex* penal, bastando que se altere a carga axiológica dos bens tutelados na ordem jurídica e no contexto sociocultural. FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 21-25.

Ora, a concepção tradicional liberal da ciência criminal identifica no Estado um inimigo (Leviatã), o qual deve intervir o mínimo possível nas relações interpessoais, prestando-se o direito penal, por conseguinte, a proteger o indivíduo contra essa tal opressão.[83] É certo que ainda não superamos nossa tendência de estudar o direito penal à luz de teorias individualistas liberais,[84] as quais não dão conta das novas demandas[85] do direito contemporâneo, de perfil transindividual, que abrange bens jurídicos de alcance coletivo.

Entretanto, de há muito se impõe o entendimento de que ao Estado incumbe garantir penalmente não só as condições individuais necessárias a uma convivência pacífica, sob uma perspectiva nitidamente individualista, mas também – e com relevo – deve igualmente assegurar a atuação das instituições estatais[86] que sejam imprescindíveis à consecução de tal coexistência livre e pacífica, incluindo-se aí, por exemplo, uma administração de justiça que funcione, sistemas fiscais e monetários intactos, uma administração sem corrupção.[87] Isso porquanto não se pode deixar de reconhecer que a lesão a tais bens jurídicos comunitários (ou transindividuais) pode ocasionar prejuízos severos à capacidade de funcionamento do sistema estatal voltado ao adimplemento de prestações positivas devidas aos cidadãos e, por conseguinte, essenciais à sua vida digna,[88] tanto sob uma perspectiva individual, quanto coletiva. É nessa contextura que surge a temática da criminalização do delito de branqueamento de capitais, atualmente uma realidade que integra praticamente todos os ordenamentos jurídicos no mundo,[89] com peculiaridades imanentes a cada diploma legal distinto, mas com muitos pontos de convergência e que

83. STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição... cit., p. 5.

84. STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição... cit., p. 3.

85. Essas novas demandas, à medida que estariam a provocar um "alargamento" das normas incriminadoras, teriam promovido verdadeira modificação no conceito de bem jurídico, que passara de critério *limitador* da intervenção penal a critério *fundamentador* dessa mesma intervenção. AIRES DE SOUSA, Susana. Op. cit., p. 10.

86. Sobre o assunto, interessante a abordagem de Alessandro Baratta, quando alerta para os riscos advindos do atual "Estado da prevenção" ou "Estado da segurança", que surge como reação a uma situação de emergência estrutural e que faz com que bens jurídicos sejam, cada vez mais, produzidos pelo Estado, numa tendência nitidamente expansionista dos sistemas punitivos. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *RBCCrim*. 5/13-17. São Paulo: Ed. RT, jan. 1994.

87. ROXIN, Claus. Es la protección de bienes... cit., p. 447.

88. Nesse universo, destaque-se como bens jurídicos dignos de proteção uma administração de justiça ordenada e uma moeda intacta. Idem, p. 448.

89. O primeiro país da Europa a criminalizar a lavagem de ativos foi a Itália, já em 1978, com o Dec.-lei 59, de 21.03.1978, que introduziu o art. 648 *bis* no CP italiano. Entretanto, somente em 1990 utilizou-se na Itália pela primeira vez o termo *riciclaggio*.

estão a viabilizar, atualmente, múltiplos acordos e termos de cooperação internacional voltados ao seu eficaz combate e repressão, dado o elevado grau de ofensividade que tal conduta parece contemplar. Insta perquirir sobre qual seria o bem jurídico a ser tutelado, quem seria a vítima da lavagem e se a matéria encerra lesão concreta ou o risco de efetiva possibilidade de uma lesão imediata a um bem jurídico, hipóteses que estariam, de forma mais alargada, a autorizar a criminalização de condutas. No viés do direito penal secundário, haurido da legislação extravagante, vale dizer, aquela externa ao Código Penal vigente, encontra-se a tutela de bens jurídicos penais que se sucedem – e coexistem – com aqueles bens jurídicos típicos do direito penal clássico, de perfil liberal e individualista.

Exsurge aí o direito penal econômico e todas as suas vicissitudes, na perspectiva de se reprimirem condutas que comprometem, em larga medida, aspectos associados aos objetivos maiores do Estado, catalogados nas Cartas Constitucionais, com contornos econômico-sociais, endereçados a toda a coletividade, notadamente àquela parcela da população que não pode prescindir da atuação prestacional pública para atendimento de suas necessidades básicas, em face de uma realidade fática de hipossuficiência econômica.

É certo que tal problemática se mostra melhor avivada em contextos permeados por maiores desequilíbrios sociais, mas de resto pode ser associada a qualquer realidade, no sentido de justificar a criminalização de condutas desviadas, sob o ponto de vista econômico financeiro, em descompasso com os primados constitucionalmente fixados, voltados, sobretudo, à redução das desigualdades sociais e ao progresso da Nação, por meio da legítima consecução de seus objetivos básicos.

Atualmente, o que se verifica é uma tendência expansionista de se punir autonomamente o branqueamento ou lavagem de capitais,[90] justamente porquanto se revela evidente a elevada danosidade social de tal conduta, assumindo-se um limiar mínimo de dignidade penal que lhe permite tal autossuficiência punitiva. De fato, os delitos antecedentes geram vantagens vultosíssimas, o que reafirma tal necessidade. Se o crime autônomo não é grave, tal autonomia não se justifica. A incriminação do branqueamento surge justificada pelo risco – mais acentuado nalguns países – de que as economias nacionais se tornem reféns do domínio de organizações criminosas, que passariam a controlar o poder político em prejuízo da população, por meio de mecanismos de concorrência desleal,[91] em face do acúmulo de

90. Tal movimento de criminalização visa atacar o lado patrimonial da criminalidade, incluindo um renovado interesse no fenômeno da corrupção e na incriminação de condutas associadas a um patrimônio cuja origem lícita não se consegue demonstrar. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de "branqueamento de capitais". Introdução e tipicidade.* Coimbra: Almedina, 2001. p. 18.

91. BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção. *Argumentum* 11. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 22-23.

capitais oriundos de atividades ilegais, os quais permitem a prática de preços inferiores aos aplicados pelas empresas de capital lícito.[92]

Tudo isso em detrimento de investimentos nas áreas essenciais ao desenvolvimento econômico e social, voltados às necessidades básicas da população. A Lei 9.613, de 03.03.1998, recentemente alterada pela Lei 12.683/2012, define o crime de lavagem como sendo *ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.* Antes da referida alteração legislativa, constava um rol expresso de crimes antecedentes que limitava as condutas delitivas idôneas à ulterior configuração do delito subsequente de branqueamento.

Seguindo as tendências internacionais sobre a matéria, referido rol foi abolido, admitindo-se que a lavagem pode estar associada a qualquer delito anterior, em que se possa ter obtido vantagens econômicas passíveis de manipulação voltada à ocultação de sua origem ilícita. Há quem critique tal alargamento, ao argumento de que se estaria a vulgarizar a figura da lavagem, sobretudo quando se tem em conta modelos como o brasileiro, em que até as contravenções penais (delitos anões) podem, em tese, configurar infrações antecedentes, de acordo com a nova redação emprestada ao dispositivo criminalizador, acima reproduzido.

Há autores[93] que não identificam no delito de lavagem de ativos bem(ns) jurídico(s) autônomo(s), argumentando que todas as condutas lá previstas já se encontrariam criminalizadas em outros dispositivos penais pátrios. Especificamente em relação ao referido crime, há de ser destacada decisão que parece equivocada na mesma Ação Penal 470,[94] quando afirma que tal delito não se destina a proteger bens jurídicos, mas, sim, a assegurar o proveito do crime antecedente (corrupção passiva), como se não estivéssemos a falar de um fato típico autônomo, com bem jurídico distinto do crime que o precedeu, o que de resto revela-se dominante na jurisprudência penal sobre o tema. Já em outra decisão,[95] aponta-se como bem juridicamente tutelado para o crime de lavagem de ativos *a credibilidade das instituições de crédito e a proteção ao erário.*

No direito português, o crime de branqueamento de capitais encontra-se inserido no art. 368-A do próprio CP,[96] composto de 10 itens, o primeiro deles a listar de

92. Além disso, a atividade de branqueamento oferece riscos iminentes ao equilíbrio do sistema financeiro, pela "mancha" negativa que representa para os investidores interessados em uma política de transparência e respeito às regras lícitas do mercado. Idem, p. 21.

93. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lavagem de dinheiro: análise crítica do bem jurídico*. São Paulo: Ed In House, 2011. p. 101.

94. AP 470 EDj-oitavos/MG, 04.09.2013.

95. HC 93368/PR, 09.08.2011.

96. Inserido no capítulo "dos crimes contra a realização da justiça".

modo exemplificado que espécies de delitos podem figurar como crimes antecedentes, sendo que, ao final, estende tal rol a todos os delitos punidos com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou máxima que exceda a cinco anos. Quanto aos elementos nucleares do tipo, o dispositivo penal tipifica *branqueamento* como a conduta de "converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, (...) com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal (...)".

Em terras lusitanas operou-se praticamente a adoção literal da Convenção de Viena, com a Lei 10/2002, de redação complexa e sujeita a inúmeras críticas. Assevera-se que o texto se baseou na *common law*, impondo dificuldades à exigência da legalidade, que há de se fazer presente quando se trata de criminalização, nos sistemas de *civil law*. Em sede doutrinária, aponta-se para a *ordem socioeconômica* e a *administração da justiça*[97] como bens jurídicos atingidos pelo crime de lavagem de dinheiro. Tratando-se da primeira hipótese, a questão parece identificar um bem jurídico coletivo ou supraindividual, inserido na criminalidade penal econômica, permeado de conceitos como violação ao mercado, à livre concorrência, à credibilidade das instituições financeiras.[98]

Nesse sentido, far-se-ia necessário um estudo aprofundado e específico que pudesse lançar mão, amiúde, de todos os argumentos que sustentam cada tese, a fim de se testar a verossimilhança dos argumentos esposados e, assim, construir-se argumentos sólidos sobre a matéria, que possam justificar, à luz da teoria do bem jurídico, a criminalização do delito de branqueamento de capitais.

5. À GUISA DE CONCLUSÃO – EM BUSCA DA JUSTA MEDIDA PARA A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL ENQUANTO SOLUÇÃO ADEQUADA E SUFICIENTE À PROTEÇÃO DA SOCIEDADE E AO CUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS MAIORES INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO

A procura de soluções rápidas e eficazes visando à redução da criminalidade revela-se hoje o grande perigo e, ao mesmo tempo, o maior desafio a ser enfrentado: a tentação de apresentação de respostas fáceis e que ofereçam alternativas para o clima de insegurança generalizado que assola a sociedade constitui-se numa das

97. Posição que parece ser simpática a Godinho, com considerações retificadoras que identificam na administração ou realização da justiça uma categoria de infrações, e não um bem jurídico. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, Op. cit., p. 141.

98. A questão é bastante polêmica e se vê longe de adquirir tons de homogeneidade na doutrina contemporânea. Idem, p. 130-140.

principais angústias daqueles que se dedicam ao tema: criminólogos, juristas, sociólogos, economistas, cientistas sociais.

Malgrado sua incapacidade real de assumir as *rédeas* do problema, não pode o direito furtar-se ao seu dever de buscar alternativas que se revelem consentâneas com os anseios sociais, plasmadas na legalidade, entretanto inspiradas em um pragmatismo que se concilie com a realidade vigente e suas vicissitudes: algo palpável, possível e minimamente alcançável.

O direito penal, último recurso do sistema jurídico, cuja intervenção somente se revela legítima enquanto efetivamente necessária e adequada à gravidade da lesão a valores jurídicos de importância significativa dentro do rol de primados protegidos em determinado contexto social, há de merecer, sempre, uma aplicação permeada por critérios de ponderação e parcimônia. Entretanto, não obstante toda a dinâmica que envolve as relações sociais e os desafios diuturnamente impostos no sentido de serem perscrutadas alternativas idôneas a legitimar um redimensionamento do direito criminal consentâneo com a realidade atual, reafirma-se a teoria do bem jurídico como elemento aferidor dos limites de abrangência do direito penal.[99]

Pensar diferente é correr riscos de retrocesso dentro de uma perspectiva de construção de verdadeiros estados democráticos de direito, inspirados pelo princípio da presunção de inocência, da proibição de penas desumanas ou cruéis, do respeito à liberdade e à autonomia das pessoas de serem o que são, agirem como assim o desejarem, construírem suas vidas inspiradas no que acreditam, ainda que contrariem certos dogmas admitidos pela maioria, dentro da esfera da moral ou dos *bons costumes*.

Ora, é justamente o critério da necessidade ou da carência da tutela penal que se constitui o ponto fulcral de harmonização entre o princípio da maioria e os poderes afetos ao controle de constitucionalidade de normas penais. De um lado, a discricionariedade regrada do legislador penal ordinário, que pode agir a partir de padrões de conveniência e oportunidade que julgue acertados, de acordo com os parâmetros que norteiam os ideários da política criminal em voga. Se a questão pudesse ser aprofundada em nível da análise específica do delito de lavagem de capitais, adotaríamos a tese de que o bem jurídico merecedor de tutela melhor se define como a lídima pretensão estadual ao confisco ou perdimento das vantagens

99. Nas palavras de Faria Costa: "A verdade é que o bem jurídico, mesmo na actual sociedade tardo-moderna, permanece pedra angular do direito penal". E ainda: "Imediatamente se reconhecerá, perante as indicadas funções que o conceito de bem jurídico cumpre no seio do sistema jurídico-penal, que a sua manutenção se revela como determinante para a continuação da interpretação do direito penal enquanto sistema axiologicamente fundado". FARIA COSTA, José de. Op. cit., p. 258-259.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. A propósito de se aferir a legitimidade de intervenção do direito penal (a partir de uma análise sobre a dignidade penal do bem jurídico que se pretende tutelar) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 273-302. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

do crime (interesse supraindividual),[100] elemento norteador da máxima de que "o crime não deve compensar".[101]

Tais circunstâncias, a rigor, parecem revelar que não se está diante de um novo e original bem jurídico (apesar da incontroversa autonomia de tal espécie delitiva), mas, sim, de uma nova estratégia, que se pretende mais eficiente, voltada a coibir o uso e gozo das vantagens obtidas em atividades criminosas, que tantas consequências nefastas confere ao desenvolvimento da sociedade hodierna e ao progresso da humanidade.

Doutra banda, impõe-se o dever irrenunciável do Poder Judiciário, por intermédio dos Tribunais Constitucionais, de aferir se essa discricionariedade legiferante, enquanto adstrita a patamares que esbarram nos limites impostos à criminalização de condutas, com supedâneo em *standards* implícitos e explícitos inseridos no sistema jurídico vigente, revela-se racional e juridicamente adequada, de modo a não imprimir ares de inconstitucionalidade à norma penal em epígrafe. Pode-se falar, aqui, de exercício que se presta a conciliar o *princípio maioritário* com o *princípio da constitucionalidade,*[102] *pelo sopesamento da dignidade penal do bem jurídico a ser analisado.*

A questão e o desafio consistem em se estabelecerem critérios uniformes e que não comprometam a segurança jurídica, de modo que se possam distinguir as hipóteses em que se revela adequada a intervenção penal daquelas em que tal interferência configure violência descabida do direito criminal, em terreno passível de controle por meio de outras searas do conhecimento, dentro ou fora do sistema jurídico posto. Há de se concluir, portanto que, in abstrato, revela-se oportuno que o Poder Judiciário, por meio de sua Corte Maior, quando provocado para tanto, no exercício do mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*) que deflui de todo sistema em que as instâncias de Poder não se revelam absolutas ou despóticas, mas paralelas, harmônicas e que se retroalimentam entre si, possa analisar a validade das intervenções penais, inclusive sob os auspícios do fenômeno da neocriminalização, partindo-se da margem de liberdade conferida ao legislador, no exercício de sua função precípua de positivação do direito criminal, sempre sob o olhar atento do guardião da Carta Constitucional, que atua inspirado no dever do Estado de proteger bens jurídicos, na justa medida do quanto necessário e adequado a tal tutela.

Longe de se defender um *estado de juízes* ou uma judicialização da política criminal,[103] o que se tenciona é salvaguardar a harmonia do sistema jurídico como um

100. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Op. cit., p. 143.

101. Nessa perspectiva de prevenção à criminalidade com intuito lucrativo, Godinho situa tal espécie delitiva no direito penal clássico ou de justiça, integrante da disciplina do próprio Código Penal, e não no direito penal econômico. Idem, p. 147.

102. DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico"... cit., p. 35.

103. Ou ainda, uma "função de suplência" da magistratura nas relações do Poder Legislativo ou Executivo, como adverte Alessandro Baratta. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 13.

todo, dentro da perspectiva de que o direito penal possui caráter fragmentário e subsidiário, dotado que é de mecanismos de violência a direitos fundamentais. Nesse sentido, sua aplicação demanda toda cautela e somente se revela legítima em casos de indispensabilidade e de insuficiência de outras formas de contenção ou punição menos robustas.

Ademais, conveniência e oportunidade são fatores estranhos ao espaço de atuação do Poder Judiciário, que deve permanecer atento – quando provocado – a descriminalizações que possam pôr em risco valores essenciais à dignidade humana ou, ao revés, a criminalizações que denotem o uso imoderado do direito penal, para a proteção de bens jurídicos de reduzida dignidade penal.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, rev. Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANTUNES, Maria João. Direito penal fiscal – Algumas questões da jurisprudência constitucional. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (org.). *Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.

_____. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: CORREIA, Fernando Alves et al. (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. vol. 1.

