Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 118 • jan.–fev. / 2016

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 118 • jan.-fev. / 2016

Presidência
Andre Pires de Andrade Kehdi

Coordenação
Marina Pinhão Coelho Araújo

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Marina Pinhão Coelho Araújo

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

CONSELHO EDITORIAL – Adriana Borghi, Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexey Choi Caruncho, Alexis Couto de Brito, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Américo Bedê Freire Junior, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Gabriela Mendes Braga, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, André Augusto Mendes Machado, 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, Bruno Shimizu, Carina Quito, Carolina Dzimidas Haber, 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, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Augusto Paglione, Eduardo Reale Ferrari, Eloisa de Sousa Arruda, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fábio Roberto D'Avila, Felipe Caldeira, Fernanda Emy Matsuda, Fernanda Regina Vilares, Francis Rafael Beck, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Francisco Monteiro Rocha Jr., Frederico Gomes de Almeida Horta, Gabriel Antinolfi Divan, Geraldo Prado, Giovani Agostini Saavedra, Gustavo Batista, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Gustavo Noronha de Ávila, Helena Regina Lobo da Costa, Iván Navas Mondaca, Ivo Anselmo Hohn Junior, João Daniel Rassi, João Florêncio de Salles Gomes Junior, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Juan Pablo Montiel, Juliana Garcia Belloque, Karyna Sposato, Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya, Klelia Canabrava Aleixo, Lander de Miranda Bossois, Leandro Sarcedo, Leonardo Massud, Leonardo Schmitt de Bem, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcelo Almeida Ruivo, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariana de Assis Brasil e Weigert, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Lopes, Marina Pinhão Coelho Araújo, Marta Machado, Marta Saad, Maurício Stegemann Dieter, Máximo Sozzo, Miguel Tedesco Wedy, Ney de Barros Bello Filho, Paulo César Busato, Pedro Vieira Abramovay, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Renato de Mello Jorge Silveira, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Riccardo Cappi, Roberto Augusto de Carvalho Campos, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Duque Estrada Roig Soares, Rodrigo Sánchez Rios, Rogério Fernando Taffarello, Sérgio Salomão Shecaira, Susana Aires de Sousa, Thamara Duarte Cunha Medeiros, Thiago Bottino, 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 Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

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

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

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

ISSN1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 118 • jan.-fev. / 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.

Diagramação eletrônica: TCS – Tata Consultancy Services – CNPJ 04.266.331/0001-29
Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.



© 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: [03-2016]
Profissional
Fechamento desta edição: [17.03.2016]



ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 24 • vol. 118 • jan.–fev. / 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
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

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

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

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

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Diogo Rudge Malan

Biblioteca
Bruno Salles Pereira Ribeiro

Boletim
José Carlos Abissamra Filho

Comunicação e Marketing
Rogério Fernando Taffarello

Convênios
Matheus Pupo

Cursos
Paulo Sérgio de Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos
Renato Stanziola Vieira

Iniciação Científica
Alexis Couto de Brito

Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo

Monografias
Fábio Roberto D'Avila

Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti

Relações Internacionais
Helena Regina Lobo da Costa

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Liberdades
Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal
Juliana Garcia Belloque

Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos

Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito

Infância e Juventude
Giancarlo Silkunas Vay

Justiça e Segurança
Humberto Barrionuevo Fabretti

Política Nacional de Drogas
Cristiano Avila Maronna

Sistema Prisional
Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

21.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira

19.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. 118 • jan.–fev. / 2016

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

Diretora Editorial da Revista dos Tribunais
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
JULIANA MAYUMI ONO

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

Produção Editorial
Coordenação
DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mauricio Zednik Cassim e Thiago César Gonçalves de Souza

Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco e Maria Angélica Leite

Analista Editorial: Mayara Crispim Freitas

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

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Teoria Geral

Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos
Sexual majority: for a concept of age of consent based on protection of legal interests
Aléxia Alvim Machado Faria e Túlio Vianna 15

O perigo da imprópria universalização da dogmática penal
The danger of inappropriate universalization of criminal dogmatic
Bruno Cortez Torres Castelo Branco e David de Paiva Costa Tangerino 55

O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade
The fundamental right to the individualization of sentence: a critical analysis based on the principle of proportionality
José Francisco Dias da Costa Lyra 93

Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro
Extended confiscation: a reflection about its possibilities in the Brazilian legal system
Rodrigo Sánchez Rios e Luiz Gustavo Pujol 123

Analogia e direito penal
Analogy and criminal law
Vinicius de Toledo Piza Peluso 159

O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (mensalão)
What the STF ministers cite in their votes? An analysis of the AP 470 Trial (mensalão)
Thiago Bottino e Rogerio Barros Sganzerla 185

Parte Especial

Controvérsias quanto ao crime de extorsão mediante sequestro
Controversies regarding the crime of extortion through kidnapping
Luciano Anderson de Souza 215

Processo Penal

A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira
Extended loss before the Brazilian criminal procedure's principles
Cláudio Macedo de Souza e Luiz Eduardo Dias Cardoso 233

A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo
The use of video evidence at Brazilian courts: an exploratory study from the Minas Gerais and São Paulo courts
VICENTE RICCIO, BERONALDA MESSIAS DA SILVA, CLARISSA DINIZ GUEDES E ROGÉRIO SILVA DE MATTOS 273

A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal
The investigation and the criminal prosecution of corruption and economic crimes: an exploratory analysis of the Federal Justice System
BRUNO AMARAL MACHADO, CRISTINA ZACKSESKI E RENE MALLET RAUPP 299

DIREITO POR QUEM O FAZ

Opinião apresentada para instruir a ADIn 5.097, interposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), cujo relator é o Min. Celso de Mello
Legal opinion on Direct Action of Unconstitutionality 5.097
JANAINA CONCEIÇÃO PASCHOAL 333

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

ÁCORDÃO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO PENAL – Trancamento – Inadmissibilidade – Crime de violação de sigilo – Fatos narrados na denúncia que demandam análise mais aprofundada para apuração da prática delituosa – Elementares do tipo penal, ademais, que se comunicam ao partícipe que as conhecem – Inteligência dos arts. 29 e 30 do CP.

Comentário por PAULO JOSÉ ARANHA: *Análise doutrinária do Recurso em HC 46.315/RS: o concurso de agentes nos delitos de infração de dever* 345

RESENHA

"Unfair – The new science of criminal injustice", de Adam Benforado
RESENHA POR RICARDO DE LINS E HORTA 381

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 391

TEMAS 393

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 397

Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos

Sexual majority: for a concept of age of consent based on protection of legal interests

Aléxia Alvim Machado Faria

Mestranda em Direito pela UFMG (2014), com período sanduíche na Universidade de Augsburg (Alemanha, 2012). Assessora Jurídica do 7.º ofício criminal - Procuradoria da República em Minas Gerais.
alexiamachadofaria@gmail.com

Túlio Vianna

Doutor em Direito do Estado pela UFPR (2006) com pós-doutorado na Università di Bologna (Itália, 2015). Professor Adjunto em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
prof@tuliovianna.org

Área do Direito: Infância e Juventude; Penal

Resumo: A tutela da liberdade sexual dos adolescentes passou por várias modificações na última década, culminando na tipificação do estupro de vulnerável, no art. 217-A do CP. Por um lado, a estipulação objetiva da idade de consentimento em 14 anos protege uma larga faixa de adolescentes e crianças que não atingiram a maturidade suficiente para a prática de ato sexual. Lado outro, esta não é adequada para tutelar todos os casos de vulnerabilidade, pois enquanto há adolescentes sem maturidade sexual mesmo após a completude dos 14 anos (quando a norma será insuficiente), vários já a tem antes da idade mencionada (quando ela lesará o próprio bem jurídico que pretende proteger). Assim, torna-se necessário buscar uma nova delimitação da idade de consentimento, para que não haja violação à liberdade e autodeterminação sexuais do adolescente.

Palavras-chave: Idade de consentimento - Estupro de vulnerável - Exceção por idade próxima - Direito à autodeterminação sexual - Lesividade - Adolescente - Direito penal comparado - Neurobiologia.

Abstract: The protection of the sexual freedom of adolescents has undergone several changes over the last decade, culminating in the criminalization of the named "rape of vulnerable", at article 217-A of the Brazilian Penal Code. On one hand, the objective age of consent at 14 years protects a wide range of adolescents and children who have not reached enough maturity to practice sexual acts. On the other hand, this is not adequate to protect all cases of vulnerability, because while there are adolescents without sexual maturity even after the completion of 14 years (when the law will be insufficient), many have it already before the mentioned age (when the law jeopardizes the own legal interests that are supposed to be protected). Thus, it becomes necessary to seek a new definition of age of consent, in order to avoid the violation of sexual freedom and self-determination of adolescents.

Keywords: Age of consent - Rape of vulnerable - Close-in-age exception - Right to sexual self-determination - Harmfulness - Adolescent - Compared criminal law - Neurobiology.

Faria, Aléxia Alvim Machado. Vianna, Túlio. Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 15-54. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Adolescência: 2.1 De fator biológico à fase do desenvolvimento; 2.2 O desenvolvimento adolescente e contemporaneidade – 3. A idade de consentimento frente ao direito comparado: 3.1 Diferenciação por orientação sexual; 3.2 Diferenciação entre homem e mulher; 3.3 Diferenciação pelo estado civil; 3.4 Diferenciação em função de relação de confiança ou autoridade; 3.5 Exceção da idade próxima (*Close-in-age exception*); 3.6 Critério subjetivo; 3.7 Variações da pena em função da idade de consentimento; 3.8 As experiências brasileiras na proteção do adolescente e de sua liberdade sexual – 4. Tabus não são bem jurídico algum. Lesividade e a autodeterminação do adolescente – 5. Por uma modificação no atual conceito de idade de consentimento no Brasil – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A polêmica acerca da maturidade do menor de dezoito anos é frequentemente objeto de discussão nas mais diversas áreas do conhecimento. De um lado, a criança recém-formada, vista pela sociedade como destituída de maior capacidade para tomar decisões, constantemente assistida para realizar das tarefas mais simples, como a compra e venda da vida civil. Lado outro, o adolescente infrator, muitas vezes acusado de utilizar sua presumida inocência para realizar os atos da vida adulta, sem, no entanto, arcar com as consequências a eles relativas.

Curioso é que a criança recém-formada e o estigmatizado adolescente infrator representam exatamente a mesma faixa etária. Muito embora seja tal colocação aparentemente contraditória, não se apresenta como mais do que um simples e previsível paradoxo. Isto porque a adolescência, período legalmente compreendido entre os doze e dezoito anos, é uma etapa da vida na qual a personalidade está em fase final de estruturação e pode ser altamente influenciada pelos menores estímulos externos e internos. Ademais, não bastasse a incompletude de sua própria formação, cada indivíduo possui uma velocidade pessoal de amadurecimento, dependendo das intervenções sociais, familiares e químico-biológicos às quais se encontra submetido, o que aumenta ainda mais a dificuldade em se definir quando se configurará a capacidade de agir e compreender os próprios atos nesta faixa etária.

Se tais percalços já foram profundamente discutidos no âmbito da vida civil,[1] no âmbito penal, não seria diferente. Em um vértice, a busca pela penalização do adolescente a todo custo, como se adulto e completamente maduro fosse, sob alegações de que a sociedade atual o teria corrompido, transformando-o em um

1. Basta nos lembrarmos que até 2002 somente um indivíduo de 21 anos era considerado completamente instituído de capacidade para praticar atos da vida civil.

indivíduo capaz de compreender o mal que causa e escolher perfeitamente suas ações. No extremo oposto, seguem aqueles que atribuem ao adolescente, púbere e em claro desenvolvimento, as características e as habilidades típicas da infância, buscando intervenções extremas na vida privada dos jovens da aludida faixa etária.

Uma das mais sérias intervenções na autonomia do adolescente é a determinação, proferida pelo Estado, da idade na qual a realização de atos sexuais é autorizada. Faz-se imprescindível reconhecer a vulnerabilidade daquele que ainda não caminha à maturidade sexual, tanto em seu significado físico quanto no psicológico, a fim de que se proteja o indivíduo de abusos e explorações que, mesmo sem violência física, acarretam sérios traumas. Todavia, não é possível ignorar o fato social consistente no adiantamento do início à vida sexual, modificação que, embora patente, não é acompanhada pela legislação. A tipificação como crime e ato infracional da prática de ato libidinoso com qualquer indivíduo menor de catorze anos (art. 217-A do CP c/c art. 103 do ECA) é, ao menos para parte dos adolescentes, um cerceamento injustificado do direito à liberdade sexual, na medida em que vincula, ao ato sexual, a possibilidade do parceiro ser responsabilizado penalmente ou por medida socioeducativa.

Pois é isto que art. 217-A do CP acarreta, ao definir como crime qualquer prática de atos sexuais, independentemente de violência ou fraude, com pessoas menores de catorze anos: impede que o adolescente que já tiver iniciado sua fase de amadurecimento sexual[2] a esta época se desenvolva naturalmente. Por meio do denominado "estupro de vulnerável", o legislador nacional afirma categoricamente que nenhum adolescente é capaz de realmente consentir com atos sexuais antes de ter completado os catorze anos de idade, independentemente de seu contexto socioeconômico, químico-biológico, familiar ou, ainda, psicológico.

Observa-se, portanto, que a determinação estática da chamada "idade de consentimento"[3] implica uma imposição de moralidade sobre aqueles que já se encontram maduros e motivados à prática de tal ato, mas ainda não atingiram a

2. Por amadurecimento sexual não nos referimos somente aos fatores químicos e biológicos que incentivam a sexualidade – estes existem, segundo alguns autores, desde a infância. Há que se levar em consideração, também, a capacidade de compreensão de tais impulsos sexuais, inclusive a capacidade de compreendê-los e de se decidir, tendo em vista sua própria personalidade e convicções, antes de realizar um ato sexual. À esta habilidade de tomada de decisão sub a perspectiva do ato sexual chamamos de capacidade de consentimento.

3. A idade de consentimento seria, portanto, o momento no qual o indivíduo torna-se capaz de decidir, de acordo com seu meio, desenvolvimento sexual, com sua personalidade e suas próprias convicções, se deseja (e como deseja) praticar um ato sexual.

FARIA, Aléxia Alvim Machado. VIANNA, Túlio. Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 15-54. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

idade positivada. Entre as crianças e adolescentes de fato vulneráveis e o adolescente que já começou a desenvolver conscientemente sua sexualidade, há uma margem de indivíduos que apenas têm seus direitos restringidos por meio da norma que define, como idade de consentimento, um número arbitrado por lei e, sobretudo após o julgamento do REsp 1.480.881/PI pela terceira seção do STJ, em agosto de 2015, imutável.[4]

Este limbo dos esquecidos contém não apenas vários adolescentes que, embora menores de catorze anos, já se sentem preparados à iniciação sexual, mas, também, os maiores de catorze anos cujo processo de formação e compreensão da sexualidade ainda não se consolidou. Enquanto os primeiros enfrentam o paradoxo de terem sua liberdade sexual tolhida por uma norma que pretendia os proteger, em relação aos últimos não há proteção alguma, pois estes já são considerados capazes de consentir em qualquer situação lúdica e não violenta que envolva um ato sexual, muito embora nem sempre estejam preparados para isso.

Ao se pensar no estupro de vulnerável como qualquer outro crime do ordenamento jurídico, é razoável concluir-se que somente haverá a tipificação se o bem jurídico ao qual o crime se refere for violado ou se existir concreto perigo de lesão. Considerando a autodeterminação sexual da criança e do adolescente como bem jurídico tutelado no art. 217-A do CP, há de se convir que a redação atual do mencionado dispositivo legal abre margem para que haja tipificação e punição sem que sequer se viole o bem jurídico protegido, razão maior da existência de tal intervenção penal. Ao punir o parceiro sexual do adolescente menor de catorze anos que é capaz de efetivamente optar pela própria participação em atos sexuais, o que o dispositivo implica, na verdade, é o contrário de seu objetivo, uma vez que acaba por tolher a liberdade e autonomia sexuais do adolescente. Tal situação, do ponto de vista jurídico, traz problemas ao princípio da lesividade, pois se aplica uma norma incriminadora em uma situação onde não há bem jurídico lesado, caso o menor de catorze anos participante do ato libidinoso tenha, factualmente, capacidade de consentimento.

4. Não ignoramos e existência de decisões que determinam que o critério etário estabelecido pelo art. 217-A deveria ser compreendido como fator de presunção relativa, sendo possível a prova em contrário. Entretanto, como veremos mais à frente, a terceira seção do STJ, ao julgar o REsp 1.480.881 (Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz, j. 26.08.2015, publicado em 10.09.2015) por meio do rito do recurso repetitivo, bloqueou qualquer argumento de relativização da idade de consentimento para os fins do art. 217-A do CP, ao fundamento de que "a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados".

Diante do exposto, o presente artigo propõe-se a resolver o seguinte problema: qual a melhor forma de se delimitar a idade de consentimento sem se ferir o direito à liberdade e autodeterminação sexuais?[5]

2. ADOLESCÊNCIA

2.1. *De fator biológico à fase do desenvolvimento*

O dicionário Houaiss (2008) define o vocábulo "adolescente" da seguinte forma:

"Adolescente adj.2.g. (1588 Cf. Eleg) 1. relativo, peculiar a ou em processo de adolescência, de amadurecimento; jovem <*preocupações a.*><*uma amiga a.*> 2.p.metf. que se encontra em processo de maturação; que está no início de um processo; que ainda não alcançou todo o vigor <*uma aspiração ainda a.*>. s.2.g.(1589) 3. indivíduo na idade da adolescência(...)."[6]

Embora pareça ser um conceito relativamente homogêneo, a definição do adolescente e de suas particularidades enfrenta dificuldades constantes. Enquanto alguns consideram ser esta fase uma invenção cultural[7] ou um luxo[8] que só as sociedades ou grupos sociais mais desenvolvidos se permitem ter, outros autores a veem como um processo natural e universal,[9] cujas particularidades são

5. É importante esclarecer, ainda, que a idade de consentimento tratada neste artigo não abrange as atividades libidinosas vinculadas a uma contraprestação. Estas possuem caráter altamente diferenciado e merecem uma pesquisa autônoma, porquanto lidam com um fator de forte influência no processo de decisão e de formulação de consentimento: a situação econômica do adolescente e de sua família.
6. HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia. Objetiva: Rio de Janeiro, 2008. verbete "adolescente", p. 89.
7. RAPPAPORT, C. R. Psicologia do desenvolvimento: A idade escolar e a adolescência (Vol. 4). São Paulo: E.P.U, 1982. Apud: SCHOEN- FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos, Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, Abr-Jun 2010, vol. 26, n. 2, p. 231.
8. SERRA, E. Adolescência: perspectiva evolutiva. Anais do VII Congreso Infad (p. 24-28). Espanha: Oviedo, 1997. Apud: SCHOEN- FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos*, Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, Abr-Jun 2010, vol. 26 n. 2, p. 231.
9. Cf. BOCK, Ana Mercês Maria. A adolescência como construção social: estudo sobre livros destinados a pais e educadores. *Revista Semestral da Associação Brasileira de Psicologia Escolar e Educacional (Abrapee)*, vol. 11, n.1, jan.-jun. 2007, p. 63-76 e BERTOL, Carolina Esmanhoto; SOUZA, Mériti de. Transgressões e adolescência: individualismo, autonomia e representações identitárias. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília , vol. 30, n. 4, dez. 2010 . Disponível em: [pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932010000400012&lng=pt&nrm=iso], Acesso em: 14.06.2014.

indispensáveis para o desenvolvimento saudável do indivíduo. Certo é que, como demonstra a supracitada explicação do verbete, a compreensão do adolescente sempre será relacionada a uma fase de desenvolvimento e passagem para uma nova etapa. A própria palavra adolescência vem do latim *adolescentia* (mocidade, idade do mancebo), que por sua vez é proveniente do verbo *adolescere*, "desenvolver-se, crescer, brotar, engrossar, fazer-se grande, fortificar-se".[10]

"Quando", "em que medida" e "de qual relevância" são, contudo, perguntas que permanecem sem respostas quando o assunto é a definição desta fase humana. Apesar das tentativas para uniformizar a utilização do termo "adolescência", não foi possível chegar a uma conclusão pacífica sobre o conteúdo e o lapso temporal de tal fase, devido à enorme diversidade de fatores que a influenciam.

Quanto à sua importância, contudo, o entendimento já é relativamente uniforme. A relevância desta fase de desenvolvimento foi sendo paulatinamente construída ao longo dos séculos, até chegar ao patamar de ponto essencial da formação do indivíduo, tal como é vista atualmente.

A palavra "adolescência" foi utilizada pela primeira vez no séc. XIV,[11] mas como estágio de desenvolvimento, somente aparece no início do séc. XX, em trabalho de Stanley Hall.[12] Entretanto, ainda no séc. XIX, acontecimentos sociais, demográficos e culturais propiciaram o estabelecimento da adolescência como período distinto do desenvolvimento humano. O filho, considerado o futuro da família, passou a receber intenso investimento e a adolescência passa a ser vista como um momento privilegiado da vida.[13] Ao longo do séc. XIX, a adolescência se torna uma época de crise e riscos para o potencial do próprio indivíduo e para a sociedade como um todo. Concomitantemente, com o crescente interesse médico no processo de amadurecimento biológico dos alunos de internatos, causado pelas manifestações

10. HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua (...)*, cit, p. 89.

11. CUNHA, A.G. Índice do vocabulário do português medieval. Fundação Casa de Rui Barbosa. Vol. 1 [A] Rio de Janeiro, 1986. Apud: HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua (...)*, cit, p. 89.

12. Embora seu estudo fosse baseado em teorias biológicas, Hall já reconhecia a influência da cultura no processo de formação do adolescente, o que se caracterizava como inovador para sua época (1904). Cf. SENNA, Sylvia Regina Carmo Magalhães, DESSEN, Maria Auxiliadora.Contribuições das Teorias do Desenvolvimento Humano *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, jan.-mar. 2012, vol. 28, n. 1, p. 101-108, p. 102.

13. Aqui, a adolescência transforma-se no período do aprendizado, que para as mulheres compreendia o lapso temporal entre a primeira comunhão e o casamento e, para os homens, a primeira comunhão e o bacharelado.

decorrentes de seu comportamento e transformações sexuais, o desenvolvimento da sexualidade começa a ser relacionado com o mencionado período.

A definição do conceito de adolescência aprimorou-se sobretudo no séc. XX, haja vista a importância que a mão de obra de tais indivíduos adquiriu durante e após as guerras. A partir de então, os estudos acerca do adolescente se tornam cada vez mais complexos. Dentre as ciências que se ocupam com a definição do momento no qual o indivíduo alcança a idade adulta, o período que deveria ser considerado adolescência é controverso, dada a diversidade de fatores que o influenciam. Para Erik Erikson,[14] por exemplo, a adolescência é um período marcado predominantemente pelo estresse e compreende o lapso temporal entre 13 e 19 anos.[15] Já em 2003, estudos na Universidade de Chicago identificaram a possibilidade de ser o desenvolvimento adolescente realizado até os 25 anos.[16] Dez anos depois, o mencionado conceito de adolescência expandida já é utilizado em pesquisas de diversas partes do mundo e como padrão para tratamento pediátrico,[17] visto que a saúde dos adolescentes é estudada como uma parte da pediatria.

Embora não exista um conceito internacional de adolescência, a Organização Mundial de Saúde a define como o período biopsicossocial ocorrente na segunda década de vida do indivíduo, ou seja, entre os 10 e 19 anos.[18] Este também é o critério adotado pelo Ministério da Saúde do Brasil[19] e pelo Instituto Brasileiro de

14. Erik Homburg Erikson foi o psicólogo germano-americano que desenvolveu a já mencionada Teoria Psicossocial, pautada em elementos da antropologia histórica e da psicanálise, e foi o primeiro a dividir, do ponto de vista psicossocial, o desenvolvimento humano em oito estágios, dos quais a adolescência representaria o quinto e seria marcado pela construção da identidade.

15. GROSS, F. L. *Introducing Erik Erikson: An invitation to his thinking*. Lanham, MD: University Press of America, 1987, p. 39.

16. Para estes, a vida adulta e a capacidade de decidir plenamente só se iniciaria aos 26 anos, após a completa mielinização do lobo frontal . Cf. ARMONE, Jacqueline M.. Adolescents May Be Older Than We Think: Today 25 Is the New 18, or Is It?. *International Journal of Celiac Disease*, vol. 2, 2014, p. 47.

17. WALLIS, Lucy. A adolescência acaba aos 25 anos? *BBC News* 28.09.2013,Disponível em: [www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/09/130925_adolescencia_termina_25anos_an.shtml]. Acesso em: 10.06.2014.

18. UNICEF, *Situação mundial da infância em 2011: adolescência – uma fase de oportunidades*. Nova Iorque: Unicef, 2011. Disponível em: [www.unicef.org/brazil/pt/br_sowcr11web.pdf]. Acesso em: 09.02.2014, p. 11.

19. BRASIL. Ministério da Saúde. Programa Saúde do Adolescente – bases programáticas. 2. ed. Brasília; Ministério da Saúde, 1996, p. 5. Disponível em: [www.bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd03_05.pdf]. Acesso em: 21.05.2014.

Geografia e Estatística IBGE.[20] Já para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990 – ECA), o período é compreendido entre os 12 aos 18 anos.[21]

Há que se considerar, ainda, que, devido à chamada *assincronia de maturação*, configurada pelas características de variabilidade e diversidade dos parâmetros biológicos e psicossociais que ocorrem nesta fase,[22] a idade cronológica não necessariamente é o ideal para definição de adolescência. Todavia, haja vista a necessidade de se estabelecer um ponto de partida geral para a discussão da idade de consentimento, entendemos ser a definição da idade cronológica o único método viável de se buscar uma análise da legislação concernente ao estupro de vulnerável.

No presente artigo, utilizaremos parcialmente o critério definido pela Organização Mundial de Saúde. Limitar-nos-emos, contudo, à idade máxima de dezoito anos, haja vista ser este o critério etário, em nosso ordenamento jurídico, não só para a idade de consentimento plena, mas, também, para a capacidade civil completa e responsabilização criminal. Não nos parece razoável discutir a capacidade de realização de atos sexuais de um indivíduo que, no país onde vive, já pode realizar negócios jurídicos por si mesmo, bem como é considerado como detentor da compreensão plena de seus atos típicos e ilícitos.

Por outro lado, será feita a limitação mínima dos doze anos, devido ao fato de o indivíduo de idade inferior a esta ser considerada como criança e possuir, devido a isto, proteção especial, estabelecida pelo ECA e por acordos internacionais.[23]

2.2 *O desenvolvimento do adolescente e contemporaneidade*

O desenvolvimento do adolescente pode ser tratado de diversas perspectivas, desde sociológicas, psicológicas até químicas, biológicas e neurológicas. A fim de nos atermos às propostas deste artigo, limitamo-nos aos âmbitos psicológico e neurobiológico, por considerarmos serem estes os maiores determinantes da formação da capacidade de consentimento.

---

20. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Indicadores sociais. Crianças e adolescentes*. IBGE, 1997. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/criancas_adolescentes/defaulttab.shtm]. Acesso em: 21.05.2014.
21. BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.069 de 13.07.1990. art. 2.º.
22. EYSENSTEIN, Evelyn. Adolescência: definições, conceitos e critérios. *Adolescência e saúde*. vol. 2., n.2., jun. 2005, p. 6.
23. Exemplos: Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959 e Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada no Brasil em 1990. Embora os tratados internacionais se refiram a todos os menores de 18 anos como crianças, diferenciamos, em âmbito nacional, os termos crianças e adolescentes, visto que foi esta a opção de nosso legislador, como demonstra, por exemplo, o ECA e os arts. 203 e 227 da Constituição Federal.

O primeiro fator considerado quando da análise do desenvolvimento do adolescente na perspectiva do consentimento para atos sexuais é, usualmente, a puberdade. A puberdade é uma fase do ciclo vital biológico do ser humano na qual ocorrem diversas mudanças corporais causadas por hormônios, tais como mudanças de voz, o crescimento dos pelos pubianos, o crescimento dos testículos e das mamas e o surgimento da espermarca e da menarca. A produção de hormônios gonadotróficos e sexuais aumenta consideravelmente e as modificações corporais tornam-se rapidamente visíveis, despertando interesse e curiosidade no adolescente, interferindo no modo com o qual ele se vê e na compreensão que ele tem de seus próprios desejos e impulsos. Essas mudanças físicas possuem significado social diferenciado, tanto para o adolescente, que sofre claras alterações psicológicas quanto à autopercepção quanto para a sociedade na qual ele vive, que passa a vê-lo de maneira diversa.

Pautado na curiosidade e na incompreensão acerca do fenômeno que lhe acomete, o púbere tende a buscar sensações ligadas à sexualidade, especialmente na presença de pares.[24] Apesar de o aumento hormonal e as mudanças corporais serem essenciais para a formação da consciência sexual e da capacidade de decisão no que se refere à sexualidade, jamais pode ser analisada como único fator para se atingir a maturidade sexual, haja vista a forte interferência de fatores neurológicos, sociais e psicológicos. A busca por sensações, por exemplo, poderá ser mais ou menos intensa, a depender do grau de maturação cerebral, desenvolvimento psicológico em que o adolescente se encontra, pois caso o desenvolvimento neurológico relativo à capacidade de tomada de decisões já tenha se iniciado, o adolescente será capaz de se controlar diante dos estímulos proveniente de seu próprio corpo e do comportamento dos colegas da mesma idade.

Quanto ao desenvolvimento neurológico, sabe-se que entre os 12 e os 17 anos de idade, o adolescente já possui as estruturas necessárias ao bom raciocínio e à avaliação emocional dos acontecimentos que vivencia. Falta-lhe, contudo, a integração funcional entre tais estruturas, o que compromete o comportamento dotado de racionalidade ao nível do padrão adulto, aferida pela capacidade de deliberação e a avaliação afetiva dos riscos que o funcionamento cognitivo pleno permite. Adicionado a isto, denota-se alta instabilidade dos mecanismos inibitórios (necessários para a concretização da capacidade de decisão) e a falta de experiência em geral.[25]

O processo de maturação cerebral acompanha uma ordem: logo na infância inicia-se o processo de maturação das áreas cerebrais responsáveis pelas regiões

24. OLIVEIRA, Miguel, PAIS, Lúcia G. *Tomada de decisão na adolescência: do conflito à prudência*, In: FONSECA, Antônio Castro (Ed). *Crianças e Adolescentes: Uma Abordagem Multidisciplinar*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 441.

25. Idem, p. 421.

sensoriais e motoras (até os dois anos de idade), seguidas da maturação de áreas de associação, como a linguagem e a atenção espacial (lobos temporal e parietal, maturados até os seis anos, aproximadamente), e culmina com a maturação dos córtices pré-frontal e temporais laterais, responsáveis pelos processos cognitivos superiores, que ligam as habilidades motoras e sensoriais com a modulação da atenção e linguagem, o que acontece lentamente.[26] A última maturação citada, e definitiva para o processo de formação de decisões, tem seu termo final muito variado, dependendo do desenvolvimento cognitivo do indivíduo.

Além disso, o cérebro adolescente sofre refinamentos significativos, denominados *eliminação de sinapses* (responsável por aperfeiçoar as ligações cerebrais, extinguindo as sinapses menos utilizadas a fim de que as mais usadas funcionem com maior eficiência), *sinaptogênese* (formação das ligações sinápticas entre os neurônios) e *mielinização* (isolamento dos axônios por meio do revestimento de mielina, o que contribui para o aumento da velocidade de comunicação entre os sistemas Nervoso Central e Periférico). Os três procedimentos, que caracterizam a maturação de cada área cerebral do adolescente, são imprescindíveis na formação do lobo frontal, que servirá de base para a capacidade do indivíduo de planejar-se, identificar sua identidade, tomar decisões e, consequentemente, consentir ou não com determinados estímulos externos.

Dentro do lobo frontal, existem quatro áreas funcionais, dentre as quais é o córtex pré-frontal o elemento mais importante para o desenvolvimento da capacidade de decidir e consentir. Esta área cerebral está relacionada à personalidade do individuo, capacidade de julgamento e comportamento emocional. Tem relação direta com o sistema límbico e permite a integração de percepções temporalmente descontinuas em componentes de ação dirigidos a um determinado objetivo. Sem uma maturação mínima do córtex pré-frontal, o indivíduo não adquire base neurológica o suficiente para planejar seus pensamentos e comportamentos complexos tampouco para tomar decisões baseadas nas respectivas situações sociais, na sua personalidade e em suas metas interiores.

No que se refere ao desenvolvimento da capacidade de consentir, esta área possui especial importância, pois sua função principal é a função executiva, que proporciona a habilidade de diferenciar pensamentos conflitantes, prever consequências negativas e positivas para suas ações e classificar situações como boa e ruim, mais adequada e menos adequada, igual e diferente.

A explicação minuciosa sobre o processo de maturação do córtex pré-frontal na fase da adolescência poderia, em primeira vista, causar a impressão de que seja

26. Idem, p. 433-434.

simples definir quando um indivíduo é capaz de tomar decisões por si só e quando não o é. Entretanto, além de não haver consenso acerca do momento em que tal área finaliza a mielinização,[27] a complexidade da situação na qual o adolescente se encontra também interferirá na capacidade de decisão que ele deverá ter, ou seja, cada situação pode requerer um estágio mais ou menos avançado de maturação do lobo frontal, a fim de que a decisão seja tomada pelo adolescente de forma consciente.

Ademais, ainda que fosse possível quantificar a complexidade de cada situação e calcular a capacidade de compreensão e de maturação do córtex pré-frontal que um adolescente precisaria para agir conscientemente, uma análise focada apenas nos fatores neurológicos seria certamente defasada.

Embora os aspectos neurológicos acima apresentados sejam imprescindíveis para o desenvolvimento e maturidade (tanto mental quanto sexual) adolescente, percebeu-se, ao longo dos séculos, que tais fatores jamais podem ser analisados fora do contexto social no qual o indivíduo se insere. É mediante a socialização, portanto, que se opera a progressiva transformação de um recém-nascido, cujas condutas são determinadas, inicialmente, por reflexos e respostas não condicionadas, em um ser social capaz de se haver em complexas situações estimuladoras, interpretando-as, selecionando e exibindo condutas que considera adequadas.[28]

Diversos psicólogos e psicanalistas descreveram o processo de desenvolvimento humano que ocorre na adolescência de formas diferentes. O que se modifica entre os pensamentos é, sobretudo, o que cada autor considera como peça fundamental para desenvolvimento mental e sexual.

Piaget, por exemplo, manteve a ideia de que a evolução do indivíduo acompanha o desenvolvimento anátomo-fisiológico das estruturas cerebrais, mas destaca claramente o papel da sociedade e das emoções do indivíduo no processo de desenvolvimento da capacidade de compreensão e de decisão. Segundo o autor, a partir dos 11 anos de idade, o indivíduo, que já passou pela fase de aquisição de linguagem (estágio sensório-motor), da habilidade de solução de problemas com objetos concretos (fase pré-operacional), o domínio da estrutura lógica e da distinção entre aparência e realidade (estágio operatório-concreto), começa finalmente a desenvolver sua compreensão lógico-abstrata (estágio de operações formais). É neste último estágio que o indivíduo começa a adquirir a compreensão acerca de coisas abstratas e passa a realizar um pensamento metalinguístico, ou seja, torna-se

27. Enquanto alguns autores consideram que a mielinização do córtex pré-frontal se finaliza aos dezoito anos, outros compreendem que isto somente aconteceria aos vinte e um e, outros, até os vinte e cinco, como já mencionado.

28. KRÜGER, Helmut. *Introdução à psicologia social*. Temas Básicos de Psicologia, vol. 12. São Paulo: EPU, 1986, p. 42.

capaz de pensar a respeito do que pensa. Esta fase, cuja velocidade depende de cada pessoa, é imprescindível para a formação da capacidade de consentimento, visto que interfere diretamente na habilidade da pessoa de decidir entre aquilo que pensa ser certo ou errado, entre aquilo que pensa querer ou não querer.

Não obstante seja necessário o processo de mielinização, sem o qual não há base para o indivíduo aprimorar sua capacidade de compreensão, o desenvolvimento desta capacidade de pensamento metalinguístico só é possível, segundo o autor, mediante a integração do adolescente na sociedade dos adultos.[29] Além disso, outro ponto importante é a possibilidade de regressão momentânea ou permanente a estados anteriores, devido ao estado emocional. Assim, caso a pessoa se encontre mediante inesperado estresse ou euforia, por exemplo, pode se tornar incapaz de compreender um objeto abstrato ou complexo, ou de refletir sobre sua vontade de realizar determinado ato (como os atos sexuais), retornando momentaneamente a um dos estágios anteriores e fixando-se nele para realizar sua decisão.

Já para Freud, a sexualidade se encontra no centro da maturação de um indivíduo, pois será por meio do desenvolvimento desta que a pessoa se torna capaz de lidar com os estímulos internos e externos. Dentre as cinco fases[30] de desenvolvimento psicossocial que o autor propõe, a adolescência se encontra na fase final, denominada latência. Nesta, após ter fortalecido seu ego e superego através do desenvolvimento cognitivo na fase anterior, mas acometido por uma intensa revolta emocional, o adolescente tenta deslocar seu interesse sexual inconsciente para outros objetos e pessoas. Como forma de defesa, o adolescente busca transferir seus interesses das questões concretas do corpo para questões mais abstratas, destituídas de emoção, para que assim consiga lidar com sua revolta emocional.[31]

Poderíamos pensar, seguindo tal raciocínio, que bastaria o correto andamento da puberdade e a liberação dos desejos sexuais desde a infância para que o indivíduo se desenvolvesse rapidamente e fosse capaz de tomar decisões com maior precisão. Entretanto, não foi isto o observado na prática, razão pela qual se tornou necessário reformular a teoria freudiana, buscando menos foco na sexualidade e mais foco nas

29. INHELDER, Bärber., PIAGET, Jean. *Da lógica da criança a lógica da adolescente: ensaio sobre a construção das estruturas operatórias formais*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1976, p. 251-252.

30. São as cinco fases freudianas: 1. oral; 2. anal; 3. fálica; 4. latência; 5. genital. Cf. FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas. Ensayos XCVIII al CCIII*. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

31. SENNA, Sylvia Regina Carmo Magalhães, DESSEN, Maria Auxiliadora.Contribuições das Teorias do Desenvolvimento Humano *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, jan.-mar. 2012, vol. 28, n. 1, p. 102.

relações sociais. Tal adaptação da teoria de Sigmund Freud foi realizada por sua filha, Anna Freud, que deslocou para o cerne do desenvolvimento as interações que o indivíduo tem com o meio externo e interno, demonstrando que adolescentes pertencentes a diferentes culturas e religiões, por exemplo, têm a maturação em tempos variados.

O pensamento de Anna Freud foi basilar para a acepção que reputamos mais interessante, qual seja a de Erik Erikson. O já citado criador da Teoria Psicossocial e importante autor no que concerne ao desenvolvimento adolescente considera que as influências sociais concorrem para o amadurecimento físico e psicológico do nascimento até a morte, havendo constante e mútuo ajuste entre o indivíduo e o ambiente no qual vive.

Para Erikson, é imprescindível a consideração do contexto histórico e cultural do indivíduo, pois é isto que proporcionará indicativos da formação de uma identidade, construída e mantida pela sociedade.[32] Erikson demonstra, portanto, que não basta se atentar aos fatores fisiológicos e biológicos de formação do indivíduo, tais como a mielinização cerebral ou a puberdade (que jamais deve ser confundida com a adolescência, visto que esta engloba não apenas as alterações hormonais, mas, também, psicológicas).

Assim como Freud e Piaget, Erikson optou por dividir o desenvolvimento humano em várias fases. Em cada um dos oito estágios,[33] o ego enfrenta uma crise, a qual pode ter uma consequência positiva (quando o ego se fortalece e o desenvolvimento prossegue) ou negativa (na qual há a fragilização do ego). A cada crise, a personalidade reestrutura-se e se reformula de acordo com o que já fora vivido, bom ou ruim, enquanto o ego vai se adaptando a seus sucessos e fracassos.

Neste ponto, é interessante perceber que a socialização, elemento que constantemente interferirá no processo de desenvolvimento do adolescente, nem sempre será uma socialização "boa", "adequada" de acordo com a maioria filosófica da sociedade. Como posteriormente constataram autores da psicologia social, a socialização deve ser vista como um conceito totalmente neutro, ou seja, ocorrerá

32. ERIKSON, Erik H. *Infância e sociedade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1987, p. 69.

33. Os oito estágios desenvolvidos por Erikson em ordem cronológica, são: 1.confiança vs. desconfiança básica; 2. Autonomia vs. Vergonha e dúvida; 3. Iniciativa vs. Culpa; 4. Diligência vs. Inferioridade; 5. Identidade vs. Confusão de identidade; 6. Intimidade vs. Isolamento; 7. Generatividade vs. Estagnação e 8. Integridade vs. Desespero. ERIKSON, Erik H. *Infância e sociedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1987, p. 227-256.

socialização tanto em condutas consideradas socialmente adequadas quanto naquelas que fornecem comportamentos desviados das normas e costumes.[34]

Dentre os diversos estágios enfrentados pelo ser humano, o quinto e considerado mais importante pelo autor é o estágio da identidade, o qual ocorre no período da adolescência. Na adolescência, o indivíduo experimenta o sentido da identidade e começa a se conhecer e a procurar um papel social, a se identificar com algum grupo. A vida sexual é representada por intimidades transitórias, mas é muito influenciada pelo meio externo, pois o adolescente possui uma preocupação mórbida com o que os outros estão pensando. Logo, qualquer imposição de moralidades ou determinados comportamentos, inclusive sexuais, pode ser extremamente danoso para o desenvolvimento desta etapa de vida.

Somente quando a identidade estiver estável, conquista o adolescente o senso de identidade contínua e sendo capaz de passar para as fases posteriores. Caso contrário, se o adolescente não consegue tomar decisões deliberadas especialmente no que concerne à sua vocação e sexualidade, o fanatismo e a chamada "confusão de papeis" se tornam uma ameaça.

Compreendidos os principais fatores influenciadores no processo de desenvolvimento do adolescente (e, consequentemente, em sua capacidade de compreensão), resta verificar se seria possível mapear as principais modificações na sociedade contemporânea que influenciam na capacidade do adolescente de tomar decisões e sobretudo consentir efetivamente com a prática de atos sexuais.

Em uma perspectiva geral, percebe-se, como já mencionado, a extensão da adolescência. Atualmente, identifica-se transição para a idade adulta adiada, no sentido de ser a inserção do adolescente em tarefas típicas da nova fase (como a inserção no mercado de trabalho e a conquista da autossuficiência) cada vez mais tarde.[35]

Isto não significa, contudo, que a capacidade de tomada de decisões quanto à iniciação ou desenvolvimento sexual também esteja em processo de retardamento. Muito pelo contrário, constata-se, atualmente, uma antecipação no início da vida sexual. De acordo com pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde,[36] a idade média

34. KRÜGER, Helmut. Introdução à psicologia social. *Temas básicos de psicologia*, vol. 12. São Paulo: EPU, 1986, p. 43.

35. CAMARANO, Ana Amélia et al. Caminhos para a vida adulta: a múltipla trajetória dos jovens brasileiros. *Última Década*, n. 21, Valparaíso, dez. 2004, p. 23. Disponível em: [www.scielo.cl/pdf/udecada/v12n21/art02.pdf]. Acesso em: 30.05.2014.

36. BRASIL. Ministério da Saúde. *Comportamento sexual e percepções da população brasileira sobre HIV/AIDS*. Brasília: Coordenação nacional de DST e Aids, 2000. Disponível em: [www.aids.gov.br/publicacao/comportamento-sexual-da-populacao-brasileira-e-percepcoes-do-hivaids]. Acesso em: 01.06.2014.

do início da vida sexual em 1984 foi de 15,3 anos entre homens de 16 a 19 anos de idade e 16 anos entre as mulheres da mesma faixa etária. Já em 1998, a idade média verificada foi de 14,5 e 15,2 anos, respectivamente.

Quanto ao quesito acerca da iniciação sexual antes dos 15 anos, o crescimento porcentual é ainda mais significante. Em 1984, 35,2% dos homens jovens de 16 a 19 anos já haviam iniciado a vida sexual antes dos 15 anos de idade. Em 1998, este percentual subiu para 46,7%. Para as mulheres, embora a porcentagem seja menor, o crescimento foi muito superior. Em 1984, 13,6% das mulheres entre 16 e 19 anos já haviam iniciado sua vida sexual antes dos 15 anos de idade. Em 1994, 32,3% do mesmo grupo ja havia tido relações sexuais.

Dezesseis anos depois, embora nenhuma pesquisa tenha sido feita com a mesma metodologia que a supracitada (razão pela qual não é possível fazer uma comparação precisa), induz-se que a idade de iniciação sexual não tenha sofrido grandes modificações, havendo crescimento, contudo, na porcentagem de adolescentes que iniciam seus atos da vida sexual antes dos 15 anos.[37]

A idade do início da maturação pubertária também vem sofrendo relevante queda, o que favorece ainda mais o adiantamento da iniciação sexual. Steinberg afirma, inclusive, que "sabemos também que tem havido uma queda significativa na idade de início da maturação pubertária ao longo dos últimos 200 anos".[38] O próprio conceito de puberdade normal, que era de oito anos para as meninas e nove para os meninos, vem recebendo tendências de diminuição, na medida em que são identificados casos de aparecimento dos primeiros sinais da puberdade classificada como "normal" antes da idade mencionada.[39]

37. Nesse sentido, Cf. FERRAZ, Elisabeth Anhel et al. Iniciação sexual de jovens: análise de variáveis a partir de gênero. Trabalho apresentado no *XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais,* Abep. Set. 2006. Disponível em: [www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_561.pdf]. Acesso em: 01.06.2014, MALTA, Deborah Carvalho et al. Saúde sexual dos adolescentes segundo a Pesquisa Nacional de Saúde dos Escolares. *Rev Bras Epidemiol,* vol. 14, n. 1,2011, p. 147-56. Disponível em: www.scielo.br/pdf/rbepid/v14s1/a15v14s1.pdf]. Acesso em: 01.06.2014, e BORGES, Ana Luiza Vilela; SCHOR, Néia. Início da vida sexual na adolescência e relações de gênero: um estudo transversal em São Paulo, Brasil. *Cad Saúde Pública* 2005, p. 499-507.

38. STEINBERG, L. Risk-taking in adolescence: New perspectives from brain and behavioral science. *Current Directions in Psychological Science*, vol. 16, 2007, p. 58, *apud* OLIVEIRA, Miguel, PAIS, Lúcia G. *Tomada de decisão na adolescência: do conflito à prudência*, In: FONSECA, Antônio Castro (Ed). *Crianças e Adolescentes: Uma Abordagem Multidisciplinar*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 429.

39. JAPUR, Ana Carolina *et al*. Puberdade precoce: a experiência de um ambulatório de Ginecologia Infanto-Puberal. *Rev Bras Ginecol Obstet*, vol. 29, n. 2, 2007, p. 97, Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbgo/v29n2/07.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.

Um dos fatores que pode ser identificado como influenciador para a maior parte dos adolescentes é a mídia. Estimulados pelos meios de comunicação do séc. XXI, cada vez mais dinâmicos e com conteúdo acessível a indivíduos de qualquer idade, os adolescentes possuem acesso cada vez menos restrito a conteúdo de natureza eminentemente sexual, seja vídeos, textos ou mesmo canções.

Se, de um lado, percebe-se a redução etária para o início da puberdade e do amadurecimento sexual, ainda é possível identificar, em grupos nos quais a cultura, a moral ou a religião impõe comportamentos específicos para todos seus integrantes, a estagnação ou até mesmo relativo atraso no início do processo de identificação do adolescente com sua sexualidade. Mesmo em lugares com alta influência dos meios de comunicação e das expressões culturais universalizadoras, diversos grupos mantêm resistência e se fecham aos estímulos externos, a fim de preservar seus valores comuns.

O mesmo acontece com a possibilidade de aceleração, além da média, do amadurecimento sexual (entendido aqui não apenas como a puberdade, mas também como a formação psicológica que a envolve). Em comunidades nas quais há carência de infraestrutura e o adolescente não possui seu próprio espaço, por exemplo, há maior tendência para que a iniciação sexual ocorra mais cedo, haja vista a perda da noção acerca dos espaços e da acepção do sexo como um meio de entretenimento comum. Outra situação que pode favorecer a iniciação da sexualidade é a atribuição de tarefas típicas da vida adulta (tais como trabalho integral, auxílio no provento da família, assistência a irmãos mais novos etc) ao adolescente, que acabam por antecipar características da vida adulta,[40] como a prática de relações sexuais.

Conclui-se, portanto, que embora seja possível identificar uma clara redução generalizada na idade de iniciação sexual voluntária dos adolescentes, foge de qualquer estudo a possibilidade de se mapear, com clareza e precisão, quais grupos culturais proporcionam um desenvolvimento mais acelerado ou retardado da maturidade psicológica e sexual necessárias à formação da capacidade de consentimento. Dessa forma, ainda que o estudo dos fatores influenciadores da maturidade adolescente traga algumas respostas quanto à definição da idade de consentimento, também estabelece uma grande incerteza, uma vez que deixa clara a insuficiência de qualquer critério normativo para a idade de consentimento, dada à imensa diversidade cultural e social que acomete o território brasileiro.

3. A IDADE DE CONSENTIMENTO FRENTE AO DIREITO COMPARADO

O próximo ponto deste artigo visa apresentar algumas formas de determinação da idade de consentimento utilizada no mundo, a fim de que possamos verificar se

40. CAMARANO, Ana Amélia et al. *Caminhos para a vida...*, cit, p. 22.

já existe algum conceito adequado à volatilidade e diversidade que permeiam a realidade adolescente.

Para a realização desta análise de direito comparado, buscou-se a legislação de 76 países, provenientes de diversas regiões e culturas. O método utilizado foi a leitura legislativa, o que implica dizer que quaisquer alterações realizadas pela jurisprudência ou tacitamente aceitas pela doutrina não foram abrangidas. Haja vista que nossa intenção no presente trabalho é o levantamento de questões para uma possível reforma legislativa, atemo-nos às disposições normativas, analisando os artigos que dispõem sobre a idade de consentimento sobre a criminalização de atos sexuais nos quais não é necessário provar a ocorrência de violência ou fraude. Ressalta-se, ainda, que as formas de determinação da idade de consentimento aqui destacadas não o foram por serem adequadas ou não (basta perceber que também destacamos critérios inteiramente discriminatórios, o que vai de encontro ao aqui defendido), mas, sim, por demonstrarem que a variedade na determinação mais se relaciona, atualmente, com o contexto ideológico e cultural dominante em cada país do que propriamente com uma preocupação direcionada à criança e ao adolescente.

De acordo com a busca realizada, percebeu-se que a tendência dominante é quanto ao estabelecimento de uma idade fixa de idade de consentimento, com a predominância encontra-se entre os 14 e 16 anos (ver tabela 1).

Quanto à tendência para aumento ou diminuição da idade de consentimento, veem-se movimentos em ambas as direções. De um lado, a Espanha aprovou em 2013 uma alteração legislativa para aumentar a idade de consentimento de 13 para 16 anos, abaixo da qual há presunção de ocorrência de estupro. Em movimento diametralmente oposto, o Tribunal Constitucional do Peru, após apresentação de uma demanda popular, considerou inconstitucional a lei que alterava o artigo de estupro do Código Penal Peruano,[41] legalizando, em janeiro de 2014, os atos sexuais entre adolescentes a partir de 14 anos.

Além da idade consentimento estática, sem exceções,[42] foram identificados outros métodos para definição ou complementação do conceito da idade de consentimento. Tais métodos de definição não são necessariamente utilizados isoladamente, havendo, em alguns países, a conjugação de vários deles.

41. Após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei 2.874 , o art. 173 do CP Peruano voltou a viger com a seguinte redação, promulgada em 1998: "Artículo 173. Violación de menor de catorce años. El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad (...)".

42. Exemplos de países que adotam este critério são: Brasil, Armênia, Afeganistão, Azerbaijão, Peru, India, Casaquistão, Rússia, Sri Lanka, Bangladesh, Burma e Brunei.

3.1. Diferenciação por orientação sexual

Em alguns países, como as Bahamas, a idade de consentimento para atividades heterossexuais é 16 anos, mas as homossexuais só são permitidas a partir dos 18[43] (e o Uzbequistão).[44] Trata-se de um modelo discriminatório claramente pautado em valores morais e que seria totalmente incompatível com o princípio da igualdade consagrado na Constituição brasileira.

3.2. Diferenciação entre homem e mulher

Em algumas jurisdições, a discriminação para fins de permissão para prática de atos sexuais é concernente ao gênero. Na República Democrática do Congo, por exemplo, a idade mínima para a prática de atos sexuais é 14 anos para as mulheres e 18 anos para os homens.[45] Em outros, como no Chade e na Namíbia, somente as mulheres estão sujeitas à idade de consentimento, que foi estabelecida em 14 anos para o Chade[46] e 16 para a Namíbia. O exemplo dos três países, embora aparentemente paradoxais, demonstram a mesma imposição machista de submissão da mulher. No primeiro exemplo, assume-se que a mulher estaria apta a praticar atos sexuais quatro anos antes que os homens – construção legislativa claramente direcionada aos casamentos de meninas adolescentes. Já no segundo e terceiro, parte-se do princípio que somente as mulheres são incapazes de praticar atos sexuais em determinado momento da vida. Vê-se que, em alguns Estados, não há preocupação alguma com a efetiva proteção da autodeterminação sexual de adolescentes e somente reproduzem discursos profundamente ligados à moral e religião. Este tipo de distinção seria totalmente inconstitucional em nosso sistema jurídico por sua evidente incompatibilidade com a igualdade constitucional entre homens e mulheres consagrada pela Constituição de 1988.

---

43. Artigo 16 (1) do Sexual Offences and Domestic Violence Act. Cf. BAHAMAS, *Statute Law of the Bahamas – Sexual Offences and Domestic Violence Act*, chapter 99. Disponível em: [www.laws.bahamas.gov.bs/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/1991/1991-0009/SexualOffencesandDomesticViolenceAct_1.pdf]. Acesso em: 03.06.2014.

44. Artigo 128 do Código Penal do Uzbesquistão. Cf. UZBEKISTAN. *Criminal Code of the Republic of Uzbekistan*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/1712/file/a45cbf3cc66c17f04420786aa164.htm/preview]. Acesso em: 15.06.2014.

45. UNITED STATES. *Counter reports on Human Rights Practices 2011 – Democratic Republic of the Congo*. United States Department of State. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor.: 2011, p. 37. Disponível em: [www.state.gov/documents/organization/186395.pdf]. Acesso em: 13.08.2013.

46. Art. 277 do Código Penal do Chade. Cf. GRID – Global Resource and Information Directory. *Chad- Country Profiles*. Family online Safety Institute. Disponível em: [www.fosigrid.org/africa/chad]. Acesso em: 22.06.2014.

3.3. Diferenciação pelo estado civil

Em alguns países, somente é possível considerar-se apto para a prática de atos sexuais a partir do casamento, independentemente da idade em que este seja contraído. São exemplos desta escolha legislativa o Irã,[47] Omã[48] e Catar.[49] Percebe-se que, nesses sistemas, reflexão acerca da vulnerabilidade das crianças e adolescentes é inteiramente ignorada, dando lugar à reafirmação dos valores morais e religiosos de suas respectivas sociedades: basta estar-se apto/a ao casamento para perder-se qualquer perspectiva de ter sua fragilidade sexual protegida pelo Estado. Um modelo completamente incompatível com o princípio da liberdade consagrado na Constituição brasileira.

3.4. Diferenciação em função de relação de confiança ou autoridade

No Reino Unido, a idade de consentimento geral estabelecida é 16 anos, mas esta é aumentada se o companheiro do adolescente se encontrar em uma posição de confiança ou autoridade com este, tal como ocorre com professores e médicos. Nestes casos, a idade de consentimento estabelecida é de dezoito anos. Somente não haverá tal aumento se o adolescente for casado ou for reconhecidamente um parceiro civil daquele com o qual praticou ato sexual.[50]

Já na França, a variação ligada à relação de autoridade ou confiança se manifesta não só no aumento da idade de consentimento, quanto também no aumento de pena. Segundo o art. 227-26 do Código Penal francês, quando um ato sexual sem

47. No Irã, não há idade de consentimento mínima, contanto que as pessoas envolvidas estejam casadas,. Tal prática é denominada "fornicação", segundo os artigos 135 a 138 do Código Penal Iraniano, e é punida com 70 a 75 chibatadas, para homens e mulhers, respectivamente, e com exílio para os homens. Além disso, a homossexualidade é criminalizada, nos termos dos artigos 109 a 113, e a punição varia entre chibatadas e pena de morte. Cf. IRAN. *Islamic Penal Code of Iran*. Trad. Mission for Establishment of Human Rights in Iran (Mehr Iran). Disponível em: [www.mehr.org/Islamic_Penal_Code_of_Iran.pdf]. Acesso em: 12.12.2013.

48. Artigo 218 do CódigoPenal de Oman. Cf. OMAN. *Omani Penal Code*. Disp. UNODC – United Nations Office on Drug and Crime. Disponível em: [www.unodc.org/tldb/showDocument.do?documentUid=6409&]. Acesso em 24.06.2014.

49. Artigos 296 e 197 do Código Penal do Catar. Embora seja proibida qualquer atividade sexual fora do casamento, há um aumento de pena para aqueles que cometerem tal crime com indivíduos menores de dezesseis anos, nos termos do art. 297. Cf. QATAR. *Law n. 11 of 2004 – Penal Code*. Disponível em: [portal.www.gov.qa]. Acesso em: 12.12.2013.

50. Seções 16 e 23 do Ato de Crimes Sexuais de 2003. UNITED KINGDOM. *Sexual Offences Act 2003*. Disponível em: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2003]. Acesso em: 13.08.2013.

violência é realizado com um menor de quinze anos (que é a idade de consentimento estabelecida na legislação), a pena passa a ser de dez anos de prisão, o que representa aumento em duas vezes da pena privativa de liberdade estabelecida pelo art. 227-25. Para os indivíduos entre quinze e dezoito anos, a comissão de atos sexuais passa a ser penalizada quando há relação de autoridade ou confiança, com três anos de prisão, enquanto é permitida nos demais casos.[51] O mesmo ocorre na Hungria, na qual há um aumento da pena nos casos de abuso de confiança.[52]

3.5. Exceção da idade próxima (Close-in-age exception)

Uma das melhores soluções apresentadas pelos países é a chamada *close-in-age exception*, segundo a qual se estabelece uma idade de consentimento que será considerada como a idade padrão, mas admite-se que pessoas de idade inferior ao estabelecido pratiquem atos sexuais com indivíduos que se mantêm na mesma faixa etária que elas. Seu fundamento baseia-se na ideia e que indivíduos de idade aproximada têm menor probabilidade de se aproveitar da idade um do outro, na medida em que se encontram, usualmente, em condição semelhante de amadurecimento sexual, psicológico e cognitivo.

No Canadá, por exemplo, a idade de consentimento padrão é estabelecida como catorze, mas existe a possibilidade de ser reduzida até aos 12 anos, se ambos os parceiros se encontrarem em idade próxima.[53] Já na Itália, a *close-in-age exception* é de três anos, permitindo, segundo estas condições, a prática de atos sexuais por indivíduos de 13 anos.[54] A Suíça também estabelece a distância temporal máxima em 3 anos.[55]

---

51. Art. 227-27 do Código Penal francês. Interessante comentar que, além das penas privativas de liberdade mencionadas, a legislação francesa determina uma multa específica para aqueles que cometem o que aqui denominamos de estupro de vulnerável. Para os atos sexuais com menores de quinze anos, porém sem relação de autoridade ou confiança, a multa é 75 mil euros (art. 227-25). Já para as relações sexuais em que o companheiro exerce relação de autoridade ou confiança, a multa é aumentada de para 150 mil euros, quando se tratar de menor de 15 anos, e estabelecida em 45 mil euros, quando o adolescente estiver entre quinze e dezoito anos. Cf. FRANCE. *Code Pénal*. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr]. Acesso em: 12.06.2014.
52. Par. 198 do Código Penal húngaro.
53. Art. 150.1 do Código Penal canadense. Cf. CANADA. *Criminal Code*. Government of Canada. Disponível em: [www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-72.html]. Acesso em: 25.05.2014.
54. Art. 609 *quater* do Código Penal italiano. Cf. ITALIA. *Codice Penale Italiano*. Disponível em: [www.isd.olografix.org/faq/cod_pen.htm#querela]. Acesso em: 22.05.2014.
55. Art. 187 (1) e (2) do Código Penal suíço. Cf. SCHWEIZ. *Schweizerisches Strafgesetsbuch*. Disponível em: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html]. Acesso em: 23.05.2014.

Esta solução parece-nos viável, no contexto brasileiro, para se evitar o início da persecução infracional em casos entre pessoas de idade próxima, nos quais a probabilidade de haver ao menos perigo concreto de se ferir a autodeterminação sexual do adolescente é muito baixa, visto que ambos os agentes se encontrariam em semelhante etapa de desenvolvimento.

Assim, a potencialidade lesiva ultrapassa, entre agentes de semelhante idade, os limites mínimos do perigo concreto, sendo necessário considerar a inexistência do ato infracional análogo ao estupro de vulnerável.

Resta, contudo, definir o que seria idade próxima. Caso opte-se pela determinação abstrata, como faz a legislação canadense, corre-se o risco de conceder excessiva discricionariedade ao judiciário, que poderia, para casos idênticos, condenar ou absolver, de acordo com as convicções pessoais de cada juiz. Já diante da possibilidade de se definir previamente um número a ser considerado próximo, percebe-se que, provavelmente, a aplicação desta exceção acarretaria efeitos apenas no que concerne ao ato infracional. A não ser que se estipulasse como próximo o intervalo temporal de cinco (5) ou seis (6) anos, a exceção beneficiará somente menores de 18 anos, puníveis por ato infracional análogo à conduta do 217-A nos termos do artigo 103 do ECA.

Ainda que a utilização da *close-in-age exception* seja restringida de tal forma, sua relevância na proteção do adolescente permanece patente, pois a iniciação sexual frequentemente dá-se entre indivíduos de semelhante idade, e sua punição, ainda que em sede de ato infracional, pode acarretar experiências extremamente traumáticas tanto para o suposto agente, quanto para aquele que a legislação pretendia proteger.

3.6. Critério subjetivo

Outro método de definição da idade de consentimento é a inserção de elementos que abrem a possibilidade de se analisar se a pessoa possuía maturidade o suficiente para praticar o ato sexual. Na Albânia, por exemplo, a idade de consentimento definida para mulheres é 14, mas existe a ressalva em razão da maturidade.[56] Já na Alemanha, a idade de consentimento pré-estabelecida também é catorze anos, mas a ilegalidade do ato sexual é estendida até os dezoito anos, quando realizado por pessoa maior de

56. A abertura para um critério que envolve a maturidade do adolescente ou criança somente é considerada para as mulheres, segundo o art. 100 do Código Penal da albânia. Cf. ALBANIA. *Criminal Code of Republic of Albania* Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/5164/file/Albania_CC_am2013_en.pdf]. Acesso em: 23.10.2013.

21 anos com menor de 18 anos, quando o primeiro enganar o segundo, utilizando-se da sua condição de menor idade e maturidade sexual ainda em desenvolvimento, impedindo-o assim de formular seu consentimento adequadamente.[57]

3.7 Variações da pena em função da idade de consentimento

A última modalidade de definição de idade de consentimento encontrada foi a ocorrente na China, El Salvador e na Turquia, onde a pena do indivíduo que praticou o ato sexual com o adolescente é estabelecida de acordo a idade dele.

Também no Peru, o art. 173 do Código Penal estabelece graduações precisas, baseadas na idade da vítima ou na posição de confiança que o agente ocupava perante a ela:

"Artículo 173. Violación de menor de catorce años

El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3."[58]

Por fim, no Código Penal Jordaniano, há uma graduação de pena complexa para aqueles que praticam atos sexuais com mulheres com menos de 15 anos de idade ou 12 anos de idade.[59]

---

57. Seções 176, 176 a e 179 do Código Penal alemão. Cf. DEUTSCHLAND. *Strafgesetsbuch*. Disponível em: [www.dejure.org/gesetze/StGB.html]. Acesso em: 15.10.2013.

58. PERU. *Código Penal del Peru*. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf]. Acesso em: 12.03.2014.

59. Se o homem é casado e pratica atos sexuais com uma mulher que não sua esposa, será punido com 5 anos de árduo trabalho temporário, segundo o art. 292-A. Caso a mesma situação ocorra, porém a mulher seja menor de 15 anos, a pena será de sete anos. Caso o homem não seja casado e realize ato sexual com uma mulher, com menos de 15 anos, será penalizado nos termos do art. 294-A, mas somente haverá uma pena mínima (5 anos) se a vítima tiver menos de 12 anos de idade, segundo o art. 294-B. Cf. JORDAN. Jordanian Penal Code n. 16 of 1960. Disponível em: [www.corpus.learningpartnership.org]. Acesso em: 23.08.2013.

3.8. *As experiências brasileiras na proteção do adolescente e de sua liberdade sexual*

No Brasil, a idade de consentimento veio se modificando ao longo do tempo, mas há muito,[60] como referência, as idades de catorze e dezoito anos. Embora hoje somente haja restrições sexuais em dezoito anos para atividades envolvendo contraprestação (tais como prostituição e pornografia), até 2005 o cenário era muito diferente, definindo como crime, no art. 217, conjunções carnais praticadas com mulher virgem entre catorze e dezoito anos, "aproveitando-se de sua experiência ou justificável confiança".

Atualmente, a idade de consentimento para atos sexuais é de 14 anos, conforme o novo art. 217-A do CP, modificado pela Lei 12.015/2009, art. 3.º. O mencionado dispositivo legal define como "estupro de vulnerável" o ato de "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos", determinando pena de reclusão de 8 a 15 anos, independentemente da existência de violência real, física ou psíquica.

4. TABUS NÃO SÃO BEM JURÍDICO ALGUM. LESIVIDADE E A AUTODETERMINAÇÃO DO ADOLESCENTE

Haja vista a variável velocidade no desenvolvimento e amadurecimento sexuais, passamos à análise do estupro de vulnerável, para buscarmos, no futuro, possíveis diretrizes para a determinação legislativa de uma idade de consentimento que seja não apenas adequada à realidade social e biológica adolescente, mas, também, ao ordenamento jurídico brasileiro.

Dito isto, faz-se necessário analisar alguns elementos inerentes ao Direito Penal (sempre sob uma perspectiva constitucional), quais sejam a questão do bem jurídico lesado no crime de estupro de vulnerável e o direito do adolescente a sua própria liberdade sexual.

---

60. No código penal de 1890, a presunção expressa foi estipulada contra o menor de dezesseis anos, porquanto compreendia-se, na doutrina majoritária, que o indivíduo com idade inferior à citada não possuía capacidade de discernimento. Já ali surge o embrião da justificativa da presunção de violência, pois, no art. 272, assumia-se a existência de violência perante o menor de dezesseis anos, independentemente de se tratar de mulher honesta ou não e de ter havido consentimento verbal na prática sexual. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. 1. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 313 e ss. Tal situação se modificou já na redação original do código de 1940, quando o marco etário passa dos dezesseis aos catorze anos.

Não é novidade o fato de que uma intervenção penal somente será legítima na medida em que o ato realizado apresentar lesividade. Isto significa dizer que não deve haver sanção penal se o comportamento realizado não ferir o bem jurídico que o tipo busca proteger ou não houver perigo concreto de fazê-lo.

O princípio da lesividade é o responsável por definir o resultado, um dos elementos constitutivos do tipo penal. Não é por menos que a lesividade foi classificada por Ferrajoli como uma das garantias penais substanciais.[61]

Sua origem advém do princípio da utilidade penal, responsável por limitar a esfera de proibição das leis penais – somente os custos individuais e sociais mais graves, que representam efetiva nocividade a elemento considerado importante e merecedor de proteção, poderão ser tutelados pela norma penal. Também é decorrente do princípio constitucional da necessidade,[62] segundo o qual a intervenção punitiva só deve ser realizada quando extremamente necessário.[63]

Existem dois grandes âmbitos de aplicação do princípio da lesividade: o primeiro, de nível legislativo, visa impedir que o legislador formule tipos penais que não representem ofensa à liberdade de outrem, ou que já tenham sido consagrados como inofensivos. O segundo âmbito, de nível jurisdicional-aplicativo, exige que o juiz exclua a subsistência do crime quando o fato, embora se apresente na conformidade do tipo, seja concretamente inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.[64]

Ambos os âmbitos devem ser analisados conjuntamente. Não é possível, por exemplo, que uma conduta seja incriminada por ir contra ao que alguns denominam

61. O autor classifica as garantias penais entre substanciais e instrumentais. Fazem parte do primeiro grupo, além da lesividade, a materialidade e a culpabilidade, na medida em que constituem os pressupostos da pena. Já o segundo grupo, destinado às garantias processuais, abrange a presunção de inocência, a prova e a defesa. Cf. FERRAJOLI. *Derecho y razón* – Teoria del garantismo penal. Trad. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995, p. 463-464.

62. O princípio da necessidade é dedutível do *caput* do art. 5.º da CF/1988, que garante aos estrangeiros e brasileiros "a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Assim, fica evidente que as privações ou restrições desses direitos invioláveis só se justificam quando estritamente necessárias. Isto porque as penas são formas de privação e/ou restrição desses direitos invioláveis, razão pela qual elas só se justificam quando aquele bem não só é um bem jurídico, mas quando a resposta penal é a única que eficientemente o tutela.

63. Idem, p. 465.

64. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 8.

"moral e bons costumes", assim como não se pune condutas que não ultrapassem o âmbito interno ou não prejudiquem ninguém a não ser o próprio agente, pois não há ameaça ou efetiva lesão a um bem que, de tão relevante, é tutelado pela esfera penal. Conforme ressalta Silveira, meras imoralidades não se mostram carecedoras de tutela penal, uma vez que não representam elas verdadeiras ofensas a bens jurídicos e que o direito penal de um Estado Democrático deve se mostrar protetor sobretudo de liberdades.[65]

Isto se refletirá não só no processo de elaboração da norma, mas a cada aplicação desta no caso concreto. A lesão ao bem jurídico deve ser demonstrada não apenas na formulação da norma penal, como também a cada vez que o suposto ato típico for praticado.

Existe, todavia, uma dificuldade em se definir o bem jurídico. Primeiramente porque, assim como o conceito de "dano" e "lesão", a acepção daquilo que possui relevância a ponto de se justificar a criminalização de determinados atos que o ameaçam é extremamente valorativa.[66] Além disso, o legislador penal brasileiro não encontra nos textos constitucionais uma determinação definida e organizada dos bens que deveria tutelar. Em terceiro lugar, há que se considerar a possibilidade de o bem jurídico que carece de tutela não estar propriamente na Constituição, o que acarreta a necessidade de se considerar tal documento como fonte principal, mas também se abrir à possibilidade de outros bens jurídicos cuja tutela penal, no entanto, jamais podem entrar em conflito com os princípios constitucionais.

Embora haja algumas divergências acerca da possível amplitude do bem jurídico, certo é que nem todos os elementos existentes na vida em sociedade poderão configurar um bem jurídico passível de ser protegido por meio da tipificação criminal. A moral, por exemplo, não recebe acepção valorativa na Constituição para se tornar um bem jurídico.

Assim, os comportamentos considerados como negativos para uma parcela da sociedade, que assim os valora devido a convicções culturais, mas que não violam o direito de pessoa alguma, são chamados de "tabus" e jamais podem representar um bem jurídico.[67] Para saber se uma norma penal protege (erroneamente) um tabu, basta verificar se o comportamento analisado, ainda que considerado inaceitável por um grande grupo, prejudica alguém.

65. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*... cit, p. 139-141.

66. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* ...cit, p. 467.

67. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band* I – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: C.H. Beck, 2006, p. 27, Rn.43-44.

Tal prejuízo não pode ser apenas às convicções ou crenças de determinado círculo social, é necessário que haja dano a algo ou alguém e que este seja grave a ponto de justificar a ação penal como uma tentativa de evitá-lo. Logo, mesmo que quase todas as pessoas do país se posicionassem moralmente contrárias a determinado ato realizado pelo grupo social não dominante, que ninguém prejudica ao realizá-lo, não seria isto o suficiente para criminalizá-la. Caso fosse possível criminalizar uma conduta tão-somente por ser esta um tabu considerado inaceitável pela maioria, além de se ter uma imposição inteiramente antidemocrática da maioria frente à minoria, seria uma afronta à lógica e aos princípios constitucionais da lesividade, pois se a conduta não lesa ou ao menos gera riscos de lesão a direitos alheios, não há por que ser proibida.[68]

O ato imoral ou reprovável, porém não lesivo jamais poderá, portanto, ser objeto de tipificação. Ou como ressalta Jorge de Figueiredo Dias,

"Sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem-estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais (...). Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente."[69]

Para garantirmos que o estupro de vulnerável não é apenas uma criminalização errônea de um tabu (ou em que medida isto ocorre), é necessário identificar o bem jurídico por ele protegido.

Em 2009, o capítulo de crimes sexuais passou por uma grande mudança. Além das significantes modificações no caput do estupro comum e no polêmico estabelecimento da idade de catorze anos como marco para uma presunção absoluta de violência ou fraude em atos sexuais, alterou-se o título dos capítulos e do livro, normalmente utilizados para se verificar qual o bem jurídico possivelmente protegido pelas normas que neles se inserem.

O art. 217-A, que define como crime a conjunção carnal ou outros atos libidinosos com menor de 14 anos, surgiu, por intermédio da Lei 12.015/2009, dentro do recém-nomeado Cap. II, "Dos crimes sexuais contra vulnerável", inserido no Tít. VI ("Dos crimes contra a dignidade sexual"), o qual engloba, entre outros, também os "crimes contra a liberdade sexual" (Capítulo I).

Ora, é fácil perceber que a nomeação do Cap. II em nada contribui para o bem jurídico, visto que a simples alegação da vulnerabilidade do indivíduo (que, como

68. VIANNA, Túlio. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 4-5.

69. DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manoel Costa. *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 405-406.

já vimos, é frequentemente refutável) não constitui bem passível de tutela penal. Também não é a liberdade sexual, como ocorre no estupro descrito no art. 213, até porque a proibição absoluta da prática de atos sexuais abaixo dos catorze anos pode ser, como veremos, lesiva a este bem jurídico, que paradoxalmente passa a ser tutelado pelo Cap. I quando o indivíduo completa catorze anos.

Poder-se-ia induzir, então, que o bem jurídico seria a dignidade sexual, como sugere o Tít. VI. Entretanto, como definir um bem jurídico tão amplo? A própria palavra dignidade já apresenta histórico de imensa indefinição, quando utilizada como um direito humano. Associada à sexualidade, a compreensão da palavra se torna mais difícil de obter, sem que seja feito um juízo valorativo que passe pela moral ou religião. Embora possa ser compreendida como o meio para prover as condições adequadas para o bom desenvolvimento da sexualidade, a utilização do termo "dignidade" também pode levar ao entendimento de que determinadas condutas sejam "certas" ou "erradas", justamente pela confusão valorativa feita com a palavra "digna".

Devido a isto, acreditamos ser o bem jurídico do art. 217-A, assim como a matriz dos bens jurídicos protegidos pelos crimes do Tít. VI, não "a vulnerabilidade" da criança e do adolescente tampouco uma indefinida e ampla "dignidade sexual", mas, sim, a autodeterminação sexual. Tal expressão é utilizada na Alemanha para classificar os crimes sexuais e é dotada de maior precisão, pois tanto garante a liberdade sexual do indivíduo quanto protege o desenvolvimento desta, sendo mais ampla do que a pura "liberdade sexual" (que em crianças e em adolescentes realmente vulneráveis ainda se encontra em fase de formação) e menos perigosa que "dignidade sexual".

Para os adolescentes que não formaram sua capacidade de consentimento antes dos catorze anos, a norma do 217-A é perfeita, pois protege seu desenvolvimento cognitivo, hormonal e psicológico no que se refere à sexualidade, buscando garantir que o adolescente se desenvolva sem os traumas que poderiam ser causados pela atividade sexual fora de seu tempo ideal. Todavia, aos adolescentes que já desenvolveram a capacidade de consentir e o desejo e compreensão concernente aos atos sexuais, a norma do mencionado artigo torna-se inútil, na medida em que é retirada toda sua lesividade.

A autodeterminação sexual deste indivíduo, especialmente tutelada devido à sua condição de desenvolvimento e consequente vulnerabilidade, perde seu caráter de vulnerabilidade e se torna uma autodeterminação de alguém que é capaz de consentir com atos sexuais e crescer com eles. Seja por motivos sociais, biológicos, neurológicos ou psicológicos, o adolescente que já desenvolveu seu poder de tomada de decisões a um nível que o permita escolher realizar ou não atos sexuais não deve ter a mesma tutela que têm hoje os maiores de catorze anos, pois caso seus atos continuem a ser

FARIA, Aléxia Alvim Machado. VIANNA, Túlio. Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 15-54. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

enquadrados nos termos do art. 217-A, não poderá desenvolver adequadamente sua autodeterminação e liberdade sexuais, devendo forçosamente esperar até os catorze para iniciar sua vida sexual, a fim de que seu parceiro não seja punido penalmente ou com medidas socioeducativas decorrentes da prática de ato infracional.

Desta forma, ao mesmo tempo em que a autodeterminação sexual do adolescente configurará bem jurídico passível de ser protegido por norma penal, na medida em que há indivíduos desta faixa etária que não se encontram prontos para compreender e praticar voluntariamente atos sexuais, não se deve esquecer que a liberdade sexual também é direito do adolescente. Não se justifica, portanto, manter uma tipificação que proteja parte das pessoas às quais se refere e lesione o direito da outra parte. Assim, torna-se imprescindível o cuidado extremo na formulação de um tipo penal que proíba atos sexuais dos indivíduos desta faixa etária – caso contrário, a própria norma que visa proteger o mencionado bem jurídico acaba por violá-lo.

A análise da lesividade ou exposição ao risco que um bem jurídico sofre deve levar em consideração três fatores: a frequência desses comportamentos, a intensidade da necessidade da preservação do objeto merecedor de tutela e a intensidade da ameaça contra este. Esses fatores, que em todos os crimes se apresentam com nuanças próprias em cada contexto social e em cada momento histórico,[70] são ainda mais mutáveis no contexto em que alguns titulares do bem jurídico protegido realmente precisam de proteção e outros não só não precisam, como são prejudicados pela criminalização.

Assim, independentemente do critério de definição da idade de consentimento utilizado na tipificação do estupro de vulnerável, parece-nos razoável admitir que sempre será preciso considerar a possibilidade de uma prova em contrário, que demonstre que o adolescente possuía plena capacidade de consentimento e que sua liberdade sexual seria lesada, no caso, se seu parceiro de atos sexuais fosse punido criminalmente pela prática de tais atos.

Se o adolescente já possui capacidade de decisão o suficiente para escolher pela prática de um ato sexual, seu companheiro não lesa bem jurídico algum, razão pela qual é totalmente ilógico que a ele seja imputada uma pena pelo seu comportamento. Vê-se, portanto, que a presunção absoluta de violência ou fraude extraída do artigo 217-A do Código Penal não pode ser mantida, na medida em que pode causar a figura absurda de violação do bem jurídico protegido pela própria tipificação penal do comportamento.

70. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 171.

5. POR UMA MODIFICAÇÃO NO ATUAL CONCEITO DE IDADE DE CONSENTIMENTO NO BRASIL

Como já demonstrado, a definição estática da idade de catorze anos como marco para constituição do estupro de vulnerável enfrenta alguns percalços. Com o adiantamento do processo de amadurecimento sexual e devido à variadíssima velocidade no processo de formação cognitiva entre cada adolescente, faz-se necessário buscar um novo método de se proteger os aqueles que não adquiriram a maturidade cognitiva e sexual suficientes para consentirem com atos sexuais, porém sem mitigar os direitos de quem já as adquiriu.

As tentativas de se definir a capacidade de decisão dos adolescentes não são importantes apenas para a compreensão do estupro de vulnerável, mas dotam-se de relevância em diversas áreas do direito.

No direito civil, tal faixa etária é discutida devido à capacidade para aquisição de direitos e para exercê-los por si mesmo, seja diretamente, por representação ou assistido por outrem. Tal definição é importante, na medida em que completa o conceito de personalidade.[71]

Os indivíduos com menos de 18 anos, adolescentes ou crianças, terão sempre capacidade de direito, pois esta possuem todos dotados de personalidade, mas não a capacidade de fato, qual seja a aptidão para utilizar os direitos na vida civil e exercê-los por si mesmo. Sabendo da necessidade de se analisar a extensa faixa etária adolescente com precisão, dividiu-se, no Direito brasileiro, a incapacidade em razão da idade de forma gradativa. Como se sabe, serão absolutamente incapazes (e, portanto, ligados à vida jurídica por meio da representação) os menores de dezesseis anos, adquirindo, entre os dezesseis e os dezoito anos, a incapacidade relativa.

Como ressalta Caio Mário,[72] o critério definido pelo legislador é inteiramente arbitrário, sem considerar as variações individuais que interferem no momento no qual surgem na pessoa os predicados necessários ao estabelecimento de seus contatos diretos com a vida jurídica. A estipulação do critério dos dezesseis anos, embora não seja completo o suficiente para abranger as particularidades da idade, serve à estabilidade jurídica.

Não obstante possa ser tal critério interessante aos atos da vida que se refletem no direito civil, o mesmo não acontece com aqueles que dizem respeito à individualidade e sexualidade. Assim, não é adequado à definição da idade de

71. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed, rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 1, p. 225.

72. Idem, p. 235.

consentimento o argumento de que uma definição generalista e dotada de presunção absoluta seria necessária à idade de consentimento, uma vez que não seria possível, com um único critério, abranger todas as particularidades deste momento de transição para a vida adulta.

Diferentemente da vida civil, a determinação estática de uma idade para a prática de atos sexuais é de fato capaz de tolher violentamente os direitos do adolescente, sobretudo sua liberdade sexual, ao passo de que, na vida civil, tal risco não existe. Isto porque o adolescente ou mesmo a criança, não sendo capaz (ou apenas relativamente incapaz) de participar por si só como agente em um negócio jurídico, sempre poderá fazê-lo por intermédio da representação ou da assistência, pois sempre lhe pertencerá a capacidade de direito, sem a qual sequer se possui personalidade. Naturalmente tal raciocínio não é válido para a prática de atos sexuais, e assumir que todos os indivíduos atingirão, em mesma idade, a capacidade de consentimento implica ignorar que "a construção social é o elemento central do estudo da sexualidade, já que fornece subsídios para se estabelecer a relação entre o comportamento sexual e o tratamento jurídico que lhe é dispensado".[73]

Outro argumento constantemente utilizado para defender a determinação da idade de catorze anos como único critério de definição da idade de consentimento no Brasil é o de que seria possível, mediante construção jurisprudencial, aceitar a prática de atos sexuais com indivíduos entre doze e catorze anos. Segundo estes, o juiz, ao verificar que o adolescente possuía plenas condições de consentir com o ato sexual realizado, poderia facilmente deixar de responsabilizar o parceiro do adolescente criminalmente, alegando que a presunção de violência ou fraude nos atos sexuais envolvendo menores de catorze anos é relativa.

De fato, há diversos autores que defendem este posicionamento na doutrina, bem como há decisões no STJ que se direcionam a tal entendimento no que se refere ao crime anterior à Lei 12.015/2009.[74] A discussão entre presunção absoluta e presunção relativa iniciou-se ainda na legislação anterior, na qual o ato sexual praticado com menor de 14 anos poderia ser enquadrado nos termos do art. 224, *a*, do CP, que indicava a existência de violência presumida quando o indivíduo era menor de catorze anos. Ali fazia sentido discutir se havia presunção relativa ou

73. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

74. Nesse sentido, STJ, 6.ª T., REsp 1.189.374/ MS, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 01.02.2011; STJ, 6.ª T., AgRg no REsp 1.214.407/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 28.09.2011. Tal entendimento, entretanto, não é unânime, havendo constantes decisões da 5ª T. em sentido contrário, tais como: STJ, 5.ª T., AgRg no AREsp 483.793/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, *DJe* 13.05.2014; STJ, 5.ª T., REsp 1.021.634/SP, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 04.10.2010.

absoluta de violência, visto que a lei claramente se referia à criminalização de um ato sexual cometido com menor de catorze anos devido à violência que o adolescente provavelmente teria sofrido. Nesse interim, discutiu-se se todo ato sexual cometido com adolescente que não havia atingido os catorze anos necessariamente seria acometido de violência, ao que a 5.ª Turma do STJ decidiu que não, podendo, portanto, haver prova da inexistência da violência. Entretanto, há, ainda, decisões no sentido de se considerar a presunção de violência como absoluta.

Já no art. 217-A, incluído pela supracitada lei de 2009, a criminalização dos atos sexuais praticados com adolescentes não se fundamenta, segundo o texto normativo, na ideia de violência. Na nova figura do estupro de vulnerável, a presunção recai sobre a vulnerabilidade das crianças e adolescentes menores de catorze anos. Ora, vê-se bem que violência e vulnerabilidade são conceitos inteiramente distintos, pois enquanto um pressupõe a existência de um constrangimento ilegal, causado pelo agente do crime, o outro se fundamenta na incapacidade de compreensão e discernimento que, para a lei, é inerente a todo menor de catorze anos.

A vulnerabilidade é, conforme Rassi, conceito polissêmico protegido pelo direito penal em diferentes contextos e que, no art. 217-A, decorre da imaturidade do adolescente púbere frente aos atos sexuais.[75] Justamente por este liame indissolúvel entre a motivação da norma e o bem jurídico que a vulnerabilidade, no estupro de vulnerável, a vulnerabilidade também vai ser questão de fato que deverá ser apreciada em conjunto com o caso concreto quando o adolescente detém idade entre doze e quatorze anos".[76]

Um indivíduo que se aproveita da vulnerabilidade do menor de catorze anos para com ele praticar atos sexuais não necessariamente se utiliza de violência, em qualquer uma de suas formas, podendo, também e, sobretudo, utilizar-se da fraude, mais conveniente à situação da criança e do adolescente que não formulou sua capacidade de tomada de decisão. É nos casos de fraude, inclusive, que a presunção de vulnerabilidade se torna mais necessária, haja vista a dificuldade de se provar que uma criança ou adolescente optou por realizar o ato sexual tão somente porque estava sendo enganada ou ludibriada.

Mas como conferir essa abertura de percepção da vulnerabilidade diante de um tipo penal que taxativamente impõe a idade de quatorze anos como marco da idade de consentimento?

75. RASSI, João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. *RBCCrim* 92/69-70, set.-out. 2011.

76. GRECO Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a...*, cit, p. 10.

Mesmo que haja decisões no sentido de se considerar a presunção de violência do estupro de menores de catorze anos, nos termos da antiga lei, como uma presunção passível de prova em contrário, este entendimento não poderia ser automaticamente transportado para o contexto do estupro de vulnerável. Primeiro porque a presunção contida no art. 217-A do CP é concernente à vulnerabilidade da suposta vítima, e não à violência do agente. Segundo, devido ao fato de a redação do art. 217-A, *caput*, não abrir possibilidade alguma de consideração de uma prova em contrário, que demonstre a inexistência de vulnerabilidade. Ao definir esta forma de estupro como "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos", o mencionado artigo, ainda que tenha sido redigido com base na presunção de vulnerabilidade, é taxativo ao tipificar o crime como qualquer conduta sexual cometida com um menor de catorze anos, havendo, portanto, pouco espaço de intepretação para se alegar a relatividade da presunção.

Neste sentido se deu a decisão proferida pela terceira seção do STJ em recurso especial no rito de recurso repetitivo, em agosto de 2015, após seis anos de disputa entre o argumento da impossibilidade de se admitir uma presunção de vulnerabilidade estática devido às particularidades sociológicas, psicológicas e biológicas de cada adolescente e o da taxatividade explícita existente na redação do art. 217-A.

No REsp 1.480.881/PI (rel. Min. Rogério Schietti Cruz, *DJ* 26.08.2015), diante do questionamento acerca da prática de atos sexuais com menor de quatorze anos com o qual o agente possuía relacionamento amoroso, decidiu a terceira seção, por unanimidade, determinar que "o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime [previsto no art. 217-A, *caput*, do CP]."

A título de fundamentação, alegou-se que "[a] modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar".[77]

77. BRASIL. STJ. REsp 1.480.881/PI, 3.ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, *DJ* 26.08.2015, *DJe* 10.09.2015.

Conforme já analisamos em pontos anteriores, desconsiderar a evolução moral dos costumes sociais e o grau de desenvolvimento da maturidade sexual, ao invés de proteger os adolescentes, acaba criando a possibilidade de violar um bem jurídico que também a eles pertence: a liberdade sexual. A restrição completa de atos sexuais envolvendo adolescentes menores de catorze anos impede o desenvolvimento saudável daqueles que já detêm capacidade de se iniciar sexualmente, pois a criminalização do ato do parceiro também repercute negativamente na vida do adolescente, que se verá proibido de decidir sobre o próprio corpo e vivenciará a responsabilização criminal daquele com o qual praticou atos sexuais consentidos. Ignorar a especificidade do concreto ao se analisar a vulnerabilidade do adolescente acarreta o comprometimento do que Díez Ripollés denomina "autorrealização pessoal", considerando que a sexualidade é uma área vital na qual seria especialmente reconhecível uma grande contribuição do indivíduo quanto ao significado de sua própria existência.[78]

Tal situação ocorre não apenas no âmbito do crime como, também, no ato infracional análogo ao estupro de vulnerável. Diante da presunção absoluta e inflexível, basta que, em um casal de adolescentes, um dos parceiros sexuais seja menor de catorze anos para que a vida do outro seja profundamente modificada pela estigmatização que também o ato infracional e a medida socioeducativa carregam, quando a situação, na verdade, pode se tratar apenas de duas pessoas em desenvolvimento buscando, juntas, o caminho para a maturidade sexual.

Todavia, no que concerne à intepretação legislativa, é compreensível a dificuldade de se admitir a relatividade da presunção de violência quando a própria lei estipula com tanta clareza idade específica para a presunção de violência. O que se poderia alegar, no caso, é a falta de lesividade do bem jurídico, nos casos em que o adolescente possui capacidade de consentimento. Mesmo que o bem jurídico do tipo penal analisado seja a vulnerabilidade ou a dignidade sexual da criança e do adolescente (e não a autodeterminação sexual, como já defendido acima), a prova da capacidade do consentimento demonstraria que a ação descrita no art. 217-A, no caso específico, não lesaria bem jurídico algum, razão pela qual não deve se conformar como crime.

Embora este argumento seja forte, sobretudo devido ao imprescindível princípio da lesividade, é inadequado deixar que toda situação em que haja um adolescente entre 12 e 14 anos com capacidade de consentimento seja juridicamente resolvida desta forma. Não por qualquer fragilidade no princípio da lesividade, mas devido à tradição jurídica brasileira no que concerne às decisões judiciais, no qual não há

78. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal ante el sexo*. Barcelona: Bosch, 1981. p. 221-222.

hierarquia de provas e ao juiz é permitido convencer-se livremente, desde que fundamentadamente. Apesar de os mencionados princípios processuais penais serem indispensáveis ao modelo processual penal brasileiro, um de seus efeitos primários é a possibilidade de o juiz decidir de acordo com suas convicções morais, históricas ou religiosas, e posteriormente buscar uma fundamentação.

Diante da capacidade de consentimento do adolescente, o juiz pode ignorar qualquer análise psicológica feita com a suposta vítima, bem como anular suas declarações, por considerar que não é "adequado" um indivíduo entre 12 e 14 anos praticar relações sexuais (mesmo sendo este indivíduo capaz de ser responsabilizado pela prática de atos infracionais, que também requerem capacidade de decisão). Submeter a proteção à liberdade sexual do adolescente que já é capaz de consentir tão somente à análise do juiz, no que se refere ao princípio da lesividade, seria, portanto, insuficiente e demasiadamente arriscado.

Devido a isto, parece-nos razoável que, além da indispensável análise acerca da lesividade do bem jurídico protegido pelo art. 217-A, haja efetivamente a modificação legislativa para adaptação do tipo penal aqui estudado à realidade brasileira. Algumas exceções à presunção vulnerabilidade já previamente determinadas por lei, tais como a chamada *close-in-age exception*,[79] evitariam que adolescentes fossem submetidos a medidas socioeducativas tão-somente por expressarem sua curiosidade e desejo sexuais com pessoas de idade próxima.[80] Ao proteger a liberdade sexual do menor de 14 anos, o Estado não tem como objetivo evitar que tais menores cometam ato libidinoso entre si, mas pretende proteger estes de pessoas que possam se aproveitar deles, abusando de sua vulnerabilidade, de sua incapacidade de completa compreensão diante das situações. Como já discutindo, não havendo vulnerabilidade, não há crime, e tal situação é especialmente frequente em casos nos quais o ato sexual é praticado entre indivíduos de idade próxima.

79. Assim como nos países que já adotam este critério, a *close in age exception* somente deveria ser verificada entre adolescentes, não sendo aplicáveis para crianças, uma vez que estas requerem, pela maior vulnerabilidade, maior proteção estatal.

80. É relativamente comum a responsabilização de adolescentes pelo ato infracional análogo ao art. 217-A, mesmo quando ambos os envolvidos possuem menos de catorze anos (o que implicaria a figura absurda do estupro mútuo), ou quando um dos indivíduos possui catorze ou um pouco mais e o ato sexual é feito em ambiente de clara paridade de condições entre os dois indivíduos, como ocorre entre parceiros sexuais de treze e quinze anos. O caso concreto que motivou o surgimento desta pesquisa, inclusive, refere-se a três indivíduos que praticavam, sem violência, atos sexuais lúdicos em uma piscina. Dois deles, um de treze e um de quinze anos, foram representados pela prática de ato infracional análogo ao 217-A, contra o terceiro, também de treze anos.

Outra medida interessante seria a constatação, em lei, da presunção relativa de vulnerabilidade, deixando ao juiz a possibilidade de absolver caso fosse provado que a suposta vítima tinha capacidade de autodeterminar-se sexualmente. Para isto, seria necessária uma reforma em todo o *caput* do art. 217-A, a fim de que ficasse clara a inexistência da responsabilização objetiva na prática sexual com menores de catorze anos (e maiores de doze).

Apesar de não serem as crianças o objeto do presente estudo, é importante ressaltar que a elas é completamente compreensível a presunção de vulnerabilidade tal como é vista hoje. A criança não só é destituída da capacidade cognitiva para realizar conscientemente atos sexuais, como também carece de proteção especial estatal, razão pela qual as mudanças aqui analisadas não se aplicam a elas. Também não se aplicam aos atos sexuais nos quais há algum tipo de contraprestação envolvida, pois o consentimento, nesses casos, não depende apenas do amadurecimento sexual, psicológico e cognitivo do adolescente, mas é subordinado, também, a inúmeras variantes sociais.

6. CONCLUSÃO

A principal conclusão retirada desta pesquisa se refere não à definição concreta da idade de consentimento, mas à dificuldade de defini-la sem deixar de proteger aqueles que não possuem capacidade de consentimento formada ou sem violar a liberdade sexual daqueles que a possuem.

Diante dos resultados encontrados no presente estudo, vemo-nos diante da impossibilidade de se abandonar o conceito de idade de consentimento. É preciso, contudo, analisar com maior precisão a lesividade das condutas que se encaixam no tipo penal do art. 217-A, a fim de que se verifique a autodeterminação sexual (ou mesmo a vulnerabilidade) foram violadas.

A análise da lesividade da conduta não pode, como demonstrado, ser influenciada por valorações morais e religiosas. Caso não haja lesão (ou seja, quando for possível provar que o adolescente detinha capacidade para decidir consentir com o ato sexual), não há por que falar-se em crime, respeitando-se assim, o princípio da lesividade.

Dentre os mecanismos de definição estudados, destaca-se o *close-in-age-exception*, que poderia ser utilizado no Brasil em complemento ao critério objetivo estipulado nos catorze anos. Tal mecanismo, se inserido no contexto legislativo, auxiliaria a proteção da liberdade sexual do adolescente sem deixar de tutelar sua autodeterminação sexual, protegendo os menores de catorze anos mais vulneráveis que seus parceiros (na medida em que continua sendo possível a aplicação do estupro por violência, grave ameaça ou fraude). Essencial, no entanto, é atentar para a imprescindibilidade de análise do bem jurídico protegido em cada caso concreto, a fim de se verificar se de fato houve lesividade e, não havendo, concluir-se pela impossibilidade de configuração do estupro de vulnerável.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFGHAN. *Afghanistan Penal Code*. Disponível em: [www.aceproject.org/ero-en/regions/asia/AF/Penal%20Code%20Eng.pdf/view]. Acesso em: 11.10.2013.

ALBERASTURY, Arminda. *Adolescência Normal: um enfoque psicanalítico*. Trad. Suzana Maria Garogaray Balvé. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

ALBANIA. *Criminal Code of Republic of Albania* Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/5164/file/Albania_CC_am2013_en.pdf]. Acesso em: 23.10.2013.

ARMONE, Jacqueline M. Adolescents May Be Older Than We Think: Today 25 Is the New 18, or Is It? *International Journal of Celiac Disease*, vol. 2, 2014, p. 47-48.

AZERBAIJAN. *Criminal Code of the Azerbaijan Republic*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/1658/file/4b3ff87c005675cfd74058077132.htm/preview]. Acesso em: 21.09.2013.

BAHAMAS, *Statute Law of the Bahamas – Sexual Offences and Domestic Violence Act*, chapter 99. Disponível em: [http://laws.bahamas.gov.bs/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/1991/1991-0009/SexualOffencesandDomesticViolenceAct_1.pdf]. Acesso em: 03.06.2014.

BERTOL, Carolina Esmanhoto; SOUZA, Mériti de. Transgressões e adolescência: individualismo, autonomia e representações identitárias. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília , vol. 30, n. 4, dez. 2010. Disponível em: [www.pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932010000400012&lng=pt&nrm=iso]. Acesso em: 14.06.2014.

BOCK, Ana Mercês Maria. A adolescência como construção social: estudo sobre livros destinados a pais e educadores. *Revista Semestral da Associação Brasileira de Psicologia Escolar e Educacional (Abrapee)*, vol. 11, n.1, p. 63-76, jan.-jun. 2007.

BORGES, Ana Luiza Vilela; SCHOR, Néia. Início da vida sexual na adolescência e relações de gênero: um estudo transversal em São Paulo, Brasil. *Cad Saúde Pública* 2005, p. 499-507.

BRASIL. *Código Penal*. Dec.-lei 2.848 de 07.12.1940.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.069 de 13.07.1990.

_____. STJ, 5.ª T., AgRg no REsp 483.793/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, *DJe* 13.05.2014.

_____. STJ, 6.ª T., REsp 1.189.374/MS, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 01.02.2011.

_____. STJ, 6.ª T., AgRg no REsp 1.214.407/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 28.09.2011.

_____. STJ, 5.ª T. REsp 1.021.634/SP, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 04.10.2010.

_____. Ministério da Saúde. *Programa Saúde do Adolescente – bases programáticas*. 2. ed. Brasília; Ministério da Saúde, 1996. Disponível em: [www.bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd03_05.pdf]. Acesso em 21.05.2014.

_____. Ministério da Saúde. *Comportamento sexual e percepções da população brasileira sobre HIV/Aids*. Brasília: Coordenação nacional de DST e Aids, 2000. Disponível em: [www.aids.gov.br/publicacao/comportamento-sexual-da-populacao-brasileira-e-percepcoes-do-hivaids]. Acesso em: 01.06.2014.

_____. STJ. 3.ª T., REsp 1.480.881/PI, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 26.08.2015, *DJe* 10.09.2015.

CAMARANO, Ana Amélia et al. Caminhos para a vida adulta: a múltipla trajetória dos jovens brasileiros. *Última Década*, n. 21, Valparaíso, dez. 2004, p. 11-50. Disponível em: [www.scielo.cl/pdf/udecada/v12n21/art02.pdf]. Acesso em: 30.05.2014.

CANADA. *Criminal Code*. Government of Canada. Disponível em: [www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-72.html] Acesso em: 25.05.2014.

CHILE. *Código Penal del Chile*. Disponível em: [www.leychile.cl/N?i=1984&f=2010-12-18&p]. Acesso em: 08.10.2013.

CUNHA, A.G. *Índice do vocabulário do português medieval*. Fundação Casa de Rui Barbosa. v. 1 [A] Rio de Janeiro, 1986. Apud: HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua...* cit, p. 89.

DEUTSCHLAND. *Strafgesetsbuch*. Disponível em: [http://dejure.org/gesetze/StGB.html]. Acesso em: 15.10.2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manoel Costa. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal ante el sexo*. Barcelona: Bosch, 1981.

EL SALVADOR. *Código Penal de El Salvador*. Dec. 1030. Disponível em: [www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_El_Salvador.pdf]. Acesso em: 11.10.2013.

ENGLAND. *Code of England and Wales*. Section 94. Disponível em: [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235826/0299.pdf]. Acesso em: 11.10.2013.

ERIKSON, Erik H. *Infância e sociedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

EYSENSTEIN, Evelyn. Adolescência: definições, conceitos e critérios. *Adolescência e saúde*. vol. 2, n. 2, p. 6-7 jun. 2005.

ESPANHA. *Criminal Code of the Kongdom of Spain*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/5160/file/Spain_Criminal_Code_Codigo_Penal.pdf]. Acesso em: 13.12.2013.

FERRAJOLI. *Derecho y razón – Teoria del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

FERRAZ, Elisabeth Anhel et al. Iniciação sexual de jovens: análise de variáveis a partir de gênero. Trabalho apresentado no *XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, ABEP. set. 2006. Disponível em: [www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_561.pdf]. Acesso em: 01.06.2014.

FRANCE. *Code Pénal*. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr]. Acesso em: 12.06.2014.

FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas. Ensaios XCVIII ao CCIII*. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

GLOBAL RESOURCE AND INFORMATION DIRECTORY (GRID). *Chad- Country Profiles*. Family online Safety Institute. Disponível em: [www.fosigrid.org/africa/chad]. Acesso em: 22.06.2014.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRID – Global Resource and Information Directory. *Chad- Country Profiles*. Family online Safety Institute. Disponível em: [www.fosigrid.org/africa/chad]. Acesso em 22.06.2014.

GROSS, Francis L. *Introducing Erik Erikson: An invitation to his thinking*. Lanham, MD: University Press of America, 1987.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia. Objetiva: Rio de Janeiro, 2008.

INHELDER, Bärbel; PIAGET, Jean. *Da lógica da criança a lógica da adolescente: ensaio sobre a construção das estruturas operatórias formais*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1976.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Indicadores sociais. Crianças e adolescentes*. IBGE, 1997. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/criancas_adolescentes/defaulttab.shtm]. Acesso em: 21.05.2014.

IRAN. *Islamic Penal Code of Iran*. trad. por Mission for Establishment of Human Rights in Iran (MEHR IRAN). Disponível em: [www.mehr.org/Islamic_Penal_Code_of_Iran.pdf]. Acesso em: 12.10.2013.

ITALIA. *Codice Penale Italiano*. Disponível em [www.isd.olografix.org/faq/cod_pen.htm#querela]. Acesso em: 22.05.2014.

JAPUR, Ana Carolina *et al*. Puberdade precoce: a experiência de um ambulatório de Ginecologia Infanto-Puberal. *Rev. Bras. Ginecol Obstet*, vol. 29, n. 2, p. 96-102, 2007, Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbgo/v29n2/07.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.

JORDAN. *Jordanian Penal Code n. 16 of 1960*. Disponível em: [www.corpus.learningpartnership.org]. Acesso em: 23.08.2013.

KAZAQUISTAN. *Criminal Code of the Republic of Kazaquistan. Law n. 197 from 16 July 1997*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/1681/file/ca1cfb8a67f8a1c2ffe8de6554a3.htm/preview]. Acesso em: 11.10.2013.

KRÜGER, Helmut. *Introdução à psicologia social*. Temas Básicos de Psicologia, vol. 12. São Paulo: EPU, 1986.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003.

MALTA, Deborah Carvalho *et al*. Saúde sexual dos adolescentes segundo a Pesquisa Nacional de Saúde dos Escolares. *ver. Bras Epidemiol*, vol. 14, n. 1, p. 147-56, 2011. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbepid/v14s1/a15v14s1.pdf]. Acesso em: 01.06.2014.

MOÇAMBIQUE. *Código Penal*. Disponível em: [www.portaldogoverno.gov.mz/Legisla/legisSectores/judiciaria/codigo_penal.pdf]. Acesso em: 14.10.2013.

OLIVEIRA, Miguel, PAIS, Lúcia G. *Tomada de decisão na adolescência: do conflito à prudência*, In: FONSECA, Antônio Castro (Ed). *Crianças e Adolescentes: Uma Abordagem Multidisciplinar*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 419-476.

OMAN. *Omani Penal Code*. trad. Unodc – United Nations Office on Drug and Crime. Disponível em: [www.unodc.org/tldb/showDocument.do?documentUid=6409&]. Acesso em: 24.06.2014.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PARAGUAY. *Código Penal de Paraguay*. Disponível em: [www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf]. Acesso em: 11.10.2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. 1. 23. ed, rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERU. *Código Penal del Peru*. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf]. Acesso em: 12.03.2014.

QATAR. *Law n. 11 of 2004 – Penal Code*. Disponível em: [portal.www.gov.qa]. Acesso em 12.12.2013.

RAPPAPORT, C. R. Psicologia do desenvolvimento: A idade escolar e a adolescência (v. 4). São Paulo: E.P.U, 1982. Apud: SCHOEN- FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos, Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, Abr-Jun 2010, vol. 26, n. 2, p. 231.

RASSI, João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 92, p. 61-93. set.-out. 2011.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. Munique: Editora C.H. Beck, 2006.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. *Código Penal*. Aprovado pela Lei 6/2012. Disponível em: [www.rjcplp.org/sections/informacao/anexos/legislacao-sao-tome-e2539/codigos-e-estatutos-sao2859/codigo-penal-sao-tome-e/downloadFile/file/Codigo_Penal.pdf?nocache=1365762644.85]. Acesso em: 17.10.2013.

SCHOEN-FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos*, Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, abr.-jun. 2010, vol. 26, n. 2, p. 227-234.

SCHWEIZ. *Schweizerisches Strafgesetsbuch*. Disponível em: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html]. Acesso em: 23.05.2014.

SENNA, Sylvia Regina Carmo Magalhães, DESSEN, Maria Auxiliadora. Contribuições das Teorias do Desenvolvimento Humano. *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, jan.-mar. 2012, vol. 28 n. 1, p. 101-108.

SERRA, E. Adolescência: perspectiva evolutiva. Anais do VII Congreso Infad. Espanha: Oviedo, 1997, p. 24-28 . Apud SCHOEN- FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos*, Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, abr.-jun. 2010, vol. 26 n. 2, p. 231.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. 1. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SRI LANKA. *Penal Code of Sri Lanka*. Disponível em: [www1.umn.edu/humanrts/research/srilanka/statutes/Penal_Code.pdf]. Acesso em: 11.10.2013.

STEINBERG, L. Risk-taking in adolescence: New perspectives from brain and behavioral science. *Current Directions in Psychological Science*, vol. 16, 2007, p. 58, apud OLIVEIRA, Miguel, PAIS, Lúcia G. *Tomada de decisão na adolescência: do*

conflito à prudência, In: FONSECA, Antônio Castro (Ed). *Crianças e Adolescentes: Uma Abordagem Multidisciplinar*. Coimbra: Almedina, 2010.

TURKEY. *Criminal Code of the Republic of Turkey*. Disponível em: [www.legislationline.org/documents/action/popup/id/6872/preview]. Acesso em: 11.10.2013.

UKRAINE. *Criminal Code of Ukraine*. Disponível em: <www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16257/preview> Acesso em 12.12.2013.

UNICEF, *Situação mundial da infância em 2011: adolescência- uma fase de oportunidades*. Nova Iorque: UNICEF, 2011. Disponível em [www.unicef.org/brazil/pt/br_sowcr11web.pdf]. Acesso em: 09.02.2014, p. 11.

UNITED KINGDOM. *Sexual Offences Act 2003*. Disponível em [www.legislation.gov.uk/ukpga/2003]. Acesso em: 13.08.2013.

UNITED STATES. *Counter reports on Human Rights Practices 2011 – Democratic Republic of the Congo*. United States Department of State. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor.: 2011, p. 37. Disponível em: [www.state.gov/documents/organization/186395.pdf]. Acesso em: 13.08.2013.

URUGUAI. *Código Penal Uruguayo*. Disponível em [www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/l2t10.htm]. Acesso em: 23.01.2014.

UZBEKISTAN. *Criminal Code of the Republic of Uzbekistan*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/1712/file/a45cbf3cc66c17f04420786aa164.htm/preview]. Acesso em: 15.06.2014.

VENEZUELA. *Código Penal de Venezuela*. Disponível em: [www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf]. Acesso em: 09.10.2014.

VIANNA,Túlio. *Um Outro Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

WALLIS, Lucy. A adolescência acaba aos 25 anos? *BBC News 28.9.2013*. Disponível em: [www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/09/130925_adolescencia_termina_25anos_an.shtml]. Acesso em: 10.06.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Estatuto da criança e do adolescente – Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente – Descaracterização – Agente que fotografa, consensualmente, adolescente em cenas de sexo explícito – Vítima com compleição física avantajada, compatível com pessoa adulta, que sustenta a alegação de erro de tipo – Inteligência do art. 241, *caput*, da Lei 8.069/1990, de Paulo Rossi – *RT* 917/477-494 (DTR\2012\2338);
- O reconhecimento dos direitos sexuais de crianças e adolescentes e novos valores: liberdade e dignidade sexual, de Hélia Maria Amorim Santos Barbosa – *RDIJ* 2/31-56 (DTR\2013\12546); e
- Pedofilia nas redes sociais, de David Augusto Fernandes – *RT* 928/255-280 (DTR\2013\436).

O PERIGO DA IMPRÓPRIA UNIVERSALIZAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL

THE DANGER OF INAPPROPRIATE UNIVERSALIZATION OF CRIMINAL DOGMATIC

BRUNO CORTEZ TORRES CASTELO BRANCO

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (Uespi). Advogado.
brcortez@gmail.com

DAVID DE PAIVA COSTA TANGERINO

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Professor Adjunto do Curso de Graduação e do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
davi.tangerino@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O artigo aborda, para além da arquitetura jurídica, os alicerces filosóficos e as implicações sociológicas dos conceitos de pessoa e de indivíduo traçados por Günther Jakobs. Conquanto seja possível identificar a adoção por ele de algumas categorias da teoria sistêmica estruturada por Niklas Luhmann, essa influência é apenas parcial e em boa parte matizada pela marcante presença do pensamento de Hegel e sua ideia de autoconsciência. A exigência de uma segurança cognitiva normativamente orientada ("juridicidade" ou "*rechtlichkeit*" no alemão) por parte do sujeito como condição para torná-lo pessoa no interior do sistema social é um dos pontos centrais que se passa a discutir, bem como os sérios riscos decorrentes da pretensão de universalidade almejada pela dogmática do direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática Penal – Funcionalismo sistêmico – Inimigo – Pessoa.

ABSTRACT: The following article discusses, in addition to the legal architecture, the philosophical foundations and the sociological implications of the concepts of person and individual built by Günther Jakobs. While it is possible to identify the adoption by him of some categories of systemic theory structured by Niklas Luhmann, this influence is only partial and largely overshadowed by strong presence of Hegel's thought and his idea of self-awareness. The requirement of a normatively oriented cognitive security ("legality" or "*rechtlichkeit*" in German) by the subject as a condition to make it person within the social system is one of the central points that goes on to discuss, as well as the serious risks arising from the claim of universality desired by dogmatic criminal law.

KEYWORDS: Criminal dogmatic – Systemic functionalism – Enemy – Person.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Preliminares acerca da teoria sistêmica da sociedade – 3. A dogmática do perigo de Jakobs: 3.1 A justificação da dor; 3.2 A função da pena; 3.3 Apoio cognitivo e expectativas normativas; 3.4 Inclusão e exclusão; 3.5 Alguns limites à guerra contra o inimigo – 4. Debilidades de uma teoria alienígena: 4.1 Unidade epistêmica e cegueira estrutural; 4.2 A ilegítima distinção entre pessoa e indivíduo; 4.3 A precariedade da inclusão; 4.4 Miseráveis e indesejáveis; 4.5 O estranho na(da) história; 4.6. O risco da (in)segurança; 4.7 O efeito pela causa; 4.8 O isolamento da política criminal; 4.9 Ambiente e ausência de apoio cognitivo; 4.10 Um modelo meramente descritivo? – 5. A necessária fundamentação criminológica da dogmática penal.

BRANCO, Bruno Cortez Torres Castelo; TANGERINO, David de Paiva Costa. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 55-92. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

1. INTRODUÇÃO

Günther Jakobs, malgrado geralmente associado a Niklas Luhmann, nega que a teoria dos sistemas, assim como por este formulada, tenha muita relevância para a sua compreensão do direito penal.[1] Por outro lado, apela frequentemente a Hegel, para quem penas mais leves seriam o reflexo de uma sociedade que se sente segura de si mesma e o ato criminoso se dirigiria, pois, não a outro alguém do povo, mas à própria estrutura social, ao direito, ao princípio da juridicidade (*Rechtlichkeit*).

Antes de se adentrar propriamente na elaboração dogmático-penal de Jakobs, faz-se mister a pré-compreensão dos pilares sociológicos e filosóficos sobre os quais ela se assenta. Polaino Navarrete assevera que, além da dimensão tridimensional habitualmente atribuída ao direito (fato social, valor e norma), deve-se incorporar outros fatores para aproximar-se de sua compreensão conceitual – como o tempo, que dinamiza, articula e dá coesão ao conhecimento jurídico ao longo da história, e o conceito de pessoa.[2] Esse último elemento levanta importantes indagações – a posição da pessoa frente ao direito é principal ou acessória? As características subjetivas da pessoa influenciam na definição do direito penal? Haveria, pois, um entranhamento entre o conceito de *pessoa* e os de *norma* e *sociedade* – fundamentais ao sistema penal funcionalista de Jakobs e que, por sua vez, têm como *ponto de partida* a teoria sistêmica de Luhmann, mas sem acreditá-la como um todo.

2. PRELIMINARES ACERCA DA TEORIA SISTÊMICA DA SOCIEDADE

Denominada ainda "estruturalismo funcional" ou "construtivismo", a sociedade é compreendida por Luhmann como um sistema estruturalmente complexo integrado por vários subsistemas que se inter-relacionam, mas que têm uma dimensão própria de acordo com a variedade dos níveis de referência do sistema de modo que as relações abstratamente possíveis entre os elementos de um sistema tendem a se elevarem quando surgem novos elementos. Ela importa recursos teóricos de outras áreas (da teoria dos sistemas, da teoria da comunicação e da teoria da evolução) para promover uma revolução paradigmática dos conceitos classicamente adotados pela sociologia (como razão, finalidade, sujeito, ação) – que já não abarcariam a complexidade da sociedade de hoje – e escapar da epistemológica contraposição

1. JAKOBS, Günther *apud* MIZRAHI, Esteban. *Los pressupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo: conversaciones con Günther Jakobs*. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza, 2012. p. 39.
2. NAVARRETE, Miguel Polaino. Dimensiones básicas del funcionalismo jurídico-penal: algunas consideraciones críticas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 26, n. 79, 2005. p. 56.

entre ciências da natureza e ciências humanas, bem como entre objetos que se expressam na forma de leis e outros na forma de textos (hermenêutica).[3]

Parte da existência de três classes de sistemas – sistemas vivos, sistemas psíquicos e sistemas sociais – cujas nuances jazem no modo de autorreprodução (autopoiese) de cada um. Enquanto os seres vivos operam a partir da própria vida, os sistemas psíquicos o fazem através da consciência e os sistemas sociais por meio da comunicação – que transmite sentidos. Não há, porém, uma irrestrita separação entre eles, que se interrelacionam mediante um "acoplamento estrutural" ou "interpenetração", pois a comunicação não seria possível se o sistema psíquico estivesse redondamente apartado do sistema social.

A diferença de classe de relação entre os elementos de um sistema repousa no conceito de "comunicação", que circunscreve os limites entre o que está no "sistema" e o que se situa em seu "entorno". Essa imprescindível distinção permeia qualquer análise sistêmica, pois somente no âmbito do sistema se produzem comunicações socialmente relevantes – todo o resto fica no entorno. Há, contudo, aqui também, um entrelaçamento entre ambos, uma vez que a unidade do entorno só se perfaz através do sistema e apenas na relação com o sistema.[4]

Luhmann importou da Biologia o conceito de "autopoiese", que lá significa a capacidade de as próprias células se autorreproduzirem e, assim, gerirem elas mesmas o seu meio de vida. Aplicando-a a sociedade, implica que o sistema social (como o Direito) tem autossuficiência para configurar sua própria estrutura e criar os elementos que o integram, operando, assim, intrassistematicamente – as regras jurídicas teriam por referência, destarte, apenas o sistema jurídico do qual fazem parte. Nessa perspectiva, a análise do direito requer entendê-lo como um sistema que operacionaliza sua diferenciação com o entorno. É o código jurídico a referência interna quanto ao que é ou não Direito a partir do binômio legal/ilegal – que, no entanto, não pode ele mesmo ser julgado como legal ou ilegal. Sendo um sistema jurídico operacionalmente fechado, há uma autonomia comunicativa que lhe é própria, de modo que as questões sociais se acomodam em seu entorno e, por isso, não podem ser diretamente problematizadas no seu interior.[5]

Na medida em que a norma é, para a teoria do direito, um conceito fundamental irrenunciável que prescreve o "dever-ser", um fato só se torna fato jurídico quando está de acordo com alguma norma. Da autopoiese, enquanto reprodução cega do

3. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 40.
4. NAVARRETE, op. cit, p. 62.
5. SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 33.

sistema, decorre que a produção do direito, num primeiro nível, também se daria cegamente, sem qualquer finalidade. É num segundo nível, o do observador, que se torna possível falar acerca das operações – interna ou externa ao sistema, como o são as realizadas por juristas e sociólogos, respectivamente.[6]

A comunicação, enquanto expressão dotada de relevância comunicativa, é um requisito indispensável para a existência de qualquer sociedade, pois exige que alguém partilhe uma informação com um interlocutor, que por sua vez compreende a mensagem – uma síntese, portanto, de três elementos: participação, informação e compreensão. Mas não é o homem quem pode comunicar, pois *só a comunicação comunica*, de modo que não há comunicação de consciência a consciência e tampouco entre indivíduo e sociedade. É preciso ter isso em mente para entender a afirmação do sociólogo alemão de que a Sociedade é composta por comunicadores – e não por indivíduo ou seres humanos.[7]

O conceito de pessoa é quem personaliza as outras quatro dimensões do Direito (sociedade, norma, valor e tempo). Ser pessoa é, nas linhas de Hegel, respeitar a todos os demais também como pessoa. Jakobs compartilha dessa concepção, cimentando-a como autorreferente, autopoiética e funcional – pessoa é quem deve cumprir uma tarefa no interior de um grupo social a partir de um esquema alicerçado no dever e no respeito à liberdade, de modo que uma pessoa não deve ser lesionada por ninguém, assim como não tem a faculdade de lesionar a outrem. O cerne do problema que se levanta é, então, acerca da natureza do conceito de pessoa – se uma construção jurídica (é pessoa quem o Direito assim define como seu destinatário e suscetível de responsabilização) ou um dado que lhe é precedente –, que por sua vez se diferencia do conceito de indivíduo – o ser humano em estado de natureza que, confundindo-se com o próprio meio ambiente, é incapaz de comunicação social, e do qual não se pode esperar um atitude de fidelidade ao direito porque não exerce um papel de cidadão a exigir tal expectativa.[8]

As contribuições de Luhmann à formulação da teoria normativo-funcionalista seriam, contudo, apenas parciais, pois ainda que Jakobs se valha de categorias já empregadas pela teoria sistêmica, estas não foram construídas unicamente por Luhmann. Outros pensadores de peso, como Hegel e Kant, também têm considerável relevância e são constantemente citados por Jakobs. Mesmo a finalidade da pena como prevenção geral positiva, que demonstraria peremptoriamente a

6. Idem, p. 35.
7. NAVARRETE, op. cit., p. 64.
8. Idem, p. 70.

influência de Luhmann, é, como lembra Navarrete, bastante questionável, pois a filosofia do direito hegeliana já advogava essa concepção.[9]

3. A DOGMÁTICA DO PERIGO DE JAKOBS

3.1. A justificação da dor

A pena, numa interpretação comunicativa, seria a resposta a um ilícito e se consubstanciaria em dor – para os Iluministas, porque seria um meio para reduzir a motivação delitiva; para Kant, como merecida compensação pelo ato maldoso; para Feuerbach, a simbiose de ambos; para Hegel, também um elemento simbólico que expressa a contradição operada pelo ordenamento jurídico ante a negação praticada pelo autor, reafirmando-se a estrutura da sociedade. Que a sociedade seja comunicação não implicaria, porém, que apenas possa haver comunicação sobre a comunicação – a dor seria, nesse sentido, uma comunicação sobre coisas silenciosas, pois ainda que o indivíduo não possa se insurgir contra ela, o diálogo estaria no fato de o Estado aplicar uma norma que o outro sabia ou deveria saber previamente.[10]

Antes de se indagar sobre a medida adequada da pena no caso concreto, faz-se necessário responder quando se pode falar da realidade do direito. Para os jusnaturalistas, assim como para Feuerbach, o direito é real quando não se cometem delitos – noção que se prende ao comportamento dos autores potenciais, olvidando outra preocupação central. Ocorre que há uma oposição irreconciliável entre liberdade e garantia de segurança absoluta, posto que para tanto seria preciso recorrer a um Estado totalitário que a todos vigiasse – ceifando, pois, qualquer mínimo resquício de liberdade.

A questão que se colocaria seria outra: a juridicidade (*Rechlichkeit*), pois o Direito, enquanto for o esquema de orientação dirigente para a prevenção do injusto ou para a reação frente a ele, continua em vigor ainda que ocorra uma conduta antijurídica. A sua vigência apenas seria corroída caso o Estado se mantivesse inerte, não se importasse com a tendência lesiva – noutros termos: não contra-atacasse. Além de orientar os potenciais autores, o direito também deveria fazer o mesmo em relação às potenciais vítimas, pois numa sociedade em que nenhuma pessoa possa se mover livremente por medo da delinquência, o direito à liberdade de locomoção não seria real. A certeza normativa de que seja mínima a probabilidade de que alguém no regular exercício de um seu direito torne-se vítima de um delito deve, por

9. Idem, p. 67.

10. JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. p. 35. Disponível em: [www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/pena_estatal.doc]. Acesso em: 19.10.2014.

sua vez, ter suporte cognitivo – uma pessoa que decide fazer caminhada num parque público assim o decidiu acreditando que factualmente não será assaltada ou morta, por exemplo.[11]

Ter consciência de um direito não seria o suficiente para o uso dos direitos se não houver, ademais, uma confiança concreta de que não se produzirão perdas nos interesses do agente. É por esse motivo que a contradição da negação da vigência da norma efetuada pelo delito se daria por meio da dor, pois esta serviria justamente para a salvaguarda cognitiva da vigência da norma. Após ter praticado um delito, o seu autor deve não apenas ser denominado delinquente – não basta a sua identificação –, como também ser "tratado" como delinquente – é preciso que seja "eliminado enquanto destinatário da comunicação de modo mais ou menos completo e por tempo mais ou menos longo" – de modo a manter a força reitora do direito.[12]

A legitimação da dor infligida ao autor residiria, pois, na imputação da responsabilidade por se colocar a norma em perigo, mas só faria sentido falar em manutenção da norma se a pena cativasse a fidelidade por medo ou por convicção. Ocorre que, quando a pena é aplicada não em função de um delito praticado, mas a indivíduos que de *per se* apresentam tendências a delinquir, a dor seria utilizada para eliminar riscos pelos quais o autor não haverá de responder. Neste caso, para além da reparação, o autor seria um instrumento de política social.[13]

3.2. A função da pena

Em Hegel, pessoa é o sujeito da vontade livre, é dizer, o sujeito de direito abstrato alçado a categoria primeira. Não se assenta, portanto, no homem concreto, social e historicamente situado, que é apenas a "máscara" pela qual o sujeito figura no direito – que tem uma natureza intrinsecamente formal que corresponde ao que se deduz da pessoa como conjunto de relações compostas entre essas "máscaras". Daí o seu imperativo jurídico segundo o qual ser uma pessoa é respeitar os outros enquanto pessoas de forma inviolável. Conforme esclarece Kashiura Júnior, Hegel provoca uma ruptura com o pensamento de Kant ao escorar que "o direito é forma, que a forma direito é determinada pela forma sujeito de direito e que a forma sujeito de direito é necessariamente universal".[14]

11. Idem, p. 40.
12. Idem, p. 42.
13. Idem, p. 45.
14. KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Sujeito de direito e capitalismo*. 2012. 177 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2012. p. 60.

Ao direito penal, segundo Jakobs, não competiria precipuamente a prevenção de delitos – de tal tarefa se incumbiria a polícia –, mas a reação frente ao delito a fim de se manter, como atitude natural da maioria das pessoas, a fidelidade ao ordenamento jurídico. Por conseguinte, os indivíduos que têm "tendência" a cometer delitos não são os únicos destinatários da pena: a grande parcela de pessoas que são devotas do ordenamento também, para que conservem tal fidelidade e confiança na norma.[15]

Resplandece, pois, o ideal de prevenção geral positiva na medida em que a intenção não é promover a intimidação supraindividual, mas, como já sublinhado, a manutenção da norma como esquema de orientação – isto é, *prevenir* o seu ataque – por todos os membros da sociedade – por isso, *geral*. Ademais, o fator determinante para a fixação da medida da pena, de acordo com Jakobs, seria "o grau de perturbação social gerada pelo fato", não a probabilidade de o autor praticar o delito nem tampouco a intensidade da tendência de outros indivíduos já decididos a fazer o mesmo. Assim, o que de fato se mostra relevante é apreciar o peso da norma golpeada e o seu grau de vulneração, a situação de asseguramento cognitivo dessa norma e, por último, a responsabilidade do autor conforme sua motivação para cometer o ilícito – se por torpeza ou se por razão que lhe exclua parcial ou integralmente a responsabilidade.[16]

Conquanto a prevenção geral positiva seja o intento de sua teoria do delito, Jakobs assinala que foi J. Bentham, posteriormente a Kant e Hegel, quem desenvolveu uma concepção utilitarista da pena também atenta aos desvios futuros na medida em que o delito não seria um fato isolado – um delito impune abriria caminho para a prática de outros delitos não apenas pelo mesmo autor como a todos os demais que tiverem motivos e oportunidades semelhantes. A pena cominada a um indivíduo, portanto, seria a fonte de segurança de todos. O Prof. de Bonn, entretanto, retruca que o filósofo inglês constatou apenas que uma ação intimidatória não tem razão de ser quando ninguém precisa ser intimidado, mas não demonstra qual o sentido e a legitimidade de uma intimidação dirigida ao conjunto social e não limitada aos indivíduos influenciados a cometer outros crimes a partir do delito em questão – o que confirmaria sua tese de fundamentação da pena como confirmação da vigência da norma que o delinquente haja posto cupavelmente em risco.[17]

Estando a importância externa de uma lesão diretamente relacionada ao grau de segurança adquirido por uma sociedade, Hegel descarta a possibilidade de um Código Penal com bases filosóficas, porque tal regramento está vinculado ao seu próprio tempo e ao estado no qual se encontra a sociedade civil que lhe deu origem. Embora

15. JAKOBS, op. cit., p. 43.
16. Idem, p. 44.
17. Idem, p. 48.

Jakobs esteja de acordo com essa assertiva, acrescenta ser plausível a identificação de fatores que não se devem levar em conta para a determinação da pena, dentre os quais destaca a intimidação (ou prevenção geral negativa) advogada por Bentham como meio de evitar a prática de delitos por outras pessoas sem qualquer relação com um ilícito precedente. A referida tese estava já embrionariamente presente em Grocio, Pufendorf e Wolff, que defendiam a pena capital como forma de "dar o exemplo" aos demais e a justeza de penas mais rígidas do que o necessário com o fim de se melhorar o delinquente. Mas punir alguém nestes termos, objeta Jakobs, violaria o direito do autor de ser apenado unicamente na medida de sua responsabilidade e significaria tratá-lo como uma mera coisa útil à consecução de um fim.[18]

Ao examinar a atribuição de um caráter pedagógico à pena, pela qual se obteria o melhoramento do autor – conforme postula a teoria da prevenção especial positiva –, Jakobs se pergunta se esse seria um efeito secundário, conquanto desejável, do intento de garantir a base cognitiva da vigência da norma ou uma finalidade autônoma da própria pena. Se aos jovens em conflito com a lei é aplicada uma "medida socioeducativa" – não em decorrência de um fato, mas por ocasião dele –, a todos aqueles condenados à privação de liberdade a ressocialização também deveria ser levada a cabo.[19] Assim sendo, a liberdade do sujeito estaria condicionada à sua reconfiguração nos moldes da expectativa normativa, isto é, somente quando estivesse "preparado" para retornar ao convívio social. A Lei de Execuções Penais brasileira elenca tal finalidade em seu art. 10,[20] ao passo que sua congênere na legislação alemã (SVollzG)[21] impropriamente a enuncia antes mesmo de importantes garantias à integridade do preso.[22]

Ao se ameaçar, por exemplo, os "cabeças" por detrás de uma organização terrorista com uma pena privativa de liberdade de até quinze anos, ainda que não se

18. Idem, p. 51.

19. Idem, p. 52.

20. Lei 7.210 de 1984, art. 10: "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade".

21. Acrônimo para "Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung" (em tradução livre, "Lei sobre a execução da prisão e das medidas privativas de liberdade de correção e prevenção").

22. Em tradução livre: "§ 2 Deveres na execução: Durante a restrição de liberdade, o preso deve tornar-se capaz de levar uma vida socialmente responsável, sem cometer crimes [efeitos de execução]. A execução da prisão também serve para proteger o público de outros crimes". No original: "§ 2 Aufgaben des Vollzuges: Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten".

tenha passado da fase preparatória, a pena seria justificada, além da intimidação, para assegurar a defesa social. Essa tem sido uma prática recorrente em alguns Estados norte-americanos que, amparados no brocardo "three strikes and you are out", punem em progressiva severidade os reincidentes – da elevação da privação de liberdade, passando pela proibição de liberdade condicional até a pena de morte, corroborando-se a ideia de Franz Von Lizst de que existiriam indivíduos irrecuperáveis tal qual um membro enfermo do organismo.[23]

De outro lado, Feuerbach aduz que uma situação conforme ao direito não exige essa atitude interna de todos os cidadãos, mas de uma sociedade submetida a uma constituição civil resguardada pelo Estado – e não por cada um dos indivíduos. Bastaria, portanto, orientar-se pela juridicidade, pelo cumprimento externo das normas jurídicas, pois o dever de uma atitude interna de acordo com o Direito, o atuar pelo cumprimento de um dever, concerniria ao âmbito da moral – e a mentalização de ações ilegais, por si só, não lesionaria direito algum. Mas Jakobs acredita ser ingenuidade se referir unicamente à prevenção geral do delito quando há um criminoso a manifestar repetidamente uma atitude interna permanentemente deficitária em relação às normas jurídicas.[24]

A impossibilidade de averiguação empírica da funcionalidade da teoria da prevenção geral positiva é seu calcanhar de Aquiles. O fortalecimento da confiança no sistema jurídico não é particularidade do direito penal, pois todo o ordenamento jurídico intenta igualmente o reforço do caráter cogente de sua vigência, de modo que termina-se caindo num círculo fechado no qual o modelo de culpabilidade de Jakobs seria o maior exemplo: ao definir a pena como reação instruída às expensas do autor pela inobservância da norma a fim de promover a confiança no direito, não explica, contudo, a própria necessidade da pena e a sua legitimidade frente ao condenado na medida em que outras possibilidades também se apresentariam (mais) plausíveis, como a instituição de acordos de boas intenções ou campanhas na imprensa. Ademais, Schünemann salienta que o argumento de Jakobs perde força com a teoria preventiva unificadora de Roxin, para quem o sentimento de justiça conduz ao axioma de que ninguém pode ser punido desproporcionalmente, isto é, sofrer uma pena maior do que merece – e é exatamente no estrato da culpabilidade em que se deve operar esse juízo de adequação, e não de mera reprovação genérica, sendo impróprio (e perigoso, acrescente-se) embasar a sanção tão somente em necessidades preventivas.[25]

23. LIZST, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C Editores, 1889. p. 93 e ss.
24. JAKOBS, op. cit., p. 57.
25. SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal* – Libro homenaje a Claus Roxín. Barcelona: Bosch, 1997, p. 89-100.

A demanda por estabilização, em Jakobs, sobrepõe-se como valor inegociável em nome de um abstrato "interesse social" que, envolto numa concepção contratualista, nega a possibilidade de dissenso, de discordar e se contrapor ao ponto de vista oficial, tornando o ser humano mero objeto político do sistema jurídico e retroalimentando o discurso estrutural estabelecido.[26] O sistema penal é, pois, um subsistema no interior de um sistema de controle e seleção de maior amplitude (capitalista/patriarcal) cujo funcionamento ideológico, ao tempo em que oculta suas funções reais, também as inverte: se a redução e eliminação da criminalidade – função declarada – tem sido um grande fracasso, a sua realização seletiva e estigmatizante a partir de um processo de reprodução das assimetrias sociais – função real ou latente –, por outro lado, é um sucesso absoluto.[27]

3.3. Apoio cognitivo e expectativas normativas

Do exposto decorre a formulação central aquinhoada por Jakobs: quem quer que seja tratado como pessoa pelo direito deve oferecer certa garantia de que se conduzirá como uma pessoa conforme o direito. Para se tornar real, a situação normativa necessita, pois, de um apoio cognitivo. Remetendo a Kelsen, o mestre de Bonn enfatiza que, assim como o patrono do normativismo insistia no pressuposto de uma Constituição amplamente – e não artificialmente – efetiva, para satisfazer a condição de cidadão não basta ser um mero destinatário de direitos e deveres. Faz-se imprescindível, pois, que esse destinatário verdadeiramente se comporte como uma pessoa de acordo com o direito. E exemplifica: um indivíduo sobre o qual recaia fundada suspeita de ter praticado uma série de delitos contra o patrimônio constituiria um "evidente" aporte cognitivo a expressar elevado risco de reincidência – o que, por si só, justificaria a prisão cautelar como meio de se precaver do perigo.[28]

A fonte de um perigo é tratada não como uma pessoa, mas como um animal selvagem. Seriam indivíduos cuja condução no âmbito da vida sexual (estupro), econômica (crimes empresariais, financeiros, tributários) ou por imbricação numa

26. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *As funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista:* do que se oculta(va) ao que se declara. 2006. 381 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88528/234043.pdf?sequence=1]. Acesso em: 18.10.2014.

27. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*: Estudos Jurídicos e Políticos, vol. 26, n. 50, p. 9-10, jan. 2005. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185]. Acesso em: 22.11.2014.

28. JAKOBS, op. cit., p. 58.

organização criminosa (tráfico de drogas ilícitas), demonstrariam apartamento, em geral de modo permanente, do universo das normas jurídicas. Ou, nas palavras do próprio Jakobs, aqueles "que não prestam a garantia cognitiva mínima que é imprescindível para o tratamento como pessoa pelo direito".[29]

A pena, contudo, não "despersonalizaria", porque o autor, sendo um cidadão, tem o dever de compensar o seu ato que pôs em perigo a vigência da norma. A pena é uma reparação dada pela pessoa, que pode inclusive se submeter a ela voluntariamente – e, neste caso, ao renovar votos de fidelidade ao ordenamento, já não se precisaria de qualquer medida para assegurar a sua vigência. Quando um indivíduo é submetido a uma pena por tempo superior ao devido pelo crime praticado a fim de prevenir ilícitos futuros, porém, não será mais de "pessoa" que se estará falando – e sim de um indivíduo perigoso e, portanto, despersonalizado juridicamente. A abstrata pretensão de que ele volte a se conduzir conforme o Direito pode até existir, mas o tratamento que efetivamente lhe é conferido o converte em "inimigo" – cujas presumíveis perturbações da ordem estabelecida se amparam exclusivamente no aspecto cognitivo, na esperança ou expectativa de que os mesmos eventos irão fatalmente se repetir.[30]

Nos termos de Jakobs, "não se pune cidadãos, senão a inimigos", pois o "delinquente contradiz a norma e uma pessoa que é materialmente tal, ou seja, uma pessoa que se conduz como pessoa, não contradiz a norma". Pessoa seria uma atribuição, uma ficção criada pelo direito. Portanto, para que alguém seja tratado como pessoa é indispensável que aceite esse rótulo – e, por conseguinte, assuma também os deveres que lhe são correlatos, pois do contrário será um "indivíduo" – ente biológico (corpo) que é pessoa apenas numa dimensão formal, uma atribuição que não tem qualquer efeito sobre sua conduta. A pessoa, sendo uma *atribuição normativa*, se não se conduz como pessoa, não pode ser tratada como tal.[31]

3.4. Inclusão e exclusão

Jakobs reconhece que a maioria dos presos, seja na Alemanha ou na América Latina, provêm das classes mais pobres. A diferença que verifica é no âmbito da prisão cautelar, pois em seu país ela é mais breve, tem prazos limitados que, uma vez excedidos, revogam a custódia preventiva. O efeito desse tipo de sistema penal

29. Idem, p. 60.

30. Idem, p. 62.

31. JAKOBS *apud* MIZRAHI, Esteban. *Los pressupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo: conversaciones con Günther Jakobs*. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza, 2012. p. 43.

sobre a sociedade se qualificaria, então, como "excludente" no sentido dado por Luhmann, o qual constata que, mesmo não havendo qualquer motivo para a exclusão, uma organização formal não pode incorporar todas as pessoas na qualidade de membros – todos, p. ex., têm direito à educação (esse é um direito universal), mas nem todos podem frequentar uma escola (ainda que pública e gratuita, alguns precisam trabalhar desde muito jovens em prejuízo de sua educação).[32]

A inclusão num subsistema (religião, p. ex.) não significa que o sujeito também estará incluído noutros subsistemas (economia, p. ex.), mas a *exclusão* de um subsistema, ao revés, torna o indivíduo progressivamente menos relevante enquanto pessoa na medida em que vai perdendo a qualidade de interlocutor até o extremo de se converter num mero ente biológico (corpo). A violência física, destarte, libera-se e assume relevância imediata, transmutando-se as próprias expectativas de reciprocidade rumo à desintegração dos laços familiares.[33]

A inclusão e a exclusão adquirem formas diferentes conforme o tipo de sociedade na qual se é pessoa: num período como o atual, em que a hierarquia se acha flexibilizada, as pessoas são observadas essencialmente como "biografias", isto é, carreiras temporalmente demarcadas que permitem antecipar o futuro (expectativas de ação) unicamente com base no passado do sujeito. Neste ponto, é notável a semelhança com a ideia de "apoio cognitivo" instruída tão insistentemente por Jakobs. Ante o encarceramento em massa da miséria, questionado se é inexorável que os pobres sejam excluídos do sistema social e enviados ao cárcere, Jakobs responde: "aquele que é excluído radicalmente, que não tem dinheiro, logo fica sem moradia, deixa de ter parentes, seus filhos não podem frequentar a escola... a exclusão tem a tendência de ir aumentando, diria Luhmann".[34]

Só é possível falar em exclusão, para Jakobs, quando se viola o direito de uma pessoa sem que haja uma justificativa para tanto. Não sendo o caso, o correto é falar em *despersonalização*. Além disso, por mais que falte suporte cognitivo à norma – mesmo sendo proibido ultrapassar o sinal vermelho, as pessoas frequentemente o fazem na madrugada com receio de serem assaltadas –, isso só significaria que um ou outro pode não tomá-la como orientação, não que a norma enquanto tal deixou de ter vigência, pois o sujeito poderá ser punido por sua conduta antijurídica.[35]

Retomando Hegel mais uma vez, o professor de Bonn conclui que um sistema de direito penal não pode alcançar a justiça comutativa numa realidade social na

32. LUHMANN, Niklas. Inclusión e exclusión. *Acta Sociológica*, Ciuidad de México, n. 12, set.-dez. 1994.

33. LUHMANN, 2006, p. 501.

34. JAKOBS apud MIZRAHI, op. cit., p. 51.

35. Idem, p. 52.

qual não há justiça social distributiva, pois nessa circunstância o direito penal se aplica de forma completamente externa sobre os indivíduos que não têm qualquer possibilidade de se autodeterminar como pessoas. Cita o exemplo dos ciganos do século XIX, oriundos da Hungria, que não tinham moradia fixa e, antes de uma nova migração, costumavam roubar tudo o que podiam do lugar que deixavam. Eles, contudo, não compreendiam o próprio ato como "roubo" – afinal, roubavam de estranhos, de uma sociedade com a qual não se identificavam. O direito do outro se lhe apresenta como externo, uma mera coação, "pura domesticação".[36]

Não pairam dúvidas de que a conjuntura social da Alemanha e da América Latina são, de fato, bem distintas. A propósito, Nilo Batista fala que a introdução do funcionalismo sistêmico na periferia soa como verdadeiro "escárnio" e de como a Criminológica Crítica renovou o paradigma anterior, de tradução positivista, ao tornar clara a relação entre o poder político de definição do que é delito e para quem as agências de criminalização, de fato, projetam os seus holofotes.[37]

3.5. Alguns limites à guerra contra o inimigo

Kant seria quem melhor descreveria a conjuntura de guerra aludida por Jakobs: ao entrar no "estado cívico-legal", uma pessoa dá segurança à outra, ao passo que quem permanece no "estado de natureza" não confere qualquer garantia de que não lesionará a outrem. Deste modo, quem não se submete a uma constituição civil pode legitimamente ser obrigado a se separar – seja pela expulsão, desterro ou custódia.[38]

O Direito, em todo caso, não pode se manter indiferente frente ao sujeito que continuamente se porta contrariamente às regras imperativas sem oferecer, portanto, a necessária garantia cognitiva inerente ao conceito de "cidadão" ou "pessoa". Isso não implicaria na autorização de seu uso instrumental para intimidar terceiros, pois sua personalidade se mantém intacta, dado que se intenta é a garantia das relações jurídicas – e não a destruição arbitrária do outro. Haveria uma personalidade indelével, intocável, que precede a própria personalidade jurídica e limita o poder do Estado ante o inimigo, mantendo-se sempre a possibilidade de reconciliação para quem deseje regressar à sociedade civil. Ainda que se trate de uma guerra contra o inimigo, esta guerra se circunscreveria a *certos limites* – a ausência destes poderia gerar, no extremo, prisões como a de Guantánamo.[39]

36. Idem, p. 53.
37. BATISTA, Nilo. Prefácio. In: TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
38. JAKOBS *apud* MIZRAHI, op. cit., p. 62.
39. Idem, p. 63.

Jakobs repreende o fato de o legislador frequentemente introduzir, de forma esparsa, regulações que, acompanhadas de elevadas ameaças de pena, destinar-se-iam apenas a inimigos. É dizer: tais regras deveriam ser alocadas à parte, ter um capítulo específico, delimitando-se claramente daquelas aplicáveis a outros delitos. Do contrário, "inimigo" e "delinquente civil", "guerra" e "processo penal", podem ser indevidamente permutados – quando, em verdade, diferenciam-se patentemente: o segundo só é penalizado caso externalize um ato criminoso ao menos na modalidade tentada, ao passo que o primeiro – um terrorista, p. ex. – é responsabilizado simplesmente por representar um perigo à vigência da norma e antes mesmo de concretizar sua pretensão ilegítima, penalizando-se inclusive a fase interna – planejamento ou cogitação – do *iter criminis*.[40] Deste modo, a administração da segurança se sobrepõe à própria confirmação da vigência da norma, mas a despersonalização do sujeito se "restringe" ao cerceamento da liberdade, pois o indivíduo manteria direitos elementares, como a integridade corporal e a propriedade, assim como o dever de pagar tributos.[41]

4. DEBILIDADES DE UMA TEORIA ALIENÍGENA

4.1. Unidade epistêmica e cegueira estrutural

Jakobs caracteriza suas formulações como uma "teoria pura do direito penal", sem um conteúdo ideológico, na medida em que suas definições poder-se-iam aplicar tanto a um estado liberal como a um totalitário. Mas adverte que o mesmo pode se passar com a teoria dos bens jurídicos – retrucando, pois, a afirmação de Hassemer segundo o qual a proteção de bens jurídicos teria uma natureza intrinsecamente liberal enquanto a proteção da vigência normativa poderia assumir qualquer conteúdo.[42] Para Kelsen,[43] porém, uma "teoria pura do direito" estaria purificada tanto de ideologias políticas como de *todos* os elementos da ciência natural, porquanto consciente de suas especificidades – o que não ocorre no funcionalismo de Jakobs, pois mesmo parcialmente, ancora-se em postulados da biologia (e na ideia de unidade epistêmica das ciências) incorporados pela teoria sistêmica de Luhmann.

Não é nova essa tentativa de conservar uma homogeneidade epistemológica – a "física social" de Augusto Comte bem o demonstra. Duas razões, no entanto, tornam inevitável essa separação: a uma, porque as instituições de pesquisa social não

40. Idem, p. 67.
41. Idem, p. 62.
42. Idem, p. 46.
43. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

estão imunes aos plúrimos condicionamentos estruturais assim como os cientistas em particular; a duas, o *consenso axiológico* admissível na química ou na física, por exemplo, não existem na história ou na economia, nas quais uma série de questões básicas continuam em aberto exatamente porque, ao inverso das primeiras, nestas as ideologias e pontos de vista de classe têm um papel decisivo – e que nem mesmo a crítica e o debate público são idôneos a remover completamente.[44]

Se, consoante Luhmann, o direito detém nas sociedades complexas a função de estabilizar expectativas de comportamento, imunizando-a de enfermidades como o conflito e a violência, há um enclausuramento normativo que reduz drasticamente seu nível de observação. Longe, contudo, da neutralidade que almeja perseguir, essa é uma concepção estritamente liberal que privilegia a esfera privada e a defesa de direitos subjetivos através de procedimentos institucionalizados e incita a ilusão de que os movimentos sociais são dispensáveis porque tudo se resolve no domínio legal. Isso pode explicar porque essas manifestações são tratadas como "baderna" ou "desordem" e, por isso, criminalizadas e desproporcionalmente reprimidas.

Os tribunais, acoplando-se a uma lógica autopoiética, portam-se então como *cegos* aos problemas políticos e estruturais da sociedade, exercendo exclusivamente o papel institucional de reproduzir as mesmas decisões aos casos análogos a partir de análises superficiais e abstratas de "questões de direito". Noutros termos: garantindo, a todo custo, a estabilidade de uma ordem determinada.[45]

4.2. *A ilegítima distinção entre pessoa e indivíduo*

Entre os gregos, havia dois termos para expressar o sentido da palavra "vida": tanto poderia ser "zoé", isto é, o fato de viver inerente a todos os seres vivos, como também "bios", a indicar um modo qualificado e particular de vida para além daquele natural. Assim, não faria sentido falar numa "zoé politké", ou seja, num viver natural voltado à política, pois a simples vida natural tinha um papel exclusivamente reprodutivo, opondo-se o *mero viver* (enquanto nascer) a um *viver bem* (enquanto existência).[46] A partir desse horizonte, pode-se estabelecer analogias que favorecem a melhor compreensão das categorias da teoria funcionalista: o *indivíduo*, aquele que está no entorno (fora da norma, no estado de natureza), tem vida no sentido de "zoé" (mero animal, organismo vivo), ao passo que a pessoa, aquela

44. LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen:* Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. São Paulo: Cortez, 2000. p. 56.

45. SAAVEDRA, op. cit., p. 66.

46. AGAMBEN, G. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007. p. 9.

incluída no sistema (dentro da norma, signatária da sociedade civil), tem vida no sentido de "bios" – isto é, uma vida qualificada pelo atributo de "cidadão".

O sujeito que não se comporta de acordo com as normas realiza, segundo Jakobs, uma "comunicação defeituosa" (um crime) e, a despeito de atuar formalmente como pessoa – pois apenas o ser humano é capaz de agir intencionalmente –, é substancialmente um indivíduo – está no entorno do sistema, mas não equivale ao meio ambiente, pois a natureza no máximo produz sinistros e não delitos. Estaria dentro e fora, ao mesmo tempo.[47]

Essa explicação do professor alemão quanto à infração de normas, conforme Naverrete, entra em contradição: formalmente a pessoa, que por essência deve ser fiel ao Direito, não o é; materialmente o indivíduo, que é incapaz de comunicação – e portanto de violar uma norma e de sofrer uma pena –, a infringe. Essa distinção entre pessoa e indivíduo proposta por Jakobs não tem, destarte, legitimidade para fundamentar o poder punitivo estatal. Além disso, deixa em aberto se para receber o tratamento de pessoa é preciso apenas ser potencialmente fiel ao Direito ou se é preciso exercitar tal fidelidade. E, em relação ao momento e justificativa adequados para a pena, Jakobs defende uma posição extremamente radical – a de que ela serve não somente como contradição à negação operada pela perturbação da ordem (numa visão hegeliana), mas também como reação à configuração de um mundo paralelo (entorno) projetado e imposto arbitrariamente (e ineficazmente) pelo infrator para desestabilizar o direito.[48]

4.3. A precariedade da inclusão

Guillaume Le Blanc – professor de filosofia da Universidade de Bordeaux (França) – indaga se somos autores ou vítimas das normas. Ele considera que a Filosofia é um pensamento entre outros e que procura produzir uma regulação tolerante de diferentes formas de pensamento. Ser tolerante significa para ele que a Filosofia busca afrouxar o curso das normas dentro das quais as existências estão contidas.[49]

A vida não se apoia apenas em normas que se devem respeitar, pois ao regular a vida elas refletem relações de poder – ainda quando se tornam obsoletas e então geram novos conflitos. O apátrida, aquele que deixa seu país para viver em outro, é uma

47. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000. p. 18.

48. NAVARRETE, op. cit, p. 73.

49. LE BLANC, Guillaume. *A vida pode ser fora das normas?* São Paulo: CPFL Cultura, 2010. (46 min.), son., color. Legendado. Disponível em: [http://vimeo.com/50990374]. Acesso em: 14.11.2014.

figura que expressaria bem a situação na qual o indivíduo se encontra privado de um certo número de regras que sustentavam sua existência, tornando a sua vida – agora como estrangeiro – não tão confortável como outrora. Algo semelhante se dá com o desempregado: um conjunto de regras sociais (a regulamentação da jornada de serviço, p. ex.) que não eram questionadas enquanto se estava trabalhando passam a sê-lo à medida que o indivíduo não mais nelas se inscreve porque é excluído.[50]

A atual crise que levou à fragilização social deve ser entendida, conforme Le Blanc, a partir da crise de enfraquecimento do sentido das normas para a vida, pois o que era socialmente evidente deixou de sê-lo. A sociedade contemporânea, referenciada em normas cada vez mais determinantes e que se vinculam ao impacto da economia sobre a vida, não se resumiria, contudo, a uma completa mercantilização. Afirmar isso seria simplificar o mundo demasiadamente a partir de uma lógica de governamentabilidade neoliberal, ignorando que há modos de vida alternativos ou de contracultura que estão à margem, mas são fundamentais para um diagnóstico do nosso presente. É exatamente essa crise que torna possível problematizar os fundamentos neoliberais do mundo hodierno e a contestação do mercado, pois há, de um lado, um conflito entre a lógica econômica de mercantilização da vida humana e, de outro, as respostas alternativas a tal fenômeno e que constituem uma nova experiência de democracia – a qual fomenta a possibilidade de se contrapor àquela lógica.

Le Blanc destaca a existência de três grandes experiências sociais que servirão para desmascarar cabalmente as implicações da ideia de inimigo no direito penal, quais sejam: (a) experiência de *inclusão*, na qual a vida humana é portadora de certas garantias de que terá propriedades sociais mínimas indispensáveis ao próprio desenvolvimento; (b) a experiência de *exclusão*, na qual a vida humana não possui qualquer propriedade social que lhe permita a estabilidade, a exemplo dos sem-teto; e, no limite entre essas duas experiências sociais, a *precariedade* – ser um "incluso-excluso", "ter um pé dentro e um pé fora da sociedade", em que a posse de alguns bens (emprego, domicílio) permite que se continue integrado à sociedade, mas de forma tão precária (trabalho subqualificado, residência em cortiços) que essa é uma inclusão que está a caminho da exclusão.[51] Noutras palavras, a precariedade significa ir de um espaço de regras a outro fora das regras – do sistema ao entorno, na linguagem luhmanniana.

Quanto mais uma vida é excluída, mais ela derrapa para fora da norma, isto é, para o estado "inassimilável" – aquele que deixou de ser e que agora sobra e não sabemos o que fazer com ele. Essa fragilização social leva à perda de significado

50. Idem.

51. Idem.

para o mundo – uma vida que aparentemente *não vale a pena ser vivida*, na expressão de Agamben. Uma vida fora da norma é, pois, uma vida que não é mais reconhecida como sendo capaz de ser dentro de um espaço comum de normas. Em francês, a região situada no entorno da cidade é denominada "banlieu" – o lugar do banimento, do banido, de todos que foram expulsos do centro, ou seja, a *periferia*. É uma vida que foi banida.[52]

Nessa mesma linha, Luciano Oliveira destaca a eminência do pensamento de Hannah Arendt para compreender o problema contemporâneo dos excluídos, aqueles seres humanos que parecem não ter um "lugar peculiar no mundo" porque economicamente desnecessários e passíveis de serem eliminados. A filósofa fazia especial referência ao povo judeu, que se tornou apátrida dentro do próprio território onde vivia e nasceu e foi cerceado de todos os direitos e, logo, da própria condição de cidadão.[53]

Tornaram-se, assim, indivíduos privados de identidade, que não mais pertenciam a uma comunidade e que não despertavam mais o interesse de ninguém – a não ser um sentimento de hostilidade que, hoje também, pode desembocar numa "mentalidade exterminatória" (ou neonazista) retroalimentada assim pelo medo que esses indivíduos inspiram como pelo temor de igualmente vir a se tornar um "nada". O extermínio, pois, dos "excedentes" da sociedade, que não são assimiláveis pelos tradicionais processos de trabalhos, tampouco de socialização – uma "escória" que só incomoda.[54]

Esse processo de fragilização social sobreviria, assim, com a progressiva perda da voz, da imagem e da humanidade. A possibilidade de ter voz e ser escutado depende da relevância que se confere à existência social de alguém, da importância que um indivíduo tem na sociedade, que aos poucos se perde com a experiência da precariedade e acaba completamente com a experiência da exclusão. Não se perde precisamente a voz (som dar cordas vocais), mas esta é destituída de sentido, torna-se um mero ruído dos selvagens da periferia (os banidos) e, por conseguinte, não é levada em conta. Desaparecendo a voz, a imagem do sujeito vai decaindo cada vez mais em nitidez ao ponto de não se poder mais associá-la ao rosto de quem a carrega, que se torna então invisível. Quanto menos alguém for escutado, menos também será percebido, de modo que não ouvi-lo é a condição para não mais vê-lo. A perda da voz produz a perda da imagem.[55]

52. AGAMBEN, 2007, p. 143.
53. OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos "existem"? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 33, São Paulo, fev. 1997.
54. LE BLANC, 2010.
55. Idem.

A principal consequência desse processo de perdas acumuladas é a perda da humanidade, haja vista que nem todos os seres humanos passam a ser reconhecidos inteiramente enquanto tais. A escravidão foi o extremo dessa experiência ao se coisificar e subtrair a qualidade humana do ser pelo olhar indiferente que simplesmente atravessava o outro. A "morte social" do sujeito, de modo semelhante à loucura, seria, pois, a ausência da obra – quando aquilo que se faz não tem qualquer valor para a sociedade. É o inimigo, desprezado porque não executa nenhuma função útil ao sistema – antes o incomoda.

4.4. Miseráveis e indesejáveis

Pobres e loucos, durante a Idade Clássica (Renascimento), entreolhavam-se como sujeitos das margens, haja vista que, nas linhas de Descartes, a loucura seria profundamente contaminada pela pobreza – o louco pensa que é Rei quando na verdade é pobre.[56] Não à toa ambos eram arranjados no mesmo espaço (os hospitais gerais) que, por seu turno, os classificavam em *pobres de Cristo* – os que eram obedientes e aceitavam o confinamento como uma dádiva – e *pobres do Demônio* – que se rebelavam contra o internamento. O tratamento moral da loucura ancorava-se, pois, no tratamento moral da miséria.

A partir do nascimento do asilo, dá-se a distinção medicalizada entre o normal (pobre) e o patológico (louco). Antes enxergados como "bem-aventurados" e postos por Deus na Terra para testar a caridade dos cristãos, os pobres perdem essa "purificação" e se transmutam em elemento necessário à riqueza das nações na medida em que *trabalha* e *pouco consome*. Thomas Malthus, famoso economista britânico, chegou a reconhecer que o livre desenvolvimento da produção capitalista estaria condicionado à miséria de seus principais protagonistas – as classes trabalhadoras.[57]

Internar os pobres, portanto, já não fazia mais sentido num contexto no qual a mão-de-obra era escassa e o *critério da empregabilidade* lançava uma nova classificação: o pobre sem emprego, mas empregável, e o pobre empregado. É precisamente a *não empregabilidade* – aquela incapacidade de participar da produção econômica no interior do sistema social mencionada por Jakobs – que faz emergir a categoria de indivíduo perigoso.[58]

56. LE BLANC, Guillaume. História da loucura na Idade Clássica: uma história da pobreza. In: VEIGA-NETO, Alfredo; FONSECA, Márcio Alves da; MUCHAIL, Salma Tannus. *O mesmo e o outro: 50 anos de história da loucura*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. cap. 12. p. 179.
57. LÖWY, op. cit., p. 111.
58. LE BLANC, 2013, p. 184.

No atual cenário os inimigos não se limitam, pois, àqueles que perpetram crimes de inusitada gravidade. Estende-se, sobretudo, ao grupo de risco constituído pela "underclass" (prostitutas, mendigos, desempregados, negros, pequenos ladrões, usuários de drogas ilícitas) em virtude da indisciplinada e reprovável condição de vida que decidem levar em contraste com o direito – e, porque não dizer, com a moral burguesa. A noção de *risco* não é, destarte, um dado empírico – e sim uma forma de compreensão do real que tem natureza política.[59]

4.5. O estranho na(da) história

O pertencimento e o estranhamento sempre foram fatores modeladores da punição. Em termos de política criminal, o professor Eugenio Zaffaroni, da Universidade de Buenos Aires, assinala que são recorrentes as teorizações sobre estilos diferenciados de repressão, reservando-se aos crimes considerados mais nocivos ("molestos") penas desproporcionais – da segregação (dos loucos e incômodos) à eliminação (dos repugnantes). É neste último grupo, comovido por atos de incomum gravidade, que Jakobs alocaria os "inimigos" – já conhecidos da história política ocidental, como as bruxas da idade média.[60]

Partindo-se do pressuposto de que são o contexto e as circunstâncias quem determinam a relevância de uma conduta, a reação que juridicamente se instrumentaliza contra ela é, antes de tudo, política – não por acaso o jurista alemão se apoia em Hobbes, para quem a noção de inimigo se vinculava a todo aquele que oferecesse *resistência*, antes mesmo no domínio interno (pensamento) do que externo (atos), às determinações do soberano. Mas a política hoje foi reduzida de tal monta pela globalização que lhe restou uma expressão mínima, de modo que as decisões estruturais exsurgem como mero poder de definir o inimigo – priorizando-se a violência em detrimento da negociação e dos direitos humanos.

A dualidade do poder punitivo (iguais/estranhos), no entanto, conheceu modelos peculiares. Na Europa do primeiro quartel do século 20, os regimes totalitários (nazismo, fascismo e stalinismo) perfaziam nitidamente essa distinção, seja direcionando os estranhos a tribunais de exceção (*ad hoc*) seja os condenando sumariamente, furtando-lhes a garantia do devido processo legal. Ainda que a eliminação não seja mais admitida hodiernamente na União Europeia, o gradiente

59. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial:* a Criminologia do fim da história. 2012. 309 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 259.

60. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los "extraños". In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (org.). *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006. p. 1118.

político entre criminosos graves, dissidentes e estranhos permanece expressa na medida da pena.[61]

Os Estados Unidos, cuja população carcerária é predominantemente negra e latina e seu aumento vertical foi acompanhado da redução de políticas públicas,[62] é o único país do continente americano que persiste na aplicação da pena de morte aos "repugnantes" (terroristas, assassinos). Aos demais, o sentenciamento indeterminado (sistema "three strikes and you're out") é bastante comum e as condenações se produzem normalmente pelo instituto do "plea bargain", pelo o qual o réu é levado a negociar a própria culpa com o órgão acusador numa fase pré-processual – sem, portanto, a corroboração judicial dos indícios probatórios que se lhe apresentam aparentemente desfavoráveis.[63]

Nas ditaduras da América Latina, por sua vez, o paradigma da "segurança nacional" embasou a eliminação em detenções administrativas ilimitadas (sistema penal paralelo) – no Brasil o caso Vladimir Herzog é emblemático – e a eliminação direta, por morte ou desaparecimento forçado de pessoas (sistema penal subterrâneo) – a exemplo da Guerrilha do Araguaia, também em território brasileiro, entre 1972 e 1975. Contemporaneamente, a mortífera violência estatal – da polícia e do sistema prisional – remanejou-se quase que integralmente para as classes miseráveis.

O saber jurídico-penal liberal volta-se à programação de conteúdo do poder punitivo que irá guiar a atividade forense a fim de conter o (sempre latente) estado de polícia. Assim sendo, Zaffaroni apregoa que, no marco de um Estado de Direito, é politicamente *intolerável* a adoção da categoria de "inimigo" pelo direito ordinário (penal e administrativo), pois já se ocupando o direito militar das guerras excepcionais, admitir-se-ia a existência de guerras permanentes.[64] Se estas de fato existem, então o Estado de Direito, ao impor limites ao poder soberano, significaria um empecilho à eficaz neutralização desses estranhos a fim de se manter a paz entre os cidadãos, de modo que o Estado absoluto – e, por decorrência, autoritário – projetar-se-ia como o único plausível.

4.6. O risco da (in)segurança

Massimo Pavarini demonstra perplexidade pelo fato de a teoria do direito penal do inimigo ter nascido logo na mais forte democracia e economia da Europa, a

61. Idem, p. 1124.

62. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

63. DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 95.

64. ZAFFARONI, op. cit., p. 1122.

Alemanha, e a necessidade de contextualizar suas implicações nas "democracias débeis" latino-americanas. O significativo acolhimento das ideias de Jakobs num país da periferia tal qual a Colômbia – onde as Farc (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia) há muito foram traçadas como o grande inimigo público interno –, revela claramente que esse debate de modo algum se circunscreve à dogmática penal germânica – onde nem sequer tem mais audiência.[65]

É progressiva a transição da condição de "mau cidadão" ao de "inimigo", passando por fatores como reincidência, habitualidade e inserção em associações criminosas. Mas a grande questão a se perfilhar é o porquê de os inimigos corresponderem predominantemente àqueles últimos estratos da sociedade. Não é possível respondê-la satisfatoriamente sem reconhecer que o objetivo do cárcere é produzir ordem social por meio da neutralização seletiva de sujeitos – que nem chegam a ter o status jurídico de "pessoa" –, dado que a *inclusão* no sistema social não é benefício de que todos podem usufruir. O próprio Luhmann o diz em linhas anteriores.

No Brasil, o processo de invasão das favelas do Rio de Janeiro com o implemento das chamadas Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) é um fértil campo de discussão criminológica acerca do direito penal do inimigo. Os Grupamentos de Policiamento em Áreas Especiais (GPAEs) a antecederam com a mesma proposta de eliminar o poder paralelo do tráfico, mas em pouco tempo perdeu apoio popular em virtude da conivência das autoridades com o retorno do comércio ilícito de entorpecentes sob uma configuração menos violenta.[66]

Nesse vácuo, surgiram organizações paramilitares de agentes públicos civis e militares, as ditas milícias, que coagiam a população a pagar uma espécie de taxa com a promessa de oferecer a segurança que os órgãos oficiais não garantiam. As fronteiras do legal e do ilegal são então mescladas, perfazendo-se uma estreita simbiose entre os gestores do controle social criminal e os destinatários desse controle a partir da instrumentalização da soberania estatal como meio para a consecução de um mercado de serviços privados.[67]

Se o objetivo declarado foi o de "pacificar" comunidades dominadas por uma espécie de poder paralelo do tráfico, as UPPs também estabeleceram um território de dominação. O discurso estruturado na desqualificação pessoal, na demonização

65. PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos:* Criminalidade, Exclusão e Insegurança. Curitiba: ICPC, 2012. p. 6.

66. BUSATO, Paulo César. A realidade das unidades de polícia pacificadora e o discurso legitimador do medo: mais um exemplo de direito penal do inimigo. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal – Homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário.* Curitiba: LedZe, 2012. p. 585.

67. Idem, p. 591.

dos selecionados pelas agências de criminalização, notadamente pelo epíteto de "traficante", encontra perfeito enlaçamento com a ideia de inimigo traçada por Jakobs – corpos que se desviam deliberadamente e habitualmente das normas jurídicas e que, por isso, devem ter as garantias processuais e constitucionais flexibilizadas, o que acaba por enterrar os princípios da proporcionalidade e da lesividade. Esse "direito penal dos traficantes" envolve um elementar binômio discursivo de cunho biopolítico: punição aos traficantes/tratamento médico aos usuários, concedendo a estes últimos a possibilidade de normalização e docilização, de fazê-los viver e torna-los normais, enquanto àqueles é direcionada a repressão por representarem ameaça à normalização dos demais, deixando-os morrer.[68] Estudos empíricos[69] demonstram, explicitamente, a seletividade ínsita à pseudo-subsunção típica: estudantes universitários que moram em zonas nobres são encarados como "recuperáveis", enquanto os meninos da periferia são sumariamente condenados a medidas "socioeducativas" ou remetidos a prisões (a diferença entre ambas é apenas terminológica, e não semântica) por desejarem o mesmo – consumir o que o *marketing* comercial lhes impõe como condição para uma cidadania de "primeira classe".

A remissão de Jakobs ao modelo teórico de Luhmann merece cautela, pois neste, segundo Busato, os sistemas psíquicos são externos aos sistemas sociais, é dizer, margeiam o seu entorno, ao passo que para Jakobs operaria um cabal reducionismo ao confundir sujeito e pessoa e atribuindo apenas a esse último um rol de direitos fundamentais, revelando um demasiado apego ao sistema normativo em detrimento da dignidade humana. A semelhança com o discurso do estado de exceção de Carl Schmitt não é mera coincidência: a definição do inimigo é de titularidade do soberano, que decide quando a lei excepcional é aplicável para prover a sua autoconservação.[70]

A imputação de atos de terrorismo aos movimentos sociais que lutam pela reforma agrária, em especial o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra), é outra forma na qual o direito penal do inimigo disfarçadamente se desenha em *terrae brasilis*. É ilustrativo, nesse sentido, o caso da Fazenda Coqueiros, no norte do Rio Grande do Sul, ocupada por camponeses membros do MST no ano de 2004 e cujos líderes foram denunciados por crimes prescritos na malfada Lei de

68. BORGES, Clara; OLIVEIRA, Vivian de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR* 57/239, Curitiba, dez. 2013. Disponível em: [http://ojs.c3sl. ufpr.br/ojs/index.php/direito/ article/view/34565/21425]. Acesso em: 03.02.2015.

69. Por todos, cf. ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

70. BUSATO, 2012, p. 595.

Segurança Nacional (Lei 7.170/1983) pelo Ministério Público Federal, que os considerou integrantes de um grupo extremamente organizado, com divisão hierárquica de tarefas e, inclusive, uso de uniformes, táticas de guerrilha e insultos contra as entidades governamentais (Polícia, Judiciário e Executivo estadual).[71] A defesa da "segurança nacional", no entanto, demonstra-se incompatível com a ordem constitucional democrática, uma vez que se sustenta como categoria de uma ideologia inexoravelmente autoritária.[72] O direito democrático de resistência expresso na luta do MST pela regularização fundiária nacional, obstada por uma cultura de raiz escravocrata e latifundiária como a brasileira, pode ser legitimamente concebida como inexigibilidade de conduta diversa por causa supralegal de exculpação,[73] ausência de motivabilidade pela norma penal[74] ou permissão fraca,[75] posto que não se propõe a depor a ordem vigente, senão a protestar pela sua efetiva realização.

O medo é então produzido e reproduzido como forma de legitimar esse estado de exceção permanente, permeado por uma guerra subterrânea não declarada. Uma massa de indivíduos é apresentada como uma espécie de "homo sacer" (Agamben), cuja vida torna-se matável por ter sido cerceada de qualquer relevância significativa para a sociedade, ainda que por mera suspeita embasada em estereótipos (negro morador da favela), acudindo-se da dogmática penal como artifício de justificação do que não é injustificável senão pelo senso comum esposado pela mídia – que, numa sociedade ágrafa como a brasileira, onde ninguém lê, mas todos veem televisão, esta se projeta como componente fundamental do processo político ao determinar o rumo da consciência das pessoas e de suas atitudes ao longo da vida, no olhar de Gilberto Felisberto.[76]

---

71. TANGERINO, Davi; D'ÁVILA, Fábio Roberto; CARVALHO, Salo de. O direito penal na "luta contra o terrorismo": delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais (O caso do Movimento dos Trabalhadores sem Terra). In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal – Homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 650.
72. Idem, p. 655.
73. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 262.
74. TANGERINO, 2010, p. 203.
75. Cf. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 557; VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 492 e ss.
76. SALLES, Marcelo. *A TV é ponta-de-lança dos interesses internacionais: entrevista com Gilberto Felisberto Vasconcellos*. Observatório da Imprensa, Rio de Janeiro, 23.01.2006. Disponível em: [www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a-tv-e-pontadelanca-dos-interesses-internaciona-is]. Acesso em: 11.01.2015.

O fato é que tanto a esquerda quanto a direita têm se valido do mesmo senso comum para embasar idêntico discurso: a expansão do direito penal pelo endurecimento das penas – como se não bastasse a violência física e moral subjacente à prisão, ainda que não expressa no preceito secundário da norma penal –, novos tipos de criminalização primária – de um lado, o PL do Senado 236/2012 (novo Código Penal brasileiro) cria quatro capítulos e dezenove artigos para tratar dos "crimes contra o estado democrático de direito" para abarcar, por exemplo, a destruição de ônibus em manifestações, e de outro o PL da Câmara dos Deputados 122/2006 defende a equiparação da homofobia aos crimes de racismo e antissemitismo –, a construção de mais presídios e o aumento do efetivo de policiais nas ruas. Como não são capazes de oferecer soluções apropriadas aos problemas coletivos a fim de permitir uma existência estável aos cidadãos, o foco das incertezas individuais – como garantir os meios de vida – é então desviado para uma preocupação extremada com a segurança pública, como adverte Katie Argüello.[77] O direito penal do inimigo sobrepõe a segurança em detrimento da liberdade, quando o preço da liberdade é exatamente uma parcela de insegurança.

4.7. O efeito pela causa

Em palestra na cidade de Atenas, Giorgio Agamben delineou uma genealogia da ideia de "segurança" para demonstrar que o seu uso nada tem a ver, como se poderia supor num primeiro momento, com a finalidade de prevenir perigos ou de evitar catástrofes. O termo "crise", que expressa uma noção não-jurídica, tem sua raiz no verbo grego "crino" que, por sua vez, remete a dois significados: no âmbito da medicina, "crisis" é o momento em que o médico precisa julgar o destino do paciente – se permanecerá vivo ou irá morrer; já na teologia, "crisis" se refere ao julgamento final anunciado por Jesus no fim dos tempos. Posteriormente, esta dupla acepção é bifurcada e crise não mais se confunde com julgamento, dissolvendo-se completamente a capacidade de decidir para, então, ter-se um contínuo estado de exceção. Crise vira sinônimo de normalidade.[78]

François Quesnay, no século 18, trouxe à tona o moderno conceito de segurança: como meio de prevenir a fome, problema constante por que passavam os Estados europeus, geralmente se propunha a criação de celeiros públicos e a proibição de exportar cereais, mas a partir da teoria econômica dos fisiocratas, a preocupação

77. ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal*: invertendo o discurso da ordem. Disponível em: [www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf]. Acesso em: 10.01.2015.

78. AGAMBEN, Giorgio. "*Por uma teoria do poder destituinte*". Disponível em: [http://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituinte-de-giorgio-agamben]. Acesso em: 22.11.2014.

política passou a ser não mais a prevenção, mas a administração da fome assim que ela aparecesse. Isso porque seria inútil alterar a ordem natural das coisas – resumida na máxima "laissez faire, laissez passer" ("deixai fazer, deixai passar"). Nascia, assim, um novo paradigma de governo no qual a segurança tem por objetivo a habilidade de bem governar os perigos – e não a de preveni-los. Uma vez que ter o domínio das causas é tarefa árdua e muito custosa, opta-se pela tentativa pragmática de controlar apenas os efeitos – o que se pode visualizar, por exemplo, na criação, no século 18, de métodos de identificação biométrica por impressões digitais direcionados não para a prevenção de crimes, mas para registrar os criminosos reincidentes.[79]

A lógica circular continua a mesma: ao invés de se averiguarem sociologicamente as razões do elevado número de presos por crimes patrimoniais no Brasil, reclamam-se penas ainda mais severas aos infratores. Luciano Oliveira constata exatamente isso ao analisar como os editoriais de veículos de comunicação retratam os meninos de rua que praticam assaltos: mediações sociológicas são *ab initio* rejeitadas, consumando-se uma adesão automática ao senso comum – que, em geral, tem uma reação epidérmica, à flor da pele, que privilegia atitudes imediatistas e se abstém de refletir para além da aparência.[80]

4.8. O isolamento da política criminal

Alardeava Hans Welzel que, na dogmática penal, o causalismo era *cego* enquanto o finalismo seria *vidente*.[81] A validade dessa afirmação é hoje bastante questionada pela doutrina,[82] mas uma outra combinação é possível: sem as observações empíricas proporcionadas pela criminologia, a política criminal – que cuida da programação criminalizante – torna-se completamente (quando não deliberadamente) cega à realidade concreta do sistema penal.

Trazendo à tona o problema da definição do delito, as teorias da reação social ou "labeling approach" entendem ser indispensável, para a compreensão da criminalidade, o estudo da atuação das agências oficiais que ditam o que seja crime e contra ele reagem. Nesse sentido, deve-se ir desde a atuação legislativa abstrata ou criminalização primária até a sua aplicação concreta pelas agências de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário, agentes penitenciários). Estas, por sua vez, não "detectam" a existência de uma conduta criminosa: o que fazem é "produzi-la"

79. Idem.
80. OLIVEIRA, op. cit, p. 2.
81. CIRINO DOS SANTOS, 2005. p. 16.
82. Cf. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 232-235.

ao etiquetarem-na como tal, a partir de *metarregras*,[83] de modo que caracterizar um ato como criminoso ou não irá depender do que será feito a respeito.[84]

Porta-se Jakobs, conforme assinala Juarez Cirino, como penalista no sentido literal da palavra, pois acredita no direito penal como método de luta contra a criminalidade.[85] Não percebe, contudo, que as indesejadas práticas de violência pessoal, sexual e patrimonial nas sociedades contemporâneas se atrelam diretamente à exclusão das massas marginalizadas do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania. Mesmo o terrorismo – que, segundo o jurista alemão,[86] conduz a uma guerra contra o terror que não pode ser enfrentada com os meios próprios a um Estado de Direito, pois do contrário se trataria aos inimigos como pessoas e, sendo assim, eles não poderiam ser vistos como fontes de perigo – é, acima de tudo, um problema *político* (de um Estado com outro Estado ou com grupos de indivíduos) que reclama soluções igualmente políticas, e no qual a violência institucional tão somente o agrava.[87]

4.9. Ambiente e ausência de apoio cognitivo

Desde uma apreciação criminológica dos fundamentos da culpabilidade é possível inferir que a missão oficial a que se propõe o direito penal é a de controlar as condutas humanas a fim de se evitar a lesão a bens que gozariam de uma particular relevância e, por isso, seriam dignos de uma especial tutela. Para tanto, parte do pressuposto de que o sujeito é capaz de agir racionalmente e que, por conseguinte, deve responder por suas escolhas – tanto é assim se isenta de pena aqueles que, ao tempo da ação, não compreendiam a ilicitude do seu ato ou, ainda que o compreendesse, eram incapazes de se comportar de tal modo (por insanidade mental, por exemplo). Indispensável, pois, que se remeta à gênese do sentimento de obrigatoriedade, é dizer, a internalização do dever.[88]

---

83. Metarregras ou "basic rules" é um termo empregado por Fritz Sack para indicar os preconceitos, estereótipos e outros traços pessoais que atuam decisivamente no processo de criminalização. Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 104-109.
84. 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. p. 57.
85. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O direito penal do inimigo – ou do discurso do direito penal desigual. In: Liber Amicorum: *homenagem ao Prof. Dr. Antonio José Avelãs Nunes*. São Paulo/Coimbra: Coimbra, 2010. p. 541.
86. JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en Derecho?. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Org). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006. p. 77-92.
87. CIRINO, 2010, p. 553.
88. TANGERINO, 2010, p. 111.

A vontade, na filosofia kantiana, pode assumir tanto a forma autônoma como a heterônoma: pela primeira o indivíduo faz suas escolhas baseadas num juízo moral universal (o que se escolhe deve ser o mesmo que os outros escolheriam nas mesmas circunstâncias), enquanto que pela segunda se tem a vontade pela vontade, o querer pelo querer (imperativos hipotéticos). Desse modo, o sujeito é moralmente heterônomo quando se determina de acordo valores que lhe são externos e é moralmente autônomo quando se baliza por dispositivos internos.[89]

A sociologia durkheimiana, perfilhada num viés heterônomo, vinculava o agir corretamente ao ato de fazer aquilo que a sociedade julgasse como correto, ou seja, obedecer a um sistema moral já posto. Nesse sentido, um determinado fato se tipificaria como crime por ser reprovável – e não o inverso –, concepção da qual se aproxima em grande medida William Sumner ao empregar o termo *mores* (regras morais) para designar as regulamentações externas da sociedade que traçam os limites do agir individual.[90]

De outro lado, no âmbito da psicologia, Jean Piaget preconiza que a formação moral do sujeito se inicia por uma fase de anomia, na qual ainda não se tem nem mesmo consciência das consequências do próprio agir; caminha-se, em seguida, para uma fase de heteronomia, na qual o agir é determinado por fontes externas de legitimidade, como os pais e os professores, por exemplo; e, só após percorrido esse trajeto, é alcançada a autonomia, que se radica no agir em conformidade com a razão a partir de determinados princípios morais.[91]

Guiando-se por fio semelhante, Lawrence Kohlberg classifica em três as etapas da moralidade, subdivididas em estágios: a primeira, *pré-convencional*, é inicialmente marcada pelo egocentrismo e o cumprimento das regras por receio do castigo (estágio 1) para depois se assentar num individualismo que leva em conta os próprios interesses tendo em vista que as outras pessoas fazem o mesmo (estágio 2); a segunda, *convencional*, centra-se nas relações interpessoais e nas mútuas expectativas decorrentes dessas interações, surgindo a preocupação de manter uma boa conduta perante si mesmo e os outros (estágio 3) e, posteriormente, pela noção de que as obrigações acordadas, mesmo que não albergadas juridicamente, sempre se devem cumprir como forma de garantir o funcionamento das instituições (estágio 4); a terceira, *pós-convencional*, caracteriza-se pelo reconhecimento de que a sociedade é integrada por diferentes grupos que têm, cada um deles, opiniões próprias, mas que existem certos interesses em comum que precisam ser legalmente protegidos por uma espécie de contrato social com o propósito de resguardar,

89. Idem, p. 113.

90. Idem, p. 114.

91. Idem, p. 115.

indistintamente, o bem-estar da coletividade, sobrepondo-se a lei (concebida como neutra) à própria moral (que é relativa) em situações de conflito (estágio 5), para enfim se acreditar na validade de princípios morais universais ao tomar as pessoas como fins em si mesmas (estágio 6).[92]

Já nos passos da psicanálise, Freud salienta que a fonte primária e essencial do psiquismo humano é a busca do prazer. Na fase infantil, o próprio ego é o centro da sua libido, o ato prevalece sobre o pensamento, porque a libido é atividade em si mesma e por si mesma, isto é, não há um direcionamento da pulsão a um objeto determinado. O princípio da realidade, entretanto, produz dor e constantemente se choca com o princípio do prazer ao impedir a sua realização concreta e, simultaneamente, permite a libertação de uma vivência alucinógena desse desejo, que é então reapresentado por possibilidades concretas de seu alcance.[93]

O mecanismo interno responsável pelo freio moral do agir individual a partir da introjeção dos valores ditados pela autoridade (civilização) é denominado superego, que notadamente se alinhava a uma concepção heterônoma de moralidade. A repressão dos instintos delitivos por meio da ação do superego, segundo Freud, não elimina, contudo, os instintos, que se assentam no inconsciente juntamente a um sentimento de culpa, que por sua vez gera a tendência à confissão, afetando-se radicalmente a tradicional noção de culpabilidade no direito penal.[94]

Assim, a pena infligida a quem delinque atua como contrabalanceamento à pressão dos impulsos reprimidos de tal forma que a punição representa uma defesa e um reforço ao superego, é dizer, o ego aplaude a punição de outras pessoas reais porque tem necessidade de receber esse reforço ao próprio superego para reprimir a pulsão de praticar o mesmo desvio – é uma reação defensiva do ego contra os próprios impulsos. Desse modo, a psicanálise põe em xeque a exaltada função declarada da pena de erradicar a criminalidade, posto que reflete um mecanismo psicológico universal, necessário e ineliminável pela sociedade, uma concepção antropológica que, no entanto, é a histórica, pois não incorpora em sua análise as contradições materiais das relações socioeconômicas que consubstanciam o conteúdo do desvio.[95]

Erich Fromm, a partir das formulações marxistas de que o ser humano seria um animal social (um ser de práxis) e não um animal político – como era classicamente imagino por Aristóteles –, denunciou a ingenuidade da base metodológica

92. Idem, p. 118.

93. Idem, p. 122.

94. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 45.

95. Idem p. 47.

mecanicista de Freud e o seu intrínseco fisiologismo, para consignar ao ser humano um caráter supra instintivo que não se limitaria a satisfazer necessidades biológicas quando a sobrevivência física não está ameaçada, mas a buscar soluções às contradições de sua existência, isto é, dar um significado à própria vida.[96]

A reprovação da conduta de um delinquente se aporta, destarte, na presunção de que ele escolheu agir contra um valor que ele deveria reputar relevante, porquanto membro da sociedade. Ocorre que esse criminoso, que é selecionado pelas agências de criminalização, ainda que compartilhe das mesmas metas culturais da sociedade capitalista que abstratamente integra, pode não ter, como de fato a maioria não tem, as vias lícitas para atingir esses objetos de desejo.[97]

Sob o ponto de vista da análise do comportamento – particularmente o behaviorismo radical de B. F. Skinner, que não se confunde com a vertente mecanicista de J. B. Watson –, conquanto a punição seja utilizada a fim de induzir as pessoas a não agir de determinado modo, removendo-se as contingências punitivas daquelas condutas que foram sujeitas à sanção muito provavelmente elas irão ressurgir. Ao ser punido, o indivíduo não se sentirá, só por isso, menos propenso a reincidir – no máximo aprenderá a evitar a punição, precavendo-se para não ser pego novamente.[98]

Uma estratégia bem mais razoável para se evitar a prática de atos indesejáveis pela comunidade é modificar o ambiente para que o comportamento tenha menos probabilidades de ser punido. Toca-se explicitamente na questão estrutural – se todos têm igual acesso a um bem, ninguém precisará subtraí-lo de outrem, por exemplo. Ademais, a construção de ambientes onde as pessoas possam praticar atos que substituam comportamentos passíveis de punição – espaços de lazer e esporte, p. ex. – também pode surtir efeitos positivos na redução da violência.

A responsabilidade tem sido o conceito central a distinguir os seres humanos das outras espécies de animais. Um indivíduo é responsabilizado juridicamente por sua conduta quando pode ser legitimamente punido pelo injusto que praticou. Mas o que uma pessoa intenta fazer irá depender daquilo que fez no passado e do que então aconteceu. Nesse sentido, o ambiente social que é responsável pelo comportamento censurável e é ele que precisa sofrer modificação – e não qualquer atributo do indivíduo.[99]

No âmbito das neurociências, Benjamin Libet submeteu algumas pessoas a um teste de observação neurológica no qual solicitava a elas que iniciassem

96. VIANA, Nildo Silva. Fromm crítico de Freud. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, ano X, n. 110, p. 45, jul. 2010.

97. MERTON *apud* BARATTA, 2002, p. 63.

98. SKINNER, B. F. *Para além da liberdade e da dignidade*. Lisboa: Edições, 70, 2000. p. 54.

99. Idem, p. 64.

espontaneamente um determinado movimento do braço, anotando, em seguida, o momento exato no qual a decisão foi tomada – que, conforme o esperado, precedia o próprio movimento corporal. Observou, todavia, um lapso temporal entre o transcurso dos processos inconscientes observados nas áreas primárias e associativas do córtex cerebral e o ato consciente que a pessoa experimenta como sua própria decisão, levando-o a constatar que haveria no cérebro uma espécie de "potencial de disposição" específica para cada tipo de ação antes mesmo de a pessoa decidir praticar o ato e que, por conseguinte, os processos cerebrais determinam as ações conscientes. Outros estudos comprovariam que, sob certas circunstâncias, os indivíduos podem executar ações nas quais só ulteriormente atribuem suas próprias intenções.[100]

Habermas contesta a possibilidade de generalização dos resultados desse experimento, que se adstringiriam aos movimentos corporais arbitrários que concederiam poucas frações de segundos aos seus agentes da tomada de decisão à execução da ação, ao que acresce Vives Antón que a determinação do momento da decisão ocorre numa sequência temporal reflexiva – e não na sequência empírica dos fatos neurofisiológicos observáveis. O aparecimento da linguagem como processo de desenvolvimento da evolução natural dispensa o dualismo entre corpo e alma, enquanto instâncias autônomas, porquanto agir livremente não significa total indeterminação, mas uma conjugação de diversos controles flexíveis. O determinismo confunde alienação social e alienação mental e tenta reduzir toda enfermidade a uma perturbação do funcionamento nervoso.[101]

A prisão e o hospital são instituições centrais da sociedade que, por sua vez, atuam na manutenção da exclusão social, como conclui Foucault;[102] A imagem da prisão não deveria ocupar o centro da sociedade, pois é irracional fomentar a exclusão em vez de reduzi-la, mas para tanto o castigo precisaria superar sua vinculação ao ressentimento – a sede de vingança. Esse acúmulo de veneno rancor, segundo Nietzsche, associa-se à moral judaico-cristã e impede o homem de viver efetivamente e desfrutar o presente sem remoer continuamente ao passado, indigestão essa ante a qual postula não a supressão do sofrimento, mas o sofrimento como enérgico estimulante para a elevação do homem, que "sacode de si com um solavanco muitos vermes que em outros [homens] se enterrariam", na medida em que há formas diversas de se responder a uma agressão, inclusive e sobretudo pelo esquecimento – é dizer, a libertação do

100. VIVES ANTÓN, Tomás. Ley, lenguahe y liberdad: sobre determinismo, libertades constitucionales e Derecho penal. *Teoria e Derecho*: Revista de pensamento jurídico, Valencia, n. 11, jun. 2012. p. 181.

101. Idem, p. 182.

102. Cf. FOUCAUL, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

espírito pela assimilação (digestão) dos sentimentos ruins, e não apenas pelo *des-culpar*, pois a culpa caminha lado a lado do ressentimento.[103]

Um direito penal simbólico ou da periculosidade cuja condição de pessoa se adstringiria àqueles que, "autoconscientes" de sua própria liberdade, ofertariam um apropriado grau de segurança cognitiva em relação aos seus comportamentos futuros, sem qualquer (co)responsabilidade política do Estado e da sociedade, não tem, ele mesmo, qualquer suporte fático. É uma dogmática penal pura, dissociada do mundo do ser.[104]

4.10. Um modelo meramente descritivo?

É comum a alegação de Jakobs de que o seu modelo constitui quase que integralmente uma descrição de quem o sistema penal trata como inimigo e um prognóstico de quem receberá o mesmo tratamento no futuro, constatações, portanto, sem ter o exato propósito de converter alguém artificialmente em inimigo.[105] Pavarini concorda em parte com esse argumento, pois o tratamento dispensado aos encarcerados do cruelmente universal sistema penitenciário é o mesmo dado aos inimigos de guerra – sujeitos que não transmitem confiança e, por isso, precisam ser eliminados como forma de defesa social.[106]

Uma coisa, porém, é observar que uma parcela dos que violam as leis penais são concretamente encarados como inimigos – outra bem diferente é propugnar que alguns indivíduos, quem quer que sejam e a quantidade que representem, não devem ser destinatários das mesmas garantias conferidas aos cidadãos. Não é senão o que Jakobs postula: que a intimidação somente tem por alvo dirigir aqueles que carecem de disposição jurídica e que a pena nos moldes do Estado de Direito é insuficiente em alguns casos – ainda que com a ressalva de que o direito penal do inimigo deve se limitar ao necessário.[107] Intimidar os desiguais e corrigir aos semelhantes – como propunha Liszt dois séculos atrás.

---

103. NIETZSCHE, Friedrich *apud* PASCHOAL, Antonio Edmilson. *Estudos Nietzsche*. vol. 3, n. 2, p. 183-206, Curitiba, jul.-dez. 2012.

104. Para um estudo da metodologia da pureza normativa e sua relação com o poder, cf. WARAT, Luis Alberto. A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Ed. UFSC, 1983.

105. JAKOBS, Günther. Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. *PANÓPTICA – Direito, Sociedade e Cultura*, vol. 2, n. 7, p. 197-213, fev. 2008. Disponível em: [www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/258/280]. Acesso em: 28.11.2014.

106. PAVARINI, op. cit., p. 175.

107. JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004. p. 42.

Essa dimensão legitimadora-afirmativa do conceito de inimigo é também criticada por Luís Greco,[108] para quem, a uma, embaraça a fixação de limites *inultrapassáveis* ao poder estatal de punir por se estribar na existência de um potencial para o cometimento de delitos a exigir regularmente estratégias *inimagináveis* para o seu combate. A uma, dizer que o estranho conserva um resquício de personalidade e que, por isso, o direito penal do inimigo não poderia suplantar a medida do necessário, só confirma que o tratamento por ele recebido é meramente instrumental e utilitário – logo, orientado a uma coisa e não a uma pessoa. A duas, porque a história da humanidade é farta em exemplos de concepções baseadas na distinção amigo/inimigo que justificaram o autoritarismo, a segregação e o extermínio em massa de grupos étnicos – aplicando, pois, seletivamente, a prognose de periculosidade. O termo "inimigo" é tão carregado valorativamente que o seu uso apenas para descrever um fato, conclui Greco, é tão tortuoso quanto provável.[109]

5. A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO CRIMINOLÓGICA DA DOGMÁTICA PENAL

Uma sociedade desigual cerceia até mesmo as chances de as pessoas se conceberem como sujeitos capazes de participar da comunidade de comunicação. Jakobs assegura que, na Alemanha, o Estado confere uma garantia mínima de existência a qualquer ser humano, uma espécie de "bolsa" em dinheiro que, mesmo módica, é o bastante para propiciar alimentação, moradia e calefação contra o frio. Isso o leva a uma importante proposição que, por certo, é a base de apoio de toda a sua elucubração teórica: em princípio, há condições para que os membros de todas as classes tratem de participar da sociedade civil, isto é, reconheçam e se conformem ao direito.[110]

Se isso é o que de fato sucede na Alemanha – e generalizações inevitavelmente guardam um potencial sobreincludente,[111] por mais remotas que pareçam as exceções –,[112] não é, empiricamente, o que se visualiza cotidianamente desde a margem

108. GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, vol. 1, n. 7, Campos dos Goytacazes, dez. 2005. Disponível em: [http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf]. Acesso em: 29.11.2014. p. 230.

109. Idem, p. 239.

110. JAKOBS *apud* MIZRAHI, op. cit, p. 54.

111. Sobre a questão do potencial sub e sobreincludente das normas na teoria do direito, cf. SCHAUER, Frederick. *Las regras em juego*: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, 2004.

112. A rede de notícias alemã Deutsche Welle (DW) noticiou em outubro de 2011 que, segundo pesquisa da Universidade de Hamburgo, há cerca de 7,5 milhões de adultos analfabetos no país. Considerando que sua população total é estimada em 82 milhões de habitantes, isso

latino-americana, onde desigualdades de toda ordem saltam aos olhos nas ruas.[113] Amparado em Hegel, Jakobs acredita piamente que o Estado é "o reino da liberdade realizada".[114] Não para os tratados com indiferença pelo próprio Estado, contudo – e este acréscimo faz toda a diferença. A questão dos excluídos deve se esquivar de uma análise de viés simplesmente econômico: a necessidade de sua inclusão não é um problema dessa natureza, e sim um problema ético e político, de modo que ela não pode ser pautada pela capacidade que cada indivíduo possui para participar da produção de riquezas. Perpassa, assim, pela afirmação de um conceito de pessoa diverso do da lógica mercantil organicista.

A pretensão de universalidade da dogmática jurídica pela colonização de teorias alienígenas, a-históricas e desconexas com a realidade de um povo – a exemplo da antropologia lombrosiana recepcionada em fins do século 19 por Nina Rodrigues na Bahia, logo numa província predominantemente africana –, revela na teoria do direito penal do inimigo o seu feitio mais obsceno e letal. Essa criação da Criminologia na América Latina como *tradução* do positivismo, como fala Máximo Sozzo, ou *assombroso transplante*, na linguagem de Roberto Bergalli, reflete uma importação cultural de racionalidades que, consideradas neutras, são na verdade deformadores, por etnocêntricas.[115] Para que outros doutores Levenson,[116] como na (quase) ficção de Jorge Amado, não continuem a ditar copiosamente o que se estuda e discute na periferia, indispensável que se proceda à antropofagia das ideias advindas do centro, fazendo emergir os saberes locais ao invés de, num gesto de automenosprezo e submissão intelectual, espontaneamente incorporar aqueles.

representaria uma taxa de analfabetismo de 9% – um indicador de que a inclusão social de todos, mesmo na terra de Kant e Hegel, é ainda um grande desafio. Disponível em: [http://dw.de/p/12kcX]. Acesso em: 04.12.2014.

113. O relatório "Equilibre o jogo! É hora de acabar com a desigualdade extrema", divulgado em outubro de 2014 pela ONG britânica Oxfam International, aponta que a América Latina é a região mais desigual e insegura do mundo, reunindo 41 das 50 cidades mais violentas do planeta, 16 delas no Brasil. Disponível em: [www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/cr-even-it-up-extreme-inequality-291014-summ-pt.pdf]. Acesso em: 04.12.2014.

114. *Apud* MIZRAHI, op. cit, p. 44.

115. BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (org.). *Sociologia e Direito: explorando interseções*. Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito/ UFF, 2007.

116. Na obra "Tenda dos Milagres", o Doutor James Levenson é um renomado professor norte-americano, ganhador de Prêmio Nobel, que, em visita ao Brasil, faz de um autor baiano, até então desconhecido em sua própria terra, o repentino objeto de interesse de toda a imprensa e dos intelectuais da região – o que antes fora tentado, sem sucesso, por professores nacionais.

Num Estado que se pretenda ser democrático, Vera Andrade consigna, com razão, que o papel do direito penal deve ser – a curto e médio prazos – o de promover um garantismo criminologicamente fundamentado, no qual a crítica ao real funcionamento do sistema criminal apurada pela criminologia siga ao encontro do aspecto garantidor da Dogmática Penal.[117] Deve, porém, estar cravado no horizonte utópico de superação desse vigente modelo de controle social pela exclusão – só deveras realizável num outro Estado (ou melhor, em um "não Estado") para além do capitalismo, porquanto a abolição da pena amputaria o bastião do poder estatal: sua capacidade de legislar.[118] Entretanto, tamanha pretensão pressupõe superar, antes, a reprodução do discurso autolegitimador do direito que opera a naturalização de uma ralé de "pessoas" – ou que sequer chegam a isso, porque perderam a voz, a imagem e a própria humanidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. *Homo Sacer:* o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. "Por uma teoria do poder destituinte". In: [http://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituinte-de-giorgio-agamben]. Acesso em: 22.11.2014.

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.

_____. *Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão.* Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*: Estudos Jurídicos e Políticos, vol. 26, n. 50, p. 9-10, jan. 2005. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185]. Acesso em: 22.11.2014.

ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal*: invertendo o discurso da ordem. Disponível em: [www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf]. Acesso em: 10.01.2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

117. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 233.

118. TAVARES, Juarez. Os objetivos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Direito e Psicanálise*: Interseções a partir de "O Processo" de Kafka. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 52.

BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (org.). *Sociologia e Direito: explorando interseções*. Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito/ UFF, 2007.

BORGES, Clara; OLIVEIRA, Vivian de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, vol. 57, p. 239, Curitiba, dez. 2013.

BUSATO, Paulo César. A realidade das unidades de polícia pacificadora e o discurso legitimador do medo: mais um exemplo de direito penal do inimigo. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal – Homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012.

_____. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O direito penal do inimigo – ou do discurso do direito penal desigual. In: Liber Amicorum: *homenagem ao Prof. Dr. Antonio José Avelãs Nunes*. São Paulo/Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2005.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. 2012. 309 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, vol. 1, n. 7, Campos dos Goytacazes, dez. 2005. Disponível em: [http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf]. Acesso em: 29.11.2014.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *As funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara*. 2006. 381 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88528/234043.pdf?sequence=1]. Acesso em: 18.10.2014.

MIZRAHI, Esteban. *Los pressupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo*: conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza, 2012.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. *PANÓPTICA – Direito, Sociedade e Cultura*, vol. 2, n. 7, p. 197-213, fev. 2008. Disponível em: [www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/258/280]. Acesso em: 28.11.2014.

_____. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

_____. *La pena estatal:* significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Disponível em: [www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/pena_estatal.doc]. Acesso em: 19.10.2014.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

_____. Terroristas como personas en Derecho?. In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (Org). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.* vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Sujeito de direito e capitalismo.* 2012. 177 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

LE BLANC, Guillaume. *A vida pode ser fora das normas?* São Paulo: CPFL Cultura, 2010. (46 min.), son., color. Legendado. Disponível em: [http://vimeo.com/50990374]. Acesso em: 14.11.2014.

_____. História da loucura na Idade Clássica: uma história da pobreza. In: VEIGA-NETO, Alfredo; FONSECA, Márcio Alves da; MUCHAIL, Salma Tannus. *O mesmo e o outro: 50 anos de História da loucura.* Belo Horizonte: Autêntica, 2013. Cap. 12.

LIZST, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão.* Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C Editores, 1889.

LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento.* São Paulo: Cortez, 2000.

LUHMANN, Niklas. Inclusión e exclusión. *Acta Sociológica*, Ciudad de México, n. 12, set.-dez. 1994.

_____. *La sociedad de la sociedad.* Ciudad de México: Herder, 2006.

NAVARRETE, Miguel Polaino. Dimensiones básicas del funcionalismo jurídico-penal: algunas consideraciones críticas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, n. 79, Bogotá, 2005. p. 56.

NIETZSCHE, Friedrich *apud* PASCHOAL, Antonio Edmilson. *Estudos Nietzsche*, vol. 3, n. 2, p. 183-206, Curitiba, jul.-dez. 2012.

OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos 'existem'? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 33, São Paulo, fev. 1997.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança.* Curitiba: ICPC, 2012.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALLES, Marcelo. *A TV é ponta-de-lança dos interesses internacionais: entrevista com Gilberto Felisberto Vasconcellos.* Observatório da Imprensa, Rio de Janeiro, 23.01.2006. Disponível em: [www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a-tv-e-pontadelanca-dos-interesses-internaciona-is]. Acesso em: 11.01.2015.

SCHAUER, Frederick. *Las regras em juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal – Libro homenaje a Claus Roxín*. Barcelona: Bosch, 1997.

SKINNER, B. F. *Para além da liberdade e da dignidade*. Lisboa: Edições, 70, 2000.

TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____; D'ÁVILA, Fábio Roberto; CARVALHO, Salo de. O direito penal na "luta contra o terrorismo": delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais (O caso do Movimento dos Trabalhadores sem Terra). In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal – Homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012.

TAVARES, Juarez. Os objetivos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Direito e psicanálise: interseções a partir de "o processo" de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIANA, Nildo Silva. Fromm crítico de Freud. *Revista Espaço Acadêmico*, ano X, n. 110, p. 45, Maringá, jul. 2010.

VIVES ANTÓN, Tomás. Ley, lenguahe y liberdad: sobre determinismo, libertades constitucionales e Derecho penal. *Teoria e Derecho: Revista de pensamento jurídico*, n. 11, p. 181, Valencia, jun. 2012.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. UFSC, 1983.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los "extraños". In: MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara (org.). *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no século XXI, de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães – *RCP* 6/127-150, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/55-82 (DTR\2007\12).

O DIREITO FUNDAMENTAL À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE INDIVIDUALIZATION OF SENTENCE: A CRITICAL ANALYSIS BASED ON THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

Doutor em Direito pela Unisinos-RS. Mestre em Direito pela Unijui-RS. Especialista em Direito pelo Iesa e Unijuí, RS. Professor do Curso de Mestrado em Direito da URI, campus de Santo Angelo, e de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal no Iesa. Juiz de Direito.
JFDCLyra@tj.rs.gov.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O artigo trata do direito fundamental à correta individualização judicial da pena, sob o fundamento da teoria da pena proporcional ao fato, indicando a necessidade de racionalização em termos dogmáticos desse processo. Aponta para a necessária normatização dos vetores de gradação judicial da pena, que deverá atentar, de forma proporcional, à gravidade do fato e à personalidade do agente.

PALAVRAS-CHAVE: Determinação da pena – Princípio da proporcionalidade – Culpabilidade – Teorias da determinação da pena.

ABSTRACT: The article deals with the fundamental right to proper judicial individualization of punishment on the grounds of the theory of punishment proportional to the fact, indicating a need for rationalization in dogmatic terms of this process. It points to the necessary standardization of judicial gradation vectors of the sentence which should attend, proportionally, the seriousness of the fact and the agent's personality.

KEYWORDS: Determination of the sentence – Proportionality principle – Guilt – Theories in determining the sentence.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a culpabilidade como direito fundamental a determinação da pena justa – 2. A teoria da pena proporcional ou da proporcionalidade pelo fato – 3. Uma síntese provisória: análise crítica da teoria neoproporcional – 4. Algumas considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO: A CULPABILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL A DETERMINAÇÃO DA PENA JUSTA

O ato judicial de determinar a pena a um crime pode ser qualificado como ato de discricionariedade juridicamente vinculada, pois o juiz pode mover-se, em princípio,

livremente, no marco legal previamente determinado, de forma abstrata, pelo legislador, quando estabeleceu a penalidade ao delito. Dessa forma, no momento da individualização judicial da pena, o julgador assume a importante função de concretizar a cominação legal no caso concreto, obviamente, orientado por princípios constitucionais e pelos textos legais, donde se extraem os fins do Direito Penal e da própria penalidade,[1] bem como os limites e garantias do réu.[2-3-4] Cuida-se de um processo mediante o qual o juiz estabelece a quantidade de pena que merece determinado sujeito cuja ação se encontra subsumida a um tipo delituoso, especificando quais os fatores que contam na referida atividade. Trata-se de um juízo racional de reprovação, na doutrina de Zaffaroni e Slokar, que não busca legitimar o exercício do poder punitivo, mas, sim, limitar, racionalmente, o exercício desse poder.[5] Não se confunde com *decisionismos* ou *arbitrariedades*. Ao contrário, *a pena merecida*, na lição de Roxin, deve ser buscada como uma gradação do juízo de culpabilidade e corresponder à gravidade do crime, possuindo a finalidade político-criminal de restabelecer a paz jurídica perturbada e de fortalecer a consciência jurídica da comunidade. Logo, não se trata de uma operação metafísica (busca da essência da pena exata); ao contrário, cuida-se de uma operação valorativa, delimitada pela culpabilidade.[6] Dessa maneira, a correta determinação da quantidade apresenta-se uma verdadeira exigência moral de se obter *respostas corretas*[7] em direito,[8] em

1. Consultar ZEIDAN, Rogério. *Direito penal contemporâneo*: fundamentos críticos das ciências penais. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 163-175.
2. Conforme DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena em el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, vol. 50, p. 324, 1997.
3. No trato do sistema das garantias, ver, por todos, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 851-905.
4. Ver ROIG, Rodrig o Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49 e ss.
5. ZAFFARONI, Raul Eugenio; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 512.
6. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*. trad. de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 96-97.
7. Leitura obrigatória de DWORKIN, Ronald. *Justiça para os ouriços*. trad. de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Almedina, 2012. p. 105-165. De igual sorte, do citado mestre, *Império do direito*. trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Matins Fontes, 1999. p. 55-333.
8. Nesse sentido, por todos, ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 339 e ss. Também importa a leitura do mesmo autor, *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 281 e ss. No

atenção ao princípio da igualdade na distribuição do castigo, ou seja, como uma questão de justiça distributiva.[9-10]

Com efeito, sob influxos de um Estado Democrático de Direito, a correta individualização da pena é uma garantia do indivíduo,[11] em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana,[12] que, aliado ao princípio da legalidade, confere segurança jurídica (igualdade) e racionalidade ao castigo, assentando a premissa fundamental de que alguém só será punido quando se puder lhe imputar um fato típico e ilícito. Dessarte, a concreção da pena erige-se como um direito fundamental do indivíduo decorrente do metaprincípio da dignidade da pessoa humana,[13] que, na sua função-limite, impede a instrumentalização do homem em prol de interesses sociais de segurança. Assim, evita-se o sacrifício de direitos da pessoa no interesse da coletividade, uma vez que, nos ensinamentos de Roxin, a aplicação da pena só se legitima quando conseguir harmonizar as necessidades preventivas da comunidade jurídica com a autonomia da personalidade do delinquente. E tal ideal somente pode ser atingido quando não se fere o imperativo kantiano no sentido de que o homem, que não se confunde com objetos e coisas, em Direito, somente deve ser julgado na medida de sua pessoa, jamais como mera utilidade para outros fins. Por isso, segundo o referido mestre, a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.[14] No limite, o princípio da culpabilidade,

mesmo sentido, STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia*: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

9. Segundo PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 31, 2008, p. 600. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.
10. Consultar ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho* penal: a quién deve sancionarse y em qué medida. trad. de Manuel Cancio Meliá e de Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.
11. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal:* fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 181.
12. MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montevidéo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 202-203.
13. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 63 e ss.
14. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 2004. p. 34-35. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 129-136.

que é um princípio fundamental do Direito Penal, estabelecendo que não há pena sem culpabilidade, constitui-se, efetivamente, barreira à utilização do ser humano como um mero instrumento para consecução de fins sociais, notadamente, preventivos.[15]

Observa-se a temática da individualização judicial do castigo, embora relevante, ainda se ressente de um desenvolvimento aprofundado pela dogmática jurídica, que não assumiu a função social de firmar uma *tradição* (que, em termos hermenêuticos, consiste na construção de pré-conceitos autênticos),[16] apta a orientar as decisões judiciais, não sendo por acaso que a atividade se subsuma, em muito, na subjetividade dos juízes. E, desse diagnóstico, não escapa a realidade brasileira.[17] Com efeito, a dogmática jurídica não teve o mesmo desenvolvimento e aprimoramento teórico experimentado pela sistematização da teoria do delito.[18] Nesse estado da arte, encontra-se a doutrina espanhola, não obstante se detecte uma crescente preocupação dos pensadores no afã de construir fundamentos normativos[19] para a determinação da pena justa. Sob essa ótica, vejam-se as

15. CEREZO MIR, José Cerezo. *Derecho penal*: parte general I. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 850-851.

16. Conforme GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I:* Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 354 e ss. Como refere Gadamer, à p. 355, "toda interpretação correta tem que se proteger da arbitrariedade de instituições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para 'as coisas em si mesmas" (que para os filósofos são os textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas)". Consultar, no mesmo sentido, HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo:* parte I. 14. ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 56 e ss.

17. É verdade que existem obras, de notável importância, cuidando do tema da individualização judicial da pena. Entretanto, penso que carece de melhor aprofundamento teórico o arcabouço teórico dos critérios que deveriam delimitar a função da culpabilidade enquanto o *quanto da pena*. Nesse particular, veja-se a excelente obra de BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

18. As etapas do racionamento sistemático do Direito Penal são dadas por SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal:* cuestiones fundamentales. trad. de Jesus Maria Silva Sánchez. Montevidéu; Buenos Aires: IBDEF, 2012. p. 01-77.

19. Pode-se referir que, para o *normativismo, o* Direito Penal e sua dogmática estão informados por princípios fundamentais (como o da danosidade social e o teorema do bem jurídico, que formam o dever-ser do sistema penal), que protegem o indivíduo e possibilitam uma adequada ordenação das premissas normativas e ontológicas que permeiam o discurso jurídico. Consultar BARRERA, Jorge; GARMENDÍA, Mario Pereira. *Teoría del delito y praxis penal*: aportes del normativismo. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2012. p. 02-38.

conclusões de Feijoo Sanchez[20] e Silva Sanchez,[21] que estimam que a dogmática jurídica espanhola ainda é incipiente no trato da questão, o que culmina em propiciar ao julgador uma ampla margem à discricionariedade judicial no momento de individualizar a reprimenda. Vislumbra-se, portanto, no seio dos juristas espanhóis, uma notável preocupação com o denominado *intuísmo judicial*, que tem imperado na quantificação da pena.[22] Nessa mesma situação, como já dito, encontra-se a doutrina no Brasil, que, também, não aprofundou o debate acerca da individualização judicial da pena, tema esse relegado, inteiramente, ao julgador, que, não raro, funcionaliza a sanção penal como política criminal de primeira magnitude,[23] de forma direta, sem a devida mediação por critérios normativos/dogmáticos. Com esse proceder, fere-se a *integridade* do Direito,[24] pois a pena justa nada mais é de que o atendimento ao direito fundamental de o cidadão obter respostas devidamente fundamentadas em critérios normativos, enfim, de receber uma jurisdição fundada no direito.[25]

Há, portanto, um desenvolvimento desigual entre a sistematização levada a cabo pela teoria do delito e o edifício conceitual da individualização judicial da pena, que, na lição de Silva Sánchez, se deve ao fato de que, normalmente, a questão da individualização da pena sempre esteve relacionada com a discussão acerca dos fins da pena (e, pois, a aspectos de política criminal), fato esse que teria impedido seu

20. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, vol. 1, n. 403, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

21. SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, Barcelona, n. 2, abr. 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/426_es.pdf]. Acesso em 20.02.2015.

22. A dogmática jurídica desenvolveu, de forma extraordinária, a questão da legitimidade da pena, não se interessando pelo "quanto", segundo PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 31, 2008, p. 603. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/ obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

23. Como adverte SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 04-05, o juiz deve evitar a tentação de pensar que o Direito Penal se presta para realizar, de forma direta e imediata, política criminal, pois esta deve vir canalizada por critérios dogmáticos e normativos!

24. Ver MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério:* uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

25. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, vol. 1, n. 403, p. 04, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

regular desenvolvimento, privando os juízes de uma orientação suficiente na hora de efetuar a gradação da penalidade, forjando espaços a procedimentos arbitrários.[26]

Nesse contexto, os critérios e orientações que presidem a individualização judicial do castigo, na sua grande maioria, são recebidos de orientações jurisprudenciais consolidadas. Não é por outra razão que vaticina Silva Sánchez que a determinação do *quanto* de pena dentro de determinado marco legal está à margem de melhor desenvolvimento e refinamento normativo.[27] Nessa trilha, encontra-se o pensamento de Tatiana de Oliveira Stoco,[28] para quem a tutela de individualização da pena é tema que ainda não mereceu a devida atenção no cenário brasileiro, porque não se aprofundaram os modelos teóricos de determinação da medida. Com efeito, segundo a referida autora, não há pautas visando à racionalização do processo. O campo constitui-se em um Direito material *confuso*, espaço em que impera a discricionariedade e a *intuição* dos juízes.

Em síntese, no Brasil, descura-se do pensamento contemporâneo no sentido de que o processo de individualização da pena não pode se ater, exclusivamente, ao aspecto subjetivo dos juízes.[29] Nesse sentido, cumpre notar que a legislação brasileira não favorece a solução do problema,[30] na medida em que restringe a culpabilidade como mera circunstância judicial (art. 59 do CP),[31] limitando a

26. SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, Barcelona, n. 2, p 03-04, abr. 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/ 426_es.pdf]. Acesso em 20.02.2015.

27. Ibid., p. 03.

28. STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias de determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 104, p. 53-99, set./out. 2013.

29. Veja-se a correta crítica de ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28 e ss, quando anota que a Reforma Penal de 1984 aderiu à tendência subjetivista na aplicação da pena, na medida em que das oito circunstâncias judiciais do art. 59, CP, cinco delas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, motivos do crime e personalidade), de cunho subjetivo, conduzem a uma verdadeira *anamnese judicial* sobre a pessoa do acusado.

30. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André. Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 121-151.

31. Nesse sentido, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 68. Segundo Aguiar Júnior, "a primeira circunstância judicial, e de todas a mais importante, é a culpabilidade, pois 'a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade'. Para o fim de definição da pena, ao juiz cumpre avaliar o grau de censurabilidade do réu por adotar um comportamento ilícito, tendo condições de se conduzir de acordo com o direito".

aplicação do seu conceito na fixação da pena-base[32] (e, no pior, legitimando aumentos de pena sob o rótulo de *culpabilidade acentuada, grave, desfavorável*,[33] juízos valorativos despidos de qualquer fundamentação, que servem para atestar o *estado da arte)*, além de privilegiar elementos subjetivos, oportunizando ao magistrado um vasto campo à exasperação da pena. E, para tal constatação, atente-se à valoração da conduta social, personalidade e antecedentes, com sérios prejuízos à correta individualização da reprimenda.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência confundem os sentidos do complexo termo culpabilidade, que, efetivamente, se constitui em *um tema eterno em Direito Penal* (Roxin), na medida em que está exposto a dúvidas e ambiguidades. Não é por outro motivo que a *ideia de culpabilidade* foi cunhada por Arthur Kaufmann como

32. Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 156 e ss.