AIRES DE SOUSA, Susana. Sobre o bem jurídico penal protegido nos crimes contra a humanidade. *Boletim da Faculdade de Direito LXXXIII*. p. 615-637. Coimbra, 2007. Texto disponibilizado em PDF para a matéria Direito Constitucional, do Curso de Mestrado da Universidade de Coimbra 2013/2014, Profa. Suzana Tavares da Silva. Também disponível em: [www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/01)_Do_bem_juridicopenal_protegido_nos_crimes_contra_a_humanidade_de_Souza.pdf]. Acesso em: 08.12.2013.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda et al. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 2. vol. 5. p. 6-24. São Paulo: Ed. RT, jan. 1994.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Brasília Jurídica, 2000.

BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção. *Argumentum* 11. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 2. fasc. 2. p.173-205. Lisboa: Aequitas, 1992.

CUNHA, Maria da Conceição Fonseca Ferreira da. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-penais, sob a orientação do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Depositada na Biblioteca da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991. 258 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O "Direito Penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional. *Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 2008. XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____. *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. 2. ed. 2.reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. t. I.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 4. fasc. 2. p. 151-198. Lisboa: Aequitas, abr.-jun. 1994

DWORKIN, Gerald. *Paternalism. Chapter 7. Liberty and paternalism*. p. 181-8. Disponível em: [www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil186fall2012/s1/Paternalism.pdf]. Acesso em: 12.01.2014.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

FELDENS, Luciano. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: FELDENS, Luciano. *A Constituição penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de "branqueamento de capitais". Introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Luiz Flávio et al. (coord.). *Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

JAKOBS, Günter. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos e teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Contreras y Jose Luis Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 1995.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lavagem de dinheiro: análise crítica do bem jurídico*. São Paulo: Ed In House, 2011.

ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*. Trad. Susana Aires de Sousa, revista por Jorge de Figueiredo Dias, do original *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 23. n. 1. p. 7-43. Coimbra, jan.-mar. 2013.

_____. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria del bien juridico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? *Duke Journal of Comparative and International Law. DJCIL*. vol. 22. n. 2. 2012. Disponível em: [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=djcil]. Acesso em: 08.12.2013.

SILVA, Germano Marques da. Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado), Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (coord.). *Jornadas de Ciências Criminais em Homenagem ao Professor.* Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: [www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf]. Acesso em: 20.11.2013.

_____. O princípio da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: [www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf]. Acesso em: 20.11.2013.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES DA SILVA, Suzana. O *tetralemma* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. Disponibilizado aos alunos do curso de Mestrado (2º Ciclo da Faculdade de Direito de Coimbra), ano 2013/2014, em 11/2013.

TIEDEMANN, Klaus. Constitucion y derecho penal. Trad. Luis Arroyo Zapatero. *Revista Espanõla de Derecho Constitucional*. año 11. n. 33. p. 145-171. Madrid, set.-dez. 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Experiências com seres humanos: estamos carentes de tutela penal?, de Janaina Conceição Paschoal – *Ciências Penais* 14/207-226 (DTR\2011\1824);
- Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica, de Tapir Rocha Neto – *RBCCrim* 115/393-411 (DTR\2015\11459); e
- O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do direito penal, de Décio Franco David – *RBCCrim* 115/17-57 (DTR\2015\11451).

84682

A INTERNET E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AOS CASOS DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NO CONTEXTO VIRTUAL

INTERNET AND VIOLENCE AGAINST WOMAN: AN ANALYSIS ABOUT MARIA DA PENHA LAW APPLICATION'S TO CASES OF PSYCHOLOGICAL VIOLENCE IN THE VIRTUAL CONTEXT

CAROLINE MACHADO DE OLIVEIRA AZEREDO

Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter). Mestranda em Direito no Centro Universitário La Salle Canoas (Unilasalle). Bacharel em Direito pelo Unilasalle. Advogada e assistente jurídica do Núcleo de Prática Jurídica do Unilasalle.
carolineazeredoadv@yahoo.com.br

EMERSON WENDT

Especialista em Direito Público pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Mestre em Direito do Unilasalle. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor dos cursos de pós-graduação e/ou extensão da Unisinos (São Leopoldo-RS), Senac-RS (Passo Fundo-RS), IDC (Porto Alegre-RS), Verbo Jurídico (Porto Alegre-RS), Uniritter (Porto Alegre-RS e Canoas-RS), EPD (São Paulo-SP), IMED (Passo Fundo-RS), Unitoledo (Porto Alegre-RS), Esmafe/RS (Porto Alegre), Uninorte (Rio Branco-AC), Unifacs (Salvador-BA). Membro da Associação Internacional de Investigação de Crimes de Alta Tecnologia (HTCIA), do PoaSec e do Inasis, além de ex-integrante do Comitê Gestor de Tecnologia da Informação da Secretaria de Segurança Pública do RS. Já ministrou aulas nas Academias das Polícias Civis de Pernambuco, Goiás, Paraná, Acre, Alagoas, Sergipe, Rondônia e Piauí. Também, é Tutor dos cursos EAD e presenciais da Secretaria Nacional de Segurança Pública, especialmente na atividade de Inteligência de Segurança Pública. Delegado de Polícia Civil do RS. Membro do Conselho Superior de Polícia da Polícia Civil do RS e Professor da Academia de Polícia Civil nas cadeiras de Inteligência Policial e Investigação Criminal. Ex-Diretor do Gabinete de Inteligência e Assuntos Estratégicos. Diretor do Departamento Estadual de Investigações do Narcotráfico.
emersonwendt@gmail.com

PAULA PINHAL DE CARLOS

Doutora em Ciências Humanas (área de concentração Estudos de gênero) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma instituição. Professora permanente do Mestrado em Direito e professora colaboradora do Programa de Pós-graduação em Memória Social e Bens Culturais do Unilasalle. Professora da graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter). Líder do grupo de pesquisa CNPq Efetividade dos direitos e Poder Judiciário e vice-líder do grupo de pesquisa CNPq Mariposas: gênero sexualidades e feminismos.
paulapinhal@hotmail.com

AZEREDO, Caroline M. de O; WENDT, Emerson; CARLOS, Paula P. de. A internet e a violência contra a mulher: uma análise sobre a aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência psicológica no contexto virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 305-326. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O texto objetiva analisar a violência contra a mulher desde a internet, passando pelos espectros conceituais da tecnologia digital e do direito penal, além da produção da prova nas investigações criminais e nos processos em que a mulher é vítima e autora. A par disso, partindo de duas condutas atualmente comuns na internet e veiculadas pela imprensa brasileira – a pornografia por vingança e o *ciberstalking* –, avalia-se a viabilidade de seu uso como circunstâncias de violência psicológica contra a mulher na interface da rede mundial de computadores e, portanto, aborda criticamente a aplicação da Lei Maria da Penha a esses casos.

PALAVRAS-CHAVE: Internet – Maria da Penha – Violência – Mulher.

ABSTRACT: The text aims to analyzing violence against women from the Internet, through the conceptual spectrum of digital technology and criminal law, in addition to the production of evidence in criminal investigations and in lawsuits where the woman is the victim and author of the case. Alongside this, starting from two common today conduct on the internet and transmitted by the Brazilian press – the pornography for revenge and the cyberstalking –, evaluates the feasibility of its use as circumstances of psychological violence against women in the interface of the World Wide Web and, therefore, critically addresses the application of the "Maria da Penha" Law in such cases.

KEYWORDS: Internet – "Maria da Penha" – Violence – Woman.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Mulheres, gênero e violência – 3. Homens, sexualidade e dominação – 4. Violência contra a mulher na internet: aspectos tecnológicos, penais e processuais – 5. Análise dogmático-jurídica da violência psicológica contra a mulher na internet com base na Lei Maria da Penha – 6. Considerações finais – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é uma realidade no Brasil e atinge todas as classes sociais impedindo que seja alcançada a igualdade entre gêneros e que seja efetivada a dignidade humana das mulheres. A violência reforça a ideia que as mulheres são objetos pertencentes aos homens e naturaliza o exercício da agressão e da humilhação, permitindo aos homens o uso da força física e/ou psicológica para dominar as mulheres.

Para demonstrar a atual situação da violência, cabe citar o mapa da violência 2012 – Homicídio de mulheres no Brasil (Júlio Jacobo Waiselfisz), gizando-se os seguintes dados: nos 30 anos decorridos a partir de 1980 foram assassinadas no país acima de 92 mil mulheres, 43,7 mil só na última década. Nos anos de 1980 a 2010 o número de mortes passou de 1.353 para 4.465. Com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha há uma queda nas taxas de homicídio, retomando-se, a partir de 2008, aos patamares anteriores. O Rio Grande do Sul encontra-se em 19º entre os Estados, com taxa de homicídio feminino de 4,1 a cada 100 mil mulheres. A vitimização de mulheres concentra-se na faixa dos 15 aos 29 anos de idade. O Sistema Único de Saúde (SUS) relatou que em 2011 foram mais de 70 mil mulheres vítimas de violência física, sendo que 71,8% das agressões foram cometidas em

casa. Em todas as faixas etárias, o local de residência da mulher é o que decididamente prepondera nas situações de violência, com maior incidência até os 10 anos de idade, e a partir dos 30 anos da mulher. Os pais são os principais responsáveis pelos incidentes violentos até os 14 anos de idade das vítimas e parceiros, a partir dos 20 até os 59 anos (WAISELFISZ, 2012).

A violência física é definida como qualquer conduta que ofenda a integridade física ou saúde corporal da mulher. Ela se apresenta de diversas formas. Conforme exposto por Hirigoyen (2006, p. 45), "a violência física inclui uma ampla gama de sevícias, que podem ir de um simples empurrão ao homicídio". A autora referida ainda cita como exemplos: "beliscões, tapas, socos, pontapés, tentativas de estrangulamento, mordidas, queimaduras, braços torcidos, agressão com arma branca ou com arma de fogo".

A violência psicológica, por sua vez, é qualquer conduta que cause abalo emocional ou diminuição da autoestima mediante agressão, constrangimento ou humilhação. A intenção pode ser a de desestabilizar o outro, de fazê-lo submisso e controlado, mantendo o poder.

Trata-se de um maltrato muito sutil, muitas vezes as vítimas dizem que o medo começa com um olhar de desprezo, uma palavra humilhante, um tom ameaçador. Trata-se de, sem desferir qualquer golpe, causar um mal-estar no parceiro ou parceira, de criar uma tensão, de amedrontá-lo, a fim de mostrar o próprio poder (HIRIGOYEN, 2006, p. 28).

A mesma autora ainda sustenta que as violências estão interligadas. Nas suas palavras, "não há violência física sem que antes não tenha havido violência psicológica. Porém, somente a violência psicológica, como no caso da violência perversa, pode trazer grandes desgastes" (HIRIGOYEN, 2006, p. 27).

Interessa, ao presente trabalho, a violência psicológica, pois muitos homens reagem à separação ou às brigas com a prática do *revenge porn* ou "pornografia por vingança", ou seja, expondo a intimidade/privacidade da mulher com a divulgação de fotos e vídeos íntimos na internet, com o propósito de causar a humilhação da vítima.

Essa violência é praticada, na maioria dos casos, por ex-maridos, ex-companheiros e/ou ex-namorados que querem se vingar da mulher, uma vez que não aceitam o fim do relacionamento. O homem reforça, portanto, o modelo social de submissão do gênero feminino.

Além disso, o parceiro pode alertar a vítima que irá publicar situações de sua intimidade, fazendo ameaças. Essa situação pode se tornar rotineira, causando, na mulher, um sentimento de temor.

Sabendo que a sexualidade e a nudez feminina são reprimidas, a exposição da intimidade da mulher, em fotos ou vídeos íntimos, fará com que ela sofra rejeição

e seja discriminada e humilhada pela sociedade. Dessa forma, a exposição de fotos e vídeos íntimos ou ameaças provocam um abalo emocional na vítima.

A legislação permite o enquadramento da pornografia por vingança, na esfera criminal, nos crimes de ameaça[1] e contra honra (injúria, calúnia e difamação)[2] e na Lei Maria da Penha (LMP) (violência psicológica). Nesse sentido, cabe analisar de que forma a LMP pode ser aplicada aos crimes virtuais contra a mulher. Porém, é necessário contextualizar a violência contra a mulher na internet não só sob seus aspectos penais, mas principalmente tecnológicos (técnicos e conceituais) e processuais (formação da prova nas investigações e nos processos).

2. MULHERES, GÊNERO E VIOLÊNCIA

Este texto propõe, como ponto de partida, já que trata da violência praticada no ambiente virtual, da análise dos conceitos de gênero, sexualidade e violência. O termo gênero tem origem no seio do movimento de mulheres e foi criado com o objetivo de embasar a teoria feminista. Compreendemos que a utilização de uma perspectiva de gênero neste trabalho é indispensável para o estudo de uma temática que envolve a violência contra a mulher.

O conceito de gênero foi produzido após a intensa movimentação cultural da década de sessenta, mais especificamente a partir dos anos setenta, principalmente no campo das Ciências Sociais. Esse conceito foi criado com o intuito de separar o fato de alguém ser fêmea ou macho, do trabalho de simbolização que a cultura realiza sobre essa diferença sexual (HEILBORN, 1997).

Conforme Louro (1997), para contrapor o argumento da distinção biológica entre mulheres e homens como fundamentadora das desigualdades, faz-se necessário demonstrar que não são propriamente as características sexuais, mas a forma com que elas são representadas ou valorizadas que constrói o feminino e o masculino em uma dada sociedade e em um dado momento histórico. Esse debate constitui-se por uma nova linguagem, na qual *gênero* é um conceito fundamental.

---

1. "Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:
Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.
Parágrafo único – Somente se procede mediante representação."
2. "Art.138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.
Art.140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa."

AZEREDO, Caroline M. de O; WENDT, Emerson; CARLOS, Paula P. de. A internet e a violência contra a mulher: uma análise sobre a aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência psicológica no contexto virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 305-326. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

Vários aspectos do papel ou da identidade de gênero, que são construídos socialmente, são tidos como biológicos.[3] A biologização ou naturalização das diferenças vem a legitimar as desigualdades entre mulheres e homens, na medida em que pode torná-las invisíveis[4] e incontestáveis. Assim, um discurso que prega que os homens são naturalmente infiéis, por exemplo, legitima um comportamento masculino que, na realidade, é cultural.[5]

O processo de naturalização é responsável, também, conforme Strey et al. (1997, p. 86) pela formação de estereótipos, que são tidos como "a fixação de características como representativas de uma pessoa, grupo ou coletivo". Os estereótipos relativos aos gêneros feminino e masculino são criações culturais. No entanto, se são muito acentuados ou se estão muito disseminados, também o processo de naturalização das diferenças entre os gêneros acentua-se.

Para Saffioti e Almeida (1995), uma mesma cultura, sob a qual vivem mulheres e homens, destina a cada um dos gêneros um papel diverso nas relações sociais. Esses papéis serão exercidos de diferentes formas, de acordo com a cultura local e o período histórico. Levando-se em conta que existem diversos papéis de gênero na sociedade, o que pode ser comprovado pelo fato de eles serem variáveis de acordo com a cultura, não podem os mesmos ser tidos como inevitáveis (VANCE, 1995).

Para Scott (1990), o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos. A autora fundamenta o gênero em quatro elementos: os símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações simbólicas; os conceitos normativos que põem em evidência as interpretações do sentido dos símbolos, que se esforçam para limitar e conter suas possibilidades metafóricas; a noção de política e a referência às instituições e à organização social e a identidade subjetiva. O gênero é, ainda, uma primeira maneira de dar significado às relações de poder.

Compreendido o que é gênero, torna-se necessário agora analisar os fundamentos das desigualdades entre mulheres e homens. Além disso, será preciso aprofun-

3. Acerca da biologização das diferenças culturais, ver: CITELI, Maria Teresa. Fazendo diferenças: teorias sobre gênero, corpo e comportamento. *Revista Estudos Feministas*. vol. 9. n. 1. p. 131-145. 2001.

4. Conforme Cardoso (1997, p. 128), "a naturalização dos papéis designados às mulheres faz com que se torne invisível a regulação hierárquica dos sentimentos, dos sexos, do uso do dinheiro, do processo de tomada de decisões, ocultando as relações de poder na família".

5. Marlene Neves Strey et al. (1997, p. 85) asseveram que "quando uma característica *masculina ou feminina* é vista como derivada ou produto do biológico, apesar de ser culturalmente construída, isso terá uma importância muito maior do que se fosse considerada somente como algo cultural. É mais fácil dizer que o *estado de espírito* de uma mulher é consequência [*sic*] da menstruação, da gravidez ou da menopausa, do que da vivência de certos processos sociais, interacionais ou culturais no transcorrer de sua vida diária".

dar a questão da biologização das diferenças, já que esse processo também produz desigualdades e, o que é pior, faz com que elas passem despercebidas. Isso será de extrema valia, pois é justamente o reducionismo biológico dessas desigualdades que produzirá as definições persuasivas, as quais tendem a ser aplicadas a qualquer ser humano de determinado gênero, independente de suas características pessoais.

Estudar desigualdades de gênero implica averiguar sua relação com a dominação e o poder. Segundo Louro (1997), na instituição das diferenças (que se tornarão desigualdades), estão implicadas relações de poder. São essas relações de poder que fazem com que o conjunto do social esteja dividido segundo o mesmo simbólico que atribui aos homens e ao masculino funções nobres e às mulheres e ao feminino funções menos valorizadas (WELZER-LANG, 2001). A discrepância nessa valorização é o que permite a concretização da dominação masculina.

O corpo é construído pelo mundo social como realidade sexuada e como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizantes. A diferença biológica entre os sexos e, especificamente, a diferença entre os órgãos sexuais, fundada nos corpos, pode ser vista como justificativa natural da divisão socialmente construída entre os gêneros (BOURDIEU, 2003). As relações homens/mulheres parecem ser o produto do paradigma naturalista da superioridade dos homens, a qual remete à dominação masculina, ao sexismo e às fronteiras rígidas e intransponíveis entre os gêneros masculino e feminino (WELZER-LANG, 2001).