33. Consultar ApCrim 70051624195, 6 Câm. Crim. do TJRS. Do acórdão se extrai a seguinte passagem: "A culpabilidade, que como circunstância do art. 59 do CP, traduz-se no grau de reprovação social pelo fato delituoso praticado, despindo-se de seus elementos específicos (imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) não transcende a que é própria na espécie". RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *ApCrim 70051624195*, da 6.ª Câm. Crim., Comarca de Ijuí. Apelante: Cristian Ricardo de Oliveira. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des. Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 19.12.2013.Disponível em: [www.tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113802238/apelacao-crime-acr-70051624195-rs/inteiro-teor-113802239]. Acesso em: 20.02.2015. Por outro lado, dos seguintes precedentes do STJ, especialmente no AgRg no HC 300.808-TO (2014?0193382-0), da sentença de primeiro grau, colhe-se a seguinte fundamentação atinente a fixação da pena: "A culpabilidade do acusado encontra-se evidenciada nos autos e caracterizada pela vontade livre e consciente de se apoderar de bens alheias tendo plena consciência da ilicitude de sua conduta. Conduta social contrária aos anseios da sociedade, em razão de sua tendência a práticas criminosas". BRASIL. STJ. *AgRg no HC 300.808-TO (2014?0193382-0)*, da 6.ª T. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Tocantins. Impetrado: TJTO. Paciente: Wanderson Pereira Miranda (preso). Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/? src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201401933820]. Acesso em 20.02.2015. Também no julgamento do HC 287.449-MG (2014/0017039-6), STJ, constata-se que a pena-base do juiz sentenciante foi fundamentada da seguinte forma: "culpabilidade: desfavorável, visto que é penalmente imputável, uma vez que tinha 26 (vinte e seis anos) anos a época dos fatos, agiu livre de influências que pudessem alterar a capacidade de conhecer a ilicitude de sua ação e determinar-se de acordo com ela, estando, pois, sua culpabilidade comprovada, sendo altamente censurável sua conduta". BRASIL. STJ. HC 287.449-MG (2014/0017039-6). Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: TJMG. Paciente: Adriano Máximo da Silva. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: [www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178412150/habeas-corpus-hc-287449-mg-2014-0017039-6/relatorio-e-voto-178412168]. Acesso em: 20.02.2015. Obviamente que foi concedida a ordem, uma vez que constatado o equivoco quando a utilização do termo culpabilidade, bem como pela ausência de fundamentação.

sendo um *problema metafísico*.[34] Ora, não se pode perder de vista que o princípio da culpabilidade exerce importantes funções no sistema penal, especialmente, pelo fato de que, como categoria dogmática, faz parte do conceito de delito, constituindo-se como pressuposto para aplicação da pena. Além disso, é um conceito político criminal de limite do direito de punir do Estado na graduação da pena.[35] Assim, pela importância que o conceito tem de fundamentar o castigo e de determinar o quanto da pena, não pode ser recebido como uma questão metafísica, senão como uma terrena necessidade de prevenção limitada à culpabilidade.[36]

No que concerne às funções dogmáticas da culpabilidade, de início, entende-se que o princípio da culpabilidade se apresenta como condição necessária à intervenção do controle penal, funcionando num plano *metapositivo*, sinalizando que alguém somente pode ser penalizado caso tenha obrado com dolo ou culpa, com o desiderato de coibir a responsabilidade objetiva, isto é, a penalização de alguém independentemente do obrar culposo em sentido amplo (nos termos do art. 19 do CP).[37] Já, em uma segunda acepção, a culpabilidade é utilizada como parâmetro de medição da pena, ou seja, como critério de quantificação, que, na lição de Adriano Teixeira,[38] permite verificar a menor ou maior gravidade do fato, no que é informada pelo desvalor da ação e do resultado (grau de lesão ao bem jurídico), nível de consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma e, por fim, de elementos ligados ao agende (personalidade, desde que, por óbvio, sejam legítimos). Derradeiramente, em um terceiro significado, a culpabilidade relaciona-se ao sistema do delito e do conceito analítico de crime, compondo analiticamente o conceito de crime ao lado da tipicidade e ilicitude, no que é informada pelos elementos da imputabilidade, consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.[39]

34. Apud ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 147, na medida em que a culpabilidade está relacionada com termos como determinismo, liberdade de vontade, culpabilidade por caráter, retribuição e dignidade humana.

35. Segundo BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 143 e ss.

36. ROXIN, op. cit., p. 149.

37. Consultar BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 181 e ss.

38. Teixeira, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na Apn 470/MG do STF (Caso Mensalão). *RBCCrim* 106/18-26, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.

39. Consultar SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287-294.

Importa destacar que, nos limites do presente estudo, interessa a análise da *culpabilidade como critério de medição da pena* ou da *culpabilidade em sentido amplo*,[40] uma vez que é, nessa vertente, que a culpabilidade assume um caráter limitativo da penalidade, propondo uma vinculação estrita entre a conduta injusta e as condições pessoais do próprio agente.[41] Nessa funcionalidade, o juízo da culpabilidade assume a responsabilidade de filtrar valorações indevidas, estabelecendo imposições normativas/protetivas da liberdade individual, pressuposto essencial da ordem jurídica. Portanto, o objetivo do presente artigo é proceder a um estudo da teoria da pena proporcional, enquanto teoria da determinação do castigo, teoria essa de origem anglo-saxã, que goza de notável influência no discurso jurídico contemporâneo e que tem produzido um amplo debate crítico nos demais modelos de determinação da pena. Observa-se, por relevante, que o desiderato da referida teoria é reduzir o âmbito da discricionariedade dos juízos, combatendo sua *tentação* de realizar políticas criminais (de defesa social), de forma direta, no momento da individualização da pena.

2. A TEORIA DA PENA PROPORCIONAL OU DA PROPORCIONALIDADE PELO FATO

A teoria da pena proporcional ao fato, herdada do direito anglo-saxão (que se desenvolveu ao lado da *teoria do merecimento*), constitui-se em uma das teorias mais influentes no âmbito da determinação judicial da pena. O seu surgimento provocou amplos questionamentos dos modelos de individualização judicial do castigo até então existentes, especialmente na Alemanha e Espanha.[42] Dita teoria aparece no centro do movimento denominado *neoclassicismo*,[43] movimento esse que pretendia controlar o poder punitivo do Estado, exigindo dele uma estrita

40. Ver BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 161 e ss.

41. Conforme TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 411-412. Na lição de Tavares, a culpabilidade só se legitima na medida em que possa servir como critério de limitação do poder punitivo do Estado, devendo, por isso, ser fundada em juízo normativo, baseada no princípio da proporcionalidade. E, na missão de proteger a liberdade individual, a culpabilidade, conforme o autor, servindo de limite a pena superior, estabelece uma vinculação concreta entre a conduta injusta e as condições pessoais de agente.

42. STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da Apn 470, do STF. *RBCCrim* 106/269-293, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.

43. Ver ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33 e ss.

vinculação aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e acurada proporcionalidade.[44] Por tal razão, apresenta-se, no debate da individualização judicial do castigo, como um pensamento crítico da corrente prática judicial, orientada pela prevenção especial[45] e seu saber direcionado à ressocialização do infrator, que, não raro, instrumentalizava o indivíduo em prol de uma prevenção situacional, legitimando, por fim, penas draconianas, com a finalidade de *emendar* e *corrigir* o criminoso. Em outras palavras, a proposta garantista do *neoclassicismo* surge com a decepção do ideal ressocializador, combatendo os excessos da *ideologia do tratamento*, assumindo a premissa segundo a qual a prevenção geral de delitos é o que legitima o direito penal, mas no estrito respeito às garantias do Estado de Direito e ao princípio da proporcionalidade com a gravidade do fato.[46] Cuida-se de certo retorno ao constitucionalismo liberal do séc. XIX, que, segundo Silva Sánchez, nos EUA, recebe o nome de *just-deserts-theory ou just-deserts-moviment*, movimento teórico que pretendia controlar o direito de punir do Estado, exigindo dele uma estrita vinculação aos princípios constitucionais, especialmente da proporcionalidade, seriamente, violados pela arbitrariedade judicial, que preponderava nos países que adotavam os fundamentos da *ideologia do tratamento*.[47] Dito de outro modo, a teoria da proporcionalidade foi apresentada em um contexto de resistência e oposição teórica aos efeitos *perniciosos* de uma práxis judicial orientada pela prevenção especial como critério de legitimação da penal,[48] notadamente, em um estado da arte informado pelo desencanto com as práticas ressocializadoras implementadas nos anos 60/70, acarretando um certo abandono da utopia ressocializadora como função central do

44. LORENZO, María Martín. Una explicación dual del castigo: comentário crítico de la propuesta de Von Hisch y Hörnle. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, vol. 50, p. 533-534,1997. Disponível em: [www.portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/mariamartin.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

45. Cumpre destacar, que na atualidade, há um razoável acordo segundo o qual a pena somente pode justificar-se por considerações preventivas, apresentando-se, em primeiro plano, a teoria da prevenção geral positiva, embora as finalidades que se pretendam alcançar com essa teoria da pena sejam muito variáveis. Nesse sentido, PERALTA, José Milton. Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. *InDret*, Barcelona, n. 2, p. 04, abr. 2008. Disponível em: [www.raco.cat/index. php/InDret/article/view/124253]. Acesso em: 20.02.2015.

46. Conforme SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. revol. e ampl. Montevidéo; Buenos Aires, IBDEF, 2010. p. 37-38.

47. Idem, p. 38-43.

48. STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *RBCCrim* 104/54-99, São Paulo: Ed. RT, 2013.

Direito Penal,[49] abrindo-se, nos últimos anos, uma via para o denominado direito penal mínimo de Ferrajoli.[50]

No limite, o contexto fático da consolidação da teoria da proporcionalidade do fato repousa na *crise* das práticas ressocializadoras instrumentalizadas na década dos anos 70, que tinham a prisão como núcleo central.[51] Consigna-se que, de tal crise das instituições fechadas, surgiu a famosa constatação de Robert Martison, expressa no sentido de que *nada funciona*,[52] questionando a funcionalidade da *ideologia do tratamento*. Com efeito, a revisão crítica do modelo correicional (pela ineficácia da prisão, atestada pelos índices crescentes da reincidência, e a possível *coisificação* do homem, em ares de segurança ou defesa social, em ofensa ao imperativo categórico kantiano da liberdade/autonomia) levou à reabilitação do sistema garantista *neoclássico*, que pretendia recuperar, no âmbito da determinação da pena, princípios normativos liberais do Estado de Direito, esses vinculados, tradicionalmente, à teoria da prevenção geral, na lição de Feijoo Sánchez.[53] Sob essa ótica, a corrente neoclássica da *pena proporcional* se caracteriza pela busca da justiça, igualdade e transparência no trato da individualização da pena, centrando-se nas características do fato, traço fundamental no momento de determinar a pena. Por outro lado, contesta a ideia de que a magnitude da pena possa ser incrementada em função de prognoses futuras (sucesso da ressocialização, por exemplo).

Em suma, a teoria proporcional da pena, exposta, inicialmente, por Von Hirch[54] e Tatjana Hörnle,[55] dentre outros, opõe-se aos teóricos da prevenção especial, buscando sistematizar variantes que possibilitassem a construção de uma *dogmática da pena;* uma teoria complexa, que não pretenda se estabelecer em termos absolutos,

49. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. InDret, Barcelona, vol. 1, n. 403, p. 06, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1. pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

50. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. revol. e ampl. Montevidéo; Buenos Aires, IBDEF, 2010. p. 43 e ss.

51. Ver, por todos, GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 41 e ss.

52. STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470, do STF. *RBCCrim* n. 106, p. 270-271, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.

53. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, vol. 1, n. 403, p. 06-07, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1. pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

54. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid, 1988.

55. HÖRNLE, Tatjana. Determinación de la pena y culpabilidade. Buenos Aires: Di Placido, 2003, p. 45 e ss.

com a finalidade de reduzir a margem de arbitrariedade nas decisões judiciais. Para tanto, reafirma a tese de que a política criminal (ou a programação social e política do controle penal) deve chegar ao juiz na forma de enunciados normativos, que não podem ser, substancialmente, distintos dos enunciados da teoria do crime.[56]

Sob esse aspecto, a teoria da determinação da pena corresponde a uma continuação quantitativa da teoria do delito, entendendo que uma pena deve ser ajustada à culpabilidade do indivíduo, merecendo, por isso, adaptar-se às categorias do injusto objetivo (ação e desvalor do resultado) e subjetivo (culpabilidade como limite das funções preventivas). Disso resulta que o método de quantificação da pena está, intimamente, ligado ao conceito de injusto e culpabilidade, ou seja, à gravidade do fato (ideia central no processo de individualização da pena). O castigo, portanto, deve ser proporcional ao fato delituoso, numa orientação retrospectiva, não se rendendo ao futuro e, sobretudo, por considerações acerca da vida do autor.[57] A pena relaciona-se com o pensamento de uma prevenção geral positiva, limitada pela culpabilidade e pela sua proporcionalidade com o fato delituoso.[58]

Dessarte, a teoria da pena proporcional defende a supressão de uma orientação por critérios ligados à prevenção especial e à personalidade do autor, sob o argumento crítico de que o Judiciário, baseado em considerações ligadas à vida do autor, confere à penalidade aumentos injustificados. Nesse particular, o pensamento de Hörnle,[59] esposado na sua teoria da pena proporcional, que admite ser possível uma atenção, em certas circunstâncias, ligadas à vida do delinquente, contudo, limitada a uma teoria proporcional. Por outro lado, para se constatar a gravidade do fato (aspecto central da teoria), cumpre que se dê destaque à perspectiva da vítima, que, pela mensagem que emite, favorece uma apreensão racional da gravidade do crime. E, dentro de tal perspectiva, a proporção do dano sofrido constitui ferramenta valiosa para a classificação do delito. Além disso, seria possível cotejar a própria conduta da vítima e o possível incremento do risco.[60]

---

56. SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, Barcelona, vol. 2, p. 06, abr. 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/426_es.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.
57. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, vol. 1, n. 403, p. 06, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.
58. Ibid., p. 07.
59. HÖRNLE, Tatjana. Determinación de la pena y culpabilidad. Buenos Aires: Di Placido, 2003, p. 58 e ss.
60. Conforme STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *RBCCrim* 104/58-59, São Paulo: Ed. RT, 2013.

Em síntese, para Hörle, a pena adequada ou proporcional deve focar-se em torno da gravidade do fato e do grau de culpabilidade pessoal do autor. Em outros termos, a adequada medida da pena tem que se centrar na valoração retrospectiva do fato, que é o ponto de partida da delimitação da penalidade, despida de considerações de índole preventivas.[61] Para se auferir a gravidade do fato, conforme a autora, deve ser adotada a perspectiva da vítima e a sua possível colaboração na situação de risco.

A teoria da pena proporcional é recepcionada por Juarez Tavares na sua teoria do *caráter negativo/limitativo da culpabilidade*. Nesse sentido, Tavares aduz que a culpabilidade não implica reprovação, tampouco declaração de incompatibilidade para com a ordem jurídica. Ao contrário, cuida-se de um processo de avaliação em que se verifica se é possível desculpar a conduta do agente, com base nos elementos relacionados à sua conduta. Daí o motivo, segundo o referido autor, de a conduta possuir uma função relevante na teoria do delito, solidificando o sistema de garantias, mormente pelo fato de que a conduta é um processo de comunicação dentro de uma prática social.[62] Logo, para Tavares, os elementos do conceito de ação, notadamente, no seu desvalor, se estendem à culpabilidade (promovendo uma associação entre os elementos do crime e a culpabilidade),[63] produzindo os seguintes efeitos: (a) impede a responsabilização do agente quando restar comprovado que não se possa estabelecer um processo de comunicação com a norma: (b) amplia o espaço para análise dos elementos empíricos ligados à vida social do agente e aos preceitos de vigência da norma; (c) submete a norma a uma constante crítica, questionando sua racionalidade/legitimidade.[64] Dessa forma, o conceito de ação, no âmbito da culpabilidade, ilumina a conduta do agente sob a perspectiva da violação da norma, impedindo, no que é fundamental, que o julgador possa visualizar o autor pela sua conduta de vida ou seu caráter, vedando que se valore elementos particulares e próprios da condução de vida do agente.

Adotando-se tal perspectiva, conforme Tavares, e combatem-se juízos morais, na medida em que o juízo negativo da capacidade de motivação do agente se dá por um viés jurídico, e não moral. Ora, se o juízo de culpabilidade erige-se como uma

61. Ver STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da Apn 470, do STF. *RBCCrim* 106/273, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.

62. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 412-413.

63. Conforme STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aos membros do "núcleo político" no julgamento da Apn 470, do STF. *RBCCrim* 106/273, São Paulo: Ed. RT, jan-fev. 2014.

64. Segundo TAVARES, op. cit., p. 413.

barreira de proteção do autor contra o Estado, com o objetivo de evitar a sua instrumentalização em prol de interesses preventivos, a culpabilidade não pode ser informada por elementos abstratos ou juízos aléticos,[65] que, no extremo, podem conduzir a um mero juízo hipotético, fundado na parcialidade ideológica do julgador, não raro, baseada em concepções arbitrárias e autoritárias, transferindo, ao caso concreto, "toda sua problemática individual e social, bem como sua posição dentro das estruturas integrantes da sociedade, notadamente, nas classes sociais preponderantes nessas estruturas".[66] Não é, por outra razão, que o juízo da culpabilidade, na lente do citado autor, deve ser informado por elementos normativos, muito especialmente do desvalor da ação e do resultado, na estrita atenção ao princípio da proporcionalidade.

Para Tavares, portanto, a culpabilidade é avaliada pela gravidade do fato, ou seja, na concretização do resultado ou de perigo de lesão ao bem jurídico, estabelecendo uma relação proporcional, evitando uma penalização desproporcional do injusto praticado, como é o caso das lesões insignificantes, bem como na exasperação da pena no caso de reincidência. Para tal mister, o autor abandona fundamentos deterministas como o do livre arbítrio, notando que o que deve ser verificado, na avaliação da culpabilidade, é o grau de *autonomia do agente* na realização do fato. Logo, a determinação da magnitude da pena é informada pela autonomia do sujeito e a gravidade do resultado, traduzidas em ofensa significativa ao bem jurídico.[67]

Importa consignar que a teoria da pena proporcional, na lição de Santiago Mir Puig,[68] tem presidido a legislação espanhola, que, por dicção legal, se centra na gravidade do fato e em circunstâncias modificativas (personalidade do agente junto com a maior ou menor gravidade do fato). Com efeito, sob o argumento de que o Estado Democrático de Direito acolhe a Constituição como fundamento, Mir Puig estabelece que a função do Direito Penal é proteger a sociedade, mediante uma prevenção geral e especial, submetida aos princípios limitadores da legalidade, a saber: na exclusiva proteção de bens jurídicos, humanidade das penas, dentre outros. Sob esse aspecto, sustenta Mir Puig, que da análise do Código Penal espanhol, o princípio da culpabilidade deve ser recepcionado como exigência de

65. TAVARES, Juarez. Culpabilidade de individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

66. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 415.

67. TAVARES, op. cit., p. 134-139.

68. Consultar MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 725 e ss.

proporcionalidade com a gravidade do fato. Tal pensamento afasta-se de outras orientações de notável influência no trato da temática da individualização judicial da pena, e que se diferenciam por combinar o juízo de culpabilidade com finalidades preventivas, (culpabilidade e fins da pena),[69] o que não é admitido pela teoria da pena proporcional, como, por exemplo, a teoria da *pena exata ou pontual* (baseada na pura retribuição);[70] a teoria do *espaço de jogo* (desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão);[71] critério da *culpabilidade como limite máximo* (a culpabilidade tem o fito de demarcar até onde o castigo é legítimo);[72] ainda, do

69. Ver ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid; Reus, 1981. p. 93 e ss. No mesmo sentido, ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32 e ss.

70. No trato das correntes teorias da individualização da pena, de relevo, a leitura de STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização. *RBCCrim* 104/53-99, São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2013. Na lição de Stoco, em apertada síntese, a *teoria da pena exata ou pontual*, sustenta que a culpabilidade só pode corresponder a uma pena exatamente determinada, isto é, nega a existência de um espaço de jogo no juízo da culpabilidade. Já a *teoria do espaço de jogo ou da margem da liberdade*, desenvolvida pela jurisprudência alemã, entende que existe determinada margem de liberdade no momento de fixar-se a pena, pressupondo que o juiz, na hora de determinar a pena adequada à culpabilidade, move-se num *espaço de jogo*, sob considerações preventivas (especiais, que determinam a magnitude da pena), sem a possibilidade de passar (para baixo ou para cima) os limites informados pela culpabilidade. Esta, na sua função limitadora, proíbe que, por razões de prevenção especial, a pena possa ultrapassar os limites indicados pela culpabilidade. Também, é a teoria adotada por Figueiredo Dias. Por fim, a *teoria do valor do emprego* entende que o processo da determinação da pena é dividido em dois níveis: no primeiro, a pena é definida por considerações de reprovabilidade da conduta, determinando a sua duração e gravidade; no segundo, o juiz, atendendo a questões preventivas (geral ou especial), estabelece o tipo de pena a ser cumprida pelo réu. Nesse particular, consultar, PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, 2008, p. 606-609. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/ obra/ dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena/]. Acesso em: 20.02.2015. Também ROXIN, op. cit., p. 93-145.

71. Segundo a referida teoria, uma pena adequada à culpabilidade pelo fato comporta, dentro de certos limites, que se atente para considerações preventivas, o que é tributado a indeterminação que padece a ideia de culpabilidade entendida como proporcionalidade. Logo, no *espaço de jogo*, pode-se encontrar uma pena menor e devidamente adequada à culpabilidade, reduzindo-se as zonas de penumbra. Conforme PERALTA, op. cit., p. 606-607.

72. A culpabilidade deve funcionar tão só como limite máximo da pena, já que o limite mínimo vem informado pela necessidade da pena (prevenção positiva). Assim, na ausência de necessidades preventivas, não se impõe a pena. Segundo Peralta, o defensor mais conhecido da teoria é Roxin, que estima que se a prevenção especial indica uma

valor posicional,[73] além de outras, que não serão estudadas pelo fato de fugirem dos limites do presente artigo. Por outro lado, na gravidade do fato, contam os elementos objetivos e subjetivos que afetam o injusto típico, podendo interpretar-se que têm a função de limitar a prevenção geral a uma *prevenção proporcional*, que não pode se basear pelas circunstâncias pessoais do agente (ou pela *culpabilidade pela conduta de vida*), incompatíveis que são com a Constituição e hermenêutica constitucional.[74]

Nessa mesma perspectiva, caminha a doutrina de Demétrio Crespo,[75] que, partindo da análise do art. 66 do Código Penal espanhol de 1995 (o qual dispõe que os critérios para a individualização da pena são: a) a maior ou menor gravidade do fato; b) as circunstâncias pessoais do delinquente), entende que o princípio da culpabilidade proporcional ao fato, em que pese ser clara, é incompleta (para ele, não representa mais de que uma *declaração de princípios)*, reclamando sua integração com o conjunto sistemático da individualização da pena, muito especialmente pela teoria dos fins da pena e dos fatores reais que contam para dita individualização judicial.[76] Entretanto, concorda que, desde o ponto da prevenção geral, o processo de individualização judicial da pena, efetivamente, se apresenta como exigência de proporcionalidade. Assim, nesse particular, o autor acolhe fundamentos da referida teoria. Entretanto, alude que a *necessidade de proporcionalidade* entre o fato delituoso e a pena constitui um *limite negativo* à prevenção geral, como fim do direito penal e à pena, evitando-se castigos imoderados a crimes de escassa gravidade, que o sentido positivo (punir para prevenir) da prevenção geral pode causar. Em síntese, a culpabilidade proporcional à gravidade do fato, como exigência do princípio da culpabilidade (entendida como conjunto de garantias constitucionais derivadas do Estado de Direito) veda

pena inferior à culpabilidade, deve ceder a ela. PERALTA, op. cit., p. 607-609. Ver ROXIN, op. cit., p. 93 e ss.

73. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 724-726. Conforme o autor, a referida teoria do *valor posicional* busca solucionar o dilema entre culpabilidade e funções preventivas, assinala que a função da culpabilidade possui a missão de estabelecer o quanto da pena, enquanto que a prevenção orienta, por si só, a decisão judicial que verá se há ou não necessidade de suspender ou substituir a pena por outra medida.
74. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 727.
75. Consultar DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 50/323-361, Madrid, 1997.
76. Idem, p. 332-333.

qualquer aumento de pena inspirado por critérios de prevenção geral (possibilidade de repetição do fato delitivo, por exemplo), que não se constitui em fator final na fase de individualização da reprimenda; ao contrário, a pena proporcional ao fato é um limite negativo à prevenção geral, uma garantia constitucional. E tal garantia possui uma função primordial de maximização do fim de não *dessocialização do réu* com penas desproporcionais ou draconianas. Assim, a pena deve estar vinculada, proporcionalmente, à gravidade do fato, reputando-se ilegítima qualquer agravação da pena por motivos de prevenção geral.[77]

No limite, a teoria *neoclássica* da pena proporcional à gravidade do fato, acolhida pela doutrina espanhola e germânica, sustenta que a individualização judicial da pena deve ser presidida por dois critérios nucleares: a) a gravidade do fato, desde a perspectiva da vítima e lesão aos seus bens jurídicos; b) circunstâncias pessoais do réus (sua socialização, educação, inclusão social, não se confundido com a culpabilidade pela sua condução de vida), dotada da função crítica de questionar aumentos de pena informados pela vida de relação do réu (como a reincidência) e penas elevadas para crimes de escassa gravidade, sendo orientada, puramente, por critérios preventivos. Segundo Feijoo Sánchez, a teoria neoproporcional em matéria de determinação da pena se desenvolve nos marcos de uma teoria de prevenção geral intimidatória, desligando, da justificação da pena, os critérios de ordem social.[78]

3. UMA SÍNTESE PROVISÓRIA: ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA NEOPROPORCIONAL

A teoria da pena proporcional suscita alguns inconvenientes que iniciam no fato de que gira em torno de critérios de prevenção geral intimidatória, ressentindo-se, assim, de limites ao pensamento preventivo, não servindo para determinar a pena adequada, senão que funciona em sentido amplo.[79] Por outro lado, trata-se de uma teoria individualista, já que toma em consideração, para a determinação da pena,

77. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 50, Madrid, 1997.

78. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, vol. 1, n. 403, p. 07, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/ 403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

79. Por esse motivo, é rechaçada por DEMETRIO CRESPO, Eduardo, que reputa a teoria *neoclássica* da pena proporcional de assumir um caráter retribuitivo, na sua perspectiva de *compensação de culpabilidade*. Ver DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena em el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 50/341, Madrid, 1997.

só a perspectiva da vítima, descuidando da dimensão social do crime ou a lesividade comum. Na lição de Feijoo Sánchez,[80] os autores que adotam dita teoria (Hirch, Hörnle e Schünemann) orientam-se, exclusivamente, pelos interesses individuais das vítimas, dando um excessivo valor à produção do resultado típico. Também, é problemática, ainda na pena do referido autor, pelo fato de não ser informada pela teoria dos fins da pena, o que ele reputa ser imprescindível para se determinar a justa medida da pena, porque a individualização judicial da pena não deixa de ser uma concretização da referida teoria.[81]

No que se refere aos seus aspectos positivos, cumpre ressaltar que se trata de uma teoria sobre os fatores relacionados ao injusto penal e a culpabilidade, que são relevantes ao processo de individualização, relacionando a concreção com a teoria do crime. Os fatos relevantes para a modulação da pena somente podem ser resolvidos com auxílio de um conceito material do crime. Dessa maneira, reduz-se o campo da preocupante arbitrariedade judicial que impera em tal fase, vinculando à magnitude da pena a critérios objetivos, notadamente, a gravidade do fato e a lesão e a magnitude da lesão a bens jurídicos. O decisivo, portanto, é identificar quais os fatores concretos que permitem descobrir o desvalor do fato delitivo,[82] permitindo a normativização dos vetores utilizados pelo juiz para determinar a pena adequada ao caso concreto. Por fim, possibilita excluir outros fatores que, na práxis, são utilizados, de forma ilegítima (por carecem de vinculação normativa), na determinação da pena, podendo ser citado o exemplo de majorações atinentes à vida pregressa do réu, evitando a arbitrariedade e insegurança jurídica. Nessa ótica, está o ganho de rendimento da teoria, na medida em que normatiza que a gradação judicial da pena deve atentar para a gravidade do fato e às circunstâncias pessoais do réu, entendidas como informações acerca de sua personalidade (aspectos psicológicos e sua projeção social, como educação, situação profissional e econômica, entorno familiar), sua conduta e eventual esforço para reparar o dano que, em qualquer caso, não pode ser superior ao limite indicado pela gravidade do fato![83]

---

80. FEIJJO SÁNHEZ, op. cit., p. 08.

81. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, vol. 1, n. 403, p. 08-09, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/ 403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

82. Idem, p. 09.

83. Conforme DEMETRIO CRESPO, Eduardo, o que não se confunde com o conceito *perigoso da vida anterior do réu* (reincidência). Ver DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 50/351-352, Madrid, 1997.

4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da análise utilitarista da pena, que ensina que o castigo só se justifica se cumprir uma função na sociedade,[84-85] e que ele não poderá superar o limite da culpabilidade, como condicionamento deontológico, em razão de que, para ser legítimo, deve ser distribuído, de forma equitativa e igual, o que se reputa essencial ao Estado de Direito (critérios de justiça distributiva), chega-se à exigência de proporcionalidade,[86] estabelecendo-se limites materiais ao julgador no momento de delimitar a reprimenda, que não deve *perseguir, por si mesmo, efeitos sobre a coletividade* (defesa social), tampouco o de prevenção especial, porque os fins da pena passam a contar em um segundo plano.[87] No limite, na equação do *quanto* da pena, o juiz não pode se guiar, primordialmente, pelos fins da pena; ao contrário, ele deve selecionar, em uma linguagem jurídica e dogmática (que possui a função

84. Por todos, VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madrid, 1998, que defende que o castigo deve atender à orientação de prevenção geral positiva (a essência da censura é a transmissão de uma mensagem), sem partir, entretanto, de uma legitimação instrumental. Ver LORENZO, María Martín. Una explicación dual del castigo: comentário crítico de la propuesta de Von Hisch y Hörnle. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, vol. 50, p. 534, 1997. Disponível em: [www.portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/mariamartin.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

85. Segundo ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. trad. de Diego-Manuel Luzón Penha et al. Madrid: Thomson Civitas, 1999. t., 1, p. 95 e ss., o ponto de partida de uma teoria defensável, na atualidade, é a *teoria unificadora preventiva,* que entende que o fim da pena somente pode ser o efeito preventivo. Por outro lado, o limite da função preventiva, conforme o autor, dá-se pelo atendimento ao princípio da culpabilidade, que exige que a pena, em nenhum caso, possa ser superior à culpabilidade do autor. E estabelece que a gradação da pena se determina por *fatores internos da pessoa do autor,* bem como pela *dimensão dos danos causados,* que limitam as exigências preventivas. Nas suas palavras (Idem, p. 100), "la sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo merece; y 'merecida' es sólo una pena acorde com la culpabilidad". No mesmo sentido, DEL ROSAL, M. Cobo; VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal*: parte general. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 800 e ss. Conforme os autores, a função da pena não é a realização da justiça (função moral) por meio do castigo (finalidade retributiva), mas, sim, a prevenção geral (efeito dissuasório) e especial (ressocialização).

86. VON HIRSCH, Andrew, Censurar y castigar. trad. de Elena Larrauri. Madrid, 1998. p. 31 e ss.

87. Na dição de PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. *Doxa*: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 31, 2008, p. 610. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

social de garantir previsibilidade e uniformidade às decisões judiciais), quais os fatos que podem ser considerados em tal operação. Nesse aspecto não se pode esquecer que o castigo necessita de uma fundamentação moral e não pode superar os limites da culpabilidade (ROXIN).[88]

Sob essa ótica, a teoria da pena proporcional assume a importante função, como construção dogmático-normativa, estabelecendo a orientação de que a magnitude da pena deverá atentar para a gravidade mínima ou grave do caso concreto. Logo, só contam no processo de quantificação, fatos que possuem relação com o injusto e culpabilidade (normativos) em escala variável. Com tal orientação, limita-se o âmbito da discricionariedade do juiz, que não pode incluir, *ad hoc*, elementos estranhos à teoria do crime.[89] O que se revela decisivo, portanto, consistirá na avaliação da gravidade do injusto penal e nas condições pessoais do réu,[90] ou seja, a gravidade da conduta do autor à lesão ao bem jurídico, que remete a considerações referentes ao risco criado (se de forma dolosa ou culposa).[91] Assim, assumem importância, por exemplo, valorações sobre a intenção do agente (dolo direto); sobre a extensão dos danos causados à vítima (grave, mínima); na avaliação da conduta da vítima, por exemplo, se concorreu ou consentiu à pratica do crime;[92] nas considerações do comportamento do réu após o delito (reparação do dano) e de suas relações familiares e profissionais (grau de inclusão social).

Em síntese, sob orientação da teoria da pena proporcional, o *núcleo duro* do *quanto* da pena é determinado pelo desvalor do injusto ou gravidade do fato. A pena deverá ser determinada por valorações acerca do risco criado e não permitido ao bem jurídico. Deve ser avaliada, por conseguinte, a potencialidade lesiva da

88. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 2004. p. 34-37.

89. PERALTA, op. cit., p. 615.

90. Segundo ROXIN, a culpabilidade para a medição da pena, que não se confunde com a culpabilidade para a fundamentação da pena (guiada pela imputabilidade/capacidade de culpabilidade/conhecimento da proibição), passa pelo cotejo do *conjunto de momentos que possuem relevância para a magnitude da pena no caso concreto*. ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 2. ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Penha et. al. Madrid: Thomson Civitas, 1999. t. 1, p. 814.

91. PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 31, 2008, p. 615. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

92. Pense-se no estupro de vulnerável, capitulado no art. 217-A do CP, caso a vítima tenha *consentido* à pratica sexual, para extremá-la da hipótese em que o crime tenha sido praticado sem o consentimento (obtido com fraude, por exemplo).

conduta do autor à produção do resultado, seguindo a teoria da imputação objetiva. Também, integra o núcleo da gravidade do fato a parte subjetiva do injusto, sendo, de relevo, perquirir se o risco de lesão ao bem jurídico foi criado de forma intencional (ou dolosamente), ou pela falta de cuidado objetivo (de forma culposa). Dessa maneira, a diferença entre o obrar doloso ou culposo na criação do risco deve se refletir na dosimetria da pena. Enfim, o juízo de culpabilidade, na quantificação da pena, baseia-se, de forma conglobante, em elementos normativos do crime, e não, de forma separada,[93] em vetores estranhos ao crime,[94] como, por exemplo, *a repercussão social do crime, o clamor público.*

No limite, a teoria da pena proporcional procura deixar claro quais os elementos que contam à individualização judicial da reprimenda: (a) gravidade do fato (imputação objetiva e subjetiva do fato típico)[95] e (b) considerações a respeito da personalidade do réu, reputando, como ilegítimas, quaisquer considerações que partam das características do autor ou da culpabilidade da *vida do autor.*[96] Aqui, repousa o ponto positivo da teoria, pois veda a utilização de argumentos que não tenham a ver, exclusivamente, com o ilícito e com a culpabilidade.[97] A proporcionalidade, dessa forma, reduz a vagueza e a discricionariedade (caras à

93. Nesse particular, importa a leitura de PERALTA, José Milton. Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Madrid, n. 62, p. 253, 2010. Disponível em: [www.conicet.govol.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=29308&articulos=yes&detalles=yes&art_id=1627288]. Acesso em: 20.02.2015.

94. Idem, p. 269.

95. Importa a leitura de KINDHÄUSER, Urs. *Imputación objetiva y subjetiva em el delito doloso.* trad. de Nuria Pastor Muñoz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 154-173, jan.-fev. 2013.

96. Por Direito Penal do fato, conforme ROXIN, Claus, entende-se uma regulação legal em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta, e à sanção corresponde só uma resposta ao fato individual, e não à condução de vida do autor ou aos perigos do futuro. Já, o Direito Penal do autor vincula a pena à personalidade do autor, notando que o princípio da legalidade favorece o o desenvolvimento do Direito Penal do fato. Nesse sentido, Roxin entende que, na medição da pena, a culpabilidade do autor somente pode ser acolhida como *medida de intensidade criminal* e *atitude interna revelada no fato*, só legitimando a redução da pena e jamais pode ser aumentada por critérios atinentes à vida de condução do autor. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. trad. de Diego-Manuel Luzón Penha et. al. Madrid: Thomson Civitas, 1999. t. 1, p. 176-188.

97. PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 31, p. 619, 2008. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena/]. Acesso em: 20.02.2015.

arbitrariedade judicial), evitando-se que, por orientações utilitaristas de prevenção geral e especial, se instrumentalize o autor em prol de uma prognose de segurança, violação ao princípio da autonomia dos indivíduos.

Com efeito, um direito penal orientado à proteção de bens jurídicos, que centra a sua funcionalidade na proteção de um determinado bem e no grau de afetação de tal interesse, deve acolher premissas dogmáticas que restrinjam a possibilidade de se avaliarem questões privadas do agente (por exemplo, os motivos preparatórios ou periculosidade do agente, a intencionalidade) e sua vida pregressa, questões ilegítimas e que não se podem investigar.[98] A determinação da pena, centrada no princípio da culpabilidade, que estabelece *o limite máximo* na quantificação da pena, de forma a maximizar a liberdade do indivíduo e respeitar o princípio da igualdade.[99] Como um dever moral, somente pode se fundamentar em critérios normativos e dogmáticos, ou seja, com esforço argumentativo em princípios constitucionais.[100]

Dito isso, de relevo, referir que a doutrina e jurisprudência pátria, ainda carecem de melhor orientação acerca do processo de mensuração do castigo, motivo pelo qual impera um espaço de *intuísmo* judicial, que permite ao julgador, em uma discricionariedade de corte subjetivista, levar em consideração vetores estranhos ao injusto e à culpabilidade. Tal constatação vem confirmada no excelente estudo de Stoco, quando analisou as penalidades aplicadas aos integrantes do determinado *núcleo político* da APn 470 do STF,[101] apontando os equívocos encontrados no julgamento em questão. Com efeito, da análise da citada autora, procedida sob as penas aplicadas aos réus Delúbio Soares, José Dirceu, tem-se que o Supremo

98. PERALTA, José Milton. Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, Madrid, n. 62, p. 274, 2010. Disponível em: [www. conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=29308&articulos=yes&detalles=yes&art_id=1627288]. Acesso em: 20 fev. 2015. Consultar, de igual sorte, HÖRNLE, Tatjana. Determinação de la pena y culpabilidad. trad. de Santiago Martínez et al. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 77 e ss.

99. ROXIN, op. cit., p. 798 e ss., quando sinala que a culpabilidade põe limite ao poder punitivo do Estado (em particular, nas necessidades preventivas), por razões derivadas do Estado de Direito.

100. PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 31, p. 622-623, 2008. Disponível em: [/www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

101. Ver STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da Apn 470, do STF. *RBCCrim* 106/279 e ss, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.

Tribunal Federal, no voto do relator e demais pares, estimou, para aumentar o castigo, vetores como *o papel do autor na orquestração do crime*;[102] *o fato de ser o mandante do crime e atuar nos bastidores, promover reuniões*.[103] Dessarte, razão assiste à referida autora, quando, no articulado, argumentou que, na dosimetria da pena dos citados réus, o STF fundou a dosimetria da pena a partir de circunstâncias fáticas referentes a fatos praticados pelos outros réus, bem como a importância do cargo ocupado (José Dirceu, o *homem por detrás*, ou *mentor intelectual*),[104] resultando em impropriedades, pois a culpabilidade se baseou no *cargo exercido pelo réu*, fato alheio ao injusto.

No mesmo sentido, veja-se, na análise de Teixeira às penas aplicadas no referido *caso Mensalão*, anotando relevantes equívocos dos ministros no momento da individualização, especialmente, na utilização de elementos ilegítimos para aumentar o castigo, tais como: *culpabilidade elevada, atuação intensa do réu, posição de mando, culpabilidade exacerbada*, sem explicitar o fator que tornou o comportamento mais reprovável, ressaltando, que, por vezes, o fundamento da elevada reprovabilidade da conduta repousou no fato de o réu ter concorrido para o crime (condição para o concurso de pessoas).[105] De igual sorte, ainda, com Teixeira, pode-se detectar o uso errado do termo culpabilidade no momento de estabelecer o montante da pena, principalmente pelo fato de que o uso correto é enxergar a culpabilidade prevista no art. 59 do CP, não como uma mera circunstância judicial passível de valoração (como aconteceu no julgamento), senão, como fator conglobante, representativas da avaliação global todas as circunstâncias judiciais, que, no limite, informariam o grau de reprovabilidade.[106]

Portanto, da análise do citado julgamento, valendo-se dos valiosos trabalhos de Stoco e Teixeira, entende-se que houve violação do princípio da pena proporcional,

102. Voto do eminente Min. Ayres Brito no julgamento de Delubio Soares, quando fez referência que o réu era o mentor intelectual e material do crime, concorrendo para a trama. Idem, p. 283.

103. Vetor para o aumento da pena de José Dirceu. Ibid., p. 284-287.

104. O destaque, nesse particular, é para o voto do relator, que disse que a culpabilidade era extremamente elevada, pois José Dirceu participou do crime de corrupção ativa, além de manter intima relação com os réus que distribuíram propina. Ibid., p. 286.

105. Consultar TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na Apn 470/MG do STF (Caso Mensalão). *RBCCrim* 22/18-20, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.

106. TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na Apn 470/MG do STF (Caso Mensalão). *RBCCrim* 22/26, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014. Consultar BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 143 e ss.

mormente pelo fato de que a culpabilidade, como medida da pena, não importa em questionamentos sobre a imputação objetiva do tipo, ou seja, se o réu concorreu ou não para o crime, bem como se detinha o domínio objetivo do fato (questões superadas, quando se resolve a autoria e concurso de pessoas; relevantes, portanto, ao juízo de tipicidade). Também, detecta-se uma ausência de fundamentação na corriqueira afirmação *reprovabilidade intensa* (utilizando-se, de forma equivocada, da culpabilidade como mera circunstância judicial, sem falar da falta de fundamentação acerca do que consistiria o maior desvalor da ação),[107] pois, nos casos acima analisados, não se disse quais os fatores que contaram à exasperação da pena, que deveriam estar ligados à gravidade do fato. Por outro lado, a *gravidade do fato* não pode ser informada pelos seguintes elementos: *laços de relacionamento entre os acusados, a ocupação exercida por eles ou a motivação (distribuir propinas)*, porque não são critérios normativos (ou seja, não integram as categorias do injusto ou da culpabilidade). Logo, não poderiam justificar aumento de pena. Olvidou-se que, no momento da determinação da pena, o julgador deve se orientar, retrospectivamente, ao fato, que, de resto, já foi imputado ao agente e não pode ser novamente valorado.[108] Nesse momento, devem ser excluídos, por ilegítimos, todos os elementos que não se relacionam com o injusto culpável. Dessarte, só podem contar a gravidade do fato e circunstâncias pessoais do réu. Destaque-se que essa (valoração da personalidade do réu) somente pode ser utilizada para diminuir a pena, evitando-se a possível dessocialização do réu! Demais disso, a gravidade do fato é o limite máximo à gradação do castigo, marco que não pode ser ultrapassado por considerações de prevenção geral ou reforço cognitivo à vigência da norma, na

107. Consigne-se que, nesse *estado da arte* se encontra a jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS. Veja-se ApCrim 70063488241, julgamento em que a culpabilidade foi tratada como mera circunstância judicial, embora se detecte o mérito do relator em exigir fundamentação para exasperação da pena, além de notar que o *agir reprovável* implica o próprio cometimento do crime (culpabilidade como fundamento da pena). No mesmo sentido, ApCrim 70055888010, oportunidade em que se fala em culpabilidade como *juízo ordinário*. Em tal acórdão, observa-se que o julgador de primeiro grau (p. 06), assim fundamentou: "culpabilidade presente, eis que o réu detinha pleno conhecimento da ilicitude do fato, tendo plenas condições de agir de modo diverso, sendo sua conduta bastante reprovável". Por fim, importa leitura da ApCrim 70056934813, pois, do corpo do acórdão (p. 11-12), tem-se o que o julgador monocrático referiu: "é censurável a atitude do condenado, uma vez que disparou contra duas vítimas, causando lesões graves, com o objetivo de subtrair seus bens, quando lhe era cabível conduta diversa. Assim sendo, agiu em desacordo com a determinação lega ou regulamentar, de modo que a sua *culpabilidade é concreta*".

108. STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da Apn 470, do STF. *RBCCrim* 106/291, São Paulo, jan.-fev. 2014.

medida em que já levada em conta pelo legislador, no preceito secundário da pena; tampouco, pode-se extrapolar o limite da culpabilidade por orientação de prevenção especial (notadamente, pela periculosidade do réu), uma vez que tal consideração viola o princípio da culpabilidade pelo fato.[109]

Em resumo, a mensuração do castigo, em atenção ao princípio da culpabilidade, segundo a teoria da pena proporcional, deve centrar-se na gravidade do fato e condições pessoais do réu (sua personalidade). Dessa forma, a utilização de outros critérios que não os normativos é ilegítima, pois viola o princípio da culpabilidade pelo fato, princípio basilar do Estado de Direito. Anota-se, nesse sentido, que os vetores do art. 59 do CP, por carecerem de uma ancoragem dogmática, não solucionam, por si só, a temática da quantificação da penalidade, revelando-se imprescindível que se estabeleça uma relação de proporcionalidade entre o injusto e a pena aplicada ao caso concreto, na qual o *injusto e suas dimensões (de ação e resultado) são passíveis de gradação*.[110]

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da pena*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARRERA, Jorge; GARMENDÍA, Mario Pereira. *Teoría del delito y praxis penal*: aportes del normativismo. Montevidéo; Buenos Aires: IBDEF, 2012.

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

BRASIL. STJ. *AgRg no HC 300.808-TO (2014.0193382-0)*, da 6.ª T. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Tocantins. Impetrado: TJTO. Paciente: Wanderson Pereira Miranda (preso). Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicação=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201401933820]. Acesso em: 20.02.2015.

BRASIL. STJ. *HC 287.449-MG (2014/0017039-6)*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: TJMG. Paciente: Adriano Máximo da Silva. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: [www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178412150/habeas-corpus-hc-287449-mg-2014-0017039-6/relatorio-e-voto-178412168]. Acesso em: 20.02.2015.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

109. Idem, p. 291.

110. STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização. *RBCCrim* São Paulo, n. 104, p. 97-98, set./ out. 2013.

_____; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CEREZO MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general I*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

DEL ROSAL, M. Cobo; VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena em el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, vol. 50, p. 323-361, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Justiça para os ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Almedina, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, vol. 1, n. 403, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. 14. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinação de la pena y culpabilidad*. Trad. Santiago Martínez et al. Buenos Aires: Di Plácido, 2003.

KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva em el delito doloso. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 100, p. 154-173, São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2013.

LORENZO, María Martín. Una explicación dual del castigo: comentário crítico de la propuesta de Von Hisch y Hörnle. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 533-534, 1997. Disponível em: [www.portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/mariamartin.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.

_____. *Estado, pena y delito*. Montevidéo; Buenos Aires: IBDEF, 2006.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 5. ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2013.

PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 31, 2008, p. 599-623. Disponível em: [www.cervantesvirtual. com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

PERALTA, José Milton. Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Madrid, n. 62, p. 251-253, 2010. Disponível em: [www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords =&id =29308&articulos=yes&detalles=yes&art_id=1627288]. Acesso em: 20.02.2015.

PERALTA, José Milton. Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. *InDret*, Barcelona, n. 2, abr. 2008. Disponível em: [www.raco.cat/ index.php/InDret/article/view/124253]. Acesso em: 20.02.2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *ApCrim 70051624195*, da 6 Câm. Crim., Comarca de Ijuí. Apelante: Cristian Ricardo de Oliveira. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des. Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 19.12.2013.Disponível em: [www.tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113802238/apelação-crime-acr-70051624195-rs/inteiro-teor-113802239]. Acesso em: 20.02.2015.

_____. *ApCrim 70063488241 (CNJ: 0034202-71.2015.8.21.7000)*, da 4.ª Câm. Crim., Comarca de Rosário do Sul. Apelante: Leandro Pereira Flores. Apelado: Ministério Público. Rel. Rogerio Gesta Leal. Porto Alegre, Data de Julgamento: 26.03.2015. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70063488241&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris]. Acesso em: 26.03.2015.

ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal*: a quién deve sancionarse y en qué medida. Trad. Manuel Cancio Meliá e de Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.

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

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid; Reus, 1981.

_____. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Penha et. al. Madrid: Thomson Civitas, 1999. t. 1.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.* Trad. Jesus Maria Silva Sánchez. Montevidéu; Buenos Aires: IBDEF, 2012.

SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, Barcelona, vol. 2, abr. 2007. Disponível em: <www.indret.com/pdf/426_es.pdf>. Acesso em 20.02.2015.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* 2. ed. rev. ampl. Montevidéo-Buenos Aires, IBDEF, 2010.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da Apn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 106, p. 269-293, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.

_____. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 104, p. 53-99, São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade de individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade.* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *Teoria do crime culposo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na Apn 470/MG do STF (Caso Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 22, n. 106, p. 18-26, São Paulo, jan.-fev. 2014.

VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madrid, 1998.

ZAFFARONI, Raul Eugenio; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2010.

ZEIDAN, Rogério. *Direito penal contemporâneo*: fundamentos críticos das ciências penais. São Paulo: Saraiva, 2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, de Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior – *RBCCrim* 15/89 (DTR\1996\551);
- Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir, de Karyna Batista Sposato – *RBCCrim* 56/33, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/745 (DTR\2005\571); e
- Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais, de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes – *RT* 779/417 (DTR\2000\444).

Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro

Extended confiscation: a reflection about its possibilities in the Brazilian legal system

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

Luiz Gustavo Pujol
Professor Mestre de Direito Processual Penal da PUC-PR. Advogado.
gustavo@sanchezrios.com.br

Área do Direito: Processual, Penal

Resumo: O presente trabalho busca discutir as implicações da adoção do instituto da confisco alargado no Brasil, com base no PL 257/2015. A partir de uma análise do modelo europeu, percebe-se que, embora a perda alargada de bens não possua caráter manifestamente penal, pois, extravasando a pessoa do condenado, visa atacar o patrimônio considerado ilícito, possui flagrante viés político-criminal na medida em que, sob o alicerce de cumprir como adágio "o crime não compensa", deixa de exigir a comprovação da prática delituosa mediante sentença penal condenatória, operando com base em presunções. O mesmo ocorre com o referido PL 257/2015, segundo o qual será adotado o modelo *in rem* de confisco, processado por meio de Ação Civil Pública, sem a necessidade de um processo criminal preexistente para determinar a procedência injusta dos bens. No entanto, embora se reconheça que tal instituto é fundamental na repressão e prevenção da chamada criminalidade lucrativa, não se pode prescindir dos postulados basilares do Estado Democrático de Direito, compactuando com a flexibilização de garantias.

Palavras-chave: Confisco alargado – Criminalidade reditícia – PL 257/2015.

Abstract: The present work aims to discuss the implications of the usage of extended confiscation in Brazil, based on the Bill Project n. 257/2015. Starting from an analysis of the European model, it can be noticed that although the extended confiscation of assets does not have a manifestly criminal nature, because it transcends the convicted and aims to address the illicit property, it also has a criminal policy feature to reach and execute the proverb "crime does not pay". It does not demand proof of a previous offense by a criminal conviction, operating through presumptions. The same occurs with the Bill Project 257/2015, which will establish the "in rem" model of confiscation by Public Civil Action, without needing a preexistent criminal suit to appoint the unlawful origin of the goods. Although we recognize that such institute is fundamental in reattributing and preventing profitable criminality, we cannot give up the foundations of the Democratic State and the Rule of Law, collaborating with the loosening of guarantees.

Keywords: Extended confiscation – Economic criminality – Bill Project 257/2015.

Rios, Rodrigo Sánchez. Pujol, Luiz Gustavo.
Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 118. ano 24. p. 123-158. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

SUMÁRIO: 1. Premissas iniciais – 2. O modelo europeu e a presunção de ilicitude dos bens – 3. As possibilidades e cabimento do Confisco alargado na realidade jurídica brasileira. O PL 257/2015 e a *actio in rem* – 4. Dilemas normativos e práticos de um redimensionamento do perdimento de bens e valores – 5. Considerações finais – Bibliografia.

1. PREMISSAS INICIAIS

A incontroversa reformulação da realidade atual, sob o viés da "sociedade de riscos", globalizada e tecnológica,[1] apontou a mister renovação dos pressupostos penais clássicos,[2] precisamente por dar azo ao desenvolvimento de estruturas delitivas sofisticadas, constituídas sob sistemas organizados com o propósito de lucro e de fácil enriquecimento[3] por meio da inserção do capital ilícito na economia legal, alterando as regras da concorrência e do mercado.[4] Esta modalidade delitiva, que, não raras vezes, transcende o âmbito jurídico nacional, pressupõe a movimentação de significativas quantias de dinheiro, repercutindo negativamente nos cofres do Erário e comprometendo, invariavelmente, o próprio sistema político e econômico do País onde se insere, por revelar o envolvimento de sujeitos ativos tanto no âmbito da criminalidade empresarial privada quanto no seio das estruturas do poder público.

1. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, J. de. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *RBCCrim* 33/39 e ss, São Paulo: Ed. RT, 2001. Ver também: MACHADO, Maria Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005; SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones Críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico penal alemana. In: cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 17-49, abr. 1996. Disponível em: [www.derechopublicomd.blogspot.com.br/2012/05/consideraciones-criticas-sobre-la.html]. Acesso em: 31.03.2015.

2. SCHIMIDT, a propósito, esclarece que a atual conjuntura econômica global submete o Estado- nação ao desafio de "ter de conjugar diretrizes político-econômicas nacionais e internacionais e, ao mesmo tempo, reduzir ao máximo as próprias vulnerabilidades frente aos riscos iminentes da liberdade e da velocidade das transações econômicas globais, além de estar obrigado a atingir níveis satisfatórios de prestatividade social". In: SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico – Parte geral*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. p. 30.

3. CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 22 e ss.

4. Vide: MAUGERI, Ana Maria. *Relazione Introduttiva. I Modelli di Sanzione Patrimoniale nel Diritto Comparato*. In: Le Sanzioni Patrimoniali *come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di arminizzazione*. Milano:Giuffrè, 2008. p. 5 e ss.

Esta nova roupagem assumida pela *criminalità del profitto*[5] exigiu um repensar acerca da finalidade do direito penal e sua legitimidade como instrumento Estatal de controle da ordem social, sobretudo no desenvolver de uma política criminal que viabilize medidas de prevenção patrimoniais sobre os proveitos ilicitamente acumulados. Tais questionamentos, de igual modo, transcendem, inclusive, os limites da teoria da pena, precisamente porque esta nova forma de delinquência reformula o tradicional estereótipo do próprio infrator, o qual, nestes casos, nunca esteve à margem da sociedade, mas "aparentemente inserido no meio social",[6] razão pela qual não necessita da segregação para alcançar a *reinserção*.[7]

A falência da pena corporal como medida de desestímulo à prática dos crimes albergados na seara da criminalidade econômico-financeira é apontada por Caeiro como consequência de, principalmente, três fatores: (i) percepção, pelo infrator, de um baixo risco de punição; (ii) impossibilidade de desmotivação à prática de crimes através da imposição de um mal pelo Estado, dado o elevado grau de satisfação pessoal alcançado pelo delinquente; (iii) a compensação material resultante ao infrator, tornando a sujeição à pena corporal um custo, tão somente eventual, em prol de um benefício econômico de certa apropriação.[8] Nesta toada, o catedrático português aponta a necessidade de reformulação do antigo adágio de que "o crime não compensa", lançando luz sobre seu conteúdo normativo latente: "o crime não deve compensar".[9]

O confisco, ou a imposição da perda de bens relacionados direta ou indiretamente com o crime, ao lado da criminalização do branqueamento de capitais, tem

5. FORNARI, Luigi. *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova: Cedam, 1997, p. 39 e ss. Na literatura brasileira, segundo KNOPFHOLZ: "A criminalidade econômica atual é uma criminalidade de poder. (...) Passa-se da ação criminosa violenta à sub-reptícia. São delitos de inteligências – em oposição aos de violência – não somente pela utilização de recursos tecnológicos, mas pela atuação de pessoas altamente qualificadas." (KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia genérica nos crimes econômicos*. Porto Alegre: Nuria Fabris. 2013. p. 29-30).
6. CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Op Cit. p. 31 e ss.*
7. Idem, ibidem.
8. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. *RBCCrim* 100/453 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2013.
9. Idem. A respeito, na produção doutrinária pátria, ver: MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. Segundo este autor: "o que é essencial é privar o criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade, ou seja, confiscar o produto do crime. É a consagração do velho adágio de que 'o crime não deve compensar'".p.16.

sido indicado neste campo como "meio de luta eficaz contra a delinquência organizada".[10] Essa sanção patrimonial tem um papel central na moderna política criminal.[11] O diagnóstico dos estudiosos é claro: evidencia-se fundamental retirar do infrator a possibilidade de usufruir das vantagens ilícitas provenientes de sua empreitada delitiva, proporcionando um "asfixiamento econômico do agente do crime",[12] pois, de outro modo, a repressão às atividades albergadas sob a tônica da delinquência reditícia não passaria de mais uma expressão simbólica do Direito Penal[13]. Trata-se, verdadeiramente, de *perseguir o dinheiro proveniente de um ilícito típico penal,*[14] e ao mesmo tempo, impedir a infiltração dos benefícios lucrativos na economia legal.[15]

Nada obstante, a configuração clássica outorgada ao instituto revela, ante os novos desenhos da criminalidade organizada (e transnacional), dificuldades práticas, sobretudo de caráter probatório[16] – não se olvide a imprescindibilidade de comprovação da origem ilícita dos bens e valores para legitimar a declaração de perdimento, ao término da ação penal. O significado do confisco tradicional, estabelecido na parte geral do Código Penal, como efeito da sentença condenatória, encontra-se atrelado a uma vinculação causal entre a ação delitiva e os proveitos materiais dela decorrentes. E esse encargo demonstrativo, foi conferido ao órgão acusatório. Tal assertiva não é menos verdadeira no tocante aos requisitos mínimos exigidos para determinação da apreensão ou quaisquer outras medidas

10. AGUADO CORRÊA, Tereza. Decomiso de los productos de la delincuencia organizada "garantizar que El delito no resulte provechoso". *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia.* REPC 15-05 (2013). p. 8. Disponível em:[www.criminet.ugr.es/recpc]. Acesso em: 29.03.2015.
11. Vide GRASSO Giovanni. *Profili problematici delle nuove forme di confisca.* In: Le Sanzioni Patrimoniali *come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di arminizzazione.* Milano: Giuffrè, 2008, p. 129.
12. DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. Recuperação de Ativos: Da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves). In: *Revista Julgar online*, p. 02, 2009.
13. Idem, Ibidem.
14. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre La Ampliación del Comiso y el Blanqueo, y la Incidencia en la Receptación Civil. In: *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminologia. RECPC 12-r2* (2010). Disponível em: [www.criminet.ugr.es/recpc]. Acesso em: 29.03.2015.
15. GRASSO, Giovanni. *Op. Cit. Idem.*
16. CAIRES, João Gouveia de. Regime Processual Especial Aplicável ao Crime Organizado (Económico- Financeiro): Âmbito de aplicação da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, o Regime do Sigilo e do Registro de Voz e Imagem. In: PALMA, Maria Fernanda; et. al (Orgs.). *Direito penal económico e financeiro: conferências do curso de pós-graduado e aperfeiçoamento.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 453-547.

assecuratórias, seja durante a fase preliminar de investigação, seja no curso do procedimento principal.

O reposicionamento do confisco como um dos pilares da política criminal de oposição à criminalidade organizada – por viabilizar a expropriação dos benefícios econômicos ilicitamente obtidos – tem sua origem com as principais estratégias de combate ao tráfico ilícito de estupefacientes e drogas afins. Encontrando sedimento na Convenção de Viena de 1988, já nesta sede se observou o relevante papel desempenhado pelos recursos financeiros oriundos desta modalidade delitiva, recursos estes utilizados como capital de base para o desenvolvimento das organizações criminosas voltadas às práticas albergadas sob a tônica do trafico de substâncias entorpecentes.[17] Posteriormente, outros diplomas aderiram à mesma diretiva, incorporando semelhante redação e, consequentemente, potencializaram o instituto,[18] orientando os Estados signatários à perseguição e recuperação das vantagens patrimoniais injustas auferidas por meio de outras modalidades delitivas com forte viés patrimonial. Nesta senda, é possível tratar das modalidades do denominado "confisco alargado"[19] ou também "decomiso transfronteiriço"[20] apto a demandar a atuação coordenada de autoridades encarregadas da *persecutio* sob o amparo de diversas técnicas estabelecidas para instrumentalizar a cooperação judicial internacional.

Dentre os pressupostos de aplicação do confisco sob um viés preventivo como medida exclusivamente patrimonial à criminalidade lucrativa, a doutrina aponta a demanda de critérios subjetivos e objetivos. Os primeiros, de acordo com o

17. Consta do preâmbulo do referido documento: "conscientes de que o tráfico ilícito é fonte de rendimentos e fortunas consideráveis que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis; Decididas a privar as pessoas que se dedicam ao tráfico ilícito dos produtos das suas atividades criminosas e a eliminar assim o seu principal incentivo para tal atividade".

18. Inicialmente vide a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substancias psicotrópicas, Viena 1988, na sequência a Convenção de Palermo de 2000, a Convenção de Estrasburgo relativo à lavagem de dinheiro, apreensão e perda dos produtos do delito, 1990. No âmbito europeu vide a Decisão Quadro 2001/500/JAI, Decisão-Quadro 2003/577/JAI, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI e mais recente sobre a temática vide a Decisão Quadro 2014/42/UE.

19. A respeito das diversas formas de confisco em especial os destinados à organização criminosa, vide BALSAMO, Antonio. Il sistema delle misure patrimonial antimafia tra dimensione Internazionale e normativa interna. In. Le misure patrimonial contro la criminalitá organizzata. Milano: Giuffrè. 2010.p. 24 e ss. Vide ainda.

20. Vide GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso Transfronterizo de Bienes*. Colex: Madrid, 2007, p. 15 e ss.

legislador, estariam albergados nas mais representativas modalidades delitivas – dentre as quais se vislumbram a lavagem de capitais, o tráfico de seres humanos, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e o tráfico de entorpecentes – compreendidas no marco de uma organização criminosa. Ao se invocar os critérios objetivos, notabiliza-se a inexistência da necessidade da demonstrabilidade da vinculação entre o delito e os bens confiscados. Ainda, a notada desproporção entre valores declarados aos órgãos de controle e os ostensivamente usufruídos pelo denunciado, como também a compatibilidade com a atividade profissional desenvolvida, implicaram na adoção de um critério de instrumentalidade indiciária entre o delito e o lucro,[21] atingindo inclusive a posse e propriedade em nome de terceiros, originalmente resguardados sob o manto da boa-fé. Neste panorama, resulta invertido o ônus da prova.[22]

No cenário brasileiro, somente após as recentes publicações difundidas pela mídia dando conta dos organizados e aparelhados esquemas de corrupção presentes na realidade política nacional, a comunidade jurídica pátria viu-se premida da necessidade de refletir acerca das providências judiciais destinadas a assegurar a eficiência do resultado final do processo criminal e dos diversos instrumentos de oposição à criminalidade reditícia, conjuntura na qual os estudiosos europeus têm muito a contribuir. Enquanto no Brasil o confisco está condicionado a mero efeito acessório e extrapenal da sentença condenatória, a perda de bens é aplicada em ordenamentos europeus como verdadeira sanção, de caráter penal ou mesmo civil, cuja característica primordial é a privação da titularidade vinculada ao exercício do poder punitivo Estatal. Diga-se que este *jus puniendi* é entendido em sentido amplo, como um conjunto de potestades atribuídas aos poderes públicos para reagir diante das infrações, praticadas pelas pessoas físicas e jurídicas, aos deveres legais impostos.[23] Neste contexto, o objeto sobre o qual recai a titularidade ultrapassa aqueles bens de *natureza comprovadamente* antijurídica, para atingir aqueles de *origem presumidamente* ilícita, diversa do fato concretamente imputado, de acordo com critérios previamente definidos pelos órgãos de controle.

21. MENDITTO, Franceso. *Le confische nella prevenzione e il contrato ala criminalità da "profitto" (Mafie, corruzione e evasione fiscale)*. Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa, in www.penalecontemporaneo.it, p. 4 e ss, visto em 15.05.2015.

22. Sobre a inversão do ônus da prova vide ZANCHETTI, Mario. *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 289- 298. Reivindicando a mitigação em sede de direito penal do ônus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela pratica de um delito relacionado com a criminalidade organizada, vide a 5 Consideração da Decisão – Quadro 2005/212/JAI do Conselho de Europa, *relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime*.

23. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. Cit.* p. 30.

Esta tendência mundial ao recrudescimento da normativa penal substantiva e adjetiva é apontada por Hassemer como expressão natural desta sociedade de risco, marcada pela antecipação do controle Estatal, acentuação dos meios repressivos de fiscalização e "supremacia de um novo paradigma: o paradigma da prevenção".[24] Neste compasso, as discussões acerca dos limites às restrições de direitos fundamentais a justificar a reivindicada "luta contra a criminalidade econômico-financeira", é relegada a um plano secundário. Sob este vértice, desvirtua-se o ideal ameaçador de *ultima ratio*, para alçar o Direito Penal ao status de "instrumento auxiliar" de proteção aos direitos fundamentais.[25] Bem por isso, VERVAELE chama atenção à consequência deste pensamento dominante de eficácia na luta contra a delinquência organizada: "neste marco dos Tratados Internacionais, os Estados têm pouca margem para prosseguir em sua tradição garantista".[26] Albrecht completa a exortação pontuando que o desenvolvimento da política de confisco está estruturado independentemente das diversas formulações jurídicas de cada ordenamento legal, motivado "por el objetivo de eliminar las limitaciones que condicionam la aplicación del derecho a través del engrenaje de las garantias convencionales propias del derecho penal y procesal penal".[27] Ao final, conclui: as garantias do sistema afetadas em seu núcleo são, naturalmente, a presunção de inocência e o princípio da proporcionalidade.[28]

As atuais proposições para uma nova arquitetura da normativa penal substantiva e adjetiva especial aplicável ao crime organizado econômico-financeiro, na aguda visão de CAIRES, evidenciam uma verdadeira corrida contra o tempo "qual rolo compressor que tudo tenta esmagar",[29] num sistema no qual se desconsideram os

24. HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In. *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais* (Coord. Maria Fernanda Palma). Coimbra: Almedina, 2004, p. 22-23.

25. HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* p. 22.

26. VERVAELE, J.A.E. Las sanciones de confiscación:¿Um intruso em el Derecho Penal?. *Revista Penal* 2/80, 1998. Disponível em: [www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/32/30]. Acesso em: 24.04.2015.

27. ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad Transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Colombia: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación em Folosofía y Derecho, 2001, p. 71.

28. Idem, Ibidem.

29. CAIRES, João Gouveia de. *Regime processual especial aplicável ao crime organizado (económico-financeiro)*: Âmbito de aplicação da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, o Regime do Sigilo e do Registro de Voz e Imagem. In: PALMA, Maria Fernanda; *et. Al* (Orgs.). *Direito penal económico e financeiro: conferências do curso de pós-graduado e aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 453-547.

alicerces de um sistema garantista com vistas a promover uma "eficácia quase a qualquer custo".[30]

Deveras, não se ignora o imperativo de reformulação dos pressupostos penais e processuais penais clássicos, assumindo uma postura preventiva e repressiva mais eficaz em face da realidade criminológica contemporânea. Sem embargo, a maximização dos mecanismos legais de oposição tal qual ditada pelos diplomas internacionais implica, invariavelmente, na relativização de regras sobre imputação e minimização de garantias processuais e constitucionais fundamentais associadas a um direito penal de corte liberal.[31] Esta constatação conduz à premente necessidade de proceder-se a um aprofundado estudo destes instrumentos internacionais voltados à ablação dos benefícios econômicos ilicitamente obtidos através destas atividades, não apenas como parâmetro à futura atualização da legislação brasileira no tocante à recuperação de ativos, mas pela própria complexidade acadêmica do tema. A proposição de incorporação deste novel viés normativo para nosso direito interno, em efeito, apresenta-se mais palpável do que de fato poderia se pensar. Basta verificarmos as medidas contidas no recém-publicado pacote governamental "anticorrupção", precisamente as Propostas de Emenda à Constituição e de Projeto de Lei com vistas a regulamentar a "Ação Civil de Extinção de Domínio (ou perda civil de bens)" em território nacional.[32]

2. O MODELO EUROPEU E A PRESUNÇÃO DE ILICITUDE DOS BENS

É certo que a generalidade dos ordenamentos conhece – e de algum modo aplica – o denominado *confisco clássico,* relativo ao *instrumentum sceleris* e ao *producta sceleris*,[33] máxime no que diz respeito à determinação da perda dos instrumentos e produtos diretos do crime.[34] Na realidade de Portugal pode-se ainda citar o perdimento das *vantagens* do crime. Constante nos arts. 111 e 112 do Código Penal lusitano, as vantagens do crime abarcam todo o aumento patrimonial do

30. CAIRES, João Gouveia de. *Op. Cit.* p. 455.

31. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimônio criminal: comiso y perdida de la ganancia.* Madrid: Dykinson, 2001, p. 21.

32. Ver: [www.relacoesinstitucionais.gov.br/conteudo/noticias/veja-aqui-os-itens-do-pacote-anticorrupcao-enviada-ao-congresso]. Contendo texto integral do projeto aprovado sobre a extinção civil de domínio: [www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=164895&tp=1].

33. Para um estudo aprofundado sobre as sanções patrimoniais, sua evolução histórica e as singularidades de cada legislação internacional sobre o tema, ver a obra de MAUGERI, Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo.* Milano. Giuffrè, 2001.

34. CAEIRO, Pedro. *Op.Cit.* p. 463.

demandado direta ou indiretamente proveniente do fato ilícito típico.[35] Por seu turno, na legislação espanhola, nos arts. 127 e 128 do Código Penal, regula-se a figura do "decomiso de bienes", sem oferecer uma definição expressa do instituto, embora aglutinando num mesmo dispositivo os instrumentos, os benefícios do delito e eventuais transformações que haja podido experimentar.[36] Referida determinação passou por profunda revisão e ampliação com a Lei Orgânica 1/2015, de 30.03.2015.[37]

No Brasil, a perda de bens é constitucionalmente legitimada (art. 5.º, LIV e XLVI, *b*) e costumeiramente aplicada como efeito direto da condenação definitiva por um ilícito penal (CP, art. 91). Na realidade comparada, entretanto, a discussão no âmbito dos novos paradigmas de recuperação de ativos[38] e do perfil atribuído à perda de bens assume outros contornos. Neste cenário, o recrudescimento dos meios pelos quais o Poder Público busca fazer frente à criminalidade lucrativa, organizada e globalizada, é, sem dúvida, mais evidente. Melhor exemplo é a extensão do confisco a bens cuja origem se revele incerta e estejam em posse ou titularidade de sujeito que se encaixe em condições legais específicas,[39] pautadas, principalmente, em uma dupla presunção: "da comissão de crimes anteriores pelo arguido e da origem ilícita do patrimônio do mesmo, já condenado".[40] Ademais, já desde o ano de 2003 o legislador espanhol prevê a possibilidade de o confisco vir a "ser aplicado mesmo quando não se imponha pena ao processado ou por se ter extinguido a responsabilidade criminal, sempre que fique demonstrada a situação patrimonial ilícita".[41] Esta conjuntura autoriza a ilação sobre uma tendência – da

35. CORREA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Coimbra: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012.

36. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. Cit.* p. 16; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Op. Cit.* p. 15 e ss; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Izabel. *Análisis Jurídico-Penal de la Figura Del Comiso*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 37 e ss. A respeito da normativa italiana no tocante ao confisco "clássico" estabelecido no art. 240 do Código Penal, como medida de segurança patrimonial, vide MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale*. Parte Generale. Milano, Terza edizione, 2009, p. 649-651.

37. Vide nota *infra* 57.

38. RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de Activos da Criminalidade Económico- Financeira – viagens pelas idiossincrasias de um regime de perda e bens em expansão*. Lisboa: SMMP, 2013.

39. CAEIRO, Pedro. *Op. Cit.* p. 463.

40. DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. *Op. Cit.*, p. 07.

41. Referente à normativa espanhola da *Ley Orgánica* 15/2003, introduziu a figura do "decomiso de valor", bem como a possibilidade de impor o confisco no caso de ausência ou extinção da responsabilidade criminal, vide GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. Cit.* p. 17.

normativa penal – à superação e substituição da prisão[42] como eixo principal da resposta penal em favor de soluções que viabilizem a neutralização econômica dos sujeitos envolvidos com a tipicidade reditícia.[43]

O comprovado aparelhamento das organizações criminosas, assim como o aumento de geração e circulação de riquezas provenientes destas práticas revelou a insuficiência dos mecanismos tradicionais de detecção, apreensão e perda de bens. Esta constatação – conjuntamente à percepção de que apenas a imposição das penas corporais sem o efetivo abalo econômico dos agentes do crime não é hábil a conferir vigência à proposição "o crime não compensa",[44] e a crescente e reconhecida dificuldade em identificar as vantagens patrimoniais ilícitas recebidas a título de ganho direto com a prática criminosa, correntemente reinseridas na economia formal com aparência de legalidade – levou as organizações internacionais ao desenvolvimento de "estratégias patrimoniais de combate à criminalidade".[45] Nesta perspectiva observa-se a expansão dos pressupostos clássicos do confisco de bens[46] – utilizando-se da expressão de Caeiro – como "instrumento mobilizável para que o crime não compense".[47]

---

42. Neste sentido, HASSEMER, com uma proposta mais ousada, desenvolve a teoria dos "Direitos de Intervenção" como proposta de modernização do Direito Penal, através da isenção da aplicação de penas restritivas de liberdade àqueles crimes não respeito a lesões graves a bens jurídicos individuais. Sobre o "direito de intervenção" ver HASSEMER, Winfried. *Kennzeichenund Krisen dês modemen Strafrechts*, ZRP, 1992, p. 378 e ss., 383. No Brasil: Características e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* 18/144-157, fev.-mar. 2003. Ver também obra monográfica sobre o tema: DE OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

43. DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. *Op. Cit.*, p. 02.

44. Em referência ao sentido normativo atribuído por CAEIRO ao brocardo "o crime não deve compensar", In: CAEIRO, Pedro. *Op. Cit.* p. 459.

45. Par utilizar-se da expressar cunhada por GODINHO, Jorge A.F. Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado atual na Região Administrativa Especial de Macau. In: LEONEL ALVES e PAULO CARDINAL (coords.). *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau*. Macau, 2009 (no prelo), p. 08. Disponível em: []. Acesso em: 27.04.2015.

46. Consoante revelação de DAMÁSIO SIMÕES e TRINDADE, as publicações internacionais recentes vêm cimentando a ideia de que a perda de bens serve a três propósitos: " o de acentuar os intuitos de prevenção geral e especial, através da demonstração de que o crime não rende benefícios; – o de evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes, propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indenização das vítimas e no apetrechamento das instituições de combate o crime; – o de reconduzir os riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de lucros nas atividades empresariais". Op. Cit., p.02.

47. CAEIRO, Pedro. Op. Cit. p.462.

Inúmeros documentos internacionais foram elaborados com a finalidade de aparelhar os Estados signatários com instrumentos eficazes de oposição inicialmente à *criminalidade organizada*, até então conhecida sob os contornos do tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias análogas.[48] Cite-se, mais uma vez, a Convenção de Viena, de 1988, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (Convenção de Estrasburgo de 1990, com posterior acréscimo do art. 3.º, n. 4, pela Convenção de Varsóvia de 2005)[49] e a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 2000, art. 12.º, n.7.[50]

Sob a tangente da União Europeia, muitas *Decisões Quadro* foram publicadas com a finalidade de harmonizar as legislações com fulcro no princípio do reconhecimento mútuo. Dentre elas, entretanto, merece destaque a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24.02.2005, relativa à *perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime.*[51] Esse expediente determinou[52] a aplicação da "perda estendida" em todo território das

48. Vide texto da nota 17 *supra*. Ainda a respeito ALBRECHT aponta a Convenção de Viena de 1988, voltada justamente contra o tráfico ilícito de drogas, estupefacientes e substâncias psicotrópicas a fins, como o marco desta nova política criminal voltada ao produto ilícito e sua confiscação. Hans-Jörg. *Criminalidad Transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Colombia: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2001, p. 47.

49. "*4.* Cada uma das Partes adoptará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infracções graves, de acordo com a definição do seu direito interno, que o autor declare a origem dos seus bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno."

50. "7. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infracção demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objecto de perda, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais."

51. Sobre as tentativas de uniformização da perda alargada no âmbito da União Europeia, traçando um paralelo com processo de incorporação do instituto pelo Direito espanhol, por todos: JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco. Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos. *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, 2011 (34), p. 91-116. Disponivel em: [www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2012/01/Penal34_NovLegislativas.pdf]. Acesso em: 08.05.2015.

52. Este documento é claro em dispor: "Cada Estado Membro adotará no mínimo as medidas necessárias que o habilitem a, nas circunstâncias referidas no n. 2, declarar perdidos, total ou parcialmente, os bens de uma pessoa condenada por ilícito: (...)". art. 3.º, *caput*. Na doutrina, a respeito dos objetivos da Decisão Quadro 2005/212/JAI, vide BALSAMO, Antonio: Il sistema dele misure patrimonial antimafia tra dimensione Internazionale e

nações ligadas àquele bloco econômico, facilitando, deste modo, a cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos.[53] Digno de nota, tal documento chega a dispor, inclusive, sobre a perda de bens não contemplados na esfera de titularidade do arguido, mas que com ele guardem relação.[54] Destarte, a discussão acerca da expansão dos marcos da aplicação constitucional do confisco, anteriormente apenas pontual,[55] alçou outras proporções. Da mesma forma, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio de reconhecimento mútuo de resoluções de confisco.

Oportuno salientar, ademais, a recente Diretiva 2014/42/UE, de 03.04.2013, que dispõe *sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia*, expandiu substancialmente o já disposto na Decisão Quadro de 2001 e a de 2005, esclarecendo alguns conceitos pertinentes ao tema da perda alargada, tendo em vista a devida regulamentação em normativas de diversos países membros, ressaltando, contudo, que os procedimentos de perda até aquele momento teriam pouca utilização. Nesse instrumento legal foi explicitada a definição de produtos de crime, albergando o entendimento de que se trata de todos os ganhos indiretos, inclusive o reinvestimento ou transformação posterior de produtos diretos, tal qual explanado no item 11 da exposição de motivos da Diretiva.[56] Ademais, o art. 3.º da

normativa interna. In: *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 5-7.

53. Posteriormente, outros documentos foram editados com o fito de viabilizar a confiscação alargada, dentre os quais, cite-se a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia – Bruxelas, 12.03.2012 COM(2012) 85 final 2012/0036 (COD) – Convenção de Bruxelas.

54. Reza o item 3. da Decisão Quadro 2005/212/JAI: "Cada Estado-Membro poderá também estudar a possibilidade de adoptar as medidas necessárias que o habilitem, nos termos dos n. 1 e 2, a declarar perdidos, no todo ou em parte, bens adquiridos pelos próximos da pessoa em questão e bens cuja propriedade tenha sido transferida para uma pessoa colectiva em relação à qual a pessoa em questão –agindo individualmente ou conjuntamente com os seus próximos–disponha de uma influência de controlo. O mesmo se aplica se a pessoa em causa receber uma parte significativa do rendimento da pessoa colectiva".

55. Sensato convir, mesmo antes da manifestação do Conselho da Europa em 2005 alguns Estados já empregavam a perda ampliada em seu Direito interno. A exemplo, cite-se a realidade alemã, desde o ano de 1992, com o chamado "confisco ampliado dos benefícios". Vide JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

56. Vide o contido na Diretiva 2014/42/UE: "(11) É necessário clarificar a atual definição de produtos do crime de modo a incluir não só o produto direto das atividades criminosas, mas também todos os seus ganhos indiretos, incluindo o reinvestimento ou a transformação posterior de produtos diretos. Assim, o produto pode incluir quaisquer bens,

normativa amplia os horizontes de aplicabilidade da perda de bens (clássica ou alargada), prevendo onze situações em que seria possível utilizá-la.

Assentada na Diretiva de 2014/42/UE, a legislação espanhola sofreu profunda modificação (Lei Orgânica 1/2015, de 30.03.2015) em matéria de "decomiso", acrescentando a regulamentação atinente a gestão dos bens recuperados. As inovações permeiam as figuras do "decomiso ampliado", do "decomiso sem sentença" e o "decomiso de bens de terceiros". Sumariamente, podemos asseverar, quanto à primeira categoria, determinada no art. 127, *bis* do CP, sua particularidade no sentido de que os bens confiscados têm sua origem em outras atividades ilícitas diversas aquela objeto da condenação. Conforme a própria exposição de motivos, a finalidade é justamente impedir a acumulação de riqueza oriunda de fatos delitivos, aproximando-se da essência do enriquecimento sem causa de matriz civilista.[57] A própria Diretiva de 2014 insere a aplicabilidade por parte dos tribunais amparada em indícios, sobretudo diante da desproporcionalidade entre os ingressos lícitos e o patrimônio disponível.

No que pertine ao "decomiso sem sentença" – cuja aplicabilidade já era possível mediante a redação do art. 127, ter, da legislação precedente – a novidade consiste na imposição de um novo pressuposto a autorizar sua incidência em situações concretas. Consoante a narrativa introduzida pela Lei Orgânica 1/2015, além da exigência de que o sujeito se enquadre em situações autorizadoras da extinção da punibilidade, assim como a constatação da situação de ausência, impõem-se que a ilicitude patrimonial tenha sido previamente constatada mediante procedimento judicial com inequívoco respeito ao contraditório.[58]

---

inclusive os que tenham sido transformados ou convertidos, no todo ou em parte, noutros bens, e os que tenham sido misturados com bens adquiridos de fonte legítima, no montante correspondente ao valor estimado do produto do crime que entrou na mistura. Pode igualmente incluir o rendimento ou outros ganhos derivados do produto do crime, ou dos bens em que esse produto tenha sido transformado, convertido ou misturado".

57. Disponível em: [www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-Parte-General_11_801055002.html]. Acesso em: 11.08.2015.

58. Sobre o tema, vide o texto de AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada. *InDret:* Barcelona, enero, 2014, p. 41. Disponível em: [www.indret.com/pdf/1025.pdf]. Acesso em: 11.08.2015. Em uma análise comparativa deste instituto incorporado à alteração da legislação espanhola codificada em relação à previsão da Diretiva 2014/42/EU – até o momento da redação do trabalho acadêmico de Aguado, apenas em vias de projeto – assim discorre a pesquisadora: "La previsión de este presupuesto en relación con todos los casos en él contemplados, no responde a una exigencia de la Propuesta de Directiva ya que en ésta se condiciona la posibilidad de acordar el decomiso no basado en condena al hecho de que "tras un proceso que

Por fim, o "decomiso de terceiros", cuja existência, de igual modo, já se fazia presente na normativa antecedente (art. 127, *quarter*, do CP), alcançou rebuscada técnica legislativa, de modo a incidir: (a) quando o terceiro tem ciência de que a parcela patrimonial transpassada à sua /propriedade é de origem ilícita; (b) quando este mesmo terceiro esteja sob *suspeita* de que estes bens provêm de atividade delitiva, o que corresponde àquelas situações nas quais uma "pessoa diligente teria motivos para suspeitar";[59] (c) no caso de outros bens, quando este terceiro *souber* ou *puder suspeitar* que ao adquiri-los estará dificultando o confisco.[60]

Não se pretende incursionar em exame detalhado de cada estrutura normativa singularizada onde se aplica o confisco alargado. Todavia, um breve panorama das tratativas legais dispensadas a este instituto nos pontos coincidentes dos ordenamentos jurídicos europeus permite a conclusão: as atuais tendências mundiais de controle conduzem à menor exigência probatória acerca dos pressupostos fáticos autorizadores do confisco, facilitando a declaração da perda de bens em caso de aumento injustificado do patrimônio do demandado, escusando prova cabal da aquisição ilícita deste patrimônio.[61] Tais medidas, insta salientar, não se relegam à decretação do confisco somente ao final de procedimento judicial direcionado a tanto, podendo ser largamente observadas mesmo durante a perquirição criminal preliminar, materializados em institutos como a alienação antecipada de bens, já inserida no ordenamento brasileiro sem maiores questionamentos doutrinários.[62]

---

podría haber dado lugar a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio...". Por lo tanto, lo relevante es que hubiese podido ser condenado por los delitos y no, como parece deducirse del texto del Proyecto, la situación patrimonial ilícita". p. 41.

59. ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael; JAÉN VALLEJO, Manuel; MÁRQUEZ PRADO, Cristina Martínez; PERRINO PÉREZ, Ángel. La reforma del Código Penal. Parte General. *El Derecho.com*. Disponível em: [www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-Parte-General_11_801055002.html]. Acesso em: 11.08.2015.

60. Idem, Ibidem.

61. Anteriormente a vigência das normativas europeias vide CONTRAFATTO, Vania. *La Confisca "Estesa" Ex Art. 12 Sexies D.L. n. 306/92*: pressuposti, effetti, profili processuali. In Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata. Milano: Giuffrè, 2010, p. 315. Vide ainda CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Op.Cit.*, p. 17. BALSAMO, Antonio, *Op. Cit.* p. 27.

62. Como é cediço, este instituto deste há muito consta da legislação brasileira. Inicialmente circunscrito à normativa antitóxicos já desde 1999 (art. 34, da Lei 9.804/1999), após a alteração promovida no diploma legal concernente à Lavagem de Dinheiro (Lei 12.683/2012, arts. 4.º e 4.º-A), a venda antecipada viu-se legitimada também a estes crime. Seguindo esta mesma tendência, igualmente em 2012 o Código de Processo Penal passou a disciplinar a alienação antecipada no art. 144-A, tornando-a também cabível a todos os delitos que extravasem o âmbito de aplicação das Leis 9.613/1998 e 11.343/2006.

Sobreleva, aqui, mencionar: o fator inovador (e inquietante) desta modalidade ampliada do confisco não consiste precisamente em transpor os limites de incidência sobre os instrumentos, produtos e proventos do crime. Tal assertiva não é menos verdadeira quando transportada às regras de presunção e aplicada, em certa medida, no juízo penal, pois os pressupostos probatórios da comprovação da origem ilícita do patrimônio constrito têm sido largamente flexibilizados na *práxis* forense. Seu diferencial revela-se, pois, precisamente por desvincular a demonstração da procedência ilícita do conjunto patrimonial com um fato punível determinado e anteriormente, ou concomitantemente, demonstrado em processo judicial competente.[63]

Afora pontuais nuances verificados conforme as especificidades de cada sistema de direito interno,[64] as recomendações internacionais de combate à criminalidade organizada – com as quais estão alinhadas – ordenam[65] a instituição da "perda alargada" sob os seguintes pressupostos (dentre outros):

a) Primeiro, a condenação por determinados crimes previamente catalogados[66] e compreendidos no cerne de uma organização criminosa, com pontuais patamares de penas abstratas;

63. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. Cit.*, p. 74.

64. São exemplos de legislações europeias que já contêm disposições sobre o confisco ampliado: Itália, República da Áustria, Alemanha, Países Baixos, Bélgica, Portugal, Reino Unido e, mais recentemente, com o projeto de reforma do Código Penal anunciado em 2013, a Espanha (A propósito do ordenamento espanhol, ver AGUADO CORREA, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada. *InDret*. Barcelona, enero, 2014).

65. Ao contrário dos demais documentos internacionais, que *sugerem* instrumentos de combate ao crime e de recuperação de ativos, uma interpretação literal da linguagem utilizada na composição da decisão Marco 2005/212/JAI conduz à conclusão de que os Estados membros não têm opção senão adotarem o confisco alargado, sendo as três situações previstas no n. 2, do art. 3 deste documento apenas o mínimo a ser transposto pelos Estados para o seu direito interno. BLANCO CORDERO, Izidoro. *Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. Op. Cit.* p. 72. Sobre este mesmo entendimento, ver trabalho doutoral desenvolvido por VARGAS GONZÁLES, Patrícia. *El Comiso Del Patrimonio Criminal.* 559 páginas. Tesis Doctoral – Facultad de Derecho, Universidadde Salamanca, Salamanca, 2012."

66. Vide a descrição das infrações previstas no artigo 3.º da Decisão-Quadro 2003/577 de 22.07.2003, relativa à execução na União Europeia da decisões de congelamento ou de provas. Por sua vez, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24.02.2005, relativa à *perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime,* acrescentou a possibilidade de que os Estados membros possam determinar o confisco alargado nos casos de participação em organização criminosa dos ilícitos abrangidos por diversas decisões-quadro, conforme seu art. 3, 1, a.

b) Segundo, quando o Tribunal estiver "plenamente persuadido de que os bens foram obtidos a partir de práticas delitivas de mesma natureza à daquela, objeto da condenação";

c) Terceiro, quando existir a suspeita de que estes mesmos bens foram obtidos a partir de atividades delitivas "semelhantes", desde que durante um lapso temporal anterior à condenação pelo ilícito, considerado como razoável pelo próprio Tribunal;

d) Ou, por derradeiro, quando o valor dos bens de propriedade do condenado for compreendido como desproporcional em relação aos seus rendimentos legítimos e existirem elementos que conduzam à presunção de sua proveniência ilícita.

Em tais diretivas gerais se denota, na linha do que já restou afirmado, a tendência clara de relativização de garantias inerentes à intervenção residual de mecanismos penais de controle – aqui incluídos o próprio direito criminal substantivo e a sua vertente adjetiva – mediante o emprego de expressões marcadamente genéricas e abstratas,[67] cujo real sentido e alcance acabarão sendo estabelecidos *discricionariamente* pelo Poder Judiciário (em contraste com o princípio da legalidade e suas vertentes), possibilitando, portanto, uma maior incidência da sanção específica, a saber, aqui, justamente, o confisco patrimonial em debate.

Por outro lado, constata-se, de plano, a institucionalização de duas ordens de presunção, segundo o lapso temporal de abrangência: na primeira delas, a totalidade do patrimônio do demandado é considerada de origem ilícita, doutro lado, apenas o patrimônio adquirido num determinado decurso precedente à comissão do delito será compreendido como de procedência antijurídica,[68] como é o caso do ordenamento inglês – o qual abrange todos os bens obtidos pelo demandado nos seis anos anteriores à instauração do processo, nos casos onde demonstrado, minimamente, um "estilo de vida criminoso".[69]

Neste contexto, há de gizar-se as ferramentas internacionais que incentivam a internalização do "confisco alargado", pois não apontam sob qual procedimento a medida deverá ser levada a efeito, deixando-o à discricionariedade do legislador nacional. Causa espécie, entretanto, a tendência de sua incorporação sob a roupagem de um "confisco sem condenação criminal ou confisco civil" – já presente em

67. Vide nota 29 *supra* referente a opinião de Caires: "eficácia penal a qualquer custo". Na mesma linha, Aury Lopes JÚNIOR, ao tratar das medidas cautelares pessoais no Direito Processual Penal Brasileiro e, em especial, à possibilidade de prisão preventiva para garantia da "ordem pública", expressão de uma "*maleabilidade conceitual apavorante*" (Op. Cit., p. 854).

68. DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. *Op. Cit.*, p. 05.

69. Idem, Ibidem.

certas conjunturas legislativas[70] – tendência esta corroborada pela *Proposta Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia* de 2012 – Convenção de Bruxelas, 12.03.2-12, COM (2012) 85 final, 2012/0036 (COD).[71]

Noutra senda, na esteira de relevante explanação de Simões e Trindade, estas presunções distinguem-se "consoante se trate de uma forma de inversão do ônus da prova ou de presunção cuja aplicação seja subordinada ao cumprimento de um, ainda que reduzido, ônus probatório a cargo da acusação".[72] Neste vértice, a depender da configuração jurídica que lhe é atribuída, no primeiro caso, a perda somente poderá ser elidida se o próprio arguido comprovar a licitude da aquisição de seu patrimônio, muitas vezes através de um procedimento *in rem*, sob *standards* civilísticos de prova. A exemplo, observa-se a sistemática aplicada no Reino Unido, na quais as autoridades não precisam comprovar o cometimento de um crime determinado, senão apenas, *on the balance of probabilities*,[73] a proveniência criminosa dos bens e valores ou sua relação direta com certo gênero delitivo. Na segunda hipótese, normativa seguida pelo ordenamento italiano, caberá à acusação tão somente demonstrar a desproporção entre os rendimentos lícitos do agente e o patrimônio efetivo sob sua disponibilidade.

Este viés ampliado do confisco tem sido comumente empregado na legislação estrangeira como instrumento repressivo autônomo, uma *nova forma sancionatória*,[74] cujo traço mais marcante nota-se justamente por ser modalidade gravosa de sanção baseada exclusivamente em presunções. Cumpre ressaltar que a aplicação desta variante expandida de ingerência no patrimônio de determinado sujeito terá como pressuposto a condenação por um apontado crime. Todavia, em contrapartida, os valores sobre os quais recairá a expropriação prescindem da demonstração

70. Cite-se, por exemplo, a normativa da Suíça, dos Estados Unidos e da Colômbia, e mais recentemente da legislação espanhola (Lei Orgânica 1/2015 de 30.03.2015).

71. Sobre a Convenção de Bruxelas COM (2012) 85 final, e as principais inovações por ela propostas, notadamente a adoção da *actio in rem* como principal modelo de confisco europeu, ver: MAUGERI, Anna Maria. L'actio in rem assurge a modello di "Confisca Europea" nel rispetto delle garanzie CEDU?. *Revista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo* 3/252, 2013.

72. Idem, p. 06.

73. RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de activos da criminalidade económico-financeira – viagens pelas idiossincrasias de um regime de perda e bens em expansão*. Lisboa: SMMP, 2013.

74. DA CUNHA, José M. Damião. Perda de Bens a Favor do Estado. *Medidas de Combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 120-164.

de sua conexão direta com este ou outros delitos cometidos pelo agente, ou ainda, de qualquer indício da efetiva comissão destes outros crimes.[75]

No Velho Continente, precisamente no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o posicionamento jurisprudencial tem-se concluído, contrariamente ao exposto, pela compatibilidade entre o instituto e os princípios da culpabilidade e presunção de inocência. Em linhas gerais, argumenta-se que o confisco não tem natureza jurídica de pena, pois não busca impor reprovação pela realização de um fato antijurídico, senão restabelecer a situação patrimonial lícita do demandado: "remediar uma situação patrimonial ilícita decorrente da comissão de um delito que gere benefícios econômicos".[76] Correa endossa este posicionamento quando, ao comentar a recente legislação portuguesa, conclui: "a perda alargada não é uma pena acessória ou um efeito da condenação, mas uma medida de caráter não penal que procura lograr uma ordem patrimonial conforme ao direito. O que está em causa é, apenas, impedir a manutenção e a consolidação do patrimônio incongruente, suspeito de proveniência ilícita, cuja posse pode seduzir á prática de novos crimes".[77]

3. As possibilidades e cabimento do Confisco alargado na realidade jurídica brasileira. O PL 257/2015 e a *actio in rem*

A natureza jurídica outorgada à "perda alargada" está condicionada ao ordenamento jurídico em que se vê inserida. Diversamente do imaginável, tal qual alerta Caeiro, não se trata tão somente de assimilá-la ao confisco clássico, expandindo apenas seu o âmbito e objeto de incidência,[78] senão de reconhecer-lhe autonomia jurídica própria. Nesta linha, alguns países empregam o instituto mediante procedimentos dissociados do processo penal, configuração até então impensada na realidade brasileira. Esta peculiar construção normativa produz dúvidas sobre a natu-

75. A análise de condenações anteriores por crimes de mesma natureza ou natureza similar àquela conduta típica objeto de condenação não é exigida pela totalidade das legislações internacionais a dispõe sobre o confisco. Para estas, basta a demonstração, a princípio a qualquer título, de um "estilo de vida criminoso". DAMÁSIO SIMÕES, Euclides; TRINDADE, José Luís. *Op. Cit.*, p. 05.

76. BLANCO CORDERO, Izidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis. (Coords.). *Criminalizad Organizada, Terrorismo e Inmigración* – retos contemporáneos de la Política Criminal. Granada: Editorial Comares S.L., 2008, p. 69-106.

77. CORREA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada.* Coimbra: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012, p. 68.

78. CAEIRO, Pedro. *Op. Cit.* p. 490.

reza jurídica da perda alargada, logo, sob quais as lógicas de garantia deverão sobre ela incidir,[79] raciocínio umbilicalmente ligado à construção normativa no seio de um Estado Democrático de Direito.

Bem por isto muitos doutrinadores, à luz das disposições legislativas de suas próprias realidades, buscam, sem consenso – e porque não dizer, sem sucesso – encaixar o confisco alargado de bens em uma das categorias sancionatórias já conhecidas pela doutrina penal. Nesse interim, o confisco expandido já foi considerado como de índole análoga à medida de segurança,[80] como sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal,[81] ou mesmo como medida de caráter não penal, mas administrativo ou civil. Especificamente quanto a esta última, cujo exemplo mais marcante é o instituto da extinção civil de domínio, é largamente aplicado nos EUA.[82] Ponto que não se discute, contudo, é sua essência político criminal.

Como anteriormente foi possível observar, o ressurgimento do confisco – e as discussões acerca de seu redimensionamento – está indissociavelmente vinculado a questões de política criminal, ao *como* o Estado deve posicionar-se frente à criminalidade econômico-financeira. Na precisa interpretação de CUNHA: "trata-se de uma medida sancionatória que visa garantir a eficaz repressão de lucros que podem ser obtidos com certo tipo de criminalidade (...) que tem como ponto estratégico a

79. CORREA, João Conde. *Da proibição do Confisco à perda alargada.* Coimbra: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012, p. 66.

80. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português, parte geral II – As consequências jurídicas do crime.* Reimpressão, 2005, p. 628 e 368. Ao ser aplicada como medida de segurança, o perdimento dos bens se dá para "proteger a comunidade" da periculosidade própria da *res*, e não do agente que está em sua posse. Fala-se em perigo próprio da coisa ou também do risco oriundo da probabilidade de sua futura utilização na consecução de novos delitos. Figueiredo Dias, a propósito, argumenta: "Nos instrumentos e produtos está em causa a sua perigosidade imediata, resultante de sua adequação para a prática de crimes. Nas vantagens, diversamente, o que está em causa primeiramente é um propósito de prevenção da criminalidade em globo, ligado à cadeia – antiga, mas nem por isso menos prezável – de que [o crime não compensa]". Sobre os diversos argumentos acerca da natureza jurídica da perda alargada de bens, ver: CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Izabel. *Op. Cit.* p. 27; RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de activos da criminalidade económico-financeira – viagens pelas idiossincrasias de um regime de perda e bens em expansão.* Lisboa: SMMP, 2013.

81. DA CUNHA, José M. Damião. *Perda de bens em favor do Estado. Medidas de combate à criminalidade económico-financeira,* Centro de Estudos Judiciários, 2004.

82. Sobre o instituto da extinção civil do domínio nos moldes em que aplicado nos Estados Unidos, ver obra de VASCONCELOS, André Prado de. *Extinção civil de domínio – perdimento de bens: uma análise comparada: Brasil-Estados Unidos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

facilidade na obtenção de lucro".[83] É dizer, ademais de instrumento potencializador de recuperação de ativos, a institucionalização do confisco alargado serve também como importante fator de prevenção. Este discurso, entretanto, sobrepõe-se à matriz de sua proposição, a saber, a dificuldade em identificar e individualizar as exatas vantagens econômicas obtidas por meio destas práticas.

É embasado nesta premissa de flexibilização de garantias e de postulados penais clássicos de imputação que em março do corrente ano o Governo Federal publicou o denominado "pacote anticorrupção",[84] no qual consta proposta de Emenda Constitucional e de Projeto de Lei buscando a regulamentação da Ação Civil de Domínio, a institucionalização definitiva e acrítica do confisco alargado no sistema jurídico brasileiro.[85]

Hodiernamente, tal qual delineada no ordenamento jurídico pátrio, a aplicabilidade do confisco[86] vê-se circunscrita às hipóteses da *"perda de bens e valores"* (art. 43, II, do CP)[87] e *do "confisco como efeito extrapenal da condenação criminal"* (art. 91, II, do CP),[88] também denominado *"confisco especial"*, ou *"queda em comisso"*.[89] Continuamente, terceira possibilidade diz respeito à pena de *"perdimento de* bens", cuja sede encontra-se na seara administrativa, como sanção cominada à condenação por improbidade. Mesmo neste caso, nada obsta sua incidência no âmbito de aplicação genérica do art. 91, II, da lei penal substantiva.[90]

83. DA CUNHA, José M. Damião. *Op. Cit.* p. 123.
84. Não só isso, mas a motivação para tal ação também fundou-se no anseio popular em ter-se uma resposta rápida e efetiva por parte do Poder Público ao crime, especialmente impulsionado pelas recentes e frequentes notícias de estruturas corruptivas no cerne das estruturas administrativas estatais.
85. Importa mencionar, a regulamentação normativa da extinção civil de domínio já era objeto de estudos por parte da Enccla – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro –desde o ano de 2005, na ação n. 16.
86. A doutrina penal clássica atribui um conceito objetivo de confisco como sendo a "perda ou privação de bens do particular em favor do Estado". MARQUES, Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. Tir. Campinas: Millennium, 2000, vol. 3, p. 378.
87. *Art. 43* – As penas restritivas de direitos são: *II* – perda de bens e valores;
88. *Art. 91* – São efeitos da condenação: *II* – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: *a)* dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; *b)* do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.
89. CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op Cit. p. 38 e ss.
90. Idem. p. 42.

Em 1988, a Constituição Federal brasileira positivou a "perda de bens e valores" em favor do Estado em seu art. 5.º, XLVI, *b*.[91] Havia uma expectativa por parte da doutrina,[92] temerosa à restituição do *confisco* nos terríveis moldes historicamente conhecidos,[93] por significar desarrazoada violação de direitos fundamentais por meio da expropriação da totalidade dos bens do condenado em favor do Estado.[94] Contudo, contrariando esse pensamento, o texto constitucional não descuidou de asseverar a garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV),[95] assim como, de que seus efeitos patrimoniais não ultrapassem a pessoa do condenado ou os limites do patrimônio transferido (art. 5.º, XLV).[96]

Como pena autônoma (art. 43, II, do CP), a perda de bens e valores tem sua aplicação limitada às hipóteses permissivas da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (art. 44 do do CP).[97] Neste caso, como espécie de sanção penal, mesmo que de caráter pecuniário,[98] deverá subsumir-se a todas as

91. Reza o Texto Constitucional: "XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: *b)* perda de bens".

92. Cite-se, por exemplo, na doutrina atual: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral, vol. 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; e BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

93. A respeito da aplicação histórica do Confisco, veja-se: MAUGERI, Ana Maria. *Le moderne sanzioni patrimonial trafunzionalitá e Garantismo*. Milano. Giuffrè, 2001; BRUNO, Anibal. Direito Penal, parte geral, t. 3: Pena e Medida de Segurança. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 250.

94. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 354.

95. "LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

96. "XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido."

97. Digno de nota, esta possibilidade de confisco inexistia na redação original de nosso *Códex* Criminal, sendo nela incluída através da alteração promovida pela Lei 9.714/1998. Cumpre mencionar, até este momento variadas interpretações pairavam acerca da natureza jurídica deste instituto, havendo, inclusive, defesas de um confisco com natureza jurídica de medida de segurança, a exemplo do arguido por Anibal Bruno, hipótese em que tal medida prescindiria da apuração da autoria delitiva, pois recairia sobre os objetos instrumentos ou produtos do crime, desde que se tratassem de coisas cujo fabrico, alienação, isso, porte ou detenção constituíssem fato ilícito, precisamente porque visaria "assegurar a defesa social contra o crime", relacionando-se ao caráter perigoso do objeto. BRUNO, Anibal, Op. Cit. p. 341-343. Na doutrina internacional, veja-se, CONDE-PUMPIDO-FERREIRO, Cándido. *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*. T.I, Madrid: Trivium. p. 1549-1550.

98. Pois "incide sobre o direito de propriedade do condenado, impondo-lhe uma diminuição patrimonial por meio da perda parcial ou total de seus bens, gerando a obrigação de entrega-los ao Estado". CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op. Cit. p. 38.

etapas de individualização da pena, observando os princípios norteadores do cálculo dosimétrico.

Por sua vez, o confisco delineado no art. 43, II, do CP, destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional, ressalvado outra alocação apontada pela lei especial – a exemplo do parágrafo único do art. 243 da CF/1988,[99] a respeito dos bens e valores apreendidos em decorrência do tráfico de estupefacientes –[100] e terá por objeto o próprio patrimônio *lícito* do condenado, seja ele corpóreo ou incorpóreo. Dotti realça o "caráter compensatório" da medida, a qual terá lugar exclusivamente nas hipóteses nas quais o crime resulte prejuízo econômico ou quando produza benefício de mesma natureza ao agente ou terceiro envolvido na empreitada delitiva.[101] Bem por isso, a pena de perda de bens está limitada ao montante do dano patrimonial causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, o que for maior (art. 45, § 3.º, do CP).

A seu turno, o *confisco especial*, ou, *queda em comisso*,[102] insculpido no art. 91, II, do CP, figura que aqui nos interessa, possui incontroversa natureza jurídica de efeito extrapenal da condenação criminal.[103] Nestes termos, estão vinculados à sentença condenatória e à demonstração probatória da natureza ilícita dos bens sobre os quais recaírem , quais sejam: os *instrumentos* utilizados para a prática delitiva – somente aqueles cujo uso, fabricação, alienação, porte ou detenção, de *per si*, seja considerado contrario a lei –,[104] e o *producta sceleris*, ou seja, aqueles bens que, mesmo naturalmente lícitos, tenham sido auferidos pelo agente, ou terceiro, a título de benefício direto da prática do fato delituoso.[105]

---

99. "Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei".

100. Ver, DE SOUSA, João Bosco Medeiros. Confisco de Terras. *Direito Agrário Brasileiro*. (Coord. Raymundo Laranjeira), São Paulo: LTr. 1999.

101. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 548.

102. CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op Cit., p. 38.

103. Vide: BRUNO, Anibal. *Direito penal, parte geral, t. 3: pena e medida de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978; DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral, vol. 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; e BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

104. CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op Cit. p. 39.

105. A propósito, BRANDÃO, advoga por uma ampliação do conteúdo normativo da expressão "produto do crime", a fim de albergar "todo o proveito diretamente vinculado ao produto do crime". Neste sentido, será objeto do confisco o próprio objeto material do crime, o

Relevante salientar a alteração recepcionada pela Lei 9.613/1998, em 2012, impulsionada pelo atual expansionismo dos pilares de uma política criminal de recuperação de ativos e desestímulo à prática da criminalidade reditícia. Citada modificação, incorporada ao art. 7.º da legislação especial mencionada,[106] permite, dada a especialidade e natureza do contexto em que inserida, a confiscação não apenas dos instrumentos e produtos do crime, senão também de valores próprios objeto da *lavagem:* o *capital oriundo da infração antecedente.*[107]

O PL 257/2015, recentemente proposto, no entanto, vem alterar toda a lógica até então conhecida na *práxis* nacional ao propor modelo *in rem* de confisco de bens *presumidamente* oriundos de práticas delitivas, mediante ação civil pública, com *standards* de prova reconhecidamente limitados.[108] Trata-se, pois, de procedimento civil de extinção de domínio, nada obstante, pautado em premissas de política criminal, cujo cerne pressupõe condutas ilícitas não necessariamente apuradas mediante o devido processo legal em ação penal correspondente.

---

benefício adquirido pelo sujeito ativo, o resultado da alienação do objeto material do delito, assim como, a *res* proveniente da alteração substancial deste mesmo objeto do crime, a exemplo do ouro furtado e posteriormente transformado em anel. BRANDÃO, Cláudio. Op. Cit., p. 422.