Conforme Bourdieu (2003), se a ideia de superioridade é responsável pela dominação masculina, a incorporação dessa dominação decorre justamente do processo biologizante, fundado nos corpos. A visão androcêntrica é continuamente legitimada pelas próprias práticas que ela determina, pois suas disposições resultam da incorporação do preconceito desfavorável contra o feminino, que é instituído socialmente. Às mulheres só resta, portanto, confirmar seguidamente esse preconceito.

O autor coloca-nos que a força da ordem masculina é evidenciada no fato de que ela dispensa justificação. A visão androcêntrica impõe-se, dessa forma, como neutra, sendo inexistente a necessidade de legitimá-la e a ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça (BOURDIEU, 2003). Esse domínio, exercido não somente sobre as mulheres, mas sobre todos os indivíduos que não se encaixam no modelo masculino hegemônico (branco, burguês e heterossexual), é tido como imutável.

A dominação coletiva e individual que os homens exercem sobre as mulheres atribui-lhes privilégios materiais, culturais e simbólicos. Welzer-Lang (2001, p. 461) refere que "a opressão das mulheres pelos homens é um sistema dinâmico no qual as desigualdades vividas pelas mulheres são os efeitos das vantagens dadas aos homens". Logo, reduzir desigualdades implica necessariamente reduzir privilégios. Por isso explica-se a afronta produzida pelo movimento feminista, ao começar a questionar essa dominação.

AZEREDO, Caroline M. de O; WENDT, Emerson; CARLOS, Paula P. de. A internet e a violência contra a mulher: uma análise sobre a aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência psicológica no contexto virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 305-326. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

Compreendido e conceituado o gênero e suas desigualdades, cabe analisar agora a violência de gênero. Assim, poderemos entender que não somente o seu exercício, mas a sua legitimação tem origem na forma com que, com base em desigualdades, são construídos socialmente os gêneros. A violência de gênero seria, dessa forma, a face mais cruel da desigualdade entre mulheres e homens (Guimarães, 1997).

A violência deve ser compreendida "como qualquer comportamento que visa controlar e subjugar outro ser humano pelo uso do medo, humilhação e agressões emocionais, sexuais ou físicas" (Cardoso, 1997, p. 127). Já a violência de gênero envolve ações ou circunstâncias que submetem unidirecionalmente, física e/ou emocionalmente, visível e/ou invisivelmente as pessoas em função de seu gênero (Strey; Weba, 2001). Dessa forma, a violência de gênero teria origem não na violência em geral, mas nas desigualdades sociais existentes entre mulheres e homens.

A violência de gênero é um fenômeno democrático, devido ao seu caráter universal e indiscriminado em relação às classes sociais.[6] E, assim como as desigualdades de gênero, esse fenômeno social está enraizado na sociedade. Logo, modificar essa situação depende de medidas que promovam uma modificação cultural (Cardoso, 1997).

Sendo a violência de gênero um reflexo das desigualdades de gênero, a naturalização desse fenômeno também é verificada em nossa cultura. Ela pode ser demonstrada, por exemplo, pelo fato de muitos homens não saberem que estão praticando a violência e muitas mulheres não saberem que estão sendo violentadas (Muszkat, 1998).

O processo de naturalização é feito a partir da dissimulação, utilizada com o intuito de invisibilizar a violência de gênero. A partir dessa estratégia, fenômenos socialmente inaceitáveis são ocultados, negados e obscurecidos por meio de pactos sociais informalmente estabelecidos e sustentados. São buscadas, então, justificativas para a violência contra a mulher.

Assim como qualquer forma de violência, a violência de gênero pode adquirir várias manifestações, que não somente a física. No caso da violência praticada no ambiente virtual, é preciso destacar a violência não física, que tem como objetivo exercer poder sobre a vítima, destruindo sua autoestima. As agressões psicológicas ferem a autoconfiança e o autorrespeito das mulheres, fazendo com que deixem de possuir uma identidade e cedam o controle de suas vidas ao vitimizador (Miller, 1999). Pode-se afirmar que a violência emocional acompanha todas as outras formas de violência (Saffioti, 2002).

6. Para Barsted (1997), a violência de gênero se dá em todas as classes sociais. No entanto, a visibilidade dessa violência nas camadas pobres da sociedade é maior porque as pessoas moram muito próximas, os vizinhos se envolvem mais na vida alheia e porque as mulheres pobres denunciam mais a violência.

Cabe frisar aqui também a manifestação da violência simbólica, que, conforme Bourdieu (2003), é instituída por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante e à dominação quando ele não dispõe mais que de instrumentos de conhecimento que ambos (dominado e dominante) têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de cominação, fazem com que tal relação seja vista como natural. Em outras palavras, a violência simbólica verifica-se quando os esquemas que o dominado põe em ação para se ver e se avaliar resultam da incorporação de classificações, as quais são naturalizadas, de que seu ser social é produto.

O fundamento da violência simbólica reside nas disposições modeladas pelas estruturas de dominação que as produzem. Dessa forma, a ruptura da relação de cumplicidade que as vítimas da dominação simbólica têm com os dominantes só ocorrerá com uma transformação radical das condições sociais de produção das tendências que levam os dominados a adotar, sobre os dominantes e sobre si mesmos, o ponto de vista dos dominantes (BOURDIEU, 2003). Isso porque não é necessária coação, uma vez que as pessoas já agem de acordo com o esperado.

3. HOMENS, SEXUALIDADE E DOMINAÇÃO

Verificada a relação entre mulheres, gênero e violência, caberá agora partir para a relação entre homens, sexualidade e dominação. Para tanto, o primeiro conceito a ser analisado aqui é o de sexualidade. Para Foucault (1988), a sexualidade não pode ser concebida como uma espécie de dado da natureza, mas deve ser vista como um dispositivo histórico. O autor busca demonstrar que as concepções sobre a sexualidade são mutáveis.

Sobre a necessidade de compreender a sexualidade como construção social, assim descreve Weeks (2001, p. 43):

"Só podemos compreender as atitudes em relação ao corpo e à sexualidade em seu contexto histórico específico, explorando as condições historicamente variáveis que dão origem à importância atribuída à sexualidade num momento particular e apreendendo as várias relações de poder que modelam o que vem a ser visto como comportamento normal ou anormal, aceitável ou inaceitável".

A tentativa de biologização da sexualidade possui ainda mais força devido ao fato de que o corpo biológico é tido como o seu local. No entanto, para o autor (WEEKS, 2001), ela é mais do que simplesmente o corpo, devendo ser relacionada, ainda, às nossas crenças, ideologias e imaginações. Logo, a sexualidade deve ser compreendida como uma construção social, já que os corpos não têm nenhum sentido intrínseco. Weeks (2001, p. 43) entende que a sexualidade pode ser definida "como uma descrição geral para a série de crenças, comportamentos, relações e identidades socialmente construídas e historicamente modeladas".

As identidades sociais, constituídas não só pelas identidades sexuais e de gênero, mas pelas identidades de raça, nacionalidade, classe etc., são definidas nos âmbitos histórico e cultural. Portanto, assim como as identidades sociais, as identidades sexuais e de gênero possuem um caráter fragmentado, instável, histórico e plural (LOURO, 1997). Sendo assim não podemos afirmar que sejam naturais e, consequentemente, imutáveis.

A repressão à sexualidade sempre teve como principal alvo as mulheres. A contenção sobre a sexualidade da mulher, por sua vez, é uma forma de limitação de sua potencialidade. Com base em dados biológicos, a cultura enfatizou e supervalorizou a função reprodutora, que passou a se confundir com a própria essência feminina. Em nome da honra, é estabelecido um duplo modelo de moral, definindo a sexualidade feminina por meio da limitação e, a masculina, pelo desempenho (ALVES; PITANGUY, 1985).

Para tratar da sexualidade masculina, é necessário investigar a forma com que ela é exercida. Em primeiro lugar, é preciso compreender o papel que as emoções podem ter na constituição da sexualidade masculina. A expressão das emoções é tida como uma qualidade pertencente ao gênero feminino. Os homens são reprimidos na expressão de seus sentimentos porque essa atitude é tida como manifestação de insegurança. Os homens aprendem, portanto, que, para se tornarem homens de verdade, as emoções devem de certa forma ser excluídas de suas vidas (NOLASCO, 2001).

Na socialização masculina, para ser um homem é necessário não ser associado a uma mulher. O feminino passa a ser rejeitado, tornando-se o principal inimigo interior que deve ser combatido, sob pena de o indivíduo ser assimilado a uma mulher e ser (mal)tratado como tal. Assim, os homens devem mostrar sinais redundantes de virilidades para que não sejam associados às mulheres e/ou a seus equivalentes simbólicos: os homossexuais (WELZER-LANG, 2001). Lisbôa (1998) aduz que o medo em conectar e expressar certos sentimentos aparece na ideia de que os homens assim poderiam à mulher. Trata-se do medo de ver e sentir sua masculinidade posta em questão. O homem que se entrega a um relacionamento afetivo distancia-se, ainda, de uma referência hierarquizada (pois não é o único a dar as regras do relacionamento), a qual é tradicionalmente atribuída ao seu papel social.

Segundo Nolasco (1993), a ênfase na socialização masculina recai sobre o relacionamento sexual. As dificuldades em nomear e discriminar determinadas emoções seriam exorcizadas por meio de relações sexuais, sendo estas um mediador para o que é insuportável sentir. Nolasco sustenta que os homens são desde cedo instigados a valorizar o sexo, tendo tal atitude o intuito de reproduzir o modelo de comportamento para eles determinado.

Ainda conforme Nolasco (1993; 2001), a sexualidade é, portanto, parte fundamental dessa construção da representação masculina, articulando-se com o poder

e o prazer. No plano sexual aparecem como parâmetros a necessidade de dominação, a ascendência e controle de um sobre o outro. O prazer sexual masculino limitar-se-ia a dominar e subjugar. Isso pode ser explicado pela constituição do imaginário masculino, que é permeado por marcas de força, poder e dominação.

Bourdieu (2003) sustenta que a virilidade, enquanto questão de honra, mantém-se indissociável da virilidade física, sobretudo por meio das provas de potência sexual, que são esperadas de um homem que seja realmente um homem. O ato sexual seria concebido pelos homens como forma de dominação, de apropriação, de posse. Enquanto as mulheres estão socialmente preparadas para viver a sexualidade como uma experiência íntima e fortemente carregada de afetividade, não incluindo necessariamente a penetração, os homens tendem a compartimentar a sexualidade, a qual passa a ser concebida como um ato agressivo e, sobretudo, físico, orientado para a penetração e o orgasmo.

A virilidade, em sua verdade de violência real ou potencial, tem que ser validada pelos outros homens e atestada pelo reconhecimento de fazer parte de um grupo de verdadeiros homens (BOURDIEU, 2003). Dessa forma, pode-se depreender que o exercício da violência masculina pode ter relação com a afirmação da virilidade, bem como ser consequência da ideia de dominação. Dessa forma, cabe analisar agora se a violência é uma das características necessárias para que o indivíduo se torne um homem de verdade, relacionando-a com o exercício do poder e buscando compreender o significado que a violência contra a mulher pode ter para a representação masculina.

A violência pode ser compreendida como um elemento muito importante para a construção da subjetividade masculina, sendo exercida como uma resposta à demanda de desempenho de seu papel social, segundo Nolasco (2003). Para o autor, os homens praticam atos violentos em situações nas quais não se sentem reconhecidos como homens, devido à autorização social para o uso da força física como prova de virilidade. Welzer-Lang (2001) entende que a violência é um meio de exorcizar o medo e exercer poder. Por isso os homens são incitados, durante seu processo de formação, a agredir o outro e gozar dos benefícios do poder sobre o outro. Ao articular prazeres e dores no corpo, cada homem vai individualmente e coletivamente realizando sua iniciação.

Segundo Welzer-Lang (2001), as desigualdades de gênero são mantidas e reguladas por violências, as quais tendem a preservar os poderes que se atribuem coletivamente e individualmente os homens à custa das mulheres. A violência masculina é, portanto, não só um instrumento de dominação das mulheres, mas um dos meios de manutenção dos *status quo* femininos e masculinos em nossa sociedade. Nolasco (2003) afirma que, como a expectativa social é no sentido de que o homem domine a relação afetiva, a violência é utilizada como estratégia para submeter a mulher. A violência masculina pode ser exercida, conforme o autor, como forma de

controle sobre o comportamento das parceiras sexuais, sendo essas consideradas propriedades do homem. A violência é usada, nesse caso, com o intuito de manter o que lhe pertence, constituindo uma prova de masculinidade.

Conclui-se que a extrema valorização do sexo é um componente importante da masculinidade ideal. A relação sexual é tida como uma forma de extravasar sentimentos reprimidos e também como meio de exercer poder e dominação. A violência é igualmente uma forma de exercício de poder, sendo uma constituinte da representação masculina. O uso da violência contra a mulher pode ser aceito socialmente, na medida em que se subentende que cabe ao homem chefiar a relação afetiva, sendo por vezes tolerado o uso da força física como forma de resolução de conflitos.

4. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA INTERNET: ASPECTOS TECNOLÓGICOS, PENAIS E PROCESSUAIS

O senso comum procura diferenciar o *real* do *virtual*. Porém, tal diferenciação não existe propriamente em face do contexto comunicacional presente na internet. Aliás, conceitualmente a diferença existe sob o espectro de incidência comunicacional digital/tecnológica. Canabarro e Borne (2013) procuram diferenciar internet de ciberespaço e, também, da *web*. Ponderam que o ciberespaço é, por excelência,

"(...) formado por diferentes sistemas que podem ser (mas não necessariamente são) conectados ao grande *backbone* formado pelas linhas de comunicação que sustentam o tráfego da internet. Da mesma forma, esses sistemas podem ser (mas não necessariamente são) acessíveis por aplicações de internet (dentre elas, a Web). A interconectividade de sistemas distintos e desses com a internet, assim como a criação de intranets (mais ou menos conectadas à grande Rede) que empreguem os protocolos próprios da internet, são uma opção técnica, que pode ser implementada de maneiras diversas" (CANABARRO; BORNE, 2013, s/p).

Dessa forma, ao tratarmos do contexto comunicacional da internet há que se ter em mente que ele é feito baseado em uma interação física, com conexões por meio de máquinas e redes, e outra interação pelas aplicações de internet. É por intermédio dessas aplicações na internet, principalmente formadas pela *web*, que acontecem as interações entre os usuários e nas quais eles enviam, armazenam, adquirem e transferem dados e informações. Tudo fica registrado em algum lugar, tanto na máquina do usuário quanto nos provedores de conexão e de aplicação na internet.[7]

7. A Lei 12.965/2014, no art. 5.º conceitua o que é conexão à internet e o que é aplicação de internet:
"V – conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;
(...)

Diferentemente, considerando a quantidade de aplicações na internet, a velocidade com que se propagam dados e informações por meio dessa forma comunicacional contemporânea, a extensa quantidade de aplicativos e *sites*, dentre outros, não há condições de se estabelecer, *a priori*, a extensão de danos que podem ser causados na proliferação de conteúdos ofensivos, em especial os que dizem respeito aos direitos de personalidade e, mais especificamente, os que violam a intimidade, principalmente das mulheres.

Por outro lado, do ponto de vista técnico, não há diferenciação, em termos de coletas de dados para a formação de evidências e provas no contexto de uma investigação criminal ou processo (crime, cível, trabalhista, administrativo, eleitoral etc.), entre um fato *real* e o fato *virtual*. Assim, pelo princípio da troca de Locard, quem passa por uma cena de crime, *real* ou *virtual*, deixa e/ou leva vestígios consigo. O princípio é baseado nas concepções de Edmond Locard, considerado um dos principais expoentes da ciência forense.

De acordo com Maia (2012, p. 7), pelo "princípio da troca de Locard, qualquer um, ou qualquer coisa, que entra em um local de crime leva consigo algo do local e deixa alguma coisa para trás quando parte". Maia (2012) também observa que no "mundo virtual dos computadores, o princípio da troca de Locard é válido (ou pelo menos parte dele): onde quer que o intruso interfira ele deixa rastros". Esses vestígios, sob o aspecto comunicacional da internet (*virtual*), são obtidos pelos registros (*logs*), nos quais o que fica registrado é, por exemplo: o arquivo produzido, acessado, modificado no computador, *tablet* ou *smartphone*; a conexão à internet por meio de um provedor; o registro de acesso a uma determinada aplicação na *web*, como um *chat*, uma rede social, um correio eletrônico e as várias funcionalidades e aplicações existentes.

Como exemplo, pode-se citar o caso do indivíduo do Estado do Mato Grosso do Sul que matou a ex-namorada com uma facada e postou a confissão no Facebook (EXTRA, 2014; TONHATI, 2014). Poder-se ia discutir essa circunstância, e outras, sob o aspecto da banalização de comportamentos e de condutas nas mídias sociais (redes sociais, imprensa etc.), pela exacerbação do conceito de livre manifestação e, de forma correlacionada, a mitigação/relativização do conceito de privacidade e, também, a relativização do conceito de verdade. Porém, sob o aspecto tecnológico e processual, a evidência digital aí está e pode ser utilizada como prova.[8]

Por outro lado, o mau (ou exacerbado) uso da tecnologia pode ser usado como justificativa para a desavença familiar e resultar em feminicídio,[9] tal qual ocorreu,

---

"VII – aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;
(...)".

8. Ver mais sobre coleta e validade de provas em ambiente digital em Wendt e Barreto (2013).
9. Assim como o álcool e as drogas são usados como desculpa/justificativa para a violência contra a mulher, o uso das novas tecnologias também passou a ser.

também no Estado do Mato Grosso do Sul, no caso em que um homem matou a esposa e a sogra por ciúmes, alegando que "a esposa não cuidava da casa e fica muito tempo no Facebook e WhatsApp" (RONDONIAAOVIVO, 2014, s/p.). Nesse caso, também as evidências podem ser coletadas no ambiente tecnológico, não só nos aplicativos, mas principalmente nos dispositivos móveis usados por uma das vítimas.