106. Reza o mencionado dispositivo legal: "Art. 7.º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal: I – a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé".

107. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.* São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 170. Neste vértice, frise-se contundente debate doutrinário acerca da prescindibilidade de comprovação desta infração penal antecedente. Não constitui exagero dizer, trata-se de verdadeira presunção de origem ilícita dos bens movimentados pelo demandado.

108. Na doutrina nacional, advogando pela legitimidade do confisco expandido mediante procedimento externo ao processo penal, veja-se: BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas.* 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007; CAVALCANTI, José Robalinho. *Recuperação de ativos vinculados ao crime fora do processo penal: A ação civil de extinção de domínio.* In: DE OLIVEIRA, Eugenio Pacelli (Coord.) *Direito e processo penal na Justiça Federal: doutrina e jurisprudência.* São Paulo: Atlas, 2011, vol. 1, p.158-181; MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O Sistema Civil de Recuperação de Ativos como Instrumento de Efetividade da Realização do Direito. In: *Revista Julgar online,* setembro de 2014. Disponível em: [www.julgar.pr/o-sistema-civil-de-recuperacao-de-ativos-como-instrumento-de-efetividade-da-realizacao-do-direito]. Acesso em: 30.03.2015.

Mediante o citado projeto legislativo institui-se, pois, a possibilidade de "extinção do direito de posse e de propriedade, e de todos os demais direitos reais ou pessoais, sobre bens, de qualquer natureza, ou valores que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita, na forma desta lei, e de sua transferência em favor da União, dos Estados, do Distrito Federal ou Municípios, sem direito a indenização" (art. 1.º da PL 257/2015).

Elencando rol específico de condutas penalmente tuteladas com as quais os bens e valores deverão estar direta ou indiretamente relacionados, a proposta normativa não prevê qualquer marco temporal pregresso a limitar a incidência da presunção legal de ilicitude. Nesta mesma linha, não faz menção a qualquer exigência de que tais condutas típicas estejam já devidamente comprovadas pelo juízo penal, tão somente impossibilitando sua aplicação quando posterior à sentença penal absolutória por inexistência do fato ou não ter sido o agente, quando proprietário do bem, o seu autor (art. 7.º do PL), invocando, no que couber, os termos do art. 935 do CC.[109]

Causa incômodo, entretanto, a perspectiva de uma futura ação *in rem* cuja finalidade última é viabilizar a desvinculação entre o fato punível apurado em processo criminal e aqueles bens sobre os quais recai a pretensão de confisco. É dizer, a declaração de perda de bens de procedência supostamente delitiva, porém, diversa da concreta infração questionada em processo penal competente, ou, principalmente, dele absolutamente independente.[110] Frise-se, a Proposta Legislativa 257/2015 institui a possibilidade de concessão, a qualquer tempo, de quaisquer medidas de urgência necessárias para garantir a eficácia do provimento final, incluindo dentre elas a possibilidade de alienação antecipada de bens.

Muito embora a proposta legislativa brasileira não recepcione, ao menos expressamente, a inversão do ônus da prova – relegando ao demandado a demonstração, sob pena de confisco, da aquisição lícita do patrimônio – a problemática da presunção sobre fatos pretéritos e que prescindem de comprovação de sua ligação direta com ilícitos criminais legitima uma forma de responsabilização penal objetiva. Assim nos parece, no mais, as consequências deste modelo, em comparação ao estrangeiro de inversão do ônus probatório, serão as mesmas, pois, para livrar-se incólume da imputação estatal, o arguido terá de realizar a contraprova da aquisição lícita do patrimônio. Consoante, conclui Gascón Inchausti a construção de presunções

109. "Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal."

110. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madri: Editorial Colex, 2007.

judiciais ou legais no curso de um processo produz os mesmos efeitos da inversão do ônus da prova "entendida rectamiente como nascimiento de la carga de la prueba en contrario".[111]

Não constituiria exagero afirmar ser o recurso ao confisco civil, tal qual proposto, um subterfúgio à penalização do enriquecimento ilícito na seara privada, proposição fortemente resistida pela doutrina mesmo quando aponta o servidor público no polo ativo do tipo, porquanto, ao legislador penal não competiria reprimir imoralidades,[112] senão proteger bens jurídicos.[113] Nos alerta BOTTINI, ao comentar o projeto do novo Código Penal, mas cuja arguição revela-se igualmente verdadeira à hipótese presente, tratar-se-ia de "crime de mera conduta de possuir bens sem origem justificada".[114] Outrossim, a incriminação do enriquecimento de particular que não apresente razão justificada, embora moralmente reprovável, não ostenta qualquer dignidade penal, antes disso, encontra previsão expressa do Código Civil, como instituto de Direito das Obrigações, nos arts. 884 a 886, descrição normativa onde regula-se a conduta *daquele que, sem justa causa, se enriquece à custa de outrem.*[115]

4. DILEMAS NORMATIVOS E PRÁTICOS DE UM REDIMENSIONAMENTO DO PERDIMENTO DE BENS E VALORES

O confisco de bens tem se revelado importante instrumento de oposição à criminalidade organizada em suas mais diversas áreas de envolvimento, desde o tráfico de drogas até a delinquência econômico-financeira propriamente dita. O implemento de contundentes instrumentos de recuperação de ativos revela-se não

111. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Op. Cit. p. 90.

112. É tarefa da Administração Pública zelar pela moralidade administrativa. Art. 37 da Constituição Federal.

113. Digno de nota, a tipificação do enriquecimento ilícito, outra proposta legislativa constante no pacote governamental dito "anticorrupção", incrimina a incongruência patrimonial de servidores públicos com seus rendimentos lícitos. Esta proposta há muito tem sido combatida pela doutrina, precisamente por sua incompatibilidade "com um Direito Penal voltado para proteção exclusiva de bens jurídicos, pautado pela presunção de inocência, e limitado pelo princípio da subsidiariedade". BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O enriquecimento ilícito e a presunção de inocência. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mai-08/direito-defesa-enriquecimento-ilicito-presuncao-inocencia]. Acesso em: 27.03.2015.

114. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. Cit.

115. Sobre a regulamentação deste instituto na seara cível, por todos: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil – teoria geral das obrigações*. 23. ed. 2010. vol. II.

apenas como materialização efetiva da normativa presente do tradicional adágio "o crime não compensa", mas também no campo da aplicação da pena como retribuição e como prevenção geral. Observa-se igualmente sua significativa relevância econômica. Não se descura dos graves prejuízos suportados pelo erário em função dos desfalques causados pela criminalidade reditícia e, deste modo, não constitui exagero afirmar: a recuperação dos ativos desviados cumpre indispensável papel no desenvolvimento econômico do Estado.

À luz do exposto até o presente momento, entretanto, constata-se que as facilidades proporcionadas pelo confisco civil nesta perseguição aos instrumentos, produtos e proventos do crime implicam em inevitáveis flexibilizações de postulados basilares de um sistema jurídico pretensamente democrático de Direito. O confisco civil, em efeito, não é a única modalidade possível de materialização da perda alargada de bens.

Muito embora não tenha adotado melhor técnica ou resposta jurídica à solução da problemática à qual se propôs, o legislador do PL 257/2015 resguardou-se ao não incorporar a tratativa internacional sobre o confisco alargado na completude de seus termos. Nesta perspectiva, não se infere, da narrativa do projeto, a edificação da presunção da aquisição ilícita de patrimônio com base exclusivamente em sua incompatibilidade quando comparado aos rendimentos lícitos do demandado. Ao revés, o art. 5.º, do projeto *sub examine* indica, como pressuposto da ação, a apuração pelo Ministério Público, Polícia, ou outro órgão público no exercício de suas atribuições, da origem antijurídica dos bens, direitos e valores (art. 5.º do PL), prevendo, inclusive, a instauração de procedimento preparatório para tanto. O cerne da discussão recai, pois, precisamente sobre o procedimento eleito para alcançar a perda de bens.

Sobre a inconveniência da instituição de procedimentos *in rem* para proceder ao confisco de bens, e na esteira do alhures já mencionado acerca da necessária vinculação da medida à finalidades de fundo penal, convém trazer à baila as arguições de Caeiro. Com propriedade, afirma o catedrático português: "desde logo, se desligarmos estes procedimentos do cometimento de crimes e, por aí, da prevenção criminal, não é fácil descortinar um fundamento sólido a escorar a acção estatal". Denota asseverar: partindo-se da premissa de que apenas aqueles fatos submetidos ao devido processo legal, sob as diretrizes do juízo penal, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, podem ser indicados como crime – em seu conceito analítico – tais procedimentos de confisco "não penal" fundam-se exclusivamente *na suspeita de crimes*.[116]

116. CAEIRO, Pedro. *Op. Cit.* p. 476.

O projeto da lei brasileira, deste modo, peca por desvincular o processo e julgamento da ação civil pública de extinção de domínio de processo criminal preexistente, precisamente, pois ainda que inicialmente se proponha a tanto, não se constitui em procedimento genuinamente *in rem*, na medida em que define o titular dos bens como sujeito passivo da demanda, e poderá recair, subsidiariamente sobre bens, direitos e valores equivalentes do réu (art. 14 do PL 257/2015), contrariando a ficção jurídica sobre a qual se funda a modalidade da perda civil: a propriedade, e não o seu titular, *violou a lei*.[117]

Poder-se-ia falar, ainda, em uma aplicação utilitarista do instrumento confiscatório, quando levado a efeito no âmbito de procedimentos civis. Sob esta perspectiva, Caeiro ressalta a possibilidade de graves conflitos entre a recuperação de ativos e o interesse da administração penal. Ante as facilidades proporcionadas pelo procedimento civil no plano da prova, mais fácil seria atacar o conjunto patrimonial suspeito em vez de buscar a condenação dos sujeitos pela prática das condutas típicas que propiciaram o locupletamento ilícito.[118]

Na realidade pátria podemos considerar como já existente a institucionalização de certa dose de "presunção de origem criminosa" dos bens. Tal qual ocorre no crime de lavagem de dinheiro, ao dispensar-se a prova da existência de um crime antecedente donde provêm os valores objeto de branqueamento. Como é cediço, nesta sede, sequer exige-se a comprovação da infração penal antecedente, bastando, para o recebimento da exordial acusatória, a indicação de meros indícios de sua comissão.[119]

Deveras, não seria forçoso, ou sem propósito, reconhecer verdadeira situação de acessoriedade material entre a ocorrência de crime anterior – certificada mediante sentença penal condenatória transitada em julgado – e a viabilidade da declaração da perda dos benefícios oriundos de condutas delitivas, tal qual ocorre com o crime de lavagem de ativos. A propósito do caráter acessório nos crimes de branqueamento de capitais, Pitombo consigna: "sem a ocorrência do crime anterior, é impossível originar-se o objeto de Ação da lavagem de dinheiro (...) os bens procedem de um crime antecedente; se tal delito prévio for mentalmente suprimido, os referidos

117. RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de activos da criminalidade económico-financeira – viagens pelas idiossincrasias de um regime de perda e bens em expansão*. Lisboa: SMMP, 2013, p. 269.

118. CAEIRO, Pedro. Op. Cit. p. 477.

119. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 89-91.

bens desaparecem".[120] Caeiro, neste sentido, ressalta: confisca-se porque se presume que os bens provêm de uma atividade delitiva, e não em razão simplesmente de sua incongruência com o rendimento ilícito do agente, ou por ser de origem desconhecida e, por isso mesmo, "tal atividade não é presumida, antes tem que ser provada, de maneira que a presunção da proveniência possa operar".[121] O objeto da presunção é, pois, um fato constitutivo da norma que permite a intervenção estatal por meio do confisco.[122]

Nesta vertente, cumpre mencionar que ordenamentos existem onde a própria descrição típica do delito de lavagem incrimina a "posse de bens injustificados", a exemplo do Código Penal espanhol, após a reforma efetuada através da LO 5/2010, o qual tipifica em seu art. 301.1, como branqueio de capitais, a conduta daquele que "adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva cometida por él o por cualquiera terceira persona (...)".[123] Consoante, assinala Aguado Correa as principais críticas doutrinárias a esta narrativa consubstancia-se no fato de incriminar condutas não propriamente de "lavagem", pois "possuir ou utilizar" não pressupõem necessariamente atos de dissimulação da origem ilícita dos bens.[124]

Inserido nesta conjuntura, é possível reconduzir nosso ponto de análise, novamente, à produção normativa brasileira pertinente aos mecanismos de retirada dos ingressos obtidos com a prática delitiva. Nesta seara, o legislador, atento às recomendações encetadas na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 2000 – promulgada por meio do Decreto 5.015 de março, de 2004 – incorporou à descrição normativa do crime de lavagem de dinheiro a conduta daquele que "utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal" (art. 1.º, § 2.º, I).

120. PITOMBO, Antonio Sergio A de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 110-111.

121. CAEIRO, Pedro. Op. Cit. p. 496.

122. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Op. Cit. p. 94.

123. AGUADO CORRÊA, Tereza. Decomiso de los productos de La delincuencia organizada "garantizar que El delito no resulte provechoso". *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia*. REPC 15-05 (2013). Disponível em: [www.criminet.ugr.es/recpc]. Acesso em: 29.03.2015, p. 13-14.

124. Idem, Ibidem. Sobre as críticas realizadas à reforma legislativa do Código Penal espanhol, precisamente no âmbito do tipo de lavagem de dinheiro, por todos: HURTADO ADRIÁN. Blanqueo de capitales (Art. 301.1). *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio*. Situación Jurídico-Penal del Empresario, Madrid, 2010, p. 243-264.

Uma refletida incursão nesta temática nos permite, pois, concluir pela existência de instrumentos normativos que propiciam uma efetiva *perseguição* aos ativos relacionados direta ou indiretamente a práticas delitivas, sejam eles levados a efeito âmbito de organizações criminosas, ou não, ou sequer necessariamente encabeçadas por sujeitos comprometidos habitualmente com estas práticas. Conquanto pouco apreciada hodiernamente, muitas vezes esquecida ou obscurecida pela persecução estatal restrita às modalidades *tradicionais* de lavagem – atos voltados estritamente à ocultação ou dissimulação da origem ilícita dos bens – a incriminação da "utilização" serve bem às finalidades da política de recuperação de ativos.

Ao revés do confisco mediante ação civil pública, tal qual proposto no PL 257/2015, sob as bases do processo penal por lavagem de dinheiro as garantias constitucionais do demandado estariam resguardadas. Outrossim, na contramão da tipificação do enriquecimento injustificado, ou da "Posse injustificada de bens", a efetiva utilização de ativos que se sabe oriundos de atividade criminosa oferece risco concreto à ordem econômica, bem jurídico protegido pela Lei 9.613/1998.[125] Todavia, mesmo admitindo-se o dolo eventual – incriminando a conduta daquele que suspeita da origem infracional e ainda assim opta por utilizar os bens e valores no mercado –, diante da supressão do texto legal, uma interpretação restritiva e conforme ao Direito leva à conclusão de que as disposições do inc. I do § 2.º do art. 1.º, da Lei 9.613/1998 recaem tão somente sobre os bens *diretamente provenientes* da infração penal antecedente.[126]

Neste ponto, cabe a remissão ao ordenamento jurídico lusitano. Com efeito, em Portugal, existem três possibilidades distintas de proceder-se ao confisco de bens relacionados direta ou indiretamente com o crime. São eles: perda de instrumentos ou produtos do crime (arts. 109 e 110 do CP); perda de vantagens (arts. 111 e 112 do CP); e perda alargada (arts. 7.º e ss., da Lei 5/2002). Ainda assim, não existe conclusão pacífica acerca de sua natureza jurídica ou restrita classificação dogmática.[127]

Nesta senda, merece destaque a configuração atribuída ao confisco das vantagens do crime, tal qual proposto no sistema português. Neste exemplo, o conceito das vantagens relacionadas com o crime é significativamente amplo, atendendo à

125. Não se desconhece a divergência doutrinária acerca do bem jurídico tutelado pelo branqueamento de capitais. Todavia, incursionar nesta seara desbordaria limites propostos para o presente estudo. Em assim sendo, sobre as diversas concepções acerca do tema, vide: PITOMBO, Antonio Sergio A de Moraes. Op. Cit. e BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. Cit.

126. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. Cit., p. 111.

127. CORREA, João Conde. Op. Cit., p. 49.

base normativa na busca por retirar do arguido os benefícios resultantes ou alcançados através da prática do fato ilícito típico.[128] Esclarece Correa: "em causa estão as coisas, como os direitos, os benefícios decorrentes a fruição de um determinado objeto (...) isto é, tudo o que signifique um enriquecimento patrimonial do visado".[129] Continua o jurista, tal vantagem patrimonial poderá ser decorrente direta ou indiretamente do fato delitivo, senão também direta ou indiretamente obtida *através* deste, de forma instantânea, continuada ou diferida:[130] "O patrimônio do condenado deve ser restituído à situação anterior ao seu cometimento, àquilo que ele teria se não o tivesse praticado".[131]

Sobreleva ressaltar, ainda nesta hipótese, que a medida ver-se-ia dependente da prática de um fato ilícito típico imputado a uma pessoa concreta,[132] porém não prescindindo de culpa (hipótese onde o demandado tenha agido sem culpa ou, por outra razão, não possa ser punido), impossibilitando a determinação exata sobre sua natureza jurídica. Quanto ao mais, para o recebimento da denúncia, seria intransponível, ao menos, a demonstração dos indícios mínimos de autoria e materialidade da conduta típica antecedente,[133] nos mesmos moldes conhecidos e aplicados em relação ao branqueamento de capitais na legislação brasileira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma análise meticulosa do conjunto político brasileiro atual revela, aquém de qualquer dúvida, a imperiosa necessidade de uma reforma dos aparelhos tradicionais de oposição à criminalidade. A política criminal de recuperação de ativos oriundos da criminalidade reditícia, em uma verdadeira *perseguição* das vantagens auferidas, direta ou indiretamente, com o crime, tem, neste prisma, voltado sua análise precisamente para a construção e implementação de instrumentos cuja efetividade permita concretizar o alcance normativo do antigo adágio: "o crime não deve compensar". Conforme já devidamente assinalado, os instrumentos internacionais chegam a exigir de seus signatários a adoção de ferramentas de perda alargada de bens, calcados precipuamente em presunções da prática de ilícitos penais.

O questionamento acerca da aplicação da perda alargada, notadamente mediante procedimentos *in rem*, deve ser tomada a partir do resguardo de direitos e

128. Idem, p. 50.

129. Idem, ibidem.

130. Idem, ibidem.

131. Idem, p. 57.

132. Idem, ibidem.

133. Idem, ibidem.

princípios fundamentais norteadores do ordenamento jurídico pátrio. Não se trata, apenas e tão somente, de resguardar o direito à propriedade. Muito embora este o seja compreendido constitucionalmente como direito fundamental (art. 5.º, XXII, da CF/1988), à luz dos preceitos constitucionais hodiernamente reconhecidos, não se olvida que a propriedade mesma já não é em si um direito absoluto, senão deve cumprir a uma função social. Tal pressuposto é facilmente rechaçado ao constituir prova suficiente da aquisição ilícita do patrimônio. Este, contudo, não é cerne da questão.

A necessidade premente se revela no sentido de esclarecer qual a natureza intrínseca da perda de bens, daquilo que será considerado perdido e do momento processual onde deverá ser levada a efeito. Longe de mera discussão teórica e acadêmica, a demanda coloca em cheque os próprios postulados basilares de um Estado que se quer Democrático de Direito. A depender da configuração jurídica atribuída ao instituto, esta será a lógica de garantias à qual deverá se subsumir.

Em efeito, tais questões, de assaz relevância, merecem ser submetidas à discussão doutrinária e jurisprudencial antes de enviadas à apreciação do Congresso Nacional. A necessidade de resposta estatal aos escândalos vislumbrados pela dilatação dos crimes do colarinho branco, promovidos, via de regra, no seio de estruturas criminosas complexas, é imperioso. Todavia, não podem ser incorporadas ao regime jurídico pátrio sob um regime de urgência, escapando a uma discussão doutrinária prévia e séria, comprometida com o avanço dos instrumentos públicos de persecução, porém motivada pela salvaguarda das garantias fundamentais até então conquistadas.

Em efeito, não se ignora o anseio de modernização dos pressupostos penais ditos *clássicos* para acompanhar a evolução sistemática da própria criminalidade, a exemplo do defendido por Schünemann.[134] Todavia, cabe-nos não olvidar a exortação oportunamente pronunciada por Streck que, ao destacar o controle e punição de condutas ilícitas como dever institucional democrático do Estado, sublinha: "não podemos perder a capacidade de indignação, mas sem solapar nossas conquistas civilizatórias." [135]

A incorporação de postulados que tangenciam a realidade comparativa neste âmbito da criminalidade econômico-financeira não pode ser encerrada de maneira acrítica,

134. SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas Actuales y Permanentes Del Derecho Penal Después Del Milenio*. Tecnos.

135. STRECK, Lenio Luiz. "O Problema é o processo", Dr. Moro? Até Reinaldo Azevedo sabe que não!. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao]. Acesso em: 11.05.2015.

como um verdadeiro aparelhamento de um arsenal estatal de combate ao crime. Pautados em premissas de prevenção normativa, de recrudescimento dos instrumentos sancionatórios descura-se da adoção de medidas de prevenção técnica,[136] sabidamente mais eficazes e condizentes com os postulares sob os quais se funda a ordem jurídica nacional. Subvertendo as razões do discurso tradicional, tem-se alçado o Direito Penal – e mesmo o direito processual penal, por meio de um recorte constante nas garantias constitucionais – em *prima ratio*, ou, por vezes, *sola ratio*[137] de uma pretensa política criminal voltada à prevenção de condutas criminosas complexas.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUADO CORREA, Teresa. Decomiso de los productos de La delincuencia organizada "garantizar que El delito no resulte provechoso. *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia*. REPC 15-05 (2013). Disponível em: [www.criminet.ugr.es/recpc]. Acesso em: 29.03.2015.

_____. Crónica de una reforma anunciada. *InDret:* Barcelona, enero, 2014, p. 41. Disponível em: [www.indret.com/pdf/1025.pdf]. Acesso em: 11.08.2015.

ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael; JAÉN VALLEJO, Manuel; MÁRQUEZ PRADO, Cristina Martínez; PERRINO PÉREZ, Ángel. La Reforma Del Código Penal. Parte General. *El Derecho.com*. Disponível em: [www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-Parte-General_11_801055002.html]. Acesso em: 11.08.2015.

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Colombia: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación em Folosofía y Derecho, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BALSAMO, Antonio: Il sistema dele misure patrimonial antimafia tra dimensione Internazionale e normativa interna. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 2010.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral, vol.1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BLANCO CORDERO, Izidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO,

136. Vide HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

137. HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* p. 22.

Luis. (Coords.). *Criminalizad Organizada, Terrorismo e Inmigración – retos contemporâneos de la Política Criminal*. Granada: Editorial Comares S.L., 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O Enriquecimento Ilícito e a Presunção de Inocência. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mai-08/direito-defesa-enriquecimento-ilicito-presuncao-inocencia]. Acesso em: 27.03.2015.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal, parte geral, tomo 3: pena e medida de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

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

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 100. São Paulo: Ed. RT, 2013.

CAIRES, João Gouveia de. Regime Processual especial aplicável ao crime organizado (económico-financeiro): âmbito de aplicação da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, o regime do sigilo e do registro de voz e imagem. PALMA, Maria Fernanda; *et. al* (Orgs.). *Direito penal económico e financeiro: conferências do curso de pós-graduado e aperfeiçoamento*. Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

CAVALCANTI, José Robalinho. Recuperação de ativos vinculados ao crime fora do processo penal: a ação civil de extinção de domínio. DE OLIVEIRA, Eugenio Paceli (Coord.) *Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência*. vol. 1, São Paulo: Atlas, 2011.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Izabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada: Editorial Comares, 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimônio criminal – comiso y perdida de la ganancia*. Colección Estudios Penales, vol. 1. Madrid: Dykinson, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONDE-PUMPIDO-FERREIRO, Cándido. *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*. T.I, Madrid: Trivium.

CONTRAFATTO, Vania. *La Confisca "Estesa" Ex Art. 12 Sexies D.L. n. 306/92: presuposti, effetti, profili processuali. Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 2010.

CORREA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Coimbra: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Confisco penal. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo. IBCCRIM, 2006. p. 22 e ss.

DA CUNHA, José M. Damião. Perda de Bens a Favor do Estado. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.120-164.

DAMÁSIO SIMÕES, Eclides; TRINDADE, José Luís. Recuperação de ativos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios para patologias graves). *Revista Julgar online* – 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português, parte geral II – As consequências jurídicas do crime*. Reimpressão, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

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

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Editorial Colex, 2007.

GODINHO, Jorge A.F. Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado atual na região administrativa especial de Macau. LEONEL ALVES e PAULO CARDINAL (coords.). *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau, Macau, 2009 (no prelo)*. Disponível em: [www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1374164]. Acesso em: 27.04.2015.

HASSEMER, Winfired. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano III, n. 18, fev.-mar. 2003.

_____. Processo penal e direitos fundamentais. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (Coord. Maria Fernanda Palma). Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HURTADO ADRIÁN. Blanqueo de capitales (Art. 301.1). *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, Madrid, 2010.

JESCHECK, Hans Heirich; WEIGED, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco. Novedades Legislativas em Materia de Decomiso y Recuperación de Activos. *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*. 2011 (34), p. 91-116. Disponivel em: [www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2012/01/Penal34_NovLegislativas.pdf]. Acesso em: 08.05.2015.

KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia genérica nos crimes econômicos*. Porto Alegre: Nuria Fabris. 2013.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo : Ed. RT, 2007.

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

MACHADO, Maria Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARQUES, Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. tir. Campinas: Millennium, 2000, v. 3.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O sistema civil de recuperação de ativos como instrumento de efetividade da realização do direito. *Revista Julgar online*, set. 2014.

Disponível em: [www.julgar.pr/o-sistema-civil-de-recuperacao-de-ativos-como--instrumento-de-efetividade-da-realizacao-do-direito]. Acesso em: 30.03.2015.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale.* Milano: Terza edizione, 2009.

MAUGERI, Ana Maria. *Le moderne sanzioni patrimonial trafunzionalitá e Garantismo.* Milano; Giuffrè, 2001.

_____. Relazione Introduttiva. I Modelli di Sanzione Patrimoniale nel Diritto Comparato. *Le Sanzioni Patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di arminizzazione.* Milano: Giuffrè, 2008.

_____. L'actio in rem assurge a modello di "Confisca Europea" nel rispetto delle garanzie CEDU?. *Revista trimestrale Di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3, 2013. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it/area/3-/17-/-/2422].

MENDITTO, Franceso. Le confische nella prevenzione e il contrato ala criminalità da "profitto" (Mafie, corruzione e evasione fiscale). *Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa.* Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it]. Acesso em: 15.05.2015.

MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro.* São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa.* 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações* – v. II – 23. ed. 2010.

PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro:* a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Ed. RT, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre La Ampliación Del Comiso Y El Blanqueo, Y La Incidencia em La Receptación Civil. In *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminologia. RECPC 12-r2* (2010). Disponível em: www.criminet.ugr.es/recpc. Acesso em: 29.03.2015.

RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de activos da criminalidade económico-financeira – viagens pelas idiossincrasias de um regime de perda e bens em expansão.* Lisboa: SMMP, 2013.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico – parte geral.* Ed. Livraria do Advogado.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones Críticas sobre lasituación espiritual de la ciência jurídico penal alemana. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.* Buenos Aires, n. 2, p. 17-49, abr. 1996. Disponível em: [www.derechopublicomd.blogspot.com.br/2012/05/consideraciones-criticas-sobre-la.html]. Acesso em: 31.03.2015.

_____. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.* Tecnos.

SOUSA, João Bosco Medeiros de. Confisco de Terras. *Direito agrário brasileiro.* (Coord. Raymundo Laranjeira), São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. "O Problema é o processo", Dr. Moro? Até Reinaldo Azevedo sabe que não!. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao]. Acesso em: 11.05.2015.

VARGAS GONZÁLES, Patrícia. *El Comiso Del Patrimonio Criminal*. 559 páginas. Tesis Doctoral – Facultad de Derecho, Universidadde Salamanca, Salamanca, 2012.

VASCONCELOS, André Prado de. *Extinção civil de domínio – perdimento de bens: uma análise comparada: Brasil-Estados Unidos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VERVAELE, J.A.E. Las sanciones de confiscación: ¿Um intruso em el Derecho Penal?. *Revista Penal*, n. 2, p. 80, 1998. Disponível em: [www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/32/30]. Acesso em: 24.04.2015.

ZANCHETTI, Mario. *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*. Milano:Giuffrè, 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *RCP* 10/211, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/915 (DTR\2009\35); e
- Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia, de Pedro Caeiro – *RBCCrim* 100/453 (DTR\2013\403).

Analogia e direito penal

Analogy and criminal law

Vinicius de Toledo Piza Peluso

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Professor de Introdução às Ciências Criminais e de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos. Professor de Pós-graduação lato sensu da PUC-SP. Coordenador acadêmico do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM/Unisantos. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Juiz de Direito (SP).
vinpeluso@uol.com.br

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente trabalho visa, sob a ótica da Teoria Geral do Ordenamento Jurídico, a analisar a analogia como forma de autointegração de lacunas e sua aplicação no campo normativo do Direito Penal.

Palavras-Chave: Ordenamento jurídico – Completude – Lacunas – Analogia – Interpretação – Direito penal – Analogia *in malam partem* – Analogia *in bonam partem*.

Abstract: The goal of this paper is to analyze analogy as a means of self-integration of loopholes and its applications in the normative field of Criminal Law, under the scope of the General Theory of Law.

Keywords: Legal system – Completeness – Loopholes – Analogy – Interpretation – Criminal law – Analogy *in malam partem* – Analogy *in bonam partem*.

Sumário: 1. Ordenamento jurídico e completude: 1.1. Completude (ou plenitude); 1.2 Lacunas; 1.3 Preenchimento de lacunas (ou integração do direito) – 2. Analogia: 2.1 Limites; 2.2 Interpretação analógica e interpretação extensiva – 3. Direito penal: 3.1 A proibição da analogia; 3.2 A analogia *in bonam partem* – Bibliografia.

1. Ordenamento jurídico e completude

Observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior. que a noção de ordenamento jurídico implica o conjunto de *elementos* normativos e não normativos (*repertório*), e o conjunto de regras que determinam as *relações* entre tais elementos (*estrutura*), ou seja, o ordenamento jurídico enquanto *sistema*, enquanto complexo composto de repertório e enquanto estrutura.[1]

1. v. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 145.

Tal sistema, por sua vez, possui natureza *aberta*, pois permite a entrada ou a saída (inter-relação) de elementos desde seu entorno, e *dinâmica*, pois sua estrutura (regras relacionais) permite o reordenamento do repertório (elementos) ante a chegada de elementos novos ou a saída de elementos já existentes.[2]

Ainda que, na Teoria Geral do Direito, o termo *ordenamento jurídico* possua diversas significações e definições doutrinárias, a tratar, pois, de questão complexa,[3] *grosso modo*, para os fins do presente trabalho, pode ser entendido como conjunto sistemático (aberto e dinâmico) de normas jurídicas ou, mais especificadamente, em visão meramente analítica,[4] o "conjunto de normas, agrupadas em relação de unidade e de forma sistemática, num corpo tendencialmente completo";[5] daí se deflui que conceitualmente a ideia de ordenamento jurídico exige os atributos: pluralidade; autonomia; unidade; sistematicidade; completude.[6]

Já quanto à questão da analogia – objeto do presente estudo –, é de vital importância a análise do atributo *completude* (ou *plenitude*) do ordenamento jurídico, pois, como será visto, a analogia é método de autointegração de suas *lacunas*.

1.1. Completude (ou plenitude)

Para além da unidade sistemática, o ordenamento jurídico implica a ideia de plenitude.[7]

2. cf. ANGEL RUSSO, Eduardo. *Teoría general del derecho: en la modernidad y en la posmodernidad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 228.
3. v. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. op. cit., p. 145.
4. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., para a dogmática analítica, ordenamento é conceito operacional integrador das normas em um conjunto, dentro do qual é possível identificá-las como normas jurídicas válidas, cujo repertório não contém apenas elementos normativos, mas também elementos não normativos (*v.g.*, definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc.), cuja decisão para sua inclusão ou não no ordenamento, como sistema, é opção teórica cujo fundamento último é um problema zetético (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. op. cit., p. 147).
5. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos. Esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 245.
6. cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. op. cit., p. 246.
7. O problema do "dogma da plenitude" do ordenamento jurídico se coloca historicamente no momento que o ordenamento é entendido como sistema e, pois, resultado da monopolização, pelo Estado, da produção jurídico-normativa, pois, ao se admitir que o ordenamento jurídico estatal não fosse completo, admitir-se-ia a introdução de um direito paralelo e, consequentemente, o rompimento do monopólio estatal (v. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. op. cit., p. 196; BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Trad. Jorge

Nestes termos, sob análise positivista, para ser considerado verdadeiro ordenamento, o ordenamento jurídico deve ser completo, ou seja, sem a existência de lacunas e, pois, a qualificar normativamente todos os comportamentos possíveis ou, nas palavras de Norberto Bobbio, "por 'plenitude' se entende a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso. (...) Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular cada caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma do sistema. (...) Querendo especificar, a falta de plenitude consiste no fato de que o sistema não tem uma norma que proíba determinado comportamento nem uma norma que o permita. Com efeito, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de certo comportamento são produto do sistema, então se pode dizer que o sistema é incompleto".[8]

A tal pensamento designou-se o "dogma da plenitude", ou seja, o princípio da inexistência de lacunas no ordenamento jurídico, justificado teoricamente, por exemplo, pelas: (a) *teoria do espaço juridicamente vazio*; (b) *teoria da normal geral excludente*.[9]

Segundo a *teoria do espaço juridicamente vazio*, inexistem lacunas no ordenamento jurídico, pois fato por ele não regulado é fato juridicamente irrelevante e, consequentemente, pertencente ao espaço jurídico vazio. Assim, nesta visão, há o espaço juridicamente regulado (relevante) e o espaço juridicamente não regulado (irrelevante), de onde se conclui que, ou o fato é juridicamente regulado e, portanto, é fato juridicamente relevante, ou não está juridicamente regulado e, pois, pertencente ao âmbito do juridicamente irrelevante (livre expressão da atividade humana), a não resultar espaço, portanto, à lacuna, que representaria inexistente espaço intermediário entre os espaços juridicamente relevante/irrelevante.

Por sua vez, a *teoria da norma geral excludente* sustenta a inexistência de lacuna no ordenamento jurídico à partir da ideia do espaço jurídico pleno, onde cada norma jurídica implicitamente traz sempre segunda norma geral e excludente, que excluiu de sua regulamentação tudo aquilo que não seja por ela previsto; toda norma particular includente está sempre acompanhada de norma geral excludente, razão pela qual não existiria espaço jurídico vazio, pois, ao lado das normas

Guerrero R. 2. ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 211-213; PECES-BARBA, Gregorio; et al. *Curso de teoría del derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 196-197).

8. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 208.
9. Sobre a questão: ROCHA, Joaquim Freitas da. op. cit., p. 264; BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 217-220; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 178-182; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 278-281.

particulares includentes, há um espaço juridicamente regulado pela norma geral excludente, ou seja, todos os fatos estão juridicamente regulados, também não havendo espaço à lacuna. Nesse sentido, o "princípio de clausura" kelseniano, que estipula que tudo o que não está proibido, está permitido.[10]

Tais posturas foram superadas diante da impossibilidade de refutar as críticas que lhes foram apresentadas, como *v.g.*, o fato da teoria do espaço juridicamente vazio trabalhar com conceitos logicamente contraditórios e que se excluem mutuamente, pois para definir a liberdade juridicamente irrelevante (liberdade não jurídica) e diferenciá-la da liberdade juridicamente relevante (lícito), o espaço jurídico vazio trabalharia com a ideia de fato nem lícito e nem ilícito, o que seria contraditório por não poder existir fato que não seja, ao mesmo tempo, lícito ou ilícito.

Já em relação à teoria da norma geral excludente, a mesma não admite a existência de terceiro tipo de normas, quais sejam, as normas gerais inclusivas, que regulam, de forma idêntica, os fatos não regulados nas normas particulares inclusivas, mas semelhantes a estes; assim, se frente a uma lacuna for aplicada a regra geral excludente, a questão não regulada se resolve de maneira oposta ao regulado, mas se aplicada a regra geral inclusiva, a questão se resolve de maneira idêntica ao regulado. Daí resulta que um ordenamento jurídico pode ser incompleto – conter lacunas –, porque, entre a norma particular inclusiva e a norma geral excludente, introduz-se a norma geral inclusiva, que estabelece zona intermediária entre o regulado e o não regulado.[11]

Ademais, o próprio princípio de clausura (tudo o que não está proibido, está permitido) traz o problema semântico da palavra "permitido", que pode ter dois significados diferentes: (a) se entendida como "não proibido", o enunciado seria tautológico (o que não está proibido, não está proibido) e, pois, não integraria qualquer lacuna, que continuaria a existir; (b) se entendida como outra norma, que, no ordenamento jurídico, permita tudo o que não está proibido, transformar-se-ia, assim, em enunciado contingente e empírico e, pois, não necessariamente verdadeiro, a depender, portanto, da efetiva existência no ordenamento de tal norma permissiva.[12]

10. v. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 282; GUASTINI, Riccardo. op. cit., p. 178-180.

11. cf. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 223-225.

12. v. NINO, Carlos Santiago. op. cit., p. 282-284; ROCHA, Joaquim Freitas da. op. cit., p. 284-287. Conforme observa Riccardo Gustini: "a assim chamada norma geral negativa não é absolutamente uma verdade necessária, porém mais simplesmente um princípio jurídico contingente, eventual – em suma, um princípio que é positivamente estabelecido somente em alguns ordenamentos jurídicos (...) e/ou somente em alguns setores do direito, ao passo que não vale em outros ordenamentos e/ou em outros setores. Em geral, pode-se dizer que um tal princípio valha somente nos ordenamentos liberais e somente no âmbito do direito penal" (GUASTINI, Riccardo. op. cit., p. 170).

Assim sendo, o "dogma da plenitude" do ordenamento jurídico, enquanto inexistência de lacunas, deve ser afastado e o atributo da plenitude ser entendido como *tendência* (característica tendencial) a ser buscada e cujo problema – incompletude/lacuna – deve ser combatido, sem que sua ocorrência represente a inexistência de realidade ordenamental, ou seja, não possa ser considerado como ordenamento jurídico.[13]

Como ressalta Carlos Santiago Nino, também é importante observar que o fato do ordenamento jurídico oferecer meios e remédios jurídicos para a eliminação das lacunas pelos juízes, no momento da decisão, daí não se infere que as lacunas não existam,[14] o que, aliás, seria contraditório, pois os ordenamentos jurídicos estipulam meios de eliminação de lacunas exatamente porque admitem que elas existem; caso não existissem, não haveria necessidade de eliminá-las.

Por outro lado, diante da natureza *aberta* e *dinâmica* da sistematicidade do ordenamento jurídico e, que, portanto, permite a inter-relação (entrada/saída) de elementos a ele externos e o reordenamento estrutural, através de regras relacionais, de seus elementos internos diante da inclusão de elementos novos ou exclusão de elementos já existentes, a questão das lacunas (plenitude) não deve ser entendida de maneira cerrada e estática, como o fizeram as teorias supramencionadas, mas de maneira aberta e dinâmica e, pois, como *tendencialmente completo*, a não negar a existência de lacunas, pois o fenômeno jurídico é realidade complexa, e em eterno movimento, e que não contém soluções expressas para todos os fatos e circunstâncias sociais que devem ser regulados pelo Direito, que se modifica e se adapta às novas exigências e necessidades da vida coletiva (fatos e valores).[15]

1.2. Lacunas

Partindo-se, pois, da ideia de que o ordenamento jurídico é uma unidade sistematicamente aberta e dinâmica e, portanto, tendencialmente completo, inegável a existência de lacunas em seu interior.

13. ROCHA, Joaquim Freitas da. op. cit.
14. cf. NINO, Carlos Santiago. op. cit., p. 284.
15. Nesse sentido, para Maria Helena Diniz, partindo do reconhecimento de que o legislador não pode conhecer e prever todos os fatos, conflitos e comportamentos que são capazes de emergir nas relações sociais, bem como do entendimento dinâmico do Direito de que é impossível pretender que no ordenamento jurídico existam normas regulando e prescrevendo todas as relações jurídicas presentes e futuras, sustenta que o Direito será sempre lacunoso (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 437).

Para além das dificuldades da exata definição de lacunas no ordenamento jurídico, afirma Karl Engisch que lacuna "se trata de uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico",[16] a significar falta ou insuficiência que não deveria ocorrer dentro dos limites da totalidade jurídica, entendida como totalidade de partes (repertório) e de regras relacionais (estrutura), ou seja, do conjunto sistemático (aberto e dinâmico) de normas jurídicas. Assim, há lacunas no ordenamento jurídico quando seu sistema carece de solução regulativa a determinado fato.

Fala-se, portanto, em: (a) *lacunas normativas* (ou *reais*) – quando o fato não se adapta às normas do sistema, ou seja, não há normas para regular juridicamente o fato; (b) *lacunas ideológicas* (ou *axiológicas*) – quando a aplicação da norma jurídica ao fato é injusta; e (c) *lacunas ontológicas* – quando a norma jurídica não mais se aplica ao fato, em razão de sua dinamicidade.[17]

Em relação às *lacunas normativas* (ou *reais*) – que diretamente interessam ao presente trabalho –, devem ser entendidas como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que tal regulamentação é esperada ou desejada e, que, portanto, postulam e admitem seu preenchimento através de ato decisório integrador.[18]

Aqui ocorre a hipótese de carência de regulamentação ou qualificação normativa incompleta, ou seja, "no âmbito alargado de todo o material normativo existente num ordenamento, não se consegue encontrar uma norma para disciplinar um determinado espaço de pretensão reguladora";[19] portanto, as lacunas normativas exigem a constatação de ausência regulatória e que tal ausência se verifique em espaço com prévia pretensão regulatória.

A exigência de ausência de regulação normativa completa não se confunde com as hipóteses de regulação insatisfatória ou deficiente (lacunas ideológicas ou axiológicas) e, muito menos, com a superveniente inadequação da norma em relação ao fato (lacunas ontológicas), pois, aí, há regulamentação; deve ser entendida como inexistência de normação, ou seja, como carência de qualificação normativa em relação a determinado fato.[20]

Já a exigência de que tal carência se verifique em espaço com prévia pretensão regulatória ou, nos dizeres de Karl Engisch, "da incompletude contrária a um plano", esta afasta a ideia de lacuna normativa (*de lege lata*) naquelas circunstâncias

16. ENGISCH, Karl. op. cit., p. 276.
17. cf. DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 452.
18. v. ENGISCH, Karl. op. cit., p. 279.
19. ROCHA, Joaquim Freitas da. op. cit., p. 339.
20. v. ROCHA, Joaquim Freitas da. op. cit., p. 287-288.

em que o ordenamento jurídico optou planificadamente pela não regulamentação do fato (regulamentação negativa) e que geraria, apenas, lacunas *de lege ferenda*.[21]

Conforme explicita Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a correlação entre o plano normativo e os processos de sua elaboração ocorre na vontade daquele que elabora o plano e que pode, consciente ou inconscientemente, deixar questões em aberto, seja atribuindo a outra pessoa, por não se julgar em condições, a tarefa de encontrar a regra particular (lacunas intencionais), seja por não perceber a questão de maneira completa ou porque as condições históricas não permitiam ou porque seu exame não foi suficientemente cuidadoso (lacunas não intencionais).[22] Assim, para que haja lacunas, o sistema normativo, enquanto totalidade planificada, deve aspirar a norma que falta (pretensão regulatória) para regular o fato.

O problema das lacunas, assim, está a envolver dois momentos concomitantes e indissociáveis, quais sejam, a constatação da lacuna e seu preenchimento, pois o preenchimento exige a constatação e esta exige os meios de preenchimento; portanto, os meios técnicos de preenchimento têm dupla utilidade: servem para a constatação e para o preenchimento da lacuna.[23]

1.3. Preenchimento de lacunas (ou integração do direito)

O preenchimento das lacunas se caracteriza como tarefa de integração do conjunto sistemático (aberto e dinâmico) de normas jurídicas, a ser consumada pelo aplicador normativo (p. ex., o juiz), e diz respeito a quais métodos ou meios jurídicos este deve utilizar para proceder à colmatação/preenchimento da lacuna.[24]

---

21. ENGISCH, Karl. op. cit., p. 281. Segundo tal autor, não se pode falar de lacuna normativa logo que não exista, no ordenamento jurídico, uma regulação cuja existência representemos, pois não é lícito presumir pura e simplesmente uma determinada regulação, pois, antes, temos de "sentir a sua falta" se queremos apresentar a sua inexistência como lacuna, ocorrendo que tal inexistência de regulamentação pode corresponder a um "plano" do legislador ou da lei e, então, não representaria lacuna, que tenha sempre que se apresentar como uma "deficiência" autorizadora de superação. Assim, diante de tal "inexistência planeada" de certa regulamentação, poder-se-ia falar em "lacuna político-jurídica", de "lacuna crítica", de "lacuna imprópria", ou seja, de lacuna do ponto de vista de um Direito futuro mais perfeito (*de lege ferenda*), mas não, porém, de lacuna autêntica e própria, quer dizer, de uma lacuna no Direito vigente (*de lege lata*) (ENGISCH, Karl. op. cit., p. 281-282).
22. v. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. op. cit., p. 187-188.
23. cf. DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 461; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. op. cit., p. 275-276; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 570; MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 331.
24. v. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. op. cit., p. 275.

Trata-se de atividade intelectual integradora e destinada a encontrar a solução jurídica para a lacuna, para a incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico, onde o aplicador normativo atua *praeter legem, supplendi causa*, e cuja necessidade é resultado da paz social que o Direito deve irrecusavelmente assegurar para garantir a convivência social, materializada pela regra da "proibição da denegação da justiça".[25]

Fala-se, assim, em métodos de *autointegração* e de *heterointegração*. A *autointegração* é o método pelo qual o aplicador normativo utiliza os recursos normativos existentes no interior do próprio conjunto sistemático de normas jurídicas onde se constata a existência da lacuna (a analogia e os princípios gerais do direito). Já na *heterointegração*, o aplicador normativo, para preencher a lacuna do conjunto sistemático, recorre a fontes de sistemas externos (o costume e a equidade).[26]

2. ANALOGIA

A *analogia* é a atividade intelectual "quase-lógica"[27] utilizada para a constatação de lacunas e, ao mesmo tempo, é instrumento integrador (*autointegração*) destinado a encontrar a solução jurídica de seu preenchimento, mediante a obediência da ordem lógica substancial ou da razão intrínseca do sistema jurídico.[28]

Entende-se por analogia, *grosso modo*, a semelhança existente entre duas coisas ou a similitude de alguns caracteres ou funções com outros, enquanto atribuição

25. v. JUSTO, A. Santos. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 344.

26. Sobre a questão: PECES-BARBA, Gregorio. op. cit., p. 197-198; BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 230-233; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. op. cit., p. 276; ROCHA, Joaquim Freitas da. op. cit., p. 339-340.

27. Segundo observa Tercio Sampaio Ferraz Jr.: "A lógica formal clássica costuma admitir que a analogia é um procedimento conclusivo *mediato*, isto é, conclusão, que pressupõe pelo menos duas premissas, e na qual ocorre uma passagem de um particular para outro particular. Com isso, pretende-se distinguir a analogia da dedução e da indução. (...) O critério, porém, não é muito exato, pois é possível um procedimento analógico em que ocorre a passagem de um geral para outro geral. Por isso, haverá sempre quem diga que na analogia ocorre, das premissas à conclusão, uma passagem no mesmo nível (do geral para o geral ou do particular para o particular), mas nunca de um nível para outro (ZIEHEM, 1920). De qualquer modo, a referida passagem é reconhecida como um processo não estritamente analítico (do tipo se 2 + 2 = 4 e 3 + 1 = 4, então 2 + 2 = 3 + 1), mas que pressupõe um juízo empírico, isto é, a constatação de semelhanças que, aliás, exige valoração, o que torna o procedimento de menor rigor formal. Daí a ideia de que é quase-lógico" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. op. cit., p. 277-278). No mesmo sentido, afirma Karl Larenz: "Na analogia jurídica trata-se sempre, portanto, de um processo de pensamento valorativo e não unicamente de uma operação mental lógico-formal" (LARENZ, Karl. op. cit., p. 541).

28. v. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 19. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, p. 292.

dos mesmos predicados a diversos objetos, como expressão de correspondência, semelhança ou correlação estabelecidas entre eles;[29] entretanto, em termos jurídicos, entende-se por analogia o procedimento intelectual pelo qual se atribui a caso não regulado juridicamente o mesmo regime jurídico (consequências jurídicas) correspondente a outro caso similar, ou seja, o raciocínio que, argumentando com a semelhança entre fato lacunoso e outro juridicamente regulado, estende àquele a solução jurídica deste (*analogia legis*).

Segundo Joaquim Freitas da Rocha,[30] o raciocínio analógico pode caracterizar uma norma geral inclusiva, que regula, de forma idêntica, os fatos não regulados nas normas particulares inclusivas, mas semelhantes a estes,[31] e que, portanto, configuraria zona intermediária entre o regulado e o não regulado, e cujas consequências jurídicas derivadas de sua aceitação são relevantes, pois se face a uma lacuna se aplica a norma geral excludente, o caso resolve-se de modo oposto ao regulado (argumento *a contrario*); se se aplica a norma geral inclusiva, o caso resolve-se de modo idêntico ao regulado (argumento *a simili*).

Dessa forma, o caso omisso não é efetivamente abrangido e regulado por determinada norma jurídica, ainda que se proceda à interpretação extensiva desta – v. item 2.2 *infra* –, mas poderá já ser resolvido por aplicação de outra norma do sistema do ordenamento jurídico, reportada a contexto pragmático e a instituto jurídico diverso, mediante a operação da extensão teleológica desta norma; entretanto, "acontece por vezes que as denotações descritivas da hipótese de uma norma apontam para um complexo globalmente estruturado que deve ser olhado como uma "figura" unitária, por isso mesmo que tal complexo não é redutível à soma dos elementos descritivos que o compõem. Temos então um "tipo" – um tipo de *estrutura relacional* capaz de ser reencontrado em contextos pragmáticos da vida ou em quadrantes jurídicos diferentes daquele que o legislador teve em vista ao formular a norma. Ora, é justamente essa "figura", esse tipo, que, por isso, "transcende" os elementos descritivos da hipótese legal e por isso lhe é inerente a virtualidade de ser transposto para contextos diferentes que nos pode sugerir a aplicação da norma que para ele aponta a situações paras as quais a mesma norma não foi pensada, mas em que se desenha ou recorta a mesma *estrutura relacional* e idêntico conflito de interesses".[32]

Tal procedimento é fundado na exigência de Justiça e no imperativo da segurança jurídica, onde, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses – a não regulada e

29. Sobre os diversos significados de analogia: FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. Trad. Maria Stela Gonçalves; et al. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2000, p. 129-132.

30. cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. op. cit., p. 341-342.

31. v. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 223-225.

32. v. MACHADO, João Baptista. op. cit., p. 331.

a regulada – hão de ser juridicamente valoradas de maneira idêntica em seus aspectos jurídicos decisivos (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*).[33]

Aqui, ambas as situações fáticas – a não regulada e a regulada juridicamente – são semelhantes entre si, ou seja, concordam em alguns aspectos, mas não em outros; tal concordância, entretanto, deve ser dar nos aspectos decisivos da valoração jurídica expressa na regulamentação legal, ou seja, o fato não regulado deve se igualar em todos os aspectos juridicamente decisivos ao fato legalmente regulado, bem como as diferenças existentes entre eles não sejam de tal ordem que excluam tal valoração expressa na regulamentação legal.[34]

Afirma Norberto Bobbio que "para que se possa tirar a conclusão, ou seja, atribuir ao caso não regulado as mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulado similarmente, é necessário que entre os dois casos exista, não uma semelhança qualquer, senão uma *semelhança relevante*, é dizer, é necessário tirar dos dois casos uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulado se lhe há atribuído aquela consequência e não outra. (...) Por razão suficiente de uma lei, entendemos o que tradicionalmente se chama a *ratio legis*. Então diremos que é necessário que os dois casos, o regulado e o não regulado, tenham em comum a *ratio legis*, para que o raciocínio por analogia seja lícito em direito".[35]

33. cf. LARENZ, Karl. op. cit.. Para João Baptista Machado, "o recurso à analogia como primeiro meio de preenchimento das lacunas justifica-se por uma razão de coerência normativa ou de justiça relativa (princípio da igualdade: casos semelhantes devem ter um tratamento semelhante), a que acresce ainda uma razão de certeza do direito: é muito mais fácil obter a uniformidade de julgados pelo recurso à aplicação, com as devidas adaptações, da norma aplicável a casos análogos do que remetendo o julgador para critérios de equidade ou para os princípios gerais do Direito" (MACHADO, João Baptista. op. cit., p. 202).

34. v. LARENZ, Karl. op. cit.. No mesmo sentido, Joaquim Freitas da Rocha afirma que "trata-se de um juízo que envolve uma dupla constatação: por um lado positiva, de que a semelhança existe, e, por outro lado negativa, de que as diferenças que existem não são de tal ordem que impeçam uma idêntica valoração" (ROCHA, Joaquim Freitas da. op. cit., p. 340). Especificamente quanto ao juízo negativo, observa Miguel Reale: "É preciso, com efeito, ter muita cautela ao aplicar-se a analogia, pois duas espécies jurídicas podem coincidir na maioria das notas caracterizadoras, mas se diferençarem em razão de uma que pode alterar completamente a sua configuração jurídica. Essa *nota diferenciadora*, como a teoria tridimensional o demonstra, pode resultar tanto de uma particularidade *fática* quanto de uma específica compreensão *valorativa*: em ambos os casos o emprego da analogia não teria razão de ser. Já os romanos advertiam, com sabedoria: *minima differentia facti maximas inducit consequentias juris*. (...), a solução normativa válida para hipóteses aparentemente análogas, esquecendo que uma pequena diferença de fato pode implicar grandes diferenças de direito" (REALE, Miguel. op. cit., p. 293).

35. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 235-236.

Assim, de fundamental importância para a atividade intelectual da analogia, como forma de autointegração de lacunas, conhecer e estabelecer quais os elementos e os aspectos decisivos da valoração jurídica expressa na hipótese juridicamente regulada na lei; ou seja, é fundamental recorrer à *ratio legis*.

2.1. Limites

Em geral, para além da expressa proibição do uso da analogia pelo legislador (*v.g.*, no Direito Penal), também se aponta como limite à autointegração de lacunas, pela analogia, o brocardo jurídico "singularia non sunt extendenda", ou seja, de que as *normas jurídicas excepcionais* (*ius singulare*) não se aplicam analogicamente; se uma disposição jurídica é editada para determinado caso ou grupo de casos excepcionais, não pode ser aplicada analogicamente a casos nos quais não se verifique, de maneira exata, a situação excepcional.

Tal posicionamento genérico, entretanto, deve ser superado, pois, se o procedimento analógico é fundado na exigência de Justiça e no imperativo da segurança jurídica (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*), somente quando tais fundamentos forem violados estará vedado o uso da analogia integradora e, assim, "sempre que a norma excepcional (...) tem na sua base um princípio que, pelo seu próprio sentido, pode ser transposto para casos não expressamente regulados, só a exigência da segurança se pode opor à sua aplicação analógica. (...) só a segurança jurídica pode justificar a não aplicação analógica de uma norma cujo princípio valorativo é *de per si* transponível para casos análogos. (...) Dentro desta ordem de ideias (...) deduzir-se-ia apenas que o que é proibido é transformar a *exceção* em *regra* (...). Mas não já que seja proibido estender analogicamente a hipótese normativa que prevê um tipo particular de caso a outros casos particulares do mesmo tipo e perfeitamente paralelos ou análogos aos casos previstos na sua própria particularidade".[36] Daí a advertência de Karl Engisch de que "a máxima *singularia non sunt extendenda* deve, portanto, ser manejada com a maior cautela".[37]

2.2. Interpretação analógica e interpretação extensiva

Estreitamente ligada à questão dos limites da analogia – p. ex., nos casos em que seu uso é expressamente vedado pela lei –, como método de autointegração de lacunas, a questão da sua vital diferenciação com a *interpretação analógica* e com a *interpretação extensiva*.[38]

36. MACHADO, João Baptista. op. cit., p. 327.

37. ENGISCH, Karl. op. cit., p. 297.

38. Segundo Karl Engisch, "a linha limítrofe entre a interpretação (especialmente a interpretação extensiva), por um lado, e a analogia, pelo outro, é fluida. E isto tem importância

Na primeira hipótese (*interpretação analógica*), para solucionar dúvidas sobre o exato alcance da norma jurídica a ser aplicada, o intérprete se socorre da comparação com o teor de outras normas que regulam supostos de fato similares para, assim, alcançar e desvendar o *sentido literal possível* da norma a ser aplicada e, pois, sem entrar em contradição com este.

Já na segunda hipótese (*interpretação extensiva*), o intérprete se utiliza do sentido comum das palavras utilizadas na norma jurídica, movendo-se dentro do quadro das significações literais possíveis, a englobar todos os supostos de fato aí admitidos, ou seja, a situação a ser juridicamente regulada é suscetível de abrangência pela interpretação da norma com abrangência, ainda que mínima, ao enunciado ou fórmula verbal da mesma.[39] Não há a criação de nova norma jurídica, mas apenas a extensão da norma a casos por ela previstos.[40] O limite que a separa da analogia é o *sentido literal possível*; para além dele se inicia o argumento de analogia.[41]

Assim, verifica-se que a *interpretação analógica* e a *interpretação extensiva* não se confundem com a *analogia* enquanto método de autointegração de lacunas, pois nestas hipóteses não há criação de nova norma jurídica, mas apenas a extensão da norma a casos por ela previstos na abrangência do *sentido literal possível*. Ademais, tais hipóteses nem mesmo se confundem entre si, pois a interpretação analógica nem sempre é interpretação extensiva, pois a comparação com outros supostos de fato similares pode levar, certamente, a incluir tantos supostos em uma norma jurídica como sua letra tolera; mas, também, pode levar a excluir supostos que a letra da lei poderia admitir (interpretação restritiva).[42]

3. DIREITO PENAL

Em definição formal (ou estática), o Direito Penal é um dos subsistemas do sistema do ordenamento jurídico (*ius poenali*); é a parte do ordenamento jurídico

prática, nomeadamente quando seja juridicamente permitida toda e qualquer espécie de interpretação, mas seja proibida, ao invés, uma aplicação analógica dos preceitos jurídicos" (ENGISCH, Karl. op. cit., p. 294).

39. v. MACHADO, João Baptista. op. cit., p. 193.

40. Para Norberto Bobbio, o único critério aceitável é o de estabelecer a diferença em razão dos efeitos, onde na aplicação analógica é criada uma nova norma jurídica, enquanto na interpretação extensiva faz extensiva uma norma a casos previstos nela (BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 237).

41. ENGISCH, Karl. op. cit., p. 294. Tal autor deixa assentado: "Como critério decisivo para a determinação dos limites entre uma interpretação extensiva, ainda permitida, e uma aplicação analógica, que já não o é (...), temos de novo o sentido literal possível" (ENGISCH, Karl. op. cit., p. 298).

42. v. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 68.

geral estatal que regula determinado setor especialmente conflitivo da vida social,[43] a associar a certas condutas (delitos) determinadas consequências jurídicas (penas e medidas de segurança), a afirmar, pois, sua positividade,[44] seu caráter obrigatório como manifestação democrática da vontade geral, vinculando a todos os cidadãos e a todos os poderes do Estado.[45]

Trata-se de setor autônomo do ordenamento jurídico no estabelecimento de seus pressupostos de fato e na fixação de suas consequências jurídicas próprias, já que as suas funções específicas e a natureza de suas sanções impõem, em cada caso, exigências que obrigam a remodelar os pressupostos, inclusive quando deveres, direitos e infrações declarados em outro setor do ordenamento jurídico tenham servido de ponto de partida; mas, como observam Manuel Cobo del Rosal e Tomás S. Vives Antón, trata-se de autonomia limitada "pela unidade e congruência do ordenamento jurídico (que impede, *v.g.*, considerar penalmente antijurídica a conduta que representa o exercício de um direito reconhecido como tal na ordem civil, trabalhista etc.)".[46]

Entretanto, enquanto parte integrante do sistema do ordenamento jurídico, o Direito Penal, como faceta indissolúvel e expressão do monopólio do poder estatal, por se caracterizar como o meio jurídico coercitivo mais importante, severo e

43. Observa Diego-Manuel Luzón Peña que: "como parte do Direito que é, também, o conjunto organizado de normas que constitui o Direito Penal supõe uma regulação ou ordenação – de determinados aspectos e com determinados meios – da vida social; por isso recebe o nome de ordenamento jurídico-penal ou, mais abreviadamente, de ordem jurídico-penal" (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de drecho penal. parte general*. Madrid: Ed. Universitas, v. 1, 2006, p. 49). No mesmo sentido, Miguel Polaino Navarrete afirma que: "este conjunto de disposições jurídicas apresenta umas características determinadas: nem todo complexo de normas forma um ordenamento nem um sistema, ainda que todo ordenamento é um complexo (ordenado) de normas. Um conjunto de normas, para ser ordenamento, requer estar revestido das características de sistematização, unidade e coerência; o Direito Penal é um sistema ordenado, unitário e coerente de normas" (POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima: Grijley, 2004, p. 50).

44. Segundo Manuel Cobo del Rosal e Tomás S. Vives Antón: "as normas jurídicas sucedem positivas mediante um ato do soberano que as cria ou reconhece como obrigatórias em virtude de uma valoração de sua aptidão configuradora da comunidade, e mediante o qual dito poder fica vinculado a cumpri-las e fazê-las cumprir coativamente. O Direito *positivo* recebe esse nome precisamente por que o fato de que é 'posto' (*positum*) pelo poder político" (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1999, p. 37).

45. v. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 30-31.

46. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. op. cit., p. 41.

violento de que dispõe o Estado para garantir a observância de suas normas e, consequentemente, a teia e a convivência social, inegavelmente importa considerável acréscimo do poder de ordenar e coagir os cidadãos que se veem submetidos, contra sua vontade, à violência estatal,[47] diminuindo-lhes, através das sanções penais (penas e medidas de segurança), a esfera do direito fundamental individual de liberdade (*status libertatis*), deve ser limitado – como todos os demais poderes estatais -, sob pena de se tornar constitucionalmente ilegítimo.[48]

Assim, a Constituição Federal impõe conjunto de limites formais e materiais ao Direito Penal através de determinados valores, princípios e regras jurídicas[49] que constituem um dos componentes essenciais da decisão política fundamental constituinte, servindo de orientação e vinculação a todas as experiências concretas de juridicidade surgidas no ordenamento jurídico penal em que se formulam.

Tais limitações constitucionais controlam o exercício do Direito Penal e evitam e previnem os possíveis abusos em seu uso pelo Estado, com a perniciosa consequência de abalo e desrespeito aos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, razão pela qual seu reconhecimento, observância e fiel acatamento resultam de "transcendental relevância" para o correto desenvolvimento das funções que, na regulação da vida social, constitucionalmente se lhe impõem.[50]

47. cf. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patrícia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 77.

48. v. PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 41.

49. Observa Teresa Aguado Correa que, desde o momento em que as Constituições, em sua parte substantiva, regulam os direitos e liberdades fundamentais implícita ou explicitamente, contemplam os limites do poder punitivo e os princípios fundamentais informadores do Direito Penal, sendo indiscutível que da Constituição se derivem os princípios e regras essenciais que devem ser respeitadas tanto no processo de incriminação como na imputação do comportamento e no fim da pena, tanto que, em alguns casos, o arcabouço constitucional contempla tais princípios – ou regras – como direitos fundamentais (AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 39).

50. cf. POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit., p. 310. Sobre a limitação constitucional do Direito Penal, observam Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, que as ideias que aninham no coração dos homens de conseguir uma paz social justa, um sistema equitativo que ampare seus direitos fundamentais e uma segurança pessoal que evite os despotismos e arbitrariedades, hão formado um patrimônio comum, uma plataforma sobre a qual deve descansar também o exercício do poder punitivo do Estado. Tais ideias servem de linha diretriz na criação, a aplicação e execução das normas penais e, em caso contrário, dão base à sua critica. Direção e critica são, portanto, as duas funções que tem encomendadas estas ideias no âmbito do Direito Penal moderno. Sua natureza é tanto política como

3.1. A proibição da analogia

Nesse contexto, dentre os principais limites constitucionais ao Direito Penal se encontra o *princípio da legalidade penal* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) (art. 5.º, XXXIX, da CF), cujo moderno significado é de que não pode haver crime nem pena que não resulte de lei prévia, escrita e certa.

De tal princípio, dentre outros, emana o corolário da *proibição da analogia – nullum crimen nulla poena sine lege stricta –*, que, como o nome já indica, torna proibida a analogia (*analogia legis*) como meio de criação e extensão dos preceitos penais e agravação das penas, a impedir, pois, a aplicação do direito, em prejuízo do réu (analogia *in malam partem*), que exceda o sentido alcançado pela *exegesis* da norma jurídico-penal, ou seja, da interpretação permitida das palavras da lei.[51]

Se apenas a lei, como observa Antonio Castanheira Neves, tem legitimidade para decidir e definir a incriminação punitiva, excluindo qualquer outra fonte normativa, compete ao juiz a aplicação estrita da norma incriminadora e punitiva, sendo-lhe proibida incriminação para além da legalmente imposta de que ele fosse decisoriamente responsável ou por ele normativamente constituída, advertindo o referido autor, que "não se pretende já com isto proscrever a interpretação dessa norma criminal – como o pretenderam, no entanto, Montesquieu e Beccaria, e chegou a ser aceite também por Feuerbach –, e interpretação inclusivamente com toda a índole normativo-concretizadoramente constitutiva que hoje se reconhece à interpretação em geral (...). Mas continua a negar-se a possibilidade de uma incriminação e punição em concreto que ultrapasse a hipotética previsão da norma legal, e ainda que o exacto sentido dessa previsão só possa determinar-se pela interpretação e seja um resultado dela, pois essa determinação e esse resultado deveriam obter-se no quadro definido pelos limites prescritivos da norma e com respeito por esses limites – os quais se imporiam assim como uma pré-determinação da própria interpretação (do seu âmbito e possibilidades). Deste modo, o corolário da *lex stricta* implicará a não aplicação da norma legal incriminadora e punitiva para além do que haja de considerar-se uma sua aplicação directa ou imediata, possibilitada pela interpretação, e infere-se daí a recusa da sua aplicação indirecta e mediatizada por um antónomo juízo normativo do julgador a casos diferentes, posto que análogos daqueles por ela directamente previstos – que tanto é dizer, recusa-se uma sua aplicação analógica".[52]

jurídica (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 77).

51. cf. PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. op. cit., p. 72.

52. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. "O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e seu critério dogmático". *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. vol. 1, p. 386.

Assim, *em matéria incriminadora e punitiva*, pode-se afirmar que o sistema jurídico do Direito Penal é completo ou pleno, pois, em tal esfera, *inexiste lacunas*,[53] a funcionar o princípio da legalidade, com seu corolário da proibição da analogia, como verdadeira *norma geral excludente*;[54] ou seja, onde cada norma jurídico-penal implicitamente traz sempre uma segunda norma jurídico-penal geral e excludente, que excluiu de sua regulamentação tudo aquilo que não seja por ela previsto; toda norma penal particular includente (tipo penal) está sempre acompanhada de norma geral excludente, razão pela qual não existiria, em Direito Penal, espaço jurídico vazio, pois, ao lado das normas penais particulares includentes, há espaço juridicamente regulado pela norma penal geral excludente; todos os fatos estão jurídico-penalmente regulados, também não havendo espaço à lacuna. Nesse sentido, segundo o "princípio de clausura" kelseniano, tudo o que não está penalmente proibido, está penalmente permitido.

Portanto, o princípio da legalidade penal não admite a utilização da analogia, em prejuízo do réu (analogia *in malam partem*), como método de autointegração de lacunas em matéria penal incriminadora e punitiva, caracterizada como a extensão de lei penal a suposto de fato (conduta) não abarcado por ela, mas semelhante ao por ela disciplinado (*analogia legis*); assim, "evidente que o argumento de analogia, largamente admitido na generalidade dos ramos de direito como procedimento adequado à aplicação da lei, tem em direito penal de ser proibido, por força do conteúdo de sentido do princípio da legalidade, sempre que ele funcione contra o agente e vise servir a fundamentação ou a agravação da sua responsabilidade".[55]

---

53. No mesmo sentido, afirma Andrei Zenckner Schmidt que "o problema das lacunas do Direito não existe para o Direito Penal" (SCHMIDT, Andrei Zenckner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 183). Também Raúl F. Cárdenas Rioseco afirma: "em matéria penal não existem formalmente lacunas" (CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. *El princípio de legalidad penal*. México: Editorial Porrúa, 2009. p. 112). Da mesma forma, explicita Rogério Greco, a tratar de lacunas nos demais ramos do Direito, que "o mesmo não ocorre com o sistema jurídico-penal, que se tem por perfeito em suas normas incriminadoras" (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal. Parte geral*. 9. ed. Niterói: Impetus, v. I, 2007, p. 46).

54. Sobre a questão da norma geral excludente, afirma Karl Larenz que "um tal 'princípio negativo' geral pode aceitar-se para o direito penal" (LARENZ, Karl. op. cit., p. 536), pois, como observa Gregorio Peces-Barba, a norma de clausura do sistema configuraria uma terceira via de integração das soluções normativas a partir da interpretação da sistematicidade do ordenamento jurídico, pois mediante uma norma implícita que feche o sistema permite pensar que tudo aquilo que não está proibido, nem é obrigatório, está permitido, e, com tal norma, provemos qualquer caso omisso aos que pode enfrentar o sistema, norma de fechamento extraída diretamente do princípio da legalidade (PECES-BARBA, Gregorio; et al. op. cit., p. 200).

55. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 187.

Tal proibição, entretanto, não afasta o recurso à interpretação analógica ou extensiva do tipo penal, pois, como já visto no item 2.2, em ambas as situações o intérprete está diante de interpretação permitida, pois não ultrapassa o limite de garantia representado pela letra da lei porque, aí, toda interpretação se move dentro desse limite; o sentido literal possível.[56]

3.2. *A analogia* in bonam partem

Por sua vez, a proibição da analogia em Direito Penal é exclusivamente restrita à analogia *in malan partem* (em prejuízo do réu), enquanto *norma geral excludente*, por ser a única a conformar a quebra da exigência de Justiça e do imperativo da segurança jurídica e, pois, da telelologia garantística do princípio da legalidade penal; tal limite sistêmico só visa a garantir ao cidadão que este não poderá se ver atingido por crime ou pena que não se façam previstos pela letra da lei, mas não que não possa ser menos castigado ou, até, eximido da pena, se não o prevê literalmente a lei.[57]

O princípio da legalidade penal, do qual emana o corolário da proibição de analogia, não abarca, segundo sua função de limitação e seu sentido garantístico, toda e qualquer matéria penal, mas apenas aquelas que traduzam a fundamentação ou agravação da responsabilidade penal do agente, pois, caso contrário, se também abrangesse as questões de exclusão e atenuação da responsabilidade, referido princípio passaria a funcionar contra a sua própria teleologia e sua própria *ratio iuris*, qual seja, a proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos face à possibilidade do arbítrio e do excesso do *ius puniendi* estatal.[58]

---

56. Sobre a questão: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. op. cit., p. 62-66; HASSEMER, Winfried. op. cit., p. 332-338; CASTANHEIRA NEVES, Antonio. op. cit., p. 385-389; DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 187-193; MIR PUIG, Santigo. *Derecho penal. Parte general.* 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 86-87; ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; et al. Madrid: Civitas, t. I, 1997, p. 147-158.

57. v. MIR PUIG, Santiago. op. cit., p. 87. No mesmo sentido, aceitando a aplicação analógica *in bonam partem*, *v.g.*: DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 192; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. op. cit., p. 134-136; GRECO, Rogério. op. cit., p. 47; BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal.* Madrid: Editorial Trotta, vol. I, 1997, p. 95; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Trad. José Luís Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 121; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal.* 5. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. I, 2012, p. 503; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 16. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 1, 2011, p. 180-181; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral.* Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2006, p. 21-22.

58. cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 183.

Dessa forma, parece lógico e justo admitir-se a aplicação de situação jurídico-penal benéfica ao cidadão, quando a situação que o envolve seja análoga à outra que motive tal situação mais favorável, pois, nesta hipótese, como dito por Juan J. Bustos Ramirez e Hernán Hormazabal Mallarée, "não há vulneração do princípio da legalidade, porquanto não significa arbitrariedade ou abuso sobre a pessoa se se estabelece por analogia uma atenuante ou eximente. Isso de nenhum modo significa uma intervenção abusiva do Estado sobre a pessoa, mas todo o contrário, pois tem relação com a proteção da dignidade pessoal e a liberdade pessoal do sujeito".[59]

No mesmo sentido, afirma Enrique Gimbernat Ordeig que: "la doctrina tiene razón. Ello se deduce de una interpretación teleológica del principio de legalidad. Pues, la existencia de este principio obedece, fundamentalmente, a la gravedad de la consecuencia jurídica que la ley penal ordena, esto es: a la gravedad de la pena, que supone una intervención en los bienes más preciados de la persona (vida, libertad). Cierto que la comunidad, para proteger intereses jurídicos de suma importancia, puede restringir la libertad del individuo; pero esta intervención es de una transcendencia tal que el ciudadano puede exigir que se le digan con claridad cuáles son los comportamientos que llevan consigo una reacción estatal tan radical; puede exigir que se le garantice que no va a suceder que, de buenas a primeras, se encuentre sorprendido con que el Estado le priva de bienes tan fundamentales como la libertad o los honores, empleos y cargos públicos que tuviera el sujeto por acciones respecto de las cuales no se pudo informar antes de su comisión que estaban prohibidas. (...) Pues bien: si lo que se alcanza con una interpretación analógica fundamentada materialmente, pero en contradicción con la letra de la ley, es, no un agravación de la pena, sino una atenuación de ella o incluso su exclusión, es claro que pretender seguir aplicando aquí la prohibición de analogía carecería de sentido. Pues su sentido es el de perjuicio que una interpretación sin base en el sentido gramatical puede causar al reo, no el beneficio que puede proporcionarle".[60]

Dessa forma, absolutamente lícita e permitida a analogia *in bonam partem* (em favor do réu) em Direito Penal, sempre que tal operação intelectual produza resultados favoráveis aos autores do fato, admitindo-se, portanto, a aplicação analógica de todos os institutos jurídicos-penais que afastem ou diminuam a responsabilidade penal (*v.g.*, causas excludentes de ilicitude, antijuridicidade e culpabilidade; causas de extinção da punibilidade, escusas absolutórias, causas privilegiadoras, atenuantes etc.); entretanto, tal operação analógica, obviamente, deve observar as regras a ela inerentes – como visto no item 2 –, ou seja, o aplicador normativo-penal deve conhecer e estabelecer quais os elementos e os aspectos decisivos da

59. BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. op. cit., p. 95.

60. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. op. cit., p. 47-48.

valoração jurídica expressa na hipótese juridicamente regulada na lei penal, ou seja, é fundamental recorrer à *ratio legis*.

Aliás, nem se alegue, como o faz parte da doutrina e jurisprudência, para afastar a possibilidade da aplicação analógica benéfica (*in bonam partem*), *enquanto regra geral*, a teoria das *normas jurídicas excepcionais* (*ius singulare*), baseada no brocardo jurídico "singularia non sunt extendenda", ou seja, de que o *ius singulare* não se aplica analogicamente, sob o argumento de se disposição jurídica é editada para determinado caso ou grupo de casos excepcionais, não pode ser aplicada analogicamente a casos nos quais não se verifique, de maneira exata, a situação excepcional.

Tal teoria – item 2.1 – deve ser manejada com a máxima cautela,[61] e cujo posicionamento *genérico* deve ser superado, pois, se o procedimento analógico é fundado na exigência de Justiça e no imperativo da segurança jurídica (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*), somente quando tais fundamentos forem violados estará vedado o uso da analogia integradora; assim, sempre que a norma penal excepcional tem na sua base uma razão suficiente que, pelo seu próprio sentido (*ratio legis*), pode ser transposto para casos não expressamente regulados, só a exigência da segurança se pode opor à sua aplicação analógica; só a segurança jurídica pode justificar a não aplicação analógica de norma penal benéfica cuja razão suficiente (*ratio legis*) é, *de per si*, transponível para casos análogos. Da teoria das *normas jurídicas excepcionais* se deduz apenas que o que é proibido é transformar a *exceção* em *regra*, mas não que seja proibido estender analogicamente a hipótese normativa penal benéfica que prevê tipo particular de casos a outros casos particulares do mesmo tipo e perfeitamente paralelos ou análogos aos casos previstos na sua própria particularidade.[62]

Para exemplificar tal posicionamento, serão expostas duas hipóteses onde é perfeitamente cabível e justificável a aplicação analógica *in bonam partem*, a afastar, portanto, a teoria das normas jurídicas excepcionais, enquanto regra geral, seja para afastar a tipicidade penal, seja para afastar a aplicação da pena criminal.

A primeira hipótese diz respeito ao crime de falso testemunho, tipificado no art. 342 do CP, que criminaliza a conduta de quem faz afirmação falsa, ou nega ou cala a verdade, como testemunha, em processo judicial ou administrativo, em inquérito policial ou em juízo arbitral.

Tal tipo penal estatui crime de mão própria, que, portanto, só pode ser cometido por pessoa que tenha a qualidade de testemunha. Daí a antiga discussão sobre a necessidade, ou não, de que a testemunha seja compromissada a dizer a verdade, nos

61. ENGISCH, Karl. op. cit., p. 297.

62. MACHADO, João Baptista. op. cit., p. 327.

termos do art. 203 do CPP, para que o crime possa se configurar, já que existem pessoas que não têm o dever jurídico de depor (art. 206 do CPP) e outras que estão proibidas de fazê-lo (art. 207 do CPP); a discussão, assim, resume-se a se testemunhas não compromissadas podem ser sujeitos ativos do crime de falso testemunho.

A primeira corrente, capitaneada por Nélson Hungria,[63] *grosso modo*, entende desnecessário o anterior compromisso por parte da testemunha para a caracterização do crime, considerando que todos têm o dever de dizer a verdade em juízo e que o compromisso não é elementar ou pressuposto do tipo penal, como ocorria no Código Penal de 1890, inexistindo qualquer diferença entre testemunhas compromissadas e não compromissadas (informantes); ambas podem praticar o crime.

Já a segunda, capitaneada por Heleno Cláudio Fragoso,[64] com razão, sustenta, resumidamente, ser indispensável para a configuração do crime o prévio compromisso legal da testemunha, nos termos do art. 203 do CPP, pois somente aí surgiria o dever de dizer a verdade, já que sem o compromisso não há como se exigir que o depoente (informante) diga a verdade, até porque as pessoas dispensadas do compromisso são aquelas que não têm condições psíquico-emocionais de fazê-lo.

Assim, caso adotada – o que aqui se faz – a segunda posição doutrinária da exigência do prévio compromisso legal da testemunha, resta a análise de quais pessoas não estão obrigadas a prestá-lo e, pois, não podem se transformar em sujeito ativo do crime de falso testemunho.

Entre as pessoas dispensadas de prestar o compromisso legal, nos termos do art. 206 do CPP, está o *cônjuge* do(a) acusado(a), a significar a pessoa legalmente casada (civil ou religioso com efeitos civis) com o(a) acusado(a); o sentido literal possível do termo "cônjuge" afasta, de seu significado, os companheiros em união estável, que, assim, devem ser legalmente compromissados como testemunha.

Tal dispensa tem, como *ratio legis*, nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt, o fato de que "o valor probante da testemunha é um, e o resultado das declarações obtidas pelo juiz de meros informantes ou declarantes é recebido e avaliado sempre com muita reserva pelo julgador, ou seja, não tem o mesmo valor probatório da testemunha, porque não são testemunhas, porque não têm a obrigação e o compromisso com a verdade, não estão sujeitas às consequências do falso testemunho

63. v. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, 2. ed., Ed. Forense, 1958, v. IX. No mesmo sentido, p. ex.: GRECO, Rogério. op. cit., p. 586-588; PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, v. 4, 2001, p. 650-655.

64. v. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal. Parte especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1988, p. 534. No mesmo sentido, p. ex.: BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 335-339; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 1069.

porque estão emocionalmente vinculados a uma das partes, porque, por própria natureza humana e pelos laços familiares, não podem ser imparciais e racionalmente neutras no desenrolar do processo, como é dever da testemunha. (...) Com efeito, o dever da verdade não é genérico, mas especial, e não decorre automaticamente da lei que obrigaria a todos, mas decorre do compromisso individual daquelas pessoas que podem e são obrigadas a deporem como testemunhas. Fosse o dever da verdade uma obrigação universal decorrente da lei seria desnecessário o compromisso obrigatório da testemunha. E a obrigação de uns prestarem compromisso e outros não comprova diversidade de função e de responsabilidades. A dispensa do compromisso significa exatamente que o legislador reconheceu a impossibilidade de delas exigir a fidelidade à verdade, admitindo a dificuldade que os vínculos familiares naturalmente acarretam ao ser humano".[65]

Assim, se os cônjuges não estão obrigados a prestar o compromisso legal, nos termos do art. 206 do CPP, e, pois, de dizer a verdade, não podem ser sujeitos ativos do crime de falso testemunho e a jurisprudência vem reiteradamente afirmando tal impossibilidade; entretanto, como os "companheiros" em união estável não se adequam a tal norma, no sentido literal possível do termo "cônjuge", estariam obrigados a prestar o compromisso legal de dizer a verdade como testemunha e, caso descumpram tal obrigação, tornar-se-iam sujeitos ativos do crime.

Ora, segundo a *ratio legis* da norma legal que dispensa os cônjuges do compromisso e, pois, inviabiliza o cometimento do crime de falso testemunho, tal dispensa se dá em reação aos fortes vínculos psíquico-emocionais familiares que envolvem os cônjuges a ponto de se reconhecer a impossibilidade de exigir destes a fidelidade à verdade. Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988, deu-se maior importância à família, ampliando-se o seu sentido sociológico e jurídico, tanto que o § 3.º do art. 226, para efeito de proteção do Estado, reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar; tentou-se, da melhor forma possível, expandir o significado de entidade familiar, incluindo, aí, a união estável.

Não há aqui, nesta hipótese, uma *semelhança relevante* em ambos os casos (cônjuges e companheiros), uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulado (cônjuge) se lhe há atribuído aquela consequência e não outra e que possa atribuir ao caso não regulado (companheiros) as mesmas consequências jurídicas atribuídas àquele?

A resposta, a meu ver, só poder ser afirmativa e levar à conclusão, através da aplicação analógica, da atipicidade penal do crime de falso testemunho praticado por companheira(o) do(a) acusado(a), a concretizar, pois, a exigência de Justiça e o

65. BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 338.

imperativo da segurança jurídica, onde, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses – a não regulada e a regulada – hão de ser juridicamente valoradas de maneira idêntica em seus aspectos jurídicos decisivos (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*).[66]

Já a segunda hipótese diz respeito à escusa absolutória constante do art. 181, II, do CP,[67] que isenta de pena quem comete crime patrimonial em prejuízo de ascendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural. Trata-se, portanto, de uma escusa absolutória, que não se apoia na circunstância de que o ato seja, em si mesmo, legítimo, como sucede com as causas de justificação, nem tampouco em que não apareça sujeito em condições de capacidade para responder, como acontece nas causas de imputabilidade, mas bem aparece fundamentada em motivos transitórios e de conveniência de política criminal, pois o legislador considera mais útil tolerar o delito que lhe castigar, ainda que reconhecendo que exista delito e que há pessoa que possa responder pelo mesmo.[68] Assim, de forma sintética, as escusas absolutórias são circunstâncias pessoais que, por estrita razão de política criminal de utilidade em relação à proteção do bem jurídico, excluem a imposição de pena.

Quanto à *ratio legis* da escusa, manifestou-se Nélson Hungria: "Por motivo de ordem política, ou seja, em *obsequium* ao interesse de solidariedade e harmonia no círculo da família, as legislações penais em geral declaram absoluta ou relativamente

66. Nesse sentido vem se firmando a jurisprudência: "Falso testemunho – Não caracterização – Depoente, concubino da acusada – Equiparação da união estável à entidade familiar – Dispensa do compromisso de dizer a verdade – Inteligência do art. 206 do CPP, c/c o art. 226, § 3.º, da CF/1988 – Absolvição confirmada – Recurso não provido" (JTJ 178/297); "Apelação criminal. Falso testemunho. Recurso ministerial almejando a condenação nos termos da denúncia. Depoimento prestado sem compromisso, eis que a informante convivia com o então réu de longa data, tendo com este dois filhos. Recurso improvido" (TJSP – ApCrim 0005686-08.2008.8.26.0417, 5.ª Câm. de Direito Criminal, rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan, j. 05.09.2013); "Falso testemunho Absolvição. Possibilidade acusada que não prestou compromisso por ser companheira do réu no processo em que foi testemunha. Crime não caracterizado. Não caracterizado o falso testemunho por se tratar de acusada ouvida como testemunha no processo contra seu companheiro. Hipótese em que não prestou compromisso de dizer a verdade. Recurso provido" (TJSP – ApCrim 0002897-85.2005.8.26.0370, 4.ª Câm. de Direito Criminal, rel. Des. Willian Campos, j. 06.08.2013); "Falso testemunho. Companheira do acusado. Ausência de obrigação de depor e dispensa do compromisso. Exegese dos artigos 206 e 208, ambos do Código de Processo Penal. Conduta atípica Absolvição mantida. Recurso provido" (TJSP – ApCrim 0015423-47.2006.8.26.0565, 4.ª Câm. Criminal Extraordinária, rel. Des. Alexandre Almeida, j. 04.06.2013). No mesmo sentido: JTJ 173/297; RT 728/526; RJTJESP 90/472.

67. v. PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. "Escusa absolutória (art. 181, II, do CP): aplicação analógica". BOLETIM IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, vol. 10, n. 113, abr. 2002, p. 3-4.

68. v. BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. op. cit., vol. 2, p. 235.

impuníveis os crimes patrimoniais quando praticados, *sine vi aut minis*, entre cônjuges ou parentes próximos. Já o direito romano, fundado no princípio, então vigente, da copropriedade familiar, decidir pelo descabimento da *actio* furto quando o *fur* era filho ou cônjuge do lesado. Com a absolvição de tal princípio, na ulterior evolução jurídica, devia ter desaparecido a excepcional imunidade penal, mas um outro argumento passou a justificar a persistência desta: a conveniência de evitar ensejo à cizânia, à violação da intimidade e ao desprestígio da família. O interesse de preservá-la ao ódio recíproco entre seus membros e ao escândalo lesivo de sua honorabilidade (toda família se empenha em encobrir a má conduta de suas ovelhas negras) não deve ser sacrificado ao interesse de incondicional punição dos crimes lesivos ao patrimônio, simples e exclusivamente tais".[69]

Tal escusa absolutória, portanto, tem como finalidade político-criminal básica a proteção das relações familiares.

Por outro lado, como já manifestado, a Constituição Federal de 1988, deu maior importância à família, ampliando-se o seu sentido sociológico e jurídico, tanto que os §§ 3.º e 4.º do art. 226, para efeito de proteção do Estado, reconheceram a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, bem como consideraram entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; tentou-se, da melhor forma possível, expandir o significado de entidade familiar e, portanto, não caberia excluir dessa definição, que não pode ser considerada taxativa e, assim, restritiva, mas ao contrário, apenas exemplificativa, os filhos de pessoas que se encontram em nova união estável em relação aos novos companheiros destas, pois isto iria contra a própria *ratio* da Lei Maior.

Assim, plenamente justificada a aplicação analógica da escusa absolutória do art. 181, II, do CP, aos furtos praticados pelos filhos de um dos companheiros em relação ao patrimônio do outro companheiro, enquanto, é claro, permaneça íntegra a união estável entre eles, eis que tal aplicação não fere o princípio da legalidade – um dos informadores da proibição da analogia –, bem como por vir de encontro à especial *ratio legis* da proteção político-criminal das relações familiares.

Ora, em que difere esta situação com a definição dada pela Constituição Federal para entidade familiar? Não se deve considerar uma união estável com filhos, mesmo que gerados de pais diferentes, uma entidade familiar? Não se encontra também presente nessa hipótese a finalidade político-criminal da "conveniência de evitar ensejo à sizânia, à violação da intimidade e ao desprestígio da família"?[70] Que vital importância se encontra no fato de não ser filho biológico da vítima para se negar a

69. HUNGRIA, Nélson. op. cit., vol. VII, p. 324.

70. v. HUNGRIA, Nélson. op. cit.

aplicação da escusa absolutória? Será que nessa situação não existem relações afetivo-emocionais de cunho familiar entre as partes envolvidas? Será que a aplicação do benefício legal nessas hipóteses trará sérios e irreversíveis prejuízos à ordem social, ante o relevantíssimo e imprescindível interesse jurídico-penal sobre tal fato?

Novamente aqui, patente a *semelhança relevante* em ambos os casos (filhos naturais e filhos dos companheiros), uma qualidade comum a ambos, que é ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulado (filhos naturais) se lhe há atribuído aquela consequência e não outra e que possa atribuir ao caso não regulado (filhos dos companheiros) as mesmas consequências jurídicas atribuídas àquele, a concretizar, pois, a exigência de Justiça e o imperativo da segurança jurídica, onde, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses – a não regulada e a regulada – hão de ser juridicamente valoradas de maneira idêntica em seus aspectos jurídicos decisivos (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*).

Estes dois exemplos, a meu ver, bem demonstram a pertinência e a importância da aplicação da analogia *in bonam partem* (em favor do réu) em Direito Penal, sempre que tal operação intelectual produza resultados favoráveis aos autores do fato, admitindo-se, portanto, a aplicação analógica de todos os institutos jurídico-penais que afastem ou diminuam a responsabilidade penal (*v.g.*, causas excludentes de ilicitude, antijuridicidade e culpabilidade; causas de extinção da punibilidade, escusas absolutórias, causas privilegiadoras, atenuantes, etc.), o que, aliás, somente reforça e fomenta a indispensável proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos face à possibilidade do arbítrio e do excesso do *ius puniendi* estatal, já que a forma mais moderna de Estado – Estado Democrático de direito –, conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho, assenta-se, dentre outras características, em uma base antropológica constitucionalmente estruturante de respeito e garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (sistema de direitos fundamentais), realçando a autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos, e proibindo fundamentalmente, no plano jurídico-objetivo, as ingerências do Estado na esfera jurídica individual.[71]

BIBLIOGRAFIA

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

ANGEL RUSSO, Eduardo. *Teoría general del derecho: en la modernidad y en la posmodernidad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

71. cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 248 e 288.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Trad. Jorge Guerrero R. 2. ed. Bogotá: Temis, 2005.

BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. vol. I. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F.. *El princípio de legalidad penal*. México: Editorial Porrúa, 2009.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O Princípio da Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e seu critério dogmático. _____. *Digesta*. vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRATER MORA, José et al. *Dicionário de filosofia*. Trad. Maria Stela Gonçalves. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*. 5. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. I, 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal. Parte geral*. 9. ed. vol. I. Niterói: Impetus, 2007.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patrícia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. José de Luís Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.

JUSTO, A. Santos. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal. Parte General*. Madrid: Ed. Universitas, 2006.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2008.

MIR PUIG, Santigo. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

PECES-BARBA, Gregorio; et al. *Curso de teoría del derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Escusa absolutória (art. 181, II, do CP): aplicação analógica. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, vol. 10, n. 113, abr. 2002, p. 3-4.

_____. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima: Grijley, 2004.

PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos. Esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROXIN, Claus et al. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, t. I, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral*. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenckner. *O Princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A interpretação e as leis processuais, de José de Moura Rocha – *RePro* 42/12 (DTR\1986\95);
- Temas de processo penal, de Renê Ariel Dotti – *RT* 748/468 (DTR\1998\541); e
- União estável: analogia com o casamento, para fins penais, de Euclides Benedito de Oliveira – *RIASP* 4/75, *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 2/825 (DTR\1999\356).

O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão)

What the STF ministers cite in their votes? An analysis of the AP 470 Trial (mensalão)

Thiago Bottino

Pós-Doutor pela Columbia Law School. Doutor em Direito pela PUC-RIO. Professor Adjunto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio).
thiago.bottino@fgv.br

Rogerio Barros Sganzerla

Mestre em Direito e Licenciando em Filosofia pela Unirio. Doutorando em Sociologia e Direito pela UFF. Bacharel em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Advogado e Professor.
rogeriosganzerla@gmail.com

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O objetivo deste artigo é mapear as citações proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil durante o julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão), considerando as sessões realizadas de 02 de agosto de 2012 a 17 de dezembro de 2012. A análise dessas citações serviu de base para diversas classificações sobre a Corte, no tocante à divisão do julgamento em capítulos (temas), o perfil de cada um dos Ministros sobre o tempo de exposição do voto oral, a quantidade de citações doutrinárias (nacionais, internacionais e literárias) e a quantidade de citações à jurisprudência (do STF, de órgãos inferiores e internacionais).

Palavras-chave: Citação – Supremo Tribunal Federal – Mensalão.

Abstract: This paper aims to map the Brazilian Supreme Court citation during the "*Ação Penal 470*" trial, the "*Mensalão*", which occurred from August 2, 2012 to December 17, 2012. The analysis of those citations served as basis for several Court classifications, regarding the trial division into chapters (topics), the profile of each Minister by the exposure time of the oral vote, the amount of doctrinal quotes (national, international and literary) and the amount of case law citations (the Supreme Court, lower courts and international).

Keywords: Citation – Brazilian Supreme Court – Mensalão.

Sumário: 1. Introdução – 2. Análise das citações orais da Ação Penal 470 – 3. Conclusão – Bibliografia.

Bottino, Thiago. Sganzerla, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

1. INTRODUÇÃO

De agosto de 2012 a janeiro de 2016 se passaram 3 anos e 4 meses. Na época, os Ministros Joaquim Barbosa e Ayres Brito ainda integravam o Supremo Tribunal Federal, naquela data com 10 ministros em Plenário. Hoje, suas vagas foram ocupadas pelos Ministros Teori Zavascki, Luis Roberto Barroso e Edson Fachin.

O julgamento da Ação Penal 470, chamada pela mídia de Mensalão, durou quatro meses, de 02.08.2012 a 17.12.2012, tendo 53 sessões envolvendo 37 réus, sendo 35 deles condenados por práticas de crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, evasão de divisas, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e formação de quadrilha. Entre os réus e acusados estavam ex-ministros, presidentes de partidos políticos e líderes de bancadas na Câmara de vários partidos da base do Governo.

Por isso, a importância dessa pesquisa decorre de três razões essenciais:

a) O Supremo Tribunal Federal é a *mais alta corte de julgamento do Brasil* e, em razão disso, é a *última instância de decisão*. Mais ainda, neste caso foi a única instância, pois todos os processos foram reunidos no STF em razão da prerrogativa de foro por conexão dada a presença de deputados federais no esquema. Logo, por ser um Tribunal no qual todos os demais tendem a se espelhar no momento das suas decisões, bem como as diversas questões políticas, jurídicas e sociais envolvidas, é necessário estudá-lo a fim de entender como os Ministros que estão ocupando aqueles assentos estão baseando suas decisões;

b) O julgamento da Ação Penal 470 teve um *decurso temporal extenso*, com pouco mais de quatro meses de julgamento. Essa característica é importante, pois traz uma quantidade maior de dados e informações empíricas, o que possibilita resultados e conclusões mais específicas e confiáveis.

É preciso frisar que esta Ação Penal é de cunho criminal, julgando pessoas ligadas diretamente à Presidência da República e com transmissões ao vivo não somente pela TV Justiça, mas também através dos principais sites de notícias brasileiros em tempo real. Esse controle externo exaustivo é algo extremamente atípico no dia a dia do Supremo Tribunal Federal. Por mais que haja uma visibilidade das suas decisões e julgamentos, este caso teve cobertura exclusiva pela mídia, meios acadêmicos, instituições públicas e, principalmente, pela sociedade em geral em cada uma das 53 sessões. O último caso que também teve repercussão similar ao do "Mensalão" foi o da Ação Penal 307 sobre o julgamento do ex-presidente Fernando Collor de Mello. Ainda assim, este julgamento não foi transmitido pela televisão e sequer teve a cobertura midiática do "Mensalão". Atualmente, em termos similares, pode-se dizer que o julgamento do *impeachment* da Presidente da República, Dilma Rousseff, através da ADPF 378, gerou também intenso debate e expectativa por parte da sociedade brasileira.

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Da mesma forma, por julgar pessoas ligadas diretamente à Presidência da República, o aspecto político tornou-se um fator importante na tomada de decisão. Por mais que o STF também seja um Tribunal político na sua essência, o envolvimento de diversos parlamentares, ex-ministros e pessoas envolvidas diretamente com a cúpula da Presidência da República deram ao julgamento um tom político acima do habitual. Por esta razão, em alguma forma, por menor que seja, as fundamentações dos votos foram diferentes da normalidade e do cotidiano da corte.

Por outro lado, esta Ação Penal possibilitou aos Ministros uma maior dedicação e cuidado no preparo dos seus votos e exposições. É inegável que as pressões sociais, políticas e jurídicas exercidas por diversos atores da sociedade impactaram no momento do julgamento, fazendo com que os Ministros dedicassem mais atenção e tempo na preparação do caso. Esta alteração comportamental pode ter influenciado diretamente na montagem e exposição do voto. Contudo, não é possível mesurar o quanto essas variáveis alteraram a sistemática habitual do STF. Foi constatada uma cautela e prudência maior no tocante às formalidades e procedimentos de modo a diminuir possíveis nulidades ou críticas de que o julgamento estivesse sendo gerido de modo imparcial pelos Ministros.

c) Por fim, é preciso justificar a razão da escolha do tema *"citação"* como relevante para uma pesquisa. Apesar deste objeto não ser muito estudado dentro do Brasil, sua importância se dá no campo da teoria da decisão. Um exemplo está na possibilidade de relacionar citações passadas e o tipo de decisão tomada no futuro com base na sua forma de fundamentação. Seria possível confrontar as citações dos Ministros com argumentos e decisões prévias a fim de prever quais decisões seriam esperadas no futuro. Essa prática forneceria proteção contra decisões arbitrárias e daria legitimidade democrática aos Ministros (Fausten, Nielsen, Smyth, p. 734).

É possível dizer que uma análise sobre as citações proferidas nos votos orais dos Ministros do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da Ação Penal 470, o "Mensalão", é uma importante iniciativa para entender os argumentos utilizados pelos Ministros do STF, especialmente em matéria penal.

As conclusões que serão expostas neste trabalho resultam de um acompanhamento realizado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) em parceria com o jornal O Globo. Foram pesquisadas todas as exposições orais dos votos prolatados pelos Ministros no decurso desse julgamento.[1] A partir delas, as citações de cada um dos onze (11) Ministros foram sistematizadas em dois

1. A forma de captação dos dados foi através da observação diária das sessões de julgamento com as referidas anotações. Em razão da indisponibilidade de acesso a todos os votos escritos, não foram feitas análises ou comparações substanciais entre as citações dos Ministros feitas oralmente e de forma escrita.

grupos: doutrinárias e jurisprudências. Dentro do primeiro grupo (citações doutrinárias) há uma subdivisão para três espécies: doutrinário nacional, doutrinário internacional e autores literários. As subdivisões de doutrinadores nacionais e internacionais dizem respeito a autores ligados à área do Direito ou também a referências feitas de forma genérica à doutrina, seja nacional ou estrangeira. Já os literários foram considerados como qualquer autor que não estivesse vinculado *estrito sensu* à área do Direito, por exemplo, romancistas e filósofos.

O segundo grupo (citações jurisprudenciais) foi dividido também em três espécies: jurisprudência do STF, jurisprudência inferior e jurisprudência internacional. Em qualquer uma das hipóteses foram aceitas citações mencionando diretamente o órgão ou turma de determinado Tribunal ou simplesmente a menção, de forma genérica, do entendimento da Corte.

As análises aqui realizadas serão divididas em quatro grupos: itens, dosimetria, julgamento e ministros. A divisão do julgamento por itens foi estabelecida pelo Ministro Joaquim Barbosa, relator, no recebimento da denúncia, através de núcleos temáticos como forma de melhor sistematizar o julgamento, utilizando a ordem exposta a seguir: *item 03* (corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e peculato); *item 05* (gestão fraudulenta de instituição financeira); *item 04* (lavagem de dinheiro); *item 06* (corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha); *item 07* (lavagem de dinheiro); *item 08* (lavagem de dinheiro); *item 02* (formação de quadrilha).

A primeira parte (itens) abordará uma comparação ou uma relação entre os itens. A segunda parte (dosimetria), por ser uma fase de aplicação da pena, terá uma análise desvinculada da fase anterior, pois não há procedência ou improcedência dos pedidos. A terceira parte (julgamento) abordará o conjunto de preferências do Supremo Tribunal Federal durante todo o julgamento (itens + dosimetria). Por fim, na parte de análise dos Ministros, será feita um estudo individual dos onze Ministros e como eles realizaram suas citações durante o julgamento.

2. Análise das citações orais da Ação Penal 470

a) Itens

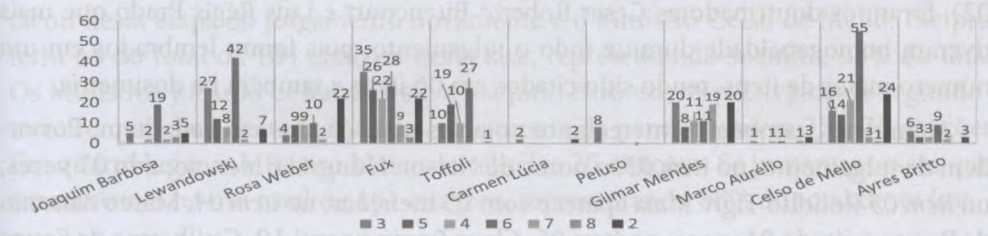
Inicia-se a investigação das citações proferidas pelos Ministros através da divisão realizada na fase de itens. Interessante notar o número total de citações proferidas. Foi possível perceber uma tendência do número de citações diminuir com o andamento do tempo de julgamento (Tabela 01). Porém, particularmente nos itens 02 e 06, respectivamente quarto e sétimo da lista de sete itens, houve uma subida no número de citações. Isso pode ser explicado em razão do tema desses dois itens, quais sejam: formação de quadrilha e corrupção ativa e passiva (item 02) e lavagem de dinheiro e formação de quadrilha (item 06).

Tabela 01 – Número de citações por Ministro e por item

	Joaquim Barbosa	Lewandowski	Rosa Weber	Fux	Toffoli	Carmen Lúcia	Peluso	Gilmar Mendes	Marco Aurélio	Celso de Mello	Ayres Britto
3	5	27	4	35	10	2	8	20	1	16	63
5	0	12	9	26	19	0	---	8	0	14	3
4	2	8	9	22	10	0	---	11	1	21	3
6	19	42	10	28	27	0	---	11	1	55	9
7	2	2	2	9	0	0	---	19	0	3	2
8	3	0	0	3	1	0	---	0	1	1	0
2	6	7	22	22	0	2	---	20	3	24	3
D	36	35	2	6	3	3	---	6	25	65	3
T	72	133	58	161	70	7	---	95	32	199	29

Conforme se extrai do gráfico abaixo, os Ministros que mais citaram durante a primeira do julgamento (itens) foram Celso de Mello e Fux. O primeiro possui o maior número de citações num item em particular (55 menções no item 06). Já o Ministro Fux foi quem mais citou levando em consideração o conjunto de itens desta primeira fase, mencionando 155 vezes doutrinadores ou a jurisprudência. Contudo, o Ministro Celso de Mello também aparece como segundo maior, com 134 citações nos itens. Mais ainda, essa soma proferida pelos dois ministros representa 41% de todas as citações durante a fase de itens.

Gráfico 01 – Número de citações por Ministro e item



Porém, dentro da Corte, existem também aqueles Ministros que não proferiram muitas citações. Como principais estão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto e, em especial, Carmen Lúcia. Esta última Ministra merece destaque especial em razão do número de citações proferidas durante esta primeira fase: 04 citações. Como forma de comparação, o Ministro Peluso, que somente participou do julgamento do primeiro item, proferiu 08 citações, o dobro da Ministra Carmen Lúcia em toda a primeira fase.

Essas mesmas conclusões também foram encontradas na comparação do número de citações em razão do tempo de exposição oral do voto (Tabela 02). Os Ministros Fux e Celso de Mello também se destacaram com as menores médias (citação/tempo) entre todos os Ministros. De forma geral, considerou-se uma média baixa aquela que fosse menor ou igual a uma citação a cada quatro minutos. A Ministra Rosa Weber foi quem teve a menor média de todas: durante o julgamento do item

02 proferiu 22 citações em 18 minutos de fala. Isso significa a média aproximada de uma menção doutrinária ou jurisprudencial a cada 48 segundos.

Tabela 02 – Média do tempo para cada citação por Ministro e item (em minutos)

Item	Joaquim Barbosa	Lewandowski	Rosa Weber	Fux	Toffoli	Carmen Lúcia	Peluso	Gilmar Mendes	Marco Aurélio	Celso de Mello	Ayres Britto
3	79	17	9	2,3	6,5	9,5	8,5	2,4	44	3,5	7,2
5	0	15,2	4,9	2	3,4	0	---	4,6	0	4,3	12,3
4	119,5	31,5	5	1,8	11,8	0	---	5,4	14	1,5	9,7
6	41,3	16	8,9	4,2	7,3	0	---	9	78	2	12,4
7	36,5	7,5	5	3,2	0	0	---	3,4	0	8,3	9
8	7,7	0	0	3,3	10	0	---	0	27	15	0
2	32,6	5,7	0,8	1,9	0	4	---	2	18	1,8	8

Inclusive, este item 02 teve importância para vários Ministros. Como exemplo, pode-se notar que o Ministro Fux teve uma citação a cada 1m54s, o Ministro Gilmar Mendes com uma a cada 02 minutos e o Ministro Celso de Mello com uma menção a cada 1m48s.

Além disso, os autores e acórdãos também foram divididos de acordo com a votação por intens. Apesar do ex-Ministro Nelson Hungria ter sido o mais citado em todo o julgamento (28 menções) e também dentro de um único item (16 menções no item 02), foram os doutrinadores Cesar Roberto Bitencourt e Luis Régis Prado que mais tiveram homogeneidade durante todo o julgamento, pois foram lembrados em um número maior de itens, tendo sido citados em 06 itens e também na dosimetria.

Além deles, também é interessante notar os mais citados em cada item. Por ordem de julgamento, no *item 03*, o nome de Nelson Hungria é mencionado 07 vezes; no *item 05* Rodolfo Tigre Maia aparece com 05 menções; no *item 04*, Marco Antonio de Barros é citado 04 vezes; no *item 06*, Claus Roxin possui 10, Guilherme de Souza Nucci 07, Johannes Wessels 06, Damásio de Jesus, Gustavo Zagrebelsky, José Henrique Pierangelli, Marco Antonio de Barros, Nelson Hungria e Nilo Batista possuem 04 citações cada; no *item 07*, Klaus Tiedmann e Marco Antonio de Barros com 03 menções cada; no *item 08*, José Paulo Baltazar Junior é o mais lembrado com apenas 02 citações e, por fim, no *item 02*, Nelson Hungria aparece com 16, Gustavo Zagrebelsky 08, Jorge Figueiredo Dias 06 e Cesar Roberto Bitencourt 05 menções.