Esse universo digital contempla a propagação de um multiverso de conexões, nos quais a compreensão das percepções de cada um pode ser importante na análise de cada caso. Dois exemplos podem ser dados que têm relação com mulher vítima de violência e internet: o primeiro é o caso do linchamento de uma mulher na cidade de Guarujá-SP, após boato iniciado na internet com um retrato falado, supostamente de uma "sequestradora de crianças" (R7, 2014, s/p.; G1, 2014, s/p.); o segundo, os casos frequentes de uma prática que envolve o termo "talaricagem" (decorrente de talarica, ou seja, uma amiga que fica com ou rouba o namorado ou marido da outra) e que possui inúmeros vídeos no canal de vídeos do *Youtube* em que a mulher traída filma a agressão que faz à mulher que intenta/tem um caso com o seu namorado/marido/companheiro.[10] Em ambos os casos há a análise do conteúdo das informações divulgadas na internet, análise das redes sociais, pelos compartilhamentos e comentários, perfazendo um espectro importante do contexto probatório da investigação e do processo criminal, apontando materialidade e autoria.

Contextualizada a violência contra a mulher e a formação da prova desses fatos na internet, é importante mencionar dois casos praticados pela rede mundial e que atingem diretamente a mulher. Em regra, essas circunstâncias são derivadas do rompimento de relações amorosas. Uma delas já foi referida na introdução deste texto, ou seja, a pornografia por vingança; a outra é o *ciberstalking*, ou seja, a perseguição realizada por meio da rede.

Quanto à pornografia por vingança, principal modo de violência contra a mulher na internet, os principais aspectos envolvidos são a humilhação (pública), a preocupação com a segurança pessoal (pela divulgação de dados pessoais, e-mail, números de telefone etc.), necessidade de vigilância (após o rompimento e tendo, previamente, havido algum tipo de registro de cenas de sexo, nudez etc.), além do medo constante, de ser ou não observada, filmada durante o sexo (TERRA, 2014).

Já em relação ao *ciberstalking*, ou *cyberstalking*, seu termo deriva de *stalk* que significa perseguidor. Portanto, o termo é adequado para definir a perseguição realizada pelo ambiente cibernético, de forma repetitiva, mas também contempla ameaças, monitoramento (das atividades *online*) e criação de perfis falsos em nome

10. Uma gama de vídeos pode ser encontrada pela busca no *Youtube* ([www.youtube.com/results?search_query=talarica]), inclusive casos em que está comprovada a tortura e/ou lesão corporal, ou seja, casos graves de agressões cujas provas estão *online* à disposição das autoridades.

da vítima. O *ciberstalking* pode ter evolução e ir para o ambiente real, tornando-se bastante perigoso para a segurança física da vítima. Entre as motivações dessa atividade, relacionados à mulher, estão: inveja, vingança, rejeição, obsessão patológica de caráter profissional ou sexual e diminuição moral da vítima. O principal objetivo do perseguidor é gerar medo na vítima a fim de se justificar superior. Da mesma forma, acredita o *stalkeador* que a internet lhe provê o anonimato e que, por isso, não será identificado pelas suas ações (DIAS, 2011).

Para demonstrar que o espaço virtual é um ambiente de controle e violência contra a mulher, cabe destacar a pesquisa realizada pelo Instituto Avon e Data Popular com 2.046 jovens de 16 a 24 anos de todas as regiões do país – sendo 1.029 mulheres e 1.017 homens, destacando-se os seguintes dados: 30% das jovens dizem que tiveram *e-mail* ou perfil de rede social invadido pelo namorado, 28% foram proibidas de conversar com seus amigos virtualmente, 15% das jovens dizem que foram obrigadas a revelar para os namorados suas senhas de *e-mail* e *Facebook*, 4% dizem que sofreram ofensas públicas nas redes sociais e 2% que receberam ameaça de pornografia por vingança – a divulgação de fotos ou vídeos íntimos na internet (ARAÚJO, 2014, s/p.). Portanto, a pornografia por vingança e o *ciberstalking* são, atualmente, as principais formas de violência psicológica contra mulheres na internet, merecendo atenção de operadores jurídicos no trato da LMP.

5. ANÁLISE DOGMÁTICO-JURÍDICA DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER NA INTERNET COM BASE NA LEI MARIA DA PENHA

A LMP além de proteger a integridade física, sexual, moral e patrimonial da mulher, também protege sua saúde psicológica. O art. 5.º define o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher da seguinte maneira: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou *psicológico* e dano moral ou patrimonial".

E, ainda, indica o âmbito de incidência dessa violência, *in casu* analisada primordialmente sob o enfoque psicológico:

"I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – *em qualquer relação íntima de afeto,* na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, *independentemente de coabitação.*

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual" (grifos acrescentados).

Na maioria dos casos, na hipótese da pornografia por vingança, a exposição íntima é feita por ex-maridos e ex-namorados que não aceitam o fim do relacionamento. Tem-se tornado comum a exposição pública da intimidade da mulher, após o rompimento não desejado. Portanto, em tal situação não é necessário que o agressor conviva com a vítima, bastando que já tenha convivido.

A lei indicou que a ofensa psicológica constitui violência doméstica e familiar, bem como definiu o que é violência psicológica:

"Art. 7.º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

(...)

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação".

Conforme o art. 7.º, II, configura violência psicológica qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima, mediante ameaça, constrangimento e humilhação. Segundo Hermann (2008, p. 109), a violência psicológica "implica em lenta e contínua destruição da identidade e da capacidade de reação e resistência da vítima, sendo comum que progrida para prejuízo importante à sua saúde mental e física".

O *ciberstalking*, isso é, a perseguição realizada pela internet nela (violência psicológica) está inserida. O perseguidor quer controlar e monitorar a vítima, bem como ameaçá-la e/ou ofendê-la pela internet. O agressor invade a vida da vítima, causando medo e diminuição da moral e da autoestima.

A exposição não autorizada de fotos ou vídeos íntimos também configura violência psicológica, pois constrange e humilha a mulher, causando um dano emocional que acarreta prejuízo a sua saúde mental. Pode-se verificar, ainda, de que forma o fato (humilhação da divulgação de fotos/vídeo íntima ou a ameaça) repercute na vida da mulher:

– a mulher pode ficar abalada, a ponto de ficar doente e deprimida;

– a mulher pode parar de sair de casa;

– a mulher pode parar de estudar;

– a mulher passa a se sentir humilhada, podendo cometer suicídio.

Azeredo, Caroline M. de O; Wendt, Emerson; Carlos, Paula P. de. A internet e a violência contra a mulher: uma análise sobre a aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência psicológica no contexto virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 119. ano 24. p. 305-326. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

Tais fatos podem ser constatados pelas notícias que foram vinculadas, em 2013, sobre a divulgação de fotos e vídeos íntimos na internet.

O primeiro caso é de uma jovem de Goiânia, que ficou dois meses sem sair de casa, em razão da divulgação de um vídeo em que ela e o ex-namorado mantinham relações sexuais (G1, 2013). O constrangimento e a humilhação causaram o isolamento da vítima. Ela teve que parar de trabalhar, estudar e sair de casa.

Já os próximos casos são de duas adolescentes, uma da cidade gaúcha de Veranópolis (DUARTE, 2013) e outra da cidade piauiense de Parnaíba (BOL, 2013). As jovens cometeram suicídio após descobrirem que fotos e vídeos íntimos seus foram divulgados na internet. Elas não suportaram a humilhação à qual que foram expostas.

Esses casos demonstram a gravidade do ato. A violência psicológica destrói a vida da mulher. Esta é humilhada, constrangida e discriminada a ponto de ficar doente e até mesmo cometer o suicídio. A ideologia machista faz com que alguns homens se julguem no direito de constranger e humilhar. Nesse sentido, da leitura em conjunto dos artigos, há possibilidade de aplicação da LMP para os crimes virtuais contra a mulher.

A mulher que for vítima de pornografia por vingança ou *ciberstalking* pode solicitar as medidas protetivas de urgência (art. 22)[11] para fazer cessar ou diminuir os efeitos do ato danoso. O rol não prevê solução específica para os casos em que a violência é praticada por meios eletrônicos. O juiz decide quais serão elas. Entretanto, a partir da previsão do § 1.º, o juiz poderá se valer de outras medidas previstas na legislação.[12] Dessa forma, o juiz pode, por exemplo, determinar que o agressor se abstenha de realizar novas postagens relativas à vítima e seus familiares.

11. "Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:
a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios."

12. Prevê o dispositivo: "§ 1.º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público".

As medidas protetivas possuem natureza cautelar, com possibilidade até de prisão preventiva do agressor, com base no art. 20 da LMP. O art. 313 do CP[13] também permite a decretação da prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Cita-se, por exemplo, uma decisão do Estado do Maranhão, na Comarca de São Luís, no ano de 2009, na qual a juíza deferiu medidas protetivas contra um homem que divulgou fotos da ex-namorada nua. As medidas foram a busca e apreensão do computador e de dispositivos que pudessem ter alguma imagem que colocasse em risco a honra da mulher (CNJ, 2014). Dessa forma, conclui-se pela possibilidade de aplicação da LMP à pornografia por vingança e ao *ciberstalking*, principais formas de violência psicológica contra as mulheres na internet.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição não autorizada de fotos ou vídeos íntimos, as ameaças e as perseguições pela internet estão inseridas nas condutas que configuram violência psicológica, forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, pois causam dano emocional e diminuição da autoestima. Portanto, há possibilidade de aplicação da LMP.

A divulgação de fotos e vídeos íntimos é uma das formas atuais de agressão. É fundamental que a mulher denuncie e acione a devida proteção do Estado. Para enfrentar o problema dos delitos contra a mulher na internet, elencam-se dois Projetos de Lei que pretendem tipificar como crime a conduta de divulgar material íntimo, bem como estender a LMP aos crimes virtuais.

O Projeto de Lei 6.630/2013,[14] do deputado Romário, pretende tornar crime a divulgação indevida de material íntimo. A pena do acusado da divulgação poderá ser de um até três anos de detenção. Esse projeto também prevê que o juiz pode-

13. "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4.º).
Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
(...)
III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência."

14. Acompanhamento da tramitação e conteúdo completo. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598038].

rá impor, além da pena privativa de liberdade e da multa, uma pena restritiva de direitos consistente em proibir o autor da conduta de acessar redes sociais e correio eletrônico pelo prazo de até dois anos, considerando, na determinação do prazo, a gravidade concreta do caso (GUIMARÃES; DRESCH, 2014), sendo, porém, de difícil fiscalização, dependendo da própria vítima e familiares.

Por sua vez, o Projeto de Lei 5.555/2013[15], do Deputado João Arruda, pretende alterar os arts. 3.º e 7.º da LMP, criando mecanismos para o combate a condutas ofensivas contra a mulher na internet ou em outros meios. Este projeto prevê que qualquer divulgação de imagens, informações, dados pessoais, vídeos, áudios ou montagens obtidos no âmbito de relações domésticas, sem o expresso consentimento da mulher, passe a ser entendido como violação da intimidade e considerado violência doméstica.

Por outro lado, outras ferramentas disponíveis para preservação/restauração da imagem das mulheres foram incluídas na Lei 12.965/2014, que foi denominada de Marco Civil da Internet e que nos seus artigos iniciais estabelece os fundamentos e princípios da internet e, dentre eles, os direitos humanos (art. 2.º, II) e a responsabilização dos agentes (art. 3.º, VI).

O art. 21 da lei citada disponibiliza uma das melhores ferramentas de recomposição da vítima ao seu status *quo* anterior, pois que determina ao provedor de conteúdo na internet (provedores de aplicação), a retirada imediata de conteúdo relativo à intimidade das pessoas, sob pena de responsabilização:

"Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido".

Há que pontuar, no entanto, que deve ficar claro que a divulgação, realizada sem autorização de "seus participantes", ou melhor, de todos os participantes de "imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado", deve ser retirada logo após a notificação. Porém, esta, deve

15. Acompanhamento e conteúdo do projeto. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366].

conter "elementos que permitam a identificação" do material "violador da intimidade", como, por exemplo, o endereço na internet com a postagem (*URL* ou *link*), o perfil em rede social etc.

Ademais, de acordo com o art. 19, § 3.º, poderá a vítima buscar indenização nos juizados especiais (danos extrapatrimoniais, relacionados à honra, à reputação e/ou direitos de personalidade) e, pelo § 4.º do mesmo artigo, poderá requerer a chamada tutela antecipada cibernética, considerando a prova inequívoca do fato e o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na *web*.[16] *Dessa forma, percebe-se a presença de elementos normativos protetores da violência contra a mulher na internet que, em face das mobilizações frequentes das mulheres, tendem a ser aprimoradas, enfatizando a proteção em relação aos agressores.*

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Abril Cultural, Brasiliense, 1985.

ARAÚJO, Lucia. 3 em cada 5 mulheres já sofreram violência em relacionamentos, aponta pesquisa. 2014. Agência Patrícia Galvão. Disponível em: [http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2014/12/pesquisaAVON-violencia-jovensversao02-12-2014.pd f]. Acesso em: 15.12.2014.

BARSTED, Leila Linhares. Metade vítimas, metade cúmplices?: a violência contra as mulheres nas relações conjugais. In: DORA, Denise Dourado (org.). *Feminino masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 73-84.

BOL – Notícias. Jovem anuncia suicídio no Twitter após vídeo íntimo vazar nas redes sociais. 2014. Disponível em: [http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/brasil/2013/11/14/jovem-anuncia-suicidio-no-twitter-apos-video-intimo-vazar-nas-redes-sociais.htm]. Acesso em: 14.11.2014.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Portal da Legislação. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm]. Acesso em: 28.10.2014.

16. "Art. 19. (...).
§ 3.º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.
§ 4.º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3.º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação."

CANABARRO, Diego Rafael; BORNE, Thiago. Ciberespaço e internet: implicações conceituais para os estudos de segurança. Mundorama: divulgação científica em relações internacionais. Disponível em: [http://mundorama.net/2013/05/19/ciberespaco-e-internet-implicacoes-conceituais-para-os-estudos-de-seguranca-por-diego-rafael-canabarro-e-thiago-borne/]. Acesso em: 26.10.2014.

CARDOSO, Nara Maria Batista. Mulher e maus-tratos. In: STREY, Marlene Neves (org.). *Mulher, estudos de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 1997. p. 127-138.

CITELI, Maria Teresa. Fazendo diferenças: teorias sobre gênero, corpo e comportamento. *Estudos Feministas*. vol. 9. n. 1. p. 131-145. Rio de Janeiro, 2001.

CNJ. Lei Maria da Penha se consolida no combate à violência doméstica. 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/29287-lei-maria-da-penha-se-consolida-no-combate-a-violencia-domestica]. Acesso em: 24.10.2014.

DIAS, Fernanda. Casos de *cyberstalking* crescem com a internet e preocupam autoridades. *Opinião & Notícia*. 2011. Disponível em: [http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/politica/casos-de-cyberstalking-crescem-com-a-internet-e-preocupam-autoridades/]. Acesso em: 13.12.2014.

DUARTE, Letícia. Adolescente de 16 anos de Veranópolis se suicida após ter fotos íntimas divulgadas na internet. *Zero Hora*. 2013. Disponível em: [http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2013/11/adolescente-de-16-anos-de-veranopoli s-se-suicida-apos-ter-fotos-intimas-divulgadas-na-internet-4338577.html]. Acesso em: 14.11.2014.

EXTRA, *Globo*. Acusado de matar a ex-namorada a facadas faz confissão pelo Facebook, no Mato Grosso do Sul. 2014. Disponível em: [http://extra.globo.com/noticias/brasil/acusado-de-matar-ex-namorada-facadas-fazconfissao-pelo-facebook-no-mato-grosso-do-sul-11604510.html#ixzz3LoK0427D]. Acesso em: 13.12.2014.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GUIMARÃES, Barbara Linhares; DRESCH, Márcia Leardini. Violação dos direitos à intimidade e à privacidade como formas de violência de gênero. *Revista Percurso*. vol. 14. n. 1. p. 27-49. Curitiba: UniCuritiba, 2014. 22 p.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. A igualdade jurídica da mulher. In: STREY, Marlene Neves (org.). *Mulher, estudos de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 1997. p. 29-38.

G1 – *Fantástico*. "Não tenho mais vida", diz Fran sobre vídeo íntimo compartilhado na web. 2013. Disponível em: [http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/11/nao-tenho-mais-vida-diz-fran-sobre-video-intimo-compartilhado-na-web.html]. Acesso em: 14.11.2014.

G1 – Santos e Região. Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP. 2014. Disponível em: [http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html]. Acesso em: 13.12.2014.

HEILBORN, Maria Luiza. Corpo, sexualidade e gênero. In: DORA, Denise Dourado (org.). *Feminino masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 47-58.

HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei n. 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo.* Campinas: Servanda, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

LISBÔA, Maria Regina Azevedo. Masculinidade: as críticas ao modelo dominante e seus impasses. In: PEDRO, Joana Maria; GROSSI, Miriam Pillar (org.). *Masculino, feminino, plural: gênero na interdisciplinaridade.* Florianópolis: Mulheres, 1998. p. 128-145.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista.* Petrópolis: Vozes, 1997.

MACHADO, Izadora Vier; DEZANOSKI, Mayara. Exploração do conceito de violência psicológica na Lei 11.340/06. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito.* vol. 1. p. 98-113. 2014.

MAIA, Francisco Sílvio. *Criminalística geral.* Fortaleza: Escola Superior do Ministério Público, 2012.

MILLER, Mary Susan. *Feridas invisíveis.* São Paulo: Summus, 1999.

MUSZKAT, Malvina Ester. Violência de gênero e paternidade. In: ARILHA, Margareth; UNBEHAUM, Sandra G.; MEDRADO, Benedito (org.). *Homens e masculinidades: outras palavras.* São Paulo: Ecos/ 34, 1998. p. 215-234.

NOLASCO, Sócrates. *De Tarzan a Homer Simpson: banalização e violência masculina em sociedades contemporâneas ocidentais.* Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

_____. *O mito da masculinidade.* Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

RONDONIAAOVIVO. Homem mata sogra e esposa por causa de Facebook e WhatsApp. 2014. Disponível em: [www.rondoniaovivo.com/noticias/homem-mata-sogra-e-esposa-por-causa-de-facebook-e-whatsapp/110412]. Acesso em: 13.12.2014.

R7 – Notícias. Mulher foi espancada até a morte no Guarujá por causa de boato na internet. 2014. Disponível em: [http://noticias.r7.com/sao-paulo/mulher-foi-espancada-ate-a-morte-no-guaruja-por-causa-de-boato-na-internet-07052014]. Acesso em: 13.12.2014.

SAFFIOTI, Heleieth. A discriminação de gênero e as diversas formas de violência contra a mulher. In: MORAES, Maria Lygia Quartim de; NAVES, Rubens (org.). *Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência.* Campinas: Unicamp, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 33-42.

_____. *Gênero, patriarcado, violência.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____; ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência de gênero: poder e impotência.* Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SANTOS, Maria Cecília; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre os ensinos feministas no Brasil. *Estudios interdisciplinários de America Latina y Caribe.* vol. 16. ano 1. p.147-164. Tel Aviv, 2005.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade.* vol. 20. n. 2. p. 10-34. Porto Alegre, jul.-dez 1990.

STREY, Marlene Neves et al. Mulher, gênero e representação. In: STREY, Marlene Neves (org.). *Mulher, estudos de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 1997. p. 79-98.

_____; WERBA, Graziela C. Longe dos olhos, longe do coração...: ainda a invisibilidade da violência contra a mulher. In: GROSSI, Patrícia Krieger; WERBA, Graziela C. (org.). *Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber*. Porto Alegre: Edipucrs, 2001. p. 71-82.

TERRA. Amor e sexo. Mulheres contam traumas após terem fotos nuas divulgadas por ex-parceiros. 2014. Disponível em: [http://mulher.terra.com.br/vida-a-dois/mulheres-contam-traumas-apos-terem-fotos-nuas-divulgadas-por-ex-parceiros,29c17f290a683410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html]. Acesso em: 13.12.2014.

TONHATI, Wendy. Livre: homem que matou ex e passou a manhã postando no Facebook apaga confissão. *MÍDIAMAXNEWS*. 2014. Disponível em: [www.midiamax.com.br/noticias/896036-livre+homem+matou+ex+passou+manha+postando+facebook+apaga+confissao.html#.VIycnyvF-mE]. Acesso em: 13.12.2014.

VANCE, Carole S. A antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. vol. 5. n. 1. p. 7-31. Rio de Janeiro, 1995.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2012: atualização: homicídios de mulheres no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-americanos (Cebela), 2012.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Estudos Feministas*. vol. 9. n. 2. p. 452-468. Florianópolis, 2001.

WENDT, Emerson; BARRETO, Alesandro Gonçalves. *Inteligência digital*. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2001. p. 47-64.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Lei de violência doméstica e familiar contra mulher (Lei Maria da Penha): constitucionalidade e convencionalidade, de Alice Bianchini e Valerio de Oliveira Mazzuoli - *RT* 886/363-385 (DTR\2009\511);
- Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos, de Lenio Luiz Streck e Vinicius de Melo Lima - *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/747-773 (DTR\2015\11493); e
- O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade.Prática da ponderação de princípios, realizando à dignidade da condição humana, de Regina Vera Villas Bôas e Francis Ted Fernandes - *RDPriv* 60/57-81, *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 1/329-355 (DTR\2014\17895).

84684

O CRIME FISCAL COMO DELITO ANTECEDENTE AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS: NOVAS PERSPECTIVAS A PARTIR DAS ALTERAÇÕES DA LEI 9.613/1998

FISCAL CRIME AS AN ANTECEDENT CRIME TO MONEY LAUNDRY: NEW PERSPECTIVES BASED ON THE AMENDMENTS MADE IN LAW 9.613/1998

GUSTAVO DE CASTRO TURBIANI
Especialista Em Direito Penal Econômico Pela Fundação Getúlio Vargas - Gvlaw. Advogado Criminal.
guturbiani@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Tributário

RESUMO: O presente estudo pretende analisar a possibilidade de o crime fiscal figurar como antecedente à lavagem de dinheiro, sobretudo posteriormente às alterações da Lei 9.613/1998, que exclui o rol taxativo de crimes antecedentes.
Assim, pretende trazer à luz determinadas premissas relativas ao crime de lavagem de dinheiro com o fim de expor duas possíveis barreiras a este reconhecimento: uma barreira conceitual e outra lógica. Também pretenderá analisar a possibilidade de tal reconhecimento ainda que extinta a punibilidade do crime fiscal ou antes mesmo do lançamento definitivo do débito tributário. Pretende, ainda, verificar a possibilidade de o crime fiscal ser antecedente à lavagem de dinheiro caso ele se dê em sua figura tentada.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de dinheiro - Sonegação fiscal - Proveniência - Lançamento - Punibilidade - Tipicidade - Tentativa.

ABSTRACT: This study analyzes the possibility of tax evasion figure as antecedent crime of money laundering, especially after the amendments of the law 9613/1998, which excluded the exhaustive list of antecedents crimes.
To do so, it pretends to bring certain premises regarding to the money laundering crime, in order to expose two possible barriers to the recognition of tax evasion as antecedent of money laundering: a conceptual barrier and a logical barrier.
Therefore, the study also pretend to examine whether the tax evasion crime can be antecedent to money laundering in three different situations: with the payment of the debts due to the prosecution, before the final decision of the tax court, or in the attempted form of the tax evasion.

KEYWORDS: Money Laundering - Tax evasion - Origin - Punishment - Legality - Attempt.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Barreira conceitual: 2.1 A resolução de conflitos quanto aos crimes antecedentes antes do advento da Lei 12.683/2012; 2.2 O conceito de proveniência; 2.3 O crime fiscal como um crime "não produtor" de valores; 2.4 Da contaminação dos valores lícitos quando da prática do crime fiscal; 2.5 Da causalidade em relação aos valores sonegados; 2.6 Da vanta-

TURBIANI, Gustavo de Castro. O crime fiscal como delito antecedente ao crime de lavagem de capitais: novas perspectivas a partir das alterações da Lei 9.613/1998.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 119. ano 24. p. 359-386. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

gem indireta trazida pela sonegação - 3. Barreira lógica: 3.1 Da acessoriedade do crime antecedente; 3.2 Da ausência de lançamento definitivo do débito tributário: a tipificação do crime antecedente; 3.3 Do pagamento do débito tributário: a extinção da punibilidade do crime fiscal: 3.3.1 A configuração do crime de lavagem de dinheiro ainda que extinta a punibilidade do crime fiscal pelo pagamento do débito tributário: a política fiscal *versus* a política punitiva - 4. Do art. 2º, I, da Lei 8.137/1990 e da tentativa do crime fiscal -5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a prevenção e a repressão ao crime de lavagem de dinheiro alcançaram o *status* de regime global de proibição,[1] sobretudo em razão da necessidade de prevenção e punição de uma criminalidade organizada cada vez mais sofisticada e em constante expansão em todo o mundo.

No Brasil, a tipificação desta conduta passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro em 03.03.1998, com o advento da Lei 9.613, que veio dar cumprimento ao dever assumido pelo país em 1991, quando aprovou e promulgou a *Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena de 1988.*

Referida convenção previa como antecedente à lavagem de dinheiro apenas e tão somente o crime de entorpecentes (em todas as suas formas), fato este que se convencionou denominar de *legislação de primeira geração.* Como a legislação brasileira veio tempos depois da Convenção que lhe deu origem, ela incorporou uma tendência mundial de expansão do rol de crimes antecedentes, caracterizando-se já como uma legislação de *segunda geração*, na medida em que estabelecia um rol amplo, porém restrito, de delitos antecedentes.[2]

Esta tendência de expansão do rol de crimes antecedentes, já incorporada, ao menos em partes, pela Lei 9.613/1998, é uma das características mais marcantes[3] dos novos

1. CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso.* Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito. Porto Alegre, PUCRS, 2006. p. 133. 231 f. Disponível em: [http://meriva.pucrs.br:8080/dspace/bitstream/10923/1767/1/000385247-Texto+Parcial-0.pdf]. Acesso em: 12 dez. 2014.

2. "Na aprovada Lei 9.603/1998, optou-se por estabelecer um catálogo que à primeira vista parece restritivo, porém, observando-se certos aspectos, constata-se a sua amplitude, posto que ao estabelecer como crime antecedente o praticado por organização criminosa, o legislador possibilitou que qualquer tipo de conduta criminosa que produza dinheiro, que tenha sido efetivada e realizada por organização criminosa, conduza também ao crime de lavagem de dinheiro." AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 50-51.

3. Muitas outras previsões das convenções e tratados internacionais foram de extrema importância para a compreensão e a evolução do delito de lavagem de capitais. Todavia, em razão de seu escopo principal, o presente trabalho se limitará a analisá-las apenas sob a perspectiva dos crimes antecedentes.

tratados, convenções e recomendações de cunho supranacionais posteriores à Convenção de Viena que, em razão da constante expansão da criminalidade organizada, passaram a sugerir até mesmo a adoção de uma legislação que se convencionou chamar de *terceira geração*, na qual sequer haveria um rol delimitado de crimes antecedentes.

Dentre as normativas internacionais que sustentam a adoção desta política legislativa, vale especial atenção à Convenção de Palermo (2000) e à Convenção de Mérida (2003), ambas incorporadas pelo ordenamento jurídico pátrio, que passaram a sugerir que cada Estado incorporasse a lavagem de dinheiro à gama mais ampla possível de delitos determinantes[4] sem que houvesse a necessidade de um rol delimitativo.

Ainda, a despeito de não integrarem o ordenamento pátrio, também são de extrema importância à evolução do combate à lavagem de dinheiro as recomendações expedidas pelo Grupo de Ação Financeira (Gafi),[5] grupo hoje composto por diversos países, dentre eles o Brasil, cujas recomendações têm imenso poder de influência no plano internacional.[6] Notadamente em sua recomendação nº 3 é que se verifica o espírito de alargamento do âmbito de abrangência da lavagem de dinheiro, quando expõe que "os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes".[7]

E foi justamente seguindo esta tendência de transposição de uma legislação de primeira ou segunda geração a uma de terceira geração que, em 09.07.2012, promulgou-se, no Brasil, a Lei 12.683, a qual, dentre as diversas alterações substanciais na redação da Lei 9.613/1998, excluiu o rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, prevendo-a apenas como a conduta de "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal".

Esta específica e substancial alteração trouxe novamente à tona uma discussão já antiga na doutrina e jurisprudência pátrias: a possibilidade de o crime fiscal[8] ser considerado antecedente à lavagem de dinheiro.

---

4. Convenção de Mérida, art. 23, 2, *a*; Convenção de Palermo, art. 6, 2, *a*.
5. Em inglês *Financial Action Task Force* (FATF).
6. CARLI, Carla Veríssimo de. Dos crimes: aspectos objetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo de et al. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 177.
7. [www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferacao-as-recomendacoes-do-gafi-1]. Acesso em 12 nov. 2014.
8. O presente trabalho não distinguirá os termos crime fiscal, sonegação fiscal e crime tributário, sendo todas as expressões utilizadas para fazer referência aos tipos penais dos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990.

Quando da existência de rol delimitado de crimes antecedentes, sempre vigeu o entendimento quanto à impossibilidade de tal fato. Todavia, a justificativa para tanto, no mais das vezes, limitava-se ao fato de tal crime não constar do rol de crimes antecedentes.

A falta de desenvolvimento quanto ao tema, no entanto, torna temerária a interpretação da nova legislação. Isso porque, utilizando-se isoladamente do argumento de que a inexistência do crime fiscal no rol taxativo de crimes antecedentes impedia seu reconhecimento como tal, tem-se, por consequência, que a exclusão do rol taxativo, por si só, permite seu reconhecimento como antecedente à lavagem de dinheiro.

Todavia, o reconhecimento de que o crime fiscal pode ser antecedente ao crime de lavagem de dinheiro não pode prosperar apenas e tão somente com o argumento simplista suprarreferenciado.

Com efeito, no caso da legislação brasileira, mesmo com a exclusão deste antigo rol taxativo, o reconhecimento do crime fiscal como antecedente à lavagem de dinheiro pode esbarrar em duas barreiras, que representam possíveis limitações a esta imputação: (i) uma barreira conceitual e (ii) uma barreira lógica.

O presente trabalho pretende estudar de maneira aprofundada estas possíveis barreiras, de modo a ir além da simplista visão de que a mera inexistência de rol de crimes antecedentes nas recentes alterações legislativas permitiria, por si só, a imputação do crime de lavagem de dinheiro tendo como conduta prévia o crime fiscal.

2. BARREIRA CONCEITUAL

A barreira conceitual que ora se tratará refere-se ao aprofundamento quanto ao real significado da elementar "proveniência", constante no art. 1º da Lei 9.613/1998.[9]

Referida barreira, a bem da verdade, não passou a existir apenas com o advento das alterações legislativas ora em comento. Antes mesmo de tais alterações ela já estava presente e era pressuposto básico para a perfeita compreensão e aplicação do tipo penal de lavagem de dinheiro, sobretudo no que diz respeito à resolução dos conflitos quanto à possibilidade de determinado crime ser considerado seu antecedente. Isso porque, havendo ou não um rol taxativo de delitos antecedentes, tal fato não exclui a premissa básica de que o valor objeto de lavagem deve ser proveniente, direta ou indiretamente, de uma atividade ilícita.

Ocorre que, conforme se expôs, antes das atuais alterações legislativas, a discussão quanto a tal fato poucas vezes se aprofundava quanto a este aspecto.

9. Frise-se que a análise que aqui se fará exclui o art. 2.º, I, da Lei 8.137/1990, tendo em vista que referido tipo penal apresenta determinadas peculiaridades, notadamente por ser crime formal, que serão analisadas em capítulo à parte.

Assim, inicialmente faz-se necessária a compreensão quanto ao entendimento que vigia à época e que, no mais das vezes, se suplantava à discussão aprofundada acerca desta barreira.

2.1 A resolução de conflitos quanto aos crimes antecedentes antes do advento da Lei 12.683/2012

Como já se afirmou introdutoriamente, antes do advento da Lei 12.683/2012 o rol taxativo de crimes antecedentes servia de resolução à discussão a respeito de quais crimes poderiam dar ensejo à imputação de lavagem de dinheiro.

Entendia-se que, estando determinado crime previsto nos incisos do antigo art. 1º da Lei 9.613/1998, haveria a possibilidade de ser considerado antecedente ao crime de lavagem. Por outro lado, não havendo previsão expressa de determinado crime neste rol, não haveria tal possibilidade.[10]

Poucos eram os que iam além desta solução e adentravam na própria natureza do crime de lavagem de dinheiro. Os que assim faziam chegavam até mesmo a sustentar a impossibilidade de alguns crimes serem considerados antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro ainda que estivessem previstos no rol taxativo do art. 1º da Lei 9.613/1998.[11] Para tanto, baseavam-se, sobretudo, no conceito de proveniência que adiante será analisado.

Fato é, no entanto, que a despeito deste esforço esparso de parte da doutrina, o rol de crimes antecedentes sempre foi, via de regra, a barreira que impedia ou legitimava imputações de crime de lavagem de dinheiro a determinados crimes antecedentes. Invocando, como se suficiente, o princípio da taxatividade, parte da doutrina[12] e

10. Exceção feita à organização criminosa, na medida em que todo e qualquer crime, desde que praticado por organização criminosa, poderia figurar como antecedente (Nesse sentido: AMBOS, Kai. Op. cit., p. 50-51; REZENDE, Bruno Titz de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145).

11. Nesse sentido, a despeito de o antigo inc. VI do art. 1.º da Lei 9.613/1998, prever como antecedente todo e qualquer crime contra o Sistema Financeiro Nacional, Pitombo (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 115) reconhece que apesar de a maioria dos tipos elencados na Lei 7.492/1986 serem passíveis de produzir produto ou proveito, próprios da lavagem de dinheiro, tal não ocorria com os arts. 3.º, 6.º, 14, 15, 18 e 23 daquela lei, que não poderiam ser considerados antecedentes em razão disso.

12. "Outros, ao contrário, (...) segundo uma tendência que provavelmente colide com o princípio da taxatividade, consideram que o produto de crime, de utilidade de crime, possa abranger inclusive ausência de pagamento de imposto." MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 79-80.

da jurisprudência[13] limitou-se ao entendimento de que a única barreira que impedia o reconhecimento de determinado delito como antecedente à lavagem de dinheiro era o fato dele não constar no rol taxativo outrora existente.

No que diz respeito aos crimes contra a ordem tributária, a interpretação não era distinta. Nesse sentido, Barros[14] afirma que "ao deixar de incluir o delito de sonegação no rol dos crimes primários, perde o legislador a rara oportunidade de tentar punir penalmente o sonegador contumaz que constrói riquezas de origem ilícita", inferindo-se, portanto, que bastaria a inclusão, por parte do legislador, do crime de sonegação fiscal no antigo rol taxativo do art. 1º para que ele pudesse figurar como antecedente ao crime de lavagem de dinheiro.

É forçoso reconhecer que, partindo deste entendimento, a exclusão do rol de crimes antecedentes representaria, por si só, a legitimação à imputação da lavagem de dinheiro a todos aqueles crimes que envolvam bens patrimoniais, sobretudo o crime contra a ordem tributária.

A solução, no entanto, é simplista, pois não adentra na própria natureza do crime de lavagem de dinheiro, uma vez que, como já se disse, para sua perfeita tipificação, os ativos ocultados/dissimulados devem ter proveniência ilícita e não apenas estarem, ou não, previstos num rol taxativo de crimes considerados antecedentes.