Um detalhe curioso é que a partir da soma de todos os doutrinadores citados em cada item pode-se fazer uma análise sobre a forma que os Ministros especificam esses autores em seus votos (genérica ou específica). No *item 03*, 70 das 89 menções doutrinárias (79%) especificaram um autor em concreto na citação ao invés de falarem de forma genérica sobre a "doutrina". No *item 05*, 49 das 70 (70%) foram da mesma forma. No *item 04*, 44 das 64 (69%). No *item 06*, 114 das 142 (80%) foram citações

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

deste tipo. No *item 07*, 19 de 31 (60%). Já no *item 08*, 07 de 08 citações (88%) remetem a autores específicos. No *item 02*, foram mencionadas 64 de 89 (72%). Por fim, na dosimetria, esse número sobe novamente para 70 de 76 citações (92%).

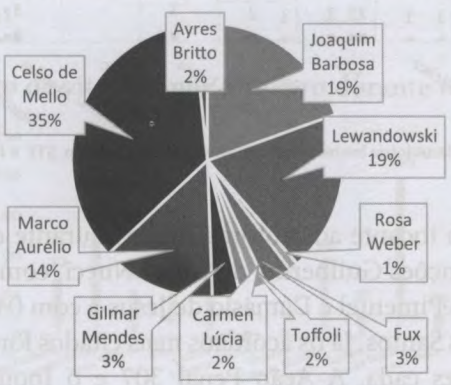
Na outra ponta estão os julgados citados pelos Ministros. Diferentemente da análise doutrinária, os julgados específicos não tiveram tanta representação sobre a "jurisprudência" no número total de citações. No *item 03*, 43 das 45 (96%) foram citados de forma específica. No *item 05*, 11 das 21 (52%). No *item 04*, 11 das 23 (48%). No *item 06*, 12 de 60 (20%). No *item 07*, 01 de 07 (14%). No *item 08*, 0 de 01 (0%). No *item 02*, 10 de 19 (53%). Por fim, na dosimetria, 43 de 105 (41%) foram específicos.

No tocante aos acórdãos mais citados, há 03 acórdãos em especial que se destacam. O primeiro, a Ação Penal 307, é citada 10 vezes no *item 03*, 01 vez no *item 05*, 03 vezes no *item 6* e 02 vezes na dosimetria. O segundo acórdão é o Inquérito 2471 que é citado 05 vezes no *item 03* e 01 vez nos *itens 04 e 06*. O terceiro acórdão que é bastante citado é o HC 80.816 com 03 menções nos *itens 03 e 04*, 02 vezes no *item 06* e uma vez no *item 07*.

b) Dosimetria

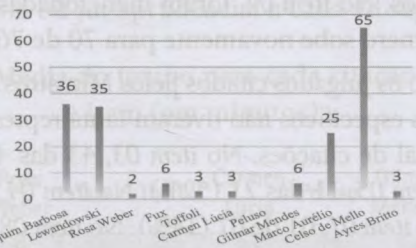
Passando para a segunda parte da análise, entra-se na etapa da dosimetria da pena. Esta fase, diferente dos itens, examina a aplicação de pena àqueles que foram condenados durante a primeira fase do julgamento (itens). O Ministro que se destacou nesta etapa do julgamento novamente é o Ministro Celso de Mello. Ele proferiu 65 do total de 184 citações nesta fase, representando sozinho, 35% do total. Os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, respectivamente segundo e terceiro que mais citaram durante a dosimetria da pena, possuem 35 e 36 citações. Em quarto lugar, o Ministro Marco Aurélio fez 25 citações. Se juntarmos esses quatro ministros há um total de 161 citações, representando 88% do total desta fase.

Gráfico 02 – Porcentagem de citações por Ministro na dosimetria



BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

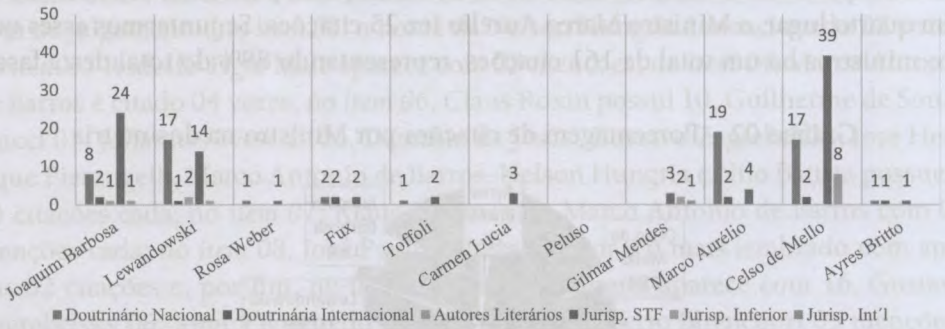
Gráfico 03 – Número de citações por Ministro na dosimetria



Um aspecto importante a se destacar desta etapa do julgamento é que do total das 25 citações proferidas pelo Ministro Marco Aurélio, 19 delas foram referentes a doutrinadores nacionais. Essa situação é completamente oposta à protagonizada pelo Ministro Celso de Mello que, do total de 65 citações proferidas nesta etapa, 39 delas foram referentes à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, o Ministro Joaquim Barbosa proferiu 24 das 36 citações sobre a jurisprudência da Suprema Corte. Já o Ministro Ricardo Lewandowski preferiu a aparente neutralidade, citando 17 doutrinadores nacionais e 14 jurisprudências do STF.

Por sinal, o destaque destes dois critérios (doutrina nacional e jurisprudência do STF) aparece presente em todos os quatro ministros que mais citaram durante a dosimetria. Para o Ministro Celso de Mello esses itens representaram 86% do total do item. Os Ministros Joaquim Barbosa (89%), Ricardo Lewandowski (89%) e Marco Aurélio (92%) seguiram a mesma lógica.

Gráfico 04 – Número de citações por tipo na dosimetria



Especificamente no tocante aos autores citados durante esta fase do julgamento destaca-se com 06 menções Guilherme de Souza Nucci, com 05 menções Ney Fayet Júnior e Manoel Pedro Pimentel e Damásio de Jesus e com 04 menções Nelson Hungria e Juarez Sirino dos Santos. Já os acórdãos mais citados foram as Ações Penais 396 e 409 com 03 citações cada. A Ação Penal 307 e o Inquérito 2191 tiveram 02

menções cada. A curiosidade é que as duas Ações Penais mais citadas durante esta fase sequer foram lembradas durante o restante do julgamento. Mais ainda, levando em conta essas quatro ações, todos os outros acórdãos tiveram apenas uma menção durante a dosimetria. Ou seja, nesta etapa do julgamento, aqueles acórdãos que foram mencionados apenas uma vez representaram 89% do total de citações desta fase.

c) O Julgamento

Expandindo a análise para a perspectiva da Corte no julgamento, pode-se encontrar uma análise um pouco diversa da que foi apresentada até este momento. Apesar de ter ficado em segundo na primeira etapa do julgamento (itens), em razão das citações proferidas na fase de dosimetria, o Ministro Celso de Mello ultrapassou o Ministro Fux e se tornou quem mais proferiu citações durante todo o julgamento com 199 do total de 854 menções, representando 23% do total. O Ministro Fux, agora segundo, proferiu 161 citações, seguido Ministro Ricardo Lewandowski com 133. Esses três Ministros representam 57% das citações proferidas durante todo o julgamento.

Gráfico 05 – Porcentagem de citações por Ministro durante todo o julgamento

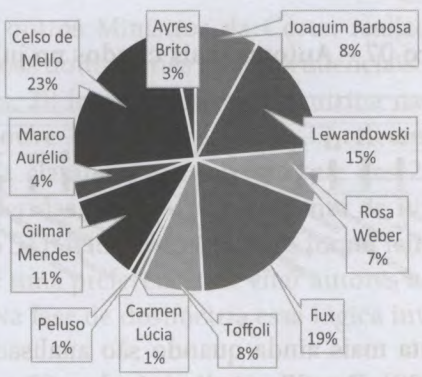
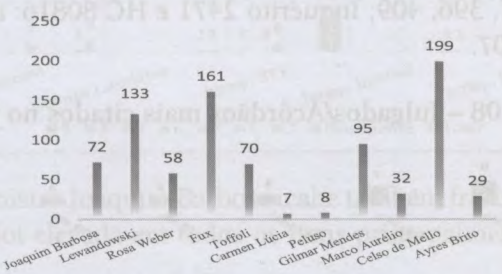


Gráfico 06 – Número de citações por Ministro durante todo o julgamento



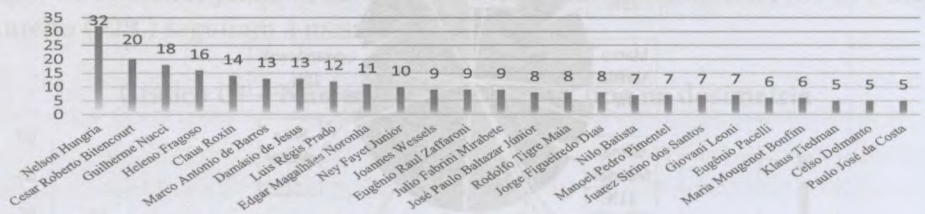
BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

No grupo intermediário encontram-se os Ministros Gilmar Mendes com 95 menções, Joaquim Barbosa com 72, Toffoli com 70 e Rosa Weber com 58. Esse grupo representa 35% do total. Nos 8% restantes encontram-se os Ministros Peluso com 08 citações, Carmen Lúcia com 07, Ayres Britto com 29 e Marco Aurélio com 32 menções.

Da mesma forma como já frisado durante a fase de itens, a Ministra Carmen Lúcia foi a que menos citou durante todo o julgamento (07 vezes), com uma citação a menos que o Ministro Peluso (08 vezes), o qual participou apenas da decisão do primeiro item. O Ministro Marco Aurélio, apesar de ter citado um pouco mais (32 vezes), proferiu 25 delas durante a etapa da dosimetria da pena. Logo, somente foram feitas 07 citações na fase de itens, o que renderia um comportamento semelhante à da Ministra Carmen Lúcia.

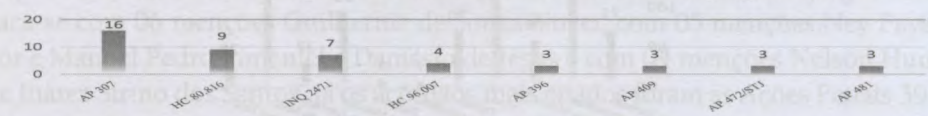
Especificamente quanto aos autores mais citados durante o julgamento (gráfico 07), claramente evidencia-se uma predominância a um autor em específico: Nelson Hungria. Ele foi lembrado pelos Ministros 32 vezes durante o julgamento, 60% a mais que o segundo mais citado, Cesar Roberto Bitencourt, com 20 menções. Guilherme de Souza Nucci com 18 e Heleno Fragoso com 16 citações são aqueles autores cujos números são maiores que 15 menções. Interessante que dos 145 autores citados nominalmente, 58 foram mencionados apenas uma vez, ou seja, representam 40% do total de citações.

Gráfico 07 – Autores mais citados no julgamento



Este número aumenta mais ainda quando são analisados os acórdãos citados nominalmente (gráfico 08). Dos 87 acórdãos citados, 69 possuem uma citação, ou seja, representam 79% do total de acórdãos. Porém, analisados de forma global e não somente aqueles mais citados em cada item, alguns novos julgados se juntam às Ações Penais 307, 396, 409, Inquérito 2471 e HC 80816: as Ações Penais 472/STJ e 481 e HC 96007.

Gráfico 08 – Julgados/Acórdãos mais citados no julgamento



d) Os Ministros

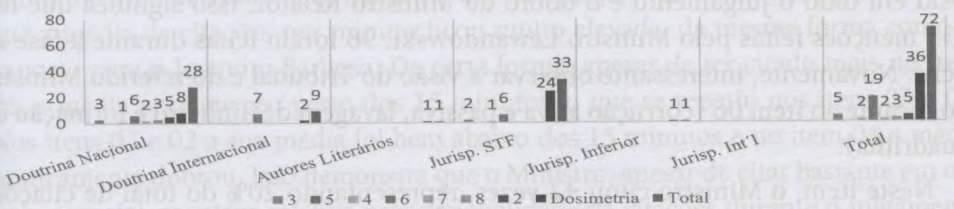
Por fim, interessante verificar as preferências individuais dos Ministros durante o julgamento. A ordem adotada para a análise será a ordem de votação.

i. Joaquim Benedito Barbosa Gomes

Primeiramente, analisando o Ministro Relator Joaquim Barbosa, é possível delimitar nele (e também em outros Ministros que virão a seguir) que há dois momentos dentro do julgamento. A primeira durante a fase de itens e a segunda durante a fase de dosimetria da pena. Durante a primeira fase, o Ministro realizou um número razoável de citações, sempre representando não mais do que 10% do total de citações do item. Essa constância foi superada na fase de dosimetria, momento no qual passou a representar 20% das citações feitas, sendo o segundo Ministro que mais as realizou. Uma razão prática para esta mudança de hábito pode ser verificada facilmente em virtude do fato de possuir a função de relator do processo. Na maioria das vezes, os demais Ministros tentam se adequar a sua dosimetria de pena, obviamente, quando há uma justificativa razoável e na mesma linha argumentativa que eles possuam. Por este motivo, principalmente, o Ministro Relator desenvolve mais seu voto e realizou mais citações de forma a fundamentá-lo melhor.

Na mesma linha de outros Ministros da Corte, realizou aproximadamente o mesmo número de citações doutrinárias e jurisprudenciais. Com relação às doutrinárias, das 38 proferidas, 28 foram relativas à doutrina nacional. Já sobre as citações jurisprudenciais, houve 34 menções, sendo 33 referentes ao STF. Aqui há um cenário que se contrasta claramente: enquanto que das 28 citações doutrinárias nacionais 20 foram proferidas durante o julgamento de itens, 24 das 33 menções jurisprudenciais sobre o STF feitas pelo Ministro foram feitas durante a dosimetria da pena. Ou seja, houve uma preferência de citar autores a jurisprudência durante o julgamento de itens. Na fase de dosimetria essa lógica inverteu.

Gráfico 09 – Número de citações do Ministro Joaquim Barbosa por item e tipo



Ainda sobre o Ministro Joaquim Barbosa, cabe também frisar que a sua média de citações por tempo foi elevada em todos os itens principalmente pelo fato do seu

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

cargo ser o de relator. Ainda que tivesse realizado mais citações nos itens, a sua média em razão do tempo permaneceria parcialmente inalterada, pois, na maioria dos itens, seu tempo de discurso foi quase que a soma de todos os demais Ministros juntos. Significa dizer que, aproximadamente, um terço do julgamento teve como voz ativa o Ministro Relator Joaquim Barbosa.

Em relação aos autores mais citados, a tendência do Ministro divergiu um pouco da Corte. O autor doutrinário mais citado por ele foi Juarez Sirino dos Santos com 06 menções. Em seguida apareceram Eugênio Raul Zaffaroni, José Paulo Baltazar Junior e José Henrique Pierangeli com 03 menções cada. Interessante notar que os três autores mais citados pela Corte durante o julgamento, Nelson Hungria, Bitencourt e Nucci, somente possuem 02 menções cada. Outro dado realçado é que os itens nos quais mais doutrinadores são lembrados são os itens 06 (corrução ativa e passiva, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha), item 02 (formação de quadrilha) e a dosimetria. Nesses dois últimos houve 06 citações e no item 06 houve 14 citações.

Referente aos acórdãos mais citados, o Ministro Joaquim Barbosa se ateve à tendência do Tribunal e mencionou a AP 307 três vezes. Contudo, nas demais 20 referências, fez uso de 20 acórdãos diversos. Um detalhe importante é que o Ministro se utilizou de uma boa quantidade de acórdãos cuja relatoria é do Ministro Ricardo Lewandowski, revisor da AP 470. Dessas 20 menções, 17 delas foram feitas na dosimetria da pena, revelando seu caráter especial com essa etapa do julgamento.

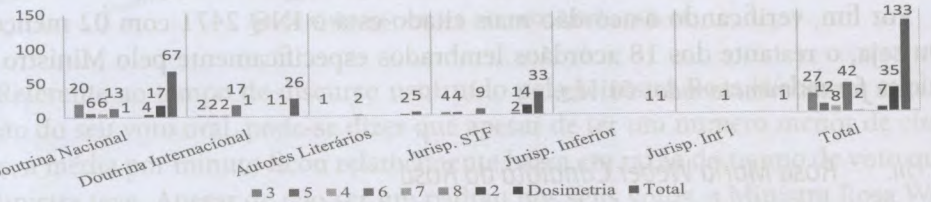
ii. Enrique Ricardo Lewandowski

O segundo a votar foi o Ministro Revisor Ricardo Lewandowski, o qual possui características semelhantes a do Ministro Joaquim Barbosa. Por possuir a função de revisor neste processo, é seu dever também zelar e estudar minunciosamente o caso, debruçando-se mais que o normal sobre o processo a fim de expor uma segunda visão além do Relator. Apesar de possuírem praticamente o mesmo número de citações durante a fase de dosimetria, o total de citações do Ministro Lewandowski em todo o julgamento é o dobro do Ministro Relator. Isso significa que das 133 menções feitas pelo Ministro Lewandowski, 98 foram feitas durante a fase de itens. Novamente, interessante observar a visão do Tribunal e do referido Ministro no tocante ao item 06 (corrução ativa e passiva, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha).

Neste item, o Ministro citou 42 vezes, representando 20% do total de citações do item, sendo superado somente pelo Ministro Celso de Mello com 55 citações. Tal representação é, de certa forma, padronizada, tendo em vista que no item 03 ele também possui 20% do total de citações do item e, nos demais itens, sempre varia em torno de 10% do total de citações em cada um. Porém, quantitativamente, este

item 06 representa quase o dobro do segundo item que o Ministro mais citou (item 03), podendo demonstrar uma atenção especial ao tema abordado e a defesa do seu argumento.

Gráfico 10 – Número de citações do Ministro Ricardo Lewandowski por item e tipo



Contudo, ao contrário do Ministro Joaquim Barbosa, há certa preferência a citações doutrinárias. Do total de 133 menções realizadas, 98 referiam-se à doutrina enquanto que somente 35 diziam respeito à jurisprudência. Significa dizer uma representação de 74% a doutrinadores. Outro dado relevante é que 80% dessas citações doutrinárias foram realizadas ainda na fase de itens. Porém, fica bem clara a preferência de citação realizada pelo Ministro quando esmiuçada doutrinariamente. Do total de 133 realizadas durante todo o julgamento, 67 diziam respeito à doutrina nacional (51%). Ao contrário, o número de citações sobre o STF representou apenas 25% do total. O restante de menções, majoritariamente, foi proferido no item 06. O Ministro Lewandowski, que só tinha realizado 02 citações por item referentes à doutrina internacional, proferiu 17 menções neste item. Por fim, o Ministro, neste item 06, proferiu 10 citações jurisprudenciais, sendo 09 delas referentes ao STF. Apesar de ser baixo, este número representa 30% do total de citações jurisprudenciais feitas pelo Ministro durante todo o julgamento. Novamente, corrobora a hipótese de uma atenção especial argumentativa e fundamentadora a este item 06.

No tocante ao tempo de exposição, o Ministro Ricardo Lewandowski teve um tempo bem próximo do Ministro Joaquim Barbosa, o que significa que ambos tiveram um tempo de voto muito maior do que os demais Ministros. Resultado disso foi que a média de citações por minuto ficou muito elevada, da mesma forma como já exposto para o Joaquim Barbosa. De certa forma, apesar de ter citado mais no item 06, a média permaneceu perto dos 15 minutos, o que se repetiu nos itens 03 e 05. Nos itens 07 e 02 a sua média foi bem abaixo dos 15 minutos e no item 04 a média praticamente dobrou. Isso demonstra que o Ministro, apesar de citar bastante em um item especial, manteve relativa proporcionalidade de citações durante o julgamento haja vista que o seu tempo de fala era bem maior do que os demais Ministros.

Posteriormente, analisando os doutrinadores mais citados pelo Ministro Lewandowski estão Guilherme de Souza Nucci com 08 menções, Nelson Hungria com

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

05, Juarez Sirinos dos Santos, Julio Fabrino Mirabete, Ney Fayet Junior e Damásio de Jesus com 04 e Paulo José da Costa, Cesar Roberto Bitencourt, Claus Roxin e Rogerio Greco com 03 menções. Nota-se que a maioria dos autores mais lembrados pelo Ministro figura entre aqueles mais citados pelo julgamento, a exceção do doutrinador Rogerio Greco, que das 04 citações durante o julgamento obteve 03 delas do Ministro Lewandowski e durante a dosimetria da pena.

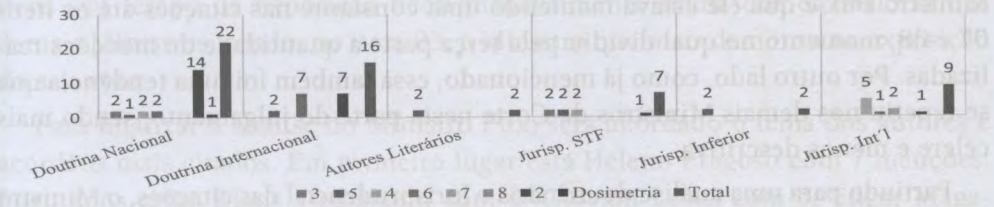
Por fim, verificando o acórdão mais citado está o INQ 2471 com 02 menções. Ou seja, o restante dos 18 acórdãos lembrados especificamente pelo Ministro somente *foram mencionados 01 vez.*

iii. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

A Ministra Rosa Weber é a mais nova a ser empossada ao cargo de juiz do STF a participar do julgamento. Durante o julgamento houve a posse do Ministro Teori Zavascki, mas ele não participou das discussões ou votações. Em comparação com os demais Ministros, Rosa Weber se manteve próxima ao ponto médio no tocante ao número de citações proferidas durante o julgamento. Sua representação do total foi de 7%, com apenas 58 menções realizadas. A Ministra seguiu a linha do restante da Corte e realizou poucas citações durante a dosimetria da pena (apenas 2). Vale ressaltar que os demais ministros, a exceção dos Ministros Joaquim Barbosa, Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, proferiram menos de 7 citações durante a dosimetria. A Ministra, assim como os demais, teve o hábito de acompanhar os Ministros Relator e Revisor nas suas penas, algumas vezes, inclusive, readequando a sua pena àquela mais próxima de seu critério. Das 56 citações restantes, 22 delas foram feitas durante o item 02. Durante o restante da primeira etapa do julgamento em nenhum item houve mais do que 10 citações. Isso demonstra a atenção especial da ministra em fundamentar mais profundamente o voto durante o item 02. Para efeitos de comparação, o número de menções realizadas neste item foi o mesmo que o do Ministro Fux e Celso de Mello, os dois que mais citaram durante o julgamento. O restante dos Ministros realizou poucas citações.

Na especificação do critério utilizado nessa fundamentação nota-se que há uma larga preferência por citações doutrinárias. Elas representam aproximadamente 69% do total. A mesma situação se repete no já referido item 02 com 21 das 22 relacionadas à doutrina. Porém, no restante dos itens há certa distribuição igualitária de menções doutrinárias e jurisprudenciais. Além disso, o que se pode notar, assim como nos demais Ministros, é uma preferência a autores nacionais, com uma representação de 22 em 58 citações (38%), sendo 14 delas no item 02. O restante de citações, por sinal, foi de 01 citação jurisprudencial e 07 doutrinárias internacionais. Este tipo (internacional), inclusive, foi bem expressivo para a Ministra Rosa Weber, representando 16 do total de 58 menções realizadas (28%).

Gráfico 11 – Número de citações da Ministra Rosa Weber por item e tipo



Referente ao tempo de discurso usufruído pela Ministra Rosa Weber na explanação do seu voto oral, pode-se dizer que apesar de ter um número menor de citações, a média por minuto ficou relativamente baixa em razão do tempo de voto que a Ministra teve. Apesar de não ser um padrão nos seus votos, a Ministra Rosa Weber teve a menor média dentre todos os demais ministros. No item 02 ela fez 22 menções num tempo de 18 minutos, com uma média de uma a cada 48 segundos. Nos demais itens ela ficou com a média entre 5 e 9 minutos.

Já os autores mais citados pela Ministra Rosa Weber foram Nelson Hungria com 5 e Cesar Roberto Bitencourt com 3 menções. O restante dos autores foi lembrado apenas duas ou uma vez. Nota-se que a quantidade de menções a autores específicos, feita pela Ministra foi de 23 de um total de 40 citações doutrinárias. Isso revela que aproximadamente metade das menções foram genéricas, somente se reportando à doutrina de forma vaga e abstrata, panorama bem diferente do apresentado até agora pelos Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, cujas citações específicas foram bastante próximas do total.

A mesma situação se repete na análise jurisprudencial. Das 18 realizadas pela Ministra Rosa Weber durante o julgamento, somente uma é relacionada a um acórdão em específico (HC 96.515), revelando que, assim como na doutrina, apesar da Ministra mencionar uma quantidade razoável de citações, a grande maioria é feita de forma genérica e sem especificar autor ou acórdão.

iv. Luiz Fux

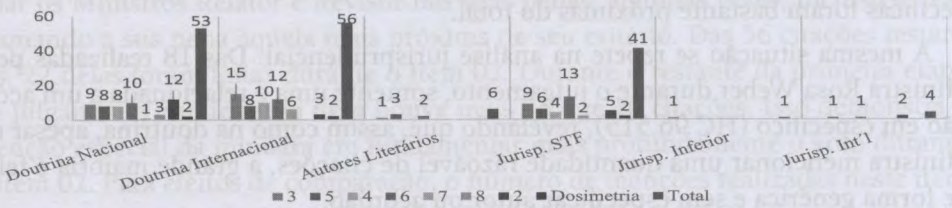
O Ministro Fux foi o segundo que mais proferiu citações durante o julgamento com 161 menções realizadas. Ele representou 18% do total de citações do julgamento. Porém, se contar apenas a fase de itens essa representação sobe para 22%. Ele foi quem mais mencionou autores doutrinários e acórdãos na fase de itens. Porém, sua diminuição deu-se em virtude da fase de dosimetria da pena, sendo um dos que menos citou durante esta etapa (somente 06 menções). Durante a fase de itens o Ministro Fux foi quem mais citou em 04 dos 07 itens, somente sendo superado nos itens 06, 07 e 02. A maior diferença foi no item 03 quando ele proferiu 35 citações e o segundo que mais proferiu foi o Ministro

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Lewandowski com 27 menções. Um olhar interessante do julgamento através do Ministro Fux é que ele estava mantendo uma constante nas citações até os itens 07 e 08, momento no qual dividiu pela terça parte a quantidade de menções realizadas. Por outro lado, como já mencionado, essa também foi uma tendência que se repetiu nos demais Ministros da Corte nesta parte do julgamento, sendo mais célere e menos descritiva.

Partindo para uma análise doutrinária e jurisprudencial das citações, o Ministro Fux perde um pouco a predominância para o Ministro Celso de Mello. Além de ser o segundo no número de citações doutrinárias, é o segundo no número de citações jurisprudenciais e também no número de citações doutrinárias da fase de itens. Sobre isso é possível visualizar que o Ministro tende a preferir mais a doutrina à jurisprudência. O número de menções realizadas com referência a doutrina é um pouco maior que o dobro das jurisprudenciais. Especificando a análise, o Ministro Fux mencionou, basicamente, o mesmo número de doutrinários nacionais e internacionais, ou seja, por volta de 50 citações. Situação diversa se dá sobre a jurisprudência. Há uma representação de quase 90% de menções da Corte em relação a outros tipos jurisprudenciais. Logo, pode-se concluir que o Ministro Fux tende a fazer mais citações sobre doutrina do que sobre a jurisprudência, tendo naquele tipo a representação quase igualitária de doutrinadores nacionais e internacionais, e neste tipo uma preferência muito forte a julgados da própria Corte.

Gráfico 12 – Número de citações do Ministro Fux por item e tipo



Assim, o que se pôde constatar até agora é que houve uma padronização das citações proferidas pelo Ministro Fux durante a prolação dos votos orais. Por mais que haja uma diminuição das citações no item 07 e 08, pode-se verificar, por outra perspectiva, que o Ministro foi realmente coerente com sua postura. Utilizando as médias de citações por tempo de votação em cada item, nota-se que a média do Ministro sempre ficou entre 2 e 4,2 minutos. Isso demonstra uma variação muito baixa entre os itens, fazendo concluir que houve uma regularidade nas menções jurisprudenciais e doutrinárias realizada por ele durante todo o julgamento. Com relação ao tempo utilizado pelo Ministro na exposição do seu voto, nota-se que, tirando os Ministros relator e revisor, o Ministro Fux ficou sempre acima do tempo médio de exposição em cada item, com exceção do

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

item 08, no qual ficou um pouco abaixo. Tirando esta assimetria, no restante dos itens seu tempo de exposição ficou razoavelmente acima dos da maioria dos demais Ministros, sendo, no item 03, o Ministro que mais demorou na exposição do seu voto.

Para finalizar a análise do Ministro Fux, será abordado o tema dos autores e acórdãos mais citados. Em primeiro lugar está Heleno Fragoso com 7 menções. Logo após estão Klaus Tiedemann com 6, Giovani Leoni com 5, Edgar Magalhães Noronha com 4 e Claus Roxin, Fernando Horacio Molinas, Rodolfo Tigre Maia e Nelson Hungria com 3 menções. Já no tocante aos acórdãos, aparecem com mais citados a AP 481 com 3 menções e o HC 83.542 com 2 menções. O restante das 14 citações jurisprudenciais específicas se refere a acórdãos com apenas 1 menção. Em consequência disso, observa-se que o Ministro Fux apenas fez 19 menções específicas a acórdãos, representando 41% do total de citações realizadas. Do outro lado, 83 das 102 citações mencionavam doutrinadores específicos, representando 81% do total. A conclusão a que se chega é que o Ministro Fux além de preferir citações doutrinárias, também prefere ser mais específico nas suas citações doutrinárias do que naquelas jurisprudenciais.

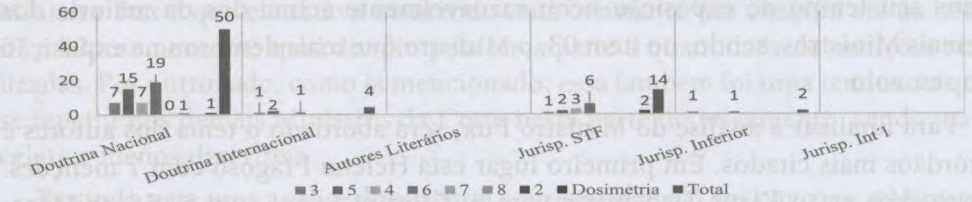
v. *José Antônio Dias Toffoli*

O Ministro Toffoli é o Ministro mais novo (em idade) da atual composição do Supremo Tribunal Federal. Ele tomou posse na Corte em 23 de outubro de 2009, com 42 anos, tendo pela frente possivelmente a carreira mais longa da história do Supremo. O número total de citações (70) realizadas pelo Ministro foi praticamente igual ao do Ministro Joaquim Barbosa (72) e um pouco maior que a da Ministra Rosa Weber (58). Sua representação de citações durante o julgamento foi de 8%, também dentro da média da Corte.

Assim como outros Ministros, seu número maior de citações aconteceu durante a fase de itens, a qual teve 67 das 70 menções feitas por ele. Dentre os itens não houve uma constante, tendo variado bastante nos seus picos. O item 06, sobre corrução ativa e passiva, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, foi o item no qual o Ministro mais mencionou (27), representando 39% do total de suas citações. Isso demonstra uma atenção especial ao item e ao tema. Em contrapartida, no item 02, o Ministro foi o que menos citou (0), ficando atrás de todos os demais Ministros, tendo, inclusive, ficado atrás da Ministra Carmen Lucia. No item 07, a situação também se repetiu, mas os outros Ministros também não realizaram muitas menções a autores e/ou acórdãos. Desta forma, os itens nos quais o Ministro mais mencionou foram os itens 03, 05, 04 e 06, os primeiros 04 itens. No item 05, por exemplo, o Ministro Toffoli somente foi menor do que o Ministro Fux.

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Gráfico 13 – Número de citações do Ministro Toffoli por item e tipo



Nessa esteira, o Ministro Toffoli segue também uma tendência de outros Ministros da Corte: proferir mais citações doutrinárias a jurisprudenciais. Das 70 menções realizadas durante todo o julgamento, 54 se referiam à doutrina e apenas 16 à jurisprudência. Significa que 77% das citações foram doutrinárias e 13% foram jurisprudenciais. Aprofundando o estudo, 50 das 54 menções doutrinárias referiram-se à doutrina nacional, enquanto que 14 a 16 referiram-se à jurisprudência do STF. Significa dizer que o Ministro Toffoli prefere muito mais citar autores nacionais a qualquer tipo de jurisprudência, inclusive a do STF.

Além disso, importante também ressaltar a média de citações do Ministro durante o julgamento. Sua média foi relativamente alta, tendo seu pico no item 04 com aproximadamente uma citação a cada 12 minutos. Porém, o tempo usado neste item foi de 118 minutos, utilizando 10 citações, o que explica a média mais elevada. O item com menor média foi o 05 com uma a cada três minutos e meio. No item que o Ministro Toffoli teve mais citações, item 06, seu tempo foi o maior de todos os outros Ministros (excetuando o relator e revisor). Isso tudo demonstra que o Ministro Toffoli ficou dentro da média de citações da Corte, tendo também aumentado o número de citações à medida que o seu tempo de exposição também era maior. Em contrapartida, quando o tempo foi pequeno, o número de menções também foi pequeno. Não se pode determinar ao certo qual a ordem de influência entre tempo e citações, mas fica claro que há uma relação entre maior tempo de exposição e mais citações.

Dentre os autores mais citados pelo Ministro Toffoli estão Luis Régis Prado com 6 menções, Guilherme de Souza Nucci, Rodolfo Tigre Maia e Marcia Mougenot Bonfim com 5 e Cesar Robert Bitencourt e Marco Antônio de Barros com 4 menções. Nota-se que das 5 citações, Rodolfo Tigre Maia foi lembrado 4 vezes pelo Ministro no item 5 e Guilherme de Souza Nucci também 4 vezes no item 06. Das 54 menções realizadas sobre doutrina, 46 delas se referiram à doutrina específica através da citação de autores. Essa citação também se repete para a jurisprudência. Do total de 16 citações jurisprudenciais, 14 se referiam nominalmente. O acórdão mais citado por ele foi o HC 80.816 com duas citações. O restante das 12 lembranças foram menções genéricas.

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

vi. Carmen Lúcia Antunes Rocha

A Ministra Carmen Lúcia apresentou uma situação inusitada durante o julgamento. Não é possível afirmar ao certo se o fato de não citar autores ou acórdãos na exposição oral do seu voto foi estrita a este julgamento, se é algo recorrente da Ministra ou se ela, realmente, não possui este hábito. O que se pode afirmar é que, dentre todos os Ministros, ela foi quem menos citou durante todo o julgamento. Esta indicação não se deve ao número aparentemente baixo, mas sim porque o número de citações doutrinárias ou jurisprudenciais mencionado foi muito abaixo da média dos demais Ministros.

Para efeitos de comparação, o Ministro Peluso, que participou somente do julgamento do primeiro item (03), proferiu 8 citações. A Ministra Carmen Lucia proferiu 7. Esse número representa 0,008% das citações proferidas no julgamento. Pela discrepância, inclusive, há complicações em investigar as suas ações no julgamento. De qualquer forma, nota-se que das 7 menções realizadas, 3 foram feitas durante a fase de dosimetria, número atingido por muitos Ministros e maior, inclusive, que a Ministra Rosa Webber.

vii. Antonio Cezar Peluso

O Ministro Peluso também possui uma posição peculiar dentro do julgamento. Tendo em vista que teve sua aposentadoria compulsória determinada dia 31 de agosto de 2012, participou apenas do julgamento do primeiro item do processo (03). Por esta razão, não se pode delimitar qual seria sua atitude durante o restante do processo ou se esta característica evidencia uma posição que pode ser induzida a outros julgamentos do Ministro Peluso.

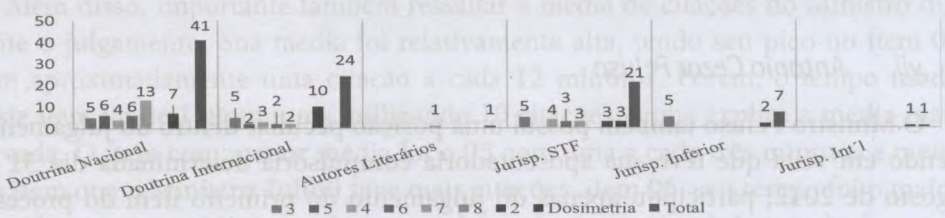
viii. Gilmar Ferreira Mendes

O Ministro Gilmar Mendes teve uma boa representação na quantidade de citações proferidas durante o julgamento. Ele se enquadra dentro do grupo intermediário, tendo uma representatividade de 11%. Porém, assim como a maioria dos Ministros, sua atuação foi bastante diferenciada quando comparada à fase de itens e à fase da dosimetria. Da mesma forma que os Ministros Fux, Rosa Weber, Toffoli, Carmen Lucia e Ayres Britto, o Ministro Gilmar Mendes proferiu poucas citações nesta segunda etapa (somente 6). Em contrapartida, a primeira fase equivaleu a 94% das citações proferidas. E, nessa esteira, analisando a atuação dentro desta primeira etapa, pode-se dizer que houve certa equanimidade no decorrer dos itens. Diz-se isso, pois, apesar do item 8 não ter havido qualquer citação do Ministro, os demais Ministros também não citaram muito neste item, tendo este sido, inclusive, o mais rápido a ser julgado.

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

No tocante à jurisprudência e doutrina, o Ministro Gilmar Mendes não se distanciou da tendência dos outros Ministros: 70% das menções realizadas diziam respeito à doutrina. Porém, o interessante a notar é que na etapa da dosimetria de pena não houve qualquer citação doutrinária, sendo todas as 6 referentes à jurisprudência. Exceto no item 03, no qual houve um número igual de citações doutrinárias e jurisprudenciais (10), nos demais itens houve uma preponderância muito maior da doutrina sobre a jurisprudência. Especificando a análise, 62% das citações doutrinárias foram referentes a autores nacionais, o que também segue uma tendência dos demais Ministros. Contudo, em alguns itens, essa atitude foi ponderada. No item 03, houve um número igual de menções doutrinárias nacionais e internacionais (05). Já no item 02, 7 das 17 menções foram de doutrina nacional. As outras 10 foram de doutrina nacional. Nota-se que em ambos os itens (02 e 03) os temas foram formação de quadrilha e corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e peculato. Esses itens estão entre os mais importantes do julgamento e também tiveram mais atenção de outros Ministros em seus votos.

Gráfico 14 – Número de citações do Ministro Gilmar Mendes por item e tipo



Além disso, nota-se que a média de citações proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes em razão do tempo esteve no padrão da Corte. A média de menções realizadas variou dentro de uma gama relativamente baixa (entre 2 e 5 minutos). Excetua-se deste padrão os itens 06 e 08 nos quais o Ministro teve, respectivamente, uma menção a cada 9 minutos e nenhuma citação proferida. Novamente, ressalta-se que, mesmo não realizando menção alguma, ainda assim houve um padrão da Corte, com outros Ministros também com curto tempo de exposição do voto (10 a 20 minutos) sem haver, também neles, qualquer tipo de citação. No item 06, à exceção dos Ministros Celso de Mello e Fux que fogem ao padrão da Corte, os demais Ministros, inclusive relator e revisor, mantiveram a média de uma citação entre 7 e 15 minutos. Até no item 02, no qual houve uma média de uma menção a cada 2 minutos, o Ministro Gilmar Mendes também ficou no padrão da Corte que, neste item, teve a sua maioria com uma citação entre 01 e 06 minutos. Por isso, pode-se concluir que o Ministro soube manter o ritmo de citações com os demais Ministros, mantendo-se de forma equânime com suas citações. Logo, pode-se dizer que a dinâmica de citações do Ministro Gilmar Mendes refletiu o olhar e a intensidade do Tribunal em cada um dos itens.

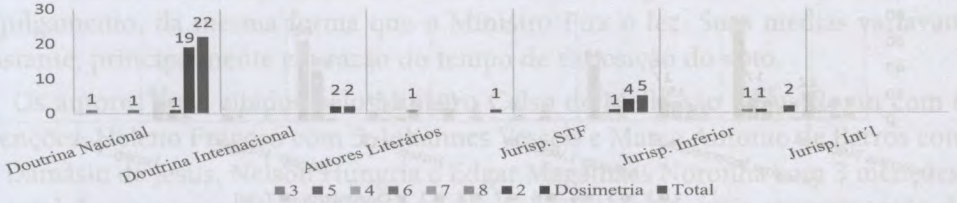
Por fim, resta analisar os autores mais mencionados pelo Ministro durante o julgamento. Nesta esteira aparecem Jorge Figueiredo Dias com 7 menções, Nelson Hungria com 6 e Cesar Roberto Bitencourt e Eugênio Pacelli com 4 menções. Do total de 66 citações proferidas pelo Ministro referente à doutrina, 45 delas foram a autores específicos (68%). Já no tocante a jurisprudência, o Ministro mencionou 4 vezes a AP 307 e o HC 80816 e 2 vezes o HC 73338. Da mesma forma, do total de 29 citações proferidas pelo Ministro à jurisprudência, 21 delas foram a acórdãos específicos (72%).

ix. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

O Ministro Marco Aurélio pertenceu ao grupo daqueles que fizeram citações abaixo da média ideal que caberia a cada Ministro de acordo com o total proferido no julgamento. No seu caso, ele fez um total de 32 menções a autores doutrinários e à jurisprudência, representando 3,7% das citações do julgamento, sendo 25 delas durante a fase de dosimetria. Além disso, vale notar que todas essas citações proferidas nesta fase de pena foram feitas de forma discursiva durante a exposição de um debate sobre o critério adotado pela corte para classificar o concurso de crimes. Assim, nota-se que o Ministro fez estas citações em razão de um tema ou objeto específico que, segundo ele, precisava de um embasamento teórico ou jurisprudencial maior e por mais tempo.

Nesta esteira, o Ministro Aurélio, retirando estas últimas citações, proferiu 7 menções durante a fase de itens, número menor que o do Ministro Peluso, o qual ficou apenas por um item de votação. Devido a isso, não é possível traçar uma linha estatística sobre um possível modelo que o Ministro Marco Aurélio utilizou neste julgamento. Por isso, o máximo que pode ser analisado na fase de dosimetria da pena.

Gráfico 15 – Número de citações do Ministro Marco Aurélio por item e tipo



Diante disso, das 25 citações proferidas durante a fase de dosimetria, 19 foram relacionadas a autores doutrinários nacionais, o que implica uma preferência destas às citações jurisprudenciais, que foram apenas 4.

Por fim, os autores mais citados pelo Ministro Marco Aurélio foram Damásio de Jesus com 3 menções e Manoel Pedro Pimentel e Nicola Malatesta com 2 menções cada. O acórdão mais citado foi o HC 70.290 por duas vezes. Porém, no tocante ao tempo de exposição do voto e o número de citações, a média do Ministro na fase de

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

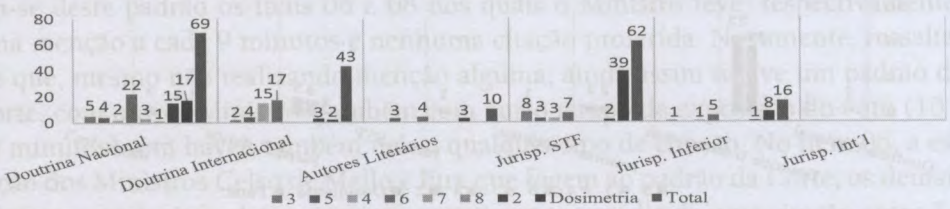
itens ficou alta devido ao tempo que ele usou para a leitura do seu voto, variando entre uma a cada 14 minutos (item 04) e uma a cada 78 minutos (item 06).

x. José Celso de Mello Filho

O Ministro Celso de Mello é o mais antigo da atual composição do Supremo Tribunal Federal. Nessa posição de decano da Corte, ele foi quem mais citou durante todo o julgamento (199 vezes), representando 23,3% do total. Como a média para cada Ministro estaria em torno de 9%, sua representação correspondeu a um pouco mais que dois Ministros juntos. Não somente isso, o Ministro Celso de Mello também foi quem mais citou durante a fase de dosimetria da pena (65 vezes), quase o dobro do segundo Ministro (Joaquim Barbosa com 36 menções), representando 35% do total de citações presentes nesta fase.

Porém, como a beleza de um Tribunal Constitucional é não ter hegemonia, o Ministro Celso de Mello somente foi ultrapassado no número de citações proferidas na fase de itens. O Ministro Fux, como já dito, foi aquele que mais mencionou durante a primeira fase do julgamento (145 vezes), tendo o Ministro Celso de Mello feito 134 citações. O interessante a se notar é que, durante esta etapa, na maioria dos itens, com exceção dos itens 06 e 02, o Ministro Fux mencionou mais que o Ministro Celso de Mello. No item 06, o Ministro Celso proferiu 55 citações, seguido do Ministro Lewandowski com 42 e do Ministro Fux com 28. Já no item 02, houve 24 citações pelo Ministro Celso e 22 dos Ministros Fux e Rosa Weber. De qualquer forma, isso demonstra que, independentemente de quem mencionasse mais, era certo que o posto de Ministro com maior número de citações em cada item ficaria entre os Ministros Celso de Mello ou Fux.

Gráfico 16 – Número de citações do Ministro Celso de Mello por item e tipo



No tocante à divisão de citações entre doutrina e jurisprudência valem algumas observações. Do total de citações do Ministro Celso de Mello (199), 122 foram referentes à doutrina (61,3%). Na fase de dosimetria, das 65, 19 se referiram a esses autores (29,2%). Na fase de itens, das 134, 103 menções também foram sobre doutrina (77%). Em cada item da fase primeira fase do julgamento, a maioria das citações foi basicamente sobre a doutrina. No *item 03* foram 7 das 16 (44%), no *item 05*

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

foram 11 das 14 (79%), no *item 04* foram 17 das 21 (81%), no *item 06* foram 43 das 55 (78%), no *item 07* foram 3 de 3 (100%), no *item 08* foi 1 de 1 (100%) e no *item 02* foram 21 de 24 (88%) menções à doutrina. Isso releva uma clara prevalência, na fase de itens, de um embasamento doutrinário sobre o jurisprudencial pelo Ministro Celso de Mello. Esta prevalência não se repete na dosimetria, com citações jurisprudenciais em sua grande maioria, possivelmente em razão da segurança jurídica da Corte com os precedentes por ela adotados.

Detalhando a análise dessas citações, há um dado interessante: das 122 citações doutrinárias proferidas no julgamento, 69 diziam respeito à doutrina nacional (56,5%) e 43 referentes à doutrina internacional (35,2%). Há também uma clara prevalência da doutrina nacional, assim como em outros Ministros. Porém, há itens nos quais as citações doutrinárias internacionais representam uma alta percentagem. Nos itens 05, 04 e 06, o Ministro Celso de Mello utilizou praticamente o mesmo número de citações nacionais e internacionais. Na dosimetria, há uma imensa vantagem das menções nacionais.

No tocante ao Supremo Tribunal Federal, o Ministro claramente também possui uma preferência às citações da Corte em relação a tribunais internacionais e inferiores. Foram 62 de um total de 77 citações jurisprudenciais do STF (80%) sendo 39 delas na fase de dosimetria. Isso demonstra, mais ainda, que o Ministro Celso de Mello possui uma preferência a mencionar a própria Corte durante a exposição de seus votos, podendo-se inferir, inclusive, que no momento de dosimetria da pena esta característica torna-se ainda mais presente.

No tocante à média de citações por tempo de discurso, o Ministro Celso de Mello, à exceção do item 08, teve uma média relativamente baixa. Ele manteve o número de uma citação entre 1,5 e 8 minutos. Apesar disso, nota-se que, por mais que o Ministro tenha sido aquele que mais citou durante o julgamento e aquele que mais citou num item específico, não obteve uma homogeneidade citações durante o julgamento, da mesma forma que o Ministro Fux o fez. Suas médias variavam bastante, principalmente em razão do tempo de exposição do voto.

Os autores mais citados pelo Ministro Celso de Mello são Claus Roxin com 6 menções, Heleno Fragoso com 5, Johannes Vessels e Marco Antonio de Barros com 4, Damásio de Jesus, Nelson Hungria e Edgar Magalhães Noronha com 3 menções. O total de citações específicas de doutrinadores foi de 86, uma representação de 70% do total mencionado pelo Ministro, demonstrando que ele tende a especificar aqueles doutrinadores nos quais faz referência na doutrina. Já no tocante aos acórdãos mais citados aparecem a AP 307 com 4 menções, o HC 80.816 com 3 e a AP 396 com 2 menções. A representação desse quesito foi de 28,5%, demonstrando que, no tocante à jurisprudência, em geral, o Ministro Celso de Mello não faz menção específica sobre os acórdãos usados, preferindo uma citação generalista sobre a jurisprudência.

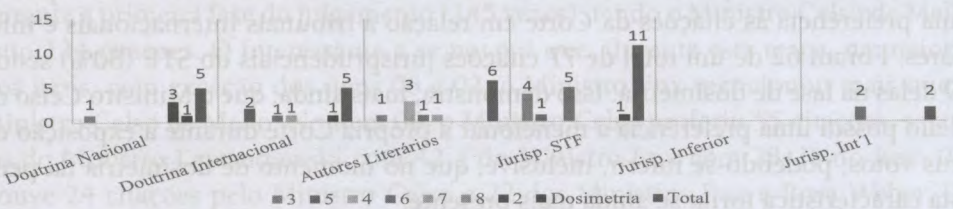
BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

xi. Carlos Ayres Britto

O Ministro Ayres Britto foi o presidente da Corte durante o julgamento, tendo sido aposentado compulsoriamente no dia 18 de novembro de 2012, algumas sessões antes do término do julgamento. Neste tempo, presidiu o julgamento de forma tranquila, sendo o último a apresentar o voto, caracterizando-se por várias citações literárias durante as exposições orais.

O Ministro proferiu 29 citações durante o julgamento, representando 3,3% do total. De fato, o Ministro Ayres Britto não teve expressão nas suas menções, mas foi homogêneo durante o julgamento. Foram 26 durante a fase de itens e 3 na dosimetria. Do total, 16 referiram-se à doutrina e 13 à jurisprudência, um empate técnico. Nos itens 03 e 06, por exemplo, a jurisprudência mencionada pelo Ministro foi o dobro da doutrina, demonstrando que, em tese, ele não possui uma preferência sobre determinado tipo de citação.

Gráfico 17 – Número de citações do Ministro Ayres Britto por item e tipo



Além disso, dentro das citações doutrinárias, a demonstração que o Ministro não trilha da mesma perspectiva da maioria da Corte se dá através do número de menções doutrinárias nacionais realizadas. São apenas 5 do total de 16 citações doutrinárias (31%). Nos demais, estão 5 citações doutrinárias internacionais e 6 de autores literários. Interessante notar que por mais que o Ministro Ayres Britto tenha ficado marcado por ter citado muitos autores literários durante o julgamento (6 vezes), o Ministro Celso de Mello foi quem mais fez este tipo de menção (10 vezes), seguido também do Ministro Fux (6 vezes). Já sobre as citações sobre o STF, o Ministro Ayres Britto claramente prefere mencionar o órgão na exposição dos seus votos. Foram 11 sobre a Suprema Corte do total de 13 citações jurisprudenciais (85%).

Por fim, no tocante aos autores mais lembrados pelo Ministro observa-se algo inusitado. O Ministro Ayres de Britto não mencionou qualquer autor ou acórdão mais de uma vez, tendo mencionado 12 autores específicos de um total de 16 citações doutrinárias (75%) e 07 acórdãos específicos de 13 citações jurisprudenciais (54%), demonstrando que tende a usar termos mais gerais quando se trata de menções jurisprudenciais e mais específicos quando se trata de doutrina.

3. CONCLUSÃO

A partir das análises aqui realizadas, alguns resultados são concluídos (e resumidos).

No andamento do julgamento foi possível verificar que o número total de citações diminuiu de acordo com o andamento do tempo, por mais que os itens 02 e 06 terem tido um ligeiro aumento no número de menções. Os Ministros Celso de Mello e Fux foram que mais citaram durante o julgamento, sempre variando nas primeiras colocações em cada item. Juntando o Ministro Lewandowski a estes dois, os três representam 57% de todas as citações proferidas no julgamento. Em contrapartida, os ministros Marco Aurélio, Ayres Britto e Carmen Lúcia apareceram como aqueles que menos citaram, tendo pouca expressão no número de citações durante o julgamento.

Entre os autores mais citados destacam-se o ex-Ministro Nelson Hungria, mas foram Cesar Roberto Bitencourt e Luis Régis Prado que mais tiveram homogeneidade durante todo o julgamento, sendo lembrados em um número maior de itens. A diferença do número de citações de Nelson Hungria para o segundo doutrinador mais citado foi de quase 60%. Além disso, é possível aferir também que os Ministros tenderam a especificar os autores em seus votos ao invés de falar de forma genérica sobre a doutrina ou jurisprudência. Sobre esta, inclusive, os acórdãos mais lembrados por eles foram as Ações Penais 307, 396, 409, 472/STJ, o Inquérito 2741 e os HCs 80816 e 96007.

Na fase da dosimetria da pena, por se tratar num julgamento "a parte", foram observadas certas peculiaridades. O Ministro Celso de Mello, novamente, apareceu como aquele que mais citou, seguidos dos Ministros Lewandowski e Joaquim Barbosa, respectivamente revisor e relator. Duas Ações Penais mais citadas durante esta fase sequer foram lembradas durante o resto do julgamento. Mais ainda, tirando as Ações Penais 396, 409 e 307 e o Inquérito 2191, todos os outros julgados tiveram apenas uma menção durante a dosimetria. Ou seja, nesta etapa do julgamento aqueles acórdãos que foram mencionados apenas uma vez representaram 89% do total de citações dessa fase.

De uma forma geral e resumida sobre cada Ministro, pode-se dizer que o Ministro *Joaquim Barbosa* teve uma preferência por doutrinadores durante a fase de itens. Na fase de dosimetria preferiu citar a jurisprudência. Já o Ministro *Ricardo Lewandowski* teve uma larga preferência a doutrinadores (80%) e, dentre eles, 51% referiram-se a doutrinadores nacionais. A Ministra *Rosa Weber* teve também uma ampla preferência por citações doutrinárias, tendo o item 02 uma atenção especial na sua fundamentação. Apesar da Ministra mencionar uma quantidade razoável de citações durante o julgamento, a grande maioria é feita de forma genérica e sem especificar autor ou acórdão em especial. O Ministro *Fux* foi o segundo que mais

proferiu citações durante o julgamento sendo quem mais mencionou autores doutrinários e acórdãos na fase de itens. Logo, fez mais citações sobre a doutrina do que sobre a jurisprudência, tendo naquele tipo a representação quase igualitária de doutrinadores nacionais e internacionais, e neste tipo uma preferência muito forte a julgados da própria Corte. O Ministro *Toffoli*, assim como os demais, prefere citações doutrinárias, tendendo a proferir citações de doutrinadores nacionais a qualquer outra jurisprudência e também à própria jurisprudência do STF. Os Ministros *Peluso*, *Marco_Aurélio* e *Carmen Lúcia* não puderam ser analisados através deste estudo em razão no número baixo de citações proferidas, o que, de qualquer forma, pode ser entendido como uma tendência a não fundamentar seus votos através de citações doutrinárias ou jurisprudenciais. O Ministro *Gilmar Mendes* teve preferência a citações doutrinárias (cerca de 70 menções) e, dessas, cerca de 62% foram referentes a autores nacionais. O Ministro *Celso de Mello* foi aquele que mais citou durante todo o julgamento e também aquele que mais citou durante a dosimetria. Ele também possui uma clara preferência, na fase de itens, de mencionar doutrinadores. Esta prevalência não se repete na dosimetria, tendo o Ministro proferido citações jurisprudenciais em sua grande maioria, possivelmente com intuito de fundamentar seu voto na segurança jurídica da Corte e com base em precedentes por ela adotados. Por fim, o Ministro *Ayres Britto* teve um destaque ao não ter mencionado qualquer autor ou acórdão mais de uma vez, tendo especificado 12 autores diferentes de um total de 16 citações doutrinárias e 7 acórdãos distintos e de 13 citações jurisprudenciais, demonstrando que tende a usar termos mais gerais quando se trata de citações jurisprudenciais e tende a usar mais específicos quando se trata de doutrina.

Resta por fim uma questão: apresentados todos estes dados, o que eles nos dizem sobre a forma dos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil na fundamentação dos seus votos?

A primeira conclusão é que os Ministros e Ministras utilizaram quase o dobro de citações doutrinárias (570) em relação às jurisprudenciais (281), preferindo especificá-las (438 – 77%) a mencionar a doutrina genericamente. Por outro lado, o número percentual de citações jurisprudenciais específicas correspondeu a apenas 48% do total. Como 105 das 281 citações jurisprudenciais foram realizadas na dosimetria, significa dizer que numa etapa do julgamento na qual preza-se pela segurança jurídica e pela linearidade das decisões da Corte, uma em cada duas citações referiam-se à algum acordão de forma abstrata, e não o especificando.

Ainda assim, é importante frisar o lado positivo de todas estas análises. De forma geral, os Ministros e Ministras utilizaram-se em larga escala da doutrina nacional e das próprias decisões do Tribunal na fundamentação dos seus votos, estes últimos especialmente na dosimetria. Isso revela que os Ministros e Ministras levam bastante em consideração a opinião da sociedade (aqui representada

juridicamente através dos doutrinadores nacionais), não ficando em suas próprias convicções e pensamentos. Mais ainda, resguardam essas opiniões através de jurisprudências da própria Corte, fazendo valer a segurança jurídica no momento da decisão, especialmente no ramo penal.

Apesar da presente análise ser restrita a um julgamento específico, a importância se revela para confirmar que a Corte Constitucional do Brasil, ainda mais num momento de crise (política, institucional e jurídica), se fez valer (também) dos argumentos provenientes da sociedade e o peso que eles refletem dentro do voto de cada Ministro ou Ministra.

Uma indicação para esta conclusão está na média de citações por minuto. Por mais que citar pouco ou muito não signifique qualidade ou, ainda assim, que um Ministro que cite mais seja melhor que outro que cite menos, este critério revela a maneira na qual os Ministros se debruçam sobre o voto. Uma média (citações/tempo) menor significa que o Ministro ou Ministra tem o cuidado de embasar seu argumento para além das palavras, mas sim, na sociedade brasileira, internacional ou no próprio sistema jurídico. Apesar das especificidades de cada Ministro e Ministra, a maioria não foi abstrata e genérica nas suas citações nacionais e/ou estrangeiras, demonstrando, mais ainda, o cuidado na fundamentação dos votos.

Porém, como um aspecto importante a aprimorar, vê-se que 89% dos acórdãos citados pelos Ministros e Ministras apenas tiveram uma menção durante todo o julgamento. A questão é que, estando onze Ministros e Ministras decidindo sobre os mesmos assuntos durante quatro meses, é possível questionar a razão de uma divergência tão acentuada no número de acórdãos que fundamentam a segurança jurídica do Tribunal. Por isso, torna-se necessário, ainda mais numa época de enaltecimento das súmulas vinculantes e decisões de repercussão geral, padronizar os *leading cases* do Supremo Tribunal Federal nas suas respectivas subáreas. Isso trará à Corte uma possibilidade maior de minimização do erro judicial, da maximização da segurança jurídica, da redução do número de decisões conflitantes sobre a mesma matéria que utilizam acórdãos do mesmo Tribunal e, por fim, da potencialização de decisões com repercussão geral.

BIBLIOGRAFIA

FAUSTEN, Dietrich, NIELSEN, Ingrid & SMYTH, Russel. A Century of Citation Practice on the Supreme Court of Victoria. In: *Melbourne University Law Review*, vol. 31, p. 734. Disponível em SSRN: [http://ssrn.com/abstract=995060] ou [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.995060].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso mensalão, de Guilherme de Souza Nucci – *RT* 933/221 (DTR\2013\3784);
- Os critérios de aplicação da pena-base no direito penal brasileiro: considerações a partir do julgamento dos embargos infringentes interpostos na APN 470 ("Caso Mensalão"), de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 110/103-121 (DTR\2014\18437); e
- Questões processuais no julgamento do mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública, de Antonio do Passo Cabral – *RT* 933/131 (DTR\2013\3779).

BOTTINO, Thiago. SGANZERLA, Rogerio Barros. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da AP 470 (Mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 185-212. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Controvérsias quanto ao crime de extorsão mediante sequestro

Controversies regarding the crime of extortion through kidnapping

Luciano Anderson de Souza
Professor Doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP
lucianoanderson@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: O crime de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159 do CP brasileiro, revela significativas controvérsias interpretativas, agudizadas a partir de uma disciplina bastante recrudescida erigida nos últimos 25 anos, emblematicamente a partir da Lei dos Crimes Hediondos. Não obstante, parece encontrar-se menosprezado pelas discussões doutrinárias mais relevantes da atualidade, merecendo melhor análise.

Palavras-chave: Extorsão mediante sequestro – Crimes hediondos – Associação criminosa – Proporcionalidade – Tortura.

Abstract: The crime of extortion through kidnapping – Article 159 of the Brazilian Penal Code –, reveals significant interpretative controversies, sharpened from a very hard discipline erected the last 25 years, emblematically from the Heinous Crimes Law. Nevertheless, it appears to be overlooked by most relevant doctrinal discussions today. Because of that, it deserves further analysis.

Keywords: Extortion through kidnapping – Heinous crimes – Criminal organization – Proportionality – Torture.

Sumário: 1. Considerações gerais – 2. Questões dogmáticas fundamentais – 2.1 Crime formal ou material?; 2.2 Elemento subjetivo do crime: vantagem patrimonial? devida ou indevida?; 2.3 Extorsão mediante sequestro, tortura e associação criminosa – 3. A questão da pena: desproporcionalidade – 4. Contornos da investigação criminal na hipótese – 5. O art. 159 do Projeto de Código Penal – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

1. Considerações gerais

O crime de extorsão mediante sequestro, ora previsto em nosso ordenamento no art. 159 do Código Penal,[1] surgiu, segundo parcela da doutrina, a partir de prá-

1. "Art. 159 – Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

ticas de guerra, quando se passou a substituir a morte de soldados inimigos por sua prisão, voltada ao interesse de utilizá-los como moeda de troca.[2]

No Brasil, a primeira previsão desse crime deu-se com o Código Penal Republicano, de 1890.[3] Muito embora HUNGRIA[4] se referisse, nos idos da década de 1950, em verdadeiro tom de exagero, a esta modalidade delitiva como "*motivo de alarme para todo mundo civilizado*", fato é que maiores preocupações com essa prática surgiram apenas nas últimas décadas do séc. XX e início do XXI, o que levou ao seu erigimento à controvertida condição de crime hediondo, pela Lei 8.072/1990, assim como disciplina cerceadora na Lei de Prisão Temporária (Lei 7.960/1989), Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998) – na primeira fase, quando havia o rol de crimes antecedentes –, e recrudescimento até pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Dessa forma, a inserção do crime de extorsão mediante sequestro numa lógica político-criminal bastante repressiva tem denotado uma postura interpretativa, doutrinária e, principalmente, jurisprudencial, no mesmo jaez, o que enseja uma necessária reflexão quanto à legitimidade de seus contornos. Ademais, verdadeiramente, certas nuances dogmáticas encontram-se negligenciadas quanto ao temário.

2. QUESTÕES DOGMÁTICAS FUNDAMENTAIS

O delito em apreço suscita inúmeras e interessantes questões dogmáticas e político-criminais, das quais se destacam a tipicidade objetiva e subjetiva, a relação deste tipo penal com outros tipos, a pena cominada e a hediondez do crime, bem como os limites da investigação criminal. Senão vejamos:

Pena – reclusão, de oito a quinze anos.
§ 1.º Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha.
Pena – reclusão, de doze a vinte anos.
§ 2.º – Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:
Pena – reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.
§ 3.º – Se resulta a morte:
Pena – reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.
§ 4.º – Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".

2. Neste sentido, *e.g.*, HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. VII, p. 69.
3. O qual estabelecia no art. 362, sob a rubrica "*Das extorsões*": "*Sequestrar uma pessoa para obter della, ou de outrem, como preço de sua libertação, dinheiro, cousa ou acto que importe qualquer effeito juridico: (...) Pena – de prisão cellular por dous a oito annos*".
4. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao...*, cit., p. 69.

2.1 *Crime formal ou material?*

Para HUNGRIA,[5] a extorsão, em qualquer de suas formas (arts. 158 e 159) cuida-se crime formal. Certamente por influência de seu pensamento, doutrina e jurisprudência quase pacíficas entendem o mesmo. Todavia, num aparente paradoxo, compreende ser possível a modalidade tentada, no geral alegando que o crime se consuma no exato instante de privação da liberdade da vítima por tempo juridicamente relevante, protraindo-se no tempo a partir daí (crime permanente), sendo o eventual recebimento do resgate mero exaurimento. A tudo isso, alguns esclarecimentos se fazem precisos.

Relativamente ao delito de extorsão (art. 158),[6] GOMES JÚNIOR,[7] em dissertação de Mestrado sobre o tema, defendida na Universidade de São Paulo (USP), em posicionamento minoritário, mas absolutamente coerente, entende que se trata em realidade de crime material, eis que o tipo descreve o ato de constranger a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, destacando, desta forma, ação e resultado material. O autor[8] observa, com razão, que o argumento de que se cuida de crime formal, eis que consumado independentemente da vantagem obtida, cuida-se de uma distorção entre tipicidade objetiva e subjetiva na hipótese. Ademais, apenas sua explicação é capaz de argumentar convincentemente o entendimento majoritário de que o tipo de extorsão admite tentativa.

Do mesmo modo, curiosamente, a doutrina entende que a extorsão mediante sequestro também seria crime formal que admite tentativa, argumentando de modo similar ao caso da extorsão. Se, por um lado, parece inegável o exemplo de que se a vítima foge da abordagem criminosa tendente à captura está-se diante de crime

5. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao...*, cit., p. 71.

6. "Art. 158 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:
Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
§ 1.º – Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.
§ 2.º – Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.
§ 3.º – Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2.º e 3.º, respectivamente".

7. GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *O crime de extorsão no direito penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 59 e ss.

8. Idem, p. 61.

tentado, por outro, parece estranho que a mesma doutrina entenda que o crime de sequestro (art. 148)[9] seja crime material, e a extorsão mediante sequestro, não.

Primeiramente, há de se ter em conta que o crime formal é aquele em que não há evento destacado da ação, pouco importando ao tipo o resultado material que se liga a esta conduta.[10] Aceita essa premissa, segundo aqui se entende, a chave para a correta resposta dogmática encontra-se na análise da conduta nuclear do tipo penal em questão (art. 159), e comparativamente aos delitos de sequestro (art. 148) e extorsão (art. 158).

O crime de sequestro ou cárcere privado, isto é, "*privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado*", consiste em restringir a liberdade de locomoção de alguém por tempo juridicamente relevante,[11] sendo, desta feita, conforme entendimento pacífico, crime material, eis que há um evento destacado da ação que o tipo logicamente exige, qual seja a restrição da liberdade alheia. Por outro lado, como referido, entende-se, contra a posição dominante, que a extorsão também é crime material, uma vez que o tipo exige que se constranja alguém a fazer, omitir ou tolerar algo.

O crime de extorsão mediante sequestro, por sua vez, tem como núcleo "*sequestrar*", acrescido do elemento objetivo "*pessoa*" e do restante, que é elemento subjetivo especial (*com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*). Dessa maneira, há que se atentar apenas para a ação de sequestrar para fins de caracterização do tipo como formal ou material. Ora, sequestrar é exatamente "*privar alguém de sua liberdade*", com alguma possibilidade de movimentação (abarcando-se, como pacificamente se entende, o *confinamento*, que se trata de cárcere privado). Há, então, logicamente, um resultado exigido pelo tipo, tal qual no tipo de homicídio se exige a morte de alguém, sendo, desta feita,

---

9. "Art. 148 – Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:
Pena – reclusão, de um a três anos.
§ 1.º – A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:
I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;
II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;
III – se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.
IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;
V – se o crime é praticado com fins libidinosos.
§ 2.º – Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:
Pena – reclusão, de dois a oito anos".
10. REALE JR. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 267.
11. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2, p. 421.

inquestionavelmente, a extorsão mediante sequestro crime material, admitindo-se plenamente o *conatus*.[12]

Ademais, forçoso notar que a extorsão mediante sequestro se afigura muito mais como uma modalidade de sequestro do que uma modalidade de extorsão, contrariamente ao que afirma o pensamento majoritário.[13] Por se tratar de um sequestro com elemento subjetivo especial, assemelha-se mais a um *sequestro extorsivo* – como o insculpe, por exemplo, o Código colombiano[14] – que uma extorsão mediante sequestro.

2.2 Elemento subjetivo do crime: vantagem patrimonial? Devida ou indevida?

Na obra *Notícia de um sequestro*, Gabriel García MARQUEZ,[15] transitando entre o jornalismo e a literatura, narra uma série de sequestros de jornalistas colombianos ocorridos em 1990, como forma de pressionar o governo daquele país a revogar o acordo de extradição de cidadãos colombianos aos Estados Unidos da América quando acusados de narcotráfico. A contraprestação exigida para a libertação das vítimas e fim da onda de novos arrebatamentos, imposta pelo chefe do Cartel de Medelín, Pablo Escobar, era a revogação desta legislação, o que se deu, efetivamente, após dramáticos e violentos meses, em 1991.

Dessa maneira, não havia intuito patrimonial, razão pela qual, trazido o exemplo para a realidade brasileira – já que no ordenamento colombiano o "*sequestro extorsivo*" é um crime contra a liberdade individual -, dúvidas haveria quanto à

12. Assim, aplica-se raciocínio similar ao que GOMES JÚNIOR utiliza para interpretar o crime de extorsão. O autor, no entanto, apesar de tratar da extorsão mediante sequestro em seu trabalho, não menciona a hipótese aqui desenvolvida, ou seja, não esclarece se entende a extorsão mediante sequestro como crime formal ou material, cf. GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *O crime...*, p. 92-95.

13. Sinalizando no sentido neste trabalho defendido, BUSATO afirma que a conduta vedada é idêntica a do sequestro, parecendo "(...) *ter ocorrido um desvio do núcleo do tipo em face do bem jurídico*". cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 1*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 469-470.

14. "*Artículo 169. Secuestro extorsivo. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuatro (504) meses y multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igual pena se aplicará cuando la conducta se realice temporalmente en medio de transporte con el propósito de obtener provecho económico bajo amenaza*".

15. MARQUEZ, Gabriel García. *Notícia de um sequestro*. Trad. Artur Guerra e Cristina Rodriguez. Lisboa: Dom Quixote, 1997.

correta capitulação legal. O art. 159 do nosso *Codex* não se refere expressamente à vantagem econômica, como o faz no art. 158, referindo-se isto sim a "*qualquer vantagem*". Ou seja, há previsão de um elemento subjetivo especial do tipo, consistente no fim especial de obtenção de "*qualquer vantagem, para si ou para outrem, como condição ou preço do resgate*". Por tal razão, há divergências de opiniões. Aliás, tentando findar com essa polêmica, o natimorto Código Penal de 1969, em seu art. 170,[16] insculpia "*vantagem econômica*".

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário, como, *e.g.*, de HUNGRIA,[17] FRAGOSO,[18] NORONHA,[19] PRADO[20] e GRECO,[21] entende que a vantagem tem de ser econômica, eis que, basicamente, o tipo se insere nos crimes contra o patrimônio. No mesmo sentido, REALE JÚNIOR[22] e GOMES JÚNIOR,[23] para os quais a rubrica "*extorsão mediante sequestro*" seria critério interpretativo e chave hermenêutica para deslindar a questão. Por fim, com a mesma corrente, Salvador Netto[24] observa que "*os delitos intitulados contra o patrimônio protegem o mesmo bem jurídico sob diversas formas de agressão*", entendendo que pensar de modo diverso representa desnaturar a própria essência delitiva. Segundo o professor da USP,[25] tra-

16. "*Art. 170. Extorquir ou tentar extorquir para si ou para outrem, mediante sequestro de pessoa, indevida vantagem econômica:*
Pena – reclusão, de seis a quinze anos, e pagamento de trinta a cem dias-multa.
Formas qualificadas
§ 1.º Se o sequestro dura mais de vinte e quatro horas, ou se o sequestrado é menor de dezesseis anos, ou se o crime é cometido por mais de duas pessoas, a pena de reclusão é de oito a vinte anos.
§ 2.º Se à pessoa sequestrada, em razão de maus tratos ou da natureza do sequestro, resulta grave sofrimento físico ou moral, a pena de reclusão é aumentada de um têrço.
§ 3.º Se o agente vem a empregar violência contra a pessoa sequestrada, aplicam-se as disposições do art. 168, § 2.º, IV e V, e § 3.º".
17. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao...*, cit., p. 69.
18. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 367.
19. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 2, p. 280.
20. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 458.
21. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Niterói: Impetus, 2009, vol. III, p. 119.
22. REALE JR., Miguel. *Direito penal aplicado*. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 35.
23. GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *O crime...*, p. 91.
24. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2013, p. 160.
25. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal...*, cit., p. 183.

tar-se-ia de um crime patrimonial pluriofensivo, no qual o expediente restritivo da liberdade funcionaria como um fator adicional essencial justificador da intolerância do sistema penal com tal espécie delinquencial.

Em sentido oposto, para Bento de Faria[26] e, atualmente, Busato[27] e BITENCOURT,[28] a vantagem em questão pode ser econômica ou não. Este último, de modo bastante interessante, esclarece que não se pode presumir ter havido qualquer erro do legislador, sendo o delito em foco pluriofensivo, isto é, tutelando-se tanto o patrimônio como a liberdade individual. Ademais, acrescenta o professor gaúcho, que o tipo, logo a seguir, refere-se a "*condição*" ou "*preço*" do resgate, sendo que se a vantagem atrelada fosse apenas de cunho patrimonial, não haveria sido lançada a palavra "*condição*" e tão somente "*preço*".

Dessa maneira, apesar de minoritário, este pensamento parece o mais adequado e com melhor capacidade de rendimento, sem artificialismos. No citado exemplo de Garcia MARQUEZ,[29] transposto ao Brasil, apenas com essa compreensão poder-se-ia reconhecer ter havido crimes hediondos, com sanções adequadas aos fatos perpetrados.

A expressão "*qualquer vantagem*", ainda, gera a polêmica relativa à vantagem ser devida ou indevida. A compreensão majoritária abarca apenas a dimensão *indevida* da vantagem perseguida. Segundo HUNGRIA,[30] se o sequestro visa à obtenção de vantagem devida, o crime será o de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345)[31] em concurso formal com o de sequestro (art. 148). Para o antigo ministro do STF, a omissão do legislador deu-se porque seria supérfluo referir-se a "*indevida*".

BITENCOURT[32] e BUSATO,[33] novamente, divergem da posição prevalente. Segundo os autores, uma vez mais com uma construção argumentativa bastante

26. BENTO DE FARIA. *Código penal brasileiro (comentado)*. Rio de Janeiro: Récord, 1959, vol. V, p. 67.
27. BUSATO, Paulo César. *Direito penal...*, cit., p. 471.
28. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 3, p. 115-118.
29. MARQUEZ, Gabriel García. *Notícia de...*, cit., *passim*.
30. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao...*, cit., p. 69.
31. "Art. 345 – Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único – Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa".
32. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, cit., vol. 3, p. 118.
33. BUSATO, Paulo César. *Direito penal...*, cit., p. 471.

pertinente, para além de a lei não conter palavras inúteis (*in casu qualquer vantagem*), entender que, se a vantagem for devida ao sequestro, é o crime-meio do crime-fim exercício arbitrário das próprias razões ignora que aquele é mais grave que este, invertendo-se a lógica dogmática.

Não bastassem as dificuldades até aqui descritas, o tipo em foco ainda revela outras problemáticas, relativa a concurso de crimes,[34] como sua relação com os crimes de tortura e de associação criminosa, a antiga quadrilha ou bando. A referência a um caso concreto de notório conhecimento dimensiona as complexidades sinalizadas, colorindo a discussão.

2.3 Extorsão mediante sequestro, tortura e associação criminosa

Emblemático caso prático de extorsão mediante sequestro que chamou a atenção da sociedade brasileira deu-se no início dos anos 2000, tendo como vítima o conhecido publicitário Washington OLIVETTO. Segundo amplamente noticiado, este permaneceu em cativeiro por 53 dias, tendo sido lá abandonado quando parte dos membros da quadrilha foi presa pela polícia paulista.[35]

Mais que curiosidade histórica, o caso revela uma interessante problemática jurídico-penal quanto aos contornos da extorsão mediante sequestro. Isso porque os integrantes do grupo de criminosos presos foram processados e condenados pelas práticas de extorsão mediante sequestro, quadrilha ou bando (então em vigor) e tortura, tendo a defesa se insurgido contra a capitulação legal, considerada *bis in idem*.

Segundo decisão de segunda instância da Justiça de São Paulo, mantida pelo STJ, a tortura se deu porque a vítima sofreu maus-tratos físicos e psicológicos, quer pelas condições do cativeiro (espaço muito restrito e com música alta), quer porque era forçada a dizer o tamanho de seu patrimônio, incidindo, pois, quanto e este último aspecto, na descrição prevista no art. 1.º, I, *a*, da Lei 9.455/1997 (Lei de Tortura).[36] Negando qualquer tortura, a defesa alegava que sofrimento físico ou mental e lesões leves já são abarcadas pelo delito de extorsão mediante sequestro.[37]

---

34. Em Espanha, também sinalizando pelos desafios postos pela análise de concurso de crimes relativamente ao tipo penal correspondente naquele país, cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 173.

35. "Em Serra Negra, a chave do fim do sequestro". *O Estado de S. Paulo*, 14.02.2002, p. C2.

36. "Art. 1.º Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; (...) Pena – reclusão, de dois a oito anos".

37. No mesmo sentido, na doutrina, GOMES, Luiz Flávio. Sequestradores não podem ser processados por crime de tortura. *Revista Consultor Jurídico*, 15.02.2002. Disponível em:

Ademais, segundo esse raciocínio, não por outra razão, o crime é considerado hediondo e as penas cominadas são tão elevadas.

Todavia, o argumento defensivo foi afastado, tendo sido reconhecida a prática da tortura, porque se estariam tutelando bens jurídicos distintos, eis que, segundo se entendeu, havia sim o fito de perseguição de informações acerca do patrimônio da vítima. Do mesmo modo, o *decisium* entendeu por não rechaçar a condenação por quadrilha ou bando (art. 288 do CP) conjuntamente com a forma qualificada de extorsão mediante sequestro por conta de o crime ter sido cometido por bando ou quadrilha (§ 1.º do art. 159 do CP).[38] Isso tudo, no entanto, merece uma pontual reflexão.

Segundo entendimento majoritário, em realidade esta última controvérsia seria apenas aparente e talvez, no máximo, segundo se poderia argumentar, somente denotaria a má técnica legislativa na redação do § 1.º do art. 159 do CP, o qual deveria ter-se referido à pluralidade de agentes e não usado a expressão quadrilha ou bando. Isto porque, se uma quadrilha pratica os crimes a que se propôs, segundo a redação do art. 288, como, *e.g.*, roubo, a maioria doutrinária e jurisprudencial compreende que o agente deve responder por ambos os crimes, inclusive incidindo o concurso de agentes neste último caso.[39] Assim, segundo essa compreensão, na hipótese de se cuidar de uma quadrilha ou bando (hoje associação criminosa, reitere-se) nos precisos moldes descritos no art. 288, que pratica uma concreta extorsão mediante sequestro, aplicar-se-iam os dois dispositivos.[40]

Muito embora seja inegável ser um delito praticado por quadrilha ou bando mais grave do que o praticado fora desse aparato, a constituição do grupo *sceleris* já é algo por si punido, aliás, em exceção ao regrame da não punição de atos preparatórios. Utilizar-se dessa mesma circunstância para fins de apenar mais gravemente a prática de qualquer outro delito representa efetivamente uma duplicidade. Dessarte, segundo aqui se entende, tal representa um *bis in idem*, a ser afastado pelo aplicador da lei.[41]

[www.conjur.com.br/2002-fev-15/extorsao_mediante_sequestro_tortura_sao_dois_crimes]. Consulta realizada em 20.09.2015.

38. Aliás, de se notar que a Lei 12.850/2013, que criou o tipo penal de "*associação criminosa*", em substituição a "*quadrilha ou bando*", olvidou-se de alterar a redação do dispositivo em análise.

39. Em sentido oposto, minoritariamente, *vide*, por exemplo, DELMANTO, Celso *et all*. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 823.

40. *E.g.*, PRADO, Luiz Regis. *Curso de...*, cit., p. 459-460.

41. No mesmo sentido, *e.g.*, CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 143.

Vistas as problemáticas atinentes à construção das normas primárias do artigo em análise, imperioso debruçar-se sobre as também dificultosas cominações penais.

3. A QUESTÃO DA PENA: DESPROPORCIONALIDADE

Não bastasse o crime de extorsão mediante sequestro, em qualquer modalidade, simples ou qualificada, ser um crime considerado, conforme o art. 1.º, IV, da Lei 8.072/1990, hediondo,[42] com todos os gravames disso decorrentes (insuscetível de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, além de ensejador de maior período para progressão de regime prisional), punido com reclusão de 8 a 15 anos, as modalidades qualificadas dos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º recebem sanções ainda mais severas.[43]

Com isso, e considerando-se que o aplicador da lei penal deve sempre partir da pena-base fixada no mínimo legal, veja-se que todas as modalidades de extorsão mediante sequestro (simples e derivadas) são mais graves que o homicídio simples e apenas a modalidade do *caput* não é equivalente ou mais grave que o homicídio qualificado. A desproporção no tratamento dado pelo legislador brasileiro revela-se em sua plenitude, ademais, na hipótese de resultar da extorsão mediante sequestro lesão corporal de natureza grave na vítima, situação mais severamente apenada (reclusão de 16 a 24 anos) do que um homicídio qualificado pelo emprego de tortura (reclusão de 12 a 30 anos).

Ademais, nas qualificadoras de resultado lesão corporal grave ou morte,[44] o legislador equiparou as situações caso resultem de dolo ou de culpa, o que, segundo, BITENCOURT,[45] com razão, cuida-se de erro crasso, preponderando o desvalor do resultado sobre o desvalor da ação, o que é inadmissível nas modalidades culposas.

Portanto, em termos sancionatórios, uma eventual reforma legislativa há de se atentar para a questão da proporcionalidade, ora vilipendiada. Não é isso, todavia, o que por ora se sinaliza com o criticado Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012, conforme apontado *infra*. Antes dessa análise, porém, mister se faz refletir sobre

42. Questão altamente controvertida, conforme, por todos, desenvolve em nossa doutrina FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 139 e ss.

43. NORONHA entendia que a severidade estaria justificada "*pela própria natureza do crime*", cf. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*..., cit., p. 277.

44. As quais, insta observar, a posição majoritária entende dever recair sobre a pessoa sequestrada. A respeito, *v.g.*, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de*..., cit., p. 369. Em sentido contrário, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de*..., cit., vol. 3, p. 123.

45. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de*..., cit., vol. 3, p. 122.

dois contornos da investigação criminal com direta relação com a dogmática penal, quais sejam, a tortura e a delação premiada.

4. CONTORNOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA HIPÓTESE

Como crime permanente, isto é, aquele que se protrai no tempo, segundo notória compreensão dogmática, o crime de extorsão mediante sequestro, por suas características ínsitas, traz um adicional interesse dos órgãos da repressão criminal, qual seja, o de libertar a vítima do cativeiro. Isso traz para o campo político criminal duas questões práticas de enorme importância, a *tortura* e a *delação eficaz*.

Com relação à *tortura*, uma dúvida pode surgir, como o lança ROXIN,[46] consistente na ponderação se seria admissível sua prática para fins de descoberta da vítima capturada, que corre risco de morte enquanto no cativeiro. Em conferência intitulada *¿Puede llegar a justificarse la tortura?*, ROXIN[47] conta o caso de um sequestro de uma criança ocorrido na Alemanha em setembro de 2002. Preso o sequestrador, um jurista de 28 anos, o vice-chefe da polícia de Frankfurt, com o intuito de salvar a vida do menor, ameaçou-o de tortura, para que contasse onde estava a vítima. Em razão da ameaça, que em realidade seria uma tortura psicológica, o criminoso indicou o local, onde, na verdade, havia escondido a criança, pois a matara no dia da captura.

Esse caso – talvez, a princípio, de certo modo singular na realidade brasileira ante a simples "*ameaça de tortura*" policial, mas de todo modo válido – ensejou amplos debates sobre a conduta do policial, se justificada ou não, vez que a Lei Fundamental alemã, como a Constituição brasileira, veda o tratamento desumano ou degradante a pessoas presas. Neste diapasão, ROXIN[48] conclui que o Estado carece de legitimidade para ordenar a tortura porque sua superioridade moral frente ao delinquente reside em que justamente não utiliza os mesmos meios que este. Ademais, o Estado está obrigado a proteger a vida e a dignidade humana, estando seu atuar pautado pelos limites estabelecidos pelo Estado de Direito.[49]

Outra questão pertinente, que decorre da dinâmica investigativa deste grave delito em análise, diz respeito à possibilidade de oferecimento de vantagem ao comparsa que traia os demais criminosos, facilitando a libertação da pessoa sequestrada (*delação premiada*). Essa possibilidade foi introduzida no § 4.º do delito em

46. ROXIN, Claus. *¿Puede llegar a justificarse la tortura?* Trad. Justa G. Navajas. México, DF: Inacipe, 2010, *passim*.

47. Idem, p. 21 e ss.

48. Idem, p. 32.

49. Idem, ibidem.

apreço pela Lei dos Crimes Hediondos, que falava em membro de quadrilha, sendo reformada em 1996,[50] para substituição da expressão por "*concorrente*", ampliando, assim, a possibilidade legal.

BITENCOURT,[51] em sentido similar ao manifestado por REALE JÚNIOR,[52] critica incisivamente a hipótese de delação premiada, que chama "*traição bonificada*", por, segundo seu entendimento, representar um fomento à falta de ética entre os membros do empreendimento criminoso, um demonstrativo da falência investigativa do Estado, bem como, segundo insinua, listando as inúmeras leis penais nas quais hoje a isso se prevê, uma possibilidade de meio de extorsão, isto sim, praticado por agentes do Estado contra os acusados de crimes.

Efetivamente, todas estas observações parecem pertinentes no geral, sendo o maior risco aquele de perpetração de abusos de autoridade capazes de fomentar acusações falsas contra terceiros – um caminho mais fácil de investigação consistente em confissões e acusações verdadeiramente extorquidas.

Todavia, relativamente ao crime de extorsão mediante sequestro, pelo valor envolvido atinente à liberdade da pessoa capturada, assim como pela redação do texto legislativo, que condiciona o benefício à liberdade efetiva desta, nos parece que isso é preponderante sobre a eventual ética entre os criminosos. Cuida-se de um benefício condicionado ao sucesso investigativo e que, por isso, não é extorquido (pois o agente ou sabe ou não sabe onde está a vítima) contra uma ausência de acusação falsa. Desse modo, neste específico caso, parece ser um mecanismo legítimo de salvaguarda das liberdades individuais.

Focadas as maiores problemáticas do tipo em comento, insta notar se o Projeto de Código Penal que se encontra no Poder Legislativo possui o condão de seu aperfeiçoamento. A isso, quase há só lamentos.

5. O ART. 159 DO PROJETO DE CÓDIGO PENAL

O Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012, acerca do crime em apreço,[53] procura corrigir as dúvidas quanto às qualificadoras de resultado lesão corporal grave ou morte, fixando que tais condições são consideradas quer quando incidentes

50. Pela Lei 9.269/1996.

51. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, cit., vol. 3, p. 124-127.

52. Cf. "Reale Júnior diz que Código Penal pode ser motivo de vergonha internacional". *O Globo*, Caderno País, 28.02.2013.

53. "Art. 159. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:
Pena – prisão, de oito a quinze anos.

sobre o sequestrado ou terceira pessoa, findando com as dificuldades atualmente existentes, ocorrentes, *e.g.*, quando é morto um segurança da vítima. No mais, a pretendida nova construção legislativa, de uma parte, mantém aspectos ruins da atual redação e, de outra, ainda piora os demais.

Assim, as penas desproporcionais são mantidas e não se aclara a questão da vantagem visada pelo agente, se econômica ou não, devida ou indevida. O delito permanece no título dos crimes contra o patrimônio, o que, como lançado *supra*, é um erro. Cingindo-se a apenas um exemplo estrangeiro quanto a estes aspectos, de se notar que no Código Penal espanhol (*Ley Orgánica* 10/1995), o tipo correspondente (art. 164)[54] vem previsto no título dos *crimes contra a liberdade*, referindo-se a "*qualquer condição*"[55] e, por fim, a pena cominada é de prisão de 6 a 10 anos.

Quanto ao PLS 236/2012, ainda, as claras qualificadoras de vítimas menores de 18 anos ou maiores de 60 são substituídas por "*criança*", "*adolescente*" ou "*idoso*", criando desnecessários elementos normativos. Permanece, outrossim, a problemática da lesão grave ou morte culposas serem niveladas a dolosas, bem como de modo injusto, insculpe-se lesões graves "*em qualquer grau*" (criação da pretendida nova redação dada ao art. 129).

---

§ 1.º Se o sequestro dura mais de vinte e quatro horas ou se o sequestrado é criança, adolescente ou idoso:
Pena – prisão, de doze a vinte anos.
§ 2.º Se, para praticar o fato, assegurar a impunidade do crime ou a detenção da vantagem, o agente causa lesão corporal grave, em qualquer grau, na vítima ou em terceira pessoa, a pena será de dezesseis a vinte e quatro anos; se causa a morte, de vinte e quatro a trinta anos.
§ 3.º Se o crime é cometido em concurso, o coautor ou partícipe que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena vinculativamente reduzida de um a dois terços, ou terá a investigação arquivada pelo Ministério Público, implicando na extinção da sua punibilidade".

54. "*Artículo 164. El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieren las condiciones del artículo 163.2*".

55. A respeito do tipo em foco, escreve RAGUÉS I VALLÉS: "*Entre las modalidades agravadas de detenciones ilegales cabe citar también la figura del* secuestro *(art. 164 CP), que es una detención cualificada por el hecho de que el sujeto activo exija alguna condición para poner en libertad la víctima. Tal condición no tiene por qué ser económica, sino que su naturaleza puede ser cualquiera outra (política, por ejemplo) y puede tener como destinatario tanto a la propia víctima como a terceras personas. Para apreciar un secuestro no es necesario, sin embargo, que la condición se cumpla, sino que basta com su exigência (STS de 17 de marzo de 2010, ponente García Pérez)*". RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Delitos contra la libertad. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *Lecciones de derecho penal*: parte especial. Barcelona: Atelier, 2011, p. 90.

Por fim, quanto à delação eficaz, o dispositivo pretende fixar duas possibilidades alternativas, quais sejam redução de pena ou arquivamento de investigação pelo Ministério Público, com a consequente extinção da punibilidade. Trata-se de uma fixação sem maiores critérios e bastante questionável. Inicialmente, porque a segunda possibilidade representa simples impunidade. Depois, porque se há a chance de impunidade, a primeira possibilidade seria injusta para situações similares. E, enfim, uma vez mais, a redação é a técnica até em sua proposição descabida, eis que a lei penal deveria simplesmente declarar a causa de extinção da punibilidade, sem necessidade de estabelecimento de que o órgão acusador deverá "*promover o arquivamento*".

Por tais razões, por mais este aspecto, este atécnico Projeto de Código Penal, quem vem recebendo grande desaprovação por parte da comunidade jurídica, representa, verdadeiramente, um desastrado *disegno di legge*, o qual, espera-se, na esteira das notórias críticas de DOTTI[56] e REALE JÚNIOR,[57] seja abandonado definitivamente pelo Poder Legislativo.

6. CONCLUSÕES

1. Muito embora a dogmática penal brasileira não se detenha com destaque sobre o crime de extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP), sua estruturação em nossa legislação enseja importantes discussões acerca de sua legitimidade e interpretações duvidosas comumente levadas a efeito.

2. Como primeiro equívoco constatado, observa-se que o crime não ostenta cunho formal e sim material, contrariamente ao praticamente pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial. O núcleo do tipo (*sequestrar*) demonstra isso, aproximando-se, ademais, do crime de sequestro ou cárcere privado (art. 148).

3. Ainda, quanto ao elemento subjetivo do tipo, nota-se que a redação legislativa não faz qualquer ressalva quanto à vantagem visada, se econômica ou não, devida ou indevida. Dessa maneira, não parecem adequadas as ressalvas feitas pelo entendimento majoritário (vantagem econômica indevida), o que ignora a pluriofensividade do crime, no primeiro caso, e inverte a lógica do crime-fim e crime-meio, no segundo.

4. Há, também, dificuldades interpretativas quanto à extorsão mediante sequestro absorver ou não o tipo de tortura e de associação criminosa (antiga quadrilha

56. Exemplificativamente, DOTTI, René Ariel. Algumas bases ideológicas do Projeto 236/2012. *Boletim IBCCrim*, vol. 240, nov.-2012, p. 2-4.

57. *V.g.*, REALE JR, Miguel. Um centro filosófico do sistema penal. *Boletim IBCCrim*, vol. 262, set.-2014, p. 17-19 e REALE JR, Miguel. A quem interessa o Projeto Sarney? *O Estado de S. Paulo*, 06.10.2012, p. A2.

ou bando), neste caso quando perpetrada por este grupo, nos termos da definição do art. 288 do Código Penal.

5. No primeiro caso, a chave da resposta parece estar nos desígnios autônomos, enquanto no segundo o legislador incorreu em *bis in idem*.

6. Não bastasse o crime de extorsão mediante sequestro ser um crime considerado hediondo, com todos os gravames disso decorrentes, ainda se fixam sanções desproporcionais.

7. Considerando-se que o aplicador da lei penal deve sempre partir da pena-base fixada no mínimo legal, veja-se que todas as modalidades de extorsão mediante sequestro são mais graves que o homicídio simples e apenas a modalidade do *caput* não é equivalente ou mais grave que o homicídio qualificado.

8. Também quanto à investigação criminal, o delito em questão mostra potencial de controvérsia, em face da possibilidade de se compreender que estaria justificada a tortura ou a fixação da delação premida.

9. No caso da tortura, conclui-se por sua não justificação face aos contornos do Estado Democrático de Direito. No caso da delação premiada, apesar de seu uso abusivo e controvertido pelo legislador brasileiro, entende-se adequado no caso face aos contornos estabelecidos e valor envolvido.

10. O Projeto de Lei do Senado n 236/2012, que poderia superar inúmeras questões controvertidas em torno do crime em foco, culmina, em realidade, por piorá-lo, devendo ser rechaçado.

7. BIBLIOGRAFIA

BENTO DE FARIA. *Código penal brasileiro (comentado)*. Rio de Janeiro: Record, 1959. vol. V.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 2.

_____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 3.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial* 1. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

DELMANTO, Celso *et all*. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. Algumas bases ideológicas do Projeto 236/2012. *Boletim IBCCrim*. vol. 240. nov. 2012. p. 2-4.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Sequestradores não podem ser processados por crime de tortura. *Revista Consultor Jurídico*. 15.02.2002. Disponível em: [www.conjur.com.

br/2002-fev-15/extorsao_mediante_sequestro_tortura_sao_dois_crimes]. Consulta realizada em 20.09.2015.

GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. *O crime de extorsão no direito penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Niterói: Impetus, 2009. vol. III.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. VII.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard.. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 2.

MARQUEZ, Gabriel García. *Notícia de um sequestro*. Trad. Artur Guerra e Cristina Rodriguez. Lisboa: Dom Quixote, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 2.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Delitos contra la libertad. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Barcelona: Atelier, 2011. p. 85-103.

REALE JR., Miguel. *Direito penal aplicado*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

_____. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. A quem interessa o Projeto Sarney? *O Estado de S. Paulo*. 06.10.2012, p. A2.

_____. Um centro filosófico do sistema penal. *Boletim IBCCrim*. vol. 262. set.-2014, p. 17-19.

ROXIN, Claus. *¿Puede llegar a justificarse la tortura?* Trad. Justa G. Navajas. México, DF: Inacipe, 2010.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. Tese de Livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Extorsão – Insuficiência de provas – Alegações finais, de Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto e Nelson Luiz Pinto – *RePro* 38/312 (DTR\2011\5422);
- Extorsão, crime material, consumação, de Geraldo Batista de Siqueira – RT 659/245 (DTR\1990\154); e
- Lei 11.923/2009 tipifica sequestro relâmpago, de Vilson Farias – RT 892/425 (DTR\2010\116).

A PERDA ALARGADA EM FACE DA PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Extended loss before the Brazilian criminal procedure's principles

Cláudio Macedo de Souza

Doutor em Ciências Penais pela UFMG. Professor na UFSC. Membro do Conpedi e da OAB/MG. Advogado.
clauruas@gmail.com

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Mestrando em Teoria e História do Direito pela UFSC. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Advogado.
luizeduardo.cardoso@gmail.com

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: Neste artigo, busca-se discutir a perda alargada, instituto regulado pela Diretiva 2014/42 da União Europeia, que permite a decretação do perdimento de bens daquele que for criminalmente condenado, comportando, para além da perda clássica, o confisco de bens que se mostrarem desproporcionais aos rendimentos legítimos auferidos pelo imputado. Uma vez que o instituto suscita questionamentos quanto à sua conformidade à principiologia penal, avalia-se, sob o prisma da natureza jurídica da perda alargada – cuja aferição é essencial à análise do problema ora enfrentado –, se haveria compatibilidade entre tal instituto e o ordenamento jurídico brasileiro. Ao fim, conclui-se que a perda alargada respeita as garantias penais e processuais penais constitucionalmente asseguradas no Brasil.

Palavras-chave: Perda alargada – Perda clássica – Processo penal – Constituição Federal.

Abstract: This article discusses the extended loss, institute addressed by the EU Directive 2014/42, which allows judicial order of forfeiture of property of convicted people and, in addition to the classic loss, the confiscation of property that shows disproportionate to the legitimate income earned by the accused. Once the institute raises questions as to its conformity to the criminal principles, it is evaluated from the perspective of the legal nature of the enlarged loss – which is essential for the analysis of the problem now faced – if there would be compatibility between the enlarged loss and Brazilian legal system. In the end, it is concluded that the extended loss respects the criminal and criminal procedural guarantees constitutionally ensured in Brazil.

Keywords: Extended loss – Classical loss – Criminal process – Federal Constitution.

Sumário: 1. Introdução – 2. Aproximação conceitual da perda alargada: 2.1 A perda clássica no Brasil e em Portugal; 2.2 A perda alargada – 3. O surgimento e a adoção da perda alargada: 3.1 Regulamentação da perda alargada em Portugal e em outros países europeus; 3.2 Os crimes aos quais é aplicável a perda alargada em Portugal – 4. A função preventiva da perda alargada em face da criminalidade moderna – 5. A operacionalização da perda alargada em Portugal – 6. A perda alargada em face da principiologia processual penal – 7. Considerações finais – 8. Referências utilizadas.

Souza, Cláudio Macedo de. Cardoso, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 233-271. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

1. INTRODUÇÃO

Entre a eficiência e o garantismo, o direito penal e o direito processual penal têm, em seu centro, um embate: o poder-dever do Estado de punir diante dos direitos individuais. Estes delimitam aquele, na medida em que é o respeito às liberdades individuais que dá os limites em meio aos quais o direito penal – forma mais gravosa de imposição do poder estatal – pode atuar.

Paralelamente, há que se afirmar que, em face ao avanço e à modernização da criminalidade, os meios de combatê-la devem também evoluir. Neste pensar, a União Europeia, por meio da Diretiva 2014/42, recomendou aos seus Estados-membros a adoção da perda alargada. O presente escrito ocupa-se desse tema.

Em apertada síntese, a perda alargada é mecanismo processual que permite que se decrete a perda de bens de sujeito condenado criminalmente, sem, no entanto, que tais bens estejam, necessariamente, vinculados à prática delitiva que ensejou a condenação – o que difere o instituto em comento da perda clássica.

Uma vez que tal instituto tem sua aplicação relacionada a crimes que, invariavelmente, assumem caráter transnacional, revela-se imprescindível, para a União Europeia, a adoção de regras mínimas no combate a tal criminalidade.

A perda alargada entra em cena, assim, em um cenário de combate ao crime organizado, sobretudo. Isso porque uma das mais palpitantes questões no âmbito da sociedade contemporânea refere-se à persecução às modernas formas de criminalidade. A repressão a tais práticas delituosas – a experiência vem demonstrando – não se realiza a contento pelos tradicionais meios engendrados pela ciência penal, destacada a privação de liberdade. Ora, se o crime se modernizou, também a legislação, com vistas a combatê-lo, deve modernizar-se.

Faz-se necessário, então, conferir aplicabilidade ao adágio segundo o qual "o crime não compensa". A repressão e prevenção da criminalidade pelo aspecto patrimonial, bem como o confisco das vantagens ilícitas auferidas com a prática de crimes, têm se revelado imprescindíveis para tanto. Em outras palavras, mostra-se fundamental a descapitalização dos autores de ilícitos penais graves, através das medidas patrimoniais penais.

E, assim, a adoção da perda alargada revela-se como uma eficiente alternativa para se atingir tal desiderato. Com o surgimento da necessidade de adoção de medidas destinadas à imobilização da base financeira de organizações criminosas, a perda de bens configura um importante instrumento destinado a evitar a continuidade de graves crimes que atentam contra os direitos fundamentais dos cidadãos e contra a própria existência do Estado Democrático de Direito.

Se, por um lado, a perda alargada revela-se como instrumento bastante efetivo e adequado ao combate à criminalidade moderna, por outro, a busca desenfreada de eficácia a todo custo no combate ao crime pode minar as bases democráticas do

SOUZA, Cláudio Macedo de. CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 233-271. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Estado de Direito, em detrimento dos direitos, liberdades e garantias individuais. Além disso, a legitimidade e a validade ética das normas penais dependem da sua compatibilidade com os princípios e regras do Estado Democrático de Direito, de tal maneira a se buscar uma solução razoável e equilibrada no caso concreto.

Neste norte, ressalta-se que a perda alargada, embora adotada por um considerável número de países e, em geral, acolhida pela jurisprudência destes, encontra resistência em parte da doutrina processualista penal. Argui-se, por exemplo, que constitui indevida violação ao princípio do ônus da prova, do estado de inocência, da culpabilidade e do *in dubio pro reo*.

É de se projetar, assim, a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da perda alargada. Nesse caso, questiona-se, como problema central do presente artigo, se tal instituto se amoldaria às garantias processuais asseguradas pela Constituição Federal aos cidadãos. A hipótese que, provisoriamente, se apresenta e que se pretende verificar, é de que haveria conformidade entre a perda alargada e a Constituição Federal brasileira.

Na confecção deste trabalho, procedeu-se à análise de ordenamentos jurídicos diversos, mormente do português, em virtude de sua semelhança com o brasileiro e da proximidade cultural. A técnica utilizada foi, majoritariamente, a de pesquisa bibliográfica, com recurso sobretudo à doutrina processualista penal portuguesa, e jurisprudencial, evidenciando a postura das cortes estrangeiras e internacionais acerca da perda alargada. O método de abordagem adotado foi o dedutivo,[1] uma vez que se parte de concepções mais abrangentes sobre a perda alargada – as premissas iniciais – para, com base nas garantias processuais, deduzir argumentos – e uma eventual conclusão – no debate acerca da compatibilidade de tal instituto com o ordenamento jurídico brasileiro. Os métodos de procedimento foram o descritivo e o argumentativo.

2. APROXIMAÇÃO CONCEITUAL DA PERDA ALARGADA

2.1. *A perda clássica no Brasil e em Portugal*

Antes mesmo de se proceder à conceituação do instituto que constitui o objeto central do presente trabalho, discorrer-se-á, por questão lógica, acerca da perda

1. O presente escrito assenta-se, sobretudo, no método hipotético-dedutivo delineado por Karl Popper, que parte "das generalizações aceitas, do todo, de leis abrangentes, para casos concretos, partes da classe que já se encontram na generalização" (LAKATOS; MARCONI. Metodologia científica. p. 71); em outras palavras, o método dedutivo "se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos, acerca da qual formulam-se hipóteses e, pelo processo de inferências dedutivas, testa-se a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese" (LAKATOS; MARCONI. *Fundamentos de metodologia científica*. p. 106).

clássica. Atualmente, tal instituto é regulamentado pelos Códigos Penais brasileiro (art. 91, I) e português (art. 109.º) de modo bastante análogo, consoante se depreende de tais dispositivos legais.[2]

De maneira geral, a perda (ou confisco – utilizar-se-ão, indistintamente, ambos os termos), pode ser definida como "sanção ou medida judicial, decretada por um tribunal em consequência de um processo relativo a uma ou várias infracções penais, que conduza à privação de um bem", como se extrai da Decisão-Quadro 2005/212 do Conselho da União Europeia e do art. 2.º, *g*, da Convenção de Mérida (também conhecida como Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – 2003), de modo similar ao que dispõe a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – 2000), em seu art. 2.º, *g*.

Em sua modalidade clássica – estritamente vinculada ao delito em razão do qual há condenação criminal –, a perda é efeito da condenação. Para se clarificar tal assertiva, é necessário ter em mente que "a condenação é o ato do juiz por meio do qual impõe uma sanção penal ao sujeito de uma infração".[3] Assim, é possível definir os efeitos da condenação como

"Todos aqueles que, de modo direto ou indireto, atingem a vida do condenado por sentença irrecorrível. O fato de estar o réu compelido à execução da pena aplicada pela sentença condenatória não afasta a existência de efeitos outros,

---

2. Código Penal brasileiro: "Efeitos genéricos e específicos. Art. 91 – São efeitos da condenação: (...) II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: *a*) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; *b*) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1.º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2.º Na hipótese do § 1.º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda".
Código Penal português: "Capítulo VIII – Perda de instrumentos, produtos e vantagens. Art. 109.º. Perda de instrumentos e produtos. 1 – São declarados perdidos a favor do Estado os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos. 2 – O disposto no número anterior tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto. 3 – Se a lei não fixar destino especial aos objectos perdidos nos termos dos números anteriores, pode o juiz ordenar que sejam total ou parcialmente destruídos ou postos fora do comércio".
3. JESUS. *Direito penal*. p. 639.

secundários, reflexos ou acessórios, de natureza penal e extrapenal, que em alguns casos necessariamente a acompanham."[4]

Os efeitos principais são aqueles decorrentes da condenação imposta a um sujeito, dos quais ressai como exemplo mais evidente a perda da liberdade. Os efeitos secundários, por sua vez, são aqueles que, obrigatória ou facultativamente – a depender da espécie –, acompanham os efeitos primários.