Para isso, é necessário o estudo do próprio conceito da elementar "proveniência" constante do tipo penal de lavagem de dinheiro.

2.2 O conceito de proveniência

A "proveniência ilícita", no contexto do tipo penal de lavagem de dinheiro, deve ser compreendida como o patrimônio que se cria e que é oriundo da própria prática do crime antecedente. Em outras palavras, o crime antecedente à lavagem de dinheiro deve ser aquilo que Aras[15] convencionou chamar de "crime produtor", na medida em que a infração antecedente deve ser capaz de gerar ativos de origem ilícita, sendo que aquelas infrações que não se encaixem neste critério (o de ser um "crime produtor") não são delitos antecedentes.

É possível vislumbrar diversos exemplos deste tipo de situação, v.g.: no crime de corrupção ativa, o dinheiro recebido por funcionário público para praticar ato de ofício é gerado pelo próprio ato de corrupção; no roubo, o dinheiro obtido pelo

13. STJ, 6. T., HC 54.850, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 18.05.2009.

14. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 35.

15. ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCrim*. vol. 20. n. 237. p. 5. São Paulo: IBCCrim, 2012.

autor dos fatos é gerado pelo próprio roubo; no tráfico, o dinheiro recebido pelo traficante vem da própria venda da droga; na gestão fraudulenta de instituição financeira, os valores provêm do próprio ato de gestão.

Nesses casos exemplificados, os crimes mencionados são "crimes produtores". O dinheiro nasce da própria prática criminosa, sendo, portanto, dela proveniente.

Assim, pode-se concluir que, se o crime de lavagem de dinheiro exige que os valores ocultados/dissimulados sejam de proveniência ilícita, exige-se que seu crime antecedente seja um "crime produtor", ou seja, um crime que tem a capacidade de, por si só, gerar valores. Até porque, conforme bem assevera Pitombo,[16] não se afigura plausível sancionar a lavagem de dinheiro em situações nas quais os bens são provenientes de fato conforme o direito.

2.3 O crime fiscal como um crime "não produtor" de valores

A ideia de que um crime, para poder figurar como antecedente à lavagem de dinheiro, deve ser capaz de gerar valores em decorrência de sua própria prática não passou a ser sustentada apenas após as alterações de 2012. A própria Exposição de Motivos da Lei 9.613/1998[17] já expunha que o crime antecedente à lavagem de dinheiro deve representar, "no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente".[18]

É de essencial importância notar que esta premissa intocável do delito antecedente – a de ser, necessariamente, um "crime produtor" – foi sustentada na exposição de motivos supramencionada justamente para justificar a razão pela qual não se acrescentou o crime contra a ordem tributária no rol taxativo de seu art. 1º:

"Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso é que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal (item 34)".

A despeito desse fato, é importante ressaltar que, ao passar pelo Senado Federal o Projeto de Lei 2.688/1998,[19] que deu origem à Lei 9.613/1998, houve sugestão, pelo então Senador Jefferson Peres, de uma emenda ao projeto original, a fim de

16. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. cit., p. 121.

17. EM 692/MJ.

18. EM 692/MJ, item 34.

19. Projeto de lei originado na Câmara dos Deputados, sob o n. 66/1997.

"incluir inciso ao art. 1º do projeto em questão, definindo como recursos ilícitos os provenientes de crimes contra a ordem tributária".[20]

A emenda proposta foi rejeitada em votação no Senado, sendo que, em parecer proferido pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado sustentou-se a mesma premissa exposta na Exposição de Motivos supramencionada, afirmando que o crime antecedente deve propiciar "aumento do patrimônio do infrator, o que não é o caso dos crimes contra a ordem tributária".[21]

Há quem entenda que a adoção de tal premissa foi uma opção firmada no campo da política criminal.[22] Há, ainda, quem afirme que a ausência de previsão do crime fiscal como antecedente deu-se por pressão, tendo em vista que o crime fiscal no Brasil representa uma macrocriminalidade que envolve personalidades.[23]

Todavia, é possível dizer que se trata de uma interpretação objetiva e até mesmo literal do conceito de proveniência, por meio da qual se entende que os valores sonegados às autoridades fiscais não provêm da própria prática do crime fiscal, mas sim de uma atividade prévia que, na maioria das vezes, figura-se absolutamente lícita.

Segundo Fernández,[24] o dinheiro sonegado no delito fiscal não tem sua origem no próprio delito fiscal, mas sim em outra atividade prévia, não se vislumbrando, assim, o nexo causal mediante o qual o autor do delito obtém algo que não tinha antes de cometê-lo. Desta forma, conclui peremptoriamente no sentido de que os valores sonegados não apresentam origem ilícita, pois tais valores já integravam o patrimônio do autor de referido crime, sendo anterior a ele.

Para a perfeita compreensão desta premissa, tome-se o exemplo banal de um comerciante de canetas. A venda das canetas lhe gera renda, sobre a qual incidem

20. Parecer 73/1998 à Emenda 1, de 1997. *Diário do Senado Federal*, 11.02.1998, p. 2597.

21. Idem.

22. "Cuida-se de opção firmada no campo da política criminal, que não recebeu apoio integral no meio jurídico. Aliás, no âmbito do Judiciário federal, uma consulta feita a determinada parcela de juízes, procuradores da República e delegados, resultou na afirmação unânime de que a Lei 9.613/1998 não é ampla o suficiente para disciplinar todo o fenômeno criminológico sobre 'lavagem de dinheiro', e que esta lei deveria contemplar, no rol dos crimes antecedentes, os crimes contra ordem tributária." BARROS, Marco Antonio de. Op. cit., p.161-164.

23. COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. Lavagem de dinheiro: Lei 9.613/1998. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 38. n. 150. p. 136. Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2001. Disponível em [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/682/r150-08.pdf?sequence=4]. Acesso em 22 jan. 2015.

24. FERNÁNDEZ, Covadonga Mallada. Fiscalidad y blanqueo de capitales. 2011, p. 208. Disponível em: [http://dspace.sheol.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/12737/1/TD_Covadonga-MalladaFernandez.pdf]. Acesso em: 12 dez. 2014.

tributos. A eventual omissão, mediante qualquer tipo de fraude, da renda obtida por essas vendas irá configurar a prática do crime de sonegação fiscal. Neste caso, os valores sonegados às autoridades fiscais são provenientes da comercialização das canetas – atividade lícita – e não da própria prática do crime fiscal.

Vê-se, portanto, que quando da prática do crime fiscal, não houve geração de valores, pois os mesmos já haviam sido gerados com uma prática comercial lícita e pretérita. Nesse sentido, o que ocorre no crime fiscal é uma mera manutenção de valores em conta, o que é diferente de um ganho propriamente dito: quem economiza não ganha, sendo que unicamente evita a saída de um bem de seu patrimônio.[25]

Assim, não há, nas palavras da exposição de motivos supramencionada, acréscimo patrimonial quando da prática do delito, mas apenas e tão somente manutenção de um patrimônio previamente existente, que permanece tendo proveniência pretérita ao crime fiscal e, ainda, absolutamente lícita.

Não se trata, portanto, de mera questão de política criminal, por meio da qual a mera inclusão do crime tributário em um eventual rol antecedente tornaria possível seu reconhecimento como antecedente à lavagem. Até mesmo a colocação do crime fiscal neste eventual rol não excluiria o conceito da elementar "proveniência", constante no próprio tipo penal de lavagem. Em outras palavras, a colocação do crime tributário como antecedente não tornaria ilícito, por si só, aquilo que tem, em sua essência, proveniência lícita.

Nesse sentido é o magistério de Mendroni[26] quando afirma que, se o dinheiro tem origem lícita, a não realização de alguma obrigação fiscal não altera sua origem de limpa para suja, que continua sendo limpa, já que não proveniente de prática de algum crime.

Assim, com base em tais premissas, pode-se afirmar que o conceito da elementar proveniência, constante do tipo penal da lavagem de dinheiro, pode representar uma barreira ao reconhecimento do crime fiscal como seu antecedente.

Tal fato, no entanto, encontra resistência de parte da doutrina, uma vez que, a despeito de não criar valores por si só, o crime fiscal permite que seu autor mantenha em conta valores que, se declarados às autoridades, não os teria.

Este fato é tratado por alguns autores sob diversas perspectivas como a justificativa e a legitimação para que o crime fiscal seja antecedente à lavagem de dinheiro. Nesse sentido, há autores que sustentam tal possibilidade sob uma perspectiva de

25. PRADO, Ignacio Martínez-Arrieta Márquez. *El autoblanqueo: el delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014. p. 68.

26. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crimes de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 266.

contaminação, quando da prática do crime fiscal, do valor anteriormente lícito, outros sob uma perspectiva de causalidade, na medida em que não se teria tais valores caso a sonegação não tivesse ocorrido e outros, ainda, em razão de uma vantagem indireta produzida pelo crime de sonegação fiscal.

2.4 Da contaminação dos valores lícitos quando da prática do crime fiscal

A fim de sustentar o crime tributário como antecedente da lavagem de dinheiro, parcela da doutrina tende a afirmar que, quando da prática do crime fiscal, os valores originalmente lícitos se contaminam. Aqueles que assim entendem afirmam que, a partir da prática do crime fiscal, os valores sonegados que deveriam ser recolhidos aos cofres públicos passam a ser ilícitos, pois mantidos em conta apenas e tão somente em razão de uma prática ilícita.

Diz-se, assim, que, se omitir rendimentos para não pagar tributos é ilícito fiscal e penal, os valores que deveriam ser declarados ao Fisco e não os são não podem ser considerados quantias lícitas, pois constituem o próprio produto do crime fiscal.[27]

É interessante notar que o Direito Espanhol denomina de cota defraudada[28] o valor que deveria ser recolhido aos cofres públicos e não o foi em razão da prática do delito fiscal.[29] Fernandez[30] afirma que esta cota defraudada, por ser objeto do crime tributário, está contaminada de ilicitude e, desta forma, por integrar uma atividade delitiva, pode ser objeto material do delito de lavagem de dinheiro.

---

27. MORAES, Luciana Furtado. Crimes antecedentes. In: CARLI, Carla Veríssimo de et al. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 255.

28. "A cota defraudada é o resultado da liquidação tributária de uma fraude ao erário." PRADO, Ignacio Martínez-Arrieta Márquez. Op. cit., p. 65.

29. A Lei Espanhola 10/2010, em seu art. 1.2 define quais seriam os bens provenientes de uma atividade delitiva, incluindo, ao final, a cota defraudada nos delitos contra a Fazenda Pública. Para alguns autores, a inclusão da cota defraudada na relação explicativa sobre o que se considera bens provenientes de infração penal denota, por si só, a possibilidade de o crime fiscal ser considerado antecedente ao crime de lavagem de capitais. Nesse sentido: CORDERO, Isidoro Blanco. El delito fiscal como actividad delictiva Previa del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* n. 13-01. p. 4. 2011. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf]. Acesso em: 16 dez. 2014. Outros autores, no entanto, ainda afirmam que, a despeito da previsão legal, a discussão sobre tal possibilidade exige a verificação prévia sobre o fato de os valores já integrarem preteritamente o patrimônio do agente. Em caso positivo, a cota defraudada não poderá ser considerada proveniente do próprio crime fiscal e, por consequência, o crime fiscal não poderá ser antecedente à lavagem de dinheiro. Nesse sentido: FERNÁNDEZ, Covadonga Mallada. Op. cit., p. 63.

30. FERNÁNDEZ, Covadonga Mallada. Op. cit., p. 209-210.

Para Cordero,[31] para além da contaminação, a cota defraudada pode até mesmo ser considerada um bem que procede diretamente do crime fiscal, ou seja, a cota defraudada tem proveniência na própria prática do crime fiscal, uma vez seu *quantum* (denominado dívida tributária ou cota tributária) passa a surgir a partir do não pagamento de tributos mediante fraude. Com efeito, apesar de reconhecer que a cota defraudada refere-se a valores que, de fato, não ingressam no patrimônio do autor do delito fiscal quando de sua prática (já existindo preteritamente), o autor afirma que referido argumento não impede que se considere que a cota tributária procede do delito fiscal.[32]

Há, ainda, quem argumente que os valores sonegados da autoridade fiscal sequer pertencem àquele que pratica tal conduta, mas sim ao fisco, razão pela qual podem ser considerados ilícitos desde a prática do crime fiscal, uma vez que a incorporação do patrimônio sonegado seria apenas o exaurimento do crime praticado.[33]

Por outro lado, e em oposição à ideia de contaminação, vale ressaltar a doutrina de Mendroni,[34] quando reconhece não ser possível sujar um dinheiro limpo, mas apenas e tão somente limpar um dinheiro sujo. Nesse sentido, afirma que os valores que são sonegados às autoridades fiscais são de procedência lícita, e a falta ou errônea atividade fiscal praticada por parte da pessoa obrigada pode ensejar a configuração do crime tributário, mas tal fato não altera o "DNA do dinheiro", pois a sua origem continua limpa.[35]

Nesse mesmo sentido estão as afirmações de Montalvo,[36] no sentido de que os valores obtidos em uma atividade lícita não se transformam em ilícitos pela só circunstância de sua não tributação ou, ainda, até mesmo pela circunstância de sua ocultação com o fim de que tributos não sejam recolhidos. Assim como Mendroni, conclui que tais fatos poderão dar lugar ao delito fiscal, mas não à lavagem de dinheiro.

Parece que, ainda que seja possível se dizer em contaminação dos valores mantidos em conta após sua sonegação às autoridades fiscais, a análise do crime fiscal como antecedente à lavagem de dinheiro sob a perspectiva da "contaminação" não

31. CORDERO, Isidoro Blanco. El delito fiscal como actividad delictiva... cit., p. 20-21.

32. Idem, ibidem.

33. Nesse sentido, BARROS, Marco Antonio de. Op. cit., p. 35. Afirma que o valor sonegado "não pertence ao sonegador, mas sim ao Erário Público. Se ele o incorpora ao seu patrimônio, apenas exaure a ação do crime que já praticou".

34. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 266.

35. Idem, ibidem.

36. MONTALVO, Choclán. ¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales? *Revista Jurídica General: Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.* n. 37. p. 163. Madrid, set. 2007.

resiste à análise da proveniência dos valores sonegados, que permanece sendo lícita sem que haja alteração pela só prática de uma supressão ou redução de tributação devida em relação a tais valores.

A proveniência ilícita foi alçada como elementar do tipo penal de lavagem de dinheiro pelo legislador e, ainda que seja possível se dizer em "contaminação" dos valores mantidos em conta em razão da sonegação fiscal, tal fato não exclui a real proveniência do valor que é supostamente contaminado.

2.5 Da causalidade em relação aos valores sonegados

No que diz respeito à utilização da teoria da causalidade para legitimar e justificar o crime fiscal como antecedente à lavagem de dinheiro, sustenta-se que os valores sonegados não existiriam na posse do agente caso não houvesse sua sonegação, concebendo-se, assim, uma suposta relação direta entre os bens e o crime de sonegação.

Nesse sentido, Cordeiro[37] afirma que, aplicando as teorias causais penais, o delito fiscal gera um incremento do patrimônio do agente com bens que, de outro modo, lá não estariam. Em outras palavras, afirma que o dinheiro não estaria no patrimônio do agente se ele não houvesse defraudado a Fazenda Pública.

É importante ressaltar que os que defendem a possibilidade de vinculação direta do valor sonegado ao próprio crime fiscal por meio da ideia de causalidade se utilizam de um exercício proposto por determinados autores para explicar o conceito de proveniência ilícita, por meio do qual sugerem a exclusão mental do delito prévio para, então, verificar se os bens ocultados permaneceriam ou se, por outro lado, desapareceriam.[38]

Por via transversa, os que sustentam a possibilidade de o crime fiscal figurar como antecedente à lavagem de dinheiro afirmam que, não havendo o crime de sonegação fiscal, o agente teria, então, procedido ao recolhimento dos tributos e, portanto, referidos valores desapareceriam de sua posse. Assim, sob uma perspectiva causal, afirmam que os valores sonegados podem ser considerados como tendo origem no próprio crime de sonegação.

Percebe-se, no entanto, que a premissa não é a mesma. No caso da sonegação, supõe-se que, não havendo sonegação, haveria declaração dos valores e, por via de consequência, seu recolhimento aos cofres públicos, o que faria os valores desaparecerem. O exercício de exclusão mental do crime, no entanto, pressupõe um desaparecimento do valor em razão da exclusão do crime por si só, isto é, excluído o

37. CORDERO, Isidoro Blanco. El delito fiscal como actividad delictiva... cit., p. 22.

38. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. cit., p. 111.

crime, desaparece o valor por ele gerado, independentemente de qualquer ação por parte do agente. Não se exige qualquer ação positiva do agente (i.é., declaração e posterior recolhimento) para o desaparecimento dos valores.

Por esta razão é que se faz necessário que o crime antecedente, como se expôs acima, seja um "crime produtor". Excluindo-se mentalmente um crime produtor, não haverá a produção dos valores e os valores não existiriam.

Desta forma, a ideia de causalidade trazida por Fernández[39] parece mais se adequar ao caso, quando afirma que o nexo causal entre os valores e um determinado delito existe quando o autor do delito obtém algo que não obtinha antes de cometê-lo. Aplicando a teoria ao crime fiscal, tem-se que, quando de sua prática, o autor não obtém algo que não tinha antes, ou seja, sua prática não gera qualquer valor e a origem do valor sonegado permanece sendo prévia.

É importante ressaltar, ainda, que a adoção da ideia de causalidade traz consigo um problema quanto à individualização dos bens objetos do delito de lavagem. Nesse sentido, vale atenção a exemplo trazido por Badaró e Bottini[40] para exemplificar o problema que sua adoção traria ao sistema jurídico. Sugerem os autores a hipótese de alguém que usa reais oriundos de furto para completar a compra de uma cartela de loteria, sendo que tal cartela é posteriormente premiada. Afirmam que, adotando uma perspectiva causal nesse caso hipotético, todo o valor recebido estaria contaminado.