Tem-se, ainda, como subespécies dos efeitos secundários da condenação, os efeitos penais e efeitos extrapenais (cíveis, administrativos, trabalhistas ou políticos), os quais se dividem, por sua vez, em efeitos genéricos ou automáticos e efeitos específicos ou não automáticos.[5] Já inserindo a perda na aludida classificação, Bissoli Filho aduz que, "no que tange às consequências secundárias extrapenais da condenação, é necessário ressaltar que podem alcançar vários âmbitos, entre os quais, o cível, como a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, o confisco (...)".[6]

A perda ou confisco, portanto, segundo o supracitado autor, é efeito secundário da condenação que pertence ao âmbito cível, embora, como se verá adiante, tenha caráter penal. Contudo, tarefa árdua é a distinção teórica entre as penas e os efeitos secundários da condenação, mormente aqueles não automáticos, os quais, além de estarem expressamente previstos na lei penal, exigem que sua declaração, na sentença penal condenatória, seja fundamentada, à moda das penas. A similitude existente entre os efeitos não automáticos – mesmo os extrapenais – e as penas extrai-se do fato de alguns deles figurarem, igualmente, entre as penas restritivas de direito: a perda de bens e valores (art. 91, II, do CP), a título ilustrativo, confunde-se com a pena restritiva de direitos de igual designação (art. 43, II, do CP).[7]

Vale dizer que a Constituição Federal Brasileira prevê a perda de bens como uma das sanções penais, no art. 5.°, LXV (reparação do dano) e LXVI (pena). Trata-se, como se afirmou, de conferir a mesma designação à perda de bens e valores prevista no art. 91, II, do CP, e à pena restritiva de direitos arrolada no art. 43, II, do mesmo diploma.

É, portanto, controvertida a natureza jurídica das sanções patrimoniais no âmbito doutrinário, havendo quem defenda que o confisco é pena acessória, efeito da condenação de natureza penal, medida de segurança e, ainda, que tem natureza extrapenal. A exposição em tela é fundamental na medida em que, como

4. PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*. p. 686.
5. BISSOLI FILHO. *A sanção penal e suas espécies*. p. 113.
6. Idem, p. 114.
7. Idem, p. 114-115.

antecedente lógico da perda alargada, a perda clássica orienta a classificação que se deve conferir àquele instituto, a qual será relevante na discussão relativa à sua adoção e às consequências da sua aplicação, bem como na compreensão do instituto e da incidência dos princípios e regras de direito penal e processual penal.[8]

Consoante assevera Moro, "a discussão não é isenta de consequências práticas: como pena, há de se exigir maior rigor para sua aplicação do que caso seja considerado uma sanção sem caráter punitivo".[9]

Nesse contexto, extrai-se da obra de Lima que

"O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no julgamento do caso Welch contra Reino Unido, estabeleceu como critérios para qualificar a medida de confisco como pena em relação ao art. 7.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: se a medida se impõe depois da acusação por uma infração; a natureza e a finalidade da medida; sua qualificação e os procedimentos no Direito Interno; e, por fim, a gravidade da medida".[10]

Moro aduz que o caráter punitivo do confisco é questionado, principalmente diante do fato de que seu principal objetivo é o do retorno do *status quo* vigente antes da prática do crime; em outras palavras, aquele mecanismo confiscatório visa, unicamente, à reposição da situação existente antes da prática delitiva. Assim, se o confisco não inova a situação patrimonial do criminoso ou da vítima, não se poderia classificá-lo como pena.[11]

Outro óbice à compreensão de que o confisco é pena seria o fato de que aquilo que é retirado do autor é algo sobre o qual este não tem direito algum. Assim, seria adequada a caracterização do confisco como sanção ou medida de cunho reparatório, embora não se possa olvidar, em menor grau, o caráter preventivo que lhe é imanente, o qual decorre da privação do criminoso dos meios e recursos necessários para a continuidade de atividade delitiva ou para a prática de novas infrações.[12]

Bissoli Filho, por outro lado, acredita que, ainda que produzam efeitos em outras áreas para além do Direito Penal, os efeitos secundários têm um caráter penal bastante nítido, porquanto originados na seara penal e por ocasião de uma condenação criminal. O autor conclui que tais efeitos podem, portanto, ser tratados como espécies de sanção penal, embora distintas das demais espécies do mesmo gênero em decorrência de suas formalidades e efeitos específicos. Outra relevante distinção concernente às

8. LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 210.
9. MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 168.
10. LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 210.
11. MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 168.
12. Idem, p. 169.

penas e aos efeitos secundários da condenação, continua o doutrinador, refere-se ao caráter que assumem: para aquelas, retributivo; para estes, preventivo.[13]

Prosseguindo e encerrando, em relação à perda clássica, é possível afirmar que, embora os efeitos secundários da condenação sejam similares às penas, aqueles automáticos diferenciam-se por não constarem, expressamente, na sentença penal condenatória, uma vez que são consectários lógicos das penas. Os demais efeitos secundários, uma vez que não automáticos, assemelham-se às penas, porquanto exigem declaração fundamentada na sentença penal condenatória.[14]

2.2. A perda alargada

A perda alargada nada mais é que a expansão da perda clássica; é, assim, a perda de produtos, bens ou instrumentos além daqueles estritamente vinculados ao crime em razão do qual há uma condenação criminal.

Tal mecanismo surgiu como forma de confrontar as difíceis exigências de prova que os mecanismos tradicionais de perda impunham, porquanto demandavam a demonstração de nexo direto entre o crime e os bens cujo confisco se deseja decretar. Surge tal instituto, mais precisamente, num sentido de facilitar a prova da conexão entre as vantagens e os crimes concretos de onde elas provêm. Como aduz Duarte,

"O mecanismo tradicional de perda de benefícios resultantes de um crime veio a revelar inúmeras insuficiências, precisamente porque exige que se prove a efetiva ligação entre os benefícios obtidos e o crime, prova esta que, na maioria das situações, é impossível de ser feita. Não tendo sido feita prova, não opera o mecanismo clássico e como tal poderiam ser mantidos os benefícios, provenientes de atividades ilícitas, na esfera patrimonial dos criminosos".[15]

Assim, perante a insuficiência da modalidade tradicional de vinculação da perda a um crime concreto tido por provado e as dificuldades na aplicação de tal modalidade de perda, a comunidade internacional passou a defender a adoção da perda alargada, que, então, despontou tanto nos países de tradição jurídica anglo-saxônica (*common law*) quanto naqueles de direito continental (*civil law*).

Afirmam Simões e Trindade,[16] bem como Duarte,[17] que a perda alargada almeja três objetivos: acentuar os fins de prevenção geral e especial, mediante a demons-

13. BISSOLI FILHO. *A sanção penal e suas espécies*. p. 115.
14. Idem, p. 115-116.
15. DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 13.
16. SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 2.
17. DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 14.

tração de que, literalmente, "o crime não compensa;" evitar a aplicação de vantagens ilícitas no cometimento de novos crimes; e reduzir os riscos de concorrência desleal decorrentes do investimento de lucros ilícitos em atividades empresariais.

É fundamental observar, ademais, que a perda alargada ganha espaço com a paulatina superação da prisão como principal resposta estatal à criminalidade, ao passo em que se prioriza o "asfixiamento" econômico do agente do crime,[18] para melhor atender aos fins preventivos a que o Direito Penal se presta.

O agente do crime, aliás, geralmente não é único: em grande parte dos casos em que se aplica a perda alargada, o crime imputado ao condenado foi praticado em associação criminosa. Cresce, assim, a importância do confisco de bens, com vistas a desestruturar essas organizações criminosas, que são praticamente insensíveis às penas restritivas de liberdade, mas bastante atingidas quando lhes é retirado seu mais importante componente: o capital.

Há que se avaliar, na sequência, a natureza jurídica de que se reveste o confisco. Inicialmente, recorre-se à lição de Herrera, segundo o qual,

"Embora o confisco não seja pena, não significa que não deva submeter-se aos princípios que regem o processo penal e que garantem os direitos do acusado. O caráter aflitivo da medida, portanto, justifica que se dê ao titular dos bens objetos de confisco, a oportunidade de defender a ausência de conexão entre esses bens e o delito".[19]

Tem-se, portanto, um primeiro posicionamento, que considera que o confisco não é pena. Além disso, pouco se encontra na doutrina processualista penal, o que, todavia, não conduz ao silêncio. Já de início, é necessário destacar que, embora úteis à presente análise, as considerações relativas à perda clássica não são inteiramente aplicáveis à perda alargada.

É possível assinalar, desde logo, que, se a perda clássica é efeito secundário automático, a perda alargada sequer é automática: sua decretação não somente exige declaração fundamentada na sentença condenatória, como também demanda a instauração de um procedimento específico. Tal circunstância aproxima a perda alargada das penas.

Assim, seria o caso de se questionar o caráter de efeito secundário da condenação da perda alargada. Contudo, é inviável considerá-la como pena, mormente porque os fins desta espécie de sanção penal são, eminentemente, retributivos, ao passo que a perda alargada tem intuito destacadamente preventivo, como se extrai de

18. SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 2.

19. HERRERA. *Los delitos de blanqueo de capitales*. p. 765.

seus três objetivos acima destacados. A perda clássica, ainda, como também já referido, tem um desiderato acentuadamente reparatório.

Tal caráter reparatório decorre da restituição ao *status quo* anterior ao crime promovida pela perda clássica. A perda alargada, por outro lado, não somente restitui o estado anterior à prática do crime em razão do qual há condenação, como também busca o confisco de bens presumivelmente oriundos de outras práticas delitivas. Porém, também aqui, assim como na perda clássica, uma vez que presente o caráter reparatório – até mesmo mais ampliado –, a perda alargada distancia-se das penas. E por extrair do condenado, legitimamente, algo que não lhe pertence, a perda alargada novamente revela-se distinta das penas.

Assim, levadas em conta as considerações ora tecidas, afigura-se possível classificar a perda alargada como efeito secundário penal não automático, de sorte que, ainda que não seja pena, tal instituto reclama o respeito aos princípios que regem o processo penal e que garantem os direitos do arguido.

3. O SURGIMENTO E A ADOÇÃO DA PERDA ALARGADA

Consoante já assinalado, a União Europeia, por meio de sua Diretiva 2014/42, que dispõe sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime, criou instrumento normativo que contém alguns parâmetros mínimos a serem adotados pelos Estados-membros da comunidade europeia na repressão do crime organizado internacional, dentre os quais se destaca a perda alargada. Logo de início, a norma regional evidencia dois de seus principais fundamentos:

(1) A criminalidade internacional organizada, incluindo organizações criminosas do tipo máfia, tem por principal objetivo o lucro. Por conseguinte, as autoridades competentes deverão dispor dos meios necessários para detectar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime. Todavia, para prevenir eficazmente e combater a criminalidade organizada, haverá que neutralizar os produtos do crime, alargando, em certos casos, as ações desenvolvidas a quaisquer bens que resultem de atividades de natureza criminosa. (2) Os grupos criminosos organizados ignoram as fronteiras e adquirem cada vez mais ativos em Estados-Membros que não aqueles em que estão baseados e em países terceiros. Faz-se cada vez mais sentir a necessidade de uma cooperação internacional eficaz em matéria de recuperação de ativos e de auxílio judiciário mútuo.

Há, desde já, duas questões a se enfrentar. Inicialmente, há que se aclarar o que é a diretiva – instrumento normativo estranho ao ordenamento jurídico brasileiro – e qual é seu fim. Trata-se de ato normativo do Parlamento Europeu que prevê diretrizes e objetivos a serem acolhidos pelos Estados-membros, a fim de que se harmonizem suas legislações. O mote é uma maior efetividade na repressão à

criminalidade, sobretudo quando esta adquire caráter organizado e transnacional – fenômeno peculiar à criminalidade organizada.

Sua importância cresce em se tratando da União Europeia, em que a integração regional leva quase que à dissipação das fronteiras. Tal fenômeno, embora tenha aspectos positivos, também dá azo a consequências prejudiciais, como o livre trânsito de elementos relacionados a crimes – de pessoas a instrumentos, passando por vantagens e produtos. Assim, mesmo tendo seu núcleo num determinado Estado, um grupo criminoso também pode atuar em diversos outros países para adquirir ativos, ocultar bens e inviabilizar a repressão estatal. Daí decorre a imprescindibilidade da cooperação jurídica internacional, o que se alcança com um regramento mínimo comum entre os Estados.

Porém, é de se ressaltar que, antes mesmo da edição da diretiva em comento, vários países já haviam inserido a perda alargada ou instrumento similar em seus ordenamentos jurídicos. Além disso, fenômeno destacado é o fato de que significativo número de países tem incorporado Convenções Jurídicas aos seus ordenamentos.

A adesão a normas convencionais, contudo, respeita as particularidades dos ordenamentos jurídicos nacionais, o que se verifica quando se salienta, nos instrumentos internacionais, a necessidade de atuar de acordo com o direito interno dos Estados, de sorte a se criar uma válvula de segurança para que se salvaguardem os interesses e direitos dos cidadãos, de forma a que seja compatível com o cumprimento da política-criminal atual de recuperação dos lucros gerados pelos crimes.[20]

3.1. Regulamentação da perda alargada em Portugal e em outros países europeus

Cabe aludir, inicialmente, à Diretiva 2014/42 da União Europeia. Trata-se de uma previsão ainda bastante abstrata, que somente estabelece diretrizes genéricas e delega aos Estados-Membros a regulamentação da perda alargada.[21]

Conforme já indicado, antes mesmo da edição da diretiva em comento, muitos países já dispunham de instrumentos normativos que previam a perda alargada. É

20. DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 37-40 e 46.

21. "Art. 5.º Perda alargada

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infracção penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um beneficio econômico, caso um tribunal, com base nas circunstancias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso."

o caso de Portugal, cujo ordenamento jurídico é alvo central – embora não exclusivo – do presente escrito. Nesse contexto, é relevante a análise do art. 8.º da Constituição portuguesa,[22] que evidencia a vinculação do ordenamento jurídico português à legislação internacional. Nesse contexto, a Lei 5/2002 criou um conjunto de medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, que recaíram sobre a colheita de prova, quebra de segredo profissional e perda alargada de bens a favor do Estado. Em seu art. 7.º, assim dispõe a norma em comento:

"1. Em caso de condenação pela prática de crime referido no art. 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com seu rendimento lícito.

2 – Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:

a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;

b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;

c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

3 – Consideram-se sempre como vantagens de atividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no art. 111.º do CP."

Tal dispositivo inicia um capítulo designado "Perda de bens a favor do Estado", que consagra a perda alargada, a qual é sanção de caráter penal – o que justificará a sua sujeição a princípios e garantias penais.[23] Ainda, no n. 2 da norma supra trans-

22. 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.
4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

23. DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 21-22.

crita, a lei define o que se deve compreender por patrimônio do arguido: tudo que esteja na sua titularidade ou domínio na data da constituição de arguido (uma espécie de angularização processual) ou posteriormente; os bens transferidos para terceiros de forma gratuita ou através de uma contraprestação irrisória nos cinco anos anteriores à constituição de arguido; e os bens recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido, ainda que seja impossível determinar seu destino.[24]

O art. 8.º – que se analisará mais detidamente adiante –, por sua vez, prevê o procedimento mediante o qual se buscará o decreto de perda de bens, que se desenvolve em paralelo à ação penal, a qual, "em última instância, irá originar a condenação que será um dos pressupostos para a declaração de perda alargada".[25]

Dispositivo relevante da norma em apreço, contido em seu art. 1.º, diz respeito aos crimes aos quais é aplicável a perda alargada – delitos reputados, pelo legislador, como aqueles que, mais provavelmente, gerarão acréscimo patrimonial para quem os pratica. Trata-se do tema do próximo subitem.

Antes, porém, cumpre salientar, ao nível do direito internacional, quatro convenções: a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (2000); a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (2000); a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (2005), e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003).

Em comum, as normas convencionais aludidas têm o fato de salientarem a necessidade de adoção de mecanismos alargados de confisco patrimonial, sugerindo que se opte pela inversão do ônus da prova, deixando, no entanto, ao critério dos Estados-membros a operacionalização de tais mecanismos, tendo também em atenção a compatibilidade com os ordenamentos jurídicos internos.[26]

Neste norte, discorrendo acerca da adoção da perda alargada por diversos países – e antecipando parte do que se apresentará adiante, individual e detalhadamente –, Bonfim e Bonfim relatam que, "depois da Convenção de Viena (Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas), diversos países introduziram em seus ordenamentos modificações no regime do confisco de bens".[27]

24. Idem, p. 22.
25. Idem, p. 21.
26. Idem, p. 18.
27. BONFIM; BONFIM. *Lavagem de dinheiro*. p. 93-95.

Passa-se agora, então, à analise do rol de crimes constante da norma lusitana já aludida, aos quais é aplicável a perda alargada.

3.2. Os crimes aos quais é aplicável a perda alargada em Portugal

Já de início, recorre-se, novamente, à Lei 5/2002, que, em seu art. 1.º, elenca os crimes aos quais é aplicável a perda alargada: tráfico de estupefacientes; terrorismo e organização terrorista; tráfico de armas; tráfico de influência; corrupção ativa e passiva; peculato; participação econômica em negócio; branqueamento de capitais; associação criminosa; contrabando; tráfico e viciação de veículos furtados; lenocínio e lenocínio de menores; tráfico de pessoas; contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda.

Da leitura do rol legal, destacam-se duas características presentes, em geral, em todos os crimes: o fato de que, usualmente, são cometidos por uma organização criminosa, bem como o intuito geral de busca do lucro. Esta é, aliás, uma das peculiaridades da criminalidade moderna, sobretudo a organizada: o seu elevado potencial em gerar significativos proventos econômicos.

Assim, é de se observar que as organizações criminosas – pelo menos aquelas de que trata a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (do ano de 2000) – têm o lucro por escopo, consoante se extrai da norma convencional em comento, em seu art. 2.º, *a*:

Por grupo criminoso organizado deverá entender-se um grupo estruturado de três ou mais pessoas que existe durante certo tempo e atue concertadamente com o propósito de cometer um ou mais crimes graves ou crimes tipificados nos termos da presente convenção com vista a obter, direta ou indiretamente, um benefício de ordem material.

Tal característica, mais que qualquer outra, faz com que os crimes de que trata a lei sejam insensíveis às penas restritivas de liberdade, que muito debilmente realizam seus fins retributivo e preventivo. Outrossim, observa-se que, para uma organização criminosa, "é mais fácil substituir dez agentes presos e condenados do que dez milhões de dólares congelados e confiscados pela autoridade judiciária".[28]

Portanto, por se diferirem da delinquência tradicional, aos crimes arrolados na lei em apreço deve ser dispensado um tratamento repressivo diferenciado.

Moro relata conhecidíssimo e ilustrativo caso que bem evidencia tal assertiva:

"Em 1931, quando foi preso por sonegação de impostos, o gângster norte-americano Al Capone possuía bens e fortuna que ultrapassavam 100 milhões de

28. BERNASCONI, Paolo apud LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 208.

dólares. Esse episódio deixou uma lição muito importante para o Poder Judiciário: a melhor forma de combater o crime de lavagem de dinheiro, que consiste na conduta de ocultar ou dissimular o produto do crime em fachadas jurídicas aparentemente legais, é apreender os bens derivados da atividade ilícita."[29]

Nesse sentido, ainda acerca da lavagem de dinheiro (ou branqueamento de capitais, como é tratado o delito em Portugal), Bonfim e Bonfim asseveram, retomando boa parte do que já se afirmou neste escrito, que,

"Diante da importância do confisco de bens e valores no combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro (...), a medida constitui um dos assuntos em pauta, objeto de intenso debate e alterações legislativas. Nesse sentido, observa Choclán Montalvo que é recente a preocupação da politica criminal com os instrumentos e produto do crime. Hodiernamente, no contexto de combate à criminalidade organizada e à lavagem de dinheiro, esta politica criminal tomou novos rumos, orientando-se para a investigação, sequestro e confisco do patrimônio criminal. Tal fato, aliás, constitui fundamental objetivo na política legislativa da União Europeia e no âmbito internacional. Nesse diapasão, como vimos, situam-se as tendências de inversão de ônus da prova, tipificação de ilícitos específicos, como o enriquecimento ilícito e, ainda, uma menor exigência probatória, que favoreça o confisco em caso de aumento injustificado do patrimônio criminal."[30]

A toda evidência, não somente a lavagem de dinheiro tem seu papel destacado. A título ilustrativo, vale frisar que, segundo dados das Nações Unidas, apenas o tráfico ilícito de entorpecentes movimenta uma expressiva quantidade de recursos financeiros: cerca de 500 bilhões de dólares anuais ao nível global.[31]

Retomando o rol legal de crimes-alvo da perda alargada, verifica-se que, entre os ilícitos arrolados pela norma portuguesa, boa parte pode ser enquadrada no tradicional conceito de crimes do colarinho branco.

O termo "white collar crimes" – expressão inglesa a designar os cognominados "crimes do colarinho branco" – define tais delitos à luz de uma perspectiva subjetivo-profissional, identificando-os como sendo os crimes cometidos por pessoas dotadas de respeitabilidade e elevado *status* social, no âmbito de seu trabalho. São dois, portanto, os pontos de apoio do conceito proposto: o *status* do autor e a conexão da atividade criminosa com sua profissão.[32]

29. MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 1.
30. BONFIM; BONFIM. *Lavagem de dinheiro*. p. 97.
31. LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 203.
32. FELDENS. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. p. 225.

Na maioria das vezes praticados por pessoas de classes sociais mais abastadas e, invariavelmente, politicamente influentes, esses delitos revelam-se com novas vestes, distintas das atribuídas à criminalidade tradicional. Como assevera Calabrich, são

"Novas formas de criminalidade, que se distinguem da criminalidade tradicional, entre outros aspectos, pelo uso da tecnologia, da organização empresarial com infiltração no corpo estatal e por métodos de inteligência e contrainteligência em constante aprimoramento, e que demandam do Estado, por meio de seus órgãos incumbidos da segurança pública e da persecução penal, uma postura profissional e ativa, de modo a promover o justo sancionamento dos responsáveis e a coibir a prática de novos ilícitos."[33]

Outra diferença elementar entre a criminalidade do colarinho branco e a criminalidade tradicional, a par daquelas já apontadas, consiste no fato de que aquela cria uma cifra negra muito mais expressiva.

Nesse contexto, vale trazer a lume os resultados de ampla pesquisa realizada nos Estados Unidos da América, traduzida na recente obra de Jeffrey Reiman, da *American University* (Washington, D.C.). Diagnosticou-se, na oportunidade, quatro aspectos comparativos entre a criminalidade do colarinho branco e aquela emergente das classes pobres. Seriam eles, na perspectiva americana:

(a) o custo do crime do "colarinho branco" é mais elevado; retira mais dinheiro de nossos bolsos do que todos os demais delitos combinados catalogados pelo FBI;

(b) os crimes do "colarinho branco" são muito difundidos, mais que os crimes de pobre;

(c) os criminosos do "colarinho branco" raramente são presos ou condenados; o sistema desenvolveu sutis modos de lidar com a delicada sensibilidade de sua "alta" clientela;

(d) quando os criminosos do "colarinho branco" são acionados e condenados, as sentenças são suspensas ou extremamente leves quando comparadas ao custo que seus crimes impuseram à sociedade.[34]

A legislação penal brasileira é pródiga em exemplos que ratificam a afirmação de que os criminosos do colarinho branco raramente são presos, ao passo que aqueles aos quais são imputados os "crimes de pobre" geralmente o são.

A propósito, a respeito da legislação brasileira, vale lembrar que, inicialmente, a Lei 7.492, de 16.06.1986, a qual "define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências", restou qualificada como a lei do colarinho branco.

33. CALABRICH. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. p. 16.

34. FELDENS. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. p. 137.

Todavia, posteriormente, uma vez ostentando características similares (*v.g.*, autores de elevado *status* sócio-intelectual, sofisticação do *modus operandi*, alta lucratividade das operações – literalmente, empreendedores dos crimes –, organização empresarial etc.) passam a receber apropriada rotulagem, a exemplo dos delitos contra o consumidor (Lei 8.070/1990), ordem tributária, econômica e previdenciária (Leis 8.137/1990 e 8.176/1991; arts. 168-A e 337-A do CP), mercado de capitais (art. 27 da Lei 6.385/1976), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998), crime organizado (Lei 9.034/1995, estelionato coletivo (art. 171 do CP), e, especialmente, dada sua histórica e devastadora distribuição da *res publicae*, a crônica corrupção (crimes contra a administração pública), aí incluída a improbidade administrativa (Lei 8.492/1992)[35].

A fim de se buscar um conceito preciso de cifra negra, tem-se que,

"Tratando por *criminalidade legal* aquela que se vê registrada nas estatísticas oficiais; por *criminalidade aparente* a que de alguma forma chega ao conhecimento das instituições oficiais, mas que não se fazem computar em estatísticas (*v.g.*, porque ainda não resultaram em sentença); e apontando como *criminalidade real* a quantidade de delitos verdadeiramente cometida em determinado momento histórico, Lola Aniyar de Castro situa o que denominamos *cifra negra* da criminalidade – ou *numerus obscurus* ou delinquência oculta – como o produto da diferença entre a criminalidade aparente e a criminalidade real."[36] (destaque do original).

De modo semelhante, conceitua Câmara:

"Como se sabe, as 'cifras negras' reportam-se à intransparência ou opacidade de determinados comportamentos delitivos, sendo de relevo observar que em grande medida, são produzidas pelas instâncias formais de controle social (*principalmente pela polícia*, instituição que desempenha intenso papel seletivo), traduzindo o *desfasamento* entre a criminalidade conhecida pelo sistema penal e a criminalidade "real". Representam, assim, a criminalidade oculta, não registrada, podendo-se falar graficamente de um "efeito funil", pois apenas uma pequena parcela da criminalidade ingressa no sistema"[37] (destaque do original).

A abordagem acerca das cifras negras – consideravelmente mais expressivas em se tratando da criminalidade do colarinho branco e de outros delitos arrolados pelo art 1.º da Lei 5/2002 – é relevante para a discussão da perda alargada, uma vez que é justamente a presumida existência de crimes que não foram plenamente

35. TRÊS. *Teoria geral do delito pelo colarinho branco*. p. 25.

36. FELDENS. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. p. 132.

37. CÂMARA. *A Investigação Criminal desenvolvida pelo Ministério Público e o problema das "Cifras*. p. 2-3.

descobertos, apurados e tampouco processados que permitirá que, por ocasião de uma condenação criminal, se decrete a perda de bens além daqueles vinculados ao crime em razão do qual se proferiu sentença condenatória. Em outras palavras, pode-se dizer que é exatamente sobre as cifras negras que a perda alargada atua – sem eliminá-las, mas, ao menos, minimizando os prejuízos que ocasionam –, ao passo que a perda clássica somente incide sobre aqueles delitos descobertos, apurados, processados e, por fim, que foram objeto de condenação criminal.

Ademais, se é certo que a perda alargada não tem efeito imediato sobre as cifras negras – uma vez que não repercute no número de crimes não descobertos ou sequer tematizados –, é possível constatar que, de qualquer forma, minimizará os prejuízos inexoravelmente advindos da existência daquelas; ainda, de modo mediato, com a realização de seus fins reparatórios e, sobretudo, de seus fins preventivos, a perda alargada pode contribuir para a redução das cifras negras.

4. A FUNÇÃO PREVENTIVA DA PERDA ALARGADA EM FACE DA CRIMINALIDADE MODERNA

As sanções penais caracterizam-se por seus propósitos: retributivos, unicamente, ou retributivos e preventivos, cumulativamente.[38]

Em geral, as sanções penais são abstratamente cominadas, aplicadas e executadas imbuídas de caráter retributivo – ou seja, em contraposição à prática de uma conduta – ou, ainda, com o fim de prevenir a prática de novas condutas; em outras palavras, cumulando ou alternando conteúdos retributivos e preventivos.[39]

O Código Penal brasileiro filia-se às teorias mistas, que compreendem o duplo propósito da sanção penal: o retributivo e o preventivo.[40]

Assim, para as teorias ecléticas, unificadoras ou mistas, a sanção penal representaria tanto a "retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade", quanto à "prevenção especial positiva mediante a correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor", como, também, "prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica".[41]

38. BISSOLI FILHO. *A sanção penal e suas espécies*. p. 72.
39. Idem, ibidem.
40. Idem, p. 73.
41. SANTOS. *Direito penal*. p. 462.

É injustificável, assim, a existência de um sistema penal que não vise à prevenção da ocorrência de novos crimes, mediante a declaração e imposição de uma pena, a fim de que esta sirva de exemplo.

Bentham assevera, nesse ínterim, que as sanções penais "são males que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas, sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro".[42] Assim, a pena afigura-se como um castigo de que o réu padece para que todo homem possa ver o que lhe haveria acontecido se cometesse o mesmo delito.

O autor prossegue, asseverando que o mais imediato perigo advém do criminoso, o qual, portanto, deve ser primeiramente alcançado pela sanção penal. Todavia, há, ainda, o perigo de que outros sujeitos venham a fazer o mesmo mal. Há, portanto, nesse contexto, dois modos de se impedir que o perigo potencial se realize: um particular, que se aplica ao réu; e outro geral, que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção. Bentham reportou-se ao fim preventivo da pena, em suas modalidades especial e geral, respectivamente.

A perda alargada, ao menos abstratamente, bem desempenha os fins preventivos negativos, sejam gerais ou especiais. No primeiro caso, porque demonstra aos potenciais criminosos que seu patrimônio ilícito lhes será confiscado se incorrerem em práticas delituosas. Feuerbach,[43] em que se encontra o maior aporte teórico da prevenção geral negativa, dizia, já em 1801, que "o Estado tem o direito e o dever de criar institutos por meio dos quais se impeçam as lesões jurídicas".

O confisco alargado presta-se, ademais, ao fim preventivo especial negativo, uma vez que os sujeitos condenados criminalmente verão perdidos os seus bens ilicitamente adquiridos, o que, em última instância, dificultará ou impedirá a prática de novos delitos, sobretudo considerados aqueles do colarinho branco.

Não obstante, em virtude de seu resultado reparatório, a perda alargada também desempenha um relevante fim de prevenção geral positiva, na medida em que se destina à reafirmação da norma atacada pelo infrator. É, pois, uma resposta ao infrator, comunicando-se à sociedade – pelo micro ou subsistema de comunicação que é o direito – que embora tenha havido uma ruptura da norma, a sociedade politicamente organizada reafirma a vigência dessa norma através do direito, respondendo com a pena ao infrator.[44]

---

42. BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. p. 20 e 23-24.
43. FEUERBACH. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. p. 59.
44. BISSOLI FILHO. *A sanção penal e suas espécies*. p. 77-78.

Como já se afirmou, o combate à criminalidade – sobretudo à modalidade financeira – se trava de forma mais eficiente privando o criminoso do produto de sua atividade que restringindo sua liberdade. Consoante assevera Moro,

"Tal constatação é especialmente correta em relação ao combate de grupos organizados, cujo desmantelamento depende mais de sua asfixia econômica do que da prisão de seus membros. Dentro de um grupo criminoso organizado, as pessoas, mesmo em postos de liderança, são usualmente substituíveis, daí o confisco de sua propriedade, com as consequências econômicas decorrentes, consistir em medida usualmente mais eficaz."[45]

Assim, para tanto, não basta, como sempre se fizera, identificar e colher provas de materialidade e autoria de um crime. Faz-se necessário, igualmente, identificar os produtos, instrumentos e proveitos da atividade criminosa. Não se revela suficiente que a persecução resulte na punição do culpado; também é necessário imobilizar o produto do crime e submetê-lo ao confisco.

Tal paradigma é expandido pela perda alargada, a qual, ao permitir o confisco de bens não necessariamente vinculados à atividade criminosa que é alvo da persecução criminal, potencializa os fins preventivos negativos da sanção penal, uma vez que, com a perda de bens provenientes da criminalidade organizada, afasta-se o risco de que ditos ganhos sejam utilizados para cometer outros delitos, corromper políticos, funcionários, empresários ou testemunhas ou evitar a reinserção no circuito econômico do país. Como afirma Lima, atenta-se, pois, a um efeito preventivo especial e sobretudo geral, transmitindo-se aos delinquentes a ideia de que, com os crimes, não enriquecerão.[46] Portanto, paralelamente à modernização do crime, faz-se necessário reinventar a sua repressão.

5. A OPERACIONALIZAÇÃO DA PERDA ALARGADA EM PORTUGAL

Parte-se, para a análise da operacionalização da perda alargada no ordenamento jurídico português, da leitura do art. 8.º da Lei 5/2002:

"1 – O Ministério Público liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.

2 – Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efetuada até ao 30..º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.

45. MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 167.

46. LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 208.

3 – Efetuada a liquidação, pode esta ser alterada dentro do prazo previsto no número anterior, se houver conhecimento superveniente da inexatidão do valor antes determinado.

4 – Recebida a liquidação, ou a respectiva alteração, no tribunal, é imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor.

Infere-se do dispositivo legal que a perda alargada se efetua em procedimento paralelo e concomitante à ação penal. Tal fato tem implicações práticas da maior relevância."

Inicialmente, há que se ressaltar não ter sido por erro que se considerou, no presente trabalho, até este item, que a perda alargada tem início após uma condenação criminal, considerada esta, portanto, pressuposto para a aplicação do mecanismo processual. Procedeu-se a tal opção, no presente escrito, porquanto se afigura mais adequada: concilia eficiência e proteção às garantias processuais.

A posição ora defendida filia-se àquela encampada pela doutrina portuguesa – de que o procedimento tendente à decretação da perda alargada somente deve se iniciar após a condenação criminal.

Para ilustrar tal afirmativa, recorre-se à lição de Duarte, para quem a operacionalização da perda alargada simultaneamente à ação penal dá azo a violação de direitos do arguido:

"Como bem sabemos, tanto a operação de liquidação do património incongruente, como a tentativa do arguido de afastar a presunção desenvolve-se simultaneamente com o processo penal. Esse facto é sim susceptível de lesar o direito do arguido de ser presumido inocente, uma vez que as garantias de defesa num e noutro processo (o penal e o destinado à declaração de perda), podem ser manifestamente incompatíveis."[47]

A autora prossegue, afirmando que a opção legislativa é ilógica, uma vez que se inicia um procedimento que pressupõe uma condenação criminal justamente em paralelo à ação que buscará tal condenação, o que constitui um imprestável adiantamento de serviço:

"Ora vejamos. Criou-se um procedimento autónomo em relação ao processo penal, na medida em que é desencadeado por uma condenação prévia por um dos crimes catalogados. No entanto o procedimento destinado à perda inicia-se, simultaneamente ao início do processo que culminará ou não na condenação pressuposta, estando mesmo o MP obrigado a liquidar o património de origem ilícita até o trigésimo dia anterior ao julgamento do processo principal. Ou seja, apesar de autónomos estão umbilicalmente ligados, apesar de serem dois processos distintos

47. DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 31.

são desencadeados inicialmente pelo mesmo facto: o indício da prática de um crime do catálogo.

Na prática quando o MP (...) dá início ao mecanismo da perda ampliada ainda não há uma condenação, existe apenas um inquérito, eventualmente já uma decisão de acusar e/ou pronunciar. Esta circunstância é o que nos causa mais estranheza. Como pode um procedimento que tem como um dos pressupostos de aplicação uma condenação, começar a funcionar (e pode trazer alguns prejuízos ao arguido, dadas as medidas de carácter cautelar previstas para assegurar a sua efetividade), sem que haja condenação que lhe serve de pressuposto? Somos da opinião, que mais uma vez a lógica aqui presente é uma lógica tipicamente portuguesa, a de 'adiantar serviço', mesmo que no final de contas não sirva de nada. Trata-se verdadeiramente de desperdiçar esforços, energias e trabalho, uma vez que uma posterior absolvição deixará cair por terra todo o fundamento da aplicação do instrumento da perda ampliada.

Este desenvolvimento simultâneo dos dois processos configura ainda, como tivemos também a oportunidade de referir, um verdadeiro atentado ao princípio constitucional da presunção de inocência. Se o cálculo do património incongruente, de origem ilícita, se faz antes da condenação, mesmo antes do julgamento, está-se indiretamente a assumir que há um património que decorre da prática de ilícitos-típicos e com isto abala-se o direito do arguido a ser presumido inocente até que haja condenação, o seu direito ao silêncio e exercer-se-ão pressões inevitáveis sobre o processo principal. Tais violações seriam perfeitamente evitáveis se o procedimento previsto na Lei 5/2002, apenas se iniciasse após a sentença de condenação transitada em julgado, mesmo que estando sempre ligado ao processo principal pelo qual houve condenação."[48]

Vale dizer, ainda, que o art. 8.º é incongruente até mesmo com a própria norma que o abriga, uma vez que o art. 7.º estipula:

"Em caso de condenação pela prática de crime referido no art. 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito."

Portanto, verifica-se que, enquanto o art. 7.º explicita que a condenação é pressuposto da decretação da perda alargada, o art. 8.º, de modo pouco eficiente, determina que o procedimento em que se aplicará aquele instituto deve se iniciar simultaneamente à ação penal.

No entanto, ainda que se critique a regulamentação da perda alargada à lusitana, o fato é que o Supremo Tribunal de Justiça português, no julgamento proferido nos

48. Idem, p. 44-45.

autos do Processo 06P3163 (Processo 06P3163, Seção Criminal, rel. Santos Carvalho, j. 24.10.2006, disponível em: [www.dgsi.pt]), aplicou literalmente as disposições sobre o instituto, sob o fundamento de impedir aos agentes criminosos refugiarem-se na aparente legalidade dos lucros auferidos com a atividade criminosa ou de pretenderem prevalecer-se da dúvida. Como decidiu a corte, para crimes de tráfico de estupefacientes e outros mencionados, presume-se constituir vantagem da atividade criminosa a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito (art. 7.º da Lei 5/2002), remetendo-se para o arguido o ônus de provar a licitude do seu patrimônio. Para tanto, o Ministério Público, na acusação ou em até 30 dias antes do julgamento, liquida o montante que deve ser perdido em favor do Estado (art. 8.º). Após, o Tribunal pode, de ofício, considerar que tal montante é de origem lícita ou o arguido tem a possibilidade de ilidir a presunção através de todos os meios de prova permitidos na lei (art. 9.º).

Se, por um lado, é criticável a escolha lusa de iniciar o procedimento da perda alargada em paralelo à ação penal, o que se verifica, de outra banda, é que a Lei 5/2002 seguiu a tendência de separar o processo tendente ao confisco de bens daquele relativo à aferição da culpa do agente, uma vez que, neste último, por ainda inexistir juízo de culpabilidade e quebra de presunção de inocência, exige-se de maneira mais reforçada e evidente a observância dos princípios constitucionais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa.[49]

Superada a questão atinente ao momento do procedimento – paralelo ou posterior à ação penal – e ao seu modo – autônomo ou não –, há que se enfrentar o ponto seguinte, concernente à presunção de ilicitude do patrimônio. Para tanto, traz-se a lume, novamente, o art. 7.º, que estipula que se presume "constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito".

Ou seja, a acusação edificará uma presunção com a simples demonstração de desproporção entre o valor do patrimônio e aquele que seja congruente com rendimentos lícitos do arguido. Tal presunção impende registrar, é de caráter relativo – ou seja, é uma presunção *juris tantum* –, de sorte que pode ser ilidida pelo condenado, nos termos do art. 9.º da Lei 5/2002.[50]

49. LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 231.

50. Art. 9.º Prova. 1 – Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n. 2 do art. 7.º 2 – Para os efeitos do número anterior é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal. 3 – A presunção estabelecida no n. 1 do art. 7.º é ilidida se se

Assim, de forma simplificada, pode-se afirmar que a perda alargada permite que se decrete a perda de bens do criminoso, a menos que este comprove que os recebeu ou adquiriu de fonte lícita.[51]

Essa presunção pode ser de duas espécies, segundo o lapso temporal de abrangência:

"a) do que considera de origem ilícita todo o património do condenado (...); b) ou do que considera de origem ilícita o que tiver sido obtido num determinado lapso de tempo antecedente à comissão do crime ou ao início do procedimento dirigido à aplicação do confisco (em que se inscreve a *confiscation* inglesa – que abrange todos os bens obtidos pelo arguido nos seis anos antecedentes ao início do processo, desde que se presuma um 'estilo de vida criminoso' – bem como a *criminal forfeiture* americana, que é aplicável com base numa presunção, ilidível, de que qualquer bem do arguido condenado por um dos crimes do catálogo é confiscável se adquirido durante o período de consumação do crime, pois dele se considera proveniente). (...) A limitação temporal de algumas dessas presunções visa garantir o princípio da proporcionalidade, tornando não excessivamente onerosa para o proprietário/detentor dos bens a prova da origem lícita do seu patrimônio."[52]

A perda alargada à portuguesa, assim como a inglesa e a americana, enquadra-se na segunda espécie, uma vez que limita os bens que podem ser confiscados àqueles que entraram na esfera de domínio nos cinco anos anteriores à constituição processual do sujeito como arguido, conforme se depreende do art. 7.º, n. 2.

Acerca do tema em questão, é cabível registrar, ademais, que se trata de uma dupla presunção: compreende a prática de crimes anteriores ao delito imputado ao arguido na ação penal, bem como a origem ilícita do patrimônio.

As exigências para a formulação da presunção de ilicitude do patrimônio são a condenação por crime que esteja no rol do art. 1.º da Lei em comento; a existência de patrimônio em titularidade ou mero domínio e benefício do condenado; a desproporcionalidade entre este e rendimentos lícitos; e anterior carreira criminosa.

---

provar que os bens: *a*) Resultam de rendimentos de actividade lícita; *b*) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; *c*) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior. 4 – Se a liquidação do valor a perder em favor do Estado for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada na contestação. Se a liquidação for posterior à acusação, o prazo para defesa é de 20 dias contados da notificação da liquidação. 5 – A prova referida nos n. 1 a 3 é oferecida em conjunto com a defesa.

51. SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 2-3.

52. Idem, p. 5-6.

É possível, de início, estranhar o último requisito mencionado, haja vista que não previsto legalmente. Trata-se, contudo, de uma construção doutrinária, essencial para se barrar eventuais aplicações desproporcionais da perda alargada. Acerca disso, assevera Duarte:

"A sua dispensa constituirá um ónus excessivo para o arguido (...). Evidências que permitam conferir alguma certeza quanto à anterior carreira criminosa (da mesma natureza criminal dos crimes previstos no catálogo) do condenado, de onde provêm as vantagens que se pretendem expropriar a favor do Estado. Não se defende que haja uma prova inequívoca, mas pelo menos que seja provável a existência de atos ilícitos anteriores da mesma natureza daqueles pelo quais houve condenação.

Esta necessidade impõe-se por duas razões que se nos parecem óbvias: por um lado se não há relação entre as vantagens e o crime pelo qual há condenação tem que se provar um mínimo de relação entre as vantagens e práticas ilícitas anteriores; por outro as práticas ilícitas anteriores em que assenta o patrimônio a declarar perdido tem que ser da mesma natureza dos crimes do catálogo."[53]

Após a formulação da presunção, se o arguido não lograr êxito em comprovar a licitude de seu patrimônio, o tribunal decretará, na sentença condenatória, a perda de bens, a teor do art. 12.º da Lei 5/2002. Tal declaração será por óbvio, expressa, e, ademais, fundamentada, uma vez que, consoante se afirmou supra, a perda alargada é efeito secundário não automático da condenação e ostenta caráter penal.

Embora o ordenamento jurídico português seja o objeto central de análise do presente escrito, vale, a título comparativo, tecer uma breve análise acerca da operacionalização da perda alargada em outros países. Para tanto, recorre-se ao relato de Lima:

"O tratamento normativo do branqueamento de capitais no Reino Unido começou em 1986, através do *Drug Trafficking Offenses Act*, *section* 24). Houve sensíveis alterações com a entrada em vigor do *Proceeds of Crime Act* (Poca) de 2002, que termina com a distinção anterior entre infrações de tráfico de estupefacientes e outros crimes.

O novo regime de perda de bens baseia-se no conceito de 'modo de vida criminoso', ou seja: a) se o arguido for condenado judicialmente por uma das infrações enumeradas no Anexo 2 dessa lei, tais como o tráfico de estupefacientes, o branqueamento de capitais ou a falsificação; b) se o arguido tiver sido condenado judicialmente por qualquer outra infração que faça parte de uma atividade criminosa, ou que tenha sido cometida ao longo de um período de pelo menos 6 meses e desde que tenha obtido um lucro igual ou superior a 5.000 libras. Se o arguido for

53. DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 22-24.

considerado como tendo um modo de vida criminoso, todos os seus bens (e os bens adquiridos nos seis anos anteriores) serão considerados como benefício de crime, sendo passíveis de perda a menos que o arguido possa demonstrar que os adquiriu de forma legítima.

Na Alemanha, a Lei de 15.07.1992 introduziu um regime de confisco alargado (§ 73d do StGB), possibilitando ao juiz, em face de determinados ilícitos-típicos, decretar um confisco onde as circunstâncias de fato permitam supor a origem ilícita de certos bens."[54]

Vale adicionar, ainda em relação ao *Erweiterter Verfall* alemão, a lição de Duarte:

"Para decretar o *Erweiterter Verfall*, uma das modalidades de confisco do Código Penal alemão (§ 73d *StGb*), o legislador exige somente que o objeto tenha sido obtido por ou para a comissão de uma infração penal, não sendo necessário que provenha de fato em julgamento, bastando sua procedência ilícita. (Adendo: No entanto, segundo a jurisprudência do *Bundesgerichtshof* [Tribunal de Justiça Federal alemão], a dúvida sobre a proveniência ditará a não aplicação do instituto em causa)."[55]

Acerca do sistema italiano e do espanhol, Lima prossegue:

"O sistema italiano de confisco é baseado em três vertentes: a) uma tradicional condenação baseada no confisco de bens derivados de um crime; b) um sistema de confisco baseado no alívio do ônus da prova para a condenação de pessoas que não justifiquem a origem de seus bens; c) um sistema preventivo de confisco de bens na posse de pessoas pertencentes a organizações tipo máfia, baseado na suspeita amparada em uma forte convicção, não sendo preciso uma condenação. A Lei 646/1982 introduziu o sequestro e o confisco como medidas de prevenção patrimonial – *misure di prevenzione patrimoniale* –, atribuindo-se ao procurador antimáfia a investigação necessária ao fim da sua aplicação.

Há uma espécie de confisco, previsto no art. 12-*sexties* da Lei 356, de 1992, que admite um alívio na carga probatória em relação à origem dos bens, após a condenação do réu pela prática de determinados crimes, incluindo o tráfico de drogas. Assim, o legislador italiano presume a origem ilícita dos bens do condenado, cumprindo ao mesmo afastá-la.

O Tribunal Constitucional Espanhol, diante das dificuldades de prova acerca da origem ilícita dos bens para efeito de confisco, tem admitido a prova indiciária,

54. LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 219-222.

55. DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 19.

submetida ao crivo das regras da experiência e ao livre convencimento do Magistrado."[56]

Verifica-se, da leitura dos excertos doutrinários suso colacionados, que a regulamentação, nos diferentes países, é semelhante – até mesmo em atenção às diretrizes mínimas fixadas pela União Europeia –, com pequenas variações quanto às minúcias dos requisitos necessários para a decretação da perda alargada ou de suas designações sinônimas.

Uma vez analisada a operacionalização da perda alargada – seja, mais profundamente, em Portugal, seja em outros países da comunidade europeia –, é possível, enfim, proceder à análise acerca da qual orbita o presente artigo, consistente no confronto entre o instituto da perda alargada e a principiologia processual penal.

6. A PERDA ALARGADA EM FACE DA PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL PENAL

Para debater uma hipotética constitucionalidade da perda alargada, parte-se, de início, de conclusão já firmada neste trabalho: a de que tal instituto tem caráter penal – e não extrapenal –, o que o submete, compulsoriamente, à principiologia penal. Isso porque a perda alargada, enquanto consequência da condenação criminal imbuída de caráter penal, é violência e, sendo violência, deve ser constitucionalmente limitada, como o são todas as manifestações do *ius puniendi* estatal. E há de se frisar, ainda, que a perda alargada, muito embora constitua nova manifestação do aparato repressivo estatal, não tem como condão a expansão do direito penal, senão a reformulação das respostas que este historicamente apresenta à criminalidade e o provimento de novas e mais eficientes alternativas de combate ao crime, sobretudo aquele do colarinho branco.

Pois bem. Embora o confronto entre a perda alargada e a principiologia processual penal possa ser analisado por diversos prismas – e assim o será –, duas questões são fundamentais. Inicialmente, indaga-se se há, na operacionalização da perda alargada, inversão do ônus da prova. Além disso, é igualmente imprescindível aferir se há, ou não, violação ao princípio da presunção de inocência. Outras questões, relativas ao princípio da culpabilidade e ao princípio do *in dubio pro reo* também serão enfrentadas.

Antes de iniciar as abordagens suprarreferidas, é relevante retomar a concepção, já exposta no início deste texto, de constante embate entre eficiência e garantismo. Esses dois elementos – ambos salutares ao processo penal – encontram-se em incessante tensão, a qual deve ser, caso a caso, equilibrada, sem que se permita que o

56. LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 222-223.

processo penal busque, desenfreadamente, mostrar-se eficiente, sob pena de violar garantias constitucionais, e sem que se revele excedente a defesa dessas mesmas garantias, sob pena de o processo penal não mais permitir qualquer condenação.

Tal embate é especialmente relevante para o tema que ora se aborda. É tênue o limiar entre a aplicação da perda alargada e a violação de princípios, direitos e garantias constitucionais. Por outro lado, essa modalidade estendida de confisco revela-se absolutamente imprescindível no combate à criminalidade organizada e financeira, sobretudo em face à insensibilidade desta em relação às tradicionais penas privativas de liberdade e à perda clássica. Acerca desse conflito entre os direitos fundamentais à segurança e à liberdade, é precisa a lição de Machado:

"Transpondo essas noções para o processo penal, leciona Antonio Scarance Fernandes que eficiência é a capacidade de um ato processual ou de investigação de gerar o efeito que dele se espera; enquanto eficaz é o ato que produz o efeito esperado e, por fim, a análise da efetividade implica verificação do resultado positivo do ato realizado.

O garantismo, por sua vez, está ligado à ideeia de devido processo legal, sob a ótica subjetiva e objetiva, ou seja, como garantia das partes, essencialmente do acusado, e como garantia do justo processo, respectivamente.

Diante disso, os doutrinadores do processo penal começaram a trabalhar com as noções de eficiência e garantismo, com o intuito de alcançar um processo equilibrado, que, a um só tempo, satisfizesse os anseios sociais por segurança (reprimindo a conduta comprovadamente criminosa) e o direito individual à liberdade (garantindo ao acusado meios para se defender e afastar imputações injustas).

A conciliação de eficiência e garantismo, no processo penal, é fundamental para que se evite tanto o uso cego do poder (eficácia exacerbada do sistema) como a queda em inócuo ritualismo sem qualquer punição justa (uso exacerbado do garantismo).

Em síntese, o binômio eficiência e garantismo, no processo penal, traduz-se na necessidade de se balancear adequadamente os direitos fundamentais à liberdade e à segurança. Desse modo, a persecução penal será eficiente e garantista, se atingir, em prazo razoável, um resultado justo, consistente na atuação do direito punitivo, com a observância dos meios essenciais para a defesa da liberdade do acusado."[57]

Passa-se, então, após esse breve introito, à analise acerca da ocorrência, ou não, de inversão do ônus da prova no momento em que ao arguido é dado comprovar a origem lícita de seu patrimônio.

Inicialmente, há que se afirmar que ônus probatório é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações. Trata-se de uma

57. MACHADO. *A investigação Criminal Defensiva*. p. 130-131.

incumbência para consigo mesmo, cujo descumprimento não acarreta prejuízo senão ao encarregado. Assim, ônus da prova é uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico pré-determina certa conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Como consequência no processo penal, "o insuficiente cumprimento (pela acusação) da incumbência de provar os fatos alegados, acarreta a improcedência do pedido de condenação por falta de base material (de cunho fático)."[58]

Uma vez que, para a sua aplicação, a perda alargada pressupõe o estabelecimento de uma presunção *juris tantum* que deve ser desconstituída pelo arguido, é de se questionar se tal instituto põe em crise a tradicional visão acerca do ônus da prova, segundo a qual este compete, integralmente, à acusação.

Assim, é de se indagar, ademais, se de fato há, neste procedimento, inversão do ônus da prova – que seria transferido ao condenado – ou se há, meramente, uma minimização da exigência probatória; isto é, se o *standard* probatório é reduzido.

Para responder a tal questionamento, pode-se – como antes não se fizera neste trabalho – recorrer à legislação brasileira, embora para apontar a imprecisão técnica desta. Cuida-se, no caso, da Lei 9.613 de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e, igualmente, acerca da prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos em tal diploma. Na exposição de motivos da aludida norma, afirma-se que

"O projeto inverte o ônus da prova relativamente à licitude de bens, direitos ou valores que tenham sido objeto da busca e apreensão ou do sequestro (art. 4.º). Essa inversão encontra-se prevista na Convenção de Viena [de 1969] (art. 5.º, n. 7) e foi objeto de previsão no direito argentino (art. 25 da Lei 23.737/89)."

De fato, o Brasil, como signatário da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (1988), comprometeu-se, internacionalmente, a criar lei criminalizando o ilícito praticado com bens, direitos ou valores oriundos do narcotráfico.

Chama atenção, contudo, o fato de que os responsáveis pela redação do projeto de lei afirmaram que se procede à inversão do ônus da prova no que toca à licitude de bens, direitos ou valores que porventura sejam objeto de confisco. Contudo, como afiançam Bonfim e Bonfim,

"A expressão 'inversão do ônus da prova', costuma, não só no Brasil, mas em muitos outros países, a nosso sentir, ser equivocadamente empregada, equívoco este em que já incorre o legislador ao mencioná-lo na Exposição de Motivos, cuja pseudonovidade ensejou ampla gama de especulações a respeito."[59]

58. EISELE. *Crimes contra a ordem tributária*. p. 251.

59. BONFIM; BONFIM. *Lavagem de dinheiro*. p. 95.

Os autores prosseguem, explanando que não há, na Lei de Lavagem de Dinheiro, verdadeira inversão do ônus da prova, inclusive em relação ao confisco de bens, direitos e valores, que somente pode ser decretado quando houver prova para tanto:

"Com efeito, o que seria tecnicamente 'inversão do ônus da prova'? À evidencia, o vocábulo 'inversão' sugere uma troca de posição na dialética processual, ficando o acusado, por exemplo, com o ônus de provar o que incumbiria à parte acusadora, ou seja, o fato constitutivo. Nesta hipótese, haveria verdadeira inversão do ônus da prova.

Nossa Lei de Lavagem de Dinheiro não adotou essa inversão (troca de posição na dialética processual) para decretação das medidas assecuratórias, pois, como vimos, elas somente serão determinadas diante da existência de indícios suficientes de ilicitude, que devem ser demonstrados pelo Estado, conforme o sistema tradicional.

Também não o fez quanto ao confisco de bens, direitos e valores. O confisco, como efeito da condenação, somente pode ser decretado quando exista prova para tanto, prova esta que também incumbe à parte acusadora, não ao acusado.

Em síntese, cabe à acusação comprovar a ilicitude dos bens, direitos ou valores sujeitos ao confisco através de prova direta, ou por meio de certos indícios que indiretamente demonstram aquela ilicitude (...).

Não se trata, pois, a nosso ver, em sentido técnico, de inversão do ônus da prova. O legislador ao aludir a tal expressão na Exposição de Motivos, conforme mencionado, não é que tenha 'dito mais do que gostaria de dizer', mas, sim, disse o que provavelmente – por má compreensão da hipótese em análise – não correspondia às melhores lições processuais a respeito (...).

Dito de outro modo: aplicou-se à parte autora o ônus da produção probatória, tal como existente na Teoria Geral do Processo Penal, não se concebendo, dessa forma, a aludida novidade reclamada pelo diploma tampouco, suprimindo ou minorando as clássicas garantias do processo. Não vimos, pois, nesse caso, qualquer exceção ao modelo processual que historicamente adotamos."[60]

Afigura-se, assim, evidente que inexiste inversão do ônus da prova. Como se verificará adiante, o que há é a mitigação de exigência probatória ou, em outros termos, a exigência de um *standard* probatório inferior àquele exigido para a formulação do juízo de culpabilidade de um acusado. Trata-se de questão umbilicalmente vinculada ao princípio da presunção de inocência.

60. Idem, ibidem.

SOUZA, Cláudio Macedo de. CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 233-271. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Inicialmente, há que se ponderar que, embora se mencione, usualmente, o princípio da "presunção" de inocência, esta deve ser tratada não somente como presunção que advoga em favor do réu, mas como estado em que este se encontra e como regra de tratamento, que somente podem ser desconstituídos mediante sentença penal condenatória transitada em julgado. Esse é o atual quadrante do princípio do estado de inocência, com a conformação que lhe foi constitucionalmente emprestada. O princípio do estado de inocência revela-se, portanto, como moeda de duas faces, cada qual correspondendo a uma regra:

"Uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação (...).

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de 'liberdade provisória', que nada mais é, atualmente (Lei 12.403/2011), que a explicitação das diversas medidas cautelares pessoais, substitutivas da prisão.

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (...) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal."[61]

Há que se registrar, ainda, que o princípio do estado de inocência se vincula, intimamente, ao princípio do *in dubio pro reo* e à repartição do ônus da prova, figurando estes dois postulados como decorrência daquele primeiro, pilar fundamental do processo penal que é.

Já relacionando a presunção de inocência com a perda alargada, vale relatar que doutrina majoritária portuguesa defende a constitucionalidade do instituto,[62] arguindo que seu caráter não sancionatório faz não valer, nesta sede, a maior exigência constitucional da presunção de inocência e, ainda, que, em razão de a perda alargada já pressupor a existência de condenação criminal, estaria ultrapassada a presunção de inocência.

61. OLIVEIRA. *Curso de Processo Penal*. p. 48.

62. DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 31.

Embora não se discorde da conclusão, parece inadequado fundamentá-la em um suposto caráter não sancionatório da perda alargada. Como se procurou demonstrar, a perda alargada é efeito secundário não automático da condenação de caráter penal.

Noutro norte, questão relevante a se destacar é o fato de que o ponto fulcral do princípio da presunção (ou estado) de inocência reside no *standard* de prova exigido para que se defina a responsabilidade criminal do arguido: deve haver prova acima de qualquer dúvida razoável. Assim, tal preceito incide sobre o juízo de responsabilidade do acusado; "em outras palavras especificamente sobre o veredicto quanto à culpa do acusado, o *guilty or not-guilty* do Direito anglo-saxão".[63]

Em outras situações processuais, contudo, nada impede que se utilize um *standard* de prova diferenciado. É o caso, por exemplo, das medidas cautelares, cuja decretação não exige prova conclusiva da prática do crime.

Além disso, nada obsta que, mesmo no julgamento do caso penal, vigorem outros *standards* de prova, desde que não afetem o juízo de responsabilidade criminal do acusado.[64] Nesse contexto, é necessário compreender que um julgamento criminal contém, para além da decisão relativa à responsabilidade criminal do acusado, deliberações atinentes a outras questões de fato e de direito. Basta verificar que, após o "julgamento condenatório, faz-se necessário (...) decidir sobre os efeitos genéricos e específicos da condenação previstos no art. 91 do Código Penal, dentre eles o decreto de confisco de produto ou instrumentos do crime (...)".[65]

Verifica-se, portanto, ser inapropriado estender a presunção de inocência, com o *standard* de prova que lhe é peculiar, para além do juízo de responsabilidade criminal, no que toca a questões tais como a fixação da pena e o confisco de bens.

Portanto, a presunção de ilicitude, que parte de uma condenação criminal e da existência de patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos do condenado, dispensa a acusação de provar, cabalmente, a origem ilícita dos bens, ao passo que transfere à defesa o encargo de atestar a origem lícita dos bens, sob pena de se decretar a perda destes.

Assim, vê-se que o *standard* probatório exigido para a decretação da perda alargada é, meramente, o de preponderância de prova ou, consoante Simões e Trindade, o de mero juízo de probabilidade.[66] Isto é, basta que os elementos informativos colhidos na persecução penal – sejam eles "provas" indiretas, indiciárias, circuns-

63. MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 160-161.

64. Idem, p. 161.

65. Idem, ibidem.

66. SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 32.

tanciais ou presunções – apontem, mais conclusivamente, no sentido de que parte do patrimônio do arguido é ilícita. Assim, se o acusado não lograr êxito em comprovar a licitude daquela parcela de seu patrimônio adquirida em até cinco anos da prática da infração penal em razão da qual houve condenação, que é, presumivelmente, ilícita, decretar-se-á a perda desses bens. Há que se ressaltar que, assim como o *standard* de prova exigido para que se considere presumivelmente ilícita parcela do patrimônio do condenado é reduzido para a acusação, também não se exige do arguido prova cabal, mas plausibilidade argumentativa.[67]

Ademais, a leitura das Constituições brasileira e portuguesa[68] endossa esta conclusão: a presunção de inocência é imanente ao juízo de responsabilidade criminal. E é por incorrer no equívoco de alongar, indevidamente, a extensão presunção de inocência que parte da doutrina não compreende que a aplicação da perda alargada não fere a presunção de inocência.[69]

Outrossim, a operacionalização do procedimento patrimonial tendente a decretar a perda alargada somente após condenação criminal extirpa qualquer dúvida sobre a violação à presunção de inocência, uma vez que parte de um juízo definitivo acerca da (não) inocência e da culpabilidade do arguido. Tal circunstância – a superação da presunção de inocência em razão da superveniência de condenação criminal – eliminaria, ao que parece, qualquer dúvida quanto à violação de tal preceito constitucional. Ainda assim, verifica-se que, na Alemanha e em Portugal, o início de tal procedimento se realiza independentemente da prova da culpa do arguido, ao passo que, na Áustria e na Suíça, sua operacionalização é completamente autônoma em relação ao processo dirigido à prova da responsabilidade criminal.[70] Como já se afirmou, mais adequado seria que tal procedimento fosse iniciado somente após a sentença penal condenatória.

Valendo-se do direito comparado, Moro tece as seguinte considerações:

"No direito comparado, há interessantes precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos limitando a presunção de inocência e o *standard* de prova que lhe é próprio ao julgamento quanto à responsabilidade criminal do acusado e permitindo que outros parâmetros probatórios sejam utilizados na decisão de outras

67. Idem, p. 32-33.

68. Constituição Federal brasileira: "Art. 5.º (...). LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".
32.º n. 2 da Constituição da República de Portugal: "Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa".

69. MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 161.

70. SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 34.

questões, por exemplo, mesmo relativas à sentença. Em *Phillips vs. United Kingdom*, de 5-7-2001, ECHR 2001-VII, 29, a Corte de Estrasburgo decidiu (...)

'A Corte considera que (a presunção de inocência) não é absoluta, uma vez que presunções de fato ou de direito operam em todo sistema de Direito criminal e não são proibidos, em princípio, pela Convenção, desde que os Estados permaneçam dentro de certos limites, levando em consideração a importância do que estiver em questão e mantendo os direitos da defesa'."[71]

Constata-se, assim, que a Corte de Estrasburgo, em decisão paradigmática, considerou que a perda alargada não viola o art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), uma vez que a presunção de inocência não é um direito absoluto. Tal preceito não resta violado, ademais, porquanto a abordagem da perda alargada não implica uma nova acusação penal, mas, sim, um processo de execução de sentença. Concluiu o Tribunal, então, que "o art. 6.º, § 2.º, da Convenção não era aplicável ao procedimento de confisco de que o requerente foi objecto". Confrontando a alegação de que houve ofensa a um julgamento justo, o

"Tribunal concluiu que o sistema de acordo com o qual as suposições foram usadas prevê garantias suficientes contidas em uma trilha clara. A principal garantia era que a suposição feita pelo 1994 *Act* podia ter sido refutada se Phillips tivesse demonstrado, outra vez no equilíbrio de probabilidades, que não adquiriu a propriedade através do tráfico de drogas".[72]

Moro observa, ainda, que,

"No Reino Unido, a Câmara dos Lordes, no caso *Benjafield and Rezvi*, de 2002, no qual foram questionadas presunções legais previstas no *Drug Trafficking Act* 1994 para o confisco de bens de criminosos condenados, admitiu a validade e a compatibilidade delas com a presunção de inocência. Na decisão, *Lord Steyn* observou que:

'é somente após a condenação que surgem as questões relativas ao confisco. Isso é significativo, porque o julgamento do qual resulta na condenação ou nas condenações será do tipo no qual o usual ônus ou *standard* de prova é da acusação. Em edição, um acusado que é condenado pelo crime ou pelos crimes em questão está ciente de que se ele cometer os crimes pelos quais ele foi condenado, ele estará sujeito não só à prisão ou outras sentenças, mas estará sujeito ainda ao procedimento de confisco.'

Situação similar se verifica nas Cortes Federais norte-americanas, em que a condenação depende da existência de prova acima de qualquer dúvida razoável da

71. MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 162.

72. LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 228.

responsabilidade criminal do acusado, operando a presunção de inocência em sua plenitude. Por outro lado, para a fixação da pena na sentença ou mesmo para a decisão para o confisco de bens, o parâmetro de prova aplicável é o da 'preponderância de prova', basicamente o mesmo pertinente às decisões nos processos cíveis."[73]

Concluindo o raciocínio, Moro assevera ser "bastante significativo que tais regras vigorem em países que constituem o berço da presunção de inocência".[74]

Ainda no que toca ao direito estrangeiro, em consonância com a jurisprudência da Corte Europeia, é possível extrair, segundo Lima, as seguintes premissas:

"1.ª) a presunção de inocência é aplicável aos processos criminais como um todo, incluindo o relativo à ordem de confisco (Caso *Minellik* vs. Suíça, 25-3-1983; 2.ª) mostra-se admissível a utilização de presunções de fato ou de direito, desde que obedeçam a limites razoáveis e sejam proporcionais à relevância do caso e preservem os direitos de defesa (igualdade de armas). A presunção não pode ser absoluta ou irrefutável, devendo possibilitar ao juízo uma margem de apreciação, sendo, portanto, vedados a inversão total do ônus da prova e o confisco geral de bens (Caso *Salabiaku* vs. França, 7-10-1988); 3.ª) a caracterização da penalidade, como visto anteriormente, foi ressaltada pelo Tribunal Europeu no julgamento do caso *Welch* vs. Reino Unido, de 9-02-1995, para efeitos de incidência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem."[75]

Cabe ressaltar, em tempo, que as considerações concernentes à presunção de inocência até aqui elaboradas não excluem a sua incidência em toda a persecução penal. A *persecutio criminis*, una e indivisível que é, orienta-se pelos mesmos princípios em seu decorrer. A força da incidência desses preceitos, contudo, é variável de acordo com a situação processual. Nesse sentido, aduz Lima:

"O princípio da presunção de inocência, a nosso ver, aplica-se no âmbito do confisco alargado, dada a natureza jurídica punitiva e materialmente penal do referido instituto. Assim, deve o Ministério Público demonstrar o nexo ou liame entre o crime pelo qual o agente foi condenado e a atividade criminosa anterior, através de um balanço de probabilidades, e não uma total inversão do ônus da prova. A partir daí, cabe ao arguido afastar a presunção, a qual não é absoluta, pelos meios probatórios disponíveis, cumprindo ao juiz valorar a prova trazida aos autos, em conformidade com as regras da experiência e a persuasão racional ou livre convencimento motivado."[76]

Evidenciado que a incidência da presunção de inocência não obsta a adoção da perda alargada, passa-se à análise do princípio do *in dubio pro reo* ou favor rei.

73. MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 162.

74. Idem, p. 164.

75. LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 229.

76. Idem, p. 230.

Tal preceito consiste, basicamente, em postulado que determina que, na dúvida sobre qual regra aplicar ou sobre qual interpretação a ser adotada, o interesse do réu prevaleça quando em contraste com a pretensão punitiva.

Como princípio que estabelece que a proteção do acusado, ao final do processo, deve prevalecer, o favor rei é cânone interpretativo ínsito ao ordenamento jurídico dos Estados constitucionalmente democráticos, e destes é a máxima expressão. Nesse contexto, estipula-se que "o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado".[77]

O princípio do favor rei é postulado umbilicalmente vinculado aos já comentados princípio do ônus da prova e princípio do estado de inocência, ao estatuir que, quando a acusação não houver logrado êxito em desincumbir-se do ônus da prova que lhe é imposto, deve ser prolatada decisão judicial que proteja os interesses do acusado, mantendo-se incólume o estado de inocência que somente pode ser elidido por sentença penal condenatória transitada em julgado. É até mesmo possível afiançar que "o elemento impulsionador da interpretação que se deve adotar para alcançar a norma mais favorável ao acusado, diante de dois caminhos que se possam adotar, é exatamente o do favor rei".[78]

Em nova análise do Direito comparado, Simões e Trindade observam que a jurisprudência portuguesa tem tentado contornar o conflito de instrumentos alargados de confisco com o princípio da presunção de inocência, exigindo o convencimento do tribunal acerca da origem ilícita dos bens, fundamentado em prova indireta ou indiciária, pelo menos (com ônus a cargo da acusação), de sorte a salvaguardar o princípio do *in dubio pro reo*.[79]

A esse propósito, o Supremo Tribunal Alemão (BGH) decidiu, em 1994, que

"Não é suficiente um elevado grau de verossimilhança da origem criminosa do património do arguido, mas requere-se que o juiz, com base nas provas recolhidas, tenha concluído com plena convicção que ele obteve os bens sujeitos a confisco através de actos ilícitos. Se persistirem dúvidas sobre a origem dos bens, não é possível proceder ao seu confisco."

O BGH especificou, também, que "um alto grau de verossimilhança não pode substituir a necessária convicção do juiz". Porém, logo em 1995, veio a julgar que é suficiente, para fins de aplicação do regime de "perda ampliada", que o juiz decida com "um grau inferior de conhecimento quanto à origem dos bens a confiscar".

77. RANGEL. *Direito Processual Penal*. p. 35.

78. Idem, p. 35-36.

79. SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 7-8.

Em 2004, a corte alemã confirmou a compatibilidade da *erweiterte Verfall* com o princípio da culpa, com a presunção de inocência, com a garantia constitucional do direito de propriedade e com o princípio da tipicidade. Consequentemente, o alívio (aligeiramento) do ônus da prova foi considerado conforme ao princípio da proporcionalidade, tendo em consideração a necessidade de dispor de um instrumento de luta contra a criminalidade organizada.[80]

A solução apresentada pela corte alemã, a partir de 1995, mostra-se acertada, uma vez que minimiza as exigências probatórias para que se decrete a perda alargada, à moda do que se afirmou quando se discorreu acerca da presunção de inocência.

Ademais, não há violação ao princípio do *in dubio pro reo* ao se adotar uma presunção para decretar o confisco de bens do arguido, uma vez que o *standard* probatório em tal procedimento é reduzido. Assim, se qualquer dúvida razoável é suficiente para obstar que o julgador formule juízo de culpabilidade sobre o réu – uma vez que, nesse momento, a presunção vigora com sua força máxima –, não é necessário, no procedimento tendente à decretação da perda alargada, que o acusador extirpe todas as dúvidas; basta, como já se asseverou, que haja uma preponderância de prova a seu favor – à moda do que ocorre no processo civil –, a qual permite que se formule a presunção de que parcela do patrimônio do réu é ilícita.

Na sequência, é de se avaliar o princípio da culpabilidade em confronto com a perda alargada.

A culpabilidade corresponde ao axioma garantista "*nulla poena sine culpa*", segundo o qual não será apenado aquele que agiu sem culpa em sentido amplo – ou seja, dolo ou culpa. Tal preceito representa, assim, a vedação à responsabilização objetiva ou, por via oblíqua, a imposição de subjetividade para que haja responsabilidade penal.

Assim, argui-se que a imposição da perda alargada, por se dirigir não somente a bens vinculados à prática comprovada de um crime, violaria o princípio da culpabilidade.

Contudo, de modo semelhante ao que se asseverou em relação à presunção de inocência, há que se afirmar que tal preceito veda a responsabilização penal sem que se comprove culpa, ao passo que a imposição da perda alargada, embora tenha caráter penal, de modo algum implica responsabilização criminal.

Além disso, a perda alargada pressupõe a existência de condenação criminal, isto é, de decisão judicial que haja formulado, conclusivamente, um juízo de culpabilidade acerca do arguido.

Encerra-se, assim, o cotejo entre a perda alargada e valiosos princípios basilares do processo penal, com a compreensão de que a adoção daquela não implica violação a estes.

80. Idem, p. 7-8.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Patologias graves exigem remédios fortes.

O presente trabalho orbitou acerca dessa assertiva. Preliminarmente, lançou-se o problema que se pretendia responder, atinente à conformidade entre a perda alargada e os direitos, garantias e princípios acolhidos pelo sistema constitucional. A hipótese, apresentada como resposta provisória àquela indagação, foi no sentido de que há conformidade entre a principiologia processual penal e a perda alargada.

Inicialmente, considerando que a perda alargada é instrumento estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, realizou-se uma aproximação conceitual de tal mecanismo, cotejando-o com a perda clássica – essa, sim, presente na legislação penal pátria. Discorreu-se sobre aspecto fundamental na compreensão do presente artigo, consistente na natureza jurídica da perda alargada, que foi, então, compreendida como efeito secundário e não automático da condenação, cujo caráter é penal.

Na sequência, abordaram-se o surgimento da perda alargada, no seio da comunidade europeia, bem como a sua adoção, a qual, usualmente, é sucedida de diversos questionamentos perante as cortes constitucionais e mesmo diante de cortes internacionais.

Em uma concatenação lógica, discorreu-se acerca da regulamentação da perda alargada, com especial atenção ao ordenamento português, embora normas de outros países também tenham merecido atenção, em decorrência de suas peculiaridades.

Após, analisou-se o rol de crimes, previsto na Lei 5/2002, aos quais é aplicável a perda alargada, bem como comentários foram tecidos acerca de algumas das mais destacadas modalidades de delitos arrolados pela norma sobredita.

Tratou-se, então, da operacionalização da perda alargada, que tem papel fundamental na formulação da hipótese provisoriamente formulada. Nesse contexto, asseverou-se que, muito embora se tenha empreendido uma análise mais detida do confisco à portuguesa, tal modelo não é o ideal. Irrestrito às críticas, o texto apontou qual seria a melhor forma de dinamizar a perda alargada – operacionalizando-a somente após a condenação criminal –, com vistas a dar-lhe de eficiência e, ao mesmo tempo, dar cumprimento aos ditames garantistas.

Por fim, procedeu-se ao confronto entre a perda alargada e os princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo*, culpabilidade e ônus de prova. Essa verificação evidenciou que a perda alargada, se melhor operacionalizada, mantém incólume os direitos, garantias e princípios processuais penais. Nesse ponto, destacou-se que, muito embora tenha encontrado resistência e seja alvo de constantes embates judiciais, a perda alargada tem sido bem recepcionada pelas cortes constitucionais dos países que a adotaram.

Tem-se, assim, uma prévia da resposta final ao problema de início formulado. Ao fim, considerado todo o exposto, compreende-se que a perda alargada, se adotada no Brasil, guardaria conformidade constitucional com o sistema de direitos, princípios e garantias instituído. Para além disso, buscou-se evidenciar que, mais que uma opção possível, a adoção da perda alarga é medida imprescindível no combate à criminalidade.

Para finalizar, em face da resposta formulada, há que se considerar que, se, por um lado, a perda alargada não é isenta de questionamentos, por outro, revela-se como engenhoso e valioso mecanismo engendrado pelo processo penal no combate e repressão à criminalidade, sobretudo organizada e financeira.

Assim, ao cabo, remete-se à máxima formulada por René Descartes, segundo a qual "não existem métodos fáceis para resolver problemas difíceis".

8. REFERÊNCIAS UTILIZADAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. Paraná: Hemus, 2000.

BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. Leme: Edijur, 2002.

BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. 235 f. Dissertação – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006.

CÂMARA, Guilherme Costa. *A Investigação Criminal desenvolvida pelo Ministério Público e o problema das "Cifras Negras"*. Disponível em: [http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/cifras.pdf]. Acesso em: 30.08.2014.

DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei 5/2002 de 11 de janeiro*: a inversão do ónus da prova nos termos do art. 7..º e as suas implicações. 2013. 53 f. Dissertação – Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

HERRERA, José Manuel Palma. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 1999.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 4. ed.

_____. *Metodologia científica*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

LIMA, Vinicius de Melo. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 71, p. 201-234, jan. 2012.

MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação Criminal Defensiva*. 2009. 212 f. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. vol. 1. Arts. 1.º a 120. São Paulo: Ed. RT, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F.. *Recuperação de activos*: Da perda ampliada à actio in rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), in Revista Julgar on-line 2009, p. 3. Disponível em: [sites.google.com/site/julgaronline].

TRÊS, Celso Antônio. *Teoria geral do delito pelo colarinho branco*. Curitiba: Imprensa Oficial, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro, de *RBCCrim* 52/9, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/43 (DTR\2005\870);
- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *RCP* 10/211, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/915 (DTR\2009\35); e
- Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia, de Pedro Caeiro – *RBCCrim* 100/453 (DTR\2013\403).

A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo

The use of video evidence at Brazilian courts: an exploratory study from the Minas Gerais and São Paulo courts

Vicente Riccio

Pós-Doutor em Ciência Política pela Northwestern University. Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; Professor Adjunto (Graduação e Mestrado) da Faculdade de Direito Universidade Federal de Juiz de Fora.
vicente.riccio@ufjf.edu.br

Beronalda Messias da Silva

Mestre em Direito e Inovação pela UFJF. Especialista em Direito Empresarial (USJT). Graduada em Direito (Cesmac) e Segurança da Informação (FMU).
beronalda@gmail.com

Clarissa Diniz Guedes

Doutora em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professora Adjunta (Graduação e Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.
clarissadinizguedes@gmail.com

Rogério Silva de Mattos

Doutor em Métodos de Apoio à Decisão pela PUC-RJ. Mestre em Economia pela PUC-RJ. Professor associado da Universidade Federal de Juiz de Fora.
rogerio.mattos@ufjf.edu.br

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo analisa como as cortes brasileiras utilizam a prova em vídeo para a resolução de processos penais. O texto discute como a cultura jurídica brasileira centrada no direito escrito analisa a fluidez e imediatismo da imagem. Estas características apontam a necessidade de inovação nos aspectos doutrinário e prático, como também na cultura profissional de advogados, juízes, promotores e demais operadores do direito. A pesquisa analisou as decisões criminais com a presença de prova em vídeo dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo entre os anos de 2009 e 2012. A pesquisa

Abstract: The article analyses how Brazilian courts use video evidence to solve criminal cases. The text discusses how legal culture based on written law analyses the immediacy and fluidity of image. These characteristics point to the need of doctrinal and practical innovations as well as on the professional culture of lawyers, judges, attorneys and other legal workers. The research has analyzed the criminal decisions based on video evidence from *Minas Gerais* and *São Paulo* State Courts from 2009 to 2012. The research found that the majority of judges have not seen the videos to sustain their

Riccio, Vicente. Silva, Beronalda Messias da. Guedes, Clarissa Diniz. Mattos, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

verificou que a maioria dos juízes não assistiu aos vídeos para fundamentar suas decisões. Nestes casos predomina a utilização de meios tradicionais de prova. Por fim, o estudo aponta a necessidade de se desenvolver nos profissionais do direito a capacidade de compreender o impacto da imagem no mundo contemporâneo e assegurar seu tratamento mais adequado pelas cortes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito - Mídia - Prova - Vídeo - Processo penal.

decisions. On those cases traditional means of proof are used. Finally, the study points to the necessity for the legal professionals to develop the ability to understand the impact of images in the contemporary world to handle it in a proper way.

KEYWORDS: Law - Media - Evidence - Video - Penal procedure.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Direito e mídia - 2. Direito, imagem e processo: 2.1 Imagem e veracidade no processo penal brasileiro; 2.2 A prova em vídeo no processo penal brasileiro - 3. Metodologia: 3.1 Limitações metodológicas - 4. Resultados - Conclusão - Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada pela presença da tecnologia e pela comunicação em tempo real. Tal característica atingiu todos os aspectos da vida social e impactou o campo do direito. Dentre as mudanças observadas, a crescente utilização das provas em vídeo é um fenômeno comum a diversas cortes. A partir do registro em vídeo, não é mais necessária a presença física em um determinado local para vivenciar uma experiência. Além disso, este evento pode ser armazenado e reproduzido em vários contextos.

A prova em vídeo difere de provas tradicionalmente acolhidas e normatizadas pelos sistemas jurídicos, como a documental e a testemunhal. Contudo, sua presença é crescente nas cortes de todo o mundo, em razão do crescente processo de inovação tecnológica observado na sociedade contemporânea. A capacidade de registro e armazenamento das imagens resultou, também, na ampliação dos instrumentos de controle social. Assim, as imagens registradas por diversas câmeras são apresentadas como provas em processos e debatidas nas cortes.

Outro fator importante a ser considerado é o impacto emocional das imagens. Elas nos posicionam em relação a questões de natureza moral e legal. Desse modo, o sistema jurídico é chamado a discutir, cada vez mais, o impacto da imagem no cotidiano. Estaria o nosso aparato jurídico habilitado a discutir tais questões? De que maneira a imagem redefine a atividade probatória no contexto dos tribunais? Os operadores do direito estão preparados para lidar com a imaterialidade da imagem? Em que medida as imagens afetam o sistema de garantias estabelecidas pelas

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

constituições democráticas? Tais questões estão presentes nas preocupações de profissionais e acadêmicos acerca da utilização das imagens nas cortes.[1]

Assim, o objetivo do presente artigo é discutir a maneira pela qual a prova em vídeo é analisada pelas cortes brasileiras. Trata-se de estudo exploratório a respeito da utilização da prova em vídeo por meio da análise de decisões criminais dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo no período compreendido entre 2009 e 2012. Para tanto, o artigo subdivide-se em quatro seções: 1. direito e mídia; 2. direito, imagem e processo penal; 3. metodologia; 4. análise das decisões. Ao final, as conclusões resumem os principais pontos discutidos ao longo do texto e as questões relevantes para uma agenda de pesquisa neste campo no Brasil.

1. DIREITO E MÍDIA

Antes de discutir as questões relativas à análise da utilização das provas em vídeo pelas cortes brasileiras, é importante discutir a relação entre direito e mídia. Estas duas instituições sociais têm grande importância na sociedade, pois reforçam normas e padrões sociais e ao mesmo tempo apresentam grandes diferenças entre si. Em um primeiro momento, evidencia-se a distinção entre o mundo do direito e o da mídia. O direito funda-se na rigidez de suas formas, nos comandos jurídicos estabelecidos pelos códigos, no tempo específico de sua fala e na existência de uma instância física para o exercício de seus debates e processo decisório.[2] O caráter monumental dos palácios de justiça é um modo também do direito comunicar o seu poder e papel na sociedade.[3]

A mídia, por seu turno, opera em uma lógica distinta. As suas características são a fluidez, a informalidade e a instantaneidade. As situações apresentadas pela mídia, especialmente na audiovisual, caracterizam-se pela apresentação do ocorrido sem maiores formalidades. A expressão imediata de um fato permite às pessoas efetuar um julgamento moral instantaneamente. O fato divulgado é tido como verdade incontestável. Este modo de operação choca-se, portanto, com a lógica do direito formal.

1. SHERWIN, R. K. *Visualizing Law in the Age of the Digital Baroque*. London and New York: Routledge, 2011, *passim*.
2. GARAPON, Antoine. *Le Gardien des Promesses: Justice et Democratie*. Paris: Odile Jacob, 1996, 231. GARAPON, Antoine. *Bien Juger: Essai Sur le Rituel Judiciaire*. Paris: Odile Jacob, 1997, p. 270; GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. *La Justice et le Mal*. Paris: 1996, Odile Jacob, p. 120.
3. MORAN, Leslie J. Managing the News Image of the Judiciary: The Role of Judicial Press Officers (October 7, 2014). *Oñati Socio-Legal Serie.*, vol. 4, n. 4, 2014, p. 799-818. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2506601]. Acesso em: 15.05.2015.

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

Por outro lado, existem também afinidades entre o mundo do direito e da mídia. Estas duas instituições são centrais no arranjo social contemporâneo. Importante observar, por exemplo, o papel do direito e da mídia na produção de discursos necessários à construção de subjetividades sociais, centrais à organização prática do cotidiano. Discursos são importantes, pois estabelecem as ações sociais corretas e aceitáveis. Logo, permitem aos indivíduos ordenar e reconstruir subjetivamente o mundo contemporâneo.[4] Ambas as instituições apresentam a capacidade de reforçar ou não determinado discurso acerca de um padrão de comportamento.

Outro ponto é o fato de o mundo do direito e o da mídia orientarem-se em torno de questões práticas. Eles existem para lidar com problemas desta natureza e tomam decisões (esfera do direito) ou as cobram (mídia). Tanto o poder estatal do direito, quanto o poder simbólico da mídia operam decisões de modo prático.[5] Ao exercerem suas atribuições, eles acabam reforçando um determinado padrão moral ou refutando-o. Desse modo, o direito e a mídia atuam para a organização de um tipo específico de moralidade na sociedade.[6]

Ainda, como instituições organizadas, eles apresentam estrutura hierárquica. No caso do direito, tal estrutura é manifesta na organização do poder de estado expressa no judiciário e, no caso da mídia, no poder econômico de suas grandes companhias. Em ambos os casos há hierarquia. Por fim, a objetividade é cara tanto ao mundo do direito quanto ao da mídia. A credibilidade é um elemento essencial para ambas as instituições, pois é fonte de confiança perante a população. Em se considerando a interpretação que a população confere ao trabalho destas instituições, ela se reveste na percepção de "imparcialidade" e "objetividade" de suas ações. Tal comportamento, inclusive, é o mais valorizado pela população quando avalia o sistema de justiça estatal.[7] Em relação à mídia, a objetividade também apresenta o mesmo efeito, pois confere credibilidade aos seus veículos. Sua importância é reforçada, ainda, pela capacidade dos expectadores e leitores promoverem a leitura crítica de seus conteúdos.[8]

4. KANG, H. Y. An Exploration into Law Narratives: The Case of Intelectual Property Law of Biotechnology. *Law Critique*. vol. 17, p. 239-265, 2006.
5. THOMPSON, John B. *A Mídia e a Modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 24.
6. ERICSON, Richard. Why Law is Like News. In: NELKEN, D. (org.). *Law as Communication*. Aldershot: Darthmouth, 1996, p. 200.
7. TYLER, Tom R. Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform. *The American Journal of Comparative Law* vol. 45, 1997, p. 871-904; TYLER, Tom R.; WAKSLAK, Cheryl J. Criminology. vol. 42, Issue 2, p. 253-282, May 2004. Disponível em: [http://onlinelibrary.wiley.com]. Acesso em: 16.05.2015.
8. ERICSON, Richard. Why Law is Like News. In: NELKEN, D. (org.). *Law as Communication*. Aldershot: Darthmouth, 1996, p. 209.

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

A relação entre direito e mídia também é debatida por outros prismas, tais como o contraste entre a formalidade do processo judicial e a instantaneidade da mídia,[9] a usurpação do espaço judicial por parte da mídia,[10] a utilização da mídia como espaço de estratégia judicial[11] e o fomento de lobby junto às cortes para sustentar uma causa.[12] Logo, seu estudo comporta diversos ângulos de análise, variações de objetos e métodos de pesquisa.

Além disso, esta relação é observada também no consumo de produtos culturais que têm por objeto as cortes ou questões situadas na zona cinzenta entre o legal e o moral. Dessa forma, parcela expressiva dos produtos culturais aborda o crime como objeto de entretenimento.[13] O consumo destas produções também funciona como elemento de conhecimento do sistema judicial.[14] A ficção televisada participa, dessa forma, da construção da imagem do judiciário e do modo como este funciona, razão pela qual diversos jurados americanos passaram a desconsiderar provas apresentadas nas cortes por elas não se incluírem no padrão do seriado CSI.[15]

O que se observa a partir da descrição destas situações é a pluralidade de contextos nos quais o encontro entre o jurídico e o midiático ocorre. Estas possibilidades diversificam-se no cotidiano com a ampliação dos meios de registro de interações entre as pessoas. O advento da internet e dos *smartphones* é sinal claro deste processo. Neste caso, a fragmentação e capilaridade de exposição das imagens são ainda maiores. O desenvolvimento recente deste tipo de tecnologia ampliou sobremaneira as possibilidades de compartilhamento de imagens. Existe hoje a ubiquidade da produção das imagens. Por fim, a riqueza de perspectivas e modelos de estudo sobre a relação entre mídia e direito não permite uma visão generalista sobre o tema. As análises sobre os campos de interação entre estes distintos campos da

9. SALAS, Denis. *Le Tiers Pouvoir: vers une autre justice*. Paris: Hachette, 1998, p. 241.
10. GARAPON, Antoine. *Le Gardien des Promesses: Justice et Democratie*. op. cit., p. 270.
11. CIVARD-RACINAIS, Alexandrine. Le Journaliste dans la Stratégie Médiatique de Sources d'Information Judiciaire. *Médias Pouvoirs*., n. 1, vol. 4, 1997, p. 61-68.
12. HALTOM, William; MCCAN, Michael. Litigation, Mass Media, and the Campaign to Criminalize the Firearms Industry. *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, n. 4, 2014, p. 725-749. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2499208.] Acesso em 18.05.2015.
13. CAVENDER, Gray; FISHMAN, Mark. Television Reality Crime Programs: Context and History. In: FISHMAN, M.; CAVENDER, G. (orgs.). *Entertaining Crime: Television Reality Programs*. New York: Aldine de Gruyter, 1998.
14. HALTOM, William; MCCANN, Michael. *Litigation, mass media, and the campaign to criminalize the firearms industry*, cit.
15. TYLER, Tom. Viewing CSI and the Threshold of Guilt: Managing Truth and Justice in Reality and Fiction. *Yale Law Journal*. n. 115, 2006, p. 1050-1085.

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

vida social devem incorporar as particularidades dos meios técnicos utilizados e as interações registradas.[16]

Quanto à prova em vídeo, a sua especificidade está no fato de ser uma imagem captada por um meio técnico destinada a sustentar uma decisão judicial. A pesquisa analisou as decisões criminais dos Tribunais de Justiça de Minas e Gerais e São Paulo entre 2008 e 2011 com o objetivo básico de analisar como a prova em vídeo é incorporada na construção da decisão judicial.

2. DIREITO, IMAGEM E PROCESSO

A prova em vídeo é o registro e armazenamento de uma interação ocorrida em meio analógico ou digital. O registro dessa imagem gera questionamentos no âmbito jurídico em virtude de sua intangibilidade. A definição de sua natureza jurídica ou de sua posse são exemplos das dificuldades envolvidas no tratamento do tema. Apesar disso, o conteúdo da prova em vídeo é objeto de análise e interpretação por parte dos operadores do direito. No caso brasileiro, a tradição romano-germânica prioriza a lei escrita e sistematizada em códigos. Estes consolidam as normas a partir da racionalidade definida pelo legislador. Assim, a decisão judicial baseada na lei é uma declaração de verdade na qual os enunciados fáticos são considerados verdadeiros.[17] No sistema continental, a racionalidade é dada *a priori* pelo poder soberano do legislador,[18] e o operador do direito reforça esta racionalidade na medida em que aplica tais normas. Logo, o seguinte questionamento é relevante: de que forma a imagem é recebida nesta tradição jurídica? Isso é relevante, pois, no caso da cultura jurídica brasileira existe o predomínio da cultura formal textual. Tal tradição vê-se confrontada pelo avanço tecnológico e pela instantaneidade inerente à mídia e às novas tecnologias.

O século XX, com o progresso tecnológico por ele libertado, veio mudar o modo pelo qual as interações e formas simbólicas são armazenadas e distribuídas.[19] O uso das imagens, vídeos, fotografias, e animações no cotidiano tornou-se frequente e invadiu o dia a dia dos tribunais. A prática jurídica tradicionalmente centrada na palavra escrita é impactada pela imagem mediatizada.[20] Assim, o impacto da imagem não se limita a incorporar um elemento técnico, mas traz consigo um novo

16. RICCIO, Vicente. A Lei em Tela e a Tela da Lei. DADOS. *Revista de Ciências Sociais* 44/773-805, Rio de Janeiro, 2001.
17. FERRER BELTRÁN, J. *Prova e Verità nel Diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2004.
18. OST, François. Jupiter, Hercules, Hèrmes: Trois Modelés du Juge. Bouretz, Pierre (org). *La Force du Droit*. Paris: Esprit, 1996, p. 241-272.
19. Idem, p. 25.
20. SHERWIN, R. K., op. cit., p. 41.

modo de argumentar e provar o que é verdadeiro ou não. De que modo o direito e os seus operadores podem lidar com tais questões?

A utilização desses meios visuais relaciona-se com a capacidade mimética da imagem e sua preponderância em relação à palavra escrita. Seria uma prova audiovisual mais persuasiva que um documento escrito ou um depoimento oral? Podemos confiar naquilo que enxergamos? A imagem retrata a realidade ou ela pode nos iludir e enganar? Advogados, juízes ou jurados estão preparados para os efeitos das imagens na tela? Tais questões estão interligadas e impõem o questionamento sobre a adequação da prática jurídica em relação à imagem. Como produto oriundo de meio técnico, a prova em vídeo é submetida à interpretação do operador do direito. Quais são os esquemas cognitivos que ele utiliza para a sua análise?

Ocorre que os impactos da imagem na justiça são pouco discutidos pela doutrina brasileira, como também são escassos os estudos empíricos sobre a presença e efeitos do uso da imagem no Poder Judiciário. Isso porque a maioria dos atos processuais, como alegações, depoimentos, negociações, deliberações, são ainda, por uma questão de tradição, baseados na palavra escrita.[21] Tal apego à palavra escrita foi reforçado pelo racionalismo, que era crítico da experiência sensorial como fonte de erros e confusões. Por isso, as questões relativas à imagem foram excluídas do projeto moderno, dado o seu critério anticientífico e alienante.

Esta questão é importante pois a sociedade tem passado por uma verdadeira "virada pictórica", na qual os efeitos das imagens sobre os pensamentos, os sentimentos e as decisões das pessoas tornam-se demasiadamente importantes para a vida cotidiana. O direito e os seus operadores não estão imunes a esta virada pictórica. As imagens passam a ser utilizadas como elementos de persuasão e prova, com destaque para as corte do sistema *adversarial* anglo-saxão. Ainda, a retórica judicial, tradicionalmente rica em palavras, ao incorporar o elemento visual envolve quatro dimensões: a cognitiva, a retórica, a ética e a tecnológica.[22]

Todos estes elementos estão relacionados a um aspecto relevante: a dimensão emocional da imagem. Ela é mais persuasiva que as palavras e gera conexões emotivas fortes.[23] A imagem faz parte de um sistema semiótico ou de código e não é uma simples representação da realidade, razão pela qual ela pode mentir. Acima de tudo, ela está submetida à interpretação.[24]

21. FEIGENSON, Neal; SPIESEL, Christina. *Law on display: the digital transformation of legal persuasion and judgment*. New York: New York University, 2009, *passim*.
22. Idem, ibidem.
23. Idem, ibidem.
24. TORRESI, Ira. The Photographic Image: Truth or Sign? In: WAGNER, Anne, SHERWIN, Richard. *Law, Culture and Visual Studies*. New York: Springer, 2014, p. 125-139.

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

Além da ideia da imagem como representação, uma outra linha da teoria da imagem procura desenvolver e trabalhar a ideia da fator imagético enquanto possuidor de signos nos quais devemos decifrar os sentidos e significados. Para Barthes,[25] a fim de se compreender uma imagem, sobretudo a publicitária, devemos considerar três níveis de mensagens; (a) a linguística, que representa o elemento textual, a literal ou icônica; (b) a denotada, que consiste na representação pura da imagem; (c) e a imagem simbólica ou conotada, a qual expressa quase sempre um sentido ideológico. Para o autor, os sentidos denotativo ou conotativo são elementos inseparáveis de uma imagem. Ainda, a imagem pode também conter outros ingredientes culturais, os quais são colocados para cumprir uma função linguística proposital.

Adicionalmente, a produção e a interpretação da imagem não são um ato de neutralidade. Ao contrário, a partir do momento em que uma câmera é posicionada, um ângulo é escolhido e o conteúdo é editado, há subjetividade. Por esta razão, não se deve incorrer em alguns mitos típicos em torno da imagem, como: 1 – a imagem em vídeo é objetiva; 2 – os seus significados são claros e sem ambiguidades; 3 – o filme transforma o observador em testemunha.[26] A incorporação desses mitos apresenta grande risco de injustiça e reforça uma visão acrítica do meio técnico.

A imagem fragiliza o discurso racionalista tradicional do direito, pois não impõe uma separação dicotômica entre emoção e razão. Elas estão inter-relacionadas e possuem um campo em comum. As emoções foram colocadas como um fator de irracionalidade,[27] porém a vida cotidiana não promove esta separação e tais sentimentos influenciam diretamente estes processos de decisão. Este contexto é difícil para os juristas, pois eles foram formados a partir da visão de que no processo de julgamento, na esfera judicial, os mecanismos da razão devem ser mantidos livres de qualquer condicionamento dos sentimentos. Razão e emoção pertencem a mundos distintos.[28]

Assim, qualquer ligação com a estética ou o imaginário é reprimida pelo discurso prático predominante do direito. A imagem é um objeto limitado por suas áreas especializadas, como o direito autoral, a liberdade de expressão e a censura, as

25. BARTHES, Roland. A Retórica da Imagem. In: *O óbvio e o obtuso: ensaios críticos*. Tradução de Léa Novaes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 39.

26. SILBEY, J. Cross-Examining Film. *Race, Religion, Gender & Class*. v. 8 (17), 2008. p. 17-46.

27. SOLOMON, Robert C. Prefacio. In ROESER, Sabin. *Emotions and Risky Technologies: Introduction and Overview*. London New York: Spriger, 2010.

28. FORZA, Antonio. Razionalità ed emozioni nel giudicante. *Criminalia*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 353.

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

questões de privacidade. A capacidade do direito de controlar e intervir coloca a imagem sob a égide da lei. Desse modo, a relação entre o direto e a imagem não é concebida, nem tampouco admitida.

Para Sherwin,[29] as imagens são emocionalmente poderosas e carregam significados muitas vezes não observados pelos operadores do direito. Para o autor, a melhor forma de explicar a midiatização da sociedade é por meio da ideia de barroco digital. O autor recupera o conceito do barroco para compreender a multiplicidade de imagens no mundo contemporâneo e observar como elas relacionam-se com o mundo do direito. O barroco é o estilo do excesso, da profusão de imagens, e das diversas formas de interpretação possíveis, as quais trazem dúvidas acerca do observado. Tal estado acarreta na dificuldade em se definir o que é real ou imaginário. Por outro lado, a certeza é a lógica do direito moderno, razão pela qual há grande desconfiança em relação ao potencial desagregador da imagem.

Sherwin[30] relaciona, ainda, o direito contemporâneo ao impulso iconoclasta da Reforma Protestante europeia do século XVI. Nesse período, os iconoclastas viviam a tensão entre a verdade e a falsidade, sendo o seu esforço voltado à obtenção de um mundo puro sem a mediação do homem, em razão de sua imperfeição.[31] De modo análogo, o mesmo pode ser observado em relação à imagem, visto que ela é uma mediação entre o real e o irreal. Logo, passível de desconfiança por um direito ávido por universalidade e coerência.

O modelo tradicional de direito não está capacitado a compreender a profusão de imagens do mundo contemporâneo. Em geral, a tendência é rechaçar a sua existência, tendo por base a afirmação de seu caráter indeterminado e oral. Apesar disso, a imagem amplia constantemente seu papel na sociedade atual, principalmente em razão das novas mídias digitais. Assim, não há como escapar à sua crescente presença no cotidiano, razão pela qual o uso das imagens é crescente nos tribunais, seja como auxílio ao processo de debate e decisão entre os operadores do direito, ou mesmo como objeto de deliberação das cortes.

A utilização das imagens nos tribunais ocorre de diversas maneiras, mas é importante observar a sua capacidade em simular o real na forma de animações, recriações digitais e documentários, por exemplo. Portanto, uma das formas de

29. SHERWIN, R. K., op. cit., p. 121.

30. Idem ibidem.

31. LATOUR, Bruno. O que é iconoclash? Ou, há um mundo além das guerras de imagem? *Horizontes Antropológicos*. vol. 14, n. 29. Porto Alegre: jun. 2008. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832008000100006&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 28.05.2014.

superar a profusão "barroca" dos tempos atuais, e de desbancar a dúvida sobre a imagem, é por meio do conhecimento emocional com os métodos interpretativos da narrativa e da expressão visual. Sherwin[32] não propõe a negação da imagem, mas justamente o oposto: o desenvolvimento de uma capacidade cognitiva para compreender as suas características e entender o seu impacto no cotidiano. Logo, é necessária a alfabetização visual para a compreensão desta nova realidade.

A ideia da alfabetização visual aplicada ao âmbito do direito incorpora uma lógica descritiva e pragmática, que busca decifrar os elementos metafísicos inscritos no âmbito da imagem. A habilidade de ler e compreender o conteúdo das imagens é o que garante o entendimento adequado de sua presença no cotidiano. Ou seja, torna-se necessário o desenvolvimento de uma nova eloquência visual. A combinação de tais elementos potencializa o entendimento crítico da imagem no âmbito do direito, principalmente como instrumento de prova e persuasão.[33]

De maneira mais específica, a alfabetização visual passa longe das cortes e dos tribunais. Os operadores do direito tendem a reproduzir o mesmo padrão lógico de desconfiança em relação à imagem observado pelo direito da modernidade. O impacto das tecnologias, por sua vez, ainda é pouco compreendido no âmbito jurídico. A velocidade de mudança das novas tecnologias não é a mesma em se tratando da atualização de seus marcos legais.

Apesar dos aspectos controvertidos do uso das imagens nas ações judiciais, no Brasil a questão ainda é pouco discutida. O processo legislativo tem encontrado dificuldade em atualizar o ordenamento jurídico frente ao desenvolvimento da tecnologia, especialmente em relação à digital. Após o surgimento da internet e da possibilidade da vida *online* o contato constante do homem com a virtualidade tem alterado os padrões de interação entre as pessoas, razão pela qual tais fenômenos não podem ser estudados somente de um ponto de vista técnico, mas também epistemológico e sociocultural.[34]

Logo, para lidar com o visual no mundo contemporâneo, o direito necessita de novos instrumentos para compreender a inteligibilidade e retórica da imagem. Este entendimento é necessário principalmente no caso das provas, a fim de se compreender a diferença existente entre suas formas tradicionais e aquelas baseadas em vídeo. A superação de uma cultura jurídica racionalista é fundamental para se promover a alfabetização visual no âmbito dos operadores do direito.

32. SHERWIN, R. K. op. cit., p. 107.

33. Idem, ibidem.

34. LEVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 88.

2.1. *Imagem e veracidade no processo penal brasileiro*

O problema da imagem relaciona-se diretamente com uma das questões centrais do processo penal: a questão da veracidade. O direito penal surge com o objetivo de tutelar bens jurídicos considerados extremamente relevantes para a sociedade. O processo penal, por sua vez, visa assegurar ao réu as garantias que devem se contrapor à persecução estatal.[35] Como resultado, a sentença penal condenatória deve embasar-se num *standard* probatório máximo e ideal, em que o juiz constata a verdade "além de qualquer dúvida razoável".[36] Embora a concepção de verdade absoluta esteja sendo mitigada no âmbito do processo penal e diversos doutrinadores caminhem em direção a uma verdade aproximativa,[37] pode-se afirmar, com Ferrer Beltrán,[38] que a finalidade da prova, em qualquer âmbito da experiência, é buscar a verdade possível dos fatos Complementarmente, acredita-se na função persuasiva exercida pela prova, já que os fatos investigados são alvo da convicção do juiz.[39]

Em tempos de cultura visual e digital, o processo penal tem de lidar com o potencial persuasivo da imagem e com o modo pelo qual ele impacta sua noção de verdade. Algumas questões surgem tanto do ponto de vista teórico quanto prático: podemos confiar na tomada de decisão baseada exclusivamente na imagem? Qual a relação entre a imagem e a verdade? A imagem pode iludir ou manipular a realidade?

Como observamos anteriormente, a imagem é objeto de interpretação e submete-se a um confronto de perspectivas. Um exemplo interessante pode ser verificado em relação à absolvição dos policiais brancos que espancaram Rodney King na década de 1990. Os advogados encarregados da defesa dos policiais descontruíram quadro a quadro o conteúdo das imagens de modo a contestar a versão de abuso de autoridade. Como resultado, este primeiro julgamento gerou os distúrbios de Los Angeles, em 1992.[40] Posteriormente, realizou-se novo julgamento com um corpo

35. LOPES JR., Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

36. STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 2003; ZAZA, Carlo. *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*. Milano: Giuffrè, 2008.

37. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev., São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 55; 82.

38. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Bologna, Società editrice il Mulino, 2004, p. 19.

39. *Cf.*, sobre o tema, GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. p. 93-105.

40. Os distúrbios em Los Angeles registraram mais de 50 mortos, 2 mil feridos, 9500 prisões e US$ 1 bilhão em prejuízos materiais. Após novo julgamento, 2 policiais foram condenados e 2 absolvidos.

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

de jurados distribuídos a partir de critérios étnicos representativos. O que importa nesse caso é o fato de a prova em vídeo ter sido objeto de interpretação e debate acirrado nas duas etapas.[41]

Segundo Tait,[42] há uma tradição dentro da retórica visual que tende a ver a imagem como um instrumento de lógica, uma forma de mostrar a relação entre as ideias e traçar sequências causais ou temporais dos fatos. A outra tradição considera a imagem como uma arma para persuadir e seduzir os ouvintes. Do ponto de vista da confiabilidade e da representatividade, a atual edificação de uma sociedade da imagem desencadeou uma série de dúvidas quanto o seu valor, ora considerada como uma cópia da realidade, ora como fomentadora do imaginário.[43]

Ocorre que no âmbito do direito, com o crescente uso nas ações judiciais de ferramentas tecnológicas e visuais, a relação entre retórica, representação e imagem tem tido uma ligação direta com escopo do processo penal de diminuir as incertezas e chegar o mais próximo da verdade. Com efeito, no campo criminal, a falta de domínio sobre a imagem pode colocar em xeque bens jurídicos relevantes, como o direito à liberdade, à vida e à propriedade.

O fato é que, com o surgimento das novas tecnologias digitais e da facilidade de simulação e manipulação das imagens digitais, observa-se a relação entre verdade e imagem mais tênue e fragilizada. Atualmente são vários os programas capazes de manipular o conteúdo dos arquivos digitais. Assim, é possível alterar a cor, o conteúdo, as formas presentes em seu interior. Estes programas estão disponíveis em diversos dispositivos e plataformas como computador, celular e *tablet*.

Cumpre aqui destacar que a adulteração em imagem com o objetivo de enganar o observador surgiu nos primórdios da fotografia. Neste momento, a manipulação das imagens exigia conhecimentos técnicos especializados em química, física e impressão. O processo de adulteração poderia levar dias ou semanas.[44] Atualmente, a possibilidade de alteração da imagem é maior, visto que a ubiquidade dos

41. STUART, F. Constructing Police Abuse after Rodney King: How Skid Row Residents and the Los Angeles Police Department Contest Video Evidence. *Law and Social Inquiry*, vol. 36, n. 2, p. 327-353, 2011.

42. TAIT, David. Rethinking the role of the image in justice: visual evidence and science in the trial process. *Law, Probability and Risk*, 6, 2007, p. 311-318.

43. NÓVOA, António. *As palavras das imagens. Retratos de professores* (séculos XIX-XX), 2001. Disponível em: [http://hdl.handle.net/10451/671]. Acesso em: 10.12.2013.

44. SETTI, Ricardo. Em Fotos Adulteradas, Mentiras Sobre a História, 2011. *Veja*. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tema-livre/fotos-historicas/2011]. Acesso em: 19.09.2014.

computadores e aparelhos celulares permite a um leigo modificar seu conteúdo de modo imediato e sem a necessidade de formação técnica específica.[45]

A manipulação da imagem é algo observado ao longo da história. Como exemplo clássico do século passado, as alterações em fotografias para excluir inimigos do regime ou antigos colaboradores caídos em desgraça era uma constante na Alemanha nazista e na União Soviética.[46] Os regimes totalitários tinham por objetivo controlar os signos ideológicos de suas sociedades. A imagem de uma raça superior ou de um novo homem socialista era central à sua engrenagem. Desse modo, os inimigos de suas utopias eram retirados dos registros imagéticos.

Essa situação aponta para outro problema relativo à maleabilidade da imagem. A partir do meio técnico adequado, é possível alterar o momento registrado anteriormente. Obviamente, existem instrumentos técnicos capazes de comprovar a adulteração, mas isso coloca o conhecimento científico em um patamar de relevo na autenticação do conteúdo apresentado. Por isso, o alerta de Silbey[47] para uma leitura crítica da imagem é correto. Contudo, a capacidade de verificação da autenticidade de uma imagem é reduzida, em se comparando com as infinitas situações registradas no dia a dia. A sua autenticidade é testada em situações nas quais há uma disputa em torno de uma questão de direito.[48] Ou seja, em se tratando da imagem, o perito ganha um poder imenso para atestar ou refutar o conteúdo apresentado.

A imagem também apresenta a capacidade de ludibriar os sentidos e provocar ilusões e contradições. A noção de ilusão, ao contrário da realidade, aponta para a ideia de algo sugerido pela imaginação ou causado por engano dos sentidos. Portanto, enquanto a realidade geralmente é associada a algo com consistência real e objetiva, a experiência da ilusão tem natureza subjetiva, no sentido de que depende da percepção humana para a sua ocorrência.[49] Além disso, a ilusão de ótica é uma forma de experimentar os limites de nossas percepções visuais, e tal fenômeno ocorre pelo fato do estímulo visual ser uma fonte permanente de ambiguidades. A

45. KOT, Alex C.; CAO, Hong. *Digital Image Forensics: There is More to a Picture than Meets the Eye*. New York: Springer, 2013.

46. SANTOS, Valéria Cristiane Moura dos. *Luz, câmera, Hitler! Cinema e propaganda a serviço do Nazismo. VI Simpósio Nacional de História Cultural. Escritas da História: Ver – Sentir – Narrar*, 2012. Disponível em: [http://gthistoriacultural.com.br/VIsimposio/anais/Valeria%20Cristiane%20Moura%20dos%20Santos.pdf]. Acesso em: 10.08.2014.

47. SILBEY, J. Cross-Examining Film, op. cit., p. 17-46.

48. KOT, Alex C. CAO, Hong, op. cit.

49. LAFUENTE, Maria Avelina Cecilia. Dream's Shadows: Fiction and Reality in Miguel de Unamun., In: *Reality and Illusion in the Work of Art*. New York: Springer, 2005.

Riccio, Vicente. Silva, Beronalda Messias da. Guedes, Clarissa Diniz. Mattos, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

visão tem por característica a capacidade de aprender a trocar rapidamente uma interpretação por outra, razão pela qual é possível a ilusão de ótica.[50]

A ilusão de ótica ocorre quando o indivíduo é confrontado com duas ou mais imagens semelhantes, porém paradoxais. Neste caso, o cérebro humano atribui validade à mais provável de ser verdadeira conforme o juízo de quem observa a imagem.[51] A razão para isto reside no fato de o processo de percepção estar relacionado às experiências anteriores do indivíduo. Logo, ele interpreta a imagem de acordo com um conjunto de informações já estabelecidas em sua mente. Ou seja, não se separa a imagem de seu contexto, pois as percepções dos indivíduos estão fundadas em suas experiências de vida. Mais uma razão para o desenvolvimento da leitura crítica das imagens.

De que maneira estas questões impactam o mundo do direito? A imagem coloca justamente em cheque a visão reducionista da interpretação do direito. Apesar de a imagem registrada em vídeo reproduzir um fato específico, isso não significa a reprodução automática da verdade. É certo que a imagem ativa os elementos emocionais de seus receptores, e amplia a percepção de verdade em relação ao fato em tela. Contudo, ela depende de interpretação, pois é o retrato parcial do contexto maior de uma interação específica. Adicionalmente, a imagem é mediada pelo instrumento técnico e depende do conhecimento de um especialista para atestar a sua veracidade em último caso. Isso torna complexo o processo de decisão a partir de uma imagem registrada em vídeo.

Desse modo, o operador do direito deve desenvolver a capacidade de ler as imagens tendo em vista os seus múltiplos impactos e formatos, pois ao mesmo tempo em que a imagem é capaz de provar um fato ocorrido em zonas obscuras, como transações de drogas, corrupção policial e violência doméstica, ela pode ser manipulada e fomentar uma condenação enganosa ou destruir a reputação de alguém. Nesse sentido, a veracidade obtida a partir da imagem não é pré-determinada pela racionalidade abstrata do código, mas construída a partir do confronto cotidiano com a realidade.

2.2. A prova em vídeo no processo penal brasileiro

Já foi dito que a prova judicial tem como um dos objetivos resgatar a verdade aproximada dos fatos. O processo organiza o caminho para a obtenção da verdade ao mesmo tempo em que estabelece garantias para os cidadãos. O devido

50. ACCIOLY, Maria Inês. *Isto é Simulação: a estratégia do efeito do real*. Rio de Janeiro. E-papers, 2010.

51. AUMONT, J. *A Imagem*. Campinas: Papirus, 1993, p. 25.

processo legal é um direito fundamental, e as provas em vídeo submetem-se à sua lógica no direito brasileiro.

No processo penal, esta busca da convicção judicial sobre os fatos ocorridos dirige-se precipuamente à ocorrência ou não de um fato típico, antijurídico e culpável.[52] A conclusão sobre a culpabilidade do acusado deve ser alcançada pelo juiz a partir da análise dos elementos probatórios, mediante a utilização de critérios lógicos racionais.

No sistema da persuasão racional, a busca da verdade está intrinsecamente ligada à valoração judicial da prova e aos argumentos que fundamentam esta valoração. Ao juiz não é permitido julgar conforme a própria consciência ou a partir impressões individuais, sem respaldo na prova existente.[53]

Deve o juiz ter presente, no momento de decidir, após valorados os elementos probatórios, a gradação da prova considerada suficiente para decidir, conforme o *standard* probatório exigido no processo penal: para a condenação, é necessária a prova além da dúvida razoável; para a absolvição, é suficiente a dúvida sobre a culpabilidade.

Nesse contexto, a análise da prova em vídeo assume especial relevo no processo penal, sob diversas perspectivas. Quando o vídeo se mostra relevante para o esclarecimento do fato imputado ao réu, deve-se indagar, em primeiro lugar, se o julgador teve contato direto com o seu conteúdo. Em segundo lugar, é preciso avaliar o impacto do vídeo sobre a decisão, verificando, a partir do discurso judicial, quais os critérios utilizados para valorar este elemento de prova, bem como a importância atribuída ao vídeo entre os demais elementos de prova.

No Direito Brasileiro, a teoria da prova incorpora, em parte, as rápidas mudanças decorrentes das novas tecnologias audiovisuais, sobretudo no momento da produção da prova. É o que ocorre, por exemplo, com as alterações implementadas no Código de Processo Penal, promulgado em 1941, num contexto histórico marcado por uma ditadura e pelo início da era analógica. Tais reformas legislativas incorporaram a videoconferência para oitiva de testemunhas, do acusado e do ofendido (Lei 11.690, de 09.06.2008. Entretanto, quando se trata de abordar o vídeo como *meio de prova*, tanto a doutrina como a jurisprudência são escassas, e a legislação não prevê uma forma específica de produção desta prova.

52. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. 4. ed. Trad. Alexandra Martins e Daniela Miròz. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 52.

53. LESSONA, Carlos. *Teoría general da prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba y sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemana etc.* Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1957. p. 355.

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

Quando se fala em provas eletrônicas e, principalmente, audiovisuais, a classificação doutrinária a situa como tipo probatório documental, sem qualquer tratamento específico. Logo, o conceito de documento é ampliado para incorporar as provas digitais e, no caso, a prova em vídeo, sem que esta mereça regulamentação própria.

Nesse sentido, Arruda Alvim reputa correta a ampliação da abrangência do conceito, antes limitado ao registro físico de um fato,[54] para considerar como documentos "aqueles criados através de tecnologias modernas da informação e das comunicações, como os dados inseridos na memória do computador ou transmitidos por uma rede de informática, em geral denominados documentos de informática ou documentos eletrônicos".[55] O objeto desses dados pode ser material, visual, auditivo ou audiovisual.

Contudo, parte dos teóricos concebe a validade das provas digitais tendo em vista as peculiaridades técnicas que as distinguem da prova documental tradicional. O posicionamento em defesa da diferença entre prova física e documental está no aspecto físico e material. O documento digital não se encontra em seu estado material, pois é um conjunto de *bits* interpretados pelo computador.

Para Marcacini,[56] por exemplo, o documento físico é um objeto único que está "materializado em algum meio tangível", e o documento digital apenas uma sequência de *bits* cuja cópia pode ser armazenada em qualquer lugar ou repetida em qualquer quantidade, mas com a exigência de ser reproduzida a partir da mesma sequência eletrônica. A prova digital não seria necessariamente uma prova documental, mas apresenta semelhanças em relação à primeira, pois tem por característica a imaterialidade; o desprendimento do suporte físico, a volatilidade; a suscetibilidade de clonagem e a necessidade de intermediação de meio técnico para o seu acesso.

Na perspectiva da produção e valoração da prova em vídeo, nenhuma destas distinções é suficiente para solucionar os problemas que dizem respeito a este meio de prova. Como deve o juiz assistir ao vídeo: sozinho em seu gabinete ou em audiência pública, franqueada a participação das partes? No último caso, qual o procedimento a ser observado?

O desenvolvimento tecnológico trouxe a capacidade de registrar, armazenar e dispor de imagens independentemente do tempo e espaço. Tal característica

54. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. VI, p. 161.

55. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, 2.ª Parte, n. 213, p. 1.014. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 529-530.

56. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

auxiliou a construção dos pilares de nosso mundo contemporâneo, em que as experiências e fatos são compartilhados instantaneamente. As imagens permitem o conhecimento de situações ocorridas a milhares de quilômetros de distância das residências das pessoas, o que viabiliza que se posicionem moralmente sobre seu conteúdo.[57] Ou seja, o juízo moral ocorre em torno de fatos presenciados por meio de instrumentos técnicos. Essa lógica difere, em muito, do *modus operandi* do processo penal clássico, em que a verdade é reconstruída presencialmente. O espaço da sala de audiência é o local, por excelência, para o exercício desta missão do direito.[58]

O processo penal que, em regra, estabelecia o modelo presencial como instrumento necessário à reconstrução da verdade passa, desse modo, a lidar com uma realidade mais instável e dinâmica. Por isso, as iniciativas de mudança legislativa com a finalidade de atualizar o conteúdo legislativo, incorporar inovações tecnológicas à prática jurídica e à elaboração de novos conceitos jurídicos para lidar com a imagem apresentam uma realidade fática mais complexa ao direito. A natureza da imagem, sua instantaneidade e ubiquidade, e sua abertura à interpretação, impõem a necessidade de se compreender seus aspectos para incorporação ao processo judicial.

Esse processo de incorporação da imagem depende de inovação no âmbito do direito, tanto em seu aspecto doutrinário quanto prático, mas também em relação à cultura de seus profissionais.

Por fim, é necessário ressaltar que esta questão não se resume a um problema tecnológico em sentido estrito. Trata-se de uma questão de natureza humana, em que se deve questionar o modo pelo qual a tecnologia é incorporada e utilizada pelos indivíduos. Como afirma Sherwin,[59] é necessária a alfabetização digital para compreender e ler a profusão de imagens expostas de modo aleatório em nosso cotidiano. Estariam os nossos profissionais do direito preparados para tal tarefa?

3. METODOLOGIA

O presente artigo trata da análise das decisões judiciais dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais baseadas na utilização de prova em vídeo. Esses tribunais foram escolhidos em virtude de representarem os dois estados mais populosos do país. As cortes estaduais de 2.º grau foram escolhidas pelo fato de trabalharem questões de fato e de direito de um modo abrangente, o que permite uma pesquisa mais detalhada sobre o tema. Além disso, as decisões dessas cortes

57. BOLTANSKI, Luc. (1993), *La Souffrance à Distance: Morale Humanitaire, Médias et Politique*. Paris: Métailié, 1993, p. 33.

58. GARAPON, Antoine. *Bien Juger: Essai Sur le Rituel Judiciaire*, op. cit., p. 32.

59. SHERWIN, R. K., op. cit., p. 112.

estão disponíveis na *internet*, o que viabilizou a pesquisa por meio eletrônico. O intervalo temporal escolhido para a coleta dos dados correspondeu aos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012. A limitação no tempo da pesquisa ocorreu em razão do caráter exploratório do estudo.

A análise das decisões propicia um primeiro olhar sobre o contexto de utilização das provas em vídeo e o seu modo de interpretação por parte dos operadores do direito – no caso, os desembargadores dos Tribunais de Justiça em questão. As decisões judiciais, como instrumentos de regulação social, fornecem um instrumento de observação dos mecanismos e processos sociais que constituem um índice das relações de força e da hierarquia de valores existentes em uma sociedade.[60] Assim, as decisões permitem a observação de como um grupo importante na sociedade, os julgadores de segundo grau, incorporam a imagem como instrumento para deliberação de seus processos. Ainda, é possível a observação de como estes instrumentos técnicos são hierarquizados em termos de validade por parte dos magistrados de segunda instância.

Após a coleta das decisões procedeu-se à análise de seu conteúdo. Para tanto, os códigos de análise foram estabelecidos e organizados em um questionário específico. A partir daí realizou-se a leitura das decisões judiciais. Para cada decisão analisada, um questionário foi respondido, e as informações lançadas em uma planilha específica.

3.1. Limitações metodológicas

A pesquisa foi realizada pela *internet* a partir dos *sites* dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que possuem apenas quatro critérios de busca: órgão julgador, escolha por relator, data de publicação ou do julgamento. Dessa forma, o rastreamento de qualquer outro parâmetro foi feito no corpo do texto do acórdão, razão pela qual as decisões foram lidas e analisadas uma a uma.[61]

60. DE FELICE, Deborah; GIUFRIDDA, Giovanni; GIURA, Giuseppe; ZARBA, Calogero. *Le descrizioni dei reati di criminalità organizzata e di tipo mafioso nel testo delle sentenze. Quaderni di Sociologia*, vol. LIV, 2010, 54, p. 57-80.

61. O problema verificado durante a pesquisa refere-se à ausência de sistematização dos dados no Poder Judiciário, que dificulta a produção científica sobre as decisões. A alimentação dos *sites* é muitas vezes incongruente e os dados contêm erros de digitação. Dessa maneira, para um pesquisador testar a precisão das informações coletadas nos *sites*, é necessário acessar cada resultado e checar ação por ação. Em alguns casos, é necessário também checar as informações nas páginas do processo, o que demanda tempo maior e dificulta o andamento da pesquisa, conforme GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa et. al. *Desafios da pesquisa empírica aplicada ao Poder Judiciário. Considerações levantadas a partir de estudo de*

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

No caso de Minas Gerais, a solução adotada para se filtrar as ações criminais foi por meio da realização da pesquisa com as palavras-chave "prova", "vídeo" e "penal" interligadas pelo conectivo "e". Ainda assim, outras matérias apareciam como ações de natureza cível ou tributária, razão pela qual a consulta manual foi realizada uma a uma a fim de confirmar sua adequação à pesquisa proposta.

O portal do TJSP apresenta número maior de critérios de busca, como a procura por sinônimos em mais de 10 campos específicos de pesquisa. Contudo, não há na página filtros específicos que separem as causas cíveis das criminais, por exemplo. Logo, também foi necessária a leitura individualizada das decisões judiciais.

Desse modo, foi possível obter as informações necessárias à pesquisa e consolidar a base de dados. A partir daí, o conteúdo foi selecionado com base nos códigos estabelecidos pelo questionário. O total de decisões criminais selecionadas para os Tribunais de São Paulo e Minas Gerais foi de 139. Este material foi tabulado e as respectivas estatísticas geradas. Ressalte-se que as estatísticas apresentam caráter descritivo.

4. RESULTADOS

A análise dos dados a partir do processamento das estatísticas revelou aspectos interessantes em relação à utilização da prova em vídeo. Importante destacar que as tabelas adiante expostas apresentam os dados agregados para os Tribunais de Justiça de São Paulo e de Minas Gerais.[62]

Pretende-se expor os contornos gerais da pesquisa a partir das seguintes questões: 1 – se o juiz de primeiro grau assistiu ou não ao vídeo na audiência de 1.º grau; 2 – se o relator assistiu ao vídeo para fundamentar a decisão em segundo grau; 3 – se o conteúdo do vídeo é o principal fundamento da decisão; 4 – se há laudo pericial sobre o vídeo.

Em relação à primeira questão, a pesquisa buscou levantar, a partir dos acórdãos e tratamento dos dados, em que medida os juízes assistiram ao vídeo. Ou seja, observou-se a existência de alguma menção no corpo do texto a este fato. A resposta baseada no questionário foi inserida na tabela e finalmente tabulada. Este procedimento foi repetido para as demais questões. Assim, a análise realizada nos dois tribunais demonstrou que, no decorrer dos quatro anos levantados pela pesquisa, apenas 7,91% dos magistrados assistiram, em audiência, aos vídeos inclusos nos autos das ações criminais. Em 3,6% dos casos existe menção na sentença ao fato de

avaliação de impacto das reformas sobre o recurso de agravo no processo civil. Confluências, vol. 14, n. 2. Niterói: PPGSD-UFF, dez. 2012, p. 134-147.

62. A natureza exploratória do artigo justifica a exposição dos dados desta maneira.

RICCIO, Vicente. SILVA, Beronalda Messias da. GUEDES, Clarissa Diniz. MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 273-298. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 216.

o juiz ter assistido ao vídeo, fora da audiência de instrução. Por fim, em 88,40% dos casos não há nenhuma referência no corpo da decisão ao fato de o juiz de primeiro grau ter assistido ao vídeo. A tabela 1 ilustra de modo mais detalhado esta situação.

Tabela 1: Vídeo Assistido pelo juiz de primeiro grau

1	Freq.	%
Sim	11	7.91
Sim, fora da audiência	5	3.60
Não	123	88.49
Total	*139*	*100.00*

Fonte: dados da pesquisa

Na forma como a decisão de segundo grau está estruturada, não há menção na maioria dos casos ao fato de o juiz de primeiro grau ter assistido ao vídeo. Isso indica a ausência da imagem como elemento central ao debate judicial pelo texto da decisão. Em geral, este meio de prova é elemento subsidiário do debate. Embora não permita uma afirmação mais peremptória, a cultura jurídica tradicional ainda é centrada na relação entre veracidade e palavra escrita.

O segundo ponto abordado pela pesquisa buscou analisar de que maneira o juiz de segundo grau analisa a prova em vídeo. Neste caso, buscou-se alguma referência no corpo dos acórdãos ao fato de o relator ter assistido ao vídeo. Em segundo grau, a menção ao fato de o relator ter assistido ao vídeo durante a sessão de julgamento é muito pouco frequente. Somente em 0,72% das decisões há algum tipo de referência ao fato de o relator ter assistido ao vídeo durante a sessão de julgamento. Muito provavelmente, a dinâmica das decisões colegiadas dificulta esse tipo de procedimento. O acúmulo de processos e o modo pelo qual os votos são lidos na sessão de julgamento é um fator impeditivo à sua análise *in loco* pelos julgadores. A praxe adotada atualmente na segunda instância é a leitura do voto dos julgadores, que em geral são elaborados em momento anterior à sessão. Embora a lei permita a sustentação oral na segunda instância, ela é pouco utilizada em comparação à maioria das decisões destas cortes.

Por outro lado, observa-se que em 12,23% das decisões há menção ao fato de os desembargadores terem assistido ao vídeo, mas fora da sessão de julgamento. Isso aponta para um elemento interessante, pois sugere que o espaço da decisão colegiada não é considerado como funcional para a exibição do vídeo. Desse modo, resta aos julgadores interessados em assistir ao vídeo o momento exterior ao rito de deliberação colegiado. Todavia, este é ainda um número muito pequeno de decisões. Por fim, o mesmo padrão observado nas decisões de segundo grau se repete com 87,05% sem menção ao vídeo.

Tabela 2: Análise do vídeo em segundo grau

2	Freq.	%
Sim	1	0.72
Sim, fora da sessão	17	12.23
Não	121	87.05
Total	*139*	*100.00*

Fonte: dados da pesquisa

A análise das decisões buscou verificar em que medida a prova em vídeo foi considerada como o principal fundamento da decisão. Para responder a esta questão quatro variáveis foram estabelecidas: 1 – sim, de forma direta; 2 – sim, de forma indireta; 3 – não, mas como fundamento parcial; 4 – não.

A primeira variável estabelece que a prova em vídeo é o principal sustentáculo da decisão, e seu conteúdo é referido de forma direta, a partir de remissão a cenas do vídeo. No caso da segunda variável, a prova em vídeo é considerada como principal sustentáculo da decisão, mas as referências a seu conteúdo são feitas de forma indireta, a partir da citação feita por petições, depoimentos, laudos e documentos constantes dos autos que, por sua vez, remetem às cenas do vídeo. Nas hipóteses da terceira variável, a prova em vídeo foi aceita para a confirmação da decisão, mas não como principal fundamento; nesses casos, os demais elementos probatórios tiveram maior relevo que a prova em vídeo na argumentação. Por fim, a última variável refere-se à decisão não ter considerado nenhum aspecto da prova em vídeo.

Dessa forma, após a realização da leitura das decisões e respectiva categorização dos dados, observou-se que a prova em vídeo é o principal fundamento da decisão em 48 casos (34,54 %), só que, destes 48, só há referência direta ao *conteúdo* do vídeo em 8 (5,76% do total de acórdãos). Ou seja: os julgadores só se baseiam diretamente nas cenas do vídeo em 8 casos, embora isso não indique, necessariamente, que tenham assistido ao referido vídeo (pode haver alguma deficiência no relatório ou fundamentação das decisões que omita a fonte a que recorreram os julgadores). Nos outros 40 casos (28,78% do total de acórdãos), embora o vídeo seja também o principal fundamento da decisão, a referência ao conteúdo do vídeo é indireta, ou seja, o relator e demais julgadores se baseiam em relatos sobre o vídeo contidos nas petições das partes ou em outros meios de prova, como a prova testemunhal, a prova documental ou a perícia. Uma hipótese muito comum, observada reiteradamente nos acórdãos analisados, é a referência ao teor do vídeo a partir do testemunho de policiais que o assistiram.

Por outro lado, em 74 decisões (53,24% do total dos acórdãos) a prova em vídeo foi considerada pelos juízes como fundamento parcial da decisão, enquanto *outros meios de prova* foram considerados de forma concorrente na formação do

convencimento dos magistrados. Por fim, em 17 decisões (12,23%) dos casos a prova em vídeo não foi considerada como apta para sustentar as decisões.

Tabela 3: Aceitabilidade da prova em vídeo

3	Freq.	%
Sim/f.d.	8	5.76
Sim/f.i.	40	28.78
Parc.	74	53.24
Não	17	12.23
Total	*139*	*100.00*

Fonte: dados da pesquisa

O que se verifica neste caso é a utilização da prova em vídeo como elemento de sustentação parcial das decisões criminais. Em mais da metade dos casos ela é aceita desta forma. Isto indica que ela não tem um impacto tão grande entre os magistrados, em comparação com outros elementos probatórios, possivelmente devido à ausência de sua exibição e de discussão quanto ao seu conteúdo. Contudo, o presente estudo não levantou quais são outros elementos abordados pelos juízes.

CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou os resultados de um estudo exploratório a respeito da utilização de provas em vídeo processos criminais. A pesquisa baseou-se no levantamento e coleta de decisões criminais dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais no período compreendido entre 2009 e 2012. Assim, foram selecionadas 139 decisões que envolveram a prova em vídeo. Após a coleta, procedeu-se à análise de conteúdo com base em variáveis definidas pelos autores do trabalho. Estes dados foram posteriormente tabulados e analisados por meio de uma estatística descritiva simples.

Assim, o estudo apresentado tem característica exploratória e buscou analisar como a prova em vídeo é interpretada pelos magistrados brasileiros. Por limitações de tempo e do tamanho da amostra coletada, a análise concentrou-se no período de tempo exposto acima. Em linhas gerais, o estudo demonstrou que a prova em vídeo é ainda utilizada de modo parcimonioso nos tribunais estudados. A análise do texto das sentenças demonstra que não há menção ao fato de os juízes terem assistido aos vídeos tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição na maioria das decisões. Em parcela muito pequena há a menção a este fato. Esse padrão de decisão é reforçado quando se observa a decisão colegiada, em que os juízes assistem ao vídeo em 12,23% dos casos, porém fora da sessão de julgamento. Isso aponta para uma dificuldade em "ler" e "incorporar" este conteúdo audiovisual.

Outro fator observado ao longo da pesquisa é a utilização da prova em vídeo como um elemento parcial de convencimento dos juízes, pois em 53,24% dos casos ela é considerada fundamento parcial à construção da decisão judicial. Dessa forma, existem outros critérios adotados pelos juízes para a sustentação de uma decisão que envolva a utilização da prova em vídeo.

Como se trata de um estudo exploratório, os dados aqui expostos referem-se a um conjunto de decisões pesquisadas e que formaram um banco de dados próprio, cobrindo um determinado período de tempo. Este estudo, mesmo como suas limitações, permitiu verificar uma incorporação modesta do vídeo como instrumento de decisão. Contudo, ele abre um campo de trabalho para a pesquisa a respeito da utilização da prova em vídeo pelas cortes brasileiras e por seus demais operadores do direito e não somente os magistrados.

Nesse sentido, futuros estudos poderão trabalhar questões como os critérios utilizados pelos profissionais do direito envolvidos no processo para considerarem uma prova como válida, os critérios estratégicos utilizados para utilizar ou desconstruir o seu conteúdo no curso do processo. Além disso, a pesquisa futura poderá fazer uma verdadeira arqueologia dos processos ao ampliar o banco de dados para se observar como a argumentação da prova em vídeo evolui ao longo do processo.

Importante registrar que a pesquisa sobre a imagem e o direito é um campo em ampliação, pois a presença do audiovisual é cada vez maior no mundo contemporâneo. Em se tratando do processo penal, as imagens terão seguramente seu papel ampliado como meio de prova. Isso pode ser verificado nos novos equipamentos de segurança instalados em espaços públicos e privados, que registram imagens, eventos, interações independentemente da percepção dos indivíduos. É necessário ao profissional do direito desenvolver a capacidade de compreender e filtrar as imagens na sociedade contemporânea, ou seja, desenvolver a sua alfabetização digital. Tal habilidade permitirá a incorporação do audiovisual em conformidade com os princípios de uma ordem jurídica democrática. Por isso a importância de se estabelecer uma agenda de pesquisa sólida neste campo.

Referências

ACCIOLY, Maria Inês. *Isto é Simulação: a estratégia do efeito do real.* Rio de Janeiro: E-papers, 2010.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil.* 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

AUMONT, J. *A Imagem.* Campinas: Papirus, 1993.

BARTHES, Roland. A Retórica da Imagem. In: *O óbvio e o obtuso: ensaios críticos.* Trad. Léa Novaes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BOLTANSKI, Luc. (1993). *La Souffrance à Distance: Morale Humanitaire, Médias et Politique*. Paris: Métailié, 1993.

CAVENDER, Gray; FISHMAN, Mark. Television Reality Crime Programs: Context and History. In: M. Fishman; G. Cavender (orgs.). *Entertaining Crime: Television Reality Programs*. New York: Aldine de Gruyter, 1998.

CIVARD-RACINAIS, Alexandrine. Le Journaliste dans la Stratégie Médiatique de Sources d'Information Judiciaire. *Médias Pouvoirs*, n. 1, vol. 4, 1997.

DE FELICE, Deborah; GIUFRIDDA, Giovanni; GIURA, Giuseppe; ZARBA, Calogero. Le descrizioni dei reati di criminalità organizzata e di tipo mafioso nel testo delle sentenze. *Quaderni di Sociologia*. vol. LIV, 2010, p. 57-80.

ERICSON, Richard. Why Law is Like News. In: NELKEN, D. (org.). *Law as Communication*. Aldershot: Darthmouth, 1996.

FEIGENSON, Neal; SPIESEL, Christina. *Law on display: the digital transformation of legal persuasion and judgment*. New York: New York University, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FERRER BELTRÁN, J. *Prova e Verità nel Diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2004.

FORZA, Antonio. Razionalità ed emozioni nel giudicante. *Criminalia*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. *La Justice et le Mal*. Paris: Odile Jacob, 1996.

_____. *Bien Juger: Essai Sur le Rituel Judiciaire*. Paris: Odile Jacob, 1997.

_____. *Le Gardien des Promesses: Justice et Democratie*. Paris : Odile Jacob, 1996

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa et al. Desafios da pesquisa empírica aplicada ao Poder Judiciário. Considerações levantadas a partir de estudo de avaliação de impacto das reformas sobre o recurso de agravo no processo civil. *Confluências*, vol. 14, n. 2. Niterói: PPGSD-UFF, dez. 2012. p. 134-147.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

HALTOM, William; MCCAN, Michael. Litigation, Mass Media, and the Campaign to Criminalize the Firearms Industry. *Oñati Socio-Legal Seriesç*. vol. 4, n. 4, 2014, p. 725-749. Disponível em [http://ssrn.com/abstract=2499208]. Acesso em: 18.05.2015.

KANG, H. Y. An Exploration into Law Narratives: The Case of Intelectual Property Law of Biotechnology. *Law Critique*. vol. 17, p. 239-265, 2006.

KOT, Alex C.; CAO, Hong. *Digital image forensics: there is more to a picture than meets the eye*. New York: Springer, 2013.

LAFUENTE, Maria Avelina Cecilia. *Dream's Shadows: Fiction and Reality in Miguel de Unamuno, IN: Reality and Illusion in the Work of Art*. New York: Springer, 2005.

LATOUR, Bruno. *O que é* iconoclash? *Ou, há um mundo além das guerras de imagem? Horizontes antropológicos*. vol. 14, n. 29. Porto Alegre: jun. 2008. Dis-

ponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104--71832008000100006&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 28.05.2014.

LESSONA, Carlos. *Teoría general da prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba y sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemana etc.* Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1957.

LEVY, Pierre. *Cibercultura.* Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia.* Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova.* São Paulo: Ed. RT, 2010.

MORAN, Leslie J. Managing the News Image of the Judiciary: The Role of Judicial Press Officers (October 7, 2014). *Oñati Socio-Legal Series.* vol. 4, n. 4, 2014, p. 799-818. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2506601]. Acesso em: 15.05.2015.

NÓVOA, António. *As palavras das imagens. Retratos de professores (séculos XIX-XX)*, 2001. Disponível em: [http://hdl.handle.net/10451/671]. Acesso em: 10 .12.2013.

OST, François. Jupiter, Hercules, Hèrmes: Trois Modelés du Juge. In: BOURETZ, Pierre (org). *La Force du Droit.* Paris: Esprit, 1996.

RICCIO, Vicente. A Lei em Tela e a Tela da Lei. DADOS. *Revista de Ciências Sociais.* vol. 44, n. 4, p. 773-805, Rio de Janeiro, 2001.

SALAS, Denis. *Le Tiers Pouvoir: vers une autre justice.* Paris : Hachette, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil.* vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SANTOS, Valéria Cristiane Moura dos. *Luz, câmera, Hitler! Cinema e propaganda a serviço do Nazismo. VI Simpósio Nacional de História Cultural. Escritas da História: Ver – Sentir – Narrar,* 2012. Disponível em: [http://gthistoriacultural.com.br/VI-simposio/anais/Valeria%20Cristiane%20Moura%20dos%20Santos.pdf]. Acesso em: 10.08.2014.

SETTI, Ricardo. Em Fotos Adulteradas, Mentiras Sobre a História, 2011. *Veja.* Disponível em: [http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tema-livre/fotos-historicas/ 2011]. Acesso em: 19.09.2014.

SHERWIN, R. K. *Visualizing Law in the Age of the Digital Baroque.* London and New York: Routledge, 2011.

SILBEY, J. Cross-Examining Film. *Race, Religion, Gender & Class.* vol. 8(17) , p. 17-46, 2008.

SOLOMON, Robert C. Prefacio. In: ROESER, Sabin. *Emotions and Risky Technologies: Introduction and Overview.* London New York: Spriger, 2010.

STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime.* Terza edizione. Milano: Giuffrè, 2003.

STUART, F. Constructing Police Abuse after Rodney King: How Skid Row Residents and the Los Angeles Police Department Contest Video Evidence. *Law and Social Inquiry*. vol. 36, n. 2, p. 327-353, 2011.

TAIT, David. Rethinking the role of the image in justice: visual evidence and science in the trial process. *Law, Probability and Risk*. n. 6, 2007.

THOMPSON, John B. *A Mídia e a Modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1998.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. 4. ed. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Miròz. São Paulo: Ed. RT, 2002.

TORRESI, Ira. The Photographic Image: Truth or Sign? In: WAGNER, Anne; SHERWIN, Richard. *Law, Culture and Visual Studies*. New York: Springer, 2014.

TYLER, Tom R. Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform. *The American Journal of Comparative Law*. vol. 45, p. 871-904, 1997.

TYLER, Tom R.; WAKSLAK, Cheryl J. *Criminology*. vol. 42, Issue 2, p. 253-282, May 2004. Disponível em [http://onlinelibrary.wiley.com]. Acesso em: 16.05.2015.

TYLER, Tom. Viewing CSI and the Threshold of Guilt: Managing Truth and Justice in Reality and Fiction. *Yale Law Journal*, vol. 115, p. 1050-1085, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Lei 11.900/2009 e a adoção da videoconferência no Brasil, de Rodrigo Carneiro Gomes – *RT* 892/403-424, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/1209-1230 (DTR\2010\115); e
- Erro de fato, de direito e prova de vídeo, de Maurício Ferrão Pereira Borges – *RBDD* 16/119-134 (DTR\2011\2224).

A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal

The investigation and the criminal prosecution of corruption and economic crimes: an exploratory analysis of the Federal Justice System

Bruno Amaral Machado

Doutor em sociologia jurídico-penal (Universidade de Barcelona). Pós-doutorado em sociologia (UnB - John Jay). Professor do programa de mestrado e doutorado em direito do Uniceub.
brunoamachado@uol.com.br

Cristina Zackseski

Doutora em estudos comparados sobre as Américas (UnB). Professora da Faculdade de Direito (UnB).
cristinazbr@gmail.com

Rene Mallet Raupp

Especialista em estatística (UFPA). Especialista em sistemas de banco de dados com ênfase em mineração de dados (data mining) (UFPA). Assessoria e consultoria em pesquisas sociojurídicas.
rene.raupp@terra.com.br

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar análise exploratória da investigação e da persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos no sistema de justiça federal. A proposta insere-se em projeto de pesquisa financiado pela ESMPU e com a colaboração do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Na pesquisa buscamos, a partir de diferentes técnicas quantitativas e qualitativas, descrever e analisar as realidades e as contradições da investigação criminal por meio do inquérito policial e a persecução criminal nos casos de corrupção e de delitos econômicos.[1] Procuramos compreender, especialmente, o papel do inquérito em investigações de crimes

Abstract: The objective of this article is to present an exploratory analysis of the criminal investigation and the prosecution of corruption and economic crimes in the federal system of justice. It is part of a research project sponsored by the ESMPU and under the coordination of the *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. In this research we used different quantitative and qualitative techniques to describe the reality and contradictions of the criminal investigation conducted by the procedure know as *inquérito policial* and the criminal prosecution of corruption and economic crimes. We sought to comprehend, specially, the role of this

1. Na pesquisa foram utilizadas técnicas de análise documental, entrevistas em profundidade e grupos focais com servidores públicos lotados em distintas organizações de fiscalização/controle, policiais federais, procuradores da República e magistrados federais. Conferir descrição detalhada das técnicas de pesquisa e o transcurso do trabalho de campo (MACHADO, COSTA, ZACKSESKI, 2015).

dessa natureza. Assim, indagamos como são realizadas as investigações, a produção probatória, bem como as condições que possibilitam a persecução penal. Partimos da hipótese de que o inquérito exerce duplo papel: de um lado, funciona como um *mito legitimador da atividade policial* e, de outro, exerce a função coercitiva dos *saberes jurídicos sobre os saberes policiais*.

Palavras-chave: Investigação criminal - Persecução penal - Corrupção - Delitos econômicos - Sistema de justiça federal.

procedure in the criminal investigation. Thus, we ask how these investigations are conducted, how the evidence is collected and supports the criminal prosecution. Our hypothesis is the *inquérito policial* works as a kind of legitimate myth of the Police activity and, on the other side it a sort of coercion of the Law knowledge over other Police expertises.

Keywords: Criminal investigation - Criminal prosecution - Corruption - Economic crimes - Federal justice system.

Sumário: Introdução – 1. Metodologia da pesquisa quantitativa: 1.1 Obtenção e organização dos dados: 1.1.1 Plano amostral inicial; 1.1.2 Plano amostral alternativo; 1.1.3 Análise preliminar dos dados – 2. Análise da distribuição dos crimes por UF – Proporção de denúncias e arquivamentos – 3. Discussão e hipóteses explicativas – Conclusões – Referências.

Introdução

Desde o final do século XIX e com a criação das polícias modernas a investigação criminal transformou-se em atividade de responsabilidade estatal. Ao longo dos anos, passou a integrar o rol de atribuições policiais, de forma que, nas primeiras décadas do século XX, já era possível identificar a implantação de unidades destacadas para a investigação criminal em organizações policiais existentes em muitos países da Europa e América Latina, especializadas na identificação de suspeitos e produção de provas para a futura instrução criminal (MAGUIRRE, 2005; MORRIS, 2007).

A investigação criminal é usualmente retratada como sequência de ações e práticas iniciadas com a notícia do crime e oitiva de testemunhas/suspeitos e o modelo da investigação bem sucedida é aquele em que há identificação dos autores do crime. Contudo, pesquisas recentes revelam que nem todos os crimes são noticiados pelas vítimas. De outro lado, parte importante das ocorrências não é sequer investigada. Da totalidade das investigações iniciadas, uma parte será objeto de denúncia, iniciando-se a fase processual e outra parte será arquivada. A investigação policial pode ser descrita, então, como uma atividade altamente seletiva. Conforme sugere Maguire, a investigação constitui-se em atividade seletiva, criativa e interpretativa (2005, p. 436).

Pesquisas recentes realizadas sobre a investigação policial no Brasil indicam que uma parte importante das ocorrências policiais não gera inquéritos policiais. A

repercussão midiática, bem como o *status* social da vítima ou dos envolvidos são fatores relevantes para compreender as razões que levam à instauração dos procedimentos. A seletividade vincula-se à necessidade das polícias gerenciarem a carga de trabalho (MISSE, 2010; COSTA, 2011). Apesar do interesse que pode despertar, ainda existem escassos estudos empíricos sobre o tema. De um lado, há resistência das Polícias em permitir o acesso ao universo das atividades policiais, pelas mais diferentes razões. De outro lado, os dados disponibilizados oficialmente não são sistematizados ou despertam a desconfiança sobre os procedimentos de registro.

A literatura na área aponta para outras frentes importantes de análise. Dado que, historicamente, a investigação criminal dirigiu-se ao levantamento de informações relevantes para a persecução penal, as expectativas sobre os resultados da atividade policial e as dinâmicas entre policiais, promotores e juízes, bem como as diferentes percepções sobre os papéis assumidos, constituem-se em fatores cruciais para análise sobre o transcorrer das atividades de investigação, persecução penal e instrução dos processos (MACHADO, 2014).

As diferentes visões sobre a investigação criminal e eventuais discursos contrapostos sugerem pistas para a compreensão do inquérito policial como instituição jurídica. As práticas evidenciam as hierarquias, as disputas por poder, tanto instrumental quanto simbólico. As configurações organizacionais das polícias, dos Ministérios Públicos e dos Judiciários, bem como as trajetórias diferenciadas sugerem que as atividades de investigação e persecução penal são construídas e redefinidas pelas interações organizacionais (MACHADO, 2007).

Estudos no campo da criminalidade econômica e da corrupção sugerem interconexões entre essas práticas delituosas e abrem novas frentes para análise da investigação criminal e da persecução penal (BROTHERTON, HANDELMAN, WILL, 2013; CROALL, 1992; FRIEDRICHS, 2013; NELKEN, 1994). A complexidade da macrodelinquência supõe a participação de novos atores e convoca outros "saberes", que se juntam aos tradicionais "saberes policiais" e "saberes jurídicos". O surgimento de organizações reguladoras, de controle e de fiscalização deve ser contextualizado em um cenário amplo de diferenciação funcional entre os sistemas político, econômico e jurídico (LUHMANN, 2005, 2010; SEIDL, 2003, 2005). A diversificação das estruturas criadas é variável relevante para compreender como as organizações tradicionais do controle penal atuam nas diferentes etapas que precedem a instrução processual e o julgamento dos crimes econômicos e de corrupção.

O objetivo deste artigo é apresentar análise exploratória da investigação e da persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos no sistema de justiça federal. A proposta insere-se em projeto pesquisa financiado pela ESMPU (Escola Superior Do Ministério Público da União) e com a colaboração do Fórum Brasileiro

de Segurança Pública. Na pesquisa buscamos, a partir de diferentes técnicas quantitativas e qualitativas, descrever e analisar as realidades e as contradições da investigação criminal por meio do inquérito policial e a persecução criminal nos casos de corrupção e de delitos econômicos.[2] Procuramos compreender, especialmente, o papel do inquérito em investigações em crimes dessa natureza. Assim, indagamos como são realizadas as investigações, a produção probatória, bem como as condições que possibilitam a persecução penal. Partimos da hipótese de que o inquérito exerce duplo papel: de um lado, funciona como um *mito legitimador da atividade policial* e, de outro, exerce a função coercitiva dos *saberes jurídicos sobre os saberes policiais*.

A literatura criminológica nos apresenta a criminalidade de colarinho branco justamente a partir da identificação de características específicas de um tipo de criminalidade que destoa daquela considerada comum: alto *status* dos atores envolvidos, atos praticados no exercício profissional (empresários) e conivência de agentes públicos. No entanto, é muito diferente falar de crimes de colarinho branco ontem e hoje. Nos Estados Unidos, quando Edwin Sutherland lançou o conceito na década de 1940, tais delitos já eram mais complexos que os comuns, mas certamente não havia a possibilidade de essa nova criminalidade atravessar fronteiras tão rapidamente e se utilizar de ferramentas virtuais, como hoje (SUTHERLAND, 1940, 1983). Entender as formas de investigar e processar tais crimes torna-se, então, o ponto alto das pesquisas sobre as formas de organização da investigação criminal e sobre a comunicação interagencial que foi se configurando nesse campo, mesclando o velho formato do inquérito concebido para crimes comuns com novas estruturas e tecnologias disponíveis.

A partir da década de 1990 outros pesquisadores revisitaram a noção de crime de colarinho branco. Parte da literatura distancia-se das características ou dos perfis dos autores envolvidos e redirecionam o foco para as práticas delituosas. Susan Shapiro recupera, em um dos textos de Sutherland, a noção de confiança e define, como característica essencial do crime de colarinho branco, a violação de norma de confiança relacionada à ocupação do agente (SHAPIRO, 1994, p. 12). Para Shapiro, o que define o campo para a prática de um crime de colarinho branco é a ausência de controle do beneficiário de um ato em relação àquele que possui a função de praticá-lo. A imagem imediata que vem à cabeça é a das funções públicas. No

2. Na pesquisa foram utilizadas técnicas de análise documental, entrevistas em profundidade e grupos focais com servidores públicos lotados em distintas organizações de fiscalização/controle, policiais federais, procuradores da República e magistrados federais. Conferir descrição detalhada das técnicas de pesquisa, a relação dos participantes (anonimato preservado) bem como o transcurso do trabalho de campo no relatório final da pesquisa (MACHADO, COSTA, ZACKSESKI, 2015).

entanto, basta lançar rapidamente os olhos à economia e notar que toda a produção, a distribuição de bens na sociedade e a prestação de serviços decorrem do cumprimento de normas de confiança reguladas por agências governamentais. Assim, essa reinterpretação permite análise operativa para os tipos penais selecionados na presente pesquisa.

1. METODOLOGIA DA PESQUISA QUANTITATIVA

Para o objetivo deste artigo – análise exploratória das atividades de investigação e persecução penal no sistema de justiça federal – apresentamos os resultados das análises estatísticas realizadas a partir dos dados relativos a Inquéritos Policiais (IPL) e Procedimentos de Investigação Criminal (PICs)[3] do MPF que tiveram manifestação de denúncia ou arquivamento em 2012, com foco nos tipos penais abaixo relacionado, referentes ao sistema de justiça federal nos estados do Paraná, Pernambuco, São Paulo e Distrito Federal. Partimos de proposta inicial da ESMPU, resultado de experiências profissionais de alguns dos atores diretamente envolvidos na investigação e na persecução penal no âmbito federal. A lista foi reconstruída entre março e outubro de 2014, após a realização de entrevistas exploratórias, conforme explicitado no relatório de pesquisa (MACHADO, COSTA, ZACKSESKI, 2015). Reiteramos que não foi intenção apresentar lista exaustiva (pouco recomendável), mas elaborada com base nas percepções dos sujeitos da pesquisa (policiais federais, membros do MPF e magistrados federais) com experiência profissional na investigação, persecução penal e julgamento de delitos econômicos e corrupção.

Na pesquisa consideramos os seguintes crimes: Peculato (art. 312 do CP); Inserção de dados falsos para obter vantagem indevida (art. 313 do CP); Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314 do CP); Concussão (art. 316 do CP); Corrupção passiva (art. 317 do CP); Corrupção ativa (art. 333 do CP); Sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP); Corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B do CP); Tráfico de influência internacional (art. 337-C do CP); Crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986); Crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/1919); Crimes de lavagem ou ocultação de bens e valores (Lei 9.613/1998); crimes da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993).

Pretendíamos obter, a partir da análise dos dados, as seguintes informações, no ano definido na pesquisa: crimes mais investigados nas seguintes unidades da federação (PR, SP, PE e DF); localização das investigações e ações penais por município e por tribunal competente; crimes mais investigados por localidade; tipos penais

3. Conferir Análise Preliminar de Dados e a Tabela II.4.

indicados nas denúncias, por localidade; proporções de denúncia e de arquivamento; tempos de tramitação das investigações nos IPLs e PICs; instituições que motivam o início da investigação; a relação de IPLs / PICs instaurados pelo MPF.

Este relatório apresenta os resultados de pesquisa do tipo documental, que se utiliza, preponderantemente, de técnicas de estatística descritiva.[4] Ao longo do texto sistematizamos as questões mais relevantes para os objetivos da pesquisa. O acesso à base de dados do Sistema Único – MPF decorreu de longo processo de discussão e negociação entre os servidores responsáveis e a equipe de pesquisa. Entre maio de 2014 e fevereiro de 2015, realizamos diversas reuniões com os gestores do Único – MPF a fim de definir questões práticas e viabilizar a análise estatística. Em março de 2015 tivemos acesso à base de dados, o que permitiu a análise do fluxo, conforme explicações e limitações detalhadas nos itens seguintes.

1.1 Obtenção e organização dos dados

1.1.1 Plano amostral inicial

A fim de garantir a maior cobertura temporal possível, que permitisse observar a trajetória do fato desde a instauração do IPL à conclusão, em havendo denúncia, até o julgamento, optou-se por considerar todos os IPLs registrados no MPF no ano de 2010. O ano de 2010 foi escolhido em função da disponibilidade de dados no Sistema Único – MPF, conforme informações da Secretaria Jurídica e de Documentação da PGR. A partir da proposta inicial da ESMPU e das entrevistas exploratórias com procuradores da República e policiais federais, como dissemos, foram selecionadas quatro unidades da federação: Distrito Federal/DF, Pernambuco/PE, Paraná/PR e São Paulo/SP, a fim de aprofundar a análise em relação aos tipos penais da pesquisa.

Os tipos penais em foco são os seguintes, conforme a codificação da Tabela de Assuntos do CNMP (o número correspondente é informado entre parênteses): Crimes Contra a Administração Pública (3547, 5872 e 5873); Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (3612); Crimes Contra a Ordem Tributária (3614); Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores (3628); e Crimes da Lei de Licitações (3642).

4. Destacamos, em especial, as discussões iniciais com Daniel de Resende Salgado e Luiza C. Frischeisen, membros do MPF, a quem agradecemos pelo apoio para acesso à base dados. Agradecemos a colaboração do pesquisador Marcelo Sampaio, integrante do Grupo de Pesquisa Política Criminal (Uniceub – UnB) pelo apoio direto na fase exploratória da pesquisa, assim como na primeira fase de negociação do acesso à base de dados do Único – MPF.

Os Crimes Contra a Administração Pública são os únicos que apresentam subníveis na Tabela de Assuntos. A relação obtida especifica esses subníveis, o que permite, para os Crimes Contra a Administração Pública, selecionar os de interesse da pesquisa.

A partir da relação de todos os IPLs registrados no ano de 2010 nas unidades da federação selecionadas e para os tipos penais em foco, pretendíamos avaliar a estratégia mais adequada a ser adotada: se a realização de um censo ou de uma amostragem (a mais provável), preenchendo um questionário respectivo. No questionário, seriam abordadas as questões relacionadas à "vida" do IPL e seu possível desdobramento em ação penal e tramitação processual. Como as quantidades obtidas mostraram-se muito aquém das esperadas, embora não houvesse forma de confrontar os números com outra fonte,[5] foi realizada consulta à Divisão de Estatística da Sejud, que informou que o Sistema Único ainda encontrava-se em implantação, e que muitos dos dados de 2010 eram provenientes de migração de sistemas regionais, e, portanto, poderiam apresentar problemas de consistência. Informou-se, ainda, que somente os dados a partir de 2012 apresentavam consistência para análises estatísticas.

1.1.2 Plano amostral alternativo

Constatada a impossibilidade de o Sistema Único gerar informações que atendessem ao plano amostral inicial, optamos por considerar não os IPLs registrados em 2010, mas aqueles concluídos em 2012. Por IPL concluído considerou-se o IPL que gerou denúncia ou promoção de arquivamento no referido ano. Deste modo, a partir do censo ou da amostra (a ser ainda determinado), seria realizada pesquisa tanto retroativa (até a data da instauração do IPL) como progressiva (até a presente data ou a julgamento). A listagem preliminar produzida pela PGR mostrou que os dados eram consistentes com os valores publicados no MP – Um retrato – 2013 (com dados de 2012).

Solicitamos listagem de todas as denúncias e arquivamentos registrados no ano de 2012 pelo MPF em todo o território nacional bem como os inquéritos policiais e termos circunstanciados referentes a todas as infrações penais. O objetivo de uma listagem tão abrangente foi quantificar os crimes e Estados em foco em relação ao total nacional.[6]

5. A primeira publicação do CNMP – MP Um retrato – é de 2012, com dados de 2011, e não informa o número de IPL instaurados.

6. Em artigo futuro pretendemos apresentar os resultados da análise quantitativa e qualitativa dos processos criminais e dos inquéritos policiais arquivados no Distrito Federal (DF).

1.1.3 Análise preliminar dos dados

Os dados analisados neste relatório estatístico foram obtidos a partir da listagem final fornecida pela área de TI da PGR em 25.03.2015, resultado de consulta à base de dados do Sistema Único.[7] A listagem inicial continha 61.861 registros, referentes às ocorrências de manifestação denúncia, aditamento à denúncia ou promoção de arquivamento no ano de 2012, em inquéritos policiais, termos circunstanciados e procedimentos investigatórios em todo o país.

De acordo com o Anexo I (item 6) da Portaria PGR 404, de 20.08.2010, considera-se IPL o inquérito policial.[8] Por simplicidade e dado o pequeno percentual de "outros registros" no total de procedimentos que originaram denúncias e arquivamentos (conforme tabela acima referida), chamaremos na sequência de IPL os inquéritos policiais, os termos circunstanciados e os procedimentos investigatórios.[9]

2. ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO DOS CRIMES POR UF – PROPORÇÃO DE DENÚNCIAS E ARQUIVAMENTOS

A tabela I.1 apresenta o total de inquéritos encerrados (denúncias e arquivamentos), por UF, no ano de 2012, com os respectivos percentuais estaduais. Os estados de São Paulo (21,3%) e Paraná (11%) apresentam os maiores percentuais

---

Em função da disponibilidade de recursos e tempo, optamos pela aplicação do questionário de fluxo de justiça referente às denúncias para os inquéritos com oferecimento de denúncia no DF no ano de 2012 para os crimes em foco. Como o total de registros foi 92, optamos pelo censo. Já em relação aos arquivamentos, foram encontrados 283 feitos. Para esses, optamos pela amostragem sistemática, visando a obtenção de amostra de tamanho semelhante à dos inquéritos com denúncia. A listagem dos 283 feitos foi então classificada conforme o tipo de crime e adotou-se o intervalo de tamanho 3, com o sorteio do primeiro elemento, que foi o segundo da lista. A partir daí, todo o segundo elemento de cada grupo de 3. O resultado foi uma amostra de tamanho 94, para a qual foi aplicado o questionário de fluxo de justiça para os inquéritos arquivados.

7. Veja, por exemplo, www.modernizacao.mpf.mp.br/noticias-1/2014/sistema-unico-traz-novidades-para-este-ano.
8. Conferir: www.bibliotecadigital.mpf.mp.br.
9. Constatamos grande número de PICs submetidos à apreciação das Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, nos últimos anos. Contudo, a base de dados disponibilizada pelo Único- MPF, no ano 2012 (selecionado para nossa pesquisa), não relaciona a totalidade dos PICs que originaram denúncias e arquivamentos submetidos ao Judiciário, exceto os três PICs relacionados na Tabela I.4 (MACHADO, RAUPP, ZACKSESKI, 2015).

de movimentação anual. Contudo, em números absolutos, o Paraná apresentou 2.619 denúncias contra 747 de São Paulo.

Tabela I.1 – Distribuição dos inquéritos encerrados em 2012 com os respectivos percentuais por UF – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% do TOTAL
AC	32	265	297	*0,49*
AL	39	255	294	*0,49*
AM	410	482	892	*1,47*
AP	163	366	529	*0,87*
BA	1.154	1.936	3.090	*5,10*
CE	591	1.020	1.611	*2,66*
DF	489	1.530	2.019	*3,33*
ES	378	450	828	*1,37*
GO	425	814	1.239	*2,05*
MA	228	1.136	1.364	*2,25*
MG	1.899	3.042	4.941	*8,16*
MS	679	688	1.367	*2,26*
MT	730	1.165	1.895	*3,13*
PA	844	1.126	1.970	*3,25*
PB	234	352	586	*0,97*
PE	419	1.146	1.565	*2,58*
PI	433	457	890	*1,47*
PR	2.619	4.061	6.680	*11,03*
RJ	1.287	5.182	6.469	*10,68*
RN	280	466	746	*1,23*
RO	463	752	1.215	*2,01*
RR	29	360	389	*0,64*
RS	1.418	2.004	3.422	*5,65*
SC	811	1.414	2.225	*3,67*
SE	143	266	409	*0,68*
SP	747	12.175	12.922	*21,33*
TO	315	413	728	*1,20*
TOTAL	**17.259**	**43.323**	**60.582**	***100,00***

Assim, o DF e os estados de PE, PR e SP representam juntos 38,27% dos IPLs que originaram denúncias e arquivamentos em 2012. A tabela I.3 apresenta, em classificação decrescente, o percentual de denúncias oferecidas em relação ao total de IPLs encerrados no ano de 2012, por unidade da federação.

Tabela I.2 – Distribuição das manifestações denúncia e arquivamento por UF e respectivos percentuais de denúncias – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
MS	679	688	1.367	*49,67*
PI	433	457	890	*48,65*
AM	410	482	892	*45,96*
ES	378	450	828	*45,65*
TO	315	413	728	*43,27*
PA	844	1.126	1.970	*42,84*
RS	1.418	2.004	3.422	*41,44*
PB	234	352	586	*39,93*
PR	2.619	4.061	6.680	*39,21*
MT	730	1.165	1.895	*38,52*
MG	1.899	3.042	4.941	*38,43*
RO	463	752	1.215	*38,11*
RN	280	466	746	*37,53*
BA	1.154	1.936	3.090	*37,35*
CE	591	1.020	1.611	*36,69*
SC	811	1.414	2.225	*36,45*
SE	143	266	409	*34,96*
GO	425	814	1.239	*34,30*
AP	163	366	529	*30,81*
PE	419	1.146	1.565	*26,77*
DF	489	1530	2.019	*24,22*
RJ	1.287	5.182	6.469	*19,89*
MA	228	1.136	1.364	*16,72*
AL	39	255	294	*13,27*
AC	32	265	297	*10,77*
RR	29	360	389	*7,46*
SP	747	12.175	12.922	*5,78*
TOTAL	**17.259**	**43.323**	**60.582**	***28,49***

Os percentuais de denúncias em relação ao total de inquéritos policiais (somatório de denúncias e arquivamentos), conforme base de dados do Sistema Único, indicam que Mato Grosso do Sul é o estado onde o MPF tem o maior percentual em relação aos procedimentos arquivados (49,67%). São Paulo e Roraima apresentam as menores taxas, com 5,78% e 7,46%, respectivamente. Os estados do Piauí, Amazonas, Espírito Santo, Tocantins, Pará e Rio Grande do Sul apresentam taxas entre 41% e 49%. Paraíba, Paraná, Mato Grosso, Minas Gerais, Rondônia, Rio Grande do

Norte, Bahia, Ceará, Santa Catarina, Sergipe e Goiás registram variações entre 30% e 40%. Pernambuco e Distrito Federal, entre 24% e 27%. Rio de Janeiro, Maranhão, Alagoas e Acre, entre 10% e 20%.

A tabela I.3 apresenta a distribuição do número total de registros por tipo de manifestação e UF. Percebe-se três padrões distintos em relação ao percentual de denúncias. Enquanto DF e PE apresentam percentual bastante semelhante, em torno de um quarto das ocorrências, o percentual de denúncias no PR é muito superior, próximo de 40%, enquanto que em SP esse percentual é inferior a 6%.[10]

Tabela I.3 – Distribuição das manifestações denúncia e arquivamento por UF e respectivos percentuais de denúncias – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	489	1.530	2.019	*24,22*
PE	419	1.146	1.565	*26,77*
PR	2.619	4.061	6.680	*39,21*
SP	747	12.175	12.922	*5,78*
OUTROS	12.985	24.411	37.396	*34,72*
TOTAL	**17.259**	**43.323**	**60.582**	***28,49***

A tabela abaixo apresenta o total de registros disponibilizados pelo sistema MPF-ÚNICO, discriminados por Classe, conforme taxonomia do CNMP e por tipo de manifestação do MP. Verificamos que praticamente a totalidade se refere a feitos externos. As duas classes mais recorrentes, representadas por inquéritos policiais e termos circunstanciados, somam 99,31% do total.

Tabela I.4 – Registros discriminados conforme taxonomia do CNMP

CLASSE_CNMP	DENÚNCIA	PEDIDO DE ARQUIVAMENTO	TOTAL	%	% acum
Inquérito Policial	16.562	42.741	59.303	*97,89*	*97,89*
Termo Circunstanciado	335	528	863	*1,42*	*99,31*
Ação Penal – Procedimento Ordinário	336	32	368	*0,61*	*99,92*
Ação Penal – Procedimento Sumaríssimo	10	3	13	*0,02*	*99,94*
Auto de Prisão em Flagrante	11	2	13	*0,02*	*99,96*
Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico	0	7	7	*0,01*	*99,98*

10. O teste de Qui-quadrado mostrou correlação moderada entre as quatro UF de interesse, C=0,5064, valor-p <0,0001. Considerando DF e PE, valor-p=0,08831..

CLASSE_CNMP	DENÚNCIA	PEDIDO DE ARQUIVAMENTO	TOTAL	%	% acum
Procedimentos Investigatórios	3	1	4	*0,01*	*99,98*
Representação Criminal / Notícia Crime	1	3	4	*0,01*	*99,99*
Carta Precatória Criminal	0	2	2	*0,00*	*99,99*
Procedimento Investigatório do MP (Peças de Informação)	0	2	2	*0,00*	*100,00*
Restituição de Coisas Apreendidas	0	2	2	*0,00*	*100,00*
PROCESSO CRIMINAL	1	0	1	*0,00*	*100,00*
TOTAL	**17.259**	**43.323**	**60.582**	*100,00*	-

Os tipos penais de interesse da pesquisa representam 11,7% do total (7.108 dos 60.582) de arquivamentos e denúncias do MPF.

Tabela I.5 – Distribuição das manifestações denúncia e arquivamento por tipo penal – 2012

TIPO PENAL	FOCO DA PESQUISA		TOTAL	% do TOTAL
	SIM	NÃO		
Crimes contra a Administração Pública	2.483	7.412	9.895	*16,33*
Crimes contra a Ordem Tributária	2.496	-	2.496	*4,12*
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	1.166	-	1.166	*1,92*
Crimes da Lei de Licitações	600	-	600	*0,99*
Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores	363	-	363	*0,60*
OUTROS TIPOS PENAIS	-	46.062	46.062	*76,03*
TOTAL	**7.108**	**53.474**	**60.582**	*100,00*

Cabe aqui observar que, na listagem fornecida pela PGR, nem sempre a tipificação penal informada referia-se ao último nível hierárquico da Tabela de Assuntos (Tabelas Unificadas). Assim, alguns registros indicavam como tipo penal "Código Penal", que é o primeiro nível hierárquico. Outros indicavam "Crimes Contra a Administração Pública", segundo nível hierárquico, que contempla como subtipos tanto os tipos penais de interesse quanto os excluídos da pesquisa. Por essa razão, todos os registros em que o tipo penal não permitiu caracterizar de forma precisa se referia-se ou não a um dos tipos penais de interesse da pesquisa foram desconsiderados.[11]

11. *3547 – Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral*: 3548 – *Peculato* 3550 – Peculato mediante erro de outrem 3551 – Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento 3552 – Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

A partir dessa análise optamos por excluir o nível "Crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública em Geral" e o nível "Crimes praticados por particular contra a Administração em Geral" da relação dos crimes-foco da nossa pesquisa. Mantivemos o nível "Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Corrupção" conforme tabela unificada do CNMP, no nível dos Crimes contra a Administração Pública.

Dos crimes contra a administração pública, somente 25,1% são de interesse da pesquisa. Note-se que o crime de contrabando ou descaminho representa quase a metade (48,17%) dos crimes conta a administração pública.

Tabela I.6 – Distribuição das manifestações denúncia e arquivamento do tipo penal Crimes Contra a Administração Pública – 2012

CRIME	FOCO DA PESQUISA	
	SIM	NÃO
Abandono de função	-	2
Advocacia administrativa	-	32
Concussão	67	-
Condescendência criminosa	-	4
Contrabando ou descaminho	-	4.766
Corrupção ativa	184	-
Corrupção Ativa em Transação Comercial Internacional	1	-
Corrupção passiva	250	-
Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral	-	892
Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral	-	107

3553 – Concussão 3554 – Excesso de exação 3555 – Corrupção passiva 3556 – Facilitação de contrabando ou descaminho 3557 – Prevaricação; 3558 – Condescendência criminosa 3559 – Advocacia administrativa 3560 – Violência arbitrária 3561 – Abandono de função 3562 – Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado 3563 – Violação do sigilo funcional 3564 – Violação do sigilo de proposta de concorrência 3596 – Inserção de dados falsos em sistema de informações 3597 – Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações. 10982 – "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Corrupção 5872 – *Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral*: 3565 – Usurpação de função pública 3566 – Resistência 3567 – Tráfico de influência 3568 – Corrupção ativa 3569 – Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência 3570 – Inutilização de edital ou de sinal 3571 – Subtração ou inutilização de livro ou documento 3572 – Desobediência 3573 – Desacato 3574 – Contrabando ou descaminho 3598 – Sonegação de contribuição previdenciária 10983 – "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Corrupção 5873 – *Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira*: 5876 – Corrupção Ativa em Transação Comercial Internacional 5877 – Tráfico de Influência em Transação Comercial Internacional 10984 – "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Corrupção.

CRIME	FOCO DA PESQUISA	
	SIM	NÃO
Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira	9	-
Desacato	-	238
Desobediência	-	763
Emprego irregular de verbas ou rendas públicas	-	117
Excesso de exação	-	1
Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado	-	2
Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento	28	-
Facilitação de contrabando ou descaminho	-	59
Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência	-	6
Inserção de dados falsos em sistema de informações	93	-
Inutilização de edital ou de sinal	-	32
Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Corrupção	25	-
Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações	-	2
Peculato	916	-
Peculato mediante erro de outrem	11	-
Prevaricação	-	186
Resistência	-	68
Sonegação de contribuição previdenciária	899	-
Subtração ou inutilização de livro ou documento	-	21
Tráfico de influência	-	37
Usurpação de função pública	-	30
Violação do sigilo de proposta de concorrência	-	1
Violação do sigilo funcional	-	44
Violência arbitrária	-	2
TOTAL	2.483	7.412

Para os crimes de interesse da pesquisa, observamos nas tabelas que seguem os resultados obtidos para cada Estado da federação que estudamos.

Tabela I.7 – Distribuição dos registros por tipo penal e UF – 2012

TIPO PENAL	Estados foco da pesquisa					Outros Estados	% foco
	DF	PE	PR	SP	TOTAL		
Crimes contra a Administração Pública	97	58	120	558	833	1.650	*33,55*
Crimes contra a Ordem Tributária	101	58	243	685	1.087	1.409	*43,55*
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	42	13	68	271	394	772	*33,79*
Crimes da Lei de Licitações	91	28	31	37	187	413	*31,17*
Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores	6	4	14	134	158	205	*43,53*
TOTAL	337	161	476	1.685	2.659	4.449	*37,41*

Na tabela unificada do CNMP, os Crimes contra a Administração Pública desdobram-se em vários subníveis. A tabela I.8 apresenta, então, esse desdobramento.

Tabela I.8 – Distribuição do número registros por crime e UF – 2012

CRIME	DF	PE	PR	SP	TOTAL	%	ACUM
Crimes contra a Ordem Tributária	101	58	243	685	1.087	*40,88*	*40,88*
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	42	13	68	271	394	*14,82*	*55,70*
Sonegação de contribuição previdenciária	9	10	48	292	359	*13,50*	*69,20*
Peculato	44	32	33	114	223	*8,39*	*77,59*
Crimes da Lei de licitações	91	28	31	37	187	*7,03*	*84,62*
Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores	6	4	14	134	158	*5,94*	*90,56*
Corrupção passiva	19	8	14	66	107	*4,02*	*94,58*
Corrupção ativa	8	4	15	42	69	*2,59*	*97,18*
Inserção de dados falsos em sistema de informações	13	3	1	18	35	*1,32*	*98,50*
Concussão	2		3	12	17	*0,64*	*99,14*
Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento	-		1	10	11	*0,41*	*99,55*
Peculato mediante erro de outrem	-		3	4	7	*0,26*	*99,81*
Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira	1		1		2	*0,08*	*99,89*
Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Corrupção	1	1			2	*0,08*	*99,96*
Corrupção Ativa em Transação Comercial Internacional	-		1		1	*0,04*	*100,00*
TOTAL	337	161	476	1.685	2.659	100,00	-

A tabela I.9 apresenta o percentual de tipos penais de interesse em relação ao total de cada UF, classificada por UF, em ordem decrescente de percentual.

Tabela I.9 – Distribuição do número registros por crime de interesse e UF – 2012

UF	Crime de interesse da pesquisa			% de interesse
	SIM	NÃO	TOTAL	
SE	84	325	409	*20,54*
AP	102	427	529	*19,28*
AM	169	723	892	*18,95*
DF	337	1682	2019	*16,69*
TO	107	621	728	*14,70*
BA	452	2638	3090	*14,63*
ES	121	707	828	*14,61*
RJ	909	5560	6469	*14,05*
SP	1685	11237	12922	*13,04*

UF	Crime de interesse da pesquisa			% de interesse
	SIM	NÃO	TOTAL	
RN	97	649	746	*13,00*
RS	435	2987	3422	*12,71*
SC	275	1950	2225	*12,36*
GO	146	1093	1239	*11,78*
AC	34	263	297	*11,45*
PE	161	1404	1565	*10,29*
RR	39	350	389	*10,03*
PA	197	1773	1970	*10,00*
MG	493	4448	4941	*9,98*
RO	121	1094	1215	*9,96*
MT	186	1709	1895	*9,82*
CE	143	1468	1611	*8,88*
PB	48	538	586	*8,19*
MS	108	1259	1367	*7,90*
MA	103	1261	1364	*7,55*
PI	67	823	890	*7,53*
PR	476	6204	6680	*7,13*
AL	13	281	294	*4,42*
TOTAL	7.108	53.474	60.582	*11,73*

Apesar de apresentar o menor percentual de denúncias (tabela I.4), o Estado de SP apresenta o maior número absoluto de incidências penais selecionadas nesta pesquisa, embora percentualmente (tabelas I.9 e I.10) esteja na média nacional.

Tabela I.10 – Distribuição das manifestações denúncia e arquivamento por UF e respectivos percentuais de denúncias para os crimes do foco da pesquisa 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
AM	85	84	169	*50,30*
MG	244	249	493	*49,49*
PI	32	35	67	*47,76*
RS	207	228	435	*47,59*
BA	210	242	452	*46,46*
GO	68	78	146	*46,58*
PB	22	26	48	*45,83*
CE	64	79	143	*44,76*

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
PA	85	112	197	*43,15*
ES	49	72	121	*40,50*
MS	43	65	108	*39,81*
SE	33	51	84	*39,29*
SC	95	180	275	*34,55*
PE	55	106	161	*34,16*
TO	35	72	107	*32,71*
RN	31	66	97	*31,96*
PR	148	328	476	*31,09*
RO	36	85	121	*29,75*
DF	98	239	337	*29,08*
MT	52	134	186	*27,96*
AP	27	75	102	*26,47*
AL	2	11	13	*15,38*
RJ	98	811	909	*10,78*
MA	9	94	103	*8,74*
SP	137	1548	1685	*8,13*
AC	2	32	34	*5,88*
RR	1	38	39	*2,56*
TOTAL	**1.968**	**5.140**	**7.108**	***27,70***

A análise dos crimes selecionados na pesquisa, definidos como corrupção e delitos econômicos, aponta variação em relação à tabela do total de movimentação criminal no sistema de justiça federal. Os percentuais de denúncias em relação ao total de inquéritos policiais (somatório de denúncias e arquivamentos), conforme base de dados do Sistema Único, indicam que Amazonas é o estado onde o MPF tem o maior percentual em relação aos procedimentos arquivados (50,30%). São Paulo, Acre e Roraima apresentam as menores taxas, com 8,13% e 5,88% e 2,56%, respectivamente. Os estados do Espírito Santo, Pará, Ceará, Paraíba, Goiás, Bahia, Rio Grande do Sul, Piauí e Minas Gerais apresentam taxas entre 40,5% e 49, 49%. Paraná, Rio Grande do Norte, Tocantins, Pernambuco, Santa Catarina, Sergipe e Mato Grosso do Sul registram variações entre 31,09% e 39,81%. Amapá, Mato Grosso, Distrito Federal e Rondônia, entre 26,47% e 29,75%. Rio de Janeiro e Alagoas registraram taxas de denúncia de 10,78% e 15,38%, respectivamente.

Na pesquisa, o foco foi aprofundado em relação às referidas unidades da federação, o que permitiu um detalhamento da atuação penal relacionada ao objeto do estudo.

MACHADO, Bruno Amaral. ZACKSESKI, Cristina. RAUPP, Rene Mallet. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 299-329. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Tabela I.11 – Distribuição das manifestações denúncia e arquivamento por UF e respectivos percentuais de denúncias – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	98	239	337	*29,08*
PE	55	106	161	*34,16*
PR	148	328	476	*31,09*
SP	137	1.548	1.685	*8,13*
DEMAIS	1.530	2.919	4.449	*34,40*
TOTAL	**1.968**	**5.140**	**7.108**	*27,70*

Tabela I.12 – Percentual de denúncias por tipo penal no DF – 2012

CRIME	DEN.	ARQ.	TOTAL	% DEN.
Crimes contra a Ordem Tributária	39	62	101	*38,61*
Crimes da Lei de licitações	16	75	91	*17,58*
Peculato	17	27	44	*38,64*
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	14	28	42	*33,33*
Corrupção passiva	5	14	19	*26,32*
Inserção de dados falsos em sistema de informações	2	11	13	*15,38*
Sonegação de contribuição previdenciária	1	8	9	*11,11*
Corrupção ativa	2	6	8	*25,00*
Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores	1	5	6	*16,67*
Concussão	1	1	2	*50,00*
Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira	-	1	1	*0,00*
Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Corrupção	-	1	1	*0,00*
TOTAL	**98**	**239**	**337**	*29,08*

Tabela I.13 – Percentual de denúncias por tipo penal em PE – 2012

CRIME	DEN.	ARQ.	TOTAL	% DEN.
Crimes contra a Ordem Tributária	23	35	58	*39,66*
Peculato	11	21	32	*34,38*
Crimes da Lei de licitações	7	21	28	*25,00*
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	6	7	13	*46,15*
Sonegação de contribuição previdenciária	1	9	10	*10,00*
Corrupção passiva	1	7	8	*12,50*

CRIME	DEN.	ARQ.	TOTAL	% DEN.
Corrupção ativa	2	2	4	*50,00*
Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores	2	2	4	*50,00*
Inserção de dados falsos em sistema de informações	2	1	3	*66,67*
Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Corrupção	-	1	1	*0,00*
TOTAL	**55**	**106**	**161**	*34,16*

Tabela I.14 – Percentual de denúncias por tipo penal no PR – 2012

CRIME	DEN.	ARQ.	TOTAL	% DEN.
Crimes contra a Ordem Tributária	90	153	243	*37,04*
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	10	58	68	*14,71*
Sonegação de contribuição previdenciária	18	30	48	*37,50*
Peculato	9	24	33	*27,27*
Crimes da Lei de licitações	6	25	31	*19,35*
Corrupção ativa	9	6	15	*60,00*
Corrupção passiva	2	12	14	*14,29*
Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores	1	13	14	*7,14*
Concussão	0	3	3	*0,00*
Peculato mediante erro de outrem	1	2	3	*33,33*
Corrupção Ativa em Transação Comercial Internacional	1		1	*100,00*
Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira	1		1	*100,00*
Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento	0	1	1	*0,00*
Inserção de dados falsos em sistema de informações	0	1	1	*0,00*
TOTAL	**148**	**328**	**476**	*31,09*

Tabela I.15 – Percentual de denúncias por tipo penal em SP – 2012

CRIME	DEN.	ARQ.	TOTAL	% DEN.
Crimes contra a Ordem Tributária	65	620	685	*9,49*
Sonegação de contribuição previdenciária	13	279	292	*4,45*
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	29	242	271	*10,70*
Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores	11	123	134	*8,21*
Peculato	5	109	114	*4,39*

MACHADO, Bruno Amaral. ZACKSESKI, Cristina. RAUPP, Rene Mallet. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 299-329. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

CRIME	DEN.	ARQ.	TOTAL	% DEN.
Corrupção passiva	2	64	66	*3,03*
Corrupção ativa	3	39	42	*7,14*
Crimes da Lei de licitações	6	31	37	*16,22*
Inserção de dados falsos em sistema de informações	0	18	18	*0,00*
Concussão	2	10	12	*16,67*
Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento	1	9	10	*10,00*
Peculato mediante erro de outrem	0	4	4	*0,00*
TOTAL	**137**	**1.548**	**1.685**	***8,13***

As tabelas I.16 a I.24 comparam, para cada crime em análise, o percentual de denúncias para cada uma das quatro UFs em estudo. Os tipos penais foram apresentados em ordem decrescente de ocorrência. Foram considerados os tipos penais que representam mais de 1% do total de registros (9 primeiros tipos penais da tabela I.8), e que representam 98,5% de todos os casos em foco.

Tabela I.16 – Percentual de denúncias nos crimes contra a ordem tributária – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	39	62	101	*38,61*
PE	23	35	58	*39,66*
PR	90	153	243	*37,04*
SP	65	620	685	*9,49*
OUTRAS	578	831	1.409	*41,02*
TOTAL	**795**	**1.701**	**2.496**	***31,85***

Tabela I.17 – Percentual de denúncias nos *crimes contra o sistema financeiro nacional* – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	14	28	42	*33,33*
PE	6	7	13	*46,15*
PR	10	58	68	*14,71*
SP	29	242	271	*10,70*
OUTRAS	260	512	772	*33,68*
TOTAL	**319**	**847**	**1.166**	***27,36***

Tabela I.18 – Percentual de denúncias *nos crimes de sonegação de contribuição previdenciária* – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	1	8	9	*11,11*
PE	1	9	10	*10,00*
PR	18	30	48	37,50
SP	13	279	292	*4,45*
OUTRAS	189	351	540	*35,00*
TOTAL	**222**	**677**	**899**	***24,69***

Tabela I.19 – Percentual de denúncias nos *crimes de peculato* – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	17	27	44	*38,64*
PE	11	21	32	*34,38*
PR	9	24	33	*27,27*
SP	5	109	114	*4,39*
OUTROS	184	509	693	*26,55*
TOTAL	**226**	**690**	**916**	***24,67***

Tabela I.20 – Percentual de denúncias nos *crimes da Lei de licitações* – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	16	75	91	*17,58*
PE	7	21	28	*25,00*
PR	6	25	31	*19,35*
SP	6	31	37	*16,22*
OUTROS	118	295	413	*28,57*
TOTAL	**153**	**447**	**600**	***25,50***

Tabela I.21 – Percentual de denúncias nos *crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores* – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	1	5	6	*16,67*
PE	2	2	4	*50,00*
PR	1	13	14	*7,14*
SP	11	123	134	*8,21*
OUTROS	59	146	205	*28,78*
TOTAL	**74**	**289**	**363**	***20,39***

MACHADO, Bruno Amaral. ZACKSESKI, Cristina. RAUPP, Rene Mallet. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118. ano 24. p. 299-329. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Tabela I.22 – Percentual de denúncias nos *crimes de corrupção passiva* – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	5	14	19	*26,32*
PE	1	7	8	*12,50*
PR	2	12	14	*14,29*
SP	2	64	66	*3,03*
OUTROS	29	114	143	*20,28*
TOTAL	**39**	**211**	**250**	***15,60***

Tabela I.23 – Percentual de denúncias nos *crimes de corrupção ativa* – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	2	6	8	*25,00*
PE	2	2	4	*50,00*
PR	9	6	15	*60,00*
SP	3	39	42	*7,14*
OUTROS	63	52	115	*54,78*
TOTAL	**79**	**105**	**184**	***42,93***

Tabela I.24 – Percentual de denúncias *nos crimes de inserção de dados falsos em sistema de informações* – 2012

UF	DENÚNCIA	ARQUIVAMENTO	TOTAL	% DENÚNCIAS
DF	2	11	13	*15,38*
PE	2	1	3	*66,67*
PR	-	1	1	*0,00*
SP	-	18	18	*0,00*
OUTROS	30	28	58	*51,72*
TOTAL	**34**	**59**	**93**	***36,56***

Em relação aos delitos econômicos, a pesquisa apontou, nos crimes contra a ordem tributária, que, à exceção de São Paulo, com taxa de denúncia em 9,49% dos inquéritos, o Paraná, o DF e Pernambuco apresentam taxas de denúncia próximas da média nacional (40%). Em relação aos crimes financeiros, o DF apresenta taxa próxima à média nacional (33%) e Pernambuco está um pouco acima (46,15%), enquanto Paraná (14,7%) e São Paulo (10,70%) apresentam médias bastante inferiores. Em relação aos crimes previstos na Lei de Licitação, apenas Pernambuco apresenta taxa de denúncia (25%) próxima à média nacional; os demais estados e o DF apresentam taxas inferiores a 20%. A persecução penal dos crimes de lavagem

de ativos indica taxas inferiores a 10% em São Paulo e Paraná, enquanto no DF chega a 16%. Embora Pernambuco apresente taxa de 50%, quase o dobro da média nacional, deve-se considerar que foram registrados apenas 4 casos em 2012.

Na primeira fase de levantamento dos dados do Sistema Único, constatamos que quase 50% dos crimes contra a administração pública são tipificados como contrabando ou descaminho. Na análise preliminar do fluxo, em relação aos tipos penais selecionados no título dos crimes contra a administração pública, destacamos, em relação ao crime de corrupção passiva, que o DF e São Paulo ocupam polos opostos, com 26% e 3%, respectivamente, e Pernambuco e Paraná ocupam posição intermediária, com taxas de 12% e 14%. São Paulo também apresenta a menor taxa de denúncia nos crimes de corrupção ativa, 7%, seguido do DF, 25%, de Pernambuco, 50%, e do Paraná, 60%. Em relação ao crime de sonegação de contribuição previdenciária, São Paulo apresenta taxa de 4%, Pernambuco, 10%, DF, 11%, e o Paraná apresenta o maior percentual, com 37%. Nos crimes de peculato, São Paulo ocupa a última posição, com 4%, seguido do Paraná, 27%, de Pernambuco, 34%, e do DF, 38%. Em relação aos crimes de inserção de dados falsos em sistema de informação, tanto São Paulo quanto o Paraná apresentam a taxa de 0,0%. Mas vale destacar que o Paraná registrou apenas um caso, que foi arquivado, ao passo que em São Paulo os 18 casos registrados foram objeto de arquivamento. O DF apresenta a taxa de 15% e Pernambuco de 66%, devendo-se ressaltar o registro de apenas 3 casos naquele estado do Nordeste (duas denúncias ofertadas).

3. Discussão e hipóteses explicativas

A ausência de registros confiáveis sobre o local, a data do fato e a forma como o inquérito foi instaurado (flagrante ou portaria), entre outras informações relevantes, impossibilita análise aprofundada sobre a disparidade das taxas de denúncia nos diferentes Estados. Algumas hipóteses podem ser levantadas para discussão. A diversidade das estruturas de apoio material e humano da PF e do MPF instaladas no território nacional pode ser variável importante. A construção de arranjos locais marcados pelo padrão de atuação conjunta, a definição de prioridades e de estratégias de atuação podem indicar variações locais. Outra hipótese, talvez mais factível, indica taxas de denúncia mais significativas nos inquéritos instaurados por auto de prisão em flagrante, para apurar crimes menos complexos ou de investigação rápida. O grande volume de inquéritos instaurados pela PF pela prática dos crimes de contrabando ou descaminho (48,17% dos crimes contra a administração pública) é um dos prováveis indicadores para aferir a disparidade encontrada na primeira fase da pesquisa, o que não foi aprofundado por fugir do foco do estudo.

Nos últimos anos, pesquisas no campo da segurança pública dedicam espaço em suas agendas para análise do fluxo do sistema de justiça criminal e apontam a

necessidade de construir indicadores para aferir o desempenho da polícia na investigação criminal (RATTON, TORRES, BASTOS, 2014; MISSE, 2010, COSTA, 2011; MACHADO, 2014; FERREIRA, RIGUEIRA, 2013; KEEL, JARVIS, MUIRHEAD, 2009; BRUCE, 2005).[12] O crescente interesse em aferir o desempenho da investigação criminal não se restringe ao campo acadêmico, conforme sugere a análise internacional. Experiências de modelos de gestão para mensurar e avaliar a atividade policial podem ser identificadas em distintos países. Nos Estados Unidos, o *Uniform Crime Report* – FBI baseia-se no número de denúncias do Ministério Público em relação ao total de homicídios registrados para definir a taxa de esclarecimento das mortes violentas. Critérios semelhantes podem ser identificados nos sistemas estatísticos da Alemanha, Japão, Inglaterra e Austrália (COSTA, 2014, p. 166).

Especialistas apontam que o êxito da investigação associa-se à disponibilidade de recursos humanos (policiais e peritos) e à rapidez das ações policiais na condução dos procedimentos da investigação (KEEL, JARVIS, MUIRHEAD, 2009, p. 50-68). A análise pode ser aprofundada ao se considerar a especificidade dos delitos investigados. Na fórmula proposta por Costa em esboço para delinear indicadores de esforços para o esclarecimento dos homicídios, deve-se considerar o número de delegacias especializadas na investigação das mortes violentas. Em segundo momento, deve-se observar o efetivo lotado e respectivas atribuições (delegados, escrivães, agentes). O terceiro critério associa-se à existência de procedimentos-padrão para as atividades relacionadas à preservação da cena do crime, diligências preliminares com a tomada de depoimentos e custódia das evidências para análise pericial (COSTA, 2014, p. 167).

Se os estudos no campo da investigação criminal apontam o percentual de denúncias como um dos critérios para avaliação de uma investigação considerada bem sucedida, parte-se da premissa de que a instauração de procedimento formal investigativo supõe a existência de indícios da prática de crime que recomendam a instauração de investigação policial. Nesta leitura, quanto maior o percentual de denúncia intui-se que a investigação propiciou elementos suficientes para a persecução penal.

Esta visão merece uma análise cuidadosa. O percentual de denúncias, *per se*, não autoriza a desqualificação da atividade de investigação. Assumimos que não necessariamente este é um parâmetro adequado, pois a conclusão pode apontar a inexistência de crime pela atipicidade ou excludente de antijuridicidade. Em outras palavras, o inquérito policial cumpre sua função instrumental quando propicia indícios suficientes para a tomada de decisão, seja ela a denúncia ou o arquivamento. A

12. O crescimento do campo de análise criminal evidenciou a diversificação de análises investigativas e de inteligência, na medida em que agregam valor aos processos de aplicação da lei (BRUCE, 2005).

análise qualitativa dos processos criminais e inquéritos policiais no Distrito Federal apontam que a prescrição e ausência de provas são as justificativas recorrentes nas promoções de arquivamento (MACHADO, RAUPP, ZACKSESKI, 2015, p. 318; COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2015, p. 425).

A análise qualitativa sugere que a investigação não propicia elementos suficientes de convicção sobre a materialidade ou autoria do crime investigado. Outra hipótese relevante é o fato de que a investigação foi prejudicada pela demora na investigação. O que supõe compreender a complexidade do campo de investigação criminal, especialmente para o foco desta pesquisa, pois envolve não apenas a participação de setores da sociedade civil e, obviamente, do grau de confiança nas instituições, mas também de instâncias de regulação, controle e fiscalização das atividades econômicas e do setor público.

Especialmente na investigação dos delitos selecionados na pesquisa, evidencia-se a relevância da expertise acumulada por diferentes organizações públicas, incumbidas de comunicar a PF e o MPF de eventuais notícias da prática de delitos. A partir de propostas elaboradas para avaliar o desempenho na investigação criminal, pode-se pensar em modelos para a investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos. A complexidade de questões enfrentadas na pesquisa recomenda a construção de mapas diferenciados que contemplem a atuação de instituições que acionam a PF e o MPF. Notamos que a Receita Federal assume papel central nos delitos tributários, ao passo que o BACEN constitui-se em instituição relevante na seleção dos delitos financeiros que serão encaminhados ao sistema de justiça e o COAF, ao menos no modelo idealizado, é órgão que pode cumprir papel relevante na identificação de possíveis casos de lavagem de dinheiro e ativos financeiros. O TCU e a CGU assumem função de destaque nos delitos contra a administração pública e nos crimes tipificados na Lei de Licitações. De fato, na análise qualitativa no DF, o TCU aparece como a instituição que mais deflagrou investigações que originaram processos criminais pela prática dos referidos crimes (MACHADO, RAUPP, ZACKSESKI, 2015, p. 423-424). A análise dos arranjos institucionais entre tais organizações e as instituições do sistema de justiça criminal sugere, contudo, em que pesem as distintas trajetórias e especificidades organizacionais, que as comunicações entre tais organizações e o sistema de justiça federal orientam-se predominantemente por experiências pessoais entre servidores de diferentes agências estatais. Ainda são escassos os mecanismos institucionalizados, especialmente quando o foco é a persecução penal (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2015, p. 423-424 e 437-438).

Existem outras frentes de análise. A discussão associa-se, também, à especialização de unidades com expertise para a investigação, persecução penal e julgamento dos delitos selecionados na pesquisa. Os modelos organizacionais da PF, do MPF e da Justiça Federal evidenciam trajetórias diferenciadas a partir da Constituição de 1988.

Cada uma das organizações analisadas passou por processos históricos específicos e vivenciou transformações importantes na construção das identidades. Notamos momento de turbulência interna, especialmente na PF, fruto de intenso conflito entre as carreiras policiais e disputas por parcela de poder intraorganizacional. Os relatos de agentes e peritos apontam descontentamentos com a proeminência do delegado na hierarquia institucional (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2015, p. 428-429).

Conforme foi possível mapear, a especialização indica que, nos Estados, as superintendências contam com delegacias especializadas na investigação de delitos econômicos e de corrupção: Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros (Delefin), Delegacia de Repressão a Crimes Previdenciários (Deleprev) e Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários (Delefaz). A partir de 2012, foram instituídas novas Delefins em alguns estados, além das já existentes delegacias responsáveis pela investigação de crimes financeiros e desvios de recursos públicos, e ainda mantidos, em parte deles, os Grupos de Repressão a Crimes Financeiros (GRFINs). A articulação nacional conforma-se a partir da Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado (Dicor), responsável pelo estabelecimento das prioridades de atuação na investigação do crime organizado. A Dicor engloba, entre outras, a Divisão de Repressão de Crimes Financeiros (Defin) e a Coordenação-Geral de Polícia Fazendária (CGPFAZ). Esta, por sua vez, contempla, conforme organograma, a Divisão de Repressão a Crimes Fazendários (Defaz) e a Divisão de Repressão a Crimes Previdenciários (Deprev). (JAKOB, CORDEIRO, MACIEL, SPAGNA, 2015, p. 126-135).

De outro ângulo, apesar da especialização policial, a pesquisa evidenciou que a Polícia Federal acumula distintas atribuições de polícia administrativa que concorrem com a função de polícia judiciária federal, como a emissão de passaportes, entre outras funções tipicamente administrativas. A ausência de transparência de informações sobre a distribuição dos servidores impossibilitou identificar se as áreas dedicadas à investigação dos delitos econômicos e corrupção são priorizadas com recursos materiais e humanos. Além disso, na pesquisa de campo, foram reiterados os relatos de que a PF é recrutada em eventos nacionais, não raramente sacrificando o desempenho das diferentes áreas de atuação (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2015, p.426).

A análise do conteúdo das mensagens e notícias veiculadas no sítio da Polícia Federal revela especial preocupação em destacar a prioridade das assim denominadas operações da PF. O cuidado em quantificá-las ao longo dos anos evidencia esforço institucional em construir imagem associada à atividade policial com maior visibilidade mediática, cujo exemplo mais recente é o caso Lava-jato (JAKOB, CORDEIRO, MACIEL, SPAGNA, 2015, p. 119-126). Contudo, pela análise da base de dados, infere-se que as operações representam um percentual muito pequeno em relação ao total dos casos que movimentam o sistema de justiça. Não se trata de criticar a ênfase a determinadas operações, que podem ocupar a agenda

organizacional por distintas razões, inclusive pelo montante do dano causado ao erário público. Mas ressente-se da ausência de transparência quanto ao critério interno que orienta a tomada de decisões sobre o destino das investigações documentadas nos inquéritos policiais mapeados na base estatística.

O Ministério Público Federal foi estruturado em diferentes níveis. Nos estados organiza-se territorialmente, com Procuradorias da República nas capitais e Procuradorias da República nos municípios, a depender das demandas internas e necessidades específicas de especialização temática. Para o objeto desta pesquisa, destacamos a criação de Núcleos de Combate à Corrupção (NCC), fruto de arranjos locais, que recebeu apoio institucional da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Nas unidades da federação selecionadas para a pesquisa, apenas São Paulo não contava com NCCs. As Câmaras de Coordenação e Revisão são instâncias relevantes que buscam uniformizar a atuação dos procuradores e centralizar o seu foco em temáticas prioritárias. Neste trabalho ressaltamos especialmente os projetos em curso, especialmente os grupos de trabalho relacionados ao desempenho de atividades voltadas para a persecução penal dos delitos econômicos e de corrupção (JAKOB, CORDEIRO, MACIEL, SPAGNA, 2015, p. 164-173). Esta, contudo, constitui-se em uma aproximação inicial que deve ser confrontada com a análise qualitativa.

O trabalho de campo permitiu identificar visão crítica dos procuradores da República sobre a atividade de investigação. Os inquéritos policiais, especialmente em relação ao foco da pesquisa, tramitariam durante anos e muitas vezes sem elementos probatórios para a denúncia ou arquivamento. Os procuradores ressentem-se da ausência de transparência sobre os critérios para definir as prioridades na PF. As chamadas operações muitas vezes são deflagradas sem a prévia interação com os representantes do MPF, o que dificultaria a futura persecução penal. Grande parte das investigações seria arquivada pelo transcurso do tempo ou pela ausência de provas. Na análise qualitativa dos inquéritos arquivados no DF, no ano de 2012, evidenciou-se que a percepção dos procuradores não diverge dos dados empíricos documentados (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2015 p. 430-434). Os relatos de alguns dos magistrados são especialmente relevantes em relação ao tema. Os sujeitos da pesquisa criticam a forma como é exercido o controle e direcionamento da atividade de investigação policial. Um dos magistrados aponta a má seleção dos casos pelo MPF, responsável por levar, ao Judiciário, questões de menor relevância, que ocupam as pautas e prejudicam o julgamento dos temas mais importantes (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2015, p. 436).

A análise dos modelos formais indica transformações relevantes e adequação das estruturas internas às novas demandas nas organizações pesquisadas, especialmente em relação aos delitos econômicos e de corrupção. Entretanto, conforme foi possível identificar, os modelos instituídos não necessariamente alteram as práticas organizacionais e nem garantem a redefinição das prioridades internas se inexistem

mecanismos que permitam o desempenho das funções e das práticas ajustadas aos novos desafios.

CONCLUSÕES

A literatura no campo dos crimes de colarinho branco notabilizou-se, entre outros temas, por evidenciar a seletividade do sistema de justiça criminal na persecução penal e julgamento dos delitos praticados no exercício de ocupação profissional, por pessoas de elevado *status* social (SUTHERLAND, 1940, 1983). Estudos recentes revisitaram o conceito e sugerem focalizar a prática delituosa (conduta) e não o *status* do criminoso (SHAPIRO, 1994). Nos últimos anos o tema foi alçado ao centro de interesse de pesquisas criminológicas, na esteira dos escândalos financeiros do final da década de 2000 (BROTHERTON, HANDELMAN, WILL, 2013; FRIEDRICHS, 2013). No Brasil, estudos recentes descrevem a atuação do sistema de justiça criminal nos crimes econômicos e corrupção. Se, de um lado, pesquisas sobre o desempenho do Judiciário evidenciam que as absolvições são majoritárias no julgamento dos casos de corrupção (ALENCAR, GICO JÚNIOR, 2012), pesquisas sobre a atuação dos tribunais regionais federais sugerem o crescimento do número de condenações em relação aos delitos econômicos (BECK, 2013). Os estudos ainda são escassos e há vasto campo a ser pesquisado.

Por meio de técnicas quantitativas e qualitativas, o foco da nossa pesquisa dirigiu-se à atuação das organizações que participam da divisão do trabalho jurídico-penal, na esfera do sistema de justiça federal. Enquanto a análise exploratória indicam que distintas organizações de controle, regulação e fiscalização desempenham atividades que são relevantes para futuras investigações e persecuções penais, a análise do fluxo do sistema de justiça permitiu confrontar alguns dados referentes ao resultado final das ações propostas. A análise qualitativa permitiu aprofundar o conhecimento sobre as condições em que são realizadas as investigações, bem como as distintas percepções sobre o desempenho das atividades pelos atores e pelas organizações envolvidas.

No que se refere ao objeto de análise neste artigo, ressaltamos que a fase quantitativa da pesquisa, de caráter exploratório, evidenciou o montante dos delitos selecionados, a partir da extração de dados da base do Sistema Único (MPF), do total de denúncias e arquivamentos registrados no sistema de justiça federal em 2012, ano-base da pesquisa. A análise do fluxo do sistema de justiça mostrou disparidade na investigação e persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos nos diferentes Estados.

As hipóteses explicativas que apresentamos neste artigo para discussão devem se confrontadas em futuras pesquisas qualitativas que esclareçam detalhadamente as condições em que as investigações criminais são realizadas, os padrões

probatórios exigidos para a persecução penal e as razões das disparidades regionais detectadas. Outra frente a ser considerada é retomar o fluxo dos processos criminais mapeados na base de dados do Sistema Único/ MPF, a partir das ações penais propostas em 2012 e analisar os respectivos julgamentos. O estudo permitirá não apenas aferir o desempenho do Judiciário federal em relação aos crimes selecionados na pesquisa, mas também ensejará o conhecimento de como os magistrados avaliam a qualidade da investigação criminal que originou as ações penais no período de análise.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário – A (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coords.). *Direito Penal e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier; FGV, 2012. p. 59-80.

BECK, Francis Rafael. *A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do 'andar de cima'*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2013.

COSTA, Arthur T. M. É possível uma política criminal? A discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal do DF. *Sociedade e Estado*. n. 26. p. 97-114, 2011.

_____. Criação da base de indicadores de homicídios no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. n. 2. vol. 8. p. 164-175. São Paulo, ago.-set. 2014.

_____; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Relatórios de análise qualitativa. vol. 2. Brasília: ESMPU/ Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015.

CROALL, Hazel. *White Collar Crime: Criminal Justice and Criminology*. Buckingham/ Philadelphia: Open University Press, 1992.

BROTHERTON, David C.; HANDELMAN, Stephen; WILL, Susan. *How they got away with it: white collar criminals and the financial meltdown*. New York: Columbia University Press, 2013.

BRUCE, C. W. Fundamentals of crime analysis. Massachussets, 2005. Disponível em: [www.iaca.net/exploringca/2ed/exploringca_chapter1.pdf]. Acesso em: 03.09.2015.

FERREIRA, Bilmar A. de Almeida; RIGUEIRA, André Di Lauro. Os indicadores-chave de desempenho como aliados da análise criminal. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. n. 2. vol. 7. p. 68-88. São Paulo ago.-set. 2013.

FRIEDRICHS, David. Wall Street: the crime never sleeps. In: BROTHERTON, David C.; HANDELMAN, Stephen; WILL, Susan. *How they got away with it*: white collar *criminals and the financial meltdown*. New York: Columbia University Press, 2013.

JAKOB, André; CORDEIRO, Carolina Souza; SPAGNA, Laiza; MACIEL, Welliton Caixeta. A divisão do trabalho jurídico penal: organizações e o sistema de justiça federal. In: COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (coords.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Marco legal e criminológico, modelos organizacionais e relatório de análise estatística do fluxo do sistema de justiça federal. vol. 1. Relatório final de pesquisa. Brasília: ESMPU/ Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015, p. 105-211.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005.

_____. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010.

KEEL, T. G.; JARVIS, J. E.; MUIRHEAD, Y. E. An exploratory analysis of factors affecting homicide investigations. *Homicide Studies*, 13, p. 50-68.

MAGUIRE, Mike. Criminal Investigation and Crime Control. In: TIM NEWBURN (ed.), *Handbook of Policing*. Cullompton: Willan Publishing, 2005.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público: organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Justiça criminal: diferenciação organizações, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACHADO, Bruno; RAUPP, Rene Mallet; ZACKSESKI, Cristina. Relatório de análise estatístico do fluxo do sistema de justiça. In: COSTA, Arthur T. M.; MACHADO, Bruno Amaral (coord. Geral); ZACKSESKI, Cristina (coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Marco legal e criminológico, modelos organizacionais e relatório de análise estatística do fluxo do sistema de justiça federal*. vol. I. Relatório final de pesquisa. Brasília: ESMPU/ Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015, p. 212-324.

MISSE. Michel. *O Inquérito Policial: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Boolink, 2010.

MORRIS. B. History of Criminal Investigation. In: NEWBURN, T. (ed.), *Handbook of Policing*. Cullompton: Willan Publishing, 2007.

NELKEN, David (org.). *White-Collar Crime*. Brookfield, Estados Unidos da América: Darmouth Publishing Company, 1994.

RATTON, J. L.; TORRES, V.; BASTOS, C. *Inquérito policial, sistema de justiça criminal e políticas públicas de segurança pública: dilemas e limites da governança*. *Sociedade e Estado*, jan.-abril 2014, vol. 26, n. 1.

SEIDL, David; BECKER, Kai Helge (ed.). *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Kristianstad: Kristianstad Boktruyckeri AB, 2005.

_____. Organization identity in Luhmann's theory of social systems. In: BAKKEN, Tore; HERNES, Tor. *Autopoietic Organization Theory: Drawing on Niklas Luhmann's Social Systems Perspective*. Copenhagen: Copenhagen Business School Press, 2003, p. 123-150.

SHAPIRO, Susan P. Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime. In: NELKEN, David (org.). *White-Collar Crime*. Brookfield, Estados Unidos da América: Darmouth Publishing Company, 1994.

SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. *American Sociological Review*. n. 1. vol. 5. p. 1-12, 1940.

_____. *White Collar Crime: The Uncut Version*. New York: Holt Rinehart and Winston, 1983.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Cooperação penal internacional nos delitos econômicos, de Pedro Barbosa Pereira Neto – *RBCCrim* 54/153-168, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/457-469 (DTR\2005\333);
- Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica, de Tapir Rocha Neto – *RBCCrim* 115/393-411 (DTR\2015\11459); e
- Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira, de Diogo Malan – *RBCCrim* 114/279-320 (DTR\2015\9152).

Opinião apresentada para instruir a ADIn 5.097, interposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), cujo relator é o Min. Celso de Mello

Legal opinion on direct action of unconstitutionality 5097

Janaina Conceição Paschoal
Professora Livre Docente de Direito Penal na USP.
janaina@paschoal.adv.br

São Paulo, 7 de novembro de 2013.

Atendendo à solicitação da Dra. Cláudia A. Tannuri, ilustre Defensora Pública, na área de Direito de Família, membro do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NUDEM), venho, mediante a presente manifestação, reafirmar o entendimento de que a Lei 9.263/1996, em diversas passagens, fere a Constituição Federal.

Quando da consulta, a ilustre Defensora Pública apresentou parecer formulado com o fim de instruir Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ser proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, relativamente ao disposto no § 5.º do art. 10 de referido diploma legal.

Haja vista o fato de, em tal parecer, terem-se abordado, de forma muito procedente, os aspectos propriamente constitucionais, cabe, nesta oportunidade, procurar enfrentar as questões penais envolvidas.

Desde logo, na eventualidade de a ADIn efetivamente vir a ser proposta, consigna-se que constituiria grande honra ver esta singela opinião instruir a inicial.

O dispositivo, cuja constitucionalidade será questionada, determina que a esterilização voluntária, na vigência da sociedade conjugal, depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

Importa dizer que, para esterilizar-se, a pessoa casada precisará da autorização de seu cônjuge.

Conforme bem apontou a Defensora Pública, em seu parecer, tal dispositivo fere flagrantemente a liberdade individual e o direito ao próprio corpo. A esse respeito, cumpre lembrar que a Bioética, há muito, dentre os princípios que lhe informam, confere maior importância ao da autonomia individual.

Paschoal, Janaina Conceição. Opinião apresentada para instruir a ADIn 5.097, interposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), cujo relator é o Min. Celso de Mello.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 118. ano 24. p. 333-341. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Ora, seja homem, seja mulher, para que uma pessoa capaz se esterilize haveria de bastar que estivesse bem esclarecida e informada acerca das consequências do procedimento, dos riscos da intervenção, das dificuldades de reversão. Uma vez tomada a decisão, salvo restrição médica, nenhuma outra pessoa poderia interferir.

Até se compreende que o legislador tenha pretendido, condicionando a realização do procedimento à autorização do cônjuge, preservar a transparência e a tomada de decisão conjunta, no âmbito familiar.

No entanto, por mais louvável que seja o intuito, cabe aos casais decidirem como organizarão suas próprias vidas e a cada indivíduo, autonomamente, escolher quais assuntos serão compartilhados com seu par.

Com todo respeito, na eventualidade de uma esterilização feita, sem o consentimento do cônjuge, vir a causar problemas familiares, compete àquele núcleo, e somente a ele, dirimir esses conflitos. Afinal, muitas outras situações geram dissabores entre os casais, e o Estado não intervém, e não deve intervir, para solucioná-los.

Ocorre que a Lei 9.263/1996 não se contentou em condicionar a esterilização à autorização do cônjuge. Tal diploma, de forma absolutamente atentatória aos princípios inerentes ao Direito Penal de *ultima ratio*, transforma eventual realização do procedimento cirúrgico, sem a anuência expressa do cônjuge, em crime, apenado com 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, além de multa.

De fato, o art. 15 da Lei 9.263/1996 comina referida pena àquele que "realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei".

Trata-se de norma penal em branco a ser complementada por dispositivo constante da própria lei em que o crime é previsto.

Ainda que seja bem aceita essa forma de legislar, cabe notar que o art. 10, que deve complementar o crime capitulado no art. 15, possui 2 (dois) incisos e 6 (seis) parágrafos bastante complexos.

Dada a redação ampla do dispositivo, já seria possível questionar sua constitucionalidade, por desrespeito ao princípio da taxatividade, inerente ao próprio princípio da legalidade.

Mas a objeção, que ora se pretende levantar, não é de matiz eminentemente teórico. O problema não ocorre apenas relativamente à técnica escolhida pelo legislador e à amplitude conferida à norma. Penso que as questões formais, muito embora sejam importantes, não são suficientes para infirmar uma norma, ou mesmo decisão em caso concreto.

Na verdade, o grande problema reside no fato de, por essa via indireta, o legislador ter criminalizado condutas sem qualquer dignidade e relevância penal, quando se sabe, à toda evidência, que o Direito Penal deve ser o último recurso de que o Estado pode lançar mão.

Ora, ao combinar-se o art. 15 com os diversos incisos e parágrafos do art. 10 da Lei 9.263/1996, conclui-se que, pelo menos formalmente, seria crime: 1) esterilizar pessoa capaz antes de passados 60 (sessenta) dias da manifestação da vontade; 2) esterilizar pessoa capaz, com menos de 25 anos, que só tenha um filho; 3) esterilizar pessoa capaz, que tenha sido plenamente esclarecida e informada, sem o seu consentimento dado em documento escrito; 4) esterilizar mulher, a seu pedido, durante o parto; 5) esterilizar mulher, ou homem, sem o consentimento do cônjuge, ou contra a vontade do cônjuge; 6) esterilizar pessoa usuária de drogas, ainda que tenha muitos filhos e que tenha solicitado a intervenção; dentre outras possibilidades.

Ao ministrar a disciplina *Biodireito* na graduação e *Bioética e Direito*, na pós-graduação, sempre questionei a legitimidade de tal norma e a suposta dignidade dessas condutas para serem elevadas à condição de crime.

Respeitando eventuais posicionamentos dissonantes, a meu ver, nenhuma das hipóteses acima mereceria ser objeto do Direito Penal; não em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Não é crível que uma mulher de 35 anos não possa ser esterilizada durante o parto de seu primeiro filho, sob pena de o médico ser punido com pena de até 8 (oito) anos de reclusão.

Na verdade, a pretexto de tutelá-la, este mesmo Estado estará obrigando esta mulher a se submeter aos riscos de uma nova intervenção cirúrgica. Terá o Estado legitimidade para tanto? Entendo que não.

Só o que o Estado pode exigir é que o profissional médico esclareça sua paciente acerca das consequências de seus atos. O Estado jamais poderia impedir uma pessoa, por meio de norma penal, de tomar decisões relativamente ao seu próprio corpo.

Igualmente inaceitável o fato de uma mulher não poder se submeter à cirurgia de esterilização, ainda que já tenha vários filhos, sem o aval de seu marido.

Importante consignar que a indignação ora deduzida não diz respeito apenas à situação das mulheres. Também não se justifica que um homem capaz, que já tenha tido os filhos que desejaria ter, ou mesmo que não tenha filhos, esteja impedido de submeter-se à vasectomia, se não tiver o consentimento expresso (e por escrito) de sua esposa. E, como já dito, não se trata de um mero impedimento, trata-se de proibição de natureza penal.