Com efeito, a adoção da ideia de causalidade pode trazer como consequência a contaminação de qualquer bem obtido com o valor mantido em conta em razão da sonegação, pois seria possível afirmar que, não fosse a sonegação, não haveria referido valor e, por consequência, não haveria determinado bem.

2.6 Da vantagem indireta trazida pela sonegação

Parcela da doutrina afirma ser possível reconhecer que a sonegação fiscal traz, pela sua prática, proveito econômico, ainda que de forma indireta, sustentando que tal fato possibilita seu reconhecimento como crime antecedente à lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, apesar de reconhecer que o crime fiscal não agrega patrimônio ao agente que o pratica, há quem sustente, por outro lado, que haveria produção indireta de vantagem econômica para uma empresa sonegadora, na medida em que, por exemplo, o não desembolso de despesas tributárias poderia melhorar seu desempe-

39. FERNÁNDEZ, Covadonga Mallada. Op. cit., p. 208.

40. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 70.

nho no mercado, com o oferecimento de preços mais competitivos, já que seu patrimônio não foi onerado pelo recolhimento de impostos.[41]

O conceito de "produção indireta de vantagem" também é trazido por Moraes[42] para sustentar a possibilidade de o crime tributário ser considerado antecedente ao crime de lavagem de dinheiro, ao afirmar que, na sonegação fiscal, há proveito econômico, ainda que reconhecido de forma indireta.

Trata-se do que Castilho[43] chama de princípio da poupança, expondo que a cumulação de importâncias permite ganhos e aumento de patrimônio.

De início, é importante ressaltar que aquilo que os autores supramencionados denominam de "vantagem indireta" ou "produção indireta de vantagem" não se confunde com o que o tipo penal de lavagem de dinheiro chama de valores provenientes indiretamente de infração penal.[44]

O que o tipo penal da lavagem de dinheiro denomina de valores provenientes indiretamente da infração penal são os que, a despeito de terem origem na própria prática de um crime, foram substituídos de alguma forma. Exemplificativamente, se o agente que pratica o crime de corrupção ativa utiliza o valor obtido pelo próprio crime para comprar uma obra de arte, esta obra de arte seria o bem proveniente indiretamente da infração penal antecedente.[45]

Já a "vantagem indireta" trazida pelos autores mencionados refere-se àquele valor obtido de forma lícita, mas que simplesmente se manteve no patrimônio do agente em razão de sua não declaração às autoridades fiscais.

De fato, o crime fiscal traz ao sonegador aquilo que se denomina de "vantagens indiretas", na medida em que a manutenção dos valores em conta lhe garante proveitos que não teria caso houvesse procedido ao recolhimento dos tributos devidos.

Entretanto, é forçoso reconhecer que, por outro lado, tal fato também não exclui a necessidade de se perquirir sobre a real proveniência desses valores, uma vez que a proveniência, como se viu, foi estabelecida pelo próprio legislador como elemen-

41. MAIA, Rodolfo Tigre. Op. cit., p. 80.

42. MORAES, Luciana Furtado. Op. cit., p. 255.

43. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 47. p. 51. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2004.

44. "Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores *provenientes*, direta ou *indiretamente, de infração penal*." (grifos nossos)

45. Outro exemplo trazido por Nucci traz a situação do sujeito que recebe um resgate em virtude de extorsão mediante sequestro (crime previsto no rol de delitos antecedentes antes delimitado), compra um imóvel, que é vendido a terceiro de boa-fé, transformando-se igualmente em dinheiro (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 486-487).

tar do tipo penal de lavagem de dinheiro. A proveniência de determinado valor, como se expôs, refere-se ao ato que origina este valor e não ao ato que possibilita que ele não se perca, sendo que a manutenção dos valores em conta não se confunde com um ganho de valores propriamente dito.

Se, por um lado, pelo princípio da poupança exposto acima, segundo o que a cumulação de valores gera aumento de patrimônio,[46] em contraponto, novamente apoiando-se em Prado,[47] tem-se que aquele que economiza não ganha, sendo que unicamente evita a saída de um bem de seu patrimônio.

3. BARREIRA LÓGICA

Para a análise do que aqui se denomina de barreira lógica, parte-se do pressuposto de que a barreira conceitual exposta acima já esteja superada, isto é, se pressupõe que o entendimento seja o de que os valores que são objetos do crime fiscal têm proveniência ilícita (seja pela sua contaminação, seja pela adoção da teoria da causalidade ou, então, em razão da produção de vantagem indireta) e podem, portanto, dar ensejo à imputação de lavagem de dinheiro.[48]

Denomina-se de "lógica", pois o crime fiscal apresenta determinadas peculiaridades no ordenamento jurídico brasileiro, passando a carecer de tipicidade em determinadas situações ou a ter sua punibilidade extinta em outras. Considerando que o crime de lavagem de dinheiro pressupõe a existência de um crime antecedente, deve-se verificar a lógica de se levar a cabo uma investigação ou ação penal que apura o crime de lavagem de dinheiro em situações nas quais o crime antecedente sequer apresenta tipicidade ou, ainda, passe a ter sua punibilidade extinta.

Assim, ainda que se considere possível que o crime fiscal dê ensejo à imputação de lavagem de dinheiro, é necessário verificar sob quais circunstâncias isso poderá ocorrer e sob quais circunstâncias esta imputação careceria de lógica em razão da inexistência do crime antecedente (atipicidade) ou, ainda, em razão de seu desaparecimento (extinção da punibilidade).

3.1 Da acessoriedade do crime antecedente

Para entender a relação existente entre o crime antecedente e o crime de lavagem de dinheiro, faz-se necessária a compreensão da relação de acessoriedade existente entre ambos.

46. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Op. cit., p. 51.

47. PRADO, Ignacio Martínez-Arrieta Márquez. Op. cit., p. 68.

48. Novamente, aqui, a análise que aqui se fará exclui o art. 2º, I, da Lei 8.137/1990, tendo em vista que referido tipo penal apresenta determinadas peculiaridades, notadamente por ser crime formal, que serão analisadas em capítulo à parte.

A Lei 9.613/1998 tipifica em seu art. 1º a conduta de ocultar ou dissimular bens provenientes de uma infração penal antecedente. A infração antecedente, portanto, representa elemento normativo do crime de lavagem de dinheiro,[49] uma vez que ele não se tipifica sem a sua existência.[50] Por esta razão é que se diz que o crime de lavagem de dinheiro guarda uma relação de acessoriedade material[51] com a infração antecedente.[52]

Nesse sentido, justamente por ser elemento normativo do crime de lavagem de dinheiro é que preceitua o § 1º do art. 2º da Lei 9.613/1998 que a denúncia com relação a este crime deve ser instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente.

Por outro lado, este mesmo art. 2º, § 1º, da Lei 9.613/1998 também prevê que o crime antecedente é autônomo em relação à lavagem de dinheiro, sendo punível a lavagem de dinheiro "ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente".

Em um primeiro momento, esta característica de autonomia do crime de lavagem com relação ao crime antecedente parece contraditória àquela característica de acessoriedade existente entre ambos. Isso porque, se de um lado se reconhece que o crime de lavagem de dinheiro depende do crime antecedente para se tipificar, por outro, reconhece-se também que a lavagem de dinheiro é independente do crime que lhe antecede.

Segundo a doutrina, a compatibilização dessas duas características aparentemente contraditórias se dá pelo princípio da acessoriedade limitada,[53] por meio do qual se exige do crime antecedente apenas prova de sua tipicidade e antijuridicidade, sendo prescindível, por outro lado, a demonstração da culpabilidade.

Esta seria, portanto, a interpretação a ser dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 9.613/1998. Afirma-se que a opção do legislador foi no sentido de que basta que o crime seja típico e antijurídico para que seja antecedente do crime de lavagem, sendo que a lei dispensa a culpabilidade para a caracterização do delito pressuposto da lavagem de dinheiro.[54]

---

49. CARLI, Carla Veríssimo de. Dos crimes... cit., p. 183.
50. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. cit., p. 129.
51. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 80.
52. Nesse sentido também: MORAES, Luciana Furtado. Op. cit., p. 251-288.
53. CARLI, Carla Veríssimo de. Dos Crimes: Aspectos Objetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo de *et al.* Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 183.
54. Nesse sentido: MORAES, Luciana Furtado. Op. cit., p. 275; REZENDE, Bruno Titz de. Op. cit., p. 80; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. cit., p. 118.

3.2 Da ausência de lançamento definitivo do débito tributário: a tipificação do crime antecedente

Em 02.12.2009, o STF editou a Súmula Vinculante 24, por meio da qual estabeleceu que "não se tipifica crime material contra a ordem tributária antes do lançamento definitivo do tributo".

A edição da referida súmula pôs fim a duas discussões recorrentes à época: a primeira debatia se o lançamento definitivo do débito tributário representava condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo penal de sonegação fiscal. A segunda, por sua vez, dizia respeito à possibilidade de se dar início à investigação criminal sobre crime fiscal antes mesmo do lançamento definitivo do débito tributário.

Sumulou-se, então, o entendimento de que o lançamento definitivo do débito representa elemento normativo do tipo penal de sonegação fiscal, o que significa dizer que, antes dele, o crime de sonegação fiscal carece de tipicidade.

Por consequência deste entendimento, pôs-se fim também à discussão sobre a possibilidade de início das investigações criminais acerca do crime de sonegação antes do lançamento definitivo do débito fiscal. Isso porque, não havendo tipicidade do crime fiscal até o lançamento definitivo do débito tributário, antes deste fato qualquer investigação criminal referente a este crime específico careceria de justa causa.[55]

Ainda que não expressamente, a edição da Súmula Vinculante 24 também induz à conclusão de que, ainda que se considere superada a barreira conceitual aqui exposta, entendendo-se que o crime fiscal pode ser antecedente do crime de lavagem de dinheiro, a existência desta última infração depende igualmente do lançamento definitivo do débito tributário.

Isso porque, como já se expôs, para a configuração da lavagem de dinheiro, faz-se necessário que o crime antecedente seja ao menos típico e antijurídico[56] e, não havendo tipicidade do crime fiscal enquanto não haja lançamento definitivo do débito tributário, não se pode cogitar em tipicidade do crime antecedente e, por consequência, não se pode cogitar no crime de lavagem de dinheiro.

Em outras palavras, considerando que o crime antecedente é elemento normativo do crime de lavagem de dinheiro, a atipicidade do comportamento anterior

55. Ressalte-se que o HC 81.611, precedente que deu origem à redação da súmula, reconhece que faltaria "justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1.º da L. 8137/1990 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo" (STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 10.12.2003).

56. CORDERO, Isidoro Blanco. Op. cit., p. 179.

importa a desfiguração de uma própria elementar do crime subsequente de lavagem de dinheiro.[57-58]

O magistério de Bottini e Badaró (2012, p. 87) vai ao encontro do que aqui se expôs, uma vez que consideram que as alterações da Lei 9.613/1998 possibilitaram que o crime fiscal fosse antecedente à lavagem de dinheiro (superação da barreira conceitual, essencial à análise da barreira lógica aqui exposta), mas, por outro lado, entendem que será incabível a instauração de inquérito policial, a promoção de medidas cautelares ou de ação penal para a apuração de lavagem de dinheiro enquanto não houver constituição definitiva do débito, uma vez que, sem tal fato, não há tipicidade do comportamento prévio referente à sonegação fiscal.

Vê-se, portanto, que há uma barreira lógica ao reconhecimento do crime tributário como antecedente ao crime de lavagem de dinheiro enquanto não há lançamento definitivo do débito tributário: carecendo o delito antecedente de tipicidade, o delito de lavagem de dinheiro perde uma de suas elementares, pois inexiste infração antecedente que lhe dê suporte e, por consequência, tipicidade.

3.3 Do pagamento do débito tributário: a extinção da punibilidade do crime fiscal

A despeito de diversas oscilações legais e jurisprudenciais no decorrer dos últimos anos quanto aos efeitos do pagamento do débito tributário em relação ao crime fiscal, legislação e jurisprudência atuais preveem que o pagamento do débito tributário, a qualquer tempo, gera a extinção da punibilidade do crime fiscal.[59]

Sob uma perspectiva positiva do direito, pode-se afirmar que a previsão do art. 2º, § 1º da Lei 9.613/1998, por si só, já demonstra que o crime de lavagem de dinheiro subsistirá ainda que pago integralmente o débito tributário do crime fiscal que lhe é antecedente,[60] uma vez que mencionado artigo atesta ser possível a configuração do crime de lavagem ainda que extinta a punibilidade do crime antecedente.

---

57. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. cit., p. 121.

58. Nesse sentido, cfr. também: MORAES, Luciana Furtado. Op. cit., p. 276.

59. Há oscilações jurisprudenciais quanto à legislação aplicável. Todavia, prevalece o entendimento de que o pagamento pode ser realizado a qualquer momento. Nesse sentido: "a Lei 12.382/2011, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2.º do art. 9.º da Lei 10.684/2003, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo" (STF, 1.ª T., HC 116.828, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 18.08.2013); "A extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário encontra respaldo na regra prevista no art. 69 da Lei 11.941/2009, que não disciplina qualquer limite ou restrição em desfavor do agente" (STF, Tribunal Pleno, EDcl na AP 516, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 05.12.2013).

60. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. cit., p. 118-119.

De qualquer forma, para além desta concepção positiva do Direito, é importante compreender a razão para a deliberada desconsideração da punibilidade do crime antecedente para fins de caracterização e configuração do crime de lavagem de dinheiro.

A punibilidade, segundo Costa Júnior,[61] representa um *posterius* com relação ao crime, não sendo considerada propriamente um elemento do crime.[62] Representa o poder-dever de punir estatal ou, nas palavras de Dotti,[63] "a possibilidade jurídica do Estado aplicar a sanção penal".

Desta forma, a extinção da punibilidade não retira do fato a característica de injusto penal[64] e não altera, portanto, o conteúdo do crime:[65] o crime permanece existindo em sua estrutura típica, extirpando-se apenas a possibilidade de o Estado puni-lo.

Desta forma, se o pagamento do débito tributário gera apenas a extinção da punibilidade do crime fiscal, tal fato não descaracteriza o próprio crime tributário, que permanece existindo em seu conteúdo (tipicidade e antijuridicidade), mas deixa apenas de ser punível.

Por esta razão é que Cordeiro[66] afirma que, para a configuração da lavagem de dinheiro, é indiferente que o autor do delito prévio esteja isento de pena, pois ainda que tais hipóteses estejam presentes, o crime fiscal antecedente não se desconfigura. Paschoal[67] também compactua com tal entendimento, entendendo que a extinção da punibilidade do crime que é pressuposto não se estende à lavagem, ou seja, a extinção da punibilidade do crime antecedente à lavagem de dinheiro, que é elemento constitutivo do tipo penal de lavagem, não se estende e tampouco alcança este último.

Assim, não só em razão da expressa exclusão legal, mas notadamente em razão da própria natureza da extinção da punibilidade, é possível compreender que, superando-se a barreira conceitual acima exposta, o crime de lavagem de dinheiro configura-se ainda que extinta a punibilidade do crime fiscal considerado como antecedente.

---

61. COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 480.
62. Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 1999. vol. 3, p. 389; ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 747; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 80-81.
63. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: PARTE Geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 779.
64. MACEDO, Raimundo. *Da extinção da punibilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 20.
65. Exceção feita às situações de anistia e *abolitio criminis* as quais, ainda que por via transversa, tocam a tipicidade do tipo penal.
66. CORDERO, Isidoro Blanco. Op. cit, p. 179.
67. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Manole, 2003. p. 182.

3.3.1 A configuração do crime de lavagem de dinheiro ainda que extinta a punibilidade do crime fiscal pelo pagamento do débito tributário: a política fiscal versus a política punitiva

Conforme afirmado, legislação e jurisprudência pátrias sempre oscilaram quanto ao reconhecimento da extinção da punibilidade do crime fiscal com o pagamento integral do débito tributário. Todavia, atualmente vigora o entendimento de que o pagamento integral do débito tributário gera a extinção da punibilidade do crime fiscal.

É importante ressaltar que o fundamento do legislador ao prever as causas de extinção da punibilidade é, em sua maioria, político.[68] No presente caso, não é diferente, sendo que a intenção do legislador foi a de deixar de lado uma política punitiva em prol de uma política fiscal, procurando, com isso, incentivar o pagamento dos tributos devidos aos cofres públicos, eximindo o pagador, em contrapartida, de qualquer consequência criminal referente aos seus atos.

Olhando sob essa perspectiva, bem assinalou o Ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence quando, no julgamento do HC 81.929, ao fazer referência à Lei 10.684/2003 que previu a extinção da punibilidade com o pagamento integral do débito tributário, afirmou que "a nova lei tornou escancaradamente claro que a repressão penal nos 'crimes contra a ordem tributária' é apenas uma forma reforçada de execução fiscal".[69]

Segundo o magistério de Machado[70] trata-se da adoção de uma corrente utilitarista da pena, que teria por finalidade coagir o contribuinte ao pagamento.

Há quem questione o fato de o direito penal ser um instrumento de coação para que o sonegador pague o tributo sonegado, aumentando a receita tributária e, com isso, premiando-o com a exclusão da punibilidade do delito.[71] Nesse sentido, Nabarrete[72] afirma que "o poder punitivo não é bem comerciável e torná-lo significa mercantilizar atividade essencial do Estado".

A despeito dos questionamentos quanto à utilização do direito penal com o fim de incentivar/forçar o pagamento de débito tributário, denota-se que a previsão de

68. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Extinção da punibilidade e suspensão da pretensão punitiva nos crimes contra a ordem TRIBUTÁRIA: os efeitos penais do pagamento e do parcelamento. In: TANGERINO, Davi da Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (coord.). *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 133.

69. STF, 1.ª T., HC 81.929, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 16.12.2003.

70. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 373.

71. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 65.

72. NABARRETE, André. Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 5. vol. 17. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1997.

extinção da punibilidade quando do pagamento do débito tributário tem exatamente esta finalidade, colocando-se a política fiscal acima da política criminal ou, sob a perspectiva de Rios,[73] garantindo a arrecadação por meio da instrumentalização do sistema penal.

Há quem defenda que é justamente esta política fiscal arrecadatória que justificaria a colocação do crime fiscal como antecedente à lavagem. Nesse sentido, Castilho[74] afirma que a exclusão da sonegação do âmbito de criminalização é incoerente com a importância constitucional do sistema tributário, que prevê a cobrança de tributos como meio necessário para que o Estado possa realizar os direitos sociais assegurados na Constituição.

Todavia, com o que se viu até então, é possível concluir que a previsão do crime fiscal como antecedente à lavagem de dinheiro poderá ir justamente de encontro com a política fiscal arrecadatória que, segundo Castilho,[75] representa o meio necessário para assegurar direitos constitucionais.

Isso porque, como se viu, a despeito de o pagamento do débito tributário extinguir a punibilidade relativa em relação ao crime fiscal, tal fato não excluirá o crime de lavagem de dinheiro, uma vez que a extinção da punibilidade exclui a culpabilidade referente ao crime antecedente, mas mantém sua tipicidade e antijuridicidade intactas, gerando margem à imputação de lavagem de dinheiro.

Ora, se o pagamento do débito tributário gera a exclusão da punibilidade com relação ao crime fiscal, mas não exclui, por outro lado, o crime de lavagem de dinheiro, é intuitivo que tal fato trará, como consequência, uma diminuição da arrecadação tributária. É que a previsão legal que incentivava contribuintes a realizar o recolhimento dos valores devidos aos cofres públicos já não mais terá o poder de incentivo de outrora, vez que, ao passo em que há extinção do crime fiscal, permanecerá presente a possibilidade de imputação do crime de lavagem de dinheiro.

O receio quanto a este aspecto não é novidade, tendo sido externado pelo próprio Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) no Parecer 1.004, de 28.08.2002, proferido em decorrência do Projeto de Lei 6.850/2002, que propunha a inclusão dos crimes contra a ordem tributária no rol de crime antecedentes da Lei 9.613/1998:[76]

---

73. RÍOS, Rodrigo Sanches. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 156.

74. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Op. cit., p. 52.

75. Idem, ibidem.

76. [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=40023&filename=PL+6850/2002]. Acesso em: 08 dez. 2014.

"9 – Nesse Decreto (2.730) o pagamento do crédito tributário e consectários extingue o processo fiscal e, por conseguinte, obsta a comunicação dos fatos ao Ministério Público (art. 2º). A eventual aprovação do Projeto de Lei sob comento, transformaria o delito em crime de ação pública incondicionada, donde, mesmo terminados os procedimento fiscais, prosseguiriam os trâmites processuais em decorrência da tipificação de 'lavagem'. Essa especial situação, com certeza, inibiria o pagamento por parte do contribuinte faltoso, objetivo primeiro do fisco".[77]

É possível afirmar, portanto, que o entendimento no sentido de que o crime fiscal pode ser antecedente ao crime de lavagem de dinheiro vai de encontro com a própria política fiscal adotada pelo legislador e com os interesses da administração pública, uma vez que expurga, quase que por completo, o incentivo dado aos contribuintes para o pagamento dos débitos tributários.

4. DO ART. 2º, I, DA LEI 8.137/1990 E DA TENTATIVA DO CRIME FISCAL

Em linhas gerais, o que distingue o art. 1º da Lei 8.137/1990 do art. 2º, I, da mesma lei é o fato deste ser formal, enquanto aquele é considerado material.

Nesse sentido, ao contrário do art. 1º, que para sua consumação exige a efetiva supressão ou redução do tributo,[78] o art. 2º exige apenas a prática fraudulenta com a intenção de eximir-se do pagamento parcial ou total de tributos[79] sendo desnecessário que este último ato se efetive.

Quando da comparação realizada, é intuitivo entender que a conduta do art. 2º, I, da Lei 8.137/1990 é idêntica à conduta do art. 1º, I, diferenciando-se apenas pela efetiva supressão dos tributos: caso haja supressão, estará o sujeito incurso nas penas do art. 1º e, não havendo, estará incurso nas penas do art. 2º.

Considerando que a consumação do crime tributário se dá com a efetiva supressão ou redução do tributo, a conduta do art. 2º configuraria, a princípio, a tentativa do art. 1º, prevista, no entanto, em tipo penal autônomo. Há quem defenda tal tese[80] e, ao mesmo tempo, quem a rechace, afirmando que a conduta do inciso I do art. 2º configura crime consumado por si só.[81]

O presente trabalho não pretende adentrar em tal discussão. Não só porque ela extravasa seu âmbito de abrangência, mas principalmente porque, quer seja o art.

77. Obtido em [www.bcb.gov.br/fis/supervisao/docs/monografiaclovisroncatto.pdf].

78. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 64.

79. HARADA, Kiyoshi. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 165.

80. MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 354.

81. HARADA, Kiyoshi. Op. cit., p. 165.

2°, I, crime autônomo, quer represente a tentativa do art. 1°, quer exista tanto a possibilidade de tentativa do crime 1° como, igualmente, a possibilidade de consumação do crime 2° (sendo, portanto, condutas distintas), fato é que quaisquer das hipóteses apresentam um lugar comum: o fato de não ter havido a efetiva supressão ou redução de tributo.

Desta forma, o que se visa discutir aqui é: na hipótese de tentativa de crime fiscal ou, ainda, na hipótese do art. 2°, I, da Lei 8.137/1990, existe a possibilidade de tais condutas serem antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro?

De início, é importante ressaltar que a doutrina parece uníssona no sentido de que o crime antecedente, ainda que em sua forma tentada, pode dar margem à lavagem de dinheiro.[82] Todavia, é pressuposto da lavagem de dinheiro a existência de bens aptos a serem lavados, sobretudo dinheiro. Por esta razão é que a doutrina também é uníssona no sentido de que o delito tentado só será apto à lavagem de dinheiro quando dele se derivem bens.[83]

Hipótese de um crime que, ainda que tentado, origine bens, vem do magistério de Moraes,[84] quando traz o exemplo de "um crime de tráfico de drogas no qual, não obstante a impossibilidade de se entregar o entorpecente (por motivos alheios à vontade do agente), já tivesse sigo paga a contraprestação pelo serviço do traficante".

Note-se que, no caso acima, a consumação não se dá com o recebimento dos valores por parte do agente, sendo que a frustração da entrega do entorpecente, por circunstâncias alheias à vontade do agente, interrompe a ação, tornando o crime tentado, ainda que tenha gerado bens ao agente.

Ocorre, no entanto, que a consumação do crime fiscal se dá exatamente no momento em que há a efetiva supressão ou redução do tributo,[85] ou seja, o crime fiscal somente gera valores no momento de sua consumação.[86] Assim, em quaisquer das hipóteses de tentativa do crime fiscal, em nenhuma delas haverá a efetiva supressão ou redução de tributo, pois, havendo, o crime estará consumado.

82. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. cit., p. 120.

83. CORDERO, Isidoro Blanco. Op. cit., p. 267.

84. MORAES, Luciana Furtado. Op. cit., p. 278.

85. Nesse sentido, conferir: STF, 1.ª T., HC 75.945/2/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 02.12.1997.

86. Considera-se, aqui, que o crime fiscal gera valores por si só, ultrapassando-se, portanto, a barreira conceitual aqui exposta para fins de argumentação acerca do tema. Isso porque, conforme já se expôs, considerando que o crime fiscal não gera quaisquer bens ou valores, não seria possível sua configuração como antecedente à lavagem em quaisquer das hipóteses suscitadas.

Desta forma, considerando que o crime antecedente à lavagem somente pode ser tentado desde que dele se derivem bens e, ainda, que a forma tentada do crime fiscal não gera qualquer bem, é possível concluir pela impossibilidade de o crime fiscal, na forma tentada, ser considerado antecedente à lavagem de dinheiro.

O mesmo se pode dizer do art. 2°, I, da Lei 8.137/1990, pois, como se viu, a premissa é a mesma. Considerando ou não que referido tipo penal represente a mera tentativa do crime previsto no art. 1°, mas previsto de forma autônoma, fato é que sua consumação se dá, como já se expôs, quando da prática fraudulenta que tem apenas como fim eximir-se do pagamento parcial ou total de tributos,[87] mas, no entanto, não gera tal resultado.

Assim, o art. 2°, I, da Lei 8.137/1990 não gera qualquer bem,[88] pois quando de sua consumação não há a efetiva supressão ou redução de tributos, mas apenas ação fraudulenta que tem tal finalidade como seu móvel. E, não gerando bens, em quaisquer de suas acepções,[89] não é possível que tal conduta seja antecedente ao crime de lavagem de dinheiro, que exige a ocultação ou dissimulação de bens provenientes de infração penal prévia.

5. CONCLUSÃO

Indubitavelmente, uma das principais alterações legais trazidas pela Lei 12.683/2012 está na exclusão do rol de crimes antecedentes, antes taxativo e delimitado no art. 1° da Lei 9.613/1998.

Notadamente no que diz respeito à possibilidade de o crime fiscal figurar como antecedente à lavagem de dinheiro, tal alteração legal reavivou uma discussão que, apesar de acalorada, poucas vezes se aprofundou, justamente em razão de o antigo rol taxativo de crimes antecedentes não contemplar o crime de sonegação fiscal.

Viu-se que em sua grande maioria, as justificativas dadas à impossibilidade de o crime fiscal figurar como antecedente à lavagem eram suficientes, à época, em razão do rol delimitado antes existente, mas, por outro lado, não aprofundadas suficientemente, a ponto de permanecer sustentando tal impossibilidade ainda que referido rol inexistisse.

Buscou-se, então, no presente trabalho, ir além deste entendimento pouco aprofundado, uma vez que ele, por si só, não se sustentaria diante da principal alteração trazida pela Lei 12.683/2012.

---

87. HARADA, Kiyoshi. Op. cit., p. 165.

88. Novamente, considera-se, aqui, que o crime fiscal gera valores por si só, ultrapassando-se, portanto, a barreira conceitual aqui exposta.

89. Quer sejam bens diretamente relacionados à infração, quer seja pela contaminação dos valores lícitos, quer seja pela vantagem indireta trazida pelo crime fiscal ou, ainda, pela relação de causalidade, todas aqui já expostas.

Nesse sentido, demonstrou-se a necessidade de, inicialmente, aprofundar o conceito de proveniência constante no tipo penal do art. 1º da Lei 9.613/1998, de modo a verificar seu real alcance e significado.

Viu-se que a previsão legal de que os valores ocultados/dissimulados na lavagem de dinheiro devem ter proveniência ilícita significa que o crime antecedente à lavagem deve ser um crime gerador de valores por si só, ou seja, que pela sua própria prática originem-se valores que, por sua vez, serão passíveis de serem lavados.

Demonstrou-se, então, que tal fato representa uma barreira conceitual ao reconhecimento do crime fiscal como antecedente à lavagem de dinheiro, uma vez que, na linha de grande parte da doutrina, o crime fiscal não gera valores, mas apenas mantém valores que, por sua vez, foram gerados – e, portanto, são provenientes – em uma atividade pretérita à própria sonegação.

Não obstante tal fato, viu-se também que determinados autores tendem a analisar os valores sonegados sob uma ótica distinta, concluindo que, ainda que não gerado propriamente pelo crime fiscal, tais valores estariam contaminados pela prática ilícita representada pela sonegação fiscal. Outros, ainda, afirmam que tais valores representam uma vantagem advinda do crime fiscal, ainda que de forma indireta, de modo a possibilitar, portanto, que o crime fiscal figure como antecedente à lavagem de dinheiro.

Viu-se, ainda, que determinados autores apoiam-se na teoria de causalidade, de modo a rechaçar a ideia de que os valores sonegados não são provenientes do crime fiscal, sustentando que eles não existiriam na posse do agente de tal crime caso o próprio houvesse realizado o recolhimento dos tributos devidos.

A despeito de tais correntes, expostas detalhadamente no presente trabalho, deve se reconhecer que nem mesmo a adoção destas distintas perspectivas diante dos valores sonegados lhe retira as marcas de sua proveniência. Em outras palavras, tais perspectivas, por si sós, não excluem a real origem de tais valores. O crime fiscal, apesar de trazer ao seu sujeito ativo uma vantagem da qual não teria caso não o houvesse praticado (vez que possibilita a manutenção de valores em conta), não produz, por si só, tais valores, que são gerados em atividade prévia ao delito.

Pode-se, quanto a este aspecto, até mesmo se concluir que, caso os valores sonegados não tivessem sido gerados por atividade prévia, sequer seria possível ou estaria se falando em crime fiscal, pois sequer haveria valores para serem sonegados. E, sendo a proveniência ilícita elementar do tipo penal de lavagem de dinheiro, é essencial a atenção a tal premissa.

Procurou-se, ainda, vislumbrar a possibilidade de o crime fiscal figurar como antecedente à lavagem de dinheiro mesmo que extinta sua punibilidade em razão do pagamento ou, ainda, mesmo antes do lançamento definitivo do débito tributário, fato que se convencionou denominar, neste trabalho, de barreira lógica. Para tanto, foi necessário considerar como superada a barreira conceitual acima exposta.

A denominação desta barreira como lógica deu-se, pois, como se viu, caso haja pagamento do débito tributário, o crime fiscal antecedente à lavagem de dinheiro deixa de ser punível (extinção da punibilidade) e, caso ainda não haja lançamento definitivo do débito tributário, ele sequer passa a existir (atipicidade). Sendo o crime antecedente elementar do tipo de penal de lavagem, fez-se necessário analisar a lógica da manutenção da imputação do crime de lavagem de capitais em tais situações.

Viu-se que em decorrência do princípio de acessoriedade limitada existente entre o crime antecedente e o crime de lavagem de dinheiro, nos casos em que haja pagamento do débito tributário, ainda assim é possível a manutenção da imputação de lavagem de dinheiro, uma vez que, com a extinção da punibilidade, o crime permanece existindo em sua estrutura típica, retirando-se apenas a possibilidade de o Estado puni-lo.

Por outro lado, demonstrou-se que a imputação de lavagem de dinheiro antes do lançamento definitivo do débito tributário carece de lógica, pois o lançamento é o ato administrativo que dá tipicidade ao crime fiscal. Assim, sendo o crime antecedente elementar do tipo penal da lavagem de dinheiro, enquanto não houver tipicidade do crime fiscal, carece o tipo penal de lavagem de dinheiro de uma de suas elementares.

Por fim, e igualmente considerando como superada a barreira conceitual já exposta, o presente trabalho buscou demonstrar a possibilidade de se imputar lavagem de dinheiro quando o crime fiscal ocorrer em sua forma tentada ou, ainda, estiver ocorrido na forma do art. 2°, I, da Lei 8.137/1990.

Viu-se que, em quaisquer das duas ocasiões acima, a conduta do sujeito ativo do crime fiscal não proporciona qualquer supressão ou redução de tributo. Por essa razão, não se poderá falar em lavagem de dinheiro, vez que lhe faltaria o próprio bem a ser lavado.

Resta evidenciado pelo trabalho que a possibilidade de o crime fiscal figurar como antecedente à lavagem de dinheiro, ainda que atualmente inexista qualquer rol delimitado de crimes antecedentes, encontra resistência em determinadas barreiras, seja o que aqui se denominou de barreira conceitual, seja o que se denominou de barreira lógica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCrim*. vol. 20. n. 237. p. 5-7. São Paulo: IBCCrim, 2012.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

CARLI, Carla Veríssimo de. Dos crimes: aspectos objetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo de et al. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 171-222.

_____. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito. Porto Alegre, PUCRS, 2006. 231 f. Disponível em: [http://meriva.pucrs.br:8080/dspace/bitstream/10923/1767/1/000385247-Texto+Parcial-0.pdf]. Acesso em: 12 dez. 2014.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 47. p. 46-59. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2004.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Alcano: Aranzadi, 2002.

_____. El delito fiscal como actividad delictiva Previa del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 13-01. p. 1-46. 2011. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf]. Acesso em: 16 dez. 2014.

COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. Lavagem de dinheiro: Lei 9.613/1998. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 38. n. 150. p. 121-143. Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2001. Disponível em [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/682/r150-08.pdf?sequence=4]. Acesso em 22 jan. 2015.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

FERNÁNDEZ, Covadonga Mallada. Fiscalidad y blanqueo de capitales. 2011. Disponível em: [http://dspace.sheol.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/12737/1/TD_CovadongaMalladaFernandez.pdf]. Acesso em: 12 dez. 2014.

HARADA, Kiyoshi. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2012.

MACEDO, Raimundo. *Da extinção da punibilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 1999. vol. 3.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crimes de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MONTALVO, Choclán. ¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales? *Revista Jurídica General: Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. n. 37. Madrid, set. 2007.

MORAES, Luciana Furtado. Crimes antecedentes. In: CARLI, Carla Veríssimo de et al. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 251-288.

NABARRETE, André. Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 5. vol. 17. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Manole, 2003.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PRADO, Ignacio Martínez-Arrieta Márquez. *El autoblanqueo: el delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Extinção da punibilidade e suspensão da pretensão punitiva nos crimes contra a ordem tributária: os efeitos penais do pagamento e do parcelamento. In: TANGERINO, Davi da Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (coord.). *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

REZENDE, Bruno Titz de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RÍOS, Rodrigo Sanches. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TIGRE MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro, de Ela Wiecko V. de Castilho, *RBCCrim* 47/46, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/1111, *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 8/979 (DTR\2004\159); e
- Dos ilícitos tributários: delitos de lavagem de capitais ou ocultação de bens no Brasil e a Lei 9.613/1998, de Jefferson Laborda da Silva – *RTrib* 88/123 (DTR\2009\546).