Aliás, haja vista os princípios que informam o concurso de agentes; e o próprio teor do art. 29 do Código Penal, não é difícil que, além do médico, também a pessoa que se submeteu à esterilização, fora dos termos legais, venha a ser acusada pela prática do crime capitulado no art. 15 da Lei 9.263/1996, seja na condição de coautora, seja na condição de partícipe.

Paschoal, Janaina Conceição. Opinião apresentada para instruir a ADIn 5.097, interposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), cujo relator é o Min. Celso de Mello.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 118. ano 24. p. 333-341. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

Para que uma conduta possa ser alçada à condição de crime, faz-se necessário que fira bens jurídicos penais, que são aqueles relacionados aos direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, bem como que não haja outro meio de bem proteger referido bem.

Conforme procurei evidenciar em sede de tese de doutoramento,[1] o Direito Penal, por ser o braço mais forte do Estado, somente pode ser utilizado quando não houver outros ramos do direito eficazes o suficiente para lidar com a situação. Às vezes, a pretendida eficácia sequer vem do âmbito jurídico. Por isso se diz que o Direito Penal é (e deve ser) subsidiário e fragmentário.

E mesmo quando se decide que há legitimidade para essa esfera do Direito intervir, é preciso que guarde proporcionalidade, tanto no que diz respeito à lesão experimentada pelo bem jurídico, como no que concerne ao próprio sistema.

Ora, qual bem jurídico envolvido na esterilização durante a cesárea, quando a paciente se encontra plenamente esclarecida e deseja a intervenção?

Qual o bem jurídico presente na incriminação da esterilização voluntária, sem o consentimento do cônjuge?

Poder-se-ia responder que se trata do casamento. No entanto, como bem se sabe, sequer o adultério constitui crime. E não se pode negar que o adultério tem a potencialidade de, efetivamente, destruir a sociedade conjugal.

A esterilização, com todas as suas consequências, diz respeito única e exclusivamente ao próprio indivíduo. Por óbvio, é desejável que haja diálogo e transparência entre os cônjuges; entretanto, não é papel do Estado obrigar essa comunicação e, frise-se, esse papel, ainda que fosse legítimo, jamais poderia ocorrer por meio do Direito Penal.

Além da mais completa falta de legitimidade das incriminações de que ora se trata, com ênfase para o crime de esterilizar alguém sem a anuência do cônjuge, tem-se que as penas cominadas são, a toda evidência, desproporcionais, revelando-se, portanto, inconstitucional o tipo também por seu preceito secundário.

Com efeito, em duas oportunidades, ao tratar do crime de aborto, apontei a incongruência existente entre as penas previstas para tal crime e para o crime capitulado no art. 15 da Lei 9.263/1996.

"A mulher tem direito ao seu próprio corpo, mas também tem direito a ser aconselhada e esclarecida. Eventualmente, a mulher pode até praticar ou se submeter a um aborto e o Estado pode, por questão de política criminal, deixar de puni-la penalmente. No entanto, em hipótese alguma, comunga-se da ideia de que existe um direito fundamental ao aborto, seja pelo valor da vida do feto, seja pelo valor da

1. *Constituição, criminalização, direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

saúde física e mental da própria mulher. Antes de instituir o aborto como política de saúde pública cumpre procurar reforçar as políticas de planejamento familiar, difundir mais e franquear as diversas formas de prevenção à gravidez, instituir matérias nas escolas com o fim de, cada vez mais cedo, esclarecer crianças e adolescentes acerca das formas de evitar a gravidez e, sobretudo, as doenças sexualmente transmissíveis. Com todo respeito, legalizar o aborto não é política de saúde pública. Distribuir preservativos sim. Costuma-se reduzir a discussão criminalização / descriminalização / legalização do aborto a uma questão meramente religiosa, o que não é correto. Fosse apenas um assunto da religião, não se estaria, nesta oportunidade, pregando todas as formas de prevenção à concepção, pois bem se sabe que várias religiões condenam qualquer método de evitar a gravidez, que não seja a abstinência sexual. Infelizmente, a discussão criminalização / descriminalização / legalização, com todo respeito, tornou-se uma questão de ideologia. Antes de pensar em legalizar o aborto, pleito com o qual não se corrobora, deve-se avaliar, como já dito, popularizar os métodos contraceptivos e, como proposto por Judith Martins Costa, rever a Lei 9.263 de janeiro de 1996, que trata da esterilização. É bem verdade que a autora focou-se, de forma bastante corajosa, em casos limite. No entanto, cumpre repensar, por exemplo, o fato de a legislação nacional criminalizar a esterilização de uma mulher durante o parto, mesmo quando o procedimento foi solicitado pela paciente e mesmo quando esta mulher já possui vários filhos. Tem o Estado legitimidade para obrigar a mulher a se submeter a outro procedimento cirúrgico? Não é razoável. O mesmo argumento de que o indivíduo tem direito ao seu próprio corpo, largamente utilizado no pleito de legalização do aborto, deveria ensejar a revisão da Lei 9.263/1996, para que deixe de ser crime esterilizar uma pessoa capaz, sem consentimento de seu cônjuge, pois não compete ao Estado tutelar os indivíduos a tal ponto. A decisão de manter-se fértil ou não diz respeito à intimidade de cada um. Pode-se instituir um aconselhamento prévio, eventualmente dilatar os prazos entre a decisão e o procedimento, jamais estabelecer proibições, ou pior, crimes, como ocorre na atualidade. É muito contraditório imaginar que o mesmo Estado que veda a decisão de esterilizar-se, permita e até custeie o aborto, pelo Sistema Único de Saúde, como postulam os defensores da legalização. De fato, eventual legalização do aborto tornaria a situação bastante intrigante. Fora dos critérios estabelecidos pela lei, a mulher, que decididamente não quer filhos, não se pode submeter à esterilização; entretanto, se engravidar, poderá se submeter a quantos abortos forem necessários. É a prova do viés ideológico dessa discussão. Igualmente curioso o fato de o médico que, com o consentimento do paciente, o esteriliza fora dos casos previstos em lei, estar sujeito a uma pena de reclusão de dois a oito anos e multa, nos termos do art. 15 da Lei 9.263/1990; enquanto o médico que pratica o aborto, fora dos casos legais, possa ser condenado a uma pena de

PASCHOAL, Janaina Conceição. Opinião apresentada para instruir a ADIn 5.097, interposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), cujo relator é o Min. Celso de Mello.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 118. ano 24. p. 333-341. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

reclusão de um a quatro anos, exatamente a metade, obviamente, com possibilidade de suspensão condicional do processo."[2]

"Nenhuma mulher pode ser condenada à morte em prol da gravidez. Nenhuma mulher pode ser condenada à tortura de, no caso de estupro, conviver com o fruto da violência a que foi submetida e, na hipótese de anencefalia, passar nove meses programando a cerimônia fúnebre do próprio filho.

O Estado não tem esse direito... Mas os defensores da legalização não se contentam com essas possibilidades: entendem ser um direito fundamental chegar a um hospital público e ter o aborto praticado. Desejam, portanto, mais que a descriminalização, que implica não submeter a mulher que aborta às agruras de um processo-crime. Com todo respeito, não há direito fundamental a ceifar uma vida. E o reconhecimento de que existe vida intrauterina não tem esteio apenas em crenças religiosas... Antes de pensar em legalizar o aborto, cumpre rever a Lei 9.263/1996, que regula o planejamento familiar e limita consideravelmente a esterilização.

Hoje, se um médico, a pedido da paciente, a esteriliza durante uma cesariana, estará sujeito à pena de dois a oito anos de reclusão, com aumento... Também é crime esterilizar pessoa casada sem que haja anuência do seu cônjuge... O Brasil elegeu uma mulher presidente da República. Que esta mulher tenha a firmeza que lhe parece característica para implementar medidas menos invasivas e mais efetivas que a alardeada legalização do aborto. Dentre tais medidas, toma-se a liberdade de sugerir, além da revisão da lei de planejamento familiar: 1) Instituir o parto anônimo, possibilitando à gestante fazer o pré-natal e o parto sem se identificar, deixando a criança para adoção; 2) Intensificar as campanhas de prevenção à gravidez e à contaminação por doenças sexualmente transmissíveis, utilizando, inclusive, a televisão, que é concessão pública. Pesquisa do Cebrid (Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas) mostra que muitas mulheres acreditam que sexo anal previne gravidez e Aids; 3) Popularizar todos os métodos contraceptivos, sobretudo a distribuição e educação para o uso de preservativos. O Brasil é mais carente dessas medidas, polêmicas, porém menos que a legalização do aborto. Estamos nos distraindo discutindo o mais e deixando de fazer o menos."[3]

Como bem se sabe, um médico que realize um aborto com o consentimento da gestante está sujeito à pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, exatamente metade da pena prevista para o médico que venha a esterilizar uma mulher, a seu pedido, durante o parto. Ora, não há argumento que justifique tal inversão de

2. *Direito penal jurisprudência em debate: crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. vol. 1, p. 100-102. Obra organizada por Miguel Reale Júnior.

3. *Folha de São Paulo*. Reflexões sobre a legalização do aborto. 04.04.2011. p. A3.

valores. Neste segundo caso, como visto, sequer há bem jurídico envolvido, naquele, por outro lado, está-se diante da vida de um terceiro.

Aliás, o médico que venha a praticar um aborto contra a vontade da gestante está sujeito à pena de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, a qual não é assim tão maior que a cominada pelo art. 15 da Lei 9.263/1996. E não há como negar que o aborto sem o consentimento da gestante é um dos crimes mais violentos que se possa praticar contra uma mulher.

Importante deixar claro que não se está, ao comparar as penas do crime de esterilização, fora dos termos da lei, com as penas previstas para o aborto, advogando eventual recrudescimento da punição à referida prática.

Apesar de ser totalmente refratária à qualquer pretensão de legalizar-se o aborto e mesmo de preverem-se outras hipóteses de exclusão do crime, creio que as penas cominadas são suficientes. A comparação foi feita apenas para evidenciar quão desproporcionais são as penas do art. 15 da Lei 9.263/1996, uma vez que mais severas que as penas previstas para crime contra a vida.

A comparação também é feita pelo fato de vários grupos pleitearem a legalização do aborto com fulcro no argumento de que seria um direito fundamental da mulher; sem, intrigantemente, questionarem a legitimidade do crime previsto na lei de Planejamento Familiar.

Uma de minhas orientandas, Carolina Franceschine de Mattias, durante intercâmbio na Inglaterra, aprofundou suas pesquisas sobre o tema e, em sede de tese de láurea, evidenciou que, naquele país, somente é tratada como criminosa eventual esterilização feita sem o consentimento da pessoa esterilizada.[4]

De fato, na hipótese de esterilização forçada, sim, haveria bens jurídicos a tutelar, dentre eles a liberdade de autonomamente fazer seu planejamento familiar.

Também nesse aspecto a legislação vigente no país é gritantemente desproporcional, pois o art. 15 comina pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão para toda e qualquer esterilização feita em desacordo com o art. 10 da Lei 9.263/1996. Tem-se daí que referida pena se aplica tanto ao médico que esterilizou uma mulher, ou um homem, à revelia do cônjuge; como ao médico que, contra a vontade expressa do paciente, procedeu à esterilização. A pena seria a mesma até na hipótese de ficar evidenciado que o procedimento fora adotado com finalidade eugênica.

A esse respeito, destaca-se que o parágrafo único do art. 15 da Lei 9.263/1996, que estabelece causas de aumento de pena, não prevê a esterilização não consentida, ou mesmo com violência, contra pessoa capaz. Trata-se de situação inaceitável,

4. *Esterilização humana e direito penal: um estudo comparado entre as regulações do Brasil e da Inglaterra*, 2013.

por qualquer que seja o prisma pelo qual se a analise.[5] Constata-se, com facilidade, que se está diante de desproporcionalidade sistêmica e intrínseca.

Em virtude de o objeto da consulta feita pela nobre Defensora Pública ter sido a necessidade de contar com a anuência do cônjuge para que uma pessoa capaz possa se esterilizar, não serão tecidas, nesta oportunidade, maiores considerações com relação à esterilização de pessoas incapazes; entretanto, também nessa seara a criminalização pouco taxativa pode dar ensejo a muitas injustiças.

O § 3.° do art. 10 da Lei 9.263/1996, ao vedar a esterilização durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas e estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente, praticamente inviabiliza a esterilização de dependentes de *crack*, que já possuem vários filhos abrigados, ou aos cuidados de parentes, mesmo que, nos momentos de lucidez, a pessoa solicite a intervenção.

Vale destacar que o § 6.° do art. 10 da Lei 9.263/1996 somente prevê a possibilidade de esterilização por autorização judicial em casos de pessoas absolutamente incapazes, o que restringe sobremaneira a abrangência do dispositivo.[6]

Por óbvio, cada inciso e parágrafo do art. 10 da Lei 9.263/1996, em sua combinação com o tipo penal capitulado no art. 15 do mesmo diploma legal, mereceria um estudo à parte.

Não obstante, as breves considerações, nesta lançadas, indicam que, infelizmente, por melhores que tenham sido as intenções, o legislador reuniu sob o mesmo dispositivo, cominando penas idênticas, situações de reprovabilidades completamente diversas. Aliás, como antes asseverado, muitas das condutas criminalizadas carecem completamente de dignidade penal.

Além desses aspectos, deve-se consignar que a exigência da autorização do cônjuge, por meio de norma penal, não fere apenas a autonomia individual. Muitas

5. Sabe-se que há autores que sustentam que, em tal hipótese, estar-se-ia diante de lesão corporal grave e não do crime capitulado pelo art. 15 da Lei de Planejamento Familiar; entretanto, com todo respeito a referido posicionamento, por força do princípio da especialidade, entendo que a Lei especial deve ser a aplicada e, por conseguinte, não há como negar a afrontosa desproporcionalidade.

6. Os problemas advindos da redação do art. 10 da Lei 9.263/1996 são bem analisados por Judith Martins Costa. É bem verdade que a autora avalia esses problemas, à luz do Direito Civil. No entanto, na medida em que o art. 15 faz expressa menção ao art. 10, as incongruências deste, fatalmente, resvalam naquele. ("Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética", *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346).

vezes, essa indevida ingerência estatal, obriga mulheres a gerarem filhos ininterruptamente, em situações muito adversas, deixando à própria sorte crianças inocentes.

Não cabe discutir o mérito, mas é consabido que muitas pessoas têm resistência frente à esterilização própria e/ou do cônjuge. Muitas por questões religiosas, dado que somente Deus poderia impedir um ser de procriar. Outras tantas por motivos eminentemente sexuais, pois existe certo mito de que a pessoa esterilizada perderia o apetite sexual. São muitos os casos concretos de pessoas casadas, em sua maioria mulheres, que não são autorizadas a se esterilizarem. Em várias dessas situações, o casal já possui muitos filhos, em estado de carência e até de abandono.

Em hipótese alguma, se poderia lançar mão da esterilização como política de Estado. Jamais a história nos mostra as monstruosidades que tal tipo de política acarreta. No entanto, o saudável fim de evitar abusos não legitima o Estado a impedir que o indivíduo decida sobre seu próprio corpo, sobre sua própria prole, sobre sua própria vida. Casamento é comunhão, não é submissão, nem do homem, nem da mulher.

Pelas questões teóricas e dramas práticos envolvidos, uno-me à Defensoria Pública, para solicitar que o Supremo Tribunal Federal declare inconstitucional o § 5.º do art. 10 da Lei 9.263/1996.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas, de Elias Farah – *RIASP* 23/96-137, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 5/349-388 (DTR\2011\2996);
- Direito do planejamento familiar, de Paulo Affonso Leme Machado, Maria Regina Machado Perrotti e Marcos Antonio Perrotti – *RT* 749/46-59 (DTR\1998\158); e
- Planejamento familiar, de Elias Farah – *RDFAS* 2/45-68 (DTR\2014\21398).

Jurisprudência Comentada

Paschoal, Janaina Conceição. Opinião apresentada para instruir a ADIn 5.097, interposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), cujo relator é o Min. Celso de Mello.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 118. ano 24. p. 333-341. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

85753

Superior Tribunal de Justiça

STJ – *RHC 46.315/RS* – 6.ª T. – j. 25.08.2015 – v.u. – rel. Min. Sebastião Reis Júnior – *DJe* 25.09.2015 – Área do Direito: Penal; Processual.

AÇÃO PENAL – Trancamento – Inadmissibilidade – Crime de violação de sigilo – Fatos narrados na denúncia que demandam análise mais aprofundada para apuração da prática delituosa – Elementares do tipo penal, ademais, que se comunicam ao partícipe que as conhecem – Inteligência dos arts. 29 e 30 do CP.

Jurisprudência no mesmo sentido

- *RBCCrim* 115/451 (JRP\2015\2568).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 946/399 (JRP\2013\16896), *RT* 858/500 (JRP\2007\568) e *RT* 809/496 (JRP\2003\603).

Veja também Doutrina

- Crimes financeiros nos tribunais brasileiros, de Maíra Rocha Machado – *RBCCrim* 76/58, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 5/901 (DTR\2009\11); e
- O *habeas corpus* tranca o processo?, de Geraldo Batista de Siqueira – *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 5/311, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 5/865 (DTR\2012\753).

RHC 46.315 – RS (2014/0059633-4).
Relator: Min. Sebastião Reis Júnior.
Recorrente: Rafael Ferri – advogado: Márcio Augusto Paixão.
Recorrido: Ministério Público Federal.

Ementa:[NE] *Recurso ordinário. Habeas corpus. Mercado de ações. Informações sigilosas. Lei 6.385/1976. Trancamento de ação penal. Medida excepcional.*

[NE] Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

1. O trancamento de ação penal pela via do habeas corpus *é medida excepcional, cabível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria, o que não se verifica nestes autos. Peça acusatória que descreve a estreita ligação do recorrente com pessoas detentoras de informações sigilosas, com a finalidade de manipulação do mercado.*

2. Dever de sigilo previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976. Condição objetiva relacionada aos agentes em razão da função ou cargo exercidos. Possibilidade de eventual punição a terceiros na forma do art. 29 do CP. Elementares do tipo que se comunicam ao partícipe, desde que ele tenha delas conhecimento (art. 30 do CP). Precedentes.

3. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido e improvido. Liminar cassada.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 6.ª T. do STJ, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Nefi Cordeiro conhecendo do recurso e negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJSP) e Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, conhecer do recurso em habeas corpus e negar-lhe provimento, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro relator. Fará declaração de voto a Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJSP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro relator.

Brasília, 25 de agosto de 2015 – SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, relator.

COMENTÁRIO

ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO RECURSO EM HC 46.315/RS: O CONCURSO DE AGENTES NOS DELITOS DE INFRAÇÃO DE DEVER

I. O CASO

Trata-se de acórdão composto pelo voto do Min. Sebastião Reis Júnior e declaração de voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura, proferido pela 6.ª Turma do STJ, em face do julgamento do Recurso em HC 46.315/RS, que desmistifica, com maestria, o concurso de agentes nos delitos de infração de dever, mais precisamente quando há instrumento doloso não qualificado.

Para melhor compreensão da exposição, é necessário, primeiramente, elucidar o que se entende por delitos de infração de dever, estabelecendo seus contrastes com categoria dos delitos especiais.

Os delitos especiais compreendem na configuração típica uma restrição do círculo de possíveis autores, de modo que apenas determinados sujeitos estão habilitados a assumir a posição de autor, porque o próprio tipo exige a reunião de certas qualidades ou condições não compartilhadas pela generalidade das pessoas. É o caso, *v.g.*, do delito de peculato.

Nesse interim, o sujeito que reúne as condições ou qualidades instituídas no delito especial é chamado de *intraneus* e aquele incapaz de realizar sozinho a figura típica é designado como *extraneus*.

Os "delitos de infração de dever", por sua vez, possuem um espectro mais amplo. Na sua constituição semântica, além da classificação típica concernente à sujeição ativa (ponto de contato com a conceituação dos delitos especiais), há também o fundamento material em que é baseada a limitação da autoria e o próprio critério da imputação.

É dizer, os "delitos de infração de dever" abarcam uma teoria pela qual a restrição da autoria aos *intranei* deve-se ao fato de que apenas eles estão vinculados a um dever especial instituído pelo tipo. É nessa posição diferenciada que se funda a possibilidade de apenas os *intranei* assumirem a condição de autores.

Nesse contexto é que se insere o caso chamado "instrumento doloso não qualificado". Ocorre quando um *intraneus* se vale de um *extraneus* para praticar um delito especial próprio. O *extraneus*, então, domina o acontecer típico enquanto o *intraneus* lhe assessora.

Esta foi exatamente a controvérsia submetida à Corte Superior, que teve como "pano de fundo" uma acusação, por crime de *insider trading* (art. 27-D da Lei 6.385/1976), de um *agente autônomo de investimentos* (*extraneus*) e de um *Presidente/Diretor/Controlador de uma companhia de capital aberto* (*intraneus*).

Em cingida síntese, o *Presidente/Diretor/Controlador* teria fornecido ao *agente autônomo* o acesso indevido a informações relevantes de sua companhia, das quais teve conhecimento em razão de suas funções e cujo sigilo estava obrigado a manter. Na posse de tais informações, o *agente autônomo de investimentos* teria negociado, em nome próprio, ações de emissão desta companhia, obtendo vantagem.

A defesa contestou a acusação afirmando que, em se tratando de delitos especiais próprios, não se pode considerar o detentor do sigilo (Presidente/Diretor/Controlador) como mero partícipe e o *extraneus*, cuja colaboração foi mais relevante para o fato, como autor do delito, sendo impossível a caracterização do crime de *insider trading*.

Noutros dizeres, a defesa analisou a responsabilidade penal no caso segundo o critério da relevância naturalística da contribuição dos intervenientes, considerando autor aquele que dominou a ação típica (no caso, o extraneus*) e partícipe aquele que contribuiu para o delito, sem dominar a ação típica (no caso, o* intraneus*). Partindo desse pressuposto dogmático, seria forçoso concluir pela impunidade de ambos os acusados, tendo em vista que o* extraneus *não ostenta as condições exigidas para ser autor do delito especial e não há participação em conduta atípica.*

II. A SOLUÇÃO PROPOSTA PELO MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

O Min. Sebastião Reis Júnior, relator do acórdão, afastou a tese defensiva com o argumento de que, segundo o art. 30 do CP,[1] o acordo de vontades entre *extraneus* e *intraneus* faz com que a qualidade especial do *intraneus* se comunique com a do *extraneus*, ainda que na hipótese de menor contribuição para o crime materialmente executado pelo *extraneus*, viabilizando, assim, a imputação.

A orientação sufragada pelo ministro relator é reflexo da postura já sedimentada pela doutrina nacional, que trata a regra da comunicabilidade das circunstâncias como via para responsabilizar o *extraneus* como se qualificado fosse. Em outros termos, sustentam que o art. 30 do CP possibilita a transformação de um *extraneus* em *intraneus*, quando estes concorressem para o mesmo delito especial.[2]

1. "Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime."
2. Nesse sentido: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Max Liminad, 1980. vol. 1, t. 2, p. 422; MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva. vol. 3, p. 34.

Essa forma de interpretar o art. 30 do CP, contudo, é objeto de contundentes críticas.

A iniciar pela falta de associação com o próprio conceito de crime especial em evidente infringência ao princípio da legalidade. Mariana Ortiz sustenta ser "no mínimo ilógico que o legislador empreendesse uma clara limitação do âmbito da autoria em determinados delitos, excluindo a possibilidade de dele serem autores indivíduos não contemplados pelo tipo penal, e depois, pela via de uma norma geral, rompesse com essa sistemática para admitir, na hipótese de concurso, que esses mesmos *extranei* respondessem como coautores".[3]

Ainda nesse ponto, tal glosa contraria o próprio sentido normativo dos delitos especiais, cuja base é sedimentada na maior acessibilidade do *intraneus* ao bem jurídico tutelado, que converte o *intraneus* em especial garantidor de sua incolumidade, sendo-lhe exigível não apenas a abstenção da criação de riscos, mas a realização de condutas em benefício ao bem jurídico.[4]

E, como corolário lógico, representaria clara ofensa ao princípio da acessoriedade da participação, pois permitiria a imputação de um delito especial próprio a título de autoria ao *extraneus* e de participação ao *intraneus*.

O referido artigo do Código Penal, a nosso sentir, é apenas uma *garantia da unidade da imputação*, quando concorreram *extraneus* e *intraneus* para um fato que pode ser subsumido a tipos penais distintos, como nos casos de peculato e do crime de apropriação indébita. Se um *extraneus* e um *intraneus*, agindo em coautoria, apropriarem-se de bens públicos, ambos responderam por peculato, porque a qualidade de caráter pessoal do *intraneus* será compartilhada com o *extraneus*.

Noutros dizeres, o art. 30 permite que os indivíduos que não ostentam as características exigidas no tipo se submetam às penas do delito especial. A opção pela unidade do título de imputação é apontada pela doutrina como forma de afirmação da autonomia dos delitos especiais.

Tal dispositivo representa mera manifestação da teoria monista (ou mesmo demonstração de sua irradiação no Código Penal), pois estabelece que o tipo penal que conjuntamente perfazem *extraneus* e *intraneus* será sempre um só, a tornar comum aos distintos colaboradores o título da imputação.[5]

É bem por isso que reputamos imprecisa sua utilização como supedâneo da *teoria unitária*, em que todas as condutas (causação do resultado) são equiparadas sob o manto da autoria.

Em suma, o art. 30 do CP *não* serve para definir a que título o agente irá responder a um crime especial (se a título de autoria ou de participação), mas sim – e tão somente – para estabelecer a *unidade da imputação*, isto é, o crime pelo qual tais agentes (*extraneus* e *intraneus*) irão responder.

Dessa forma, não basta somente invocá-lo, como fez o ministro relator, para resolver o problema posto pela defesa no recurso.

No caso em análise, o art. 30 do CP apenas definirá que tanto o *agente autônomo de investimentos* (*extraneus*) como o *Presidente/Diretor/Controlador da companhia* (*intraneus*) responderão pelo crime do art. 27-D da Lei 6.385/1976. Todavia é insuficiente para estabelecer quem é o autor e quem é o partícipe; *lacuna superada pela Min. Maria Thereza, em sua brilhante declaração de voto.*

III. A SOLUÇÃO PROPOSTA PELA MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Para poder explicar a solução do problema, a ministra referenciada, primeiramente, afasta a confusão feita pelo TRF – colacionada no voto do ministro relator – quanto à classificação do crime de *insider trading*.

3. ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. IBCCRIM – monografia 61.
4. Idem, p. 178.
5. Idem, ibidem.

Para tanto, distingue, em sua declaração, os delitos especiais (ou próprios) dos delitos de mão própria, esclarecendo, com acerto, que *o crime de insider trading* integra a primeira e não a segunda categoria delitiva.

Com efeito, os crimes de mão própria, não estabelecem *a priori* uma restrição do círculo de possíveis autores – podem ser cometidos por qualquer pessoa –, mas apenas exigem do autor que execute *direta* e *pessoalmente* a conduta típica (ex.: o crime de porte ilegal de arma de fogo, em que a própria descrição da conduta de portar um artefato determina que a execução não possa ser compartilhada).

Nos delitos especiais, por outro lado, a autoria é delimitada a partir de qualidades diferenciadas dos possíveis autores. "Há uma vedação prévia à autoria por parte de agentes que não preencham as qualidades pessoais exigidas pela norma" (f. 25 do acórdão).

A distinção, feita com precisão na declaração de voto referenciada, é de suma importância para o deslinde da discussão, mormente porque no crime de mão própria não se admite qualquer forma de coautoria. E a razão é simples: *a ação nos delitos de mão própria é personalíssima.*

A partir desta diferenciação é possível chegar a uma conclusão intermediária: o tipo penal do art. 27-D da Lei 6.385/1976 prevê um delito especial próprio (mas não um delito de mão própria), cuja restrição de autoria é fruto das qualidades do autor, expressas na redação do próprio tipo.

Estabelecida esta premissa, a Min. Maria Thereza passa a resolver a questão posta no recurso: como se dá a imputação do concurso de agentes no crime de *insider trading*, nas hipóteses em que o detentor do dever de sigilo (*Presidente/Diretor/Controlador*) atue juntamente com agente externo (como é o caso do *autônomo de investimentos*)?

Para tanto, a ministra faz referência à teoria dos delitos de infração de dever, desenvolvida por Claus Roxin, justamente para o caso limite do denominado "instrumento doloso não qualificado", no qual um *extraneus* executa de forma dolosa um delito especial próprio, mediante instigação ou com a contribuição do *intraneus*.

O professor alemão adverte que a compreensão da solução depende do completo afastamento das ideias por ele concebidas na teoria do domínio do fato, cuja aplicação só teria guarida nos delitos de ação.

A autoria nos crimes de infração de dever passa a ser fundamentada na quebra do dever especial, anteposto à norma penal, e não no domínio da ação típica. Pouco importa a configuração externa da conduta, porque a razão da sanção reside no fato de o indivíduo infringir as exigências de um dever específico que a ele assiste.[6]

Assim sendo, será autor dos delitos de infração de dever não quem domina o risco da produção do resultado, mas sim aquele titular do dever descrito pelo tipo, denominado de *intraneus*. O agente a quem o dever descrito no tipo não diz respeito (*extraneus*), a despeito de dominar os acontecimentos, será considerado apenas partícipe.[7]

Esta solução dogmática foi desenvolvida por Roxin exatamente para evitar a lacuna de punibilidade – sustentada pela defesa no recurso referenciado – que a utilização de outras teorias da autoria como a formal-objetiva ou o domínio do fato conduziriam. Afinal, aplicando-se ao caso a teoria do domínio do fato, seria inevitável reconhecer o domínio nas mãos *agente autônomo de investimentos*, figurando o *intraneus* como mero partícipe. E diante da impossibilidade do *extraneus* ser autor de um delito especial, por lhe carecer as condições exigidas no tipo do delito, e do *intraneus* responder como partícipe de um delito sem autor – acessoriedade da participação – o único desfecho para o caso, com a aplicação da teoria do domínio do fato, seria a impunidade de ambos.

6. GRECO, Luís; e TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* Marcial Pons, 2014. p. 61.

7. Idem, ibidem.

Mariana Ortiz lembra que mesmo antes do desenvolvimento da teoria dos delitos de infração de dever por Roxin, a doutrina e a jurisprudência alemãs já resolviam esses casos atribuindo ao *intraneus* a condição de autor mediato. O que não se verificava, no entanto, era uma correta fundamentação dogmática para essa solução.[8]

Note-se que a proposta de Roxin – aplicada pela Min. Maria Thereza no caso – se aperfeiçoa no próprio fundamento material dos delitos especiais, nos quais o legislador conscientemente restringe o âmbito da autoria a um determinado grupo de agentes, vinculando-os a um dever especial (extrapenal), em razão da maior acessibilidade ao bem jurídico protegido.

Portanto, para a teoria dos delitos de infração de dever desenvolvida por Roxin, a fundamentação da autoria é justamente a quebra deste dever, sendo *autor* sempre o *intraneus*, indiferentemente da intensidade naturalística de sua contribuição para o fato, e *partícipe* aquele a quem *não* incumbia o dever especial (*extraneus*), ainda que tenha exercido o domínio da ação típica.

Ao aplicar este raciocínio no caso, obtemos uma solução para o problema totalmente compatível com o ordenamento jurídico pátrio.[9] Isso porque será *autor* o Presidente/Diretor/Controlador (*intraneus*), diante da violação ao dever de sigilo imposto pelo tipo que define o crime de *insider trading*, e *partícipe* o agente autônomo de investimentos (*extraneus*) que teria se aproveitado da informação relevante para obter vantagem.[10]

PAULO JOSÉ ARANHA

Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da FGV.
pja@podval.adv.br

8. ORTIZ, op. cit., p. 154.
9. Mormente porque o Código Penal brasileiro não define o que seja autoria e participação, assegurando à doutrina a possibilidade de subsumir os conceitos dentro dos parâmetros legais e conforme os critérios de política criminal.
10. Em sentido contrário a essa orientação é o posicionamento do Professor Robles Planas. Sustenta o Catedrático da Universidade de Barcelona que os delitos especiais não pertencem ao autor, mas sim a todos os intervenientes que, sendo autorresponsáveis, responderiam, cada qual, por seu próprio injusto.
    Robles não nega a teoria dos delitos de infração de dever. Ao contrário, entende que o determinante para a responsabilização penal por delitos dessa classe seria, precisamente, o descumprimento do dever que fundamentaria a norma restritiva.
    A pedra de toque do seu posicionamento consiste na exigibilidade da condição de obrigado especial não apenas para o autor, como também ao partícipe.
    Destarte, o *extraneus* sempre será impune, qualquer que sejam objetivamente, a intensidade de sua contribuição ao crime (*La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 242 e ss.).

RELATÓRIO – *Exmo. Sr. Min. Sebastião Reis Júnior*: Recurso ordinário interposto por *Rafael Ferri* contra o acórdão do TRF-4.ª Reg. que, por maioria, denegou o HC 5014188-07.2013.404.0000 (f.):

"*Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Medida excepcional. Não configuração.

O trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* é medida excepcional, só se viabilizando quando evidenciada a ausência de justa causa. A exposição satisfatória da conduta delitiva na denúncia afasta a inépcia da inicial".

Alega a defesa que (f.):

"(...) a exordial acusatória ainda propugna que Michael Ceitlin e Rafael Ferri teriam praticado fato subsumível ao tipo penal cognominado de *insider trading*, que em tese teria se caracterizado com a utilização, em negociação na bolsa de valores, de informações relevantes acerca da empresa Mundial S/A, conforme previsto no art. 27-D da Lei de regência 6.385/1976). Este ponto da denúncia – uso de informação privilegiada – é o restrito objeto do presente *writ*, e constitui a controvérsia deste recurso.

(...)".

Aduz que o recorrente era operador de mercado, agente autônomo de investimentos, que executava operações especulativas com ativos mobiliários na bolsa de valores (f.) e que *não foi acionista controlador da Mundial S/A (pessoa que detém mais da metade das ações com direito a voto); não foi diretor, não foi empregado ou membro de quaisquer órgãos internos daquela sociedade anônima. Nenhuma dessas condições jurídicas foi ostentada por Rafael Ferri com o que, portanto, jamais deteve qualquer dever de guardar sigilo sobre eventuais informações relevantes ainda não repassadas ao mercado* (f.).

Sustenta, ainda, que a denúncia revela fato atípico quanto à conduta do recorrente, o qual não poderia ser acusado de partícipe de um crime inexistente.

Requer seja provido o recurso ordinário para reformar a decisão recorrida, concedendo-se a ordem para determinar o trancamento da APn 5067096-18.2012.404.7100/RS, com extensão ao corréu Michael Lenn Ceitlin.

Ingressa o recorrente com a petição de f., requerendo, em liminar, seja suspenso o Processo 5067096-18.2012.404.7100/RS, bem como as audiências designadas pela 7.ª Vara Federal de Porto Alegre para os dias 02 e 16.06.2014.

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem (f.):

"Recurso em *habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso".

Deferi a liminar para suspender a tramitação do Processo 5067096-18.2012.404.7100/RS até o julgamento do presente recurso (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sebastião Reis Júnior* (relator): Como já relatado, postula-se com o presente recurso ordinário em *habeas corpus* o trancamento da ação penal a que responde o recorrente pela suposta prática do crime previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976.

Insiste-se na tese de atipicidade da conduta, por não ter o recorrente detido o dever de guardar sigilo sobre informações relevantes internas da empresa emissora das ações.

É pacífico que a determinação de trancamento do inquérito ou da ação penal, em sede de *habeas corpus*, só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria (HC 106.216/MG, 6.ª T., Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), *DJe* 28.10.2008 e HC 66.308/SP, 6.ª T., Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), *DJe* 10.03.2008).

Ocorre que, em razão da originalidade da matéria em apreço que, acredito eu, ainda não foi objeto de enfrentamento por este Tribunal e que foi objeto de divergência bem fundamentada na origem (voto vencido da relatora, Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene), deferi a liminar para suspender a ação penal até o julgamento do presente recurso.

O citado voto-vencido, proferido pela relatora no Tribunal de origem, seguiu a linha de que os fatos narrados na denúncia não se enquadrariam no tipo penal previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976. Confira-se (f. – grifo nosso):

"(...)

Com efeito, o tipo penal atacado no presente *habeas corpus* (art. 27-D da Lei 6.385/1976), denominado de *insider trading*, foi introduzido pela Lei 10.303, de 31.10.2001 (que alterou e acrescentou dispositivos na Lei 6.404/1976, que dispõe sobre as Sociedades Anônimas, bem como na Lei 6.385/1976, que disciplina o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários), com a seguinte redação:

'Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime'.

Da leitura do referido dispositivo, extrai-se que para a configuração do delito é necessário que o acusado utilize, mediante negociação com valores mobiliários, informação relevante ainda não divulgada ao mercado, em relação à qual tinha o dever de manter sigilo.

Em face do elemento contido na norma quanto ao dever de manter sigilo a respeito da informação relevante ainda não divulgada ao mercado, extrai-se que a conduta típica somente pode ser praticada pelo sujeito ativo que detenha essa especial qualidade, qual seja, a resultante do dever legal de manutenção de sigilo quanto a informação relevante ao mercado de que tenha conhecimento em razão da sua atividade profissional.

Tal exigência classifica referido delito como crime de mão própria que, conforme lição de Rogério Greco (*Curso de direito penal*, Parte Geral, Rio de Janeiro: Impetus, 2008. vol. I, p. 440), 'é aquele que só pode ser praticado por um grupo determinado de pessoas que gozem de condição especial exigida pelo tipo penal'. Segundo Fábio Bittencourt da Rosa (in: *Direito penal*, Parte Geral, Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

p. 311) 'são referidos crimes também denominados de infração de dever, porque o sujeito está em especial posição de quem se exige determinado comportamento'.

In casu, a condição especial do agente relativamente ao dever de guardar sigilo das informações é disciplinada pela Comissão de Valores Mobiliários por meio do art. 8.º da Instrução 358, de 03.01.2002 (que 'Dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado), o qual possui a seguinte redação:

'*Dever de guardar sigilo*

Art. 8.º Cumpre aos acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da companhia, guardar sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, até sua divulgação ao mercado, bem como zelar para que subordinados e terceiros de sua confiança também o façam, respondendo solidariamente com estes na hipótese de descumprimento'.

Consoante exposto na referida norma, o dever legal de guardar sigilo das informações recai somente sobre os acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração e fiscal, de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, além de incidir, também, em relação aos empregados da companhia.

No caso concreto, o paciente não desempenha quaisquer das funções acima elencadas, tendo atuado, conforme narrado na denúncia, como 'Agente Autônomo de Investimentos', sem qualquer vínculo – ao menos funcional – com a empresa Mundial S/A.

Registre-se, a título de esclarecimento, que antes mesmo da edição da Lei 10.303, de 31.10.2001 – que, como visto, modificou a Lei das S/A –, a Lei 4.728, de 14.07.1965, em seu art. 3.º, X, já disciplinava a competência do Banco Central para 'fiscalizar a utilização de informações não divulgadas ao público em benefício próprio ou de terceiros, por acionistas ou pessoas que, por força de cargos que exerçam, a elas tenham acesso.

Ou seja, referida norma já previa a fiscalização da utilização de informações no tocante às pessoas que, em razão dos cargos que ocupavam, tinham acesso a informações ainda não divulgadas ao mercado (público).

De igual forma, o § 1.º do art. 155 da Lei 6.404/1976, dispõe expressamente que 'Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

Posteriormente, a Lei 10.303/2001, além de, como dito anteriormente, introduzir o tipo penal conhecido como insider trading, *ampliou a proibição quanto à utilização de informações privilegiadas, incluindo o § 4.º no art. 155 da Lei 6.404/1976, o qual prevê expressamente que 'é vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários'.*

Ou seja, para efeitos civis e/ou administrativos, a partir da referida alteração, é vedado a qualquer pessoa que tiver acesso à informação relevante utilizá-la com a finalidade de auferir vantagem no mercado de valores mobiliários.

Entretanto, para fins penais, a Lei 10.303/2001 somente criminalizou a conduta daquele que tem o dever legal de manter em sigilo a informação relevante e a utiliza, mediante negociação, no mercado mobiliário.

Poderia, também, ter sido incluído no tipo penal – até mesmo em um simples parágrafo, como, v.g., 'nas mesmas penas incorrem quem...' –, a conduta de quem, mesmo não tendo a obrigação de manter em sigilo, utiliza a informação privilegiada.

Contudo, lamentavelmente, a opção legislativa foi outra, não podendo o intérprete, em obediência ao princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ampliar o campo de abrangência da norma penal, de modo a abarcar condutas – igualmente graves – não previstas expressamente em lei.

Frise-se: *é preciso fazer distinção entre a utilização de informação privilegiada visando à obtenção de vantagem no mercado de valores mobiliários – que, em face da inclusão do § 4.º no art. 155 da Lei 6.404/1976, caracteriza infração civil e/ou administrativa para qualquer pessoa que dela tenha conhecimento –, e a mesma utilização por quem detém o dever de manter sigilo a respeito de tal informação, que concomitantemente constitui infração penal somente a determinadas pessoas, mais precisamente àquelas elencadas no mencionado art. 8.º da Instrução CVM 358.*

Logo, consoante mencionado na decisão que deferiu a liminar, ao menos na condição de autor, o paciente não deve responder pelo delito inscrito no art. 27-D da Lei 6.385/1976, 'já que na condição de *extraneus* não tinha o dever, ao menos na esfera penal, de guardar sigilo sobre eventuais informações relevantes ainda não repassadas ao mercado'.

Registre-se que em situação não tão evidente como a dos autos, o STF, interpretando a conduta de gerir instituição financeira (art. 4.º da Lei 7.492/1986), consolidou o entendimento – igualmente adotado por esta Corte –, no sentido de que referido ilícito somente pode ser praticado por quem detém poderes de administração da instituição financeira (condição especial do agente) sem possibilidade de terceiro figurar como sujeito ativo de tal delito, porquanto crime, em tal hipótese, também é de mão própria.

Nesse contexto, não podendo o paciente ser autor do delito previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976, resta verificar a possibilidade de sua atuação ter-se dado na forma de coautoria ou de participação (concurso de agentes).

Conforme lição de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (*Manual de direito penal brasileiro* Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 641) 'na coautoria

cada um dos coautores deve reunir os requisitos típicos exigidos para ser autor. Se estes requisitos não são preenchidos, por mais que haja uma divisão do trabalho e um aporte necessário para a realização, de acordo com o plano concreto do fato, não há coautoria'.

Rogério Greco (op. cit., p. 443) assim discorre sobre o tema:

'Agora, será possível a coautoria em delitos de mão própria? Da mesma que, como regra, não se admite em infrações penais dessa natureza a autoria mediata, também deverá ser afastada a possibilidade de coautoria. Isso porque, por se tratar de infrações personalíssimas, não há a possibilidade de divisão de tarefas. O delito, portanto, só pode ser realizado pessoalmente pelo agente previsto no tipo penal'.

In casu, *o paciente, como visto, não preenche os requisitos para a configuração do tipo penal inscrito no art. 27-D da Lei 6.385/1976, não podendo, portanto, figurar como coautor.*

A única possibilidade de coautoria nos crimes de mão própria ocorre quando o delito é praticado por várias pessoas e todas detêm a condição especial exigida pelo tipo penal, o que, todavia, não é a hipótese dos autos. A propósito, veja-se a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda (*Crimes contra o Sistema Financeiro & contra o mercado de capitais*. 2. ed. Lúmen Júris, 2011. p. 385):

'*(...) Serão, portanto, os acionistas, controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da companhia os potenciais autores do crime de informação privilegiada, eis que a eles é imposto o dever de sigilo sobre uma série de fatos relevantes.*

Evidentemente, como os fatos relevantes em geral ocorrem por deliberação conjunta dos diretores, conselho ou de outros órgãos estatutários, *é perfeitamente possível a ocorrência do fenômeno do concurso de pessoas, especialmente na hipótese de coautoria se a negociação a partir da informação privilegiada com quebra do dever de sigilo ocorre por duas ou mais pessoas previamente combinadas. No entanto, é vital enfatizar que o crime não pode ser praticado por terceiros que tenham conhecimento da informação sem possuir o requisito típico.* Contudo, é possível que o *extraneus* responda pelo crime em concurso com o detentor do dever de sigilo, eis que a circunstância pessoal comunica-se ao participe, conforme a disposição do art. 30 do CP'.

Situação diversa, porém, se dá quanto à participação – conforme, aliás, mencionado na doutrina acima transcrita uma vez que nessa hipótese de concurso de pessoas, o agente, embora não possa realizar a conduta prevista na norma incriminadora – por lhe faltar a condição especial exigida pelo tipo penal –, pode contribuir moral ou materialmente para que o delito seja praticado pelo autor. Segundo Luiz Flávio Gomes (*Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2, p. 507) 'ocorre participação quando o agente colabora para o crime de qualquer modo, sem ter o domínio do fato e ainda sem ter participado diretamente da sua execução'.

Conforme bem resumido por Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (ob. cit., p. 631) 'participação sempre é 'participação na conduta do autor', que pode ter a forma de instigação (quando se incentiva alguém ao cometimento de um injusto

ou de um delito) ou de cumplicidade (quando se coopera com alguém em sua conduta delitiva)'.

Em face do caráter de acessoriedade, para que se perfectibilize a participação faz-se necessário que a conduta praticada pelo autor seja típica. A propósito, vejam-se as seguintes lições doutrinárias sobre o assunto:

'Entende-se por participação stricto sensu a colaboração dolosa em um fato alheio. É a contribuição dolosa – sem o domínio do fato – em um fato punível doloso de outrem. Cuida-se de um conceito referencial, visto que a participação é sempre acessória ou dependente de um fato principal – teoria da acessoriedade mínima (conduta típica do autor).

Para quem concebe o tipo como o conjunto de elementos que fundamentam uma determinada figura de delito (conceito pessoal de injusto), como aqui gizado, é suficiente que a ação ou omissão do autor sejam típicas para que se possa responsabilizar também o partícipe.

De conformidade com a concepção pessoal do injusto que distingue entre um desvalor da ação e um desvalor do resultado é suficiente o critério da acessoriedade mínima. A punição do partícipe depende de que o autor tenha executado uma ação típica. A existência de uma causa de justificação que ampara o autor só alcança o partícipe se sua conduta também estiver justificada' (Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 574).

'Já afirmamos ser o autor o protagonista da infração penal. É ele quem exerce o papel principal. Contudo, não raras as vezes, o protagonista pode receber o auxílio daqueles que, embora não desenvolvendo atividades principais, exercem papéis secundários, mas que influenciam na prática da infração penal. Estes, que atuam como coadjuvantes na história do crime, são conhecidos como partícipes. (...).

Se a autoria é sempre atividade principal, participação será sempre uma atividade acessória, dependente da principal. Nesse sentido são as lições de Paul Bochelmann, quando aduz que 'a participação é, necessariamente, acessória, quer dizer, dependente da existência de um fato principal. Essa acessoriedade não é 'produto da lei', mas está na natureza das coisas'.

Assim, para que se possa falar em partícipe é preciso, necessariamente, que exista um autor do fato. Sem este, não há possibilidade daquele, pois que, conforme o art. 31 do CP, o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado, e, como sabemos, somente o autor pode chegar à fase do *conatus* (tentativa) de determinada infração penal. E, se isso não acontece, a conduta do partícipe não poderá ser punida pelo direito penal' (Rogério Greco, ob. cit., p. 450-451).

Logo, para que, em tese, possa haver concurso de pessoas na modalidade participação' é imprescindível que a conduta do autor seja típica, ou seja, que o agente tenha de alguma forma – moral ou materialmente –, contribuído na prática do crime de outrem. Se a conduta do terceiro – a quem se prestou auxílio – não configura ilícito penal, não há falar em participação.

Nesse contexto, resta perquirir se, no caso dos autos, a conduta de quem, em tese, pode figurar como autor – o réu Michael Lenn Ceitlin, na condição de 'controlador, presidente e Diretor de Relações com investidores da empresa Mundial S/A', cf. exposto na denúncia –, configura, em tese, ilícito penal.

Com efeito, para a perfectibilização do tipo penal em comento é necessário que o autor utilize a informação mediante negociação com valores mobiliários. Se o uso da informação se der para finalidade diversa, resta descaracterizada a infração penal.

No caso em tela, a denúncia assim narra a prática delituosa:

'(...)

2) *O denunciado Rafael Ferri, contando com o indispensável concurso do codenunciado Michael Lenn Ceitlin, controlador, presidente e Diretor de Relações com Investidores da empresa Mundial S/A, entre 13.12.2010 (item 180 do Termo de Acusação da CVM) e 26.07.2011, utilizou informações relevantes ainda não divulgadas ao mercado, capazes de propiciar, para si e para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, com valores mobiliários. A participação do denunciado Michael Lenn Ceitlin na empreitada criminosa deu-se na medida em que foi o responsável por fornecer a Rafael Ferri o acesso indevido a tais informações, de que aquele teve conhecimento em razão de suas funções e cujo sigilo estava obrigado a manter. Incorreram ambos, dessa forma nas sanções do art. 27-D da Lei 6.385/1976'.*

IV. Uso de informações privilegiadas (insider trading)

Além da comprovada manipulação do mercado, constatou-se a prática de uso de informação privilegiada por parte de Rafael Ferri em relação às suas operações de compra de ações a termo realizadas a partir de 13.12.2010, *propiciada pela estreita relação por ele mantida com Michael Ceitlin. Na gravação de uma conversa entre Ferri e um analista do Citigroup, Paulo Furlan, no dia 02.12/2010, encontrada pela Polícia Federal e transcrita às f., além de referida pela CVM em seu Termo de Acusação Formal, itens 32 a 35, Ferri cita dados ainda não divulgados sobre os resultados financeiros da Mundial e sobre a redução de suas dívidas fiscais, denotando conhecer detalhadamente a situação da Companhia.*

(...)

Já o e-mail datado de 14.01.2011, enviado por Ferri para Michael Ceitlin, transcrito no relatório da Autoridade Policial, à f., mostra o grau de relacionamento entre ambos e, além disso, a indicação da jornalista Ana Borges para atuar na divulgação de notícias favoráveis à companhia. A mensagem demonstra que Rafael Ferri tinha conhecimento do faturamento e das futuras receitas advindas de terrenos pertencentes à Mundial. De fato, em 26.01.2011 a Companhia foi questionada pela Bolsa por conta de uma notícia veiculada no jornal Brasil Econômico, informando que seu faturamento poderia ultrapassar os R$ 600 milhões até o fim de 2011. E, em 14.02.2011, a Companhia divulgou fato relevante anunciando um negócio envolvendo a alienação de um terreno de sua propriedade, que diminuiria em RS 30 milhões sua dívida com o Estado do Rio Grande do Sul.

(...) constata-se que a denúncia não imputa a Michael Lenn Ceitlin a conduta de pessoalmente efetivar negociação no mercado mobiliário.

Em verdade, a peça acusatória faz uma divisão das elementares da figura típica, atribuindo a Michael o ato de fornecer informação privilegiada, cujo sigilo estava obrigado legalmente a manter, e ao ora paciente a conduta de utilizar referida informação no mercado mobiliário.

Entretanto, conforme já explanado anteriormente, para a perfectibilização do tipo penal é necessário que os elementos integrantes da figura típica sejam praticados, de forma integral, por quem pode figurar como autor do ilícito penal que, no caso, é, em tese, somente o acusado Michael Lenn Ceitlin, na condição de 'controlador, presidente e Diretor de Relações com Investidores da empresa Mundial S/A', cf. exposto na denúncia.

Logo, diante da não caracterização do tipo penal pelo autor, resta inviabilizado o concurso de agentes na forma de participação, a qual, em face do caráter de acessoriedade (ou seja, somente se participa de algo que efetivamente existe), tem como requisito básico a contribuição (moral ou material) no crime de outrem que, no caso, revela-se inexistente, ao menos na forma narrada na denúncia.

Registre-se, por oportuno, que ainda que a peça acusatória tivesse imputado relativamente ao réu Michael Lenn Ceitlin todas as elementares do tipo penal, não há qualquer descrição a respeito de que forma o ora paciente contribuiu – moral ou materialmente (participação) –, para a prática delituosa daquele, não podendo ser considerada, para tanto, a utilização da informação privilegiada, mediante negociação no mercado mobiliário, já que tais atos constituem a própria execução do crime, o qual, como exaustivamente analisado, somente pode ser praticado, nos crimes de mão própria, pelo autor. A atuação do partícipe se dá de forma 'externa' ao delito, não havendo, na hipótese, qualquer descrição nesse sentido.

A par disso, a denúncia, além de não imputar a Michael Lenn Ceitlin a utilização das informações, em momento algum narra que Rafael Ferri as utilizou no mercado mobiliário em benefício daquele, muito menos que agiu por solicitação e/ou determinação do diretor da empresa. Apenas relata que o ora paciente recebeu informações privilegiadas de Michael e as utilizou no mercado mobiliário, o que, como visto, não configura ilícito penal.

Diante desse quadro, conclui-se, no caso, a inaptidão da peça acusatória para a instauração da persecução penal, porquanto não há exposição do fato delituoso, com todas as suas circunstâncias, já que não descreve todas as elementares da conduta típica relativamente ao autor, tampouco especifica a atuação do partícipe na prática delituosa daquele.

Assim, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, mediante o cumprimento de todos os requisitos elencados no art. 41 do CPP, impõe-se, na espécie, o trancamento da ação penal tão somente quanto ao crime previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976.

Ante o exposto, voto por conceder a ordem para trancar a APn 5067096-18.2012.404.7100/RS, em relação aos réus Rafael Ferri e Michael Lenn Ceitlin, tão somente no que pertine ao crime tipificado no art. 27-D da Lei 6.385/1976, em face da inépcia da denúncia".

Já o voto divergente, que prevaleceu, considerou que não é o caso de trancamento da ação penal, tendo a denúncia preenchido os requisitos do art. 41 do CPP. Anote-se (f. – grifo nosso):

"(...)

No caso, verifiquei que a denúncia expõe satisfatoriamente a conduta delitiva. Efetivamente, após resumo inicial, o eminente membro do MPF se alonga na descrição do *modus operandi* através do qual teria sido utilizada informação privilegiada e manipulado o mercado de modo a gerar valorização sem causa em mais de 5.000% do valor das ações. Desse modo, tenho que inexiste inépcia.

Ademais, a atipicidade da conduta também não me parece evidente.

Associado o tipo legal ao dever, de qualquer pessoa, de utilização de informação relevante ainda não divulgada, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários, decorrente da inclusão do § 4.º ao art. 155 da Lei 6.404/1976 pela Lei 10.303/2001, tenho que análise mais aprofundada da questão deve ficar reservada ao momento de julgamento do mérito da ação.

Desse modo, mantenho a decisão recorrida prolatada pelo eminente Juiz Baltazar que deu prosseguimento ao feito em relação aos delitos previstos na Lei 6.385/1976 reconhecendo os indícios de que os denunciados, no período compreendido entre 10.05.2010 e 26.07.2011 (f. do Termo de Acusação da CVM), teriam se associado, com unidade de desígnios, comunhão de esforços e vínculo sólido e durável, para a prática de crimes contra o mercado de capitais, bem como teriam executado diversas manobras fraudulentas, no intuito de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, como fim de obter vantagem indevida para si e para outrem, causando danos a terceiros. Agindo de comum acordo, os denunciados teriam atuado com vistas a fazer com que as ações da empresa Mundial S/A negociadas em bolsa de valores (MNDL3 e MNDL4) tivessem alta considerável, chegando a patamar não condizente com as condições econômicas da Companhia, até o momento em que tiveram queda abrupta, causando prejuízos a inúmeros investidores e incorrendo, assim, nas previsões da Lei 6.385/1976.

Mantenho, pois, entendimento *a quo* no sentido de que A denúncia encontra-se amparada em elementos apurados pela CVM (Processo Administrativo Sancionador CVM RJ 2012/11002), em perícias elaboradas pela Polícia Federal (Laudo Pericial 0171/2012-SETEC/SR/DPF/RS, Laudo 199/2011-SETEC/SR/DPF/RS e Informação Técnica 043/2012-SETEC/SR/DPF/RS), em relatórios de Inteligência, em documentos apreendidos por ocasião de diligência de busca e apreensão, declarações e depoimentos prestados no curso do IPL 0890/2011, os quais consubstanciam a materialidade e indícios de autoria dos crimes denunciados. Acrescento que todos os denunciados foram formalmente acusados no âmbito do Processo Administrativo Sancionador CVM RJ-2012/11.002 (f.)".

Como se vê dos trechos do acórdão recorrido acima transcritos, a matéria posta a julgamento é polêmica e, por essa razão, afirmo, desde logo, que considero prematuro o pedido de trancamento da ação penal sob esse fundamento.

O tema exige ampla discussão e interpretação quanto à redação do art. 27-D da Lei 6.385/1976 e dos demais dispositivos citados. Importa saber se o referido artigo envolve apenas e tão somente a condição objetiva, consistente na obrigação legal de sigilo apenas dos sujeitos relacionados no art. 8.º da Instrução CVM 358, de 03.01.2002, em razão da função ou cargo exercidos, como consignou o voto vencido na origem, ou se também se estende a terceiros que obtenham a informação por outra forma, como constou do voto majoritário.

A denúncia efetivamente descreve que o recorrente possui estreita relação com o corréu, inclusive para se utilizar das informações e concretizar o suposto benefício ilícito no mercado de ações.

Fazendo uma interpretação restritiva do tipo penal, temos que somente poderia ser o sujeito ativo do crime aquele que estiver sob o dever legal de sigilo, porém *a punição de quem não é o sujeito ativo poderia ocorrer na forma do art. 29 do CP, se houver a participação de alguém que ostente a condição prevista na lei, como aliás ocorre com a pessoa estranha à administração e pratica crime próprio de funcionário público por meio de concurso de pessoas* (*Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*, Editora Revan, p. 1.046).

O agente, assim, poderia se servir de interposta pessoa para a prática delitiva, a qual também cometeria o crime em causa – mesmo em se tratando de infração própria –, desde que tenha ciência cumulativa de que a informação obtida é relevante, está sendo utilizada em prejuízo à generalidade dos demais investidores e infringindo o dever de lealdade do *insider*, elementar do crime, que se comunica por força do art. 30 do CP. Sobre o tema, esta Corte já se manifestou no sentido de que as elementares do tipo se comunicam ao partícipe, desde que ele tenha delas conhecimento, o que ocorreu na espécie:

"*Habeas corpus*. Processual penal. Crimes contra a ordem tributária, fraude à licitação, de responsabilidade de Prefeito, peculato, emprego irregular de verba pública, quadrilha, e lavagem de dinheiro. Trancamento de inquérito policial, quanto aos crimes funcionais. Impossibilidade. Ausência de prova pré-constituída e incidência do art. 30, *in fine*, do CP. Prisão temporária.

Superveniência do relaxamento da prisão. Perda do objeto.

1. O trancamento de inquérito policial pela via estreita do *habeas corpus* é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória, a inexistência de autoria por parte do indiciado ou a atipicidade da conduta.

2. No presente caso, essas excepcionais circunstâncias não se encontram evidenciadas de plano, extreme de dúvidas, mormente diante da ausência nos autos de prova pré-constituída que comprove o alegado. *Ademais, a alegação de que o ora paciente não poderia responder por crime funcional, por não deter condição de funcionário público, já que se trata, tão somente, de um 'contador de empresa particular', não tem o condão de ensejar o trancamento do inquérito policial, com relação aos delitos funcionais, a teor da causa de comunicabilidade, prevista na parte final do art. 30 do CP.*

3. Resta esvaído o objeto do pedido de relaxamento da prisão temporária do paciente, em razão da superveniência de sua soltura, por ordem do Juízo da origem.

4. *Habeas corpus* prejudicado em parte e, na parte conhecida, denegada a ordem" (HC 97.281/MA, 5.ª T., Min. Laurita Vaz, *DJe* 20.04.2009).

A propósito, trago, ainda, precedente da Suprema Corte:

"*Habeas corpus*. Processo penal. Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Gestão fraudulenta. Crime próprio. Circunstância elementar do crime. Comunicação. Partícipe. Possibilidade. Precedentes. Execução de um único ato, atípico. Irrelevância. Ordem denegada. 1. A denúncia descreveu suficientemente a participação do paciente na prática, em tese, do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira. 2. *As condições de caráter pessoal, quando elementares do crime, comunicam-se aos coautores e partícipes do crime. Art. 30 do CP. Precedentes. Irrelevância do fato de o paciente nãoser gestor da instituição financeira envolvida.* 3. O fato de a conduta do paciente ser, em tese, atípica – avalização de empréstimo – é irrelevante para efeitos de participação no crime. É possível que um único ato tenha relevância para consubstanciar o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, embora sua reiteração não configure pluralidade de delitos. Crime acidentalmente habitual. 4. Ordem denegada" (HC 89.364, 2.ª T., Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 18.04.2008).

Transcrevo, ainda, os seguintes comentários com relação ao uso indevido de informação privilegiada, especificamente com relação ao art. 27-D da Lei 6.385/1976:

"*Nada impede que o particular atue conluiado com um operador habilitado e seja por essa razão abarcado pela lei penal, no concurso de agentes, vez que o dever de manter sigilo é uma elementar e, como tal, se comunicaria ao coautor ou partícipe, nos termos do art. 30 do CP.*

Em primeiras linhas, sobre o tipo em questão, afirmamos: haverá quem diga que se trata de tipo comum, com o que não concordamos, vez que o particular que licitamente toma conhecimento de informação privilegiada pode valer-se dela e obter vantagem.

Nossa expectativa foi confirmada. Fausto Martin De Sanctis, na primeira doutrina a que tivemos acesso, afirma:

'(...) não se cuida de delito próprio e, portanto, não se requer o nexo de causalidade entre o conhecimento do sigilo e o cargo ocupado pelo agente. É que diferentemente do que revelaram os artigos citados sobre a quebra, aqui o legislador simplesmente coíbe a utilização, mediante negociação, de informação relevante de que tenha conhecimento. Ora, qualquer pessoa que tenha acesso a essa informação, seja em razão do cargo, ou não, poderá ser enquadrada no dispositivo, bastando que negocie com valores'.

Justifica-se, porém, e com razão, que se chegou a tal conclusão observando-se a norma material prevista no § 4.º do art. 155 da Lei 6.404/1976, incluído pela Lei 10.303/2001, que indica que devem guardar sigilo da informação relevante não somente os administradores, mas também qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de capitais.

O autor assevera, porém, que seria imprescindível constar no tipo o conhecimento em razão do ofício, já que o crime só poderá se aperfeiçoar quando a informação se originar, direta ou indiretamente, da esfera da pessoa que obteve acesso por força de sua atividade" (DE PAULA, Áureo Natal. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e o mercado de capitais*. 6. ed. Paraná: Juruá. p. 36-37).

Na mesma linha de pensamento, interpretando os regulamentos derivados da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976):

"Deve ficar claro que, na sistemática da Instrução CVM 31/1984, o dever de divulgar ato ou fato relevante imputa-se apenas aos administradores da companhia (art. 2.º). O dever de guardar sigilo sobre informações referentes a atos ou fatos relevantes, até sua divulgação pública, concerne aos administradores e acionistas controladores (art. 9.º). Já o dever de não utilizar a informação privilegiada, impõe-se não só aos administradores e acionistas controladores, como também às pessoas que, por força de exercício profissional, puderam obter a informação e, adicionalmente, a qualquer pessoa que vier a conhecê-la, sabendo tratar-se de informação privilegiada, ainda não tornada pública (arts. 10 e 11).

Realmente, o art. 155 da LSA determina que o administrador deve servir com lealdade à companhia, o que nos remete aos arts. 138, 140, 160 e 165 da mesma lei, ou seja, a definição de administrador, na qual abrangidos os membros do conselho de administração, os diretores, os membros do conselho fiscal o membros de quaisquer órgãos, constantes do estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores. Além destes, é claro, os subordinados ao administrador e terceiros de sua confiança, estes arrolados pelo próprio art. 155. Evidente, dessarte, que a LSA incluía os acionistas controladores neste rol, uma vez que o *insider trading* constitui evidente modalidade de exercício abusivo de poder, ainda que não mencionado expressamente no art. 117 da LSA. É pacífico, porém, que as modalidades de exercício abusivo do poder mencionadas no art. 117 são exemplificativas, não taxativas. Com a Instrução Normativa CVM 8/1979, todavia, a CVM ampliou este conjunto de imputáveis pela pela prática de *insider trading*, nele inserido intermediários financeiros e demais participantes do mercado de valores mobiliários.

Mesmo assim, por exemplo, terceiros não da confiança dos administradores e que, por algum motivo, tivessem tomado conhecimento de informações privilegiadas, ainda não eram considerados *insiders*. Essa lacuna foi preenchida pela instrução normativa que vedou a negociação com valores mobiliários de emissão da própria companhia, antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante à própria companhia, aos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal, e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante e, ainda, a quem quer que tenha conhecimento de ato ou fato relevante, sabendo que se trata de informação ainda não divulgada ao mercado, em especial àqueles que tenham relação comercial, profissional ou de confiança com a companhia, tais como auditores independentes,

analista de valores mobiliários, consultores e integrantes do sistema de distribuição, aos quais compete averiguar se houve a divulgação da informação antes de negociar com valores mobiliários de emissão da companhia ou a eles referenciados.

Desta feita, tornou-se inegavelmente claro que quem quer que tenha conhecimento de ato ou fato relevante, sabendo que se trata de informação ainda não divulgada ao mercado é um *insider*, o que tornou o nosso aparato legal mais completo" (PROENÇA, José Marcelo Martins. *Insider trading*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 285-287).

No caso destes autos, como já demonstrado acima, a peça acusatória (f.) descreve a estreita ligação do recorrente com pessoas detentoras de informações sigilosas, com a finalidade de manipulação do mercado (f.):

"(...)

A expressiva variação em um lapso temporal extremamente curto, somada ao fato de não haver uma causa subjacente que justificasse tamanha movimentação e variação financeira, configuravam indícios importantes da manipulação do mercado. Isso levou a BM&F Bovespa a publicar, em 22.07.2011, dois dias após as ações preferenciais da Mundial S/A iniciarem uma acentuada queda, um comunicado externo (f. do inquérito policial), salientando a ocorrência de transações atípicas registradas no volume e nos preços dos negócios realizados com as ações de emissão da Companhia.

Tal supervalorização das ações foi capaz de multiplicar por cerca de 15 vezes o valor da Mundial S/A em curtíssimo espaço de tempo, levando a Companhia a valer RS 1,3 bilhão e ter seus papéis mais negociados que Petrobras. Gerdau e Bradesco. Tais fatos foram amplamente tratados pela mídia especializada, conforme demonstram as matérias jornalísticas reproduzidas nos autos do inquérito policial.

Apurou-se, então, no curso do inquérito policial e da investigação administrativa empreendida pela CVM, que *o denunciado Rafael Ferri, agente autônomo de investimentos, montou esquema direcionado a manipular o mercado, mediante a execução de várias manobras fraudulentas, com vistas à valorização artificial das ações da Mundial S/A. Para concretizar seu plano, Rafael Ferri contou com a fundamental contribuição de agentes autônomos de investimento, os codenunciados Pedro Barin Calvete, Paulo Borba Moglia, Rafael Danton Weber Toro, Guilherme Anderson Weber Toro, Diego Buaes Boeira, Marco Beltrão Stein, Jorge Hund Júnior e Eduardo Vargas Haas, bem como valeu-se* (sic) *também de uma estreita ligação com o presidente e Diretor de Relações com Investidores da Mundial, o codenunciado Michael Lenn Ceitlin, o qual lhe fornecia o acesso a informações privilegiadas sobre a situação econômico-financeira e as estratégias de mercado da Companhia, e, mais do que isso, contribuía com a criação de fatos relevantes envolvendo a empresa, nem sempre coincidentes com a real situação econômico-financeira desta.*

(...)".

Assim, os fatos narrados recomendam o prosseguimento da ação penal, especialmente para se verificar se o recorrente praticou o delito previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976, não estando evidenciada, nessa fase processual, a apontada atipicidade da conduta, tampouco a inépcia da denúncia. *Adequado, portanto, o posicionamento majoritário do*

acórdão recorrido, de que a análise mais aprofundada da questão deve ficar reservada ao momento de julgamento do mérito da ação.

Por essas razões, *conheço* do recurso ordinário, mas *nego-lhe provimento*. Cassada a liminar.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – RHC 46.315/RS; 6.ª T.; número do registro: 2014/0059633-4; processo eletrônico; números de origem: 00006080620114047100, 50141880720134040000, 50450278920124047100, 6080620114047100, RS-00006080620114047100, RS-50450278920124047100, RS-50464372220114047100, RS-50500098320114047100, RS-50670961820124047100 e TRF4-50213214320134047100; matéria criminal; em mesa; julgado: 23.06.2015; relator: Exmo. Sr. Min. Sebastião Reis Júnior; presidente da sessão: Exmo. Sr. Min. Sebastião Reis Júnior; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Oswaldo José Barbosa Silva; secretário: bel. Eliseu Augusto Nunes de Santana.

Autuação – Recorrente: Rafael Ferri – advogado: Márcio Augusto Paixao; recorrido: Ministério Público Federal; corréus: Michael Lenn Ceitlin, Pedro Barin Calvete, Paulo Borba Moglia, Diego Buaes Boeira, Marco Beltrão Stein, Jorge Hund Junior, Rafael Danton Weber Toro, Guilherme Anderson Weber Toro e Eduardo Vargas Haas.

Assunto: Direito penal – Crimes contra a paz pública – Quadrilha ou bando.

Sustentação oral: Dr. Márcio Augusto Paixão, pela parte recorrente: Rafael Ferri.

Certidão: Certifico que a E. 6.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro relator conhecendo do recurso e negando-lhe provimento, cassando a liminar, no que foi acompanhado pelo Sr. Min. Rogerio Schietti Cruz, pediu vista o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Aguardam os Srs. Ministros Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJSP) e Maria Thereza de Assis Moura.

VOTO – *Min. Maria Thereza de Assis Moura*: Trata-se de recurso em *habeas corpus* mediante o qual o recorrente Rafael Ferri pretende o trancamento de ação penal no que se refere à imputação da prática do crime tipificado no art. 27-D da Lei 6.385/1976.

Na referida ação penal, que tramita na Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, o recorrente foi denunciado por supostamente ter recebido informações relevantes, ainda não divulgadas ao mercado, de Michael Lenn Ceitlin, controlador, presidente e Diretor de Relações com Investidores da companhia Mundial S/A, entre 13.12.2010 e 26.07.2011, e as ter utilizado para obter vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio, com valores mobiliários.

De acordo com a imputação, a participação de Michael Lenn Ceitlin na empreitada criminosa deu-se na medida em que foi o responsável por fornecer a Rafael Ferri o acesso indevido a tais informações, das quais teve conhecimento em razão de suas funções e

cujo sigilo estava obrigado a manter. Já Rafael Ferri foi quem negociou as ações de emissão da companhia referida.

O ponto fulcral da discussão consiste em saber se cometem o delito, em concurso de agentes, aquele agente que, sendo obrigado pelo dever de sigilo referente a informações relevantes da companhia, revela-as a terceiro, violando esse dever, e o próprio terceiro que, não detendo o dever de sigilo e recebendo tais informações do agente sujeito ao dever de sigilo, vale-se dessas informações para negociar, a partir de posição privilegiada em relação aos demais participantes do mercado, os respectivos valores mobiliários.

Posta nesses termos a questão, passo a proferir meu voto.

Inicialmente, ressalto que, conforme já destacado pelo eminente Ministro relator, é entendimento pacífico e consolidado deste STJ o de que o trancamento, ainda que parcial, da ação penal, em sede de *habeas corpus*, é medida excepcional, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a violação dos requisitos legais exigidos para a exordial acusatória (HC 239.334/RJ, 6.ª T., j. 16.06.2015, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 29.06.2015; HC 320.724/RS, 6.ª T., j. 09.06.2015, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 18.06.2015; RHC 37.247/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6.ª T., j. 26.05.2015, *DJe* 02.06.2015; HC 78.771/RJ, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6.ª T., j. 09.06.2015, *DJe* 18.06.2015; RHC 55.974/SP, 6.ª T., j. 10.03.2015, rel. Min. Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJSP), *DJe* 20.03.2015).

Tratando-se, no presente *habeas corpus*, de alegação de atipicidade da conduta, resta examinar se a suposta ausência de subsunção dos fatos à norma incriminadora se mostra de tal forma inequívoca que venha a justificar o excepcional trancamento antecipado da ação penal.

Desde logo adianto que não vislumbro tal excepcionalidade, pois, no mínimo, a hipótese sob análise é bastante controversa e não existe, ainda, entendimento suficientemente maduro a seu respeito.

Como premissas para o exame do caso concreto, é necessário responder a três questões:

a) A regra penal incriminadora do art. 27-D da Lei 6.385/1976 veicula um delito comum ou especial ("próprio")?

b) Tratando-se de delito especial, quais são os agentes incluídos no círculo de potenciais sujeitos ativos do delito?

c) É possível a coautoria ou a participação de *extranei* na prática do delito? De que forma?

Analiso, uma a uma, tais questões e, após, volto ao caso concreto.

No que se refere à *primeira questão*, existe uma controvérsia doutrinária sobre se o crime seria *especial ("próprio") ou comum*.

No sentido de que se trata de crime comum, assevera Fausto Martin de Sanctis que, "apesar da aparente restrição da figura do sujeito ativo àqueles que devam guardar sigilo de informação relevante, referida obrigação passou a constituir um dever não só dos administradores (art. 155, *caput*, e seus §§ 1.º a 3.º, da Lei 6.404, de 15.12.1976), como também de '... qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários' (§ 4.º do art. 155 da Lei 6.404/1976 incluído pela Lei 10.303/2001)" (*Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millenium, 2003. p. 110). A opinião é compartilhada por Áureo Natal de Paula (*Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e o mercado de capitais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 28-29).

Assim não me parece. Não há que se confundir o dever de não utilização da informação privilegiada (com a finalidade de auferir vantagem) – o qual se aplica a qualquer pessoa que tenha tido acesso à informação, independentemente de como se deu tal acesso, nos termos do art. 155, § 4.º, da Lei das S.A. (Lei 6.404/1976) – com o dever de manter segredo sobre tais informações, que recai somente sobre pessoas determinadas.

O tipo penal, ao referir à informação "de que tenha conhecimento e da *qual deva manter sigilo*" (destaquei), faz expressa restrição da possibilidade de autoria do delito às pessoas que devem manter sigilo sobre a informação relevante.

Ficam, assim, excluídas do tipo penal as pessoas que, não obstante tenham, por uma razão qualquer, acesso à informação privilegiada, não possuam obrigação legal de guardar sigilo sobre ela – à frente, tratarei da possibilidade, que é o cerne da presente ação, de o *extraneus* responder pela prática do delito em concurso com o detentor do dever de sigilo.

O tipo penal se refere expressamente às informações das quais deva o agente manter sigilo. Ora, a qualquer pessoa que tenha tido acesso à informação é vedado obter, com base nela, vantagem no mercado de valores mobiliários; mas não é vedado, a qualquer pessoa, divulgar tal informação, mas apenas a pessoas determinadas.

Para perceber essa exigência de uma qualidade especial do sujeito ativo, basta que se compare a redação do tipo penal com o texto que define a infração na esfera administrativa (art. 13 da Instrução CVM 358/2002; destaquei):

"Art. 13. *Antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, é vedada a negociação com valores mobiliários* de sua emissão, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante.

§1.º *A mesma vedação aplica-se a quem quer que tenha conhecimento de informação referente a ato ou fato relevante, sabendo que se trata de informação ainda não divulgada ao mercado*, em especial àqueles que tenham relação comercial, profissional ou de

confiança com a companhia, tais como auditores independentes, analistas de valores mobiliários, consultores e instituições integrantes do sistema de distribuição, aos quais compete verificar a respeito da divulgação da informação antes de negociar com valores mobiliários de emissão da companhia ou a eles referenciados".

Veja-se, pois, que, *na esfera administrativa, pune-se qualquer pessoa que tenha acesso à informação relevante*, desde que tenha ciência de sua confidencialidade, ao passo que, *no âmbito penal, a sanção é circunscrita àqueles que detenham o dever de sigilo* – e, como se verá adiante, àqueles que atuem conjuntamente na prática delituosa iniciada com essa infração de dever.

Trata-se de diferenciar, portanto, o *insider* primário – aquele que obtém acesso à informação privilegiada em razão de suas atividades profissionais relacionadas a esta informação – e o *insider* secundário – aquele que recebe a informação privilegiada, direta ou indiretamente, dos *insiders* primários ou de modo casual, e que não está sujeito ao dever de sigilo imposto aos primeiros.

A *segunda questão* reside em saber *quem são os detentores do sigilo*. A resposta a essa pergunta há de ser buscada na legislação pertinente à regulação, direta ou indireta, do mercado de capitais.

O art. 8.º da Res. CVM 358/2002, consolidando os dispositivos da Lei das S.A. (especialmente arts. 146, 155, § 1.º, e 160), estabelece, a respeito do dever de sigilo, que "cumpre aos acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da companhia, guardar sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, até sua divulgação ao mercado, bem como zelar para que subordinados e terceiros de sua confiança também o façam, respondendo solidariamente comestes na hipótese de descumprimento".

Da mesma forma, colhe-se tal dever de sigilo em outros dispositivos legais, espalhados pela legislação. Recorde-se, por exemplo, dos casos: (a) das instituições financeiras (e seus agentes) em relação aos serviços prestados (art. 1.º da LC 105/2001); (b) dos advogados, que não podem violar o sigilo profissional (art. 34, VII, do Estatuto da OAB – Lei 8.906/1994, e art. 26 do Código de Ética e Disciplina da OAB); (c) de agentes públicos do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Secretaria de Previdência Complementar, da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da Superintendência de Seguros Privados, que possuem dever de sigilo em relação às informações obtidas através do exercício do respectivo poder de fiscalização (Lei 6.385/1976, art. 28, parágrafo único; LC 105/2001, art. 2.º, *caput*, e § 2.º); (d) do profissional de contabilidade (art. 2.º, II, do Código de Ética do Profissional de Contabilidade – Res. CFC 803/1996).

A Res. CVM 358/2002, em seu art. 13, § 1.º, faz referência aos profissionais "que tenham relação comercial, profissional ou de confiança com a companhia, tais como auditores independentes, analistas de valores mobiliários, consultores e instituições integrantes do sistema de distribuição".

Também podem ser sujeitos ativos do delito, portanto, os chamados *temporary insiders*, ou seja, aqueles que temporariamente, em razão do exercício de sua atividade, travam alguma relação profissional com a companhia e se tornam sujeitos ao dever de sigilo, como advogados, banqueiros e consultores.

No caso concreto, considerando que um dos denunciados estava, sem sombra de dúvida, sujeito ao dever de sigilo, pois era o controlador, presidente da companhia e Diretor de Relações com Investidores da Companhia, resta examinar a *terceira questão*, que se refere à *possibilidade de coautoria e participação* no delito de uso indevido de informação privilegiada.

Nesse tópico, a primeira observação a ser feita é a de que, a meu ver, o delito não é de mão própria, como defendido no voto vencido no TRF-4.ª Reg. Diferentemente do que ocorre nos delitos especiais ("próprios"), nos delitos de mão própria não há uma restrição *a priori* a respeito de quem pode assumir a condição de autor; mas tais crimes apenas podem ser cometidos, na qualidade de autor, por aquele sujeito que realize direta e pessoalmente a conduta típica, "não sendo admitida nenhuma forma de comissão delitiva indireta nem mesmo compartilhada" (ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCrim, 2011. p. 115).

A categoria dos delitos de mão própria é bastante restrita, identificada a partir da estrutura típica objetiva – e não, como nos delitos especiais ("próprios"), a partir de qualidades diferenciadas dos possíveis autores. É, pois, a própria descrição da conduta típica que, por força de impossibilidade natural, determina que a execução não possa ser compartilhada.

São exemplos dessa categoria de delitos os crimes de falso testemunho (CP, art. 342), porte ilegal de arma de fogo (Lei 10.826/2003, arts. 14 e 16), insubmissão e deserção (CPM, arts. 183 e 187, respectivamente).

No caso do falso testemunho, não é possível, por exemplo, que outra pessoa, além do próprio agente, minta em Juízo. Essa é uma ação personalíssima, que é naturalmente impossível de ser materialmente praticada por mais de uma pessoa.

Note-se, portanto, a diferença: nos delitos de mão própria, a limitação da autoria ao sujeito que realize pessoalmente a conduta típica é mera decorrência lógica da descrição dos elementos objetivos do tipo penal; nos delitos especiais, a restrição é fruto de uma decisão legislativa, expressa na redação do tipo.

Além disso, os delitos de mão própria, em princípio, podem ser cometidos por qualquer pessoa que execute corporalmente a conduta típica. Já nos delitos especiais, há uma vedação prévia à autoria por parte de agentes que não preencham as qualidades pessoais exigidas pela norma.

Destaque-se, ademais, que existem tipos penais que são classificados, ao mesmo tempo, como de mão própria e especiais ("próprios"). Nesses casos, a imputação de autoria depende (i) da execução pessoal da conduta típica (ii) por uma pessoa especialmente qualificada (*intraneus*). É o caso da deserção (CPM, art. 187), necessariamente perpetrada, de modo direto e pessoal, sem possibilidade de coautoria, por militar.

A norma do art. 27-D da Lei 6.385/1976 veicula, como visto, um delito especial ("próprio"), mas não se trata de um delito de mão própria, pois é possível imaginar diversas formas pelas quais podem atuar materialmente mais de um agente detentor do dever de sigilo ou agentes externos em conjunto com o detentor do dever. Pense-se, *v.g.*, respectivamente, na deliberação conjunta de diretores para a negociação de valores mobiliários ou na negociação realizada por um intermediário, um "laranja" do detentor do sigilo.

Também a doutrina tem admitido, de forma tranquila, o concurso de agentes no delito.

Bittencourt e Breda, por exemplo, mencionam ser "possível que o *extraneus* responda pelo crime em concurso com o detentor do dever de sigilo, eis que a circunstância pessoal comunica-se ao partícipe, conforme a disposição do art. 30 do CP" (*Crimes contra o Sistema Financeiro nacional e o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 359).

No mesmo sentido, João Carlos Castellar defende que "o receptor da informação que age em concurso com o *insider*, também chamado de insider 'secundário', desde que consciente de que está adquirindo uma informação privilegiada, estará, de qualquer forma, participando da ação típica (art. 25 do CP) e, por força da regra do art. 30 do CP, concorrerá para o crime, eis que a qualidade de detentor do dever de lealdade é circunstância de caráter pessoal elementar do crime de uso indevido de informação privilegiada, que se comunica aos demais coautores ou partícipes" (Insider trading *e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 122).

No *caso concreto* examinado, a imputação formulada contra o detentor do sigilo (*intraneus*) não é de que ele tenha controlado a execução da conduta criminosa; não se lhe imputa, em outras palavras, o chamado "domínio do fato" criminoso.

Retomo a narrativa da imputação, especificamente a respeito da imputação do crime de uso de informações privilegiadas (f.):

"Além da comprovada manipulação do mercado, constatou-se a prática de uso de informação privilegiada por parte de Rafael Ferri em relação às suas operações de compra de ações a termo realizadas a partir de 13.12.2010, propiciada pela estreita relação por ele mantida com Michael Ceitlin. Na gravação de uma conversa entre Ferri e um analista do Citigroup, Paulo Furlan, no dia 02.12.2010, encontrada pela Polícia Federal e transcrita às f., além de referida pela CVM em seu Termo de Acusação Formal, itens 32 a 35, Ferri cita dados ainda não divulgados sobre resultados financeiros da Mundial e sobre a redução de suas dívidas fiscais, denotando conhecer detalhadamente a situação da companhia. Destacam-se os seguintes trechos dos diálogos:

(...)

Mais adiante, em vista da incredulidade do analista da corretora, Ferri afirma, expressamente, que viu o contrato:

(...)

Já o e-mail datado de 14.01.2011, enviado por Ferri para Michael Ceitlin, transcrito no relatório da autoridade policial, à f., mostra o grau de relacionamento entre ambos

e, além disso, a indicação da jornalista Ana Borges para atuar na divulgação de notícias favoráveis à companhia. A mensagem demonstra que Rafael Ferri tinha conhecimento do faturamento e das futuras receitas advindas de terrenos pertencentes à Mundial. De fato, em 26.01.2011 a Companhia foi questionada pela Bolsa por conta de uma notícia veiculada no jornal Brasil Econômico, informando que seu faturamento poderia ultrapassar os R$ 600 milhões até o fim de 2011. E, em 14.02.2011, a Companhia divulgou fato relevante anunciando um negócio envolvendo a alienação de um terreno de sua propriedade, que diminuiria em R$ 30 milhões sua dívida com o Estado do Rio Grande do Sul.

O e-mail citado, que é reproduzido a seguir, comprova o acesso a informações privilegiadas da Mundial, por parte de Rafael Ferri. Nele, Ferri, além de demonstrar prévio conhecimento de informações econômico-financeiras da Companhia, inclusive dá sugestões ao presidente da Mundial acerca de como dar visibilidade ao mercado sobre tais informações.

(...)

Poucos dias após reconhecer, em sua conversa com Paulo Furlan, ter tido acesso antecipado a informações relevantes ainda não divulgadas, Rafael Ferri, que não fazia operações no mercado a termo em seu nome com ações da Mundial S/A 9MNDL4) desde 20.09.2010, passou a realizar, a partir de 13.12.2010, vultosas operações naquele mercado, que inclusive iriam influenciar a alta das cotações das ações da Mundial até 19.07.2011, conforme demonstra a tabela de aquisições no Mercado a Termo juntada ao item 35 do Termo de Acusação Formal da CVM.

Além disso, a partir do e-mail enviado por Rafael Ferri para Michael Ceitlin acima transcrito, citando o faturamento e a venda de terrenos da Companhia ainda não divulgados ao mercado, também é possível identificar que Ferri possuía informações privilegiadas sobre a Mundial S/A em janeiro de 2011.

A posse dessas informações relativas a fatos relevantes por parte de Rafael Ferri demonstra a violação de Michael Ceitlin ao seu dever legal de sigilo, na medida em que, conforme apurado durante as investigações, era o presidente, controlador e DRI da Mundial S/A quem as repassava para Ferri, antes da sua divulgação do mercado. Claro exemplo dessa promíscua relação mantida entre o agente autônomo e o presidente da Mundial se extrai da mensagem supra, encaminhada em 14.01.2011, pela qual fica evidente que Rafael Ferri tinha conhecimento prévio acerca da então futura alienação de terrenos de propriedade da Companhia, que somente foi divulgada ao mercado um mês depois daquela data.

Note-se que, por mais incrível que possa parecer, como ressalta o Termo de Acusação Formal da CVM, em seu item 187, Rafael Ferri, na mesma mensagem, chega a sugerir ao presidente da Mundial a forma de dar visibilidade ao mercado sobre as tais informações, que lhe foram privilegiadamente repassadas.

Agindo assim, Rafael Ferri e Michael Ceitlin incorreram nas sanções do art. 27-D da Lei 6.385/1976".

Em síntese, portanto, de acordo com a denúncia, o detentor do dever de sigilo – Michael Lenn Ceitlin, controlador, presidente e Diretor de Relações com Investidores da empresa Mundial S/A – teria sido o responsável por repassar a informação privilegiada ao *extraneus*, o agente de investimento Rafael Ferri; este, de posse desta, teria realizado as negociações aptas a lhe conferir ganhos indevidos.

Baseado na circunstância de que quem negociou os valores mobiliários foi apenas o *extraneus*, Rafael Ferri, o fundamentado voto vencido proferido no acórdão recorrido entendeu impossível a caracterização do delito, pois, segundo a argumentação adotada, não se poderia considerar o detentor do sigilo (*intraneus*) como mero partícipe e o *extraneus* o autor do delito.

Sobre isso não há dissenso, dado que a necessidade de que o *intraneus* seja o autor do delito é exatamente a característica essencial dos delitos especiais.

Mas – eis o ponto que me parece afastar a inequívoca atipicidade exigida para o trancamento da ação penal –, existe outra possibilidade de interpretação do tipo penal, que permite considerar, no caso concreto, o detentor do sigilo como autor do delito, mesmo sem o domínio da execução da ação típica.

Explico.

Conforme expõe Roxin, existem delitos no quais não é o domínio do fato que fundamenta a autoria, mas a infração de um especial dever, anteposto à norma penal e geralmente oriundo de outros ramos jurídicos. A esses crimes Roxin denomina *delitos de dever* (*Pflichtdelikte*) ou, como prefere a tradução da doutrina espanhola, *delitos de infração de dever*. Exemplos dessa categoria, mencionados por Roxin, são os crimes de funcionários e os crimes de violação de sigilo. Tais infrações penais se caracterizam pela circunstância de que o obrigado se sobressai entre os demais agentes por uma especial relação com o conteúdo de injusto do fato e porque o legislador o considera como figura central da ação típica, como autor, precisamente devido à obrigação que sobre ele recai (*Autoria y domínio del hecho emderecho penal*. Trad. 7. ed. alemã. Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 387-388).

De acordo com Roxin, deve-se descartar completamente a ideia de domínio do fato nos delitos de infração de dever (Op. cit., p. 388). Um dos "efeitos mais transcendentais da teoria dos delitos de infração de dever", conforme o catedrático de Munique, apresenta-se justamente na resolução de problemas relacionados ao terceiro não qualificado (Op. cit., p. 745-746).

Isso porque nos casos em que o *extraneus* realiza a ação típica, com a colaboração do detentor do dever, a aplicação de outras teorias sobre a autoria – formal-objetiva ou do domínio do fato – levaria à dupla impunidade, tanto do *intraneus* como do *extraneus*, solução que é, como se pode intuir, injusta (BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delictos de infracción de deber*. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios. Madrid – Barcelon – Buenos Aires: Marcial Pons, 2007. p. 123-124).

O seguinte exemplo, fornecido por Roxin, é elucidativo. Tome-se o delito alemão de administração desleal, fundado na infração do dever de lealdade, isto é, de salvaguarda de interesses patrimoniais alheios. Pense-se num caso em que um único administrador de uma companhia, localizado nos EUA, pede a um *extraneus* que remeta o dinheiro nela investido para o exterior, para que seja repartido entre ambos. A exigência do domínio do fato para a qualidade de autor faria com que o administrador não pudesse ser assim qualificado (como autor), pois, estando o dinheiro em um banco alemão, a realização da ação típica depende inteiramente da vontade do terceiro; o *extraneus*, por sua vez, não pode ser tido por autor do delito, dada a ausência do dever de lealdade. Naturalmente, prossegue o catedrático de Munique, não terá sido essa a vontade do legislador, de modo que a fundamentação da autoria deve estar localizada em outro elemento, que, a seu ver, é justamente a infração do dever: autor nesse caso, portanto, é aquele que viola o dever de lealdade; enquanto aquele que efetivamente tinha o domínio do fato há de ser considerado como mero partícipe. Caso contrário, bastaria, sempre, para burlar a regra penal, que o obrigado ao dever solicitasse a terceiro que realizasse a conduta típica para quedarem ambos impunes (Op. cit., p. 393-394).

Tomemos, agora, um exemplo do nosso direito penal. O delito de "modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações", previsto no art. 313-B do CP tipifica a conduta de "modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente". Suponhamos um caso em que o funcionário – detentor de especiais deveres funcionais para com a Administração Pública – não modifique ou altere pessoalmente o sistema de informações ou programa de informática, mas, simplesmente, permita, dolosamente, a um *extraneus* que tenha acesso a tal sistema ou programa para que este realize a modificação ou alteração. Caso não se admita que se está diante de um delito de infração de dever, com as características mencionadas, deve-se reconhecer a impunidade de ambos, pois o *extraneus* não poderia ser autor de um delito especial, por lhe faltar a qualidade especial exigida pelo tipo penal, e o funcionário, por sua vez, não poderia ser partícipe de um fato atípico.

Justifica-se, portanto, o deslocamento proposto por Roxin, nos chamados delitos de infração de dever, do critério da determinação da autoria do domínio do fato para a violação do dever.

É verdade que essa teoria não foi expressamente recepcionada pelo nosso Código Penal, que parece, ao menos numa leitura apressada, filiar-se a uma concepção extensiva de autor. O art. 30, por exemplo, ao prever a comunicabilidade das circunstâncias e das condições de caráter pessoal quando elementares do crime, parece indicar uma tentativa de transformar o *extraneus* em autor idôneo dos delitos especiais (ou de infração de dever). Essa previsão, a rigor, é equivocada – por indicar o tratamento de autor a quem é partícipe – e desnecessária, pois a "punição como mero partícipe em sentido amplo (ou como 'concorrente', se assim se quiser) já era possível a teor da redação amplíssima do art. 29, *caput*, do CP" (LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE,

Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Madri – Barcelon – Buenos Aires – São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 154).

De fato, o art. 29, *caput*, do nosso Código Penal – segundo o qual "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade" – possui redação suficientemente ampla para atribuir responsabilidade penal a todos os agentes que concorram para a realização do tipo penal, devendo ser diferenciada, apenas, a respectiva culpabilidade no caso concreto.

Se há a violação do dever e, além disso, contribuição relevante para que o bem jurídico seja lesionado por parte do detentor do dever, tais requisitos são suficientes para sua responsabilização penal, na condição de autor, ainda que o domínio do fato seja exercido pelo *extraneus*. Nos crimes de infração de dever, a culpabilidade do violador do dever, cuja infringência é o fundamento da própria incriminação, apresenta-se, em princípio, sempre como mais grave do que a do *extraneus*.

O delito de uso de informação privilegiada, tipificado no art. 27-D da Lei 6.385/1976, apresenta-se, à primeira vista, como um perfeito exemplo de delito de infração de dever. O tipo penal está assentado sobre o dever especial extrapenal de sigilo – oriundo do direito societário e do direito dos valores mobiliários – que, como visto anteriormente, é atribuído a determinadas pessoas vinculadas à companhia em virtude do desempenho de suas funções.

Ao aludir à informação relevante ainda não divulgada ao mercado "da qual deva manter sigilo", o tipo penal acolhe em seu bojo o dever extrapenal do art. 155, § 1.º, da Lei das S.A. (Lei 6.404/1976), que estabelece a obrigação de "guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários".

É a infração desse dever que está subjacente ao tipo penal. Somente através da infração desse dever é que o tipo penal pode ser aperfeiçoado e é ela que legitima e fundamenta a incriminação.

Esse é o entendimento adotado também, na Espanha, por autores como Carlos Zabala López-Gómez (*Los delitos bursátiles*. Madrid: La Ley, 2011. p. 280), María Elena Íñigo Corraza (La relevancia del fraude en los delitos de competencia. En concreto: maquinaciones para elevar el precio de las cosas (art. 284 do CP) y uso de información privilegiada (art. 285). In: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividadeconómico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 298-299) e Manuel Jaén Vallejo (Información privilegiada en el mercado de capitales y Derecho Penal. *Cuadernos de Política Criminal*. Madrid: Dykinson, n. 97, 2009, p. 126).

No direito penal brasileiro, Renato Jorge Mello da Silveira e Mariana Tranchesi Ortiz foram os primeiros autores a cogitar da classificação do crime de uso indevido de informação privilegiada como delito de infração de dever. De acordo com tais autores

(Em tema de *insider trading*. Anotação ao primeiro julgamento condenatório perante o TRF da 3.ª Região. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, vol. 61, jul.-set. 2013, p. 342, sem destaques no original):

"A se admitir o pensamento de Roxin, o dever de sigilo imposto aos *insiders*, previsto em normas de caráter extrapenal (assim, por exemplo, na mencionada Instrução CVM 358), fundamentaria um critério de definição da autoria baseado nesse mesmo dever. Com efeito, *seria autor do delito de uso indevido de informação privilegiada o indivíduo sujeito ao dever extrapenal de sigilo, independentemente de seu grau de contribuição ao delito* (que pode ser da menor importância, como a simples revelação da informação privilegiada). *Já aos indivíduos não sujeitos ao dever de sigilo, novamente com independência da concreta relevância da conduta praticada* (que pode consistir na própria ação incriminada) *só poderia ser imputada participação*".

Além da existência de um claro dever jurídico extrapenal fundamentador da proibição criminal, a própria literalidade da regra penal incriminadora indica estar-se diante de um delito de infração de dever. Vejamos como está redigido o art. 27-D da Lei 6.385/1976:

"*Art. 27-D.* Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime".

Note-se que a norma se refere à conduta de "utilizar informação relevante (...) capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro (...)". A redação típica não se refere, portanto, apenas, à negociação realizada diretamente pelo detentor do dever especial extrapenal, mas à sua *utilização*, mediante negociação, que pode ser realizada *em nome* próprio ou *de terceiro*, capaz de propiciar *vantagem indevida* para si ou *para outrem*.

Veja-se, assim, que a base da incriminação está na utilização indevida da informação privilegiada. A prática do delito pressupõe, embora isso não seja suficiente, a violação do dever extrapenal. Se essa violação é *utilizada* para que, por meio de negociações, sejam obtidas vantagens, pelo próprio violador do dever de sigilo ou por terceiros, o crime estará configurado, ainda que não seja o detentor do dever de sigilo a realizá-las nem a lucrar com elas.

Como seria possível o crime gerar vantagem indevida *para outrem* se a conduta típica exigisse, de modo peremptório, que somente o detentor do sigilo realizasse as operações? Por que a redação do tipo faz referência à *utilização* da informação – embora mediante negociação? Se fosse o intuito do legislador restringir, de forma absoluta, a configuração típica apenas à negociação realizada pelo detentor do dever de sigilo, seria muito mais lógico valer-se diretamente do verbo *negociar*.

Assim, considerado o crime do art. 27-D como um delito de infração de dever, se o detentor do sigilo viola o dever extrapenal – revelando informação relevante

ainda sigilosa a terceiro – e contribui assim, dolosamente, para que este terceiro obtenha vantagem, mediante negociação com o valor mobiliário em questão, comete o delito na condição de autor; já o terceiro, que se aproveita da informação privilegiada para obter vantagem indevida, deve ser considerado partícipe.

Tendo em vista que, no caso concreto, de acordo com a imputação, teria havido revelação da informação privilegiada por parte do detentor do dever de sigilo e a posterior negociação com os valores mobiliários pelo destinatário da informação, as condutas narradas são, em princípio, típicas e o recorrente, por não deter o dever de sigilo, teria sido partícipe no cometimento do delito. Nesse contexto, no mínimo é temerário se falar em evidente atipicidade para o trancamento da ação penal.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

RHC 46.315 – RS (2014/0059633-4).
Relator: Min. Sebastião Reis Júnior.
Recorrente: Rafael Ferri – advogado: Márcio Augusto Paixao.
Recorrido: Ministério Público Federal.

VOTO-VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Nefi Cordeiro*: O Exmo. relator, Min. Sebastião Reis Júnior, apresentou voto pelo desprovimento do recurso ordinário, pois os fatos apresentados em denúncia exigem o prosseguimento da ação penal, para melhor apurar se o recorrente praticou o delito de uso indevido de informação privilegiada, também conhecido pelo termo *insider trading*, tipificado no art. 27-D da Lei 6.385, de 07.12.1976, não havendo evidência, nessa fase prematura do processo, de atipicidade da conduta, tampouco de inépcia da denúncia.

O recorrente, e outros 09 (nove) réus, foram denunciados pela prática dos delitos previstos nos arts. 27-C e 27-D da Lei 6.385/1976, e 288 do CP, porque *no período compreendido entre 10.05.2010 e 26.07.2011 (f. do Termo de Acusação da CVM), associaram-se, com unidade de desígnios, comunhão de esforços e vínculo sólido e durável, para a prática de crimes contra o mercado de capitais, bem como efetivamente executaram diversas manobras fraudulentas, no intuito de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, com o fim de obter vantagem indevida para si e para outrem, causando danos a terceiros. Agindo de comum acordo, os denunciados atuaram com vistas a fazer com que as ações da empresa Mundial S/A negociadas em bolsa de valores (MNDL3 e MNDL4) tivessem alta considerável, chegando a patamar não condizente com as condições econômicas da Companhia, até o momento em que tiveram queda abrupta, causando prejuízos a inúmeros investidores e incorrendo, assim, nas previsões dos arts. 27-C da Lei 6.385/1976 e 288 do CP* (e-STJ f.).

Ainda consta na peça acusatória que *o denunciado Rafael Ferri, contando com o indispensável concurso do codenunciado Michael Lenn Ceitlin, controlador, presidente e Diretor de Relações com Investidores da empresa Mundial S/A, entre 13.12.2010 (item 180 do Termo de Acusação da CVM) e 26.07.2011, utilizou informações relevantes ainda não*

divulgadas ao mercado, capazes de propiciar, para si e para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, com valores mobiliários. A participação do denunciado Michael Lenn Ceitlin na empreitada criminosa deu-se na medida em que foi o responsável por fornecer a Rafael Ferri o acesso indevido a tais informações, de que aquele teve conhecimento em razão de suas funções e cujo sigilo estava obrigado a manter. Incorreram ambos, dessa forma nas sanções do art. 27-D da Lei 6.385/1976. (e-STJ f.).

O recorrente argumenta que não pode responder pelo tipo penal descrito no art. 27-D da Lei 6.385/1976, porque se trataria de crime de mão-própria, pois exigida qualidade especial do agente ativo, consistente no dever de manter sigilo sobre informações relevantes ainda não divulgadas ao mercado, e que não ocupou cargo na empresa Mundial S/A que o obrigasse a manter sigilo de informações. Por ser atípica a sua conduta, pretende o trancamento da ação penal.

Assim dispõe o dispositivo legal em debate:

"Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários".

A denúncia imputa a Michael Lenn Ceitlin, controlador, presidente e Diretor de Relações com Investidores da empresa Mundial S/A, a quem incontroversamente seria o sigilo imponível, a utilização da informação sigilosa, através do paciente.

Diz a inicial acusatória que *Michael Lenn Ceitlin... foi o responsável por fornecer a Rafael Ferri o acesso indevido a tais informações, de que aquele teve conhecimento em razão de suas funções e cujo sigilo estava obrigado a manter.* Ao usar terceiro para manipulação do mercado de ações, com informações privilegiadas e sigilosas, Michael violou ao dever de sigilo, trazendo igual responsabilidade, pela consciente manipulação dessas sigilosas informações (como instrumento de Michael) ao paciente Rafael Ferri. Daí ter a denúncia seguido com a conclusão de que *Incorreram ambos, dessa forma nas sanções do art. 27-D da Lei 6.385/1976.*

A condição de guardião ao sigilo é comunicada ao coautor, como condição de caráter essencial, comunicável aos colaboradores:

"Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.07.1984)".

Sequer se pode falar em comunicação de condição pessoal do colaborador para o autor direto do crime. A denúncia imputa justamente o inverso: é Michael quem utilizada da informação através de Rafael, e o dever de sigilo que descumpre é então comunicado ao colaborador.

Há disposições legais (art. 155, § 1.º, da Lei 6.404, de 15.12.1976, com § 4.º acrescido pela Lei 10.303, de 31.10.2001) e regulamentares (art. 8.º da IN CVM 358, de 03.01.2002) do dever de sigilo a ocupantes de determinados cargos da empresa ofertante de valores mobiliários.

Na impede, porém, seja a devassa do sigilo realizada com a intermediação de terceiros (art. 30 do CP).

A pretensão de tratar-se de crime de mão-própria não decorre diretamente do tipo penal e permitiria a devassa do sigilo, com dano ao mercado de capitais, pela simples prática com inserção de terceiro, mesmo todos cientes da violação ao dever do agente primeiro e dos efeitos danosos ao mercado.

Em verdade, a hipótese mais frequente de ocorrência do crime se dá de modo direito justamente por quem não se encontra em cargos da empresa ofertante de valores mobiliários, mas (aproveitando da informação sigilosa trazida por terceiro, que ao dever próprio de sigilo viola) atua como agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários e agente fiduciário, ou como qualquer profissional que intermedeia a relação entre empresas que ofertam valores mobiliários e investidores.

A alteração legal ocorrida em 2001, nos arts. 27-C e 27-D, pela Lei 6.385/1976, teve por objetivo justamente proteger o mercado de valores brasileiro da manipulação pela disponibilização de informações falsas aos investidores e isto pode ser feito mesmo por intermediários externos da empresa ofertante de valores. É a proteção do investidor que se pretendeu.

No *insider trading* tem-se a contemporaneidade das informações como objeto protegido e possui como valores fundamentais o direito à igualdade de acesso às informações entre os investidores, a proteção constitucional da ordem econômica e financeira, e a relevância do direito à informação plena para o bom funcionamento do mercado de valores mobiliários.

Nesse sentido, Rodrigo de Grandes, em artigo científico, destaca que *constata-se, assim, que a vedação ao* insider trading *também alcançou os denominados* structural insiders, *ou seja, as pessoas que, não se inserindo na condição de* corporater insiders, *têm, em razão de suas funções ou atividades profissionais, acesso a informações sigilosas capazes de influenciar, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia* (Grandis, Rodrigo de. Aspectos penais do uso de informação privilegiada (*insider trading*) no direito brasileiro. In: Vilarde, Celso Sanchez; Bresser Pereira, Flávia Rahal; Dias Neto, Theodomiro. *Direito penal econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165).

A obrigação legal (art. 155, § 1.º, da Lei 6.404, de 15.12.1976, com § 4.º acrescido pela Lei 10.303, de 31.10.2001) ou regulamentar de sigilo a determinados agentes, apenas gera responsabilidade pessoal destes em todas as searas, inclusive administrativa. Nada impede que para tanto utilizem, porém, de intermediários.

O crime de uso indevido de informação privilegiada pode ser entendido como crime próprio, em face da especificidade da conduta praticada, porém não se trata de crime de mão-própria, porque não exige que somente os integrantes do quadro de gestão das empresas ofertantes de valores mobiliários podem praticá-lo. Nada impede que o operador habilitado do mercado de valores atue por administradores da

empresa ofertante e sejam todos, por essa ação, autores do tipo penal, em concurso de agentes.

Existem, na espécie, elementos necessários para o recebimento da denúncia (e-STJ f.), bem descrevendo ela as condutas imputadas aos acusados e assim permitindo-lhes a ampla defesa.

Em face do exposto, acompanho o voto do Ministro Relator, para denegar o *habeas corpus*.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – RHC 46.315/RS; 6.ª T.; número do registro: 2014/0059633-4; processo eletrônico; números de origem: 00006080620114047100, 50141880720134040000,50450278920124047100,6080620114047100,RS-00006080620 114047100, RS-50450278920124047100, RS-50464372220114047100, RS-50500098 320114047100, RS-50670961820124047100 e TRF4-50213214320134047100; matéria criminal; em mesa; julgado: 25.08.2015; relator: Exmo. Sr. Min. Sebastião Reis Júnior; presidente da sessão: Exmo. Sr. Min. Sebastião Reis Júnior; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Mário Ferreira Leite; secretário: bel. Eliseu Augusto Nunes de Santana.

Autuação – Recorrente: Rafael Ferri – advogado: Márcio Augusto Paixao; recorrido: Ministério Público Federal; corréus: Michael Lenn Ceitlin, Pedro Barin Calvete, Paulo Borba Moglia, Diego Buaes Boeira, Marco Beltrão Stein, Jorge Hund Junior, Rafael Danton Weber Toro, Guilherme Anderson Weber Toro e Eduardo Vargas Haas.

Assunto: Direito penal – Crimes contra a paz pública – Quadrilha ou bando.

Certidão: Certifico que a E. 6.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Min. Nefi Cordeiro conhecendo do recurso e negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJSP) e Maria Thereza de Assis Moura, a 6.ª T., por unanimidade, conheceu do recurso em *habeas corpus* e negou-lhe provimento, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro relator. Fará declaração de voto a Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJSP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro relator